

HÉCTOR OLASOLO
MARIO IVÁN URUEÑA-SÁNCHEZ
ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO
Coordinadores

15

LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: VISIONES PLURALES DESDE UNA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR

Volumen Especial por el X Aniversario del
Instituto Ibero-Americano de La Haya para
la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia
Internacional



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL: VISIONES
PLURALES DESDE UNA PERSPECTIVA
INTERDISCIPLINAR**

**Volumen Especial por el X Aniversario del Instituto
Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos
Humanos y la Justicia Internacional**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia
- ANA CAÑIZARES LASO**
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho Instituto Tecnológico Autónomo de México
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) y miembro de El Colegio Nacional
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- OWEN FISS**
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EE.UU.)
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
- VÍCTOR MORENO CATENA**
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
- ANGELIKA NUSSBERGER**
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
- TOMÁS SALA FRANCO**
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia
- RUTH ZIMMERLING**
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: VISIONES PLURALES DESDE UNA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR

Volumen Especial por el X Aniversario del Instituto
Ibero-Americano de la Haya para la Paz,
los Derechos Humanos y la Justicia Internacional

Coordinadores

HÉCTOR OLASOLO
MARIO IVÁN URUEÑA-SÁNCHEZ
ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO



Facultad de
Jurisprudencia



tirant lo blanch

Valencia, 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1397-957-1
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Volumen 15

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional; Senior Lecturer en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos).

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Co-directora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

Coordinadores

Héctor Olasolo

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE.UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de DI en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la *Clínica Jurídica Internacional*, el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)* y la *Colección International Law Clinic Reports (ILCR)*; *Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*; *Senior Lecturer* en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos); Investigador Senior de Minciencias (Colombia). ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

Mario Iván Urueña-Sánchez

Doctor en Derecho por la Universidad del Rosario (Colombia). Estudios de Doctorado en Ciencia Política (énfasis en RI) en la Universidad de Quebec en Montreal (Canadá). Maestría en Geopolítica y Seguridad Global de la Universidad de Roma “La Sapienza” (Italia). Politólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor e Investigador de tiempo completo del Grupo de DI de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8040-6240>.

Andrés Sánchez Sarmiento

Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia), con profundización en Derechos Humanos y Derecho Constitucional. Fue integrante de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario, en apoyo de la OPCV (cohorte 2018). Actualmente trabaja como joven investigador en el área de DI de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Autores

Abello-Galvis, Ricardo

Profesor principal de carrera académica de la Universidad del Rosario. Miembro del Grupo Nacional ante la Corte Permanente de Arbitraje - CPA (2014-2025), director / editor del ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional, co-director de la Especialización en DIDH y DIH, director de la Especialización en Derecho del Mar. Abogado de la Universidad del Rosario, DES (Maestría) del Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra, Suiza. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4538-9748>.

Ana Dobratinich, Gonzalo

Investigador becario doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) - Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (Universidad de Buenos Aires). Profesor (Universidad de Buenos Aires - Universidad Nacional de José C. Paz). Magíster en Filosofía del Derecho (Universidad de Buenos Aires). Doctorando en Derecho (Universidad de Buenos Aires - Universidad de Málaga, España). ORCID: 0000-0002-6548-8700.

Arévalo-Ramírez, Walter

Profesor principal de carrera del área de DI de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Abogado y politólogo de la Universidad del Rosario. Master of Laws in International Law de la Stetson University College of Law. Doctor en Derecho de la Universidad del Rosario. Director de la Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional, secretario general de la Academia Colombiana de Derecho Internacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8501-5513>.

Back, Charlottth

Doctora en ciencias jurídicas y políticas por la Universidad Pablo de Olavide (España); Maestría en RI por la Universidad del Estado de Río de Janeiro (Brasil); Profesora de la Universidad Federal Rural del Río de Janeiro y de la Universidad Estacio de Sá (Brasil); Investigadora del HOMA - Centro de Direitos Humanos e Empresas de la Universidad Federal de Juiz de Fora (Brasil); Integrante del Sector de Derechos Humanos del Movimiento de los Trabajadores Sin Terra; Vicepresidente de la Comisión de Derecho Internacional y miembro de la Comisión de Derecho Constitucional del Orden de los Abogados de Brasil/RJ; Miembro de la Asociación Brasileña de Juristas por la Democracia; Abogada.

Baquero Rojas, María Daniella

Abogada de la Universidad del Rosario con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, candidata a maestría en Igualdad de género y candidata a maestría en Mecanismos de prevención de la violencia de género en el instituto ESNECA de España.

Bazaco Palacios, Blanca I.

Jefa de Referencias y Atención al Usuario en el Archivo Regional de la Comunidad de Madrid. Licenciada en Geografía e Historia, máster en Archivística y Biblioteconomía y Especialista en Documentación. Forma parte de la junta directiva de la Section on Archives and Human Rights on the International Council on Archives (SAHR-ICA) y es vicepresidenta de Archiveros Españoles en la Función Pública (AEFP).

Botero Martínez, José Leonar

Doctorando en Estudios Internacionales en Paz, Conflictos y Desarrollo en la Universidad Jaume I (España). Magíster en Conflicto y Paz por la Universidad de Medellín (Colombia). Licenciado en Teología por la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Docente e investigador en la Facultad de Educación de la Universidad Santo Tomás (Colombia). Investigador en la Red Colombiana de Estudios sobre el Sahara Occidental (Colombia). Investigador del Grupo Interinstitucional en Derechos Humanos “Antonio Nariño y Álvarez” (Colombia). Investigador del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6725-8052>.

Buis, Emiliano Jerónimo

Abogado, licenciado en Letras, máster en Ciencias Sociales Humanas, doctor en Letras, diploma de posdoctorado en Derecho. Profesor titular regular de DI en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Profesor adjunto regular de Lengua y Cultura Griegas en la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA. Investigador independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Subsecretario de investigación, subdirector de la maestría en RI, director del Seminario Permanente de Historia y Teoría del DI SEMPITHIDIA en el Instituto “Ambrosio L. Gioja” y director académico del Observatorio en DIH de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro del Comité del Concurso Jean Pictet de DIH. ORCID: 0000-0002-8138-1962.

Buitrago Rey, Nicolás Eduardo

Abogado con profundización en DIDH de la Universidad del Rosario, magíster Cum Laude en DI y magíster Cum Laude en Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes. Profesor de cátedra de DI y Derecho Constitucional en la Universidad del Rosario. Fue joven investigador del Grupo de DI de la Universidad del Rosario.

Caballero Martínez, Lina

Abogada de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) con profundización en DI; especialización en DIDH y DIH de la misma universidad. Parte del primer equipo jurídico de la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia), y actualmente directora jurídica de una empresa del sector privado.

Cárdenas Rodríguez, Laura Catalina

Abogada con profundización en Derecho Comercial y Constitucional de la Universidad del Rosario con interés investigativo en el área de DI. Actualmente, trabaja como abogada junior en Pinzón Pinzón & Asociados.

Contreras Fonseca, Jaime Andrés

Abogado de la Universidad del Rosario. Magíster cum laude en DI y doctor en derecho de la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado como investigador en DI y DIDH en la Universidad del Rosario y de los Andes. Ha sido profesor de programas de pregrado y posgrado en el Rosario, los Andes, la Universidad Santo Tomás, la Universidad Militar, la Escuela de Guerra y la UPTC. Investigador visitante en la Universidad de Essex en el Reino Unido y el CIDE de México. Ha sido asesor en derechos humanos de los Ministerios del Interior y de Justicia, así como abogado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP. Actualmente es magistrado auxiliar del Tribunal para la Paz.

Cuenca Curbelo, Salvador

Abogado y asesor jurídico. Antiguo Letrado del TEDH (2016-2020) y Oficial de Derechos Humanos en la Misión de la ONU en Sudán del Sur (UNMISS) (2015-2016). Formador del programa HELP del Consejo de Europa (Programa Europeo para la Formación en Derechos Humanos de los Profesionales Jurídicos) en materias relacionadas con derechos humanos y justicia penal. Licenciado en Derecho y Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid (España).

Dermer-Wodnicki, Míriam

Doctoranda en Derecho, Universidad del Rosario (Colombia). Magíster en Ciencia Política, Universidad de Quebec en Montreal (Canadá). Politóloga, Universidad Nacional de Colombia. Docente investigadora, Universidad La Gran Colombia. Bogotá, Colombia. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8749-9024>.

Gálvez Biesca, Sergio

Doctor en Historia Contemporánea. Técnico de Archivos del Estado. Jefe de Sección del Archivo Central del Ministerio de Trabajo y Economía Social (España). En la actualidad forma parte del Equipo de Investigación del proyecto “HISMEDI. Historia, Memoria y Sociedad Digital. Nuevas formas de transmisión del pasado. La transición política a la democracia (1975-1986)” [RTI2018-093599-B-I00 MCIU/AE/FEDER, UE]. Por lo demás, entre otras colaboraciones y membresías es investigador del Instituto Ibero-Americano de La Haya así como forma parte de la Section on Archives and Human Rights on the International Council on Archives (SAHR-ICA).

García Atehortúa, Angie Katherine

Abogada con maestría Magna Cum Laude en DIDH de la Universidad de Notre Dame. Consultora legal en All Survivors Project e investigadora asociada en el Reparations Design and Compliance Lab de la Universidad de Notre Dame (EE.UU.). Anteriormente, se desempeñó como asociada legal a cargo de casos de violencia sexual y basada en género en la ONG Strategic Advocacy for Human Rights (SAHR) y como asesora legal en la Fundación Para la Libertad de Prensa y la Secretaría de Seguridad, Convivencia y Justicia de Bogotá (Colombia).

García-Matamoros, Laura Victoria

Vicedecana y profesora titular de carrera académica del área de DI de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Abogada de esta misma universidad, con estudios de posgrado en DI privado de la Universidad de París II y doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia. Codirectora de la Especialización en DIDH y DIH. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0270-9315>.

Garzón Acosta, Juan Nicolás

Internacionalista de la Universidad del Rosario, máster en economía aplicada de la Universidad de los Andes en Bogotá, Colombia. Se desempeña como profesor de planta de la Universidad de la Sabana en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas e igualmente se encuentra vinculado como catedrático en la Universidad del Rosario en áreas como la economía política y las RI.

Hernández-Cortés, Clara Esperanza

Internacionalista y abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Joven investigadora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Izquierdo, Ricardo

Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Magíster en DÍP por la Universidad de Utrecht, mención cum laude. Entre 2014 y 2016 fue abogado adjunto de la Dirección de Revisión y Doctrina del Ministerio Público de la República Bolivariana de Venezuela. Ha trabajado con equipos de Defensa en casos ante el TPIY y, más recientemente, ante el MICT. Asimismo, fungió como asistente del Secretariado de la AEP en 2016 y 2017, y trabajó para la Sección de Información Pública del Secretariado de la CPI y para el Fondo Fiduciario para la Víctimas, entre 2017 y 2019. Actualmente es oficial jurídico del World Federalist Movement / Institute for Global Policy con sede en La Haya, Países Bajos.

Jaramillo Jassir, Mauricio

PhD en Ciencia Política de la Universidad de Toulouse I, máster en Geopolítica de la Universidad París 8 y en RI de SciencesPo Toulouse, internacionalista de la Universidad del Rosario. Profesor asociado en la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario.

Lages, Rita

Profesora asistente del Departamento de DI e investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6260-2531>.

López López, Edgar Antonio

Filósofo de la Pontificia Universidad Urbaniana. Licenciado en Filosofía e Historia de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster y doctor en Teología de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor titular de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Equipo Interdisciplinario de Docencia e Investigación Teológica “Didaskalia” de la Pontificia Universidad Javeriana.

López Saavedra, Camilo Alfonso

Doctor en Teología por la Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Teología por la Pontificia Universidad Javeriana, Licenciado en Ciencias Religiosas de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos. En la actualidad se encuentra vinculado como docente de tiempo completo de la Facultad de Teología en la Universidad Santo Tomás, así como en la Universidad San Buenaventura y la Universidad Minuto de Dios. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2273-887X>.

López Velázquez, María Paula

Abogada de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, estudiante de doctorado en derecho de la misma universidad; magíster avanzado en DI público con énfasis en DIP de la Universidad de Leiden, Países Bajos. Coentrenadora del equipo de DIP de la Universidad del Rosario. Tiene experiencia en el desarrollo de proyectos investigativos en DIP y DIH, como con el apoyo a organizaciones tales como el IIH que tiene su sede en La Haya (Países Bajos). A su vez, tiene experiencia en colaboración a instituciones tales como la Misión de Colombia ante la ONU en la segunda y sexta comisión, relativas a asuntos de económicos y de DI de relevancia para Colombia.

Loyo Cabezudo, Joana

Doctora en DI público por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

Mahecha Álvarez, Laura

Abogada, con énfasis en Derechos Humanos, de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Maestría en DI público, cum laude, de la Universidad de Ámsterdam (Países Bajos).

Martins, Fernanda

Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUCRS com pesquisa de doutoramento na Universidade de Padova; mestra em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC; Pesquisadora em gênero e teorias feministas e integrante da Laboratorio: espacios de investigación feminista.

Nieto Bravo, Johan Andrés

Doctorando en Educación de la Universidad Católica de Córdoba. Magíster en Educación de la Universidad Santo Tomás. Licenciado en Filosofía y Educación Religiosa de la Universidad Santo Tomás. Estudios de Teología en la Universidad Pontificia Bolivariana. Miembro del Grupo Investigación Educativa.

Olano Azpiroz, Juan Antonio

Magíster en Filosofía de la Universidad de la República. Profesor adjunto de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro del grupo de investigación Ética, Justicia y Economía de la Universidad de la República.

Olasolo, Héctor

Ver sección de coordinadores.

Osório, Luiz Felipe

Professor de Direito e Relações Internacionais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Coordenador do curso de graduação em Relações Internacionais. Autor do livro *Imperialismo, Estado e Relações Internacionais* pela Editora Ideias & Letras.

Pérez Vargas, John Jairo

Doctorando en Educación de la Universidad Católica de Córdoba. Magíster y especialista en Bioética de la Universidad del Bosque. Licenciado en Teología de la Pontificia Universidad Javeriana. Docente investigador de la Licenciatura en Teología de la Universidad Santo Tomás. Miembro del Grupo Investigación Educativa.

Pinto López, Carlos Andrés

Doctorando en Educación por la Universidad Católica de Córdoba (Arg.), magíster en Educación por la Universidad Santo Tomás, teólogo por la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente coordinador de los programas de licenciatura en Teología y licenciatura en Educación Religiosa de la Universidad Santo Tomás. Profesor de la Licenciatura en Teología de la Universidad San Buenaventura. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3571-7258>.

Pontón-Serra, Juan Pablo

Joven investigador y abogado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro de la línea de investigación en DI económico de la Universidad del Rosario. Cuenta con un posgrado en DI del École de Droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne (Francia).

Prieto-Ríos, Enrique

Doctor en derecho de Birkbeck, Universidad de Londres, LL.M. en DI del London College UCK y abogado de la Universidad del Rosario (Colombia), con amplia experiencia en las áreas de DI público y DI económico. En la actualidad es profesor asociado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, director del grupo de investigación en DI y director de investigación de dicha facultad.

Quesada Alcalá, Carmen

Profesora titular de DI público y RI de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, y coordinadora del Programa de Doctorado en Seguridad Internacional del Instituto Universitario Gutiérrez Mellado. Ha sido representante de España en las reuniones intersesionesales del Grupo de Trabajo para la definición del crimen de agresión del ECPI (2004-2008).

Quijano Ortiz, Laura

Abogada de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia); especialización en DI de la misma universidad. Actualmente se desempeña como abogada sustanciadora de la Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad del Tribunal para la Paz en la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia).

Resende Botelho, Tiago

Doutor em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela PUCPR. Doutorando em Democracia no Século XXI pelo Centro de Estudo Sociais da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT. Graduado em Direito pela UEMS e Licenciado em História pela UFGD. Professor e Coordenador do Curso de Direito da UFGD. Editor-Chefe da Revista Videre.

de Resenes Marcon. Chimelly Louise

Doutoranda em Estudos de Gênero pela Universidade de Lisboa/Nova de Lisboa; mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina; integrante do Grupo de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (GEVIM/MPSC) e do Grupo de Trabalho de Equidade de Gênero, Direitos LGBT e Estado Laico (GT6) do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Co-Coordenadora do Movimento Nacional de Mulheres do Ministério Público em Santa Catarina (2020-2022).

Rocha Herrera, Mónica

Presidenta del Foro de Justicia Internacional A.C. (Ciudad de México) y asociada del Consejo Mexicano de Asuntos Internacionales (COMEXI). Doctorada (Universidad de Warwick) y maestra en Derecho (Universidad de Essex) en el Reino Unido de la Gran Bretaña. Abogada (Instituto Universitario del Prado-México) e internacionalista (UNAM-México).

Rodríguez Rodríguez, Jorge

Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Como especialista en justicia de transición ha sido investigador invitado en el Instituto Holandés de Derechos Humanos (SIM) de la Universidad de Utrecht y en el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto (Bilbao), así como colaborador experto del Equipo Jurídico de Amnistía Internacional España y de la Asociación Española para el DIDH. Asimismo, ha analizado en diversos trabajos y conferencias la gestión política de distintos procesos transicionales: España, País Vasco, Colombia, Guatemala o Siria, entre otros. Actualmente es Profesor de DI público de la Universidad Complutense de Madrid.

San Juan Serrano, Cristina

Abogada de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España); maestría en Derecho Público Internacional con especialización en DIP por la Universidad de Leiden (Leiden - La Haya, Los Países Bajos); licenciatura en Periodismo por la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España); se desempeña como consultora internacional para diferentes organismos internacionales en temas de justicia internacional.

Sánchez Sarmiento, Andrés

Ver sección de coordinadores.

Santamaría-Rodríguez, Juan Esteban

Doctorando en Educación en la Universidad Católica de Córdoba (Argentina). Licenciado y magíster en Teología por la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Especialista en Pedagogía para la Educación Superior por la Universidad Santo Tomás (Colombia). Docente e investigador en las facultades de Teología de la Pontificia Universidad Javeriana y la Universidad Santo Tomás (Colombia). Investigador del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Investigador adjunto del Centro Latinoamericano de Estudios en Epistemología Pedagógica (Cuba). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4632-4700>.

Suárez Vargas, Daniela

Abogada con profundización en DP de la Universidad del Rosario (Colombia). Cuenta con título de maestría en Derecho (LLM Law) y es estudiante de doctorado de Queen's University Belfast (Reino Unido). Ha participado en distintas actividades de investigación académica en el área de DIP y justicia transicional. También ha trabajado en temas de violencia sexual relacionada con el conflicto armado.

Ugalde Jiménez, Ana Lucía

Máster en Estudios Avanzados en DI público de la Universidad de Leiden (Países Bajos). Licenciada en Derecho con mención en Ciencias Forenses de la Universidad de Costa Rica. Abogada de la Secretaría de la Corte IDH (Costa Rica).

Urueña-Sánchez, Mario Iván

Ver sección de coordinadores.

Vargas Rodríguez, María José

Abogada de la Universidad del Rosario y candidata a maestría de DI y de la maestría de Construcción de Paz de la Universidad de los Andes. Tiene experiencia en investigación en diferentes ramas del DI. Actualmente, se desempeña como asistente graduada de la Universidad de los Andes.

Varón Mejía, Antonio

Abogado, candidato a doctor de la Universidad Externado de Colombia, con posgrado en Derecho Comunitario de la Universidad de Paris II Panteón Assas. Exdirector nacional de Protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Profesor de DI público y Teoría del DI de la Universidad del Rosario. Investigador de la línea de DIHH y DIH del Grupo de DI de la Universidad del Rosario. Consultor de la Vicepresidencia de la República y organismos especializados de la ONU sobre temas de DIH, responsabilidad internacional del Estado, trata de personas y explotación sexual comercial, entre otros. Docente de la especialización de DIDH y DIH de la Universidad del Rosario. Amplia experiencia en temas vinculados con metodología de la investigación cualitativa y cuantitativa, evaluación de proyectos y programas de investigación.

Villarraga Zschommler, Luisa

Abogada de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) con profundización en Derechos Humanos. Actualmente se desempeña como joven investigadora en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Nota

El presente libro hace parte de los trabajos del grupo de justicia nacional de la “Red de Investigación Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia”, coordinada desde el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) (Países Bajos). Así mismo, se inscribe dentro de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), así como por el IIH (Países Bajos). Ambos proyectos se encuentran adscritos a la línea de investigación “Crítica al derecho internacional desde fundamentos filosóficos”, del Grupo de Investigación en DI de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Agradecimientos

A la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), así como al IIH (Países Bajos), por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch, el Instituto Joaquín Herrera Flores (España/Brasil) y el IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, en la que se publican los trabajos de la Red de Investigación del mismo nombre coordinada desde el IIH.

Índice

Abreviaturas.....	29
Prólogo	33

Parte I INTRODUCCIÓN

Capítulo 1. MARCO ANALÍTICO Y METODOLÓGICO	43
<i>Héctor Olasolo</i>	
<i>Mario Iván Urueña-Sánchez</i>	
<i>Andrés Sánchez Sarmiento</i>	

Parte II LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DESDE APROXIMACIONES TEÓRICAS QUE ADOPTAN LA MODERNIDAD Y SUS SUBJETIVIDADES

II.1. APROXIMACIONES POSITIVISTAS

Capítulo 2. PRIMERA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO IN- TERNACIONAL PENAL POSITIVO	75
<i>Carmen Quesada Alcalá</i>	
<i>Mónica Rocha Herrera</i>	

Capítulo 3. LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS REGULADORES DE LA GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN Y LA POLÍTICA DE AR- CHIVOS: PARTICULAR ATENCIÓN A LA RELACIÓN ENTRE AR- CHIVOS, DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA INTERNACIONAL ...	111
<i>Sergio Gálvez Biesca</i>	
<i>Blanca I. Bazaco Palacios</i>	

II.2. APROXIMACIONES NO POSITIVISTAS

Capítulo 4. LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN RA- CIONAL	179
<i>María Paula López Velásquez</i>	
<i>María José Vargas Rodríguez</i>	
<i>Juan Nicolás Garzón Acosta</i>	

Capítulo 5. LA PERSPECTIVA DE LA GOBERNANZA GLOBAL	201
<i>Salvador Cuenca Curbelo</i>	
<i>Rita Lages</i>	
Capítulo 6. LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA GLOBAL	243
<i>Ricardo Izquierdo</i>	
<i>Ana Lucía Ugalde Jiménez</i>	
Capítulo 7. LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS COMO MANIFESTACIÓN DE LA JUSTICIA GLOBAL	273
<i>Edgar Antonio López López</i>	
<i>Juan Antonio Olano</i>	
<i>Andrés Sánchez Sarmiento</i>	
Capítulo 8. LA PERSPECTIVA DEL CONSTITUCIONALISMO GLO- BAL.....	309
<i>Ricardo Abello-Galvis</i>	
<i>Walter Arévalo-Ramírez</i>	
<i>Laura Victoria García-Matamoros</i>	

Parte III

LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DESDE APROXIMACIONES TEÓRICAS NO POSITIVISTAS QUE DENUNCIAN LA MODERNIDAD Y SUS SUBJETIVIDADES

III.1. EJES INTERDISCIPLINARES DE ANÁLISIS

III.1.1. La función de la Corte Penal Internacional desde los estudios críticos

Capítulo 9. LA PERSPECTIVA DEL HORIZONTE UTÓPICO	337
<i>Héctor Olasolo</i>	
<i>Gonzalo Ana Dobratinich</i>	
<i>María Daniella Baquero Rojas</i>	
Capítulo 10. LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO MISERICORDIA-LI- BERACIÓN	375
<i>Camilo Alfonso López Saavedra</i>	
<i>Carlos Andrés Pinto López</i>	
Capítulo 11. LA PERSPECTIVA DEL MARXISMO	397
<i>Charlotth Back</i>	
<i>Luiz Felipe Osório</i>	

Índice	27
Capítulo 12. LA PERSPECTIVA DE LA ESCUELA DE HELSINKI	417
<i>Mario Iván Urueña-Sánchez</i>	
<i>Miriam Dermer-Wodnický</i>	
<i>Clara Esperanza Hernández-Cortés</i>	
Capítulo 13. LA PERSPECTIVA DEL IDEALISMO SOCIAL	443
<i>Mario Iván Urueña-Sánchez</i>	
<i>Miriam Dermer-Wodnický</i>	
<i>Clara Esperanza Hernández-Cortés</i>	
III.1.2. La función de la Corte Penal Internacional desde las aproximaciones histórico-contextuales subalternas	
Capítulo 14. LA PERSPECTIVA HERMENÉUTICA HISTÓRICO-CONTEXTUAL BÍBLICA	465
<i>Juan Esteban Santamaría Rodríguez</i>	
<i>José Leonar Botero Martínez</i>	
Capítulo 15. LA PERSPECTIVA DEL POSCOLONIALISMO Y EL SUR GLOBAL.....	491
<i>Laura Catalina Cárdenas Rodríguez</i>	
<i>Juan Pablo Pontón Serra</i>	
<i>Enrique Prieto-Ríos</i>	
<i>Daniela Suárez Vargas</i>	
Capítulo 16. LA PERSPECTIVA DE LAS DENOMINADAS TEORÍAS DEL TERCER MUNDO	513
<i>Jorge Rodríguez Rodríguez</i>	
<i>Joana Loyo Cabezudo</i>	
Capítulo 17. LA PERSPECTIVA DEL PLURALISMO JURÍDICO EMAN-CIPADOR	535
<i>Charloth Back</i>	
<i>Tiago Resende Botelho</i>	
<i>Luisa Villarraga Zschommler</i>	
III.2. APROXIMACIONES DESDE MARCOS TEÓRICOS DISCIPLINARES	
III.2.1. Aproximaciones desde la filosofía y la teología	
Capítulo 18. LA PERSPECTIVA DEL HORIZONTE ÉTICO, PRÁXICO Y SIMBÓLICO	557
<i>John Jairo Pérez Vargas</i>	
<i>Johan Andrés Nieto Bravo</i>	
<i>Héctor Olasolo</i>	

Capítulo 19. LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA COMO MEMORIA .	583
<i>Héctor Olasolo</i>	
<i>Andrés Sánchez Sarmiento</i>	
<i>Antonio Varón Mejía</i>	

Capítulo 20. LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LAS EMOCIONES.....	635
<i>Emiliano Jerónimo Buis</i>	

III.2.2. Aproximaciones desde el derecho y las relaciones internacionales

Capítulo 21. LA PERSPECTIVA CONSTRUCTIVISTA	665
<i>Laura Mabecha Álvarez</i>	
<i>María Paula López Velásquez</i>	
<i>Mauricio Jaramillo Jassir</i>	

Capítulo 22. A PERSPECTIVA DAS TEORIAS FEMINISTAS NAS RE- LAÇÕES INTERNACIONAIS	693
<i>Fernanda Martins</i>	
<i>Chimelly Louise de Resenes Marcon</i>	

Capítulo 23. LA PERSPECTIVA DE LAS TEORÍAS FEMINISTAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	743
<i>Lina Caballero Martínez</i>	
<i>Laura Quijano Ortiz</i>	
<i>Cristina San Juan Serrano</i>	

Capítulo 24. LAS PERSPECTIVAS DEL POST-ESTRUCTURALISMO Y DE LA TEORÍA QUEER.....	783
<i>Angie Katherine García Atehortúa</i>	
<i>Jaime Andrés Contreras Fonseca</i>	
<i>Nicolás Eduardo Buitrago Rey</i>	

Parte IV CONCLUSIONES

Capítulo 25. CONCLUSIONES	813
<i>Héctor Olasolo</i>	
<i>Mario Iván Urueña-Sánchez</i>	
<i>Andrés Sánchez Sarmiento</i>	

Abreviaturas

ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
AED	Análisis Económico del Derecho
AEP	Asamblea de los Estados Parte de la Corte Penal Internacional
AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
ARIC	<i>Asian Regional Integration Center</i>
Art.	Artículo(s)
BPG	Bienes Públicos Globales
BStU	<i>Federal Commissioner for the Records of the State Security Service of the former German Democratic Republic</i>
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CDH / HRC	Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas / Human Rights Council
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEDAW	<i>Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women</i>
CESL	Corte/Tribunal Especial para Sierra Leona
CG	Convenios de Ginebra
CGC	Comisión sobre Gobernanza Global
CICC	Coalición por la Corte Penal Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CLIHHR	<i>Cardozo Law Institute in Holocaust and Human Rights</i>
CILS	Estudios Críticos Legales Internacionales
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
Com. IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI / TPI	Corte Penal Internacional / Tribunal Penal Internacional
CSCDA	Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos
CSNU	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
DDHH	Derechos Humanos
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DEVAW	<i>Declaration on the Elimination of Violence against Women</i>
DI	Derecho Internacional
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DIP	Derecho Internacional Penal
Doc.	Documento
DP	Derecho Penal

DST	<i>Doenças sexualmente transmissíveis</i>
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
DW	<i>Deutsche Welle</i>
EC	Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional – Estatuto de Roma
ECESL	Estatuto de la Corte (Tribunal) Especial para Sierra Leona
Ed.	Editor(es)
EE.UU.	Estados Unidos de América
ELS	Ejército de Liberación del Señor
Et al.	Y otros
Et seq.	Y siguientes
ETPIR	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda
ETPIY	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
FFV	Fondo Fiduciario para las Víctimas
FIDH	Federación Internacional por los Derechos del Hombre
FNI	Frente Nacionalista e Integracionista
FPLC	Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo
FRPI	Fuerzas de Resistencia Patriótica de Ituri
HIV	<i>Human Immunodeficiency Virus</i>
HRC / CDH	<i>Human Rights Council / Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas</i>
HRW	<i>Human Rights Watch</i>
Íbid	Misma obra
ICA	<i>International Council on Archives / Consejo Internacional de Archivos</i>
ICBS	<i>International Committee of the Blue Shield / Comité Internacional del Escudo Azul</i>
ICR	<i>International Court Records</i> (base de datos del TPIY)
Ídem	Misma referencia completa
ISO	<i>International Organization for Standardization</i>
JI	Justicia Internacional
JIP	Justicia Internacional Penal
JRAD	<i>Judicial Records and Archives Database</i> (base de datos del TPIR)
KHRC	Comisión de Derechos Humanos de Kenia / <i>Kenyan Human Rights Commission</i>
LGBTIQ+	Lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, transexuales y travestis, intersexuales, <i>queer</i> y otras personas con identidades de género u orientaciones sexuales diversas
LMS	Coalición de los Estados Amigos de la Corte / <i>Like-Minded States</i>
MICT	Mecanismo Residual de los Tribunales Penales Internacionales

Núm.	Número
ODI	<i>Overseas Development Institute</i>
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OI	Organización(es) Internacional(es)
ONG	Organización(es) No Gubernamental(es)
ONU	Organización de las Naciones Unidas / Organização das Nações Unidas
OPCV	Oficina Pública de Defensa de las Víctimas
PA I	Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra
PAII	Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra
Párr.	Párrafo(s)
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Pp.	Página(s)
RCA	República Centroafricana
RDC	República Democrática del Congo
RI	Relaciones Internacionales
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional
RPP TPIR	Reglas de procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para Ruanda
RPP TPIY	Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
SA	Sala de Apelaciones
SCP	Sala(s) de Cuestiones Preliminares
SEA	Salas Extraordinarias de África
SEK	Salas Especializadas de Kósovo
SETC	Salas Especiales de los Tribunales de Camboya/Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya
SGNU	Secretaría General / Secretario General de las Naciones Unidas
SPI	Sala(s) de Primera Instancia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEL	Tribunal Especial para el Líbano
TER	Teoría de la Elección Racional
TMI	Tribunal Militar Internacional de Nuremberg
TMILO	Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente
TPI / CPI	<i>Tribunal Penal Internacional / Corte Penal Internacional</i>
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY / TPII	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia / <i>Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia</i>
TPIY/R	Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

TUE	Tratado de la Unión Europea
TWAIL	Teorías del Tercer Mundo sobre el Derecho Internacional / <i>Third World Approach to International Law</i>
UA	Unión Africana
UCR	<i>Unified Court Records</i> (base de datos del MICT).
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UPC	Unión de Patriotas Congolese
VBG	Violencia Basada en Género
Vol.	Volumen(es)
VSx	Violencia sexual
WAS	<i>World Association for Sexual Health</i>
WCGJ	<i>Women's Caucus for Gender Justice</i>
WIGJ	<i>Women's Initiatives for Gender Justice</i>

Prólogo

El manuscrito que se presenta en este prólogo tiene como título *La función de la Corte Penal Internacional: visiones plurales desde una perspectiva interdisciplinaria*. A ello se une el subtítulo *Volumen Especial por el X Aniversario del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional*. En consecuencia, dos son los aspectos principales que se abordan en las siguientes líneas. Por un lado, una breve introducción al trabajo de investigación coordinado por los profesores Olasolo, Urueña-Sánchez y Sánchez Sarmiento, a través del análisis de sus objetivos principales. Por otro lado, la presentación del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH o Instituto) y de sus principales actividades en los diez años transcurridos desde su fundación el 1 de junio de 2011.

Con respecto a la primera cuestión, se puede identificar tres objetivos principales a los que se dirige el manuscrito objeto de la presente publicación. En primer lugar, busca proporcionar una visión interdisciplinaria más amplia sobre la función de la CPI a través del diálogo entre las aproximaciones filosóficas y teológicas por una parte, y los enfoques desde el DI y las RI por otra. En este sentido, conviene tener en cuenta que, si bien hasta el momento la doctrina se ha limitado en gran medida a estudiar la CPI desde perspectivas de análisis tradicionales basadas en el positivismo jurídico, no es menos cierto que una comprensión holística de las condiciones que han favorecido la constitución y la consolidación de la CPI como institución requiere ir más allá del análisis del ECPI y de los instrumentos internacionales que lo complementan, para promover el diálogo con aquellas otras disciplinas que explican ciertas variables de su funcionamiento. De esta manera, tanto la filosofía como la teología tienen mucho que aportar en relación al tratamiento de las atrocidades masivas en las sociedades humanas y en la sociedad internacional, y por lo tanto son ciertamente relevantes a la hora de interpretar la función del único tribunal internacional penal permanente (la CPI) que ha sido establecido hasta el momento para investigar y enjuiciar a sus máximos responsables.

Fruto de lo anterior, el manuscrito nos presenta dos ejes de análisis de la función de la CPI (estudios críticos y aproximaciones histórico

contextuales subalternas) que son transversales a las cuatro disciplinas desde las que se ha desarrollado la investigación. Además, el texto aborda la función de la CPI desde otras aproximaciones teóricas, que, a pesar de no ser transversales a las cuatro disciplinas elegidas, permiten comprender mejor algunos de sus elementos. Estas últimas pueden ser clasificadas en tres grandes grupos: (i) perspectivas teóricas que desde el DI y las RI adoptan la modernidad y sus subjetividades, con independencia de que tengan un fundamento positivista (gestión de la información y política de archivos) o se aparten del mismo (teoría de la elección racional, justicia global, derechos económicos y constitucionalismo global); (ii) perspectivas teóricas no positivistas que desde el DI y las RI denuncian la modernidad y sus subjetividades (constructivismo, teorías feministas, posestructuralismo y teoría *queer*); y (iii) perspectivas teóricas filosófico-teológicas que rechazan también el positivismo, la modernidad y sus subjetividades (horizontes ético, práctico y simbólico, justicia como memoria y teoría de las emociones).

La estructura que acabamos de describir refleja con claridad el segundo objetivo al que se dirige el presente trabajo. Este consiste en explorar las principales cuestiones planteadas por la función de la CPI desde aproximaciones teóricas que se apartan del positivismo normativo, y con frecuencia se apoyan en referentes teóricos que renuncian a la modernidad y a sus subjetividades (Escuela de Frankfurt, perspectivas posestructuralistas, posmodernas y poscoloniales, marxismo o neogramscismo), con el fin de construir, sobre la base de sus propias percepciones de la sociedad y la justicia internacionales, mundos alternativos (de ahí, su fuerte compromiso ético con la posibilidad de cambio).

De esta manera, el manuscrito se revela como un trabajo de investigación pionero en el estudio de instituciones internacionales desde diferentes disciplinas y aproximaciones teóricas, proporcionando una herramienta única para explicar y entender cómo las teorías no positivistas pueden aplicarse en la práctica para analizar de manera sistemática la función de una institución central de la justicia internacional como la CPI.

Estos dos primeros objetivos son de alcance universal y, por lo tanto, no se encuentran relacionados *per se* con los idiomas español y portugués o con la regiones iberoamericana y latinoamericana. Esta

es también la razón por la que los autores han sido particularmente cuidadosos en citar fuentes (doctrina, legislación y jurisprudencia) en inglés y en ocasiones en francés, además de las referencias existentes en español y portugués. Así mismo, dadas las dificultades para encontrar fuentes relevantes en estos dos últimos idiomas en algunos de los temas abordados (como por ejemplo la gobernanza, la justicia y el constitucionalismo globales, el estructuralismo, el posestructuralismo, la teoría *queer* y la teoría de las emociones), la mayor parte de las fuentes citadas en estos capítulos se encuentran en inglés.

El tercer objetivo del manuscrito es conmemorar el décimo aniversario del IIH. Dado que una de las principales actividades del Instituto es favorecer el diálogo entre el pensamiento de la academia iberoamericana, con el de la doctrina de otras áreas geográficas y culturales, el proyecto de investigación que ha dado lugar al presente trabajo (cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia) ha supuesto una excelente oportunidad para reunir a alrededor de cincuenta investigadores iberoamericanos (en su mayor parte, latinoamericanos) de diferentes disciplinas para aportar sus puntos de vista (determinados en buena medida por las circunstancias propias del contexto social, político, económico y cultural en el que se han formado y desarrollado profesional y personalmente) sobre las cuestiones de relevancia universal arriba mencionadas. Con ello se pretende fomentar el diálogo sobre la función de la CPI y los fines del DIP con académicos y profesionales de otras áreas geográficas y culturales, cuyas opiniones se encuentran sin duda también influenciadas por las circunstancias particulares de su contexto. Esto explica, en última instancia, que el manuscrito se publique en español y portugués como volumen 15 de la *Colección Perspectivas Iberoamericanas de la Justicia*, coeditada por la editorial Tirant lo Blanch (España / Brasil / Colombia / México), el IIH (Países Bajos) y el Instituto Joaquín Herrera Flores (España / Brasil).

Con respecto a la segunda cuestión abordada en este prólogo, conviene subrayar que el IIH se fundó el 1 de junio de 2011 con la clara vocación de constituirse en una plataforma para que los diferentes actores de la región iberoamericana pudieran presentar a los distintos tribunales internacionales con sede en la Haya, así como a la comunidad académica y a la sociedad civil involucrada en sus actuaciones, sus experiencias y visión sobre las cuestiones relativas a la consecu-

ción de la paz, la protección de los derechos humanos, la prevención de los delitos atroces y la lucha contra su impunidad.

La creación del IIH tuvo como fundamento cuatro premisas principales. En primer lugar, el entendimiento de que las instituciones judiciales internacionales con sede en La Haya tienen como objetivos centrales la evitación de los conflictos armados mediante la resolución de las controversias, la consolidación de la paz, la profundización en el respeto y protección de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, la prevención de los delitos atroces y la lucha contra la impunidad de quienes los planean, preparan, facilitan, cometen, encubren y se benefician de los mismos.

En segundo lugar, el hecho de que los tribunales internacionales desarrollan sus funciones en La Haya dentro de un contexto en el que la actuación de los actores nacionales es esencial para la consecución de sus objetivos. Esta realidad es el resultado de una sociedad internacional globalizada: (i) en la que las causas y los efectos de los conflictos se entrelazan y tienen una naturaleza transnacional; (ii) donde con frecuencia asistimos a que numerosos actores en diferentes instancias y desde distintos territorios participan en el planeamiento, preparación, asistencia o encubrimiento de hechos constitutivos de crímenes internacionales, como la agresión, el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra; y (iii) en la que quienes obtienen un mayor rendimiento económico de estos delitos son, con frecuencia, personas físicas y jurídicas de terceros países sin mayor arraigo en aquellos lugares golpeados por el sufrimiento y la desolación que conlleva su comisión.

En tercer lugar, la constatación de que, aunque la experiencia y visión de los actores (académicos, miembros de la sociedad civil, funcionarios estatales y profesionales del derecho y de otras disciplinas) de aquellas regiones en las que tradicionalmente se ha sufrido con mayor intensidad la violencia es esencial para comprender esta realidad y buscar soluciones comprensivas ante la misma, lo cierto es que con frecuencia son terceros los que subrogan la facultad de hablar en su nombre.

En cuarto lugar, la necesidad de corregir esta disfuncionalidad para que sean los propios actores nacionales quienes puedan presentar directamente sus contribuciones. Este proceso comienza con la elimi-

nación de las barreras lingüísticas que tantas dificultades continúan generando para que los actores nacionales de países no anglófonos puedan divulgar sus experiencias en La Haya, y para que la jurisprudencia de los tribunales internacionales pueda ser conocida y aplicada por aquellos en sus países de origen.

Con base en este fundamento, y con la misión de convertirse en una plataforma iberoamericana en La Haya, el IIIH ha buscado durante sus diez primeros años de existencia cumplir con sus principales objetivos, que según el art. II de sus estatutos son los siguientes:

- La investigación, educación, disseminación del conocimiento y promoción del debate público y académico en relación con: (i) el DIP, el DIH, el DIDH, el DI público y el mandato y la jurisprudencia de los organismos internacionales y regionales que los aplican; (ii) el fortalecimiento de la democracia, la administración de justicia, el acceso a la justicia, la justicia transicional y el enjuiciamiento por las jurisdicciones nacionales de los crímenes internacionales; y (iii) las RI, la resolución pacífica de los conflictos y la cultura de paz, el desarrollo y la seguridad humana y ciudadana, la criminología transnacional y la ciencia política, la política pública y la cooperación internacional.
- La promoción en aquellas áreas relacionadas con su objeto de: (i) el trabajo de expertos iberoamericanos; (ii) el intercambio de experiencias entre expertos iberoamericanos y actores y expertos de otras regiones (así como funcionarios de OI); y (iii) la contribución del conocimiento y experiencia de expertos iberoamericanos a la resolución de situaciones de crisis a nivel nacional e internacional.
- La formulación, diseño, edición y publicación de documentos que reflejen los principales trabajos del IIIH, así como la publicación de artículos de investigación de jóvenes investigadores y académicos iberoamericanos consolidados en cooperación con editoriales externas.
- La promoción de la utilización del español y del portugués en las actividades del IIIH.

Para desarrollar estos objetivos, el IIIH ha operado desde su fundación por medio de una estructura conformada por un Consejo Directivo, tres Coordinaciones de Área, un Consejo Asesor y un Comi-

té Honorario. Además, ha desarrollado una amplia red de *partners*, entre los que cabe mencionar, entre otros muchos, los siguientes que colaboran anualmente en el desarrollo de la Semana Ibero-Americana de la Justicia Internacional, el Seminario de Pensamiento Iberoamericano, el Concurso CPI de Simulación Judicial ante la Corte Penal Internacional y el Día Polifónico de la Justicia Internacional: la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, la Corte Permanente de Arbitraje, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General Iberoamericana, el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos, el Programa de Paz y Justicia del Ayuntamiento de La Haya (Países Bajos), la Academia Internacional de los Principios de Nuremberg (Alemania), la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos), la Universidad del Rosario (Colombia) y las Editoriales Tirant lo Blanch y Brill / Martinus Nijhoff (Países Bajos) (<https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/semana-iberoamericana-de-la-justicia-internacional-y-los-derechos-humanos>). Además, como se refleja en la página web del IIH, decenas de instituciones internacionales, embajadas iberoamericanas con sede en La Haya, ONG y universidades, entre otras, han colaborado en la organización de las actividades desarrolladas por el IIH durante los últimos diez años (<https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/organization/partners>).

A esto hay que sumar la creación desde 2015 de la Red de Investigación *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia*, en la que participan entre 150 y 200 investigadores de América Latina y Europa (principalmente España, Países Bajos y Portugal), junto con algunos representantes de otras áreas geográficas como Norteamérica, Europa del Este, Asia y África, que se dividen en los siguientes ocho equipos de investigación: ciencia y tecnología, psicología, filosofía, RI y ciencia política, justicia comunitaria/antropología, justicia nacional, justicia internacional y justicia trascendente/teología. Sus trabajos se publican en la Colección *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia*, coeditada por la Editorial Tirant lo Blanch, el IIH y el Instituto Joaquín Herrera Flores, cuyos volúmenes se pueden acceder de manera gratuita a través de la página web del IIH (<https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/coleccion-perspectiva-iberoamericana-sobre-la-justicia>).

Así mismo, desde el acuerdo del Consejo Directivo de 26 de octubre de 2020, el IIH apoya institucionalmente y financia la publicación de los trabajos de la *Red de Investigación Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*, con sus más de 300 investigadores distribuidos en quince equipos de investigación en criminología, RI, derecho constitucional y electoral, derecho administrativo, sectores justicia y seguridad, derecho privado, derecho financiero, cambiario y tributario, cooperación judicial no internacional, DP, derecho procesal penal, cooperación judicial internacional, DIP, DIDH, otros regímenes jurídicos internacionales (arbitraje de inversión, DI de los espacios y Amazonía) y política exterior (<https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado>).

Las publicaciones por el IIH de trabajos de investigación se completan con dos de sus colecciones más conocidas. En primer lugar, el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, coeditado entre la Editorial de la Universidad del Rosario (Colombia), la Editorial Tirant lo Blanch y el IIH. En el ANIDIP se publican, entre otros, los ensayos de investigación seleccionados cada año a través de los Certámenes *Blattmann*, *Odio Benito* y *Steiner sobre Justicia Internacional Penal (CEBOS)* y *Estudios Críticos sobre la Justicia (CECJ)*, habiéndose convertido en estos diez años en un referente para la literatura sobre DIP en lengua española y portuguesa (sus volúmenes se puede descargar de manera gratuita a través del siguiente enlace: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/anidip-anuario-ibero-americano-sobre-derecho-internacional-penal>).

En segundo lugar, la Colección bilingüe (inglés/español) *International Law Clinic Reports / Informes de la Clínica Jurídica Internacional*, coeditada por la Universidad del Rosario y el IIH, con el apoyo institucional de la Oficina de Defensoría Pública de Víctimas de la CPI (OPCV por sus siglas en inglés). Esta colección recoge los principales trabajos de investigación desarrollados por la Clínica Jurídica Internacional, organizada por la Universidad del Rosario y el IIH, en colaboración con la OPCV (se puede acceder también en abierto a sus volúmenes través del siguiente enlace: <https://www.iberameri>

caninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/international-law-clinic-reports-informes-de-la-clinica-juridica-internacional).

A la luz de lo anterior, es evidente que son muchas las voluntades que han hecho posible que el IIH, y sus múltiples actividades, hayan consolidado y adquirido la forma y el contenido que presentan diez años después de su fundación. Todas ellas, y otras muchas, continuarán siendo sin duda necesarias para que el IIH pueda seguir desempeñando la función de plataforma iberoamericana en La Haya que ha venido realizando en esta última década. Por todo ello, no podemos finalizar este prólogo sin expresar nuestro más profundo agradecimiento a todos los que durante la breve, pero intensa, andadura del IIH se han acercado a nosotros para ofrecernos desinteresadamente su contribución.

En La Haya (Países Bajos), a 15 de abril de 2021.

**Héctor Olasolo, John Vervaele, Cees Koonings,
Romina CATERA & Piet Willems**
Consejo Directivo, IIH

Parte I
INTRODUCCIÓN

Capítulo 1
**MARCO ANALÍTICO Y
METODOLÓGICO***

Héctor Olasolo
Mario Iván Urueña-Sánchez
Andrés Sánchez Sarmiento

**1. INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS POR ENTENDER LA
FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
DESDE ENFOQUES INTERDISCIPLINARES
Y APROXIMACIONES QUE SE ALEJAN DEL
POSITIVISMO NORMATIVO**

Tras las experiencias iniciales del TMI y del TMILO al final de la Segunda Guerra Mundial, el DIP deja de ser a partir de la década de 1990 una rama del DI esencialmente teórica para convertirse en objeto de aplicación constante (Ambos, 2013: 72). De esta manera, el DIP, tal y como lo conocemos en la actualidad, se construye en gran medida en el periodo entre 1990 y 2010, mediante la reafirmación y desarrollo del régimen jurídico-internacional preexistente y el fortalecimiento de sus diversos mecanismos de aplicación (Olasolo & Galain, 2018: 51-61).

Así, en el ámbito sustantivo, se reafirma la regulación del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, de modo que, además de desarrollar su normativa convencional (en particu-

* El presente capítulo hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos).

lar, a través del ECPI), se consolida la naturaleza consuetudinaria de sus distintos elementos, incluyendo: (i) la prohibición de que Estados e individuos incurran en estos comportamientos; (ii) la atribución a quienes los cometen de responsabilidad internacional (que en el caso de los individuos tiene naturaleza penal) frente a la sociedad internacional en su conjunto (también denominada “comunidad internacional”); (iii) la obligación de los Estados de declarar y ejecutar la responsabilidad internacional individual con respecto a los crímenes cometidos en su territorio o bajo su jurisdicción; y (iv) la imprescriptibilidad y la prohibición de leyes de amnistía frente a este último tipo de responsabilidad. Así mismo, varios de estos elementos adquieren rango de derecho imperativo o *ius cogens* (Olasolo, 2017: 154).

En cuanto al fortalecimiento de los mecanismos de aplicación del DIP, se establecen en el periodo 1990-2010 nuevos tribunales internacionales e híbridos de carácter penal y se reafirman las obligaciones de los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar penalmente los crímenes internacionales cometidos en su territorio o bajo su jurisdicción, y en determinados supuestos de recurrir al principio de jurisdicción universal para su persecución penal. Además, con la adopción del ECPI en 1998 y su entrada en vigor en 2002, se produce la institucionalización de estos mecanismos, pasando de tribunales temporales *ad hoc* a una jurisdicción internacional permanente, creada a través de un tratado internacional con aspiraciones de universalidad (Ambos, 2013: 72; Olasolo, 2017: 50-51).

En este contexto, para comprender de manera holística las condiciones que permiten la formación y el desarrollo de la CPI como institución se requiere, por un lado, analizar los instrumentos internacionales que permiten su existencia (el ECPI y sus instrumentos complementarios) y, por otro lado, entablar un diálogo constante con aquellas otras disciplinas que explican determinados aspectos de su funcionamiento (Bianchi, 2016: 11). Sin embargo, la doctrina se ha limitado, en gran medida, hasta el momento a estudiar la CPI desde perspectivas de análisis tradicionales, como el positivismo, el realismo jurídico o las teorías liberales del derecho y la justicia.

Como Corten (2009) subraya, este tipo de investigaciones jurídico-internacionales se caracterizan porque parten de ciertos presupuestos básicos sobre el “ser” del DI, que se consideran plenamente

probados y no pueden ser objeto de cuestionamiento. Así, en primer lugar, se asume que la esencia del DI es el voluntarismo de los Estados, lo que supone que estos últimos definen la producción de las normas jurídico-internacionales, de modo que los actores subestatales o sociales no son relevantes (Estado-centrismo). En segundo lugar, se afirma que el objeto de estudio de las investigaciones jurídico-internacionales ha de limitarse a las interacciones normativo-sustantivas, procesales e institucionales entre los actores de la sociedad internacional (excluyendo las reflexiones sobre el deber ser de su conducta ético-moral). En tercer lugar, se señala que las cuestiones objeto de investigación han de ser respondidas de modo descriptivo-analítico mediante el uso de los conceptos y las categorías tradicionales del análisis jurídico-internacional, sin que se pueda desafiar la estructura westfaliana del DI basada en los conceptos de supremacía, jerarquía, obligatoriedad, inter-estatalidad, fuentes y sujetos (teoría analítica del DI). Finalmente, se subraya que el estudio de las contradicciones en el comportamiento de los actores de la sociedad internacional debe estar enmarcado dentro de unos límites claramente definidos, lo que requiere su abordaje desde los mencionados conceptos y categorías de análisis (por ejemplo, su consideración como casos de incumplimiento de los tratados) (Olasolo, Urueña-Sánchez & Arévalo-Ramírez, 2021).

En consecuencia, el estudio de la CPI desde aproximaciones que se alejan del positivismo normativo para analizar el DI, así como desde enfoques interdisciplinarios es, en el mejor de los casos, insuficiente. Ante esta situación, el presente volumen parte del interés por entender la función de la CPI de una manera más comprehensiva a través de una óptica más amplia que la ofrecida por las aproximaciones tradicionales arriba mencionadas. Este interés surge de dos constataciones principales. En primer lugar, la importancia de pensar las cuestiones que plantean la JI, los fines a los que se dirige el DIP y, especialmente, la función de la CPI, no solamente desde un plano normativo, sino también desde perspectivas que se alejan del positivismo jurídico y que con frecuencia (pero no siempre) se apoyan en referentes teóricos que renuncian a la modernidad y a sus subjetividades con el fin de construir mundos alternativos (para ello, partiendo de sus propias percepciones de la sociedad internacional y del DI, desarrollan construcciones con un fuerte compromiso ético con la posibilidad de cambio). En segundo lugar, la estrecha relación entre las cuestiones mencionadas y ciertas

problemáticas abordadas por otras disciplinas (Armstrong, Farrell & Lambert, 2012), como la filosofía, la teología y las RI.

2. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN Y AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Al ser la CPI una jurisdicción internacional permanente establecida para aplicar el ECPI, y siendo este último un instrumento central del DIP, surge la pregunta sobre qué es el DIP. De la respuesta a esta cuestión dependerá el análisis de sus fines, principios y fuentes, así como el contenido de la función de la CPI (Olasolo, 2017: 48).

Autores como Bassiouni (2008) y Kress (2014) adoptan una definición amplia de DIP. El primero recoge hasta veinticinco categorías de crímenes internacionales, entendiendo como tales los que: (i) afectan a intereses internacionales importantes o constituyen delitos particularmente graves que menoscaban los valores compartidos por los integrantes de la sociedad internacional; o (ii) implican a más de un Estado debido a las diferencias de nacionalidad de los autores o de las víctimas, a los medios empleados, o a que solo es posible proteger los valores o intereses afectados mediante la legislación internacional. Dentro de esta definición amplia de DIP se incluyen desde el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, hasta el narcotráfico, la falsificación, los daños a los cables submarinos y la interferencia ilícita con el correo (2008: 129 *et seq.*).

Para Kress (2014: 1-14), el DIP está conformado por cuatro grupos distintos de normas internacionales: (i) las que determinan el alcance de la jurisdicción penal de los Estados; (ii) las que establecen las obligaciones de los Estados en materia de extradición y auxilio judicial; (iii) las que forman parte del DP transnacional, entendido como el conjunto de normas creadas por los Estados a través de tratados internacionales para regular y perseguir penalmente aquellas transacciones económicas que superan en su desarrollo, o en sus efectos, el ámbito interno de sus fronteras, y que por ello son objeto de interés para más de un Estado; y (iv) las que conforman el DIP en sentido estricto, caracterizadas porque atribuyen a ciertas conductas individuales (crímenes internacionales) una serie de consecuencias jurídicas

(penas) tradicionalmente contenidas en normas penales internas, que son directamente aplicables por órganos jurisdiccionales internacionales, híbridos o nacionales.

El establecimiento de este cuarto grupo de normas jurídico-internacionales supone una profunda transformación del DI público, porque, como Werle y Jessberger (2014) subrayan, implica la adopción del principio de responsabilidad internacional del individuo de carácter penal. De este modo, si bien el objeto principal del DI público es regular la conducta de los Estados bajo la advertencia de que los mismos incurrirán en responsabilidad internacional (de naturaleza no penal) en caso de incumplimiento, la aparición del DIP en sentido estricto, como rama del DI público, implica la regulación de la conducta humana bajo la amenaza de que los individuos incurrirán en responsabilidad internacional de naturaleza penal si llevan a cabo los comportamientos prohibidos (Ambos, 2013: 54; Cassese, 2008: 11-14; Olasolo & Galain, 2018).

Esto significa que la comunidad internacional ha creado una serie de normas jurídicas, dirigidas a los individuos que, al igual que los Estados, forman parte de la misma, con el fin de prohibirles llevar a cabo ciertas conductas que menoscaban los valores centrales sobre los que se ha construido tras la Segunda Guerra Mundial (paz y seguridad internacionales, preservación de ciertos grupos humanos y de la población civil, y protección de los aspectos esenciales de la dignidad humana), bajo la conminación de hacerse acreedores de una pena en caso de incumplimiento (May, 2005: 72-75, 82, 83; Van der Wilt, 2014: 30-31).

En consecuencia, lo distintivo de los crímenes internacionales que conforman el DIP en sentido estricto es la doble naturaleza individual y colectiva del bien jurídico protegido. Por un lado, protegen bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad física, la autonomía sexual o la libertad. Por otro lado, como recoge expresamente el párr. 3 del Preámbulo del ECPI, protegen también bienes jurídicos colectivos (Ambos, 2013: 55; Luban, 2011: 21; Orakhelashvili, 2006: 46-47; Satzger, 2012: 181; Werle, 2010: 82-83, 468-469).

De este modo, las siguiente cinco categorías de crímenes internacionales se dirigen a preservar la paz y seguridad internacionales: (i) la agresión, en cuanto que tipifica las violaciones graves y manifiestas de la regulación jurídico-internacional del uso de la fuerza; (ii) el

genocidio, al dirigirse a la protección de grupos nacionales, étnicos, raciales, y religiosos, cuya destrucción total o sustancial pone en riesgo la paz y seguridad internacionales; (iii) los crímenes de lesa humanidad, al ponerse también en riesgo la paz y seguridad internacionales como consecuencia de las violaciones sistemáticas o generalizadas de los derechos humanos básicos de la población civil; (iv) el crimen de apartheid, en cuanto que todo régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de uno o más grupos raciales genera por su propia naturaleza una amenaza a la paz y seguridad internacionales; y (v) los crímenes de guerra, porque amenazan la paz y seguridad internacionales a través de la escalada del conflicto que viene aparejada a los mismos (Olasolo, 2017: 53).

Salvo el caso del crimen de apartheid, el resto de los crímenes internacionales que acabamos de mencionar fueron recogidos en el art. 6 del Acuerdo del Londres (1945), que estableció el TMI, conforme a las siguientes tres categorías (que también fueron aplicadas por el TMILO): (i) los crímenes de guerra; (ii) los crímenes de lesa humanidad; y (iii) los crímenes contra la paz. Posteriormente, una vez que el crimen de genocidio cobró autonomía propia frente a los crímenes de lesa humanidad, los estatutos del TPIY (1993), el TPIR (1994), la CPI (1998) y la CESL (2002) lo han recogido también como una categoría con autonomía propia. Además, la categoría de crímenes contra la paz desaparecería de dichos estatutos, de manera que los tribunales internacionales penales y los tribunales híbridos establecidos a partir de 1990 no han podido ejercer su jurisdicción sobre los mismos. Solamente el ECPI incluye dentro de su jurisdicción material los crímenes contra la paz, encapsulados en el crimen de agresión, cuya definición entró en vigor el 1 de julio de 2018 y todavía no ha sido aplicada por la jurisprudencia de la CPI. Lo mismo sucede con el crimen de apartheid, que sólo se recoge en el ECPI como una modalidad de crimen de lesa humanidad.

Junto a la protección de la paz y seguridad internacionales, cuatro de las cinco categorías de crímenes arriba mencionados se dirigen también a proteger un segundo interés universal de carácter esencial para la sociedad internacional: la preservación de grupos humanos caracterizados por: (i) la raza (apartheid); (ii) la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión (genocidio); o (iii) el hecho de ser parte de la población civil (crímenes de lesa humanidad y de guerra). En esto se

diferencian de un segundo grupo de crímenes internacionales donde el bien jurídico protegido no es ni la paz y seguridad internacionales ni la preservación de ciertos grupos humanos o de la población civil, sino, como Vanegas (2011: 68-70) y Castro Cuenca (2007: 81 *et seq.*) sugieren, la protección de las manifestaciones esenciales de la dignidad humana. Nos referimos a la esclavitud, la tortura y la desaparición forzada, cuya investigación, enjuiciamiento y sanción penal no se lleva a cabo a través de órganos jurisdiccionales directamente creados por la comunidad internacional (tribunales internacionales penales y tribunales híbridos), sino a través de las propias jurisdicciones nacionales de los Estados (incluyendo a través de la aplicación del principio de jurisdicción universal).

De lo anterior se puede concluir que el DIP en sentido estricto se caracteriza por constituir una respuesta de la comunidad internacional a las conductas que más gravemente menoscaban sus valores fundamentales, recurriendo para ello a normas penales a través de las cuales se atribuye responsabilidad penal a los individuos que, en cuanto sujetos con personalidad jurídica internacional, incurren en dichos comportamientos. De ahí que autores como Satzger (2012: 179), se refieran al DIP en sentido estricto como el “derecho penal de la comunidad internacional”.

Para su aplicación, el DIP en sentido estricto ha adoptado los mecanismos de investigación y enjuiciamiento penal característicos del derecho interno, con sus principios básicos de legalidad, culpabilidad y debido proceso, como instrumentos para realizar la responsabilidad internacional penal de quienes incurren en las conductas prohibidas (Fichtelberg, 2008: 11 *et seq.*; Robinson, 2008: 961-962; Sander, 2010: 105 *et seq.*; Stahn, 2012: 259-260). De esta manera, la responsabilidad internacional individual constituye en esencia una responsabilidad supranacional (frente a la comunidad internacional), de carácter penal, que puede ser ejecutada por (i) los órganos jurisdiccionales (tribunales internacionales penales como la CPI) de los que se ha dotado a estos efectos la propia sociedad internacional en su conjunto; (ii) las jurisdicciones nacionales en aplicación de los tradicionales principios de territorialidad y nacionalidad activa, o actuando en nombre de la comunidad internacional a través del principio de jurisdicción universal; y (iii) los tribunales penales híbridos o mixtos (Cassese, 2008: 11-14).

Además, como reflejan las resoluciones 1503 (2003) y 1534 (2004) del CSNU en relación con el TPIY y el TPIR, el art. 1 del ECESL y los documentos de política criminal de la Fiscalía de la CPI (2003; 2007; 2010; 2013; 2016a; 2016b), dicha respuesta se dirige, en particular, contra aquellos dirigentes que instrumentalizan las estructuras de poder (estatales y no estatales) a su disposición para planear, instigar, ordenar, facilitar y cometer los comportamientos prohibidos, recibiendo por ello el calificativo de “máximos responsables”. Con ello se pretende garantizar que quienes desde los resortes del poder recurren a la comisión de crímenes internacionales, dejen inmediatamente sus posiciones de liderazgo y hagan frente a la responsabilidad penal asumida frente a su propia sociedad nacional y a la comunidad internacional (Olasolo, 2017: 51).

3. INTERDISCIPLINARIEDAD

Entendiendo el concepto de disciplina como un conjunto de conceptos y métodos destinados a resolver aquellos problemas que se presentan habitualmente en su aplicación (Taekema & Van Klink, 2011), las investigaciones jurídico-internacionales se pueden clasificar en uni, multi e interdisciplinarias, dependiendo del nivel de interacción de los conceptos y métodos del DI con los de otras disciplinas (Olasolo, Urueña-Sánchez & Arévalo-Ramírez, 2021).

Las investigaciones interdisciplinarias se caracterizan porque algunas de las cuestiones que forman parte de su objeto solo pueden ser respondidas desde conceptos y criterios propios de otras disciplinas, lo que provoca la necesidad de recurrir a las mismas. Esto se lleva normalmente a cabo mediante la articulación de equipos cuyos integrantes resuelven las preguntas de investigación aplicando los conceptos y métodos de sus respectivas disciplinas, para luego comparar los resultados e identificar, en la medida de lo posible, los principales aspectos en común y diferencias (Olasolo, Urueña-Sánchez & Arévalo-Ramírez, 2021).

En contraste con las anteriores, las investigaciones jurídico-internacionales de naturaleza uni o multidisciplinaria recurren a las otras disciplinas para: (i) completar la interpretación del contexto, los hechos o las consecuencias fácticas de aplicar el DI; (ii) tomar prestados

conceptos (como los de soberanía o gobernanza provenientes de la ciencia política) que doten de mayor precisión al análisis del DI; o (iii) presentar nuevos argumentos para su interpretación conforme al DI (Taekema & Van Klink, 2011; Olasolo, Urueña-Sánchez & Arévalo-Ramírez, 2021).

Con base en lo anterior, y en aras de enriquecer el estudio de la función de la CPI desde una perspectiva interdisciplinar, el presente volumen la analiza desde diversos marcos de análisis propios no sólo del DI, sino también de la filosofía, la teología y las RI; disciplinas con las que guarda una especial relación.

Así, la filosofía se preocupa por desvelar la razón de ser de cada una de las áreas del conocimiento, contribuyendo a darles vida a través de su preocupación por entenderlas. Esto se observa en particular en el enriquecimiento de la teoría jurídica mediante el recurso a conceptos como el de justicia que tienen su origen en planteamientos filosóficos.

Por su parte, las RI facilitan la comprensión de la función de la CPI como manifestación de la JI a partir del análisis de las dinámicas de la sociedad internacional y de los intereses que mueven a sus principales actores, y en particular a los Estados y a las OI. Esto permite entender cómo y por qué estas dinámicas e intereses condicionan el alcance de la JI, y afectan de modo muy significativo al contenido y desarrollo de la función de la CPI, al ser esta última un tribunal internacional inevitablemente afectado por los fenómenos socio-políticos internacionales.

Con base en lo anterior, tanto la filosofía como las RI proveen el marco conceptual dentro del cual se desarrolla el derecho en general, y el DI en particular. Como resultado, este último elabora sus propias construcciones conceptuales sobre la base de las aportaciones realizadas por planteamientos que tienen su origen en la filosofía y en las RI. Este es el caso de la búsqueda de la justicia y de la constitución de órganos jurisdiccionales internacionales para su consecución.

En cuanto a la teología, esta permite analizar la función de la CPI desde un plano completamente diferente, brindando soluciones que no encuentran los mismos límites materiales que enfrentan las otras disciplinas objeto de nuestro estudio. De esta manera, la óptica trascendente es la única que permite abordar con un cierto grado de sol-

vencia la pregunta sobre las innumerables víctimas que son atropelladas una y otra vez por la injusticia.

En este sentido, conviene recordar que, por más que se haya establecido una CPI de carácter permanente encaminada a combatir la impunidad de los máximos responsables de los crímenes más graves para la comunidad internacional, lo cierto es que la inmensa mayoría de los responsables no van a tener que responder por sus acciones u omisiones, y mucho menos enfrentar un juicio penal por las mismas. Como Olasolo & Galain (2018) subrayan, las actuaciones penales combinadas en el ámbito nacional e internacional con respecto a situaciones de crímenes internacionales, cometidos a gran escala o de manera sistemática, alcanzan sólo de manera excepcional a más del 1% de los posibles responsables. Del mismo modo, ni los sistemas nacionales, ni el sistema internacional tienen la capacidad operativa (ya sea a través de mecanismos judiciales o extrajudiciales) de ofrecer a la gran mayoría de las víctimas la verdad sobre lo sucedido y una reparación integral y transformadora por los daños sufridos (Olasolo, Buitrago, Bonilla & Canosa, 2018).

Ante esta perturbadora realidad, la teología nos permite explorar otras posibles respuestas al problema de la injusticia estructural que caracteriza a las sociedades humanas y que constituye un aspecto central de la sociedad internacional. Con ello nos ofrece herramientas para tratar de superar el sinsentido que aparentemente nos transmiten la filosofía, las RI y el DI con respecto a la situación de innumerables víctimas de graves violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales que jamás verán realizadas sus aspiraciones, ni satisfechos sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

4. PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS

4.1. Análisis de la función de la Corte Penal Internacional desde aproximaciones teóricas que adoptan la modernidad y sus subjetividades

Una vez establecidas las cuatro disciplinas desde las que se aborda el presente trabajo, el siguiente paso es determinar las perspecti-

vas de análisis desde las que se estudiará la función de la CPI. Para ello, finalizada la Parte 1 de carácter introductorio, se ha dividido el manuscrito en dos partes principales, de manera que, mientras en la Parte II se analiza la función de la CPI desde perspectivas de análisis que adoptan la modernidad y sus subjetividades, distinguiéndose entre las que se construyen con base en el positivismo jurídico (sección II.1) y aquellas otras que se desarrollan sobre otros referentes teóricos (sección II.2), en la Parte III se estudia la función de la CPI desde las aproximaciones que denuncian la modernidad y sus subjetividades.

La sección II.1 (capítulos 2 y 3) comienza con el análisis de la función de la CPI desde el positivismo jurídico (capítulo 2), según el cual la función principal de la CPI es la lucha contra la impunidad, cuyo cumplimiento promueve la realización de toda una serie de fines a los que también se dirige, que incluyen la retribución, la prevención, el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y la salvaguarda y reparación de los derechos de las víctimas de los crímenes recogidos en el ECPI.

A continuación, se aborda en el capítulo 3 la relación entre, por un lado, los obstáculos para el acceso a los archivos y la destrucción sistemática de amplios conjuntos documentales, y, por otro lado, la consolidación de la impunidad. De ahí la importancia de que la CPI adopte en el ejercicio de su función las recomendaciones y los principios sobre la organización y la apertura de los archivos como garantes de los derechos de las víctimas.

La sección II.2 (capítulos 4 a 8) aborda la función de la CPI desde las teorías de la elección racional y la gobernanza, la justicia y el constitucionalismo globales. Se trata de cuatro perspectivas de análisis que, si bien se alejan del positivismo jurídico, construyen sus marcos teóricos de referencia desde la modernidad y sus subjetividades. Además, tienen como elemento en común la comprensión de la sociedad internacional como integrada por una pluralidad de agentes entre los que se incluyen, además de los Estados, las OI, las empresas transnacionales, las asociaciones regionales y el propio ser humano.

Mientras el análisis de la función de la CPI desde la racionalidad económica de la teoría de la elección racional (capítulo 4) muestra como un fenómeno ajeno al mercado puede ser explicado desde el AED, la perspectiva de la gobernanza global (capítulo 5) busca mecanismos

de conciliación y armonización entre los intereses de los numerosos agentes que operan en la sociedad internacional (Nowrot, 2004; Bianchi, 2016), lo que, sin duda, tiene un impacto en la forma de entender la JI y la función que la CPI está llamada a desempeñar.

En cuanto a la teoría de la justicia global, esta propone abordar la JI desde “la moralidad institucional”, lo que implica evaluar los intereses de los agentes que inciden en el orden internacional a la luz de los principios morales más básicos, de modo que pueda hablarse de una normatividad internacional verdaderamente justa para las personas (Britos, 2016; Pogge, 2008; Pogge & Álvarez, 2010; Risse, 2012; Tan, 2017). Con base en lo anterior, los capítulos 6 y 7 abordan los mecanismos de búsqueda de la JI y la función de la CPI desde una doble perspectiva: (i) la expansión del objeto y ámbito de aplicación de la JI, al desarrollar un sistema de atribución de responsabilidad internacional individual por la comisión de crímenes atroces que afectan a la humanidad; y (ii) la universalidad de los derechos económicos.

La sección II.2 finaliza con la perspectiva del constitucionalismo global (capítulo 8), que concibe a la sociedad internacional como una comunidad política que ha de ser regida por una constitución universal (Bianchi, 2016). Para ello, busca regular el ejercicio del poder político en las dinámicas internacionales a través de la utilización de recursos y herramientas propios del derecho constitucional doméstico, lo que tienen un impacto en la forma de entender la aplicación de la JI y la función de la CPI.

4.2. Análisis de la función de la Corte Penal Internacional desde aproximaciones teóricas no positivistas que denuncian la modernidad y sus subjetividades

La Parte III del presente volumen aborda la función de la CPI desde aproximaciones teóricas no positivistas que denuncian la modernidad y sus subjetividades, lo que genera la necesidad de buscar otros marcos teóricos de análisis como la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, las perspectivas posestructuralistas, posmodernas y poscoloniales, el marxismo y el neogramscismo.

Para facilitar la comparación entre las distintas concepciones de la función de la CPI desde estas aproximaciones se han elegido dos

ejes de análisis que son transversales a las cuatro disciplinas desde las que se ha desarrollado la investigación: los estudios críticos (sección III.1.1) y las aproximaciones histórico-contextuales subalternas (sección III.1.2).

Además, se aborda también la función de la CPI desde otras perspectivas teóricas, que, si bien no son transversales a las cuatro disciplinas mencionadas, sí son relevantes para completar el objeto de nuestro estudio porque iluminan con particular claridad ciertos aspectos significativos de la función de la CPI. Para facilitar su análisis, han sido agrupadas conforme a la disciplina a la que pertenecen, en perspectivas filosóficas y teológicas (sección III.2.1) y perspectivas de las RI y el DI (sección III.2.2).

4.2.1. Ejes de análisis transversales

A través de los dos ejes de análisis seleccionados se busca estudiar la función de la CPI desde perspectivas que comparten elementos centrales en su configuración, al tiempo que hacen énfasis en aspectos diferenciados como consecuencia de los conceptos y métodos propios de las respectivas disciplinas desde las que se han desarrollado, lo que sin duda tiene un impacto en la forma en la que perciben la función de la CPI.

El primer eje de análisis es el de los estudios críticos (capítulos 9-13), los cuales buscan superar el reduccionismo característico de las concepciones disciplinares clásicas a la hora de definir su objeto de estudio (en nuestro caso, la función de la CPI). Con ello, pretenden promover el análisis de nuevas corrientes de pensamiento y expandir el horizonte del conocimiento a través de la exploración de nuevos paradigmas, lo que fomenta una verdadera libertad intelectual en el ser humano (Bohman, 2019). Los estudios críticos no constituyen, por tanto, una perspectiva única, sino que, por el contrario, están conformados por una pluralidad de aproximaciones (de las que se abordan en este trabajo el horizonte utópico, el principio misericordia-liberación, el marxismo, la Escuela de Helsinki y el idealismo social) que comparten un mismo fin: romper con un modelo epistemológico basado en la exclusividad de unas pocas perspectivas históricamente privilegiadas, para dar cabida a otras no menos relevantes (Bronner, 2011).

El segundo eje de análisis (capítulos 14-17) está conformado por las siguientes perspectivas histórico-contextuales subalternas: la hermenéutica histórico-contextual bíblica, la perspectiva del poscolonialismo y el Sur Global, las denominadas teorías del tercer mundo y el pluralismo jurídico emancipador. La primera, tiene como epicentro el significado del concepto de justicia recogido en los textos del antiguo y del nuevo testamento con base en la experiencia de Dios del Pueblo de Israel y de la sociedad rural de Galilea.

Las dos siguientes se caracterizan por identificar en los estudios tradicionales una categorización de los Estados y las sociedades, que privilegian a quienes son considerados parte del “Norte Global” (también conocidos como “países desarrollados”) y relegan a un segundo plano a los Estados y sociedades encuadrados en el denominado “Sur Global” (también denominados “países subdesarrollados” o “en vías de desarrollo”) (Adetula, Benabdallah & Murillo-Zamora, 2017). Estas perspectivas explican cómo el término “Norte” es utilizado como sinónimo de civilización, progreso, estabilidad, desarrollo y superioridad moral, política, económica y social, mientras que la expresión “Sur” se equipara a lo que se considera subdesarrollado, inestable, incivilizado e inferior (Paz, 2006). A través de esta dicotomía se aprecia también cómo aquellos Estados, sociedades y dirigentes pertenecientes al “Norte Global” han privilegiado sus intereses y han dominado aquello que han considerado menos desarrollado (Adetula, Benabdallah & Murillo-Zamora, 2017). Estas dinámicas se remontan a siglos de opresión y dominación de unos pueblos sobre otros (elemento central también en las experiencias del Pueblo de Israel y de la sociedad de Galilea), lo que, a pesar de que en las últimas décadas se han venido desdibujando progresivamente, ha impedido que exista una verdadera igualdad dentro de la sociedad internacional y dentro de las sociedades humanas contemporáneas (Bianchi, 2016). Es desde este contexto desde el que la perspectiva del poscolonialismo y el Sur Global, y las teorías del tercer mundo, abordan la función de la CPI.

Finalmente, el pluralismo jurídico identifica la existencia de diferentes regímenes normativos que no emanan del Estado, pero que se interrelacionan con el ordenamiento jurídico estatal, construyéndose a partir de estas interrelaciones aquello que denominamos “derecho” (Checkel, 2017). En su variante emancipadora, el pluralismo jurídico afirma la existencia de prácticas sociales democráticas y partici-

pativas dirigidas a reordenar el espacio público mediante políticas comunitarias basadas en una “ética de la alteridad” (reconocimiento de uno mismo en el otro) que buscan la construcción y el ejercicio de una racionalidad emancipadora. Este tipo de prácticas, desarrolladas por grupos subalternos dentro de un determinado contexto histórico, social y económico para satisfacer sus necesidades básicas fundamentales, poseen legitimidad a pesar de tener naturaleza extraestatal (Wolkmer, 2001). Desde una óptica internacional, ello implica que existe un conjunto de nuevos actores/sujetos colectivos, prácticas y convenciones ajenas al ámbito estatal que, junto con la práctica de los Estados, inciden en el desarrollo del DI (Bianchi, 2016). Esto incide, a su vez, en la determinación de los fines a cuya consecución ha de dirigirse el DIP y la función que la CPI ha de desempeñar.

4.3. Otras aproximaciones teóricas desde las disciplinas de referencia

La sección III.2.1, relativa a las aproximaciones filosóficas y teológicas, está conformada por los capítulos dedicados a las siguientes perspectivas de análisis: (i) el horizonte ético, práxico y simbólico (capítulo 18); (ii) la justicia como memoria (capítulo 19); y (iii) la teoría de las emociones (capítulo 20). La primera analiza la función que desempeña la CPI como manifestación de la JI, cuando las lógicas y particularidades de los Estados desdibujan o imposibilitan la aplicación de la justicia nacional. En consecuencia, la CPI puede, en cierta medida, ser vista como un símbolo de realización de responsabilidades frente a los “señores de la impunidad”, que evitan responder por los crímenes internacionales cometidos a través del control del poder que ostentan en el ámbito interno (máximos responsables que actúan desde el Estado o en connivencia con el Estado), o como consecuencia de la debilidad y limitado alcance de los sistemas de justicia nacionales (máximos responsables que actúan desde organizaciones al margen del Estado), lo que provoca que las jurisdicciones nacionales se vuelvan en gran medida inoperantes (Borobio, 2000; Cassirer, 1975; Rahner, 1952).

La perspectiva de la justicia como memoria aborda la función de la CPI desde la centralidad de la recuperación de la memoria de aquellos que han sido sistemáticamente silenciados a lo largo de la historia de

la humanidad, preocupándose por dar voz a quienes, por haber sido subyugados e invisibilizados, han quedado suprimidos en la narrativa de los vencedores (Benjamin, 2005). Tanto la filosofía como la teología han desarrollado esta aproximación en el convencimiento de que la exposición de las injusticias sufridas por quienes las han padecido es el primer paso hacia la consecución de una verdadera justicia (Reyes Mate, 2009). En este contexto, se estudian cuáles son las principales manifestaciones de la justicia como memoria que se pueden observar en los fines a los que se dirige el DIP, con el fin de abordar sobre esta base hasta qué punto esta perspectiva es relevante para la función de la CPI.

La sección III.2.1, finaliza con el abordaje de la teoría de las emociones, que estudia la relevancia del concepto de *circulación afectiva* para comprender mejor la conducta de quienes intervienen en las actuaciones ante la CPI y el resto de los tribunales internacionales penales. Un estudio orientado desde esta perspectiva muestra como la identificación de lo emocional en estos procesos (incluyendo la forma en que la emotividad es instrumentalizada de modo más o menos consciente con ciertos fines) tiene un impacto notable tanto en los fines y alcance del DIP como en la definición de la función de la CPI.

En cuanto a la sección III.2.2, relativa a las aproximaciones desde las RI y el DI, se compone de cuatro capítulos que corresponden a las siguientes perspectivas: (i) el constructivismo (capítulo 21); (ii)-(iii) las teorías feministas en las RI (capítulo 22) y en el DI (capítulo 23); y (iv) el posestructuralismo y la teoría *queer* (capítulo 24).

La primera considera que la sociedad internacional se construye a partir de diferentes fenómenos (hechos) sociales, donde los agentes del sistema internacional tienen intereses subjetivos y particulares, así como valores, discursos e ideas, lo cual determina sus relaciones interpersonales, y estas, a su vez, construyen las dinámicas estatales y supraestatales (Onuf, 1989). De esta manera, las estructuras internacionales se conforman a través de las prácticas recurrentes de sus agentes y su interacción entre ellos mismos y con sus valores, discursos e ideas (Wendt, 1999). En este contexto, son los fenómenos sociales los que verdaderamente determinan el devenir de las RI, y no conceptos objetivos e invariables (Wendt, 1999; Onuf, 1989; Palan, 2004; Reus-Smit, 2005, Sánchez, 2012). Esta concepción de la socie-

dad internacional afecta también la manera en que se comprende la justicia y las OI que, como la CPI, buscan su aplicación. Esto significa que para estudiar la función de la CPI han de examinarse, en primer lugar, cuáles han sido los fenómenos determinantes para su consolidación como institución, y sólo desde su comprensión analizar, en segundo lugar, qué función está llamada la CPI a desempeñar en la sociedad internacional.

Las perspectivas feministas identifican el sistema de opresión patriarcal sobre el cual se han construido gran parte de las sociedades contemporáneas y sus aparatos institucionales (Sjoberg & Tickner, 2013). Así mismo, revelan cómo la sociedad internacional, lejos de ser ajena a estos fenómenos, tiene sus cimientos en conceptos e ideologías que privilegian al hombre sobre la mujer, razón por la cual no es posible hablar de instituciones y OI sin denotar que han sido permeadas por la desigualdad de género (Smith, 2017). En este contexto, mientras el feminismo liberal denuncia que la exclusión y la opresión privan a las mujeres de participar en situación de igualdad en los ámbitos de elaboración y aplicación del DI, los estudios feministas radicales revelan las desigualdades estructurales que han permeado las dinámicas de la JI y han hecho que las relaciones de poder se conduzcan entre hombres y para los hombres (excluyendo a las mujeres de la toma de decisiones y dejando sus derechos y sus problemas fuera del foco de atención, a pesar del creciente discurso de inclusión) (Charlesworth & Chinkin, 2016). Por su parte, los análisis feministas posestructuralistas y posmodernistas se centran en el modo en el que la perspectiva de género, junto a otras categorías, es construida discursivamente para asignar y normalizar roles entre los sujetos del cuerpo social, abriendo el espacio para una perspectiva interseccional que acabe con la jerarquización de sexos y permita construir una sociedad internacional efectivamente equitativa e igualitaria en derechos y deberes. Finalmente, los desarrollos feministas del tercer mundo subrayan las opresiones que tienen su origen en el imperialismo y el racismo (así como en la explotación de los Estados del Sur Global) y analizan el papel de la JI a este respecto. Las distintas aproximaciones feministas mencionadas ofrecen posibles soluciones, cuya aplicación por la CPI permitiría el ejercicio de su función con perspectiva de género, lo que convertiría a la JI en un aliado para derribar las barreras de la desigualdad de género.

Finalmente, las perspectivas postestructuralista y *queer* estudian las injusticias intrínsecas a la construcción de sistemas sociales con base en estructuras hegemónicas binarias, y en particular en la heteropatriarcal basada en el binarismo de género, que privilegia a todo sujeto heterosexual y cisgénero que cumple con los estereotipos de género tradicionalmente concebidos (Sedgwick, 1998). Estas estructuras binarias se han extrapolado a la sociedad internacional, que ha asumido un marco ideológico que discrimina activamente a todo aquel que las desafíe. Sobre esta premisa, la teoría *queer*, en particular, reivindica las diferentes identidades sexuales y de género, y trata de poner fin a la marginalización histórica de la población LGBTIQ+ en la sociedad internacional, como resultado de haber desafiado los roles de género impuestos por el binomio masculino-femenino y haber manifestado tener una orientación sexual o una identidad de género distinta (Fone, 2008; Foucault, 2002; MacKinnon, 1982; Merry, 2009; Ortner, 1974; Rich, 1996; Rubin, 1989; West, 2000). En este contexto, las perspectivas postestructuralistas y *queer* estudian cuál es la incidencia de sus presupuestos en los mecanismos de aplicación del DIP, analizando en particular su impacto en la función de la CPI.

Cada una de las perspectivas desde las que se aborda la función de la CPI en este trabajo plantea escenarios distintos donde no existe una manera uniforme de entender y valorar la JI, el DIP y la CPI. No se puede, por tanto, desconocer que, partiendo de diferentes premisas conceptuales, esta obra colectiva se presenta como una posibilidad para analizar a un actor del sistema internacional a través de una multiplicidad de perspectivas de análisis diversas.

En consecuencia, así como la injusticia es un concepto multifacético, que se manifiesta de diversas formas, frente a distintos sujetos y en diferentes circunstancias, del mismo modo se han de considerar la JI, los fines del DIP y, en particular, la función de la CPI, en cuanto que objeto de múltiples demandas de distintos actores en diversos niveles y escenarios.

Además, es siempre importante recordar que las varias dimensiones de la CPI (estructurales, operativas y financieras) afectan en todo caso a la eficacia en el desarrollo de su función, con independencia del contenido que le atribuyamos a la misma.

5. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA

Con respecto a las consideraciones de orden metodológico, lo primero que conviene subrayar es que, salvo en los capítulos 2 y 3 (que abordan de forma introductoria la función de la CPI desde el DIP positivo y los principios de la gestión de la información y la política de archivos), el resto de capítulos adoptan como propuesta epistemológica el distanciamiento (e incluso rechazo) a las distintas formas de positivismo, ya se entienda desde las ciencias sociales como presupuesto del empirismo clásico (Hume), o desde la disciplina jurídica como el positivismo metodológico (Kelsen) o el analítico (Hart).

Esto supone, por tanto, alejarse de la visión normativo-monista basada en la supremacía del DI sobre el derecho interno, para de esta manera configurar un sistema jurídico único y uniforme en el que la jerarquía normativa hace que la norma doméstica se subordine a la norma universal (fundamental) (Kelsen, 1982). Así mismo, también significa distanciarse del reconocimiento limitado que el universalismo matizado de Hart otorga a las normas culturales particulares como colaboradoras en la construcción jurídica, lo que hace que el DI se configure como un conjunto de reglas primarias de obligación que no están unidas por ninguna regla básica o norma fundamental de reconocimiento (como sí ocurre en el derecho interno) (Hart, 1994).

Cuatro son las razones principales que las aproximaciones no positivistas esgrimen para justificar su posición. En primer lugar, concebir el ordenamiento jurídico internacional como un conjunto de normas hace que se convierta en un instrumento de las elites político-jurídicas y limita su análisis a una sumatoria de agenciamientos aislados de estructuras y procesos (Campderrich Bravo, 2009: 26). En segundo lugar, desconocer el proceso de construcción (o deconstrucción) normativa atenta contra el dinamismo característico del DI, volviéndolo estático, promotor de la adhesión a un ideario conservador del estatus quo y anacrónico para hacer frente a los crecientes desafíos planteados por la sociedad internacional (Urueña-Sánchez, 2017). En tercer lugar, identificarse con un enfoque teórico cuya epistemología prioriza el análisis del DI “de arriba hacia abajo” subestima el papel asumido por las normas culturales particulares y por las interacciones domésticas en la producción, reproducción y reevaluación normativa (con ello se adopta un occidentalismo totalizante que trata de gene-

ralizar e imponer sus valores al resto de la sociedad internacional) (O'Meara, 2010). Finalmente, seguir considerando al Estado (y a sus élites jurídico-políticas) como la unidad exclusiva de análisis por ser la única capaz de imponer sanciones (guerra y represalia en el caso de Kelsen, 1982) o crear reglas de obligación (Hart, 1994) reduce significativamente la heterogeneidad propia del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo (Urueña-Sánchez, 2017). De esta manera, como Shaw (2008: 56) subraya, las visiones positivistas del DI suman a su falta de dinamismo su completa desarticulación de las necesidades y los valores de las distintas sociedades particulares que pretende regular.

La decisión de distanciarse del positivismo provoca la necesidad de buscar otros referentes teóricos que, en el caso de la mayor parte de las aproximaciones teóricas desde las que se analiza la función de la CPI en el presente volumen, tienen en común la denuncia de la modernidad y de las subjetividades por ella producidas (importantes excepciones a esta regla general son las perspectivas de las teorías de la elección racional y de la gobernanza, la justicia, y el constitucionalismo globales, que son abordadas en los capítulos 4 a 8). Esto hace que la orientación epistemológica preponderante que sirve de guía a la investigación recogida en mayoría de los capítulos sea la interpretativista, que, en contraste con las orientaciones tradicionales, se desmarca de las distintas modalidades de materialismo ontológico (la realidad no está, por tanto, determinada por las condiciones materiales de existencia) y de fundacionalismo epistemológico (no se pueden asumir presupuestos sin problematizarlos) (Olasolo, Urueña-Sánchez & Arévalo-Ramírez, 2021).

Para quienes adoptan el interpretativismo, los fenómenos sociales solo pueden existir a través de los sistemas de creencias y de los modos de adquirir el conocimiento. La ontología y la epistemología son por tanto co-constitutivas, lo que se refleja en la formulación de cuestiones abiertas que buscan examinar una gama de elementos y de procesos observables que contribuyen a moldear un resultado. En consecuencia, el interpretativismo promueve preguntas de investigación que buscan analizar la manera en que los agentes sociales representan “el mundo” a través de sus interpretaciones intersubjetivas, lo que permite explorar las normas, las percepciones, los actos de lenguaje y los textos como prácticas figurativas desde las cuales se

construye socialmente la realidad (O'Meara, 2010: 47). Por ello, la pregunta respecto de la CPI y su función en el sistema internacional contemporáneo abre toda una serie de planteamientos respecto de los actores del sistema, la JI y los fines del DIP, y en últimas, sobre las dinámicas subyacentes que configuran la realidad internacional.

El interpretativismo contempla a la ontología y a la epistemología como las dos caras de una misma moneda en la cual hechos y valores (o sujeto y objeto de investigación) son inescindibles. La renuncia a cualquier pretensión de asepsia valorativa lleva a esta orientación epistemológica a privilegiar la *verstehen* weberiana como un supuesto de observación direccionado por la interpretación de los hechos sociales. En consonancia con ello, el método primordial al que se recurre es el cualitativo-interpretativo. Este método está preocupado “por el contexto de los acontecimientos” y centra su indagación “en aquellos espacios en los que los seres humanos se implican e interesan, evalúan y experimentan directamente” (Rodríguez Martínez, 2011: 12).

El método cualitativo interpretativo busca interpretar la realidad social mediante la observación del mundo social como un orden dinámico de significaciones intersubjetivas (Rodríguez Martínez, 2011: 10). En el caso específico de la CPI, su función no puede ser valorada estrictamente desde una visión formal que se limite a las atribuciones que le brinda el ECPI, sino que debe ser vislumbrada a través de múltiples prismas para obtener una visión holística sobre su realidad. Esta elección del método no excluye, sin embargo, que se reserve un espacio al análisis basado en instrumentos de medición cuantificable.

Una discusión más compleja al momento de comparar las cuatro disciplinas involucradas en la investigación tiene que ver con las técnicas de investigación y en especial con los tipos de fuentes a emplear. Si bien las técnicas de investigación se inclinan por el análisis documental en vez de por el abordaje de fuentes vivas, el manejo de cada uno de los capítulos tiene la posibilidad de variar tanto por el enfoque disciplinar como por la perspectiva de análisis escogida por los autores. Dichas técnicas documentales combinan usos tales como la hermenéutica jurídica, la genealogía histórica, el análisis de contenido estructural, la interpretación textual y el análisis crítico del discurso.

Como la distinción que hace cada disciplina entre fuentes primarias y secundarias corre el riesgo de hacerse inconmensurable, en lu-

gar de hacer alusión a una u otra categoría, se presentan tres categorías principales de fuentes. En primer lugar, las fuentes teóricas y metodológicas propias de cada perspectiva de análisis, que ofrecen un panorama deductivo desde el cual analizar la realidad social objeto de estudio. En segundo lugar, textos fenomenológicos, que dan cuenta de la naturaleza de la CPI, su funcionamiento, su agenciamiento en las distintas situaciones y casos en los que ha intervenido y las posiciones críticas sobre este agenciamiento. En tercer lugar, textos relativos al marco jurídico internacional (convencional y consuetudinario), así como la jurisprudencia y la doctrina más relevantes para la aplicación de las distintas perspectivas de análisis a la función de la CPI.

Finalmente, en lo que se refiere a la estructura de cada capítulo, se comienza con la exposición de los elementos centrales de la perspectiva de análisis desde la que se aborda y su concepción de la justicia. Sobre esta base, se pasa a continuación a estudiar su tratamiento de la JI, incluyendo, cuando corresponda, los fines a los que se dirige el DIP. Se finaliza con el análisis de la función que la CPI viene desempeñando, y está llamada a desempeñar, desde la correspondiente aproximación teórica.

REFERENCIAS

Doctrina

- Adetula, V., Benandallah, L. & Murillo-Zamora, C. (2017). "Global South Perspectives". En S. McGlinchey, C. Scheinpflug & R. Walters (ed.), *International Relations Theory* (pp. 125-130). Bristol, Reino Unido: International Relations Publishing.
- Ambos, K. (2013). *Treatise on International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Armstrong, D., Farrell, T., Lambert, H. (2012). *International Law and International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bassiouni, M.C. (Ed.) (2008). *International Criminal Law: Sources Subjects and Contents*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Benjamin, W. (2005). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. Ciudad de México: Contrahistoria.
- Bianchi, A. (2016). *International Law Theories*. Oxford: Oxford University Press.

- Bohman, J. (2019). "Critical Theory". En Zalta, E.N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/critical-theory/>.
- Bobbio, D. (2000). *Sacramentos y etapas de la vida*. Salamanca: Sígueme.
- Botero, J. L. (2012). "Justicia restitutiva, retributiva y estructural en el contexto de la profecía bíblica". *Reflexiones Teológicas*. Vol. 10. Pp. 53-72.
- Britos, P. (2016). "¿Qué significa 'justicia global'?". *Justicia*. Vol. 29. Pp. 86-98.
- Bronner, S. (2011). *Critical Theory: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Campderrich Bravo, R. (2009). "¿Derecho internacional o guerra imperial? Hans Kelsen y Carl Schmitt ante la pacificación de las relaciones interestatales por medio del derecho". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Vol. 43. Pp. 19-38.
- Cassirer, E. (1975). *Esencia y efecto del concepto de símbolo*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Castro Cuenca, C. G. (2007). "Algunos lineamientos sobre la legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales". En Balmaceda Hoyos, G. (ed.). *Problemas actuales del derecho penal* (pp. 81-115). Santiago de Chile: Jurídicas de Santiago.
- Checkel, J. T. (2013). "Theoretical Pluralism". En Carlsnaes, W., Risse, T. & Simmons, B.A. (ed.). *Handbook of International Relations*. Londres, Los Ángeles, Nueva Delhi, Singapur & Washington DC.: Sage. Pp. 220-240.
- Corten, O. (2009). *Méthodologie du droit international public*. Bruselas: Université de Bruxelles.
- Debergé, P. (1998). *La justicia en el Nuevo Testamento*. Estella: Verbo Divino.
- Fichtelberg, A. (2008). "Liberal Values in International Criminal Law. A Critique of Erdemovic". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 6. Pp. 3-19.
- Fone, B. (2008). *Homofobia: una historia*. Ciudad de México: Ed. Océano.
- Foucault, M. (2002). *Historia de la sexualidad. La voluntad del saber*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores.
- Hart, H. (1994). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México: UNAM.
- Kress, C. (2010). "On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision". *Leiden Journal of International Law*. Vol. 23. Pp. 855-873.
- Kress, C. (2014). "International Criminal Law". En Wolfrum, R. (Ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.

- López, F. (2001). *Amós y Miqueas: dos profetas campesinos*. Estella: Verbo Divino.
- Luban, D. (2011). *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*. Bogotá: Temis.
- MacKinnon, C. (1979). *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*. New Haven: Yale University Press.
- Massimo, G. (2011). *Comentario al Evangelio de Mateo*. Madrid: Verbo Divino.
- May, L. (2005). *Crimes against Humanity: A Normative Account*. Oxford: Oxford University Press.
- Meier, H. (1998). *Un juicio marginal. Nueva visión del Jesús histórico*. Estella: Verbo Divino.
- Merry, S. (2009). *Gender Violence: A Cultural Perspective*. Nueva Jersey: Wiley-Blackwell.
- Nava Bedolla, J. (2009). *La orientación epistemológica de la investigación educativa. Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Investigación Educativa*. Recuperado de: <http://www.comie.org.mx/congreso/memoriaelectronica/v10/pdf/carteles/1613-F.pdf>.
- Nowrot, K. (2004). *Global Governance and International Law*. Halle: Martin Luther Universität Halle-Wittenberg. Recuperado de: <https://peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/Heft33.pdf>.
- Olasolo, H. (2017). *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*. Valencia: Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional.
- Olasolo, H., Buitrago Rey, N.E., Bonilla Tovar, V. & Canosa Cantor, J. (ed.), *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Vol. 4. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional e Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Olasolo, H. & Galain Palermo, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal: atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional e Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Olasolo, H., Urueña-Sánchez, M.I. & Arévalo-Ramírez, W. (2021). “Presupuestos teóricos y técnicas de investigación para el desarrollo de investigaciones jurídico-internacionales desde aproximaciones críticas” (en prensa).
- O’Meara, D. (2010). “Le constructivisme”. En MacLeod, A. & O’Meara, D. (ed.). *Théories des relations internationales: contestations et résistances*. Montreal: Athéna Editions. Pp. 244-268.

- O'Meara, D. (2010). "La méthodologie". En MacLeod, A. & O'Meara, D. (ed.). *Théories des relations internationales: contestations et résistances*. Montreal: Athéna Editions. Pp. 37-62.
- Onuf, N. (1989). *The World of Our Making: Rules and Rule in Social Theory and International Relations*. Columbia: University of South Carolina Press.
- Orakhelashvili, A. (2006). *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ortner, S. (1974). "Is Female to Male as Nature is to Culture". En Rosaldo, M. & Lamphere, L. (ed.). *Women Culture and Society*. Redwood City: Stanford University Press.
- Palan, R. (2004). "Constructivism and Globalisation: From Units to Encounter in International Affairs". *Cambridge Journal in International Relations*. Vol. 17 (1). Pp. 11-23.
- Paz, G. D. L. (2006). "La división norte-sur y los estudios internacionales". *CONfines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*. Vol. 2 (4). Pp. 111-114.
- Pogge, T. (2008). "¿Qué es la justicia global?". *Revista de Economía Institucional*. Vol. 10 (19). Pp. 99-114.
- Pogge, T. & Álvarez, D. (2010). "Justicia global: dos enfoques". *Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política*. Vol. 43. Pp. 573-588.
- Pongutá, S. (2008). *Por medio de los profetas*. Bogotá: Ediciones Salesianas.
- Rahner, K. (1962). *Escritos de teología*. Vol. IV. Madrid: Taurus.
- Reus-Smit, C. (2005). "Constructivism". En Burchill, S., Devetak, R., Donnelly, J., Linklater, A., Patterson, M., Reus-Smit, C. & True, J. (ed.). *Theories of International Relations*. Nueva York: Palgrave MacMillan. Pp. 188-212.
- Reyes Mate, M. (2011). *Tratado de la injusticia*. Barcelona: Anthropos Editorial.
- Rich, A. (1996). "Heterosexualidad obligatoria y existencia lesbiana". *DUODA Revista d'Estudis Feministes*. Vol. 10.
- Risse, M. (2012). *On Global Justice*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- Robinson, D. (2008). "The Identity Crisis of International Criminal Law". *Leiden Journal of International Law*. Vol. 21. Pp. 925-963.
- Rodríguez Martínez, J. (2011). "Métodos de investigación cualitativa". *Silogismo*. Vol. 8. Pp. 1-34.
- Rubin, G. (1989). "Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad". En Vance, C. (ed.). *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*. Madrid: Revolución. Pp. 113-190.
- Sánchez, L. E. (2012). "¿De qué se habla cuando se habla de constructivismo?". *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*. Vol. 114. Pp. 107-129.

- Sander, B. (2010). "Unravelling the Confusion Concerning Successor Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence". *Leiden Journal of International Law*. Vol. 23. Pp. 105-135.
- Satzger, H. (2012). *International and European Criminal Law*. Munich: Hart/Beck.
- Sedgwick, E. (1998). *La epistemología del armario*. Barcelona: Ediciones de la Tempestad.
- Sicre, J. L. (1992). *El profetismo en Israel*. Estella: Verbo Divino.
- Sjoberg, L. & Tickner, J. A. (2013). "Feminist Perspectives on International Relations". En Carlsnaes, W., Risse, T. & Simmons, B.A. (ed.). *Handbook on International Relations*. Londres, Los Angeles, Nueva Delhi, Singapur & Washington DC: Sage. Pp. 174-190.
- Smith, S. (2017). "Feminism". En McGlinchey, S., Scheinflug, C. & Walters, R. (ed.). *International Relations Theory*. Bristol: International Relations Publishing. Pp. 62-68.
- Stahn, C. (2012). "Between Faith and Facts: By What Standards Should We Assess International Criminal Justice?". *Leiden Journal of International Law*. Vol. 25. Pp. 251-282.
- Taekema, S. & Van Klink, B. (2011). "On the Border: Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research". En Taekema, S. & Van Klink, B. (ed.). *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*. Tubinga: Mohr Siebeck.
- Tan, K. (2017). *What Is This Thing Called Global Justice?* Londres: Routledge.
- Urueña-Sánchez, M. I. (2017). "El positivismo de Kelsen y Hart en el derecho internacional contemporáneo: una mirada crítica". *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Vol. 15(31). Pp. 193-219.
- Van der Wilt, H. (2014). "Crimes against Humanity: A Category Hors Concours in (International) Criminal Law?". En Van Beers, B., Corrias, L. & Werner, W.G. (ed.). *Humanity across International Law and Biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 25-41.
- Vanegas, M. (2011). "De los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario". En Castro Cuenca, C.G. (ed.). *Manual de derecho penal: parte especial*, Vol. I. Bogotá: Universidad del Rosario & Ed. Temis. Pp. 68 *et seq.*
- Wendt, A. (1999). *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Werle, G. (2010). *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- West, R. (2000). *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar & Siglo del Hombre Editores.

- Wolkmer, A.C. (2001). *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nova cultura*. São Paulo: Alfa Omega.
- Resoluciones, informes y otros documentos
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2003). *Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor*. 5 de septiembre de 2003. Recuperado de: <https://www.legal-tools.org/en/doc/f53870/>.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2007). *Policy Paper on the Interests of Justice*. 1 de septiembre de 2007. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/IC-COTPIInterestsOfJustice.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2010). *Draft Policy Paper on Preliminary Examinations*. 4 de octubre de 2010. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2013). *Policy Paper on Preliminary Examinations*. 1 de noviembre de 2013. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-policy_paper_preliminary_examinations_2013-eng.pdf.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2016a). *Draft Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*. 29 de abril de 2016. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=Draft-Policy-Paper-on-Case-Selection-and-Prioritisation>.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2016b). *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*. 15 de septiembre de 2016. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=policy-paper-on-case-selection-and-prioritisation>.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2003). *Resolución 1503. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and International Criminal Tribunal for Rwanda*. 28 de agosto de 2003.
- Organización de las Naciones Unidas Consejo de Seguridad (2004). *Resolución 1534. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and International Criminal Tribunal for Rwanda*. 26 de marzo de 2004.

Parte II

**LA FUNCIÓN DE LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL DESDE
APROXIMACIONES TEÓRICAS
QUE ADOPTAN LA MODERNIDAD
Y SUS SUBJETIVIDADES**

II.1. APROXIMACIONES POSITIVISTAS

Capítulo 2
**PRIMERA APROXIMACIÓN DESDE
EL DERECHO INTERNACIONAL
PENAL POSITIVO**

Carmen Quesada Alcalá
Mónica Rocha Herrera

**1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO POSITIVO COMO
PERSPECTIVA DE ANÁLISIS**

Los fines de la CPI relativos a la retribución y a la prevención son fines explícitamente declarados en el ECPI, pero la función de la CPI va mucho más allá, y la perspectiva del derecho positivo nos puede iluminar el camino para dilucidar cuál es la verdadera función de este órgano jurisdiccional tan complejo. Sin embargo, tal y como se ha avanzado en el capítulo 1, el análisis de la función de la CPI se ha de llevar a cabo sin caer en los reduccionismos en los que se incurre al partir del positivismo, del realismo jurídico¹ o del liberalismo (Hart, 1983: 271; Cortés, 1997: 59-87; Campos, 2010: 191-220).

En las próximas páginas pretendemos abordar la función de la CPI desde el DI positivo, conservando una mirada crítica sobre el tema y apostando por un positivismo como el de Campbell (2002: 307), que supera la concepción de que no hay relación necesaria entre derecho y moral. Sin duda, nos referiremos a las aportaciones que el ECPI ha realizado a la declaración, cristalización o generación de normas consuetudinarias de DIP, y a las contribuciones que la propia jurisprudencia de la CPI está realizando al respecto. No obstante, dicho análisis

¹ El término de “realismo jurídico” o “iusrealismo” es usado para referirse a tres vertientes de la filosofía y teoría del derecho: el realismo jurídico clásico, el realismo norteamericano y el realismo escandinavo. Todas las tendencias del realismo jurídico tienen algo en común que es la forma de concebir la realidad, de reconocerla con el ánimo de superar la imposibilidad del conocimiento objetivo de los valores y el iuspositivismo en sus vertientes voluntarista y formalista.

se realizará sin perder de vista el rol principal que ocupan y “deben” ocupar las víctimas en el derecho positivo (Campbell, 2002:03).

Cuando nos introducimos en el examen de la función de la CPI desde el DIP positivo, la primera pregunta que se nos plantea es si la CPI cuenta con una función de acabar con la impunidad, derivada de una obligación existente en DIP positivo y si su fin es meramente retributivo. En consonancia con las posturas que afirman que la función de la CPI no debe limitarse a los ámbitos jurisdiccional y punitivo, sino que debe incluir una labor reparadora y restaurativa (Olasolo, 2012: 73), se hace preciso un examen más profundo de la función de reparación de la CPI. En este sentido, conviene plantearse si las víctimas ocupan realmente el papel central que les corresponde y si dicho rol es proporcionado o no por el DIP positivo en la materia.

Así mismo hay que decir que, más allá de la labor primigenia de persecución y enjuiciamiento de crímenes atroces con el fin de acabar con la impunidad, la CPI busca generar una conciencia jurídica universal al reafirmar las normas y valores sociales protegidos por los mismos (prevención general positiva), al tiempo que con el castigo penal pretende disuadir la comisión de crímenes atroces (prevención general negativa). Por lo que se puede decir que prevenir es en sí mismo un fin del castigo penal en el ECPI.

En otro orden de cosas, no podemos olvidar que los crímenes de competencia de la CPI hacen referencia a un bien jurídico protegido con una doble naturaleza, individual y colectiva. Por un lado, protegen bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad física, la autonomía sexual o la libertad de las víctimas. Pero también garantizan bienes jurídicos colectivos (Ambos, 2013: 55). El bien jurídico colectivo más palpable es, a juicio de Werle (2010: 82-83, 468-469), la preservación de la paz y seguridad internacionales. A la función de la CPI con respecto al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales nos ocuparemos en tercer lugar, deteniéndonos especialmente en un análisis crítico del tratamiento de los crímenes de guerra y de la agresión por parte de la CPI.

Finalmente, nos preguntamos si, a la luz del derecho positivo, y más allá del castigo penal, un aspecto final de la función de la CPI es implementar estrategias de complementariedad positiva con la intención de fortalecer las capacidades de las instituciones judiciales nacio-

nales, ayudándolas a reconstruir y robustecer el sistema doméstico de justicia, y otorgando asistencia y soporte técnico de manera proactiva. Esto con el fin de incentivar a los Estados parte para que pongan fin a la impunidad de los crímenes internacionales mediante el cumplimiento de sus obligaciones de investigación y persecución penal.

2. LA RETRIBUCIÓN, LA PREVENCIÓN Y EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES COMO ELEMENTOS DE LA FUNCIÓN DE LA CPI

2.1. *La Corte Penal Internacional y su función de acabar con la impunidad*

En el ECPI, la retribución permanece como fin y castigo necesario para el condenado. Así, en el párr. cuarto del preámbulo del ECPI se afirma que “los crímenes más graves de trascendencia internacional [...] no deben quedar sin castigo [...]”. La jurisprudencia de la CPI refleja también la función retributiva de la pena (CPI, Ntaganda, 8/07/2019:11).

Así mismo, conforme a los párr. 4, 6 y 10 del preámbulo del ECPI, “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes [...]” es un fin primordial de la CPI. En este sentido, Broomhall (2003: 54) señala que “los tribunales internacionales penales como la CPI castigan los crímenes más graves” de trascendencia internacional (denominados por Scheffer “crímenes atroces”), llevando al banquillo a los dirigentes estatales y a los líderes de las fuerzas armadas y los grupos rebeldes presuntamente responsables de los mismos (Scheffer, 2012: 429).

En sus orígenes, la retribución se ha interpretado como el derecho de la colectividad a imponer el castigo penal como pago a quienes infringen sus valores esenciales conforme a la teoría del contrato social. La retribución se basa por tanto en la premisa filosófica de sustituir la venganza individual de la Ley del Talión, por la obligación del Estado de hacer justicia civil y castigar al autor.

La retribución significa también que aquel individuo que perturbe el orden público debe ser castigado por sus acciones (Bassiouni, 2003: 693). En consecuencia, la pena está justificada para castigar los ac-

tos que perturben el orden público internacional (Slye, Van Schaack, 2009: 297). En este sentido, el TPIR ha señalado que la retribución “es la expresión de la desaprobación social atribuida a un crimen y a su perpetrador por lo que demanda el castigo de este último por lo que ha hecho [...] La retribución satisface las necesidades de justicia y contribuye a sosegar la ira causada por los crímenes cometidos en contra de las víctimas, así como de la comunidad en general” (TPIR, Rutaganira, 14/03/2005:108). De esta manera, el castigo penal “provee a la víctima de un sentimiento de satisfacción cuando ve a sus atormentadores reprendidos” (Slye, Van Schaack, 2009: 297).

Retribución no significa venganza, recuerda la CPI (Ntaganda, 8/07/2019). Sin embargo, es razonable que se cuestione si la CPI tiene una función meramente retributiva cuando se encarga de castigar crímenes tan graves. En este sentido, hay que recordar que, si bien la CPI fue creada a partir de un tratado como una organización independiente de la ONU con carácter permanente, y que en su diseño tiene como mandato principal la persecución y enjuiciamiento de crímenes atroces (Bassiouni en Olasolo, 2010: 5-6), desde los trabajos preparatorios del ECPI se cuestionó para qué servía el castigo penal y si las penas dictadas reflejaban fielmente lo que el condenado merecía.

Para De Guzmán (2015: 932-933), las primeras sentencias de la CPI en Lubanga (2012) y Katanga (2014), carecen de un involucramiento substancial sobre los propósitos de la pena, ya que los jueces fueron reticentes en explicar en detalle cómo las penas dictadas servían los propósitos del castigo penal. Por su parte, la doctrina ofrece distintos enfoques sobre los fines de la pena en la CPI, incluidos aquellos más utilitaristas “que justifican el castigo de acuerdo con los beneficios sociales que produce en la prevención del crimen” (De Guzmán, 2014: 938).

Cesare Beccaria, pensador ilustrado del siglo XVIII, en su célebre obra *De los Delitos y de las Penas* de 1764, ya escribía que la pena debía ser proporcional al crimen cometido, siendo más eficaz en la prevención del crimen, pues dejaba una impresión más duradera en la mente de los hombres (Beccaria, 2014). En este mismo sentido, Sumano Rodríguez (2020) concuerda con que el castigo no debe sobrepasar sus beneficios; posición compartida por De Guzmán (2014:938) al afirmar que los beneficios de la pena deben mantener

una “proporción utilitarista que requiere que el castigo deba ser lo suficientemente severo, pero no más allá de lo necesario a fin de prevenir futuros crímenes”.

Por otra parte, Olasolo (2012: 73) afirma que la función de la CPI no debe limitarse a los ámbitos jurisdiccional y punitivo, sino que ha de tener también una naturaleza reparadora y restaurativa, tomando para ello en consideración a las víctimas. Maculan y Gil Gil (2020) comparan este enfoque. Sin embargo, sin negar el derecho de las víctimas a que se haga justicia, estas autoras consideran que su satisfacción debe ser parte de un universo mayor conformado por distintos elementos, como la retribución, la reconciliación, la recuperación, la reconstrucción del tejido social y la confrontación del pasado con miras a la disuasión de futuros perpetradores. De esta manera, la función de la CPI ha de desarrollarse en el marco de la justicia transicional y de la justicia restaurativa, a fin de mantener el orden social como bien jurídico protegido.

Rodríguez-Villasante (2012: 73) tiene una visión más conservadora y nos dice que “desarrollar procedimientos restaurativos sería cambiar un poco la naturaleza de la CPI”. Con lo que Claudia Jiménez (2012: 73) concuerda cuando dice que la función primaria de la CPI es punitiva, no reparativa. Magdalena Martín (2012: 73) discrepa, sin embargo, y recuerda que, la CPI tiene como objetivo básico la lucha contra de la impunidad, lo que incluye una función disuasoria preventiva. Olasolo (2010) está de acuerdo con esta última posición porque para él hay una clara conexión entre el concepto de responsabilidad de proteger y el mandato de la CPI en cuanto que ambos se centran en la prevención de situaciones futuras de comisión de delitos atroces.

A la luz de lo anterior, y con base en el preámbulo del ECPI, se puede afirmar que la CPI, a diferencia del TPIY y del TPIR, tiene un mandato más amplio, que está revestido de un enfoque preventivo, lo que dificulta la interpretación de su función de poner fin a la impunidad, que a todas luces va más allá del castigo penal.

2.2. La Corte Penal Internacional y la provisión de justicia para las víctimas

En consonancia con las posturas que afirman que la función de la CPI no debe limitarse a los ámbitos jurisdiccional y punitivo, sino que

debe incluir una dimensión restaurativa, se hace preciso un examen más profundo de la función de reparación de la CPI. Este examen ha de colocar en el centro a las víctimas, con el fin de averiguar si las mismas ocupan el papel central que según el ECPI les corresponde.

En la narrativa histórica que se configura a través de la impartición de justicia por parte de la CPI, el relato de las víctimas juega un papel fundamental, tal y como veremos en el capítulo 19. Las víctimas ocupan, así, un rol central en varios momentos del proceso ante la CPI, aunque no sean parte en el proceso *stricto sensu*. Este papel es lógico si tenemos en cuenta que garantizar justicia a las víctimas es uno de los fines del DIP (Olasolo, 2016: 100) y de la función de la CPI. Esta provisión de justicia pasa por escuchar debidamente a las víctimas, asegurando su participación en el proceso, pero, sobre todo, se centra en proporcionar una reparación adecuada a las mismas, de acuerdo con el fin restaurativo de las penas impuestas por la CPI. Las víctimas se hallan, por tanto, en el centro del sistema del ECPI y del propio sistema de protección internacional de los derechos humanos y del DIH².

El art. 75 del ECPI consagra por primera vez en el DIP el derecho a la reparación, sobre la base del rol restaurativo que debe tener la justicia (Jara Bustos, 2013: 115). Dicho derecho a la reparación se completa de manera efectiva con la existencia de un Fondo Fiduciario (FFV) para apoyar la reparación de las víctimas cuando éstas no puedan ser enteramente satisfechas por las medidas dictadas contra los condenados (art. 79 del ECPI). Sin embargo, lo cierto es que el ECPI no establece estándares normativos en relación con la reparación, por lo que está siendo de particular importancia la jurisprudencia de la CPI, que interpreta y explora nuevas vías sobre la base del derecho positivo recogido en el ECPI, en las RPP y en los tratados,

² El derecho de las víctimas a la reparación está recogido en las siguientes disposiciones: art. 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 14 de la Convención contra la Tortura de 1984; art. 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; art. 6 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; art. 3 del Convenio de La Haya sobre leyes y costumbres de guerra de 1907; art. 91 del Protocolo I de las Convenciones de Ginebra sobre protección a las víctimas de conflictos armados de 1977; art. 41 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950; art. 63.1 de la CADH de 1969; y el art. 21.1 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

principios y normas de DI previstos en el art. 21 del ECPI (López, 2013: 215-216).

Lamentablemente, la jurisprudencia de la CPI no está siendo muy clarificadora en relación con la reparación de las víctimas, ya que la CPI se ha enfrentado a serias dificultades a la hora de establecer una reparación que las satisfaga efectivamente. Dichas dificultades se revelaron ya en la primera decisión sobre reparación (CPI, Lubanga, 07/08/2012), en la que se establecen una serie de directrices aplicables a la misma, que pueden tener efectos en otros pronunciamientos, y que han sido seriamente debatidas (Jara Bustos, 2013: 113-125) (particular atención han tenido, en este sentido, los principios relativos a que: (i) todas las víctimas deben ser tratadas en pie de igualdad; (ii) las reparaciones no deben limitarse al grupo de víctimas que participaron en el juicio oral y solicitaron las mismas; y (iii) las reparaciones han de asegurar, en lo posible, la reconciliación entre el condenado y las personas y comunidades afectadas por los crímenes) (CPI, Lubanga, 07/08/2012: párr. 193). Con todo, dichos principios no resultan de obligatorio cumplimiento, ni constituyen, en principio, derecho positivo sobre la materia, aunque sí beben de normas convencionales y de principios del ordenamiento jurídico internacional.

Las decisiones sobre reparaciones de la CPI han creado, en definitiva, una jerarquía entre las víctimas. De esta manera, en el caso Katanga, relativo a la masacre ocurrida en Bogoro el 23 de febrero de 2003, las víctimas de crímenes cometidos antes o después de esa fecha no fueron admitidas en las actuaciones. Lo mismo ocurrió en el asunto Al-Mahdi, centrado en la destrucción de propiedad cultural en Tombuctú (Mali). Esta selectividad con respecto a las víctimas, resulta inadecuada si se considera que uno de los elementos de la función de la CPI es asegurar sus derechos y proveer justicia a las comunidades victimizadas.

Otra de las principales críticas a la decisión sobre reparación en el caso Lubanga es la lentitud del procedimiento, puesto que la SA solo confirmó parcialmente esta decisión el 18 de julio de 2019, estableciendo una cuantía de 10 millones de dólares para la reparación (CPI, Lubanga, 18/07/2019). Con todo, esta cuantía es la mayor concedida hasta el momento, si tomamos en consideración el millón de dólares exigido al líder congolés Germain Katanga para reparar a las víctimas

(CPI, Katanga, 24/03/2017) y los 3.18 millones de dólares requeridos a Al-Mahdi (CPI, Al-Mahdi, 08/03/2018).

Es de destacar que en estos tres casos se da una violencia que continúa hoy en día, al tiempo que se han puesto de manifiesto tensiones entre las comunidades involucradas. De hecho, en el caso Lubanga, se han centrado las reparaciones en los casos de niños soldados, mientras que las víctimas de otro tipo de crímenes se sienten insatisfechas. Este fenómeno se da al tiempo que constatamos cómo, dada la situación de insolvencia de los condenados y la limitada cantidad de fondos del FFV, el dinero destinado a las víctimas es claramente insuficiente (Moffet, 2019).

También los beneficiarios de las reparaciones han sido objeto de polémica. Según la regla 85 de las RPP, las reparaciones pueden concederse, aunque no participen en el procedimiento, a las víctimas directas e indirectas, incluyendo los familiares de las víctimas directas, aquellos que hayan intentado prevenir los crímenes, y en general cualquiera que haya sufrido un daño personal como consecuencia de los mismos (CPI, Lubanga, 07/08/2012: 194). Los conceptos de “víctima indirecta” y “familia” son complejos, puesto que el primero requiere una estrecha relación personal con la víctima directa, y el segundo está dotado de connotaciones culturales que lo flexibilizan (CPI, Lubanga, 07/08/2012: 194). De este modo, el derecho positivo nos ofrece unos parámetros que parecen, a simple vista, clarificadores, pero que, en la práctica, no lo son tanto.

En este sentido, coincidimos con Martínez Ventura (2014: 347) cuando afirma que el éxito de la CPI está, hasta cierto punto, relacionado con el éxito de su sistema de reparación. De este modo, resulta paradigmático que la CPI atribuya a las víctimas reparaciones individuales, mientras que otras instancias internacionales que determinan la responsabilidad estatal disponen de medidas de reparación de alcance más restrictivo (Bruno, 2013: 55).

En este sentido, conviene recordar que la SPI en el caso Lubanga, además de establecer los mencionados principios y directrices para la reparación, primó las reparaciones colectivas sobre las individuales y delegó en el FFV la elaboración y ejecución de un plan de reparación colectiva (CPI, Lubanga, 07/08/2012). Desafortunadamente, como Martínez Ventura (2014: 345-346) señala, esta decisión es de gran

complejidad en su ejecución, lo que afecta a su eficacia significativamente.

El hecho de que, ante las enormes dificultades prácticas y la avalancha de solicitudes, la CPI optara en el caso Lubanga por un sistema de reparaciones colectivas para las víctimas, puede ser considerado por algunos en contradicción con la idea de que el eje de la efectividad de la CPI reside en la reparación generalizada de las personas afectadas (Galván, 2019: 429-430). De esta manera, al dejar en manos de la jurisprudencia de la CPI la determinación del tipo de reparación, se atribuye gran flexibilidad a la acción de la CPI en esta materia, pero se corre el riesgo también de ser objeto de críticas importantes desde la perspectiva del principio de legalidad y del aseguramiento de la satisfacción de los derechos de las víctimas³.

En todo caso, del análisis de la jurisprudencia de la CPI se puede extraer la conclusión de que, si bien se exige un esfuerzo de la CPI en relación con la consideración de las víctimas como las principales destinatarias de la justicia que imparte, este esfuerzo resulta hasta el momento insuficiente. En consecuencia, el derecho positivo recogido en el ECPI y en las RPP no está resultando muy útil, por su flexibilidad interpretativa y los criterios de discrecionalidad que guían la actuación de la CPI. Además, la jurisprudencia de la CPI, que está apostando por reparaciones colectivas y jerarquías entre las víctimas, está siendo fuertemente criticada, porque no podemos olvidar que la justicia que imparte la CPI se hace por y para todas las víctimas. En consecuencia, desconocer el papel central que juegan éstas, es olvidar la razón de ser de la propia CPI y los fines para los que fue creada.

³ En el caso Lubanga, para la Sala, las reparaciones basadas en una aproximación comunitaria habrían de ser más benéficas y tendrían mayor utilidad que las individuales, ya que los fondos eran limitados y puesto que no se requieren, así, procedimientos de verificación tan costosos (CPI, Lubanga, 07/08/2012: párr. 274). De este modo, se optó por la construcción de centros comunitarios y el establecimiento de un programa móvil para reducir el estigma de los niños soldados, y se eligieron actividades que implicaban rehabilitación física y psicológica y formación para generar otras actividades. En cambio, en los otros dos casos, sí se proporcionaron reparaciones individualizadas. En el caso Katanga, se concedieron 250 dólares para cada víctima de la masacre y en el caso Ahmad al-Faqi al-Mahdi se concedió un montante económico para cada víctima, junto con medidas colectivas y simbólicas.

2.3. *La obligación de la Corte Penal Internacional de prevenir la comisión de nuevos crímenes de trascendencia para la comunidad internacional*

La respuesta ante la comisión de crímenes internacionales por la infracción de normas imperativas de DPI, como la prohibición de genocidio, de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, es esencialmente retributiva con miras a su disuasión y a la prevención de nuevos crímenes, debido a sus efectos devastadores sobre el alto número de víctimas y la interrupción del orden nacional y la paz internacional (Bassiouni, 2003: 697) Es por ello que uno de los fines de la pena sea, como se recoge en el propio preámbulo del ECPI, la prevención general, con su doble dimensión positiva (creación de una conciencia jurídica universal mediante la reafirmación de las normas y valores sociales protegidos por el ECPI) y negativa (tratar de evitar la comisión de crímenes internacionales por el resto de los dirigentes de instituciones estatales u organizaciones con la capacidad suficiente para llevarlos a cabo, a la luz del alto coste que su comisión ha tenido para otros dirigentes condenados) (Olasolo, 2016: 117).

Existe un gran escepticismo, en particular, sobre la efectividad de la prevención general negativa. Por un lado, por el escaso número de potenciales acusados que puedan llevarse a juicio ante la CPI (Osiel, 2000; Maculan & Gil Gil, 2020). Por el otro, por la visible vulnerabilidad de los tribunales internacionales penales y su instrumentalización política por los Estados más influyentes de la sociedad internacional, que los lleva a una dependencia endémica para desarrollar sus funciones (Olasolo, 2016: 126). Pero también por las mismas debilidades institucionales de la CPI, sus limitados recursos y personal, y su innegable dependencia con los Estados para poder realizar *in situ* sus investigaciones (Quesada Alcalá, 2019).

Este panorama explica los continuos cuestionamientos del trabajo de la CPI de “poner fin a la impunidad y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes” porque, como señalan Cryer, Friman, Robinson y Wilmshurst (2010: 26), “el punto probablemente subestima el cálculo racional de los líderes de alto rango que no se dejan cegar por otras consideraciones”. De hecho, como Tom Farer afirma, muchos de los líderes que incurren en crímenes internacionales no creen que vayan a ser alcanzados por la JI (Farer en Olasolo, 2016: 120).

Más allá de ciertas jurisdicciones nacionales, que conforme a sus derechos penales han logrado enjuiciar a altos dirigentes por la comisión de crímenes internacionales, como, por ejemplo, Argentina y Chile (Olasolo & Galain, 2018), y salvo algunas excepciones como el caso de Charles Taylor, sentenciado por crímenes de guerra por la CESL (2012), es evidente que los máximos responsables se sienten confiados en que las posibilidades de ser enjuiciados son remotas.

Cuando se piensa en Joseph Kony de Uganda, líder del grupo rebelde Ejército de Liberación del Señor (que ha sido objeto de una orden de detención de la CPI por crímenes de lesa humanidad y de guerra (CPI, Kony, 27/09/2005) y permanece fugitivo y con pocas probabilidades de ser alguna vez trasladado a La Haya para su enjuiciamiento), las críticas a la prevención general negativa parecen sustentarse. La misma situación se ha observado durante más de una década con el ex presidente de Sudán, Omar Al Bashir, que en su condición de Jefe de Estado de Sudán ha visitado oficialmente numerosos Estados, algunos de ellos Estados parte del ECPI, sin temor a su detención y entrega a la CPI.

La problemática derivada del caso Al Bashir, que cuenta con dos órdenes de detención emitidas por la CPI en 2009 y 2010, se presenta como un conflicto no sólo jurídico, sino político, que la CPI enfrenta ante el desacuerdo de numerosos Estados africanos, como Nigeria, Chad, Malawi y Sudáfrica, de cumplir con sus obligaciones de cooperación con la CPI, lo que le ha permitido durante una década visitar impunemente estos Estados sin ser arrestado (Soto Cremades, 2018). Ejemplo de esta situación es la visita de Al Bashir a la Cumbre de la UA celebrada en 2015 en Sudáfrica. Con motivo de la misma, el gobierno sudafricano, con el apoyo de la UA (que se opone al arresto de Al Bashir), no solo permitió su entrada al país, sino que además favoreció su salida del país sin contratiempos, incluso en contravención de la orden de detención que un juez sudafricano había emitido con el fin de que Sudáfrica cumpliera con sus obligaciones ante la CPI.

Desafíos políticos como el del gobierno sudafricano dejan ver los retos que afronta la CPI, despertando serias dudas sobre su capacidad para traer a los “máximos responsables” ante la justicia, lo que abre el debate sobre la eficacia del sistema de cooperación de la CPI con los Estados parte (Meschoulam, 2015). A estas dudas se añaden también

señales que debilitan la credibilidad de la CPI en lo relativo a la determinación de la extensión de las penas. Es cierto que en su más reciente sentencia en el caso Ntaganda, la CPI ha subrayado que: (i) “la totalidad de la sentencia debe ser proporcional y reflejar la culpabilidad de la persona sentenciada [y] las penas adaptarse de acuerdo con la gravedad del delito” (CPI, Ntaganda, 08/07/2019: 11); y (ii) “con relación a la prevención, la sentencia debe ser adecuada para desanimar a la persona sentenciada a reincidir (prevención individual), así como para disuadir a aquellos que consideren cometer crímenes similares (prevención general)” (CPI, Ntaganda, 8/07/2019: 10). Sin embargo, si una disuasión efectiva requiere una amenaza creíble de castigo penal (Slye y Van Schaack, 2009: 299), cabe preguntarse qué significa una pena adecuada para disuadir a aquellos potenciales máximos responsables que pretendan delinquir. En este sentido, no parecen suficientes las penas de 9, 12 y 14 años de prisión impuestas respectivamente a Al Mahdi, Lubanga y Katanga por crímenes de lesa humanidad y/o de guerra, y de menos de 2 años para Bemba y varios miembros de su equipo de defensa por crímenes de obstrucción a la justicia.

A la luz de lo anterior, da a veces la impresión de que el castigo penal en la CPI y en otros tribunales internacionales penales no se corresponde con la percepción de una sanción proporcional al umbral de gravedad del crimen cometido. De hecho, las penas impuestas por la CPI en estos casos pueden ser percibidas como indulgentes respecto a la gravedad de los crímenes internacionales cometidos. Además, no parece que la CPI haya tenido suficientemente en consideración el daño sufrido por las víctimas a la hora de su determinación. Con ello gana fuerza la posición de quienes afirman que no es posible que la prevención general negativa sea eficaz si la práctica judicial de la CPI muestra, en última instancia, una flexibilización de las penas de esta naturaleza⁴.

En todo caso, no es extraño que el escepticismo se agrave, si el mensaje enviado por la CPI es débil y los posibles máximos responsables consideran que el castigo es menor, o que es posible escapar de

⁴ Una posición contraria es acogida por Sumano Rodríguez (2020), quien considera que aumentar la severidad de las penas sería contraproducente porque implicaría un proceso burocrático mayor, juicios más largos y una mayor exigencia para la defensa.

la acción de la justicia porque solo una pequeña fracción de los responsables por crímenes atroces serán juzgados por la CPI o por otros tribunales internacionales penales. La situación se ve agravada si, como Slye y Van Schaack (2009: 301) señalan, la persecución judicial y el castigo penal por la CPI es más un asunto episódico, selectivo y especulativo. De hecho, como Cryer, Friman, Robinson y Wilmshurst (2010: 28) afirman, esto nada tiene que ver con la voluntad de los redactores del ECPI de crear una cultura de rendición de cuentas en la que se enjuicie de manera regular a quienes incurren en crímenes internacionales.

2.4. La Corte Penal Internacional y su función de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales

2.4.1. Primera aproximación

Como ya se ha mencionado, el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (propósito principal de la ONU según el art. 1(1) de su Carta) constituye también uno de los elementos implícitos en la función de la CPI de lucha contra la impunidad.

De esta manera, si bien la función de la CPI no se dirige directamente al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, lo cierto es que su función de lucha contra la impunidad en contextos ligados a situaciones de conflicto armado impacta sobre el mismo. En este sentido, Cardona (2003: 103) subraya que la sola existencia de la CPI es un factor político de gran transcendencia para la configuración del sistema internacional de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. De hecho, para este autor, tanto el origen de la CPI como sus funciones y el ejercicio de sus competencias, se hallan estrechamente vinculadas al mismo (Cardona, 2003:102).

Dejando de lado el origen de la CPI, y centrándonos en su función y en el ejercicio de sus competencias, constatamos que el primer elemento a tomar en consideración para valorar las aportaciones de la CPI al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales es el relativo a las conductas recogidas en el ECPI (muchas de las cuales han sido previamente reguladas por el DI convencional y consuetudinario). A este respecto, Escobar señala que “[a] través de cada uno de los tipos incorporados en el Estatuto se están preservando derechos

fundamentales que constituyen el fundamento axiológico de la paz” (Escobar, 2003: 8). Además, como subraya la autora, este elemento, aunque está presente en todos los crímenes previstos en el ECPI, adquiere perfiles especiales en el caso de los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

2.4.2. El genocidio y los crímenes de lesa humanidad

El ECPI no ha hecho sino recoger del DIP preexistente los crímenes atroces “de mayor trascendencia para la comunidad internacional que no deben quedar sin castigo” (CPI, Situación en Kenia, 31/03/2010: 17). La inclusión entre los mismos del genocidio no fue problemática porque se encuentra previsto en la Convención de 1948 y en la costumbre internacional⁵. No obstante, el genocidio presenta otro tipo de dificultades al tratarse de un crimen de contornos jurídicos estrechos. Así, su prohibición absoluta protege exclusivamente a grupos identificados por razones de pertenencia “nacional, étnica, racial o religiosa como tal”.

Es de destacar que, actualmente, la CPI cuenta con una sola situación relevante sobre genocidio, cuyo presunto máximo responsable, por autoría o coautoría, está prófugo. En este caso, la SCP I consideró que había motivos razonables para creer que, bajo las órdenes del entonces presidente de Sudán, Al Bashir, o por lo menos bajo su mando, las fuerzas armadas sudanesas, las milicias Janjaweed, las fuerzas de policía sudanesa, el Servicio Nacional de Inteligencia y Seguridad y la Comisión de Ayuda Humanitaria cometieron genocidio contra las etnias Fur, Masalit y Zaghawa mediante una campaña de contrainsurgencia iniciada en 2003 en Darfur. Para la Sala, estos grupos fueron atacados debido a su composición étnica con la intención de acarrear su destrucción física (CPI, Al Bashir, 12/07/2010).

El ligamen del genocidio con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales resulta claro ante este tipo de situaciones debido

⁵ En la Opinión Consultiva de la CIJ sobre las Reservas a la Convención que Previene y Castiga el Genocidio (1951), la CIJ afirmó que la prohibición del genocidio era aplicable incluso para los Estados que no habían ratificado la Convención sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio de 1948 (CIJ, 28/05/1951, p. 23).

a las consecuencias que acarrea sobre las sociedades a las que afecta, llegando incluso a salpicar a regiones enteras, como ocurrió con la región de los Grandes Lagos tras el genocidio ruandés.

Con respecto a los crímenes de lesa humanidad, su inclusión en la competencia material de la CPI está justificada por la existencia de diversos instrumentos internacionales que reflejan la naturaleza consuetudinaria de los crímenes de lesa humanidad⁶. El ECPI ha sido heredero de este desarrollo vinculado a situaciones de quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales. De esta manera, el ECPI contiene una lista comprehensiva de los crímenes de lesa humanidad aceptados generalmente como parte de la costumbre internacional (Escobar, 2000: 504-507, 505), lo que hace que el ECPI se constituya como el primer instrumento convencional multilateral de alcance general que recoge de un modo detallado y exhaustivo esta categoría de crímenes internacionales (Condorelli, 1999: 9-10; Donat-Cattin, 1998: 49-52).

2.4.3. Los crímenes de guerra

En la competencia de la CPI sobre crímenes de guerra y agresión es donde más claramente se pone de manifiesto la función de la CPI de contribuir al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Respecto a los crímenes de guerra, el ECPI recoge el derecho consuetudinario existente en la materia⁷, si bien va más allá en algunos casos. Además, la perspectiva del ECPI encaja con la evolución de la sociedad internacional con respecto a considerar que los conflictos armados internos también pueden amenazar la paz y seguridad inter-

⁶ Dichos instrumentos están todos en conexión con situaciones en las que se ha contravenido la paz y seguridad internacionales, tales como el art. 6 del Estatuto del TMI (Nuremberg), el art. 5 del Estatuto del TMILO (Tokio), el art. 5 del ETPY y el art. 3 del ETPIR. Sin embargo, el término “crímenes de lesa humanidad” es un concepto que data de la Declaración de 1915 de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia que denunciaron la masacre del Imperio Otomano en contra de la población armenia en Turquía, a la que denominaron como “un crimen en contra de la civilización y la humanidad” (Bassiouni, 1999: 536-537).

⁷ Dicho Derecho consuetudinario se sustenta en el edificio jurídico de los CG de 1949 y las Leyes de la Guerra, ambos constitutivos del DIH. Ha sido la CIJ de la ONU la que ha afirmado, en innumerables veces, que el DIH forma parte de la costumbre internacional (CIJ, Nicaragua vs. Estados Unidos de América, 27/06/1986: 215, 218, 220).

nacionales⁸. El hecho de que las infracciones graves del DIH cometidas en conflictos armados internos sean recogidas por el ECPI como crímenes de guerra implica su incorporación al derecho convencional, evitando, así, críticas respecto de posibles vulneraciones del principio de legalidad.

Igualmente, siguiendo a Escobar Hernández (2003: 9-10), constatamos que se produce una “ampliación del ámbito de operatividad de los crímenes de guerra”, ya que no solo se recogen violaciones a los CG, sino también a los Convenios de la Haya y a normas de derecho consuetudinario que regulan la protección debida a las víctimas y la conducción de las hostilidades. En esta misma línea, también hacen su aparición en el ECPI infracciones novedosas para el DIH, incluyendo algunos supuestos de relevancia desde el punto de vista de la práctica internacional más reciente en materia de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como los ataques contra fuerzas o instalaciones pertenecientes a una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria conforme con la Carta de la ONU⁹.

No obstante, cabe formular la crítica de que, para que estos actos sean reputados como crímenes de guerra, dichas fuerzas han de tener derecho a la protección que se otorga a personas y bienes civiles. Por lo tanto, se excluyen las operaciones de imposición de paz autorizadas por el CSNU, e incluso las operaciones de mantenimiento de la paz cuando acuden a la fuerza más allá de la legítima defensa (Gutiérrez Espada, 2000: 580). Hubiera sido deseable, sin embargo, una adecuación del ECPI a la práctica de la ONU en materia de operaciones de mantenimiento de la paz, con el fin de lograr mayor coherencia en la protección de todas las operaciones desplegadas bajo el amparo de esta organización.

En la práctica, y en relación con uno de los ataques perpetrados en 2007 a los miembros de una operación de paz perteneciente a la

⁸ El art. 8(2)(c) del ECPI incorpora las violaciones al art. 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 con ciertas matizaciones. Además, uno de los mayores logros del ECPI ha sido la ampliación de la competencia de la CPI a otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados no internacionales (art. 8 (2) (e) del ECPI).

⁹ Dichos ataques son considerados crímenes de guerra, si estas fuerzas o instalaciones tienen derecho a la protección que se otorga a civiles u objetos civiles de acuerdo con el DIH (art. 8 (2)(b)(iii) del ECPI).

UA, el de Haskanita (Sudán), la Fiscalía de la CPI no pudo presentar suficientes elementos de prueba de que el comandante del Ejército de Liberación de Sudán imputado por el mismo (Abu Garda) participara directa o indirectamente en el ataque que ocasionó diez bajas en los miembros de la misión, por lo que los cargos no fueron confirmados. No ocurrió lo mismo, sin embargo, con los otros dos imputados por el ataque (Abdallah Banda y Saleh Jerbo), comandantes del Movimiento por la Justicia y la Equidad, cuyos cargos fueron confirmados por la SCP, si bien no ha sido posible iniciar el juicio oral porque Banda permanece fugitivo y Jerbo ha fallecido.

El ECPI recoge también como crímenes de guerra, tanto para conflictos armados como para internacionales, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual¹⁰. Todos ellos reflejan claramente la incorporación de la perspectiva de género al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (CPI, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, 2014). En este sentido, conviene recordar que el CSNU, en sus resoluciones 1820 (2008) y 1888 (2009) reafirma que la violencia sexual, cuando es utilizada como táctica de guerra para atacar a civiles puede exacerbar situaciones de conflicto armado e impedir la restauración de la paz y seguridad internacionales.

En la práctica, sin embargo, el enjuiciamiento de crímenes sexuales que incorporan la dimensión del género se ha revelado como una tarea difícil. De hecho, en la primera sentencia de la CPI en el caso Lubanga, la SPI rechazó las alegaciones de la Fiscalía de que la violencia sexual pudiera ser parte integrante de crímenes tales como el reclutamiento de niños soldados.

2.4.4. El crimen de agresión como corolario de la función de la Corte Penal Internacional en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales

El crimen recogido en el ECPI que está más estrechamente relacionado con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales es el

¹⁰ Art. 8(2)(b)(xxii) y (e)(vi) del ECPI.

crimen de agresión. El principio de legalidad exigía su definición, pero no se contaba con ninguna herramienta de derecho positivo, más allá de la resolución 3314 (XXIV) de la AGNU, cuyo contenido tiene en gran medida una naturaleza consuetudinaria. Como consecuencia, y debido a falta de consenso en la Conferencia de Roma, se postergaron para una futura Conferencia de Revisión tanto la definición como las demás cuestiones relativas al crimen de agresión¹¹(las distintas posiciones presentadas hacían referencia no sólo a la definición del tipo penal, sino también a su integración en el sistema de normas competenciales del ECPI).

En todo caso, conviene subrayar que la mayor dificultad siempre ha estribado en las llamadas “condiciones de procedibilidad”, que Escobar (2002: 248) define como “las condiciones previas que deben cumplirse para que la CPI pueda ejercer su jurisdicción sobre el crimen de agresión”. Su complejidad se debe a que era necesario lograr la compatibilidad del ECPI con la Carta de la ONU, habida cuenta de la responsabilidad primordial del CSNU respecto del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. La coherencia entre ambos textos resultaba indispensable para la lucha contra la impunidad frente a los dirigentes estatales que planifican, preparan, inician o realizan actos de agresión que infringen de manera manifiesta la Carta de la ONU.

Tras varios años de trabajo del denominado “grupo preparatorio de Princeton”¹², se pudieron resolver en la Conferencia de Revisión de Kampala de 2010 todas las cuestiones pendientes, lo que provocó la inclusión en el ECPI de los art. 8 bis, 15bis, 15ter y 25(3) bis. La definición adoptada para el crimen de agresión posee tres aspectos dignos de ser destacados: la conducta del Estado (el acto de agresión), la conducta individual (el crimen *stricto sensu*) y las condiciones de procedibilidad (relación entre la CPI y el CSNU a efectos de la determinación del acto de agresión y del crimen de agresión). Aunque nos vamos a

¹¹ Vid. Resolución F contenida en el Acta Final de la Conferencia de Roma.

¹² En las reuniones del grupo de Princeton, se plantearon dos posiciones principales: quienes abogaban por un papel exclusivo del CSNU en la determinación del crimen de agresión (en cuyo caso la CPI tendría la función de cooperar con el CSNU en e mantenimiento de la paz y seguridad internacionales), y los que apostaban por un papel no exclusivo de dicho órgano (Hebel & Robinson, 1999: 85).

centrar en la conducta del Estado por ser la cuestión más íntimamente ligada al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, no podemos desconocer que el crimen de agresión es un crimen cometido por dirigentes estatales, que entraña un delicado vínculo con el CSNU (siendo ambos aspectos decisivos para la su configuración).

Comenzando por la vinculación del “crimen de agresión” a la comisión de un “acto de agresión”, hemos de señalar que la definición del acto responde en gran medida a la establecida en la resolución 3314 (XXIX) de la AGNU (art. 8 bis (2) del ECPI). Sin embargo, la identificación con la resolución 3314 no es absoluta, porque, de seguirse una línea restrictiva de interpretación, permitiría, tal y como señala Rodríguez Villasante (2011: 775), la impunidad de formas modernas de agresión, como la guerra cibernética, las maniobras militares navales, la delegación de vuelos militares, o el empleo de aviones de combate no tripulados con fines de información, entre otras. En todo caso, como señala Krebs (2010: 1190-1191), el margen de interpretación de la CPI no sería discrecional, sino que vendría inspirado por el marco normativo en materia de derechos humanos del ECPI, en particular, sus art. 21(3) y 67(1)(i). De este modo, se pone de manifiesto, una vez más, la relación en el ECPI entre mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y los derechos humanos.

La adopción de una definición en Kampala se pudo lograr finalmente gracias a la aprobación de una serie de “entendimientos,” basados en una propuesta introducida por la delegación de EE.UU. el 7 de junio de 2010, que ponía el énfasis en que la agresión es la “forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza”. En consecuencia, basándose en este documento, la determinación sobre si un acto de agresión ha sido cometido requiere el examen de todas las circunstancias relativas al caso, incluyendo la gravedad. Del mismo modo, al determinar si un acto de agresión constituye o no una “violación manifiesta” de la Carta de la ONU, se han de examinar sus características, gravedad y escala. De este modo, se asegura la adecuación del ECPI a la Carta de la ONU.

Sin embargo, dicha adecuación no resulta absoluta. En este sentido, coincidimos con Remiro Brotons (2012: 1117-1118) cuando afirma que la idea del umbral es redundante, en la medida en que la “importancia y gravedad de la agresión” está implícita en el propio art.

39 de la Carta de la ONU, cuando establece una gradación según la cual el CSNU determinará la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. Además, hemos de tener en cuenta que la propia CPI sólo tiene competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional¹³.

En cuanto a las condiciones para el ejercicio de la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión y el papel del CSNU, era fundamental armonizar estas condiciones con las disposiciones relevantes con los art. 1(1), 10, 11, 12, 14, 24, 39 y 103 de la Carta de la ONU (Escobar Hernández, 2002: 243-264; Stein, 2005: 1-36; Blokker, 2007: 867-894). En consecuencia, intentó realizar un encaje de bolillos para lograr la compatibilidad, y el resultado no se puede considerar negativo para la lucha contra la impunidad. De hecho, el principal problema se plantea frente al inicio de las actuaciones a iniciativa de Estados parte o de la Fiscalía de la CPI. En estos casos, la primera obligación de la Fiscalía es verificar si el CSNU ha determinado la comisión de un acto de agresión por el Estado en cuestión. En caso afirmativo, puede actuar. De no ser así, y transcurridos 6 meses sin que el CSNU se pronuncie, la Fiscalía puede seguir adelante si obtiene la autorización de la División de Cuestiones Preliminares¹⁴.

La cesión relativa a que la CPI pueda seguir adelante en relación con un crimen de agresión sin la previa determinación del CSNU¹⁵, tuvo como precio el aplazamiento de la fecha de inicio de la competencia *ratione temporis* de la CPI a un momento posterior. Como resultado, la jurisdicción material de la CPI sobre el crimen de agresión solo fue finalmente activada el 17 de julio de 2018. Además, a fecha 2 de marzo de 2021, las enmiendas de Kampala cuentan con 40 ratificaciones. Este es un número escaso si tomamos en consideración que

¹³ A pesar de su redundancia, conviene tener en cuenta que el elemento del umbral se dirige a excluir los usos de la fuerza autorizados por la Carta de las Naciones Unidas, y trata por tanto de dotar de coherencia a la actuación de la CPI y del CSNU con respecto al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. En este sentido, se puede, por ejemplo, afirmar que la intervención humanitaria está implícitamente excluida de la definición de la agresión porque no está técnicamente en contra de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, esta afirmación no es unánimemente aceptada.

¹⁴ Art. 15 bis (2) y (3) del ECPI.

¹⁵ *Idem*.

han pasado diez años desde su aprobación, pero también puede ser visto como un número alto habida cuenta de la problemática que conlleva la adopción de un crimen como la agresión, el cual afecta a los pilares esenciales del Estado (su sujeto activo son dirigentes estatales) y al sistema establecido para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales en la Carta de la ONU. Por lo tanto, constituye un logro muy importante el haber acordado su definición y el que se esté avanzando en el número de ratificaciones necesario para que algún día sea posible su enjuiciamiento.

3. LA COMPLEMENTARIEDAD POSITIVA: ¿ESTRATEGIA EFICAZ DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA CUMPLIR CON SU FUNCIÓN DE ACABAR CON LA IMPUNIDAD Y PREVENIR NUEVOS CRÍMENES INTERNACIONALES?

Según el art. 1 del ECPI, la CPI tiene un “carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”. Esto significa que la CPI sólo ejerce su competencia “cuando los Estados afectados no actúan, o si lo hacen, no tienen la disposición necesaria o la capacidad suficiente para desarrollar de manera genuina sus actuaciones” (Olasolo, 2010: 4; Daza González, 2015: 94; Fuentes, 2011: 11). En consecuencia, la CPI, que en ningún caso reemplaza a las jurisdicciones nacionales en la función de poner fin a la impunidad, se configura como “una jurisdicción de última ratio que solo puede activarse y ejercitarse ante la inacción, la falta de disposición o la falta de capacidad de las jurisdicciones nacionales” (Olasolo, 2014: 50-5). De esta manera, la primacía formal a los efectos de promover la persecución penal de los máximos responsables de los crímenes previstos en el ECPI la tienen las jurisdicciones nacionales, como se deduce también de las obligaciones de persecución penal los Estados parte conforme al art. 86 del ECPI.

Una primera interpretación del principio de complementariedad adoptó el enfoque *carrot-and-stick*, conforme al cual se considera que la amenaza de intervención de la CPI puede motivar a los Estados parte a llevar a cabo sus propias investigaciones y enjuiciamientos. La facultad que los art. 13(c) y 15 (1) del ECPI atribuyen a la Fiscalía para iniciar de oficio, y sin necesidad de consultar con otros actores

interesados, un examen preliminar (Olasolo, 2010: 8), permiten hacer creíble esta amenaza de intervención.

Sin embargo, con el paso del tiempo, se ha abierto paso un segundo enfoque conocido como complementariedad positiva, que constituye una estrategia de la Fiscalía de la CPI dirigida a reconstruir y fortalecer las jurisdicciones nacionales con el fin de que estas puedan cumplir con sus obligaciones de persecución penal de los máximos responsables de los crímenes previstos en el ECPI (Marshall, 2010).

Este nuevo enfoque del principio de complementariedad se desarrolló como resultado de analizar el mandato preventivo de la CPI a la luz de su relación con el principio de responsabilidad para proteger, desarrollado tras los fracasos de las misiones de paz de la ONU en los conflictos armados en la ex Yugoslavia y Ruanda¹⁶. Tanto el Informe Brahimi (2000), como la Cumbre Mundial del 2005 sobre “la responsabilidad de proteger a las poblaciones frente al genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad”, expresaron la necesidad de implementar, de forma conjunta con los Estados, acciones positivas en el ámbito doméstico con el fin de promover los derechos humanos y la buena gobernanza (ONU, 2005). Para ello, definieron tres pilares de acción de igual importancia: (i) la responsabilidad de cada Estado de proteger a sus poblaciones (primer pilar); (ii) la responsabilidad de la comunidad internacional de ayudar a los Estados a proteger a sus poblaciones (segundo pilar); y (iii) la responsabilidad de la comunidad internacional de actuar directamente para proteger a las poblaciones de un Estado cuando es evidente que este no ha logrado hacerlo a través del primer y segundo pilares (tercer pilar).

La adopción del principio de responsabilidad para proteger en 2005 constituyó un compromiso firme de la comunidad internacional, que despertó grandes expectativas sobre un futuro libre de crímenes atroces, y sirvió para promover la comprensión de la complementariedad entre la CPI y las jurisdicciones nacionales desde la

¹⁶ Los orígenes de este principio se pueden, sin embargo, encontrar en la obra de Groccio, *De Jure Belli ac Pacis*, donde se habla de la responsabilidad de proteger a fin de preservar y reconstruir la paz, y evitar que las sociedades humanas caigan víctimas del conflicto armado y las atrocidades.

perspectiva de la complementariedad positiva, y la correspondiente acción propositiva de la Fiscalía de la CPI. Sobre esta base, Luis Moreno Ocampo, primer fiscal de la CPI, subrayó la importancia de profundizar en esta comprensión de la complementariedad al afirmar que la CPI “no es eficiente por el hecho de que lleguen muchos casos a la Corte, sino todo lo contrario, que la ausencia de juicios ante la CPI debería significar un grado de progreso ante el funcionamiento de las jurisdicciones nacionales” (Marshall, 2010: 23).

Fue en el Plan Estratégico de la Fiscalía para el periodo 2009-2012, donde se definieron los elementos centrales de la estrategia de complementariedad positiva, entendida como un esfuerzo de colaboración entre la Fiscalía y las jurisdicciones nacionales, sobre la base de reconocer la primacía formal de estas últimas en prevenir y castigar los crímenes atroces cometidos en sus territorios. Según el Plan Estratégico, su aplicación está diseñada para llevarse a cabo en dos fases.

La primera consiste en la evaluación por la Fiscalía de los procesos e instituciones de las jurisdicciones nacionales, mientras que la segunda supone la intervención excepcional y proactiva de la Fiscalía con políticas de cooperación con el objetivo de reforzar las actuaciones judiciales nacionales (Olasolo, 2010).

Esta intervención, que no es propiamente judicial (Daza González, 2015), puede consistir en la adopción de una multiplicidad de medidas como: (i) el entrenamiento de actores jurídicos nacionales en la investigación y enjuiciamiento de delitos atroces; (ii) la asistencia en el establecimiento de programas de protección de víctimas y testigos o en la administración y gestión de la información; y (iii) el monitoreo del desarrollo de las actuaciones nacionales (opinando al respecto, dando lineamientos y directrices e involucrando a otros órganos de la CPI para hacer más eficientes las medidas adoptadas).

Según el Plan Estratégico de la Fiscalía para el periodo 2016-2018, la estrategia de complementariedad positiva ha generado ciertos progresos con respecto a: (i) la apertura de nuevas investigaciones y el desarrollo de las previamente abiertas gracias a la información provista por la Fiscalía a las jurisdicciones nacionales; (ii) el incremento de las peticiones de asistencia por estas últimas a la Fiscalía; y (iii) la mayor coordinación entre las jurisdicciones nacionales y la Fiscalía.

La complementariedad positiva ha sido, sin embargo, objeto de continuo debate porque, además de no estar expresamente contemplada en el ECPI, autores como Daza González (2015) entienden que es posible considerarla como una renuncia a las labores de investigación de la Fiscalía y como una falta de voluntad de los Estados de encarar la situación. Para este autor, una de las mayores críticas se centra en su impacto sobre la situación en Colombia que es objeto de un examen preliminar desde el 2004. Así, si bien esta situación es con frecuencia invocada como un ejemplo exitoso de complementariedad positiva, en realidad, para Daza González (2015: 99) los efectos de su examen preliminar “son mínimos y en completa oposición a las repercusiones que pueden generarse con la decisión de abrir una investigación sobre los crímenes internacionales cometidos [...] evidenciando la gravedad y la seriedad de los mismos y la falta de capacidad o voluntad por parte del Estado de cumplir con sus funciones de investigación y judicialización de los responsables”.

Olasolo (2014) considera por el contrario que la estrategia de complementariedad positiva de la Fiscalía en el caso colombiano ha reportado progresos al haber recurrido sistemáticamente a múltiples fuentes de información, visitas en el terreno, canales diplomáticos y medios de comunicación para alertar a la comunidad internacional sobre los delitos cometidos y la impunidad de sus presuntos autores. Con ello se ha incentivado a las autoridades nacionales para que cumplan con sus obligaciones de persecución penal, de manera independiente, imparcial y dentro de un plazo razonable. Además, el detallado seguimiento realizado por la Fiscalía de la situación en Colombia, le sitúan en una inmejorable posición de determinar, a la luz del análisis del progreso presentado por las actuaciones nacionales, si procede una mayor intervención de la CPI mediante la apertura de una investigación (Olasolo, 2014: 51).

Tanto el examen preliminar, como el análisis del funcionamiento del principio de complementariedad (lo que incluye la evaluación de la eficacia de la estrategia de complementariedad positiva), es específico de cada situación, por lo que no es posible generalizar tiempos concretos en los que se haya de llevar a cabo. Esta conclusión es reforzada por varios factores, entre los que destacan los siguientes: (i) el modesto tamaño y los limitados recursos con los que opera la Fiscalía; y (ii) las dificultades con que la Fiscalía desarrolla sus ac-

tuaciones debido a una multiplicidad de factores, entre los que cabe destacar la relevancia geoestratégica de los Estados no parte del ECPI, la resistencia y el cambio en las agendas políticas de los Estados parte (aunque la Fiscalía se desenvuelve con completa independencia e imparcialidad, siempre opera entre resistencias políticas), y la denuncia del ECPI por algunos Estados parte en los últimos años (motivadas en gran medida, como lo muestran los casos de Burundi y Filipinas, por la apertura de exámenes preliminares y/o investigaciones con respecto a los mismos).

Todos estos factores se han traducido en nuevas tensiones y retos al desarrollo por la CPI, y en particular por la Fiscalía, de su función. Además, como no parece que esta situación vaya a mejorar en el corto plazo, es muy probable que la Fiscalía no tenga otra opción que reforzar su estrategia de complementariedad positiva, para que, en medio de una situación de fuertes tensiones y serias limitaciones presupuestales, se pueda avanzar, a través de la cooperación con las jurisdicciones nacionales, en la consecución del fin último de la CPI: acabar con la impunidad de los máximos responsables de los crímenes atroces.

4. CONCLUSIONES

Partimos de los postulados de Campbell sobre el positivismo “ético” o “positivismo blando”, conforme al cual no sólo es necesaria la creación de normas buenas, sino que también se requiere que aquellos que están implicados en la administración del sistema adapten su método y conducta (Campbell, 2002: 328). En consecuencia, sin tribunales comprometidos con los ideales del positivismo ético, los beneficios que puede ofrecer el derecho positivo no se pueden lograr. Si la CPI no se muestra comprometida con los ideales de creación/consolidación de normas que contribuyan a la lucha contra la impunidad, no será posible afirmar que la función principal de la CPI pueda ser desarrollada.

La función principal de la CPI es la lucha contra la impunidad. Sin embargo, su desarrollo viene acompañado de la puesta en práctica de ciertas estrategias (complementariedad positiva) para la consecución de una serie de fines (la retribución, la prevención, la participación y reparación de las víctimas y el mantenimiento de la paz y seguridad

internacionales), que son determinados por el ECPI, sus instrumentos complementarios y el DIP positivo preexistente.

El elemento central de la función de la CPI es investigador y castigar los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional. Sin embargo, más allá de su labor primigenia de persecución penal con el fin de acabar con la impunidad de los máximos responsables de delitos atroces, la función de la CPI está conformada por otros elementos.

En primer lugar, podemos hablar de la función preventiva de la CPI, que genera una conciencia jurídica universal al reafirmar las normas y valores sociales protegidos por los crímenes recogidos en el ECPI (prevención general positiva), y busca disuadir a los potenciales máximos responsables para que no incurran en crímenes atroces en el futuro (prevención general negativa). En segundo lugar, la promoción de la participación de las víctimas en sus actuaciones, y la ejecución de programas de reparación efectivos, constituyen sin duda elementos distintivos del ECPI y de la función que este último atribuye a la CPI. En tercer lugar, como consecuencia de que los crímenes recogidos en el ECPI buscan preservar la paz y seguridad internacionales, la CPI juega un papel importante en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, que se ha de llevar a cabo de manera compatible con la acción del CSNU en el ejercicio de las competencias que le atribuye la Carta de la ONU.

Existe, sin embargo, mucho escepticismo sobre la capacidad de la CPI para desarrollar de manera eficaz sus funciones. Sin embargo, esta percepción de fragilidad no parece del todo certera si se tiene en cuenta que dispone de estrategias, como la complementariedad positiva, que pueden convertirse en herramientas eficaces en manos de la Fiscalía para: (i) promover desde la fase de examen preliminar de una situación (con anterioridad por tanto a la apertura de una investigación) la reconstrucción y el fortalecimiento del respectivo sistema de justicia nacional y de sus instituciones, ofreciendo para ello asistencia y soporte técnico de manera proactiva; y (ii) fomentar sus actuaciones penales frente a los máximos responsables de los crímenes previstos en el ECPI.

REFERENCIAS

Doctrina

- Ambos, K. (2013). *Treatise on International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Bassiouni, M.C. (1999). *International Criminal Law*. Nueva York: Transnational Publishers.
- Bassiouni, M.C. (2003). *Introduction to International Criminal Law*. Nueva York: Transnational Publishers.
- Beccaria, C. (2014). *De los delitos y de las penas*. México: Editorial Porrúa.
- Blokker, N. (2007). "The Crime of Aggression and the United Nations Security Council". *Leiden Journal of International Law*. Vol. 20(4). Pp. 867-894.
- Broomhall, B. (2004). *International Justice & The International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press.
- Campbell, T. (2002). "El sentido del positivismo jurídico". *DOXA*. Vol. 25. Pp. 303-321.
- Campos Zamora, F.J. (2010). "Nociones fundamentales del realismo jurídico". *Revista de Ciencias Jurídicas*. Vol. 1(22). Pp. 191-220.
- Cardona Llorens, J. (2003). "La Corte Penal Internacional y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales". En Cardona Llorens, J., Gómez Colomer, J.L. & González Cussac, J.L. (ed.). *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 61-103.
- Carsten, S. (2007). "Jus ad bellum, jus in bello...jus post bellum? Rethinking the Conception of the Law of Armed Force". *The European Journal of International Law*. Vol. 17(5). Pp. 921-943.
- Cassese, A. (1998). "Reflections on International Criminal Justice". *The Modern Law Review*. Vol. 61(1). Pp. 1-10.
- Condorelli, L. (1999). "La Cour pénale internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)". *Revue Générale de Droit International Public*. Vol. 103(1). Pp. 7-21.
- Cortés Rodas, F. (1997). "La filosofía política del liberalismo. Hobbes, Locke y Rawls". *Estudios Políticos*. Vol. 10. Pp. 59-87.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E. (2010). *An Introduction to International Criminal Law Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Daza González, A. (2015). *El principio de complementariedad en el derecho penal internacional*. Colección *Jus Penal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- De Brower, A.M. (2015). "The Importance of Understanding Sexual Violence in Conflict for Investigation and Prosecution Purpose". *Cornell International Law Journal*. Vol. 48(3).

- De Guzmán, M.M. (2015). "Proportionate Sentencing at the ICC". En Carsten, S. (ed.). *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 932-962.
- Donat-Cattin, D. (1998). "Crimes Against Humanity". En Lattanzi, F. (ed.). *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*. Napoles: Editoriale Scientifica & Universidad de Teramo. Pp. 49-52.
- Escobar Hernández, C. (2000). "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". En AA.VV. *Hacia una justicia internacional (XXI Jornadas de Estudio, 9 al 11 de junio de 1999)*. Madrid: Abogacía General del Estado & Ministerio de Justicia.
- Escobar Hernández, C. (2002). "Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable". En Mariño Menéndez, F. (ed.), *El derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*. Madrid: Trotta. Pp. 243-264.
- Escobar Hernández, C. (2003). "La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz". *Revista Internacional de Filosofía Política*. Vol. 21. Pp. 1-31.
- Fuentes Torrijo, X. (2011). "El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional". *Estudios Internacionales*. Vol. 169. Pp. 119-140.
- Galván, E.R. (2019). "La reparación de las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional". *Derechos en Acción*. Vol. 13(13). Pp. 345 *et seq.*
- Gutiérrez Espada, C. (2000). "Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional". En AA.VV., *Hacia una justicia internacional (XXI Jornadas de Estudio, 9 al 11 de junio de 1999)*. Madrid, España: Abogacía General del Estado & Ministerio de Justicia. Pp. 580 *et seq.*
- Harhoff F. (2008). "Sense and Sensibility in Sentencing - Taking Stock of International Criminal Punishment". En Engdahl, O. & Wrangé, P. (ed.). *Law at War: The Law as It Was and the Law as It Should Be*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. Pp. 121-140.
- Hart, H.L.A., & Lyonel A. (1983). "Ihering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence". En Hart, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford Clarendon Paperbacks. Pp. 271 *et seq.*
- Jiménez de Aréchaga, E. (1979). "La costumbre como fuente del derecho internacional". En *Estudios de derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*. Vol. 1. Editorial Tecnos. Pp. 625 *et seq.*
- Kreb, C. & Von Holtzendorff, L. (2010). "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 8(5). Pp. 1179-1217.

- Knoops, G.J. (2003). *An Introduction to the Law of International Criminal Tribunals*: Transnational Publishers.
- Lattanzi, F. (1999). "The Rome Statute and State Sovereignty. ICC Competence, Jurisdictional Links, Trigger Mechanism". En Lattanzi, F. & Schabas, W. (ed.). *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Ripa di Fagnano Alto: Editrice il Sirente.
- Laucci, C. (1999). "Compétence et complémentarité dans le statut de la future Cour Pénale Internationale". *L'Observateur des Nations Unies*. Vol. 7. Pp. 131-176.
- López Martín, A.G. (2013). "Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012". *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. LXV(2). Pp. 209-226.
- Maculan, E., & Gil Gil, A. (2020). "The Rationale and Purposes of Criminal Law and Punishment in Transitional Contexts". *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 40(1). Pp. 132-157.
- Marshall K.A. (2010). "Prevention and Complementarity in the International Criminal Court: A Positive Approach". *Human Rights Brief*. Vol. 17(2). Pp. 21-26.
- Moffett, L. (2019). *Reparations at the ICC: Can It Really Serve as a Model?* Recuperado de: <https://www.justiceinfo.net/en/41949-reparations-at-the-icc-can-it-really-serve-as-a-model.html>
- Olasolo, H. (2010). The Role of Victims in Criminal Proceedings before the International Criminal Court. *Revue Internationale de Droit Penal*. Vol. 81. Pp. 125-163.
- Olasolo, H. (2010). *La función de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna: de la doctrina de la intervención humanitaria y de las instituciones judiciales ex post facto al concepto de responsabilidad para proteger y la función preventiva de la Corte Penal Internacional. Lección Inaugural*. Universidad de Utrecht. 18 de octubre 2010. Recuperado de: <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/97>.
- Olasolo, H. (2012). "El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿porqué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?". *Revista Electrónica de Relaciones Internacionales*. Vol. 24. Pp. 3-54.
- Olasolo, H. (2014). "Los exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional en América Latina: el caso colombiano y su impacto sobre futuras negociaciones de paz en la región". *Anuario de Derechos Humanos*. Vol. 10. Pp. 35-56.

- Olasolo, H. (2016). “Los fines del derecho internacional penal”. En *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Vol. 14 (29). Pp. 93-146. DOI: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-29.fdiip>.
- Olasolo, H. & Galain Palerno, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal: atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Orrego, C. (1997). *H.L.A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*. Pamplona: EUNSA.
- Osiel M. J. (2000). “Why to Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity”. *Human Rights Quarterly*. Vol. 22(1). Pp. 118-147.
- Quesada Alcalá, C. (2012). “La agresión: un crimen ‘cierto’ de futuro ‘incierto’”. En Cardona Llorens, J., Pueyo Losa, A., Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., Sobrino Heredia, J.M. & Aznar Gómez, M.J. (ed.). *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 1069-1092.
- Quesada Alcalá, C. (2013). “El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global”. *Cuadernos de Estrategia*. Vol. 160. Pp. 77-116.
- Quesada Alcalá, C. (2019). “Levantando el velo de la lucha contra la impunidad”. En Rocha Herrera, M., Quesada Alcalá, C. & Urueña-Sánchez, M.I. (ed.). *Actores contemporáneos internacionales. Normatividad y poder en las relaciones internacionales*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 7. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 225-256.
- Remiro Brotons, A. (2005). “Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo”. *Documento de Trabajo*. Vol. 10. Pp. 18 *et seq.*
- Remiro Brotons, A. (2012). “El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado: Nascetur ridiculus mus”. En Cardona Llorens, J., Pueyo Losa, A., Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., Sobrino Heredia, J.M. & Aznar Gómez, M.J. (ed.). *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 1115-1129.
- Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L. (2010). *Nota sobre la conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala (Uganda)*. Cruz Roja Española. Recuperado de: <https://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1840691/Notas+Conferencia+de+revision+de+Kampala.pdf/6bdb6706-e5ab-49f2-9fd5-487544a3cf19>.
- Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L. (2011). La Corte Penal Internacional, de Roma a Kampala pasando por La Haya. “Consenso” sobre el crimen de

- agresión en la conferencia de revisión del Estatuto. *Revista General de Marina*. Vol. 260. Pp. 769-779.
- Scheffer, D. (2012). *All the Missing Souls, A personal History of the War Crime Tribunals*. Princeton: Princeton University Press.
- Slye, C.R. & Van Schaack, B. (2009). *Essentials International Criminal Law*. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business.
- Soto Cremades, M. (2018). “La incidencia del debate paz-justicia en los retos que afronta la CPI”. *Revista de Paz y Conflictos*. Vol. 11(2). Pp. 237-253.
- Stein M. (2005). “The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council’s Power to Determine Aggression?”. *Indiana International and Comparative Law Review*. Vol. 16(1). Pp. 1-36.
- Von Hebel, H. & Robinson, D. (1999). “Crimes Within the Jurisdiction of the Court”. En Lee, R.S. (ed.). *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*. La Haya: Kluwer Law International.
- Werle, G. (2010). *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. [26 septiembre 2006]. Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Citada como: Corte IDH, Caso Almonacid Arellano, 2006.

Corte Internacional de Justicia

CIJ. [27 de junio de 1986]. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. Citado como: *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, 1986. Citado como: CIJ, Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua, Nicaragua vs. Estados Unidos de América, 27/06/1986.

CIJ. [28 de mayo de 1951]. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Advisory Opinion. Citado como: CIJ, 28/05/1951.

Corte Penal Internacional

Darfur, Sudán

CPI [Sala de Cuestiones Preliminares I]. *Segunda Orden de Detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”), Situación en Darfur (Sudán)*. Doc. Núm. ICC-02/05-01/09. 12 de julio del 2010. Citado

como: CPI, Segunda Orden de Detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12/07/2010.

República Centroafricana I

- CPI. [Sala de Primera Instancia III]. The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo. *Judgment Pursuant 74 of the Statute*. Doc. Núm. ICC-01/05-01/08. 21 marzo 2016. Citado como: CPI, Bemba Gombo, 21/03/2016.
- CPI. [Sala de Primera Instancia III]. *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on the supplemented applications by the legal representatives of victims to present evidence and the views and concerns of victims*. (2012). Doc. Núm. ICC-01/05-01/08. 22 de febrero 2012. Citado como: CPI, Bemba Gombo, 22/02/2012.
- CPI. [Sala de Primera Instancia III]. *Partly Dissenting Opinion of Judge Sylvia Steiner on the Decision on the supplemented applications by the legal representatives of victims to present evidence and the views and concerns of victims*. Doc. Núm. ICC-01/05-01/08-2138. 22 de febrero 2012. Citado como: *Partly Dissenting Opinion of Judge Sylvia Steiner*, 22/02/2012.

República Democrática del Congo

- CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Judgment on the appeals against Trial Chamber II's Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-3466-Red. 18 de julio 2019. Citado como: CPI, Lubanga, 18/07/2019.
- CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. German Katanga. *Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 Entitled "Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial"*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/07-2288. 16 de julio 2010. Citado como: CPI, Katanga, 16/07/2010.
- CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Decision on the Confirmation of Charges, 14 May 2007 and Prosecutor v. Lubanga, Appeals Judgement, 8 December 2009*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/06. 14 de mayo 2007. Citado como: CPI, Lubanga, 14/05/2007.
- CPI. [Sala de Apelaciones]. *Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations"* of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, ICC-01/04-01/06-3129. Doc. Núm. ICC 01/04-01/06. 03 March 2015. Citado como: CPI, Lubanga, 03/03/2015.
- CPI. [Sala de Primera Instancia I]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparation*. Doc. No. ICC-01/04-01/06-2904. 7 de agosto 2012. Citado como: CPI, Lubanga 07/08/2012.

- CPI. [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. German Katanga. *Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/07-3728. 24 de marzo 2017. Citado como: CPI, Katanga, 24/03/2017.
- CPI. [Sala de Primera Instancia VI]. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. *Sentencing Judgment*. Doc. Núm. ICC-01/04-02/06.7 de noviembre del 2019. Citado como: CPI, Ntaganda, 07/11/2019.
- CPI. [Sala de Primera Instancia VI]. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. *Verdict*. Doc. Núm. ICC-01/04-02/06. 8 de julio del 2019. Citado como: CPI, Ntaganda, 08/07/2019.

República de Kenia

- CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. *Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome*. Doc. No. ICC-01/09. 31 de marzo del 2010. Citado como: Decisión conforme al artículo 15 del ER para abrir una Investigación en Kenia, 31/03/2010.

República de Mali

- CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Ahmad Al Faqui Al Mahdi. *Public Redacted Judgment on the appeal of the victims against the "Reparations Order"*. Doc. Núm. ICC-01/12-01/15 A. 8 de marzo 2018. Citado como: CPI, Al Mahdi, 08/03/2018.

República de Uganda

- CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. The Prosecutor v. Joseph Kony. *Request to the Democratic Republic of Congo for Arrest and Surrender of Joseph Kony*. Doc. Núm. ICC-02/04-01/05. 27 de septiembre del 2005. Citado como: CPI, Kony, 27/09/2005.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- TPIR. [Sala de Primera Instancia III]. The Prosecutor v. Vincent Rutaganira. *Judgment and Sentence*. Doc. Núm. ICTR-95-1C-T. 14 de marzo del 2005. Citado como: TPIR, Rutaganira, 14/03/2005.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- TPIY. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Tihomir Blaškić. *Judgment*. Doc. Núm. IT-95-14-A. 29 julio 2004. Citado como: TPIY, Blaškić, 29/07/2004.

Resoluciones, informes y otros documentos

- Corte Penal Internacional. Asamblea de Estados Parte. (2010). *Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión*. Resolución RC/Res.6. 11 de junio 2010.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2005). *Informal Meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs*. 24 octubre 2005. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9D70039E-4BEC-4F32-9D4ACEA8B6799E37/143836/LMO_20051024_English.pdf.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2010). *Prosecutorial Strategy 2009-2012*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPPProsecutorialStrategy20092013.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2012a). *Joint letter to the Chief Prosecutor of the International Criminal Court*.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2012b). *Prosecution's Submissions on the principles and procedures to be applied in reparations*. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-2867. 18 de abril de 2012. Recuperado de: http://www.worldcourts.com/icc/eng/decisions/2012.08.07_Prosecutor_v_Lubanga.pdf.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2014). *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-policy-paper-on-sexual-and-gender-based-crimes--june-2014.pdf>
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2015). *Strategic Plan 2016-2018*. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/EN-OTP_Strategic_Plan_2016-2018.pdf.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2019). *Strategic Plan 2019-2021*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20190726-strategic-plan-eng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Defensoría Pública de las Víctimas (2013). *Representación de Víctimas ante la Corte Penal Internacional. Manual para los Representantes legales*. Doc. Núm. ICC-OPCV-MLR-001/13_Spa. 2013. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/opcv/OPCVManualSpa.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2018). *Case Information Sheet: Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/albashirEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Secretaría (2012). *First Report to the Trial Chamber on applications for reparations. Annex EX PARTE*. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-2847. 8 de marzo del 2012.

- Corte Penal Internacional. Secretaría (2012). *Second Report of the Registry on Reparations*. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. 19 de marzo del 2012.
- Institut Català Internacional per la Pau (2012). “El futuro de la Corte Penal Internacional. Hacia el X aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma”. En *Relatoría del seminario*. Barcelona. 9-10 de enero de 2012. Recuperado de: http://icip.gencat.cat/web/.content/continguts/publicacions/documents_i_informes/arxius/definitivo_cpi.pdf.
- Meschoulam, M. (2015). “¿Funciona la Corte Penal Internacional? El caso Al Bashir y su ultimo escape”. En *El Universal*. Ciudad de México. 17 de junio de 2015.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (2005). *Documento final de la cumbre mundial 2005*. Doc. No. A/RES/60/1. 24 de octubre del 2005. Recuperado de: https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1_Sp.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de seguridad (2008). *Resolución 1820*. Doc. No. S/RES/1820 (2008). 19 de junio de 2008. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8217.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2009). *Resolución 1888*. Doc. No. S/RES/1888 (2009). 30 de septiembre de 2009. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8237.pdf>.
- Sumano Rodríguez, J. A. (2020). “Detener la hemorragia es posible. Parte II/II.” En *Nexos*. Ciudad de México (México). 27 de enero de 2020. Recuperado de: <https://seguridad.nexos.com.mx/?p=1897>.

Capítulo 3

LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS REGULADORES DE LA GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN Y LA POLÍTICA DE ARCHIVOS: PARTICULAR ATENCIÓN A LA RELACIÓN ENTRE ARCHIVOS, DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA INTERNACIONAL

Sergio Gálvez Biesca
Blanca I. Bazaco Palacios

En memoria de Louis Joinet (1934-2019)

1. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2020, Fabián Salvioli, Relator Especial para la promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, presentó el informe: “Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional”. Junto con el derecho a la verdad, el derecho a la justicia, el derecho a la reparación y las garantías de no repetición, se han incorporado a tal acervo los que se denominan como los “procesos de memoria relacionados con las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional”, tal y como se puede leer en sus *conclusiones y recomendaciones*. Procesos que no sustituyen a “los mecanismos” previamente citados ni representan una “excusa para la impunidad jurídica” (Salvioli, A/HR/45/45, 2020: párr. 102).

En estos procesos de memorialización argumenta Salvioli (A/HR/45/45, 2020: párr. 113) que:

La protección de los archivos de los organismos estatales y de las organizaciones de la sociedad civil (en especial las de derechos humanos) es crucial para llevar a cabo procesos de memorialización eficaces. Los archivos deben ser accesibles de acuerdo con las normas establecidas y los gobiernos deben remover los obstáculos para dicho acceso.

Además, el Relator Especial realizó una última Recomendación de hondo alcance en el sentido de que:

Las Naciones Unidas deben establecer procedimientos para compartir sus propios archivos, los cuales son importantes para clarificar el pasado de muchas sociedades, coadyuvando al cumplimiento del derecho a la verdad. Específicamente deben fijar una metodología ágil de acceso, con prioridades con relación al objeto de investigación, para permitir a las sociedades aprender más sobre su propia historia (Salvioli, A/HR/45/45, 2020: párr. 114)¹.

Este documento del CDH marca un punto de llegada que, en parte, ha cerrado un tiempo caracterizado por la tradicional invisibilización de la gestión documental y el trabajo de los archiveros, para resituarlos en la primera línea de combate contra la impunidad. No se pueden entender en la actualidad las dimensiones que acarrea el derecho a la verdad sin atender a la centralidad que ocupan los archivos en el diseño e implementación de las políticas guiadas por y para la JI.

De ser los grandes desconocidos y ocupar en los imaginarios colectivos la imagen metafórica de “candado” frente al derecho a saber, se ha recorrido un largo camino de cara a que los archivos tengan su correspondiente espacio en la agenda política del DI y de la JI. Lejos de ser parte del problema, son parte integral de la solución. No obstante, queda mucho por avanzar, como plantea el presente texto, el cual tiene por singularidad examinar la función que juegan —o, mejor dicho, deberían jugar— los archivos y, de forma específica, los archiveros en un terreno dominado mayoritariamente por juristas.

En este mismo sentido, resulta incuestionable cómo los archivos constituyen un fuerte activo como garante de los derechos humanos, pese a que es excepcional la ocasión en que esta cuestión es abordada desde la perspectiva del DI en el terreno doctrinal. De este modo,

¹ Vid. también el apartado “D. El acceso a los archivos” (Salvioli, A/HR/45/45, 2020: párr. 70, 71, 72).

hasta llegar a octubre de 2020, el punto de partida se debe retrotraer a la década de los noventa del pasado siglo. Coincidió, entonces, un doble proceso que se retroalimentó mutuamente y sobre el que, en rara ocasión, se ha reflexionado.

Primero, la puesta en marcha por parte del CSNU del TPIY en 1993 y del TPIR en 1994, junto con la aprobación del ECPI y la consiguiente creación de la CPI; implicó —en palabras de González Quintana (2009)— un espaldarazo a la “dimensión internacional [...] entre archivos y derechos humanos [incorporando] el concepto de justicia universal”. Y lo que es más relevante, de aquellas iniciativas surgió el enorme e inédito reto de gestionar y conservar una ingente masa documental de muy diversa procedencia y naturaleza generada por estas nuevas instituciones creadas.

En segundo término, también durante los noventa y la primera década del siglo XXI, desde la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU, los relatores especiales Louis Joinet (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 1997) y Diana Orentlicher (E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005) asentaron el “Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Documentos en donde situaron, por vez primera, a los archivos en el centro de los valores de la JI, a través de cinco grandes principios insertos en el derecho a la verdad que, posteriormente, servirían de aldabonazo para numerosas resoluciones, recomendaciones e informes elaborados por la UNESCO, el ICA o la propia Oficina del ACNUDH.

En términos históricos, estamos hablando de antes de ayer, pero en dos décadas largas se ha avanzado en este mutuo reconocimiento del carácter complementario e interrelacionado entre los archivos, los Derechos Humanos y la JI como nunca antes (Boel, Canavaggio y González Quintana, 2021). Por supuesto, todavía queda un largo trecho para pasar de la teoría a la práctica en la implantación de procesos de gestión documental profesionales en lo referido a los propios mecanismos relativos al JIP, pero las bases doctrinales se encuentran asentadas.

De cara a examinar todo este conjunto de interrelaciones y novedades históricas, a nivel doctrinal y práctico, así como determinar la función que la CPI puede jugar como un archivo global contra la

impunidad, el presente texto se ha dividido en dos grandes apartados. En primer lugar, se repasa el “salto adelante” que han supuesto las iniciativas previamente citadas por parte de la Comisión y del Consejo de Derechos Humanos en relación con el derecho a la verdad. En segundo lugar, se presenta un estudio de caso inédito a partir del sistema archivístico generado a raíz del establecimiento de la CPI como el primer ejemplo de un archivo global contra la impunidad. Para ello, nos centramos en el archivo del MICT y en el archivo de la CPI, de cara a interrogarnos por sus fortalezas y debilidades desde una visión archivística. Se cierra el capítulo con un conjunto de conclusiones, en forma de interrogantes pendientes y posibles vías de solución ante un escenario que, pese a lo mencionado, no se puede calificar como optimista.

2. LA ECLOSIÓN DEL DERECHO A LA VERDAD: LOS ARCHIVOS COMO GARANTES DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. El “salto adelante” en el periodo 2005-2020

A pesar del cuestionamiento experimentado por el DIP, el DIDH y el DIH en esta última década (Cassese, 2008; Risse, 2012; Olasolo, 2017; Tan, 2017), el derecho a la verdad se ha visto fortalecido en el DI a partir del año 2005. Un reforzamiento que ha conllevado una desconocida reivindicación de la labor de los archivos y de los archiveros en el ámbito de la JI, tal y como ha subrayado oportunamente González Quintana (2016).

A lo largo de este mismo camino —nunca sencillo— se han atravesado un conjunto de etapas que pueden seguirse, de forma detenida, en el “Estudio sobre el derecho a la verdad” de la propia Comisión de Derechos Humanos de ONU del año 2006 (ACNUDH, E/CN.4/2006/91)². En este documento se subrayó la relevancia que ha adquirido la legislación sobre el acceso a la información, donde el “derecho al habeas data” constituye uno de sus máximos ejemplos.

² Vid. también, la Resolución 21/7 del CDH del 27 de septiembre de 2012 sobre “el derecho a la verdad”.

Así mismo, se afirmó que el derecho a la verdad es un “derecho autónomo e inalienable, vinculado a la obligación y el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos” y “que no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones” (ACNUDH, E/CN.4/2006/9: 2).

Tres años después, el ACNUDH, en un informe dedicado al “estudio sobre las prácticas óptimas para el ejercicio efectivo del derecho a la verdad” (ACNUDH, A/HRC/12/19), señaló que “[e]l reconocimiento de que los archivos y los archiveros desempeñan un papel fundamental para apoyar los derechos humanos ha aumentado durante la última década” (2009: párr. 5). Así mismo, evidenció su preocupación por asegurar el futuro de los archivos de los tribunales internacionales penales (ACNUDH, A/HRC/12/19: párr. 28). Una preocupación que venía de lejos, como se evidenció con la Resolución 2003/72 de la Comisión de Derechos Humanos de 25 de abril de 2003 (Comisión de Derechos Humanos, 2003).

En este mismo sentido, el CSNU evidenció en sendos informes de 2009 y 2011, la prioridad que tenía para la organización una correcta ubicación y financiación de los archivos del TPIY, el TPIY y la CESL. En el documento titulado “El estado de derecho y justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (ONU, 2011: párrs. 29-32) se congratulaba de cómo estos mismos tribunales habían abierto los “archivos al público”, así como se anunció el establecimiento del MICT (CSNU, S/2009/258; S/2011/634: 29-32; Peterson, 2006; Trujillo Sánchez, 2010).

La Sociedad Civil también se pronunció a este respecto a través de los “Principios globales sobre Seguridad Nacional y el Derecho a la Información” (VV.AA, 2013), conocidos como “Principios de Tshwane” —en concreto, el Principio 10 titulado: “Categorías de información sobre las cuales existe una fuerte presunción o un interés preponderante a favor de su divulgación”³.

³ A destacar sus apartados titulados: “A. Violaciones de los Derechos Humanos Internacionales y el Derecho Internacional Humanitario” (puntos 1 y 2) y, “B. Garantías relativas al derecho a la libertad y seguridad de la persona, la prevención de la tortura y otros abusos y el derecho a la vida” (VV.AA, 2013).

Todo ello puso las bases para que se adoptaran en 2010 y 2013, respectivamente, la Resolución 14/7 del CDH sobre la “Proclamación del 24 de marzo como Día Internacional del Derecho a la Verdad en relación con las Violaciones Graves de los Derechos Humanos y de la Dignidad de las Víctimas” (AGNU, A/RES/65/196; HRC, A/HRC/RES/14/7; ONU, s.f.(a)), y la Resolución 68/165 de la AGNU sobre “El Derecho a la Verdad” (AGNU, A/RES/68/165), que terminaron por consolidar un “salto adelante” en el DI en todo lo relacionado con la función otorgada a los archivos y la gestión documental⁴.

En particular, esta última resolución reconoce en su punto 1 la “importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos” (AGNU, A/RES/68/165), mientras que en los puntos 10 y 11 se afirma:

Alienta a los Estados que todavía no lo hayan hecho a que establezcan una política archivística nacional que garantice la preservación y protección de todos los archivos que guarden relación con los derechos humanos y a que promulguen leyes que declaren que el legado documental de la nación debe conservarse y preservarse y establezcan el marco para la gestión de los documentos⁵ del Estado desde su creación hasta su destrucción o su preservación [...] (AGNU, A/RES/68/165).

También:

Solicita a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [...] facilitar información sobre buenas prácticas para el establecimiento, la preservación y el acceso a los archivos nacionales sobre derechos humanos, y a que pongan la información recibida a disposición del público en una base de datos en línea [...] (AGNU, A/RES/68/165).

Este singular reconocimiento de la centralidad de la gestión documental, los archivos y la función a desempeñar por los archiveros en la defensa de los Derechos Humanos y la JIP, continúa hasta nuestro propio presente histórico vivido. Por ejemplo, el 15 de septiembre de

⁴ Véase también la Resolución 12/12 aprobada por el CDH el 1 de octubre de 2009 sobre “El Derecho a la Verdad” (HRC, A/HRC/RES/12/12), así como el fundamental trabajo de Bernales Rojas (2016).

⁵ En la traducción original *records* se tradujo como “registros”. Un error habitual.

2019 la AGNU aprobó la Resolución 74/5 sobre la “Proclamación del 28 de septiembre [como el] Día Internacional del Acceso Universal a la Información” (AGNU, A/RES/74/5)⁶.

2.2. Los trabajos de los relatores especiales Louis Joinet y Diane Orentlicher entre 1997 y 2005 como premisa del “salto adelante” experimentado hasta la actualidad

El “salto adelante” que se ha dado en el periodo 2005-2020 no hubiera sido posible sin los trabajos de los relatores especiales Louis Joinet y Diane Orentlicher quienes, entre 1997 y 2005, establecieron y desarrollaron un valioso conjunto de principios contra la impunidad. A través de estos principios, los archivos adquirieron un lugar destacado sinigual⁷. Sus trabajos plantearon, en particular, tres aspectos novedosos en el terreno del DI, el DIP y los archivos: (i) una revisión completa de los principios de la lucha contra la impunidad en donde, por vez primera de una forma precisa en un documento de la ONU, los archivos y los archiveros aparecían como garantes del llamado “derecho a saber”; (ii) la vinculación de los propios archivos como garantía de la defensa de los derechos humanos en casos de los denominados “delitos graves conforme al derecho internacional”; y c) el establecimiento, también por primera vez, de una serie de recomendaciones a los Estados frente a los mencionados “delitos graves” a la hora de garantizar la preservación y consulta de los archivos, así como su cooperación con los “Tribunales y las Comisiones Extrajudiciales de Investigación” entre otros principios fundamentales.

“La cuestión de la impunidad de los autores de las violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)” (Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 1997) fue el título del informe presentado por Louis Joinet en 1997. El jurista francés dibujó cuatro etapas sobre el “origen de la lucha contra la impunidad”: arrancó en los años 70 del siglo XX con la experiencia de las luchas por la democracia en

⁶ Junto a la bibliografía ya señalada, remitimos al propio espacio Web de Naciones Unidas dedicado al respecto (ONU, s.f.(b))

⁷ Bassiouni (2008); Klinkner y Davis (2020). Para el caso del papel de las víctimas en el DIP, *vid.* Vega (2006).

América Latina —sin mención al caso español ni portugués, lo que de por sí es indicativo— para concluir con un conjunto de iniciativas que confluyeron en la “Declaración y Programa de Acción de Viena” (1993) y del que el “Informe Joinet” constituye su principal resultado.

Joinet estructuró el conjunto de “principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” en cuatro grandes bloques: a) el derecho a saber; b) el derecho a la justicia; c) el derecho a la reparación; y d) el derecho de no repetición de las violaciones. Poco tiempo después, sus iniciales definiciones, recomendaciones y el propio conjunto de principios fueron actualizados por Diane Orentlicher (E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005)⁸.

Del informe de 1997 es conveniente recuperar la definición sobre el “derecho a saber”, que nos plantea una lectura en términos tanto de derecho individual como colectivo y en donde se hace patente el rol garantista a jugar por los Estados. Así, según Joinet:

No se trata solamente del derecho individual que toda víctima, o sus parientes o amigos, tiene a saber qué pasó en tanto que derecho a la verdad. El derecho de saber es también un derecho colectivo que tiene su origen en la historia para evitar que en el futuro las violaciones se reproduzcan. Por contrapartida tiene, a cargo del Estado, el “deber de la memoria” a fin de prevenir contra las deformaciones de la historia que tienen por nombre el revisionismo y el negacionismo; en efecto, el conocimiento, para un pueblo, de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y como tal debe ser preservado. Tales son las finalidades principales del derecho de saber en tanto que derecho colectivo (Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 1997: 4).

Cuatro son los principios generales establecidos dentro del “derecho a saber”: “el derecho inalienable a la verdad” (Principio 2), “el deber de recordar” (Principio 3), “el derecho a saber de las víctimas” (Principio 4) y las “garantías para hacer efectivo el derecho a saber” (Principio 5) (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005: 7-8). Tan-

⁸ De la misma autora no deje de leerse su excelente monografía: Orentlicher (2016).

to en el Principio 3⁹ como en el Principio 5¹⁰ hay un reconocimiento expreso de la labor de los archivos en la lucha contra la impunidad.

En cuanto a las novedades del documento de Orentlicher figura una ampliación de las definiciones iniciales de Joinet (“impunidad”, “crímenes graves según el derecho internacional” y “procesos en vistas al restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de la transición hacia ellas”) para incorporar las de “comisiones de la verdad” y una magistral sobre “archivos”:

En el sentido de los presentes principios, la palabra “archivos” se refiere a colecciones de documentos relativos a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario de fuentes que incluyen: a) organismos gubernamentales nacionales, en particular los que hayan desempeñado una función importante en relación con las violaciones de los derechos humanos; b) organismos locales, tales como comisarías de policía, que hayan participado en violaciones de los derechos humanos; c) organismos estatales, incluida la oficina del fiscal y el poder judicial, que participan en la protección de los derechos humanos; y d) materiales reunidos por las comisiones de la verdad y otros órganos de investigación (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005: 6).

Pero lo realmente novedoso fue que dentro del derecho a saber se incluyó una “Sección c)” titulada “preservación y consulta de los archivos a fin de determinar las violaciones”, en donde la gestión documental cobró una relevancia hasta entonces nunca otorgada en la lucha contra la impunidad y que se concreta en cinco grandes principios: (i) “medidas de preservación de los archivos” (Principio 14); (ii) “medidas para facilitar la consulta de los archivos” (Principio 15); (iii) “cooperación de los servicios de archivo con los tribunales

⁹ Principio 3, “El deber de recordar”: “El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas [...]” (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005: 7).

¹⁰ Principio 5, “Garantías para hacer efectivo el derecho a saber”: “Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber [...]. Sea que un Estado establezca o no un órgano de ese tipo, debe garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos» (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005: 7).

y las comisiones extrajudiciales de investigación” (Principio 16); (iv) “medidas específicas relativas a los archivos de carácter nominativo” (Principio 17); y “medidas específicas relativas a los procesos de restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas” (Principio 18) (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005).

Estos principios sustentan el derecho a la verdad sobre la base de una política profesional de gestión documental e incorporan su propia razón de ser al corpus doctrinal del DI y del DIP. Destaca, en particular, el Principio 16, que prevé que:

Los tribunales y las comisiones extrajudiciales de investigación, así como los investigadores que trabajen bajo su responsabilidad, deberán poder consultar libremente los archivos. Este principio se aplicará en forma tal que respete los requisitos pertinentes para proteger la vida privada, incluidos en particular seguridades de confidencialidad proporcionadas a las víctimas y a otros testigos como condición previa de su testimonio. No se podrá denegar la consulta de los archivos por razones de seguridad nacional excepto que, en circunstancias excepcionales, la restricción haya sido prescrita por ley; que el Gobierno haya demostrado que la restricción es necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés de seguridad nacional legítimo y que la denegación sea objeto de examen judicial independiente (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005).

De este modo, se pone de manifiesto la imperiosa necesidad de colaboración entre la justicia y el Estado, responsabilizando política y jurídicamente a este último del correcto funcionamiento de un sistema archivístico nacional ante las obligaciones descritas. A lo que hay que unir su interrelación con los principios 15 y 17, en tanto nos ofrecen una visión global acerca de la relevancia del derecho de acceso a la documentación como un requisito fundamental en la lucha contra la impunidad.

3. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES Y SU MECANISMO RESIDUAL COMO “CREADORES” DE ARCHIVOS EX-NOVO

Si bien existen experiencias previas de tribunales internacionales como el TMI (Núremberg) (1945-1946) y el TMILO (Tokio) (1946-1948), además de otras instituciones propias de justicia transicional,

como pueden ser las Comisiones de Esclarecimiento de la Verdad, en muchos de estos casos no se ha tenido en cuenta la salvaguarda de sus documentos. Un sinnúmero de estos archivos, o bien se han perdido, o bien han ido a parar a países muy alejados de su lugar de creación, ya que no existía una autoridad definida con capacidad de decisión sobre la conservación y la preservación de estos fondos documentales a largo plazo¹¹.

En el caso específico que nos ocupa, desde la ONU se han arbitrado un conjunto de medidas, desde principios de la primera década del siglo XXI, para asegurar la conservación permanente de la documentación relacionada con los tribunales internacionales penales¹². Estas iniciativas han sido lideradas por el CSNU y el propio SGNU, Ban Ki-moon, entre 2009 y 2011 (CSNU, S/2009/258; S/2011/634: 29-32), generando la construcción de un amplio conjunto de archivos *ex-novo*; como muestra de la existencia de una “voluntad política” en relación con su pleno acceso y difusión, lo que constituye un hito histórico quizás no lo suficientemente valorado.

Esta situación ha tenido particulares consecuencias en los archivos de los órganos subsidiarios del CSNU, como son el TPIY, el TPIR y el MICT. ¿Cómo se organizan? ¿Cómo funcionan? ¿Qué tipo de tratamiento archivístico reciben? ¿Son modelos ejemplares y extrapolables a casos similares? ¿Cuáles son sus principales potencialidades y limitaciones?

3.1. El archivo del Mecanismo Residual de los Tribunales Internacionales Penales

El MICT es la unidad responsable de todos los documentos gestionados por los tribunales internacionales penales, y en particular por el TPIY y el TPIR, que han sido transferidos a su custodia (MICT, s.f.(a)). Esto supone gestionar, preservar y dar acceso a cientos de metros lineales de documentos físicos y más de 3 petabytes de documen-

¹¹ Es el caso por ejemplo de la Comisión de la Verdad de El Salvador, cuya documentación se ha depositado en los Estados Unidos en una entidad privada pagada por voluntarios (CLIHHR, 2018).

¹² Al respecto, resulta de enorme interés acercarse al sistema archivístico de Naciones Unidas. Véase, Biraud (2013); ONU (s.f.(c)); ONU (s.f.(d)).

tos electrónicos: una cantidad ingente de documentos en el sentido tradicional del concepto, además de mapas, fotografías, grabaciones de audios y vídeos, bases de datos, páginas webs y todo tipo de registros en sus sucursales de Arusha (Tanzania) y La Haya (Países Bajos).

En este caso concreto, se considera documento cualquier dato o información en todo tipo de soporte conservado por el MICT, o por los Tribunales, como evidencia de su gestión y fruto de sus actividades (MICT, 2019: art. 1). La mayoría, sin embargo, son el resultado de las investigaciones, los sumarios y los procesamientos judiciales; también los propios de las tareas relacionadas con la detención de los acusados, la protección de testigos y la ejecución de las sentencias; y, por último, los que documentan la administración de los tribunales como entidades de la ONU.

Los documentos judiciales tienen un carácter único. Se considera tales los que han generado las Salas, la Fiscalía, la Defensa, la Secretaría, así como los que provienen de acusados y de terceras partes. Se encuentran formados por acusaciones, mociones, órdenes, decisiones y sentencias, y de la misma forma por las pruebas admitidas por el Tribunal, las transcripciones y las grabaciones audiovisuales de los procesos. Los documentos no judiciales son todos aquellos que maneja el MICT, pero que no son consecuencia directa de una actividad judicial.

En 2016, se publicó la “Instrucción de Acceso a los Documentos del Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales”, que constituye la base del régimen de seguridad y acceso a la información de la organización (MICT, 2016). Esta *Instrucción* —revisada en 2019— entiende el acceso como el derecho, la posibilidad y los medios para encontrar, utilizar o recuperar información y documentos del MICT (MICT, 2019: art. 1)¹³: demostrando así el cumplimiento de su obligación de apertura y transparencia y, a su vez, reflejando su compromiso con los principios consagrados en la “Declaración Universal de los Archivos” del ICA del año 2010. Cumple, además, con las reglas y estándares establecidos por la ONU en cuanto a su política de acceso (SGNU, 2012).

¹³ El formulario para este proceso se encuentra disponible <https://www.irmct.org/en/records-enquiry>.

Existen tres *tipos de clasificación* para los documentos, según la necesidad de proteger la información contenida en ellos: (i) los estrictamente confidenciales; (ii) aquellos que, sin ser estrictamente confidenciales, se les ha asignado un nivel de clasificación de seguridad como confidencial; y (iii) los documentos no clasificados como confidenciales (cuya divulgación no autorizada no suponga un daño para el trabajo del MICT). Existe la posibilidad de desclasificar algunos de los documentos confidenciales para hacer accesible de manera definitiva un contenido que, previamente, ha sido restringido; o bien de su apertura, de cara a hacer accesibles materiales restringidos para un uso específico o concreto. También cabe la posibilidad de preparar copias de los documentos en las que se elimina su información sensible o clasificada. Todo ello se gestiona a través del Centro de Coordinación de Acceso, que también ejecuta en la práctica cualquier decisión para la redacción o cambios en la clasificación de los niveles de los documentos¹⁴.

De este modo, en lo referente a los documentos que, en principio, no se pueden divulgar, cabe distinguir también tres categorías. En primer lugar, no se pueden divulgar los documentos recibidos o emitidos con carácter confidencial o con posibilidad de confidencialidad; y los que cuya apertura pueda comprometer la seguridad o protección de cualquier individuo, violar sus derechos o invadir su privacidad. Esto incluye documentos e información relacionada con la protección de testigos, víctimas y otras personas vulnerables relacionadas con las pruebas presentadas ante el TPIR, el TPIY o el MICT o de cualquier manera vinculadas con los procesos judiciales (se trata de documentos que contienen información a la que, si se accediera sin la autorización pertinente, revelaría la identidad y localización de los colectivos recién citados, incluyendo información personal relacionada con personas o familiares de personas que están detenidas).

En segundo lugar, están exentos de divulgación los documentos cuya publicación pueda comprometer la seguridad de los Estados miembros o perjudicar alguna operación de la ONU; los que gocen de algún privilegio legal o relacionado con investigaciones internas,

¹⁴ Estos Centros de Coordinación de Acceso se pueden ubicar en la Secretaría y en la Fiscalía, aunque en la práctica parecen depender de la Secretaría.

incluyendo documentos judiciales clasificados como “confidenciales” o “estrictamente confidenciales” por alguna orden o decisión de las Salas, así como documentos e información de la Fiscalía, que si se conocieran sin la debida autorización, podrían poner en peligro una investigación o procesamiento.

En tercer lugar, tampoco pueden divulgarse los documentos que se mueven entre oficinas o fuera de ellas, incluyendo los borradores, si su apertura pudiera socavar el proceso de toma de decisiones libre e independiente del MICT; documentos e información comercial, si su apertura pudiera dañar los intereses financieros del MICT o de otras partes involucradas; y otro tipo de documentos que, a causa del contenido o de las circunstancias de su creación o comunicación, deben ser considerados confidenciales. Otras restricciones son los documentos que, provenientes de una tercera parte, no han de entregarse sin el expreso consentimiento de la fuente originaria; y también aquellos relacionados con testigos o pruebas sujetas a medidas de protección, a los que tampoco se les puede conceder acceso sin una orden judicial.

Con respecto a los documentos judiciales, cuando la información ha sido clasificada como “confidencial” por una autoridad judicial, solo es posible acceder a la misma a través de una orden judicial para su desclasificación, para un propósito específico o a través de la eliminación de la información clasificada de una copia del documento. Para ello es necesario realizar una solicitud a la Secretaría del MICT, que es el órgano responsable de desarrollar e implementar procedimientos para trasladar las solicitudes de acceso de los documentos judiciales clasificados al presidente o a la Sala designada, con el fin de que consideren dichas solicitudes como expedientes judiciales. La Secretaría ejecutará en todo caso la decisión adoptada. Además, el hecho de que se dé acceso a un documento clasificado por una solicitud en particular no significa necesariamente un cambio definitivo en su nivel de clasificación de seguridad.

Así mismo, un Órgano (como, por ejemplo, la Fiscalía) puede, a raíz de la transmisión por la Secretaría de solicitudes de acceso, tomar la decisión de desclasificar documentos judiciales que previamente ha clasificado como “confidenciales”, permitir la apertura de la información para un fin específico o autorizar el acceso a

copias de los documentos una vez que la información sensible ha sido eliminada¹⁵.

Con respecto a los documentos clasificados no judiciales, se podrán también solicitar revisiones sobre una decisión tomada sobre el acceso a tales documentos, presentándose en el Centro de Coordinación de Acceso para su posterior traslado al presidente del Órgano que haya creado o recibido los documentos cuyas decisiones serán definitivas¹⁶.

El MICT se reserva, en todo caso, el derecho a rechazar solicitudes de acceso a documentos clasificados, entre otros, por los siguientes motivos: por haber utilizado lenguaje improcedente, vejatorio o de naturaleza trivial o frívola; porque la información solicitada ya está disponible públicamente o lo va a estar en breve; porque la información solicitada no es específica, es demasiado amplia o no existe o no la custodia el Mecanismo, o, a pesar de esfuerzos razonables para localizarla, no se puede encontrar; porque la información solicitada no puede ser suministrada sin una investigación demasiado ardua. Cuando se deniegue el acceso a documentos no judiciales, se dará al solicitante una razón de dicha denegación y este podrá presentar una solicitud de revisión a través del Centro de Coordinación de Acceso.

Mientras las copias de documentos clasificados con información sensible eliminada se conservan como documentos diferentes de los documentos clasificados, los documentos desclasificados se etiquetan

¹⁵ Tal y como se recoge en la mencionada *Instrucción*, si a lo que se quiera acceder es a documentos restringidos, ha de presentarse una solicitud en inglés o francés, en persona, en la sede de cada Rama o en la Secretaría (que será la responsable de trasladar las solicitudes electrónicamente) o en los Centros de Coordinación de Acceso que aparecen en la página web del MICT (que a su vez las transmitirá electrónicamente a la Secretaría, para que esta las comunique al Órgano correspondiente) (MICT, 2019).

¹⁶ Las solicitudes de acceso a documentos no judiciales que no contengan información clasificada por una autoridad judicial se empezarán a tramitar en los días laborables desde su recepción en el Centro de Coordinación de Acceso y se incluirán plazos para la notificación de la respuesta tanto concediendo como denegando la solicitud. Los costes derivados del procedimiento ordinario administrativo de las solicitudes para acceder a los documentos los asume el MICT y los gastos de naturaleza especial o extraordinaria los asumirá el solicitante, de quien se obtendrá su consentimiento antes de continuar con el procedimiento (MICT, 2019).

como tales y se consideran versiones autorizadas de los mismos. Además, estos se pueden reproducir siempre que se cite a la fuente y no se distorsione la información¹⁷. Si contienen material con derechos de autor de una tercera parte, el solicitante no puede reproducir o publicar este material sin obtener el permiso del titular de los derechos. En tal sentido, la concesión de una solicitud de acceso por parte del MICT, en ningún caso, ha de interpretarse como una liquidación de los derechos de autor¹⁸.

En consecuencia, el MICT, rigiéndose por el principio de apertura y transparencia, tiene la responsabilidad de que se adopten medidas suficientes para garantizar la correcta gestión, la custodia, la integridad, la clasificación, el tratamiento efectivo y el acceso autorizado a los expedientes y resto de documentos que obren en su poder o hayan sido generados por el TPIR, el TPIY o el propio MICT, independientemente de su soporte. Por último, tiene la facultad de conceder, denegar o restringir dicho acceso, eso sí, no de forma arbitraria, sino a través de los instrumentos habilitados para ello (MICT, 2019; SGNU, 2012).

3.2. El acceso a los documentos judiciales públicos de los tribunales internacionales penales y su mecanismo residual a través de las bases de datos digitales

Además de lo que acabamos de exponer, existe un segundo método al alcance de cualquier ciudadano para acceder a los documentos judiciales públicos a través de varias bases de datos virtuales: la UCR (MICT, s.f.(b)) y la JRAD (MICT, s.f.(c)) para los documentos judiciales públicos del MICT y del TPIR; y la ICR (ICR, 2009) para los documentos judiciales públicos del TPIY. Estas bases de datos ofrecen acceso, tanto para su consulta como para su descarga, a documentos

¹⁷ Los documentos no clasificados son también objeto de exposiciones en las que se muestran tanto documentos tradicionales físicos como puede ser un expediente judicial, como grabaciones de juicios u objetos presentados como prueba. Un ejemplo puede encontrarse en MICT (s.f.(b)).

¹⁸ Los documentos públicos de los tribunales y sus transcripciones son, por tanto, accesibles basándose en los principios de apertura y transparencia, aunque puede limitarse en algunos extremos como es con la condición de no reproducción, la no publicación, o la publicación parcial. Este acceso se podrá solicitar desde la página web del Mecanismo y también desde cualquier sucursal.

públicos subidos desde 1994 hasta el presente, a través de un simple registro en el que no se piden más que los datos personales, sin necesidad de ninguna justificación y con la única advertencia de que se guardarán las direcciones de correo como parte del proceso de registro. Los documentos se suben a las 24 horas después de haber sido archivados por la Secretaría. Incluso se da la posibilidad a través de la web y de un teléfono de solicitar el acceso a los documentos archivados ese mismo día.

Estas bases de datos permiten navegar, descargar y copiar documentación, información y material, siempre para uso personal, no comercial, sin ningún derecho a revender o redistribuir o compilar o crear obras derivadas a partir de esa información. La consulta se ejerce a través de diferentes modalidades de búsqueda: una búsqueda libre por texto; por fecha; por la “situación”¹⁹; por la denominación del caso; por el tipo de documento²⁰; por el tipo de decisión; por la fuente del documento, el equivalente al órgano productor en archivística²¹; por la lengua; y, por último, por la fase del caso²². Además, hay que aclarar que los documentos se presentan sin ninguna garantía en cuanto a la exactitud e integridad, por lo que si lo que se necesita es una copia certificada deberá solicitarse por otra vía. Por tanto, la información presentada solo tiene fines, valga la redundancia, informativos.

¹⁹ Se señalan los siguientes lugares: Afganistán, Bangladesh, Bolivia, Burundi, Costa de Marfil, Darfur, Gabón, Georgia, Kenia, Libia, Mali, RCA, RDC, Palestina, Uganda y Venezuela.

²⁰ Se incluyen: Informes, Confirmación de la acusación, Correspondencia, Decisiones y órdenes, Exposiciones, Acusaciones, Sentencias, Mociones, Avisos, Respuestas, Transcripciones/videos, Órdenes y citaciones, Materiales relacionados con los testigos.

²¹ Se citan los siguientes elementos: *Amicus curiae*, SA, Defensa, Defensa de varias personas, Abogado de oficio, Representante Legal de las víctimas, Oficina del Defensor Público para la Defensa, Oficina del Defensor Público para las Víctimas, Oficina del Fiscal, otros participantes, SPI I, II y III, Presidencia, Presidencia de la División de Primera Instancia, Secretaría, Estados Representantes, SPI de la I a la X y Fondo para las Víctimas.

²² Se citan los siguientes elementos: Apelación, Revisión de sentencia, Compensación a un arrestado o condenado, Aplicación de las sentencias de arresto, Juicio previo, Revisión de Presidencia, Reparación/Compensación, Juicio.

Periódicamente se agregan, modifican, mejoran o actualizan documentos en la web, pero no se responsabilizan de cualquier fallo, error, omisión, interrupción o retraso con respecto a la misma. Así mismo, se reserva el derecho exclusivo y a su sola consideración a alterar, limitar o suspender la web o cualquier aspecto de un documento, sin tener la obligación de considerar las necesidades de ningún usuario, al que se podrá denegar a su entera discreción el acceso al Portal o a cualquier parte de este sin previo aviso. En ningún caso se asume la responsabilidad de la conducta que un usuario tenga con esos documentos o sobre cualquier daño que pudiera ocasionar, advirtiéndose que las conclusiones que aparecen en los documentos son fruto de las opiniones de su personal y no propiamente del organismo, así como que pueden contener enlaces y referencias a sitios Web de terceros (que no están bajo su control o responsabilidad), lo que no supone ningún tipo de apoyo a los mismos.

4. LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS REGULADORES DE LA GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN Y LA POLÍTICA DE ARCHIVOS

El derecho a la verdad no se encuentra recogido explícitamente en el ECPI ni en sus instrumentos complementarios (como el Reglamento de la CPI (2004) y las RPP)²³. Sin embargo, como apunta Vera Sánchez (2018: 108):

Si bien no hay una mención expresa al derecho a la verdad en el Estatuto de la CPI, algunas de sus normas pueden ser una manifestación de dicha prerrogativa, como el artículo 54 (obligación de los fiscales de buscar la verdad) y el artículo 69.3 (presentación de pruebas para determinar la veracidad de los hechos).

²³ Véase aquí el trabajo de Olasolo (2016) de cara al examen de sus directrices básicas.

Expuesto lo anterior, la inmensa bibliografía —independientemente del idioma, escuela y procedencia geográfica²⁴— sobre la labor y funciones de la CPI, tanto a nivel teórico como práctico, ha ignorado, de forma sistemática, la función de la gestión documental a pesar de su relevancia. Una posible razón la podemos encontrar en la tradicional ausencia de canales de comunicación entre juristas, archiveros y responsables políticos de la CPI. E, igualmente, se debe señalar las habituales incapacidades de los propios archiveros a la hora de concienciar y convencer a los directivos de la organización —en este caso de la propia CPI— del valor de su trabajo, así como la potencialidad de incorporar su perspectiva en la misión de la organización. Lo cierto es que la CPI, primer organismo judicial penal internacional de carácter permanente, también ha sido, en buena medida, pionera en la gestión documental de los documentos que genera y recibe.

En este sentido, conviene subrayar que, siguiendo la “Terminología Archivística” del ICA, el archivo de la CPI se puede definir tanto como la institución responsable de la preservación y distribución de sus documentos, como el sitio específico donde se encuentran dichos documentos (ICA & InterPARES, s.f.). Además, la tradición archivística latina incluye también en dicha definición al “conjunto orgánico de documentos producidos y recibidos por esa institución en el ejercicio de sus funciones” (Ministerio de Cultura de España, 1995), siendo la principal de ellas el enjuiciamiento de personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, de guerra, de agresión y de lesa humanidad, así como las funciones propias de gestión interna que una organización de este tipo puede conllevar.

De cara a ejecutar sus funciones, la CPI se encuentra compuesta básicamente por cuatro órganos, dos oficinas semiautónomas y el FFV; cada una de estas unidades operan en países tan diversos como los Países Bajos, Uganda, Kenia o los Estados Unidos, lo que no es óbice para ser el garante de sus correspondientes archivos.

²⁴ Imprescindible resulta, en este ámbito, la consulta de la obra de Alberch i Fugueras (2008).

4.1. Principales características del archivo de la Corte Penal Internacional

El primer grupo de documentos que deben de conservarse en el archivo de la CPI son los que podríamos denominar esenciales, pues son los que crean y determinan las funciones y la actividad de la Corte²⁵. La mayoría de los documentos pertenecientes a este grupo están disponibles en su versión electrónica, tienen valor histórico y son de conservación permanente por definición²⁶.

En muchos de estos textos que hemos denominado fundacionales, se menciona la necesidad de una correcta gestión de los documentos como tarea fundamental de la CPI para poder llevar de una forma adecuada su misión. Además, en el propio ECPI se contienen numerosas referencias al tratamiento de documentos relativos a las funciones judiciales de la CPI y a los procesos de detención, incluyendo las siguientes: (i) el art. 72, que versa sobre la divulgación de documentos e información que pueda afectar a la Seguridad Nacional; (ii) el art. 73 sobre el modo de proceder con la información o documentos de terceros; (iii) el art. 87(6), que indica que “[l]a Corte podrá solicitar de cualquier organización intergubernamental que le proporcione información o documentos”; (iv) el art. 93(1)(i) (formas de cooperación), que se refiere a “[t]ransmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales”; y (v) el art. 8(a), que establece que “[l]a Corte velará por la protección del carácter confidencial de los documentos y de la información”. Así mismo, el art. 7 del Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunities de la CPI (ONU, 2002) se refiere a la inviolabilidad de los archivos y los documentos.

²⁵ Son documentos fundacionales, así como textos y convenios conexos, los siguientes: el ECPI, el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunities de la Corte Penal Internacional y el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

²⁶ No tenemos constancia de dónde se encuentran y en qué condiciones se conservan los documentos originales, exceptuando el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios por la que se crea la CPI, que, según se dispone en la misma, quedó depositada en los archivos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia. En todo caso, entendemos que eventualmente los originales de todos los documentos esenciales deberían trasladarse al archivo de la CPI en La Haya.

Fruto de los documentos fundacionales, surgen otros derivados de las características y funciones más relevantes de la CPI, es decir, los que resultan de la posibilidad de recopilar información, documentos, testimonios y diversos tipos de materiales en su misión investigativa y judicial. A estos se suman los propios del funcionamiento de cualquier organización como son los documentos contables, los financieros, los de gestión de bienes, de personal, de representación y un amplio etcétera.

Para gestionar todos estos documentos, la CPI aprobó el 18 de marzo de 2015 una *Instrucción Administrativa* denominada “Records Retention and Disposal Policy”, que establece la política de conservación documental; lo cual muestra la conciencia de la necesidad de una buena gestión documental, tanto para poder funcionar como institución, como, sobre todo, para desarrollar sus funciones (CPI, ICC/AI/2015/002).

Esta *instrucción* parte de tener en cuenta la *tradición documental*, esto es, “la sucesión de estados de un documento entre la forma original que sigue la intención de su autor y la forma en que dicho documento ha sobrevivido”²⁷; distinguiéndose entre los documentos originales, las copias de seguridad y los documentos que ya han nacido digitales con todas las garantías. Como norma general, primero se consideran auténticos los documentos electrónicos; segundo, se digitalizan los documentos físicos que todavía no están en formato electrónico y que se encuentren en período de conservación; y, en tercer lugar, se destruyen los documentos físicos que tengan su equivalencia en formato electrónico²⁸.

En archivística se ha de diferenciar lo que es un documento de archivo, en el sentido de un documento original con carácter probatorio, de un documento simplemente informativo que puede tener un carácter seriado. En esta *Instrucción* se mezclan ambos conceptos porque considera documento de *archivo* de la CPI a los siguientes: todos los documentos en cualquier soporte, fotografías, mapas o cual-

²⁷ Comisión Internacional de Diplomática (2005).

²⁸ Existen documentos en que solo su forma física es la autorizada, como las pruebas que no sean declaraciones en vivo y en directo, o los acuerdos con terceros firmados en formato no electrónico o autenticados de cualquier otra forma física por las partes.

quier material legible a través de una máquina incluyendo las memorias de los ordenadores. De la definición tradicional de documento de archivo habría que excluir los libros, porque en principio no tienen valor de un documento único probatorio. Todas las demás categorías de documentos estarían incluidas (puesto que un documento, como hemos visto, puede ser nativo digital y, por tanto, encontrarse en diferentes soportes), siempre que tuvieran la correcta forma de certificar su autenticidad.

En función del etiquetado inicial del documento a la luz de su función y naturaleza, se le aplica el tratamiento adecuado, consignando así una correcta concepción de la gestión documental, que supone que se tenga en cuenta el documento desde que se genera y no solo a la hora de archivarlo definitivamente, como suele suceder. Las categorías que se establecen son las siguientes: (i) “documentos legado”, que incluyen los expedientes judiciales (incluidas las pruebas que, en este sentido, son también documentos de archivo), las investigaciones, los acuerdos con terceros, las comunicaciones públicas de especial calado o cualquier otro documento que decida el Secretario; (ii) “documentos operativos”, que son los más prácticos e implican todas las funciones, programas, procesos, transacciones y servicios, como puede ser la documentación contable, junto con los financieros y de bienes, así como todos los documentos justificativos; (iii) “documentos transitorios”, que son los que se necesitan durante un tiempo limitado para completar una labor rutinaria o para la preparación de un documento legado u operativo; y (iv) “documentos de trabajo” y demás material no calificado como documentos de la CPI (lo que podríamos considerar documentos de apoyo).

De esta manera, todos los documentos de la CPI se categorizan y se etiquetan como “documentos legado”, “documentos operativos” y “documentos transitorios”. De igual forma, su calendario de conservación se determina en consecuencia según su *valor*. Así, en primer lugar, los que tienen un “valor histórico” son los que puedan mantener ese potencial valor en el futuro, tanto desde el punto de vista legal como de reconstrucción de la historia de la institución y, por tanto, se consideran de conservación permanente. En segundo lugar, el “valor operacional” define la utilidad de los documentos dentro de los procesos que se están tramitando en la CPI (pueden tener valor administrativo, fiscal, legal, histórico o de información y todos estos

valores han de juzgarse separadamente para determinar su período de conservación). Finalmente, los “documentos transitorios” tienen un valor temporal, ya que no poseen valor administrativo ni probatorio.

Con base en lo anterior, vamos a detenernos en una cuestión de enorme importancia en términos archivísticos: el concepto de conservación. ¿En qué se fundamenta? Abarca el expurgo (a saber, la eliminación controlada de documentos), la transferencia de los documentos (la acción de trasladar los documentos de la CPI a una organización externa con el propósito de archivarlos o devolverlos a su institución de origen) y la realización de una copia de seguridad (tanto en su formato electrónico como físico). Todo ello con el fin de garantizar que se conservan durante el tiempo necesario con base en su valor administrativo, fiscal, legal, histórico o informativo.

Otro concepto clave es el referido al período de retención. Nos referimos al tiempo mínimo que se conserva un documento antes de su eliminación, aplicándose a través del calendario de conservación. Los “documentos legados” se conservan permanentemente, mientras que los “documentos operativos” tienen un plazo de conservación de diez años, y los “documentos transitorios” de dos años (una vez expirados dichos plazos ambos tipos de documentos son eliminados). El plazo se calcula a partir de la fecha en la que el documento se modifique por última vez, o, bien, en caso de documentos a los que afecte una fecha de expiración, terminación o cierre, desde esa fecha específica.

La documentación producida por la CPI es objeto de revisiones de conservación y categorización conforme a ciertos estándares. Así, en primer lugar, se conservan normalmente en su versión electrónica, con excepción de los documentos físicos que no puedan ser convertidos completa y adecuadamente a su formato electrónico sin comprometer su valor y utilidad por sus características inherentes (por ejemplo, las huellas dactilares). En segundo lugar, en caso de conflicto entre el calendario de conservación establecido y otros plazos de preservación específicos definidos con respecto a ciertas categorías de documentos, prevalece el plazo de conservación más largo. En tercer lugar, en los casos en los que solo se considere auténtica la forma original, se conservan permanentemente, aunque también se digitalizan y se asocia el formato en papel a su formato electrónico. Un ejemplo de la aplicación de estos criterios es el tratamiento de las solicitudes de

las víctimas de participación en las actuaciones y reparaciones, y sus documentos anexos, que siguen siendo accesibles para su consulta en versión original durante el calendario de conservación aplicable. Después de ese período, se pueden eliminar los documentos que contienen las solicitudes físicas, conservándose solamente en versión electrónica para su consulta²⁹.

Finalmente, en lo que se refiere al organigrama del archivo de la CPI, las responsabilidades sobre la gestión documental recaen en una unidad específica: el Centro de Coordinación de Gestión Documental y Archivos (Records Management and Archives Focal Point), cuyo personal ha de proporcionar a las Unidades Organizativas (el Órgano, División, Oficina, Sección, Equipo o Unidad tal y como se define en la estructura de la CPI) el asesoramiento sobre la conservación, transferencias y eliminación de documentos³⁰.

El jefe de cada Unidad Organizativa es responsable de definir los criterios relevantes para la categorización de los documentos dentro de su Unidad y de asegurar su aplicación por parte de sus subordinados. De la misma forma, cada miembro del personal es responsable de tomar la decisión inicial sobre los nuevos documentos o el material que produce, adquiere, entrega o recibe, para su posterior categorización como de “legado” “operativo” o “transitorio”. Mientras la categorización como “documentos transitorios” no está sujeta a una revisión, la categorización como “documentos operativos” se revisa por parte del Centro de Coordinación de Gestión Documental y Archivos de manera aleatoria o a petición de la persona que inició la categorización. Además, este Centro verifica siempre la propuesta de clasificar un documento u otro material como “documento legado”.

²⁹ Para evitar duplicados, los documentos creados y categorizados se hacen circular internamente mediante hipervínculos al lugar donde estén archivados en lugar de adjuntarlos.

³⁰ Según el art. 1(13) del *Records Retention and Disposal Policy*: “El encargado asignado para proporcionar a su Unidad Organizativa con asesoramiento sobre la retención y eliminación de documentos y cumplir con las otras funciones descritas en la presente Instrucción Administrativa. En ausencia de asignación, la función y las responsabilidades corresponden al Centro de Gestión de Registros y Archivos” (CPI, ICC/AI/2015/002).

Esta categorización inicial desencadena una eliminación automática de los documentos según el correspondiente calendario de conservación. Cada mes se eliminan los “documentos operativos” y los “documentos transitorios” que hayan alcanzado su plazo en el calendario de conservación, a menos que un miembro del personal de la Unidad Organizativa haya solicitado específicamente que continúe su conservación, en cuyo caso, el Centro de Coordinación los revisa y decide si se siguen conservando durante un período adicional de dos o diez años, o incluso podría recategorizarse como “documentos legado”.

En este sentido, es importante subrayar que todos los documentos de la CPI en cualquier forma, producidos, adquiridos, entregados o recibidos por un empleado como fruto de sus funciones son propiedad de la CPI, de manera que en caso de que se alterara, destruyera, sustituyera, transfiriera o inutilizara sin seguir el procedimiento arriba establecido, puede dar lugar a medidas disciplinarias.

A partir de aquí, una vez al año el Centro de Coordinación de Gestión Documental y Archivos publica un informe resumido sobre la eliminación de documentos y la categorización de documentos como “documentos legado”. Este informe se distribuye entre los jefes de las Unidades. También le corresponde al citado Centro la certificación de la correcta conversión del formato papel en formato electrónico y, cuando proceda, la adecuada destrucción de las versiones en papel.

4.2. Reflexiones sobre la dimensión archivística de la función de la Corte Penal Internacional

La CPI es el primer tribunal internacional penal de carácter permanente que tiene capacidad de investigar y procesar a las personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión. Como cualquier otro Tribunal, es imposible llevar a cabo esta misión sin una correcta gestión documental. Para una institución cuyas decisiones tienen unas consecuencias tan determinantes como resulta en el caso de la CPI, es esencial dejar lo menos posible a la interpretación cualquier aspecto relativo a la gestión documental. De hecho, constituye su principal aval de cara a garantizar sus acciones.

La casuística es inagotable, partiendo de la base de que, para poder ejercer sus propios principios, ha de contar con documentos que

los avalen. Algo tan simple como no tener competencia para juzgar a menores de 18 años necesita un documento que lo atestigüe. El mismo hecho de determinar quién es una víctima para poder repararla, constituye a veces un proceso que se da a través de documentos cuya cadena de custodia no debe romperse.

El sistema de gestión documental contemplado por la CPI tiene varias fortalezas. La primera es la de tener en cuenta que la gestión documental debe de implementarse desde el mismo nacimiento del documento, lo cual facilita la toma de decisiones con respecto al mismo a lo largo de su ciclo vital. Aunque establece categorías de grupos documentales, se echa de menos lo que en archivística se llaman series documentales³¹, que deberían de ser comunes con las del TPIR, el TPIY y el MICT. Entendemos que esto no debería ser complicado, ya que el grueso de lo que se tramita son expedientes judiciales y los documentos que contienen tienen unas características muy similares.

En cuanto al acceso, la normativa relativa al archivo de la CPI no es tan clara y amplia como la que regula todo lo concerniente al archivo del MICT. En ambos casos, se parte de un principio de transparencia y acceso público con las debidas restricciones fácilmente comprensibles, como puede ser el buen desarrollo de los casos o la protección de testigos. Sin embargo, la disponibilidad en abierto y con carácter gratuito de las bases de datos donde se recogen los documentos judiciales del TPIR, el TPIY y el MICT parece un ejercicio de transparencia; si bien el hecho de que se explicita que, en realidad, no hay ningún compromiso por parte de la institución sobre el contenido, le resta garantías. En este sentido, conviene recordar que tan esencial es para prevenir las violaciones de derechos humanos la función que desarrollan los jueces, como la publicidad que de las mismas realizan la sociedad civil (tanto desde organizaciones como de forma individual) y las investigaciones académicas, periodísticas o de otro tipo.

Por otra parte, el simple hecho de que se considere la eliminación de documentos es una garantía de conservación de los esenciales. Es menos conveniente cuando hablan de transferencia a una organiza-

³¹ Ministerio de Cultura de España (1995), “Conjunto de documentos generados por un sujeto productor en el desarrollo de una misma actividad administrativa y regulado por la misma norma de procedimiento”.

ción externa. ¿De cuál se trata? Si fuera privada ¿qué pasaría si esa empresa quebrara? ¿Qué garantías habría de recuperar los documentos? La propia CPI debería tener un archivo que cubriera todas las fases del ciclo vital de los documentos.

Tradicionalmente, el entorno judicial es renuente a las innovaciones tecnológicas, probablemente, debido a que se trata de una carrera ejercida desde épocas remotas y, por tanto, conservadora en sus propias formas de funcionamiento intrínseco. Una condición *a priori* que ha hecho del documento escrito un elemento esencial en el ejercicio de su función; documento que ha de cumplir con una serie de garantías que avalen su autenticidad y en donde, en ocasiones, parece que las TIC no las ofrecen, pese a que sucede, en términos operativos, lo contrario. En ese sentido, la CPI ha sido valiente al apostar por la autenticidad de los documentos electrónicos, aunque no queda claro si se tiene en cuenta la asignación de metadatos para su correcta recuperación, de cara a automatizar algunos procesos y avalar su autenticidad e integridad. Una crítica de no pocas consecuencias en términos archivísticos, en concreto, en lo referente a la recuperación y conservación permanente de documentación de valor histórico.

En cualquier caso, una muestra de la preocupación por la correcta gestión de los documentos de la CPI es que haya publicado una *Instrucción* para ello. Todavía más: ha creado una unidad específica para velar por su correcta aplicación. Sin profesionales de archivos que dicten y velen por las instrucciones y conozcan el valor de los documentos, es difícil que cada unidad organizativa, sobre todo en instituciones del tamaño de la CPI, tomen conciencia de la importancia de una correcta tramitación y custodia de los documentos que reciben o producen. La función de los archiveros, por tanto, podría ser tan importante como la de los juristas, pues sin unos, la misión de los otros podría no poder llevarse a cabo.

Sabemos, como ha ocurrido igualmente en el pasado con crímenes como el Holocausto o el genocidio armenio, que una herramienta perversa que pone en riesgo la repetición de dichos crímenes es la de negación de su existencia, lo cual es perpetuarlos sobre las víctimas. En ese sentido, incluso el propio Hitler enunció la elocuente frase: “¿quién se acuerda del genocidio armenio?” de cara a referirse, lógicamente, al exterminio de los armenios, pero sobre todo en relación a

la hora de remarcar cómo tales crímenes habían quedado impunes en su tiempo histórico. Ante preguntas de este tipo, si bien es cierto que puede que nadie siga hablando de ello, no es menos cierto que está escrito, y cualquiera podría ejercer su derecho a saber, acudiendo a los archivos para conocerlo y solicitar, en su caso, una reparación. En este sentido, la publicidad que se da a los documentos, a veces incluso a través de exposiciones en el caso del MICT, es una manera de que la sociedad tome conciencia, y con ello promover las garantías de no repetición en cuanto modalidad de reparación de graves violaciones de derechos humanos.

5. CONCLUSIONES

La JIP es un avance civilizatorio que inaugurado (y celebrado) a finales del siglo XX, corre el serio peligro de retroceder ante los vetos y las omisiones de las grandes potencias. Nada nuevo decimos. Ahora bien, este mismo “principio de realidad” nos obliga a reflexionar en torno a la fuerza histórica de la Impunidad —en mayúsculas— asociada a regímenes represivos y dictatoriales y las numerosas violaciones de los derechos humanos y del propio DIH cometidas a lo largo de la Historia. Impunidad que ha tenido en las trabas en el acceso y en la destrucción intencionada y sistemática de amplios conjuntos documentales uno de sus puntos de sujeción principales.

Un ejemplo a nivel micro, pero con una considerable capacidad explicativa ante su singularidad y excepcionalidad, lo constituye el “Modelo Español de Impunidad” (Equipo Nizkor, 2004). Detengámonos en tres claves explicativas para contextualizarlo. En 2014, se presentó un informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias del CDH (A/HRC/27/49/Add.1) en donde se alertó de la gravísima situación de los miles de desaparecidos repartidos por centenares de fosas comunes, fruto de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales durante la Guerra Civil y la Dictadura Franquista. Un caso único en el contexto europeo. En segundo lugar, la hasta hace poco considerada “modélica” transición española conllevó la no depuración de los aparatos represivos del franquismo —fuerzas armadas, inteligencia, poder judicial y administrativo— y escasas, parciales e incompletas han sido las políticas de reparación, así como

las políticas públicas de memoria desarrolladas. En tercer lugar, lo que mejor evidencia la fuerza de la impunidad en España es que en la actualidad las sentencias dictadas por los organismos represivos del franquismo son todavía legales³².

A finales del siglo XX y la primera década del actual —coincidiendo en el tiempo con la puesta en marcha de la CPI— España fue una de las naciones pioneras en materia de Justicia Universal. Ahí están los casos de Chile, Argentina y Guatemala, por poner solo algunos ejemplos (Jimena Quesada, 2008; Ollé Sesé, 2008; Nieva-Fenoll, 2013). Una extraña contradicción que pronto se cerró con las reformas del art. 23(4) de la Ley Orgánica del Poder Judicial en 2009 y 2014. Cambios normativos que pusieron fin a esta lucha contra la impunidad por y a través del principio de jurisdicción o justicia universal (Ley Orgánica 1/2014; Saéz Valcárcel, 2014; Fernández-Riera Fernández, 2018).

Unos años en donde, al mismo tiempo, nació y se consolidó el denominado “proceso de recuperación de la Memoria Histórica” encabezado por la sociedad civil. La nueva correlación de fuerzas surgida obligó al entonces Ejecutivo socialista (2004-2008), encabezado por José Luis Rodríguez Zapatero, a aprobar la conocida “Ley de Memoria Histórica”³³. Normativa que en ningún momento cuestionó la Ley de Amnistía de octubre de 1977 (Ley 46/1977) —verdadero nodo del “Modelo Español de Impunidad” — y que se caracterizó por su tibieza en cada uno de sus apartados. Por ejemplo, en el caso de los archivos, apenas se avanzó —y a punto se estuvo de retroceder de forma muy seria si no hubiera sido por las asociaciones de archiveros profesionales ante cierto artículo que se introdujo en el anteproyecto original (González Quintana, 2007)—; dejando, apenas, una pequeña rendija legal para que las víctimas pudieran acceder a sus expedientes personales. Desde entonces, la cuestión del acceso a los archivos se ha visto dificultada de numerosas maneras legales y por otras vías (Gálvez Biesca, 2020).

Trece años después otro Gobierno socialista, en esta ocasión, coaligado con Unidas Podemos —fuerza de izquierdas— ha presentado

³² Véase el art. 3 de la Ley 52/2007.

³³ *Supra* n. 31.

en septiembre de 2020 un anteproyecto de lo que ahora se denomina la “Ley de Memoria Democrática” (Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, 2020). Un texto en donde se ha expuesto, prácticamente, el mismo texto sobre archivos, pero con una inesperada una sorpresa en su *Exposición de Motivos*:

La Sección 2ª de este Capítulo I se dedica a los archivos y documentación, verdadera memoria escrita del Estado, regulando el acceso a los fondos y archivos públicos y privados [...] teniendo en consideración los criterios de las políticas archivísticas en defensa de los derechos humanos elaborados por la UNESCO y el Consejo Internacional de Archivos (Gobierno de España, 2020).

¿Qué nos dice todo esto? Primero, que no hay ningún avance asegurado, así como que hay que defenderlos día a día, como sucede con la JIP y la justicia universal. Segundo, que, incluso un Gobierno como el español, tan reacio a cualquier tipo de innovación y avance en la apertura de los archivos públicos, no ha podido ignorar el amplio y consolidado corpus doctrinal sobre archivos y derechos humanos bajo la perspectiva del DI. Aunque bien pudiera acabar tratándose de un *brindis al sol*, debido a que en un tiempo tan extremadamente delicado y volátil como el que vivimos, bien pudiera ocurrir que se acabe asumiendo el escenario menos malo de que no haya retrocesos en estas materias.

Por todas estas razones, y tal como se ha expuesto en este capítulo, resulta perentorio consolidar y reforzar las recomendaciones y los principios sobre los archivos como garantes de los derechos humanos desde la óptica de la JIP. El siguiente paso —y lo acabamos de observar— reside en extender estos mismos principios al nivel del derecho interno para fortalecer los procesos de justicia nacional y transicional, pero sin obviar ni ignorar la JIP.

Probablemente, la mayor virtud de este tipo de contribuciones reside en que posibilita la construcción de canales de comunicación, diálogo y debate entre dos realidades que han convivido de espaldas, a pesar de compartir un fin común: los juristas y la comunidad profesional de archiveros. De hecho, se encuentra pendiente la puesta en común de experiencias, así como un estado de la cuestión actualizado a nivel global sobre la contribución de los archivos frente a la impunidad. Radiografiar cómo ha evolucionado esta compleja relación,

probablemente, revelaría no pocas incógnitas sobre los avances y retrocesos de la JIP.

Para la posteridad ha quedado una frase del viejo líder sindical español, Marcelino Camacho: “Los derechos se conquistan y luego se defienden”. Una consigna muy válida, en tanto los avances en el derecho a la verdad hoy se encuentran más que cuestionados: están puestos en tela de juicio. En este sentido, una materialización práctica de estos mismos pasos adelante ha sido el Archivo del MICT: el primer gran archivo global contra la Impunidad. ¿Por qué no blindar lo andado incorporando al MICT como “Registro de la Memoria del Mundo como patrimonio documental de la humanidad?”³⁴.

Así mismo, una función esencial de la CPI, en cuanto que primer tribunal internacional penal de carácter permanente, es realizar una adecuada gestión documental, porque sin la misma es imposible que pueda desarrollar de manera eficaz su mandato para investigar y procesar a los máximos responsables de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de agresión y de guerra. Por ello, es esencial dejar lo menos posible a la interpretación cualquier aspecto relativo a la gestión documental, lo que al mismo tiempo constituye su principal aval de cara a garantizar sus acciones. De ahí, la importancia de la preocupación por la correcta gestión de los documentos que la CPI ha demostrado con la publicación de una *Instrucción Administrativa* para su regulación y la creación de una unidad específica para velar por su correcta aplicación.

Concluimos como abrimos: con el informe de Fabián Salvioli (A/HR/45/45, 2020). Una de las mejores garantías para frenar el “negacionismo y los discursos del odio” —el jurista argentino se refería, en concreto, a las “sociedades de la ex Yugoslavia”— y añadimos del peligro que representa el revisionismo histórico; reside en el blindaje, la conservación permanente y el acceso a los archivos que testimonian la brutalidad y la falta de humanidad que ha caracterizado a un amplio conjunto de regímenes en el siglo XX y lo que llevamos de siglo XXI (Salvioli, A/HR/45/45, 2020: 53).

³⁴ Remitimos a UNESCO (s.f.).

Anexo
TEORÍA Y PRAXIS DE LA GESTIÓN
DOCUMENTAL COMO SOSTÉN DE LA JUSTICIA
INTERNACIONAL PENAL: PRINCIPALES
RECOMENDACIONES

Sergio Gálvez Biesca
Blanca I. Bazaco Palacios

Palabras introductorias

Este anexo constituye un epígrafe complementario del capítulo publicado en este mismo volumen: “La perspectiva de los principios reguladores de la gestión de la información y la política de archivos: particular atención a la relación entre archivos, derechos humanos y justicia internacional”. El texto persigue acercar a juristas y otros actores involucrados con la JIP y el DI a los principales principios y recomendaciones elaborados por la comunidad archivística en defensa de los derechos humanos. De este modo, constituye una pequeña guía de aproximación, sin ánimo ni posibilidad de exhaustividad, a la que se acompaña de referencias normativas, documentos, informes y recursos fundamentales. Concienciar de la necesidad de llevar a cabo una gestión documental profesional en los procesos judiciales, incluso desde antes de su propio inicio, de cara a garantizar la cadena legal de custodia de toda la documentación, y hacer inteligibles estos mismos principios y recomendaciones es el doble objetivo del presente anexo.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales objetivos de todo conflicto es la destrucción documental, tal y como se evidenció con el incendio de la biblioteca y el archivo en la ciudad de Sarajevo de 1992, o, unos años antes, con la destrucción sistemática de documentos por parte de la Stasi cuando era inminente la caída del régimen comunista de la República Democrática de Alemania en 1989. Ahí está también lo que sucedió durante

las transiciones española (1975-1982/86) y griega (1989), con la destrucción intencionada de valiosos fondos documentales de los aparatos represivos de ambas dictaduras del Sur de Europa (cuatro posibles ejemplos entre centenares de casos a nivel mundial). Al mismo tiempo, apenas se conocen procesos como los recientemente sustanciados en Chile, en donde la Justicia ha procesado a tres militares retirados por la quema de microfilms de la dictadura (Jara Román, 2020)³⁵.

Sin ningún género de duda, ha predominado la impunidad, convirtiendo la destrucción del patrimonio documental en una de las primeras consecuencias de todo conflicto o proceso de transición. Lo anterior, pese a la existencia de la Convención de 1954 para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (ratificada por 126 Estados) y sus dos protocolos de 1954 y 1999 (UNESCO, 1954), consecuencia de los dramáticos efectos de la II Guerra Mundial³⁶. A partir de la citada Convención, se creó el ICBS para la protección del patrimonio cultural en situaciones de conflicto (y del que forma parte el propio ICA entre otras instituciones)³⁷. Una realidad todavía más grave cuando este tipo de hechos han sucedido en regímenes democráticos en vías de consolidación o aparentemente consolidados³⁸.

Sin prueba documental, no hay delito. Sin prueba documental, se elimina de entrada cualquier posibilidad para que las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos puedan satisfacer, al menos, su inalienable derecho a la verdad. Sin prueba documental, se impide

³⁵ Consúltense lo expuesto en el informe del ACNUDH (2015: 18) y los argumentos esgrimidos en González Quintana (2009). De igual forma, resulta de interés detenerse en los casos de América Latina retratados en Catela & Jelin (2002); Acuña et. al. (2016); Babiano (2010).

³⁶ Toda la información sobre la citada *Convención* en UNESCO (1954).

³⁷ De notable interés es acercarse a su espacio web: ICBS, s.f. Igualmente, *vid.* UNESCO (2003), Izquierdo (1999), Rodríguez-Villasante (2006); Fernández Vidal (2018).

³⁸ Obligado es acercarse al “Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales, Farida Shaheed. Procesos de preservación de la memoria histórica” (Shaheed, A/HRC/25/49, 2014); y, de forma específica, al apartado «III. Un marco normativo: la aparición de normas sobre la preservación de la memoria histórica» (párr. 25-48). Por otro lado, ha de citarse el informe de 2019 de la Relatora Especial Karima Bennouna, “Derechos culturales: un informe del décimo aniversario. Informe de la Relatora Especial sobre derechos culturales” (Bennouna, A/HRC/40/53, 2019).

la actuación de la justicia. Sin buenas prácticas de gestión documental y una decidida “voluntad política”, se garantiza la impunidad de autores (individuales, colectivos, estatales...) y demás colaboradores vinculados con la vulneración sistemática de los derechos humanos. En consecuencia, la definición y aplicación de estas buenas prácticas resultan fundamentales para poder desarrollar con unas mínimas garantías la Justicia penal nacional, internacional y transicional, así como para ejecutar políticas públicas de memoria.

En este sentido, a partir de los principios establecidos por Joinet (1997) y Orentlicher (2005), tanto el ICA (2016), en solitario o en colaboración con la UNESCO (González Quintana, 2009) y el ACNUDH (2015), han publicado un amplio conjunto de principios y recomendaciones en estos tres últimos lustros³⁹. Todo ello sin olvidar otros tantos actores y organizaciones de muy diversa naturaleza implicados directa o indirectamente en este mismo campo de actuación⁴⁰.

³⁹ En este anexo nos referiremos, en concreto, al ya citado informe dirigido por González Quintana (2009), al trabajo del ACNUDH (2015) y al documento de trabajo del ICA (2016). A lo que se añade el uso de una bibliografía cada vez más amplia —a nivel cuantitativo y cualitativo— junto con las reflexiones y recomendaciones de los propios autores del presente texto. En cualquier caso, queremos destacar la reciente publicación de Boel, Canavaggio & González Quintana (2021).

⁴⁰ Sería injusto e imparcial no subrayar también el trabajo de los tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos (TEDH, Corte IDH y Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) (Ferrer Mac-Gregor (2016); Gálvez Biesca, Rodríguez Rodríguez & Spigno (2018); Sweeney (2018)), así como el impulso dado por decenas de comisiones de la verdad. Así, ya en el “Estudio sobre el derecho a la verdad” de la Comisión de Derechos Humanos de 2006 (ACNUDH, E/CN.4/2006/91: párr. 50) se afirmó que “[d]esde 1974, cuando se creó la primera comisión de la verdad en Uganda, hasta 2005 se han establecido cerca de 40 comisiones de investigación o de la verdad en distintas regiones del mundo. Las comisiones de la verdad han desempeñado un importante papel en la promoción de la justicia, el descubrimiento de la verdad, la propuesta de medios de reparación y la recomendación de reformas para las instituciones abusivas. Sin embargo, la experiencia demuestra que a menudo esas comisiones están sujetas a diversas restricciones debido a los límites que se imponen a su mandato en relación con los plazos de investigación, su ámbito de actuación y la duración de la propia comisión” (una actualización de este estado de la cuestión, con múltiples apuntes en relación con los fondos documentales generados, se encuentra en el informe del ACNUDH (2015)). *Vid.* también Barahona de Brito, Aguilar & González (2000); Bisset (2012); Hayner (2014); Ibáñez Najar (2014); Olsen,

Un inicial punto de partida en torno al marco de actuación general es la Recomendación 8 del informe elaborado y dirigido por González Quintana para la UNESCO y el ICA (González Quintana, 2009)⁴¹, en donde se subraya cómo “[d]eberán promoverse disposiciones que protejan legalmente los conjuntos documentales de los desaparecidos organismos represivos, como bienes de interés cultural”, de manera que “[s]i el país cuenta con leyes de protección de su patrimonio cultural, estos documentos deben situarse dentro de la categoría de bienes culturales protegidos”. Una Recomendación que, si bien forma parte del “sentido común” de la archivística, no lo es tanto en otros foros y espacios de decisión.

Con base a las funciones básicas de la archivística —reunir, conservar, ordenar y difundir— y las propias tareas del tratamiento archivístico —identificar, clasificar, organizar, ordenar, describir, conservar, dar acceso⁴²— trazaremos un recorrido dividido en seis bloques con las principales recomendaciones de gestión documental que consideramos de utilidad en el marco del DI y la JIP: (i) herramientas frente

Payne & Reiter (2016). Además, conviene no olvidar los proyectos de decenas de asociaciones de archiveros y ONG en defensa de los derechos humanos entre otro sinfín de actores implicados. Sobresale el caso el trabajo de cooperación realizado por Archiveros Sin Fronteras (Bofill & Martínez, 2008) en relación con el Archivo Histórico de la Policía Nacional de Guatemala; el cual recientemente ha sido declarado «Patrimonio Cultural de la Nación» (El Diario, 2020). Al respecto, véase lo expuesto en este caso concreto por González Quintana (2009).

⁴¹ Tal y como explica en la primera parte dicho documento es una “actualización y ampliación del Informe elaborado para la UNESCO y el ICA (1995) sobre Gestión de los Archivos de los Servicios de Seguridad del Estado de los desaparecidos regímenes represivos”. La revisión fue publicada originalmente por el ICA en 2008. No obstante, seguimos aquí la versión publicada por la Fundación 10 de marzo (2009).

⁴² Obligatorio resulta acercarse al anexo del *informe* de González Quintana dedicado a “Consideraciones y Recomendaciones Profesionales”. Unas páginas en donde se presentó una pequeña guía-protocolo de cómo abordar el tratamiento archivístico de los fondos documentales aquí considerados en pro de la defensa de los derechos humanos: “1.- Proceder a la identificación de fondos; 2.- Realizar trabajos de valoración [para] contrastarlos con otros profesionales; 3.- Aplicación del principio de procedencia; 4.- Administración archivística; 5.- Los responsables de las instituciones que conserven documentos de la represión, los archiveros y resto de profesionales a cargo de las mismas deben asumir un mismo código ético” (González Quintana, 2009: 125-141).

a la destrucción del patrimonio documental; (ii) identificación, organización y valoración de la documentación de cara a garantizar la cadena de custodia legal; (iii) la descripción; (iv) el acceso y la accesibilidad; (v) la conservación y la preservación a largo plazo de los documentos de las instituciones judiciales; y (vi) las garantías para los profesionales de los archivos y los denunciantes comprometidos con los derechos humanos.

2. HERRAMIENTAS FRENTE A LA DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO DOCUMENTAL

Independientemente de su formato, los archivos deben ser soporte de derechos y prestaciones o permitir a las personas protestar de forma efectiva cuando sus derechos son violados y han de ser firmemente gestionados desde sus inicios para asegurar que serán accesibles y fiables (ICA, 2016).

Lo anterior puede leerse en el Principio 1 del documento del ICA (2016) en relación a cómo las “[i]nstituciones, archiveros y gestores de documentos deben crear y mantener en sus sistemas archivísticos las instalaciones que protejan los archivos que documentan los derechos humanos”. ¿Qué se pretende en última instancia? Lo señala el citado informe: “asegurar que la gestión de esos archivos preserve la integridad de los documentos y su valor como evidencia” (ICA, 2016: 6). En otras palabras, mantener la cadena de custodia legal⁴³.

El ICA ratifica, además, el papel de los archivos en su faceta de *car-ga probatoria*: “Los sistemas que crean y gestionan archivos relacionados con los derechos humanos necesitan que esos archivos puedan probar que sus documentos son genuinos, precisos, fiables, íntegros e

⁴³ Todo lo cual se encuentra conectado con el Principio 14, “Medidas de preservación de los archivos”: “El derecho a saber implica la necesidad de preservar los archivos. Se deberán adoptar medidas técnicas y sanciones penales para impedir la sustracción, la destrucción, la disimulación o la falsificación de los archivos, entre otras cosas con el fin de que queden impunes los autores de violaciones de derechos humanos y/o del derecho humanitario” (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005: 11). Un principio conectado con el también Principio 3 del “Conjunto actualizado de Principios para Combatir la Impunidad” titulado “El deber de recordar” (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005: 7).

inalterados”. Cinco requisitos esenciales que han de cumplirse de cara a que estén “seguros ante posibles accesos, alteraciones y borrados no autorizados”, así como que puedan “ser localizados cuando son necesarios y que han de estar relacionados con otros archivos relevantes” (ICA, 2016: 6)⁴⁴.

A lo que debe añadirse el establecimiento de “medidas preventivas” para “evitar la destrucción de los archivos que son susceptibles de contener evidencias de violaciones de derechos humanos o de la legislación humanitaria”, tal y como sostiene el Principio 2 del ICA (2016: 6-7). Especialmente prioritarios serán los archivos policiales, los de las fuerzas de seguridad y los judiciales —con toda una serie de cautelas en su tratamiento archivístico⁴⁵— y, dentro de estos, los “archivos temporales establecidos para asistir a la justicia transicional” que, tal y como se señala en el Principio 6, serán “protegidos y preservados, tanto mientras la entidad existe como después de su cierre”, dando “información previa a la eliminación de cualquier documento de estos organismos” (ICA, 2016: 8)⁴⁶.

Junto con la Recomendación 8 del *informe* de González Quintana (2009), centrada en la necesidad de evitar la desaparición intencionada de “pruebas documentales” a través de políticas de protección del Patrimonio Documental; el documento del ACNUDH (2015: 14-28) dedica un epígrafe completo sobre la “Reforma de las instituciones archivísticas y gestión documental”, estableciendo un conjunto de requisitos mínimos a la hora de construir “un sólido sistema nacional de archivos”⁴⁷.

⁴⁴ Desde el propio ICA se recomendó como guía el documento *Generally Accepted Recordkeeping Principles* de la *Association of Record Managers and Administrator* (ARMA International, 2017).

⁴⁵ Véase aquí, Recomendación 1, “Los documentos que testimonian la violación de Derechos Humanos deben ser conservados” (González Quintana, 2009: 75-ss.).

⁴⁶ Un mandato que guarda una clara interconexión con el Principio 5 del “Conjunto actualizado de Principios para Combatir la Impunidad” titulado “Garantías para hacer efectivo el derecho a saber” (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005).

⁴⁷ En este sentido, debe subrayarse los amplios recursos desarrollados por la Red de Transparencia y Acceso a la Información (RTA), creada con el fin de ayudar y guiar en la implantación de sistemas de gestión documentales *ex novo*. Junto con los recursos archivísticos también se aportan numerosos informes sobre la

De cualquiera de las formas, lo expuesto no deja de ser una cuestión de mera y simple “voluntad política”: existe o no existe un compromiso político a la hora diseñar y planificar soluciones a largo plazo en términos de gestión documental. Un primer test de la citada *voluntad* se puede verificar cuando “la reforma de los archivos nacionales puede requerir un cambio de liderazgo” (ACNUDH, 2015: 14). Una condición *sine qua non* para asegurar, a la postre, la consolidación de la democracia y la defensa de los derechos humanos. Difícilmente se pasa de una dictadura a una democracia —por exponer el caso más común— sin que existan procesos de depuración del personal proveniente del anterior régimen. Y, en lo que nos concierne, a la hora de “designar un nuevo director de los archivos sobre la base de sus calificaciones personales” (ACNUDH, 2015: 19 *et seq.*).

Dando un paso más, y retomando el Principio 3 del “Conjunto actualizado de Principios para Combatir la Impunidad” en relación con el “deber de recordar”, conviene subrayar que la responsabilidad de los poderes públicos no se circunscribe a “conservar solamente los archivos del Estado”, sino que se extiende también a todos los “archivos, en general”. Un detalle clave remarcado en el Principio 5 del ICA: el propio “Estado tiene muchas opciones para promocionar la preservación y el acceso a los archivos no gubernamentales” (ICA, 2016: 8).

3. IDENTIFICACIÓN, ORGANIZACIÓN Y VALORACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN DE CARA A GARANTIZAR LA CADENA DE CUSTODIA LEGAL

Todas y cada una de las fases iniciales del tratamiento archivístico han de llevarse con una absoluta rigurosidad en el objetivo común de no fracturar, en momento alguno, la cadena de custodia legal de la documentación. Una documentación, las más de las veces, esencial para sustentar las reclamaciones de las víctimas y sus familiares, para que las instancias judiciales puedan llevar a cabo su trabajo de forma eficaz o para que los investigadores y los ciudadanos puedan ejercer

situación de los archivos de un amplio conjunto de países latinoamericanos. *Vid.* <http://mgd.redrta.org/mgd/site/edic/base/port/inicio.html>.

su derecho de acceso y de libertad de información, entre otros tantos derechos individuales y colectivos (González Quintana, 2009)⁴⁸.

¿Por dónde empezar? El primer paso sería “entender cómo funcionaba el sistema nacional de archivos durante el período de la represión o antes del conflicto” (ACNUDH, 2015: 16). En términos técnicos, habrá que llevar a cabo un estudio institucional de todos y cada uno de los organismos productores gubernamentales, con especial atención a los procedentes de los aparatos represivos, judiciales y de inteligencia —en su más amplia concepción— con el fin de determinar el total de fondos documentales y examinar su tipología y características⁴⁹.

Obligatorio aquí resulta garantizar el principio fundamental de la archivística: el principio de procedencia, que:

Consiste en respetar el origen de los fondos, es decir, mantener agrupados, sin mezclarlos con otros, los documentos de cualquier naturaleza procedentes de una entidad, ya sea una administración pública, privada, una persona, familia [...] respetando la estructura o clasificación propia de dicha entidad (Cruz Mundet, 2011: 290).

⁴⁸ González Quintana en la Recomendación 2 estableció la siguiente propuesta de derechos: “Derechos colectivos: libre elección del modelo de transición, derecho a la memoria, derecho a la verdad, derecho a la justicia, derecho a conocer a los responsables de crímenes contra los derechos humanos. Derechos individuales: derecho a la exculpación y la rehabilitación, derecho a conocer el paradero de familiares desaparecidos en el período represivo, derecho al conocimiento, por cualquier persona, de los datos existentes sobre ella en archivos represivos, derecho a la investigación histórica y científica, libertad de presos políticos y de conciencia, derecho a la compensación y reparación de daños sufridos por las víctimas de la represión, derecho a la restitución de bienes confiscados” (González Quintana, 2009: 78-88).

⁴⁹ Vid. el apartado “III.A. Entender las instituciones, localizar los documentos de archivos” y el apartado “III.B. Los documentos de archivo en la búsqueda de la verdad” (ACNUDH, 2015: 29 *et seq.*) en donde se diseñan unas fases para el tratamiento archivístico, así como se presenta una amplia tipología de documentos en relación con la defensa de los derechos humanos. También es ilustrativa la Recomendación 10 del informe de la UNESCO en torno a “conservar y hacer accesibles los testimonios que sobre violaciones de derechos humanos se localicen en los países de tradición democrática”. Incluida la exigencia por parte de “[...] los países en procesos de transición [de] las fuentes sobre la violación de derechos humanos y represión política que les afecten en poder de los servicios de inteligencia de regímenes de tradición democrática” (González Quintana, 2009: 110-111).

E, igualmente, asegurándose desde un primer momento —en base a la Recomendación 7 de la UNESCO— que los “documentos de los desaparecidos órganos represivos deben ser conservados en instituciones archivísticas enmarcadas en el sistema general de archivos” (González Quintana, 2009: 96). Aunque parezca obvia dicha *recomendación*, no ha resultado serlo tanto, tal y como se ha evidenciado en multitud de ocasiones, por ejemplo, con el caso de los fondos judiciales militares.

Antes de avanzar, hay una consigna, una idea-fuerza, que no se puede ni se debe pasar por alto tal y como expuso el mismo González Quintana (2009: 97), “[l]os documentos aquí custodiados no serán más fuente de sufrimiento, tortura o muerte, sino que deben ser una herramienta para la reparación de las atrocidades cometidas y una vacuna contra el olvido”.

Las nuevas autoridades, junto con los responsables de los Archivos Nacionales, son quienes deben jugar un rol fundamental en términos de co-decisión política desde un primer momento: han de completar este estado inicial de la cuestión con un plan de cara a la adquisición, compra, donación (o cualquier otra forma de entrada) de todos aquellos fondos documentales —tanto dentro como fuera del país, procedentes de organizaciones políticas, sindicales, de defensa de los derechos humanos, u otras, que hayan luchado contra el régimen o, inclusive, de cualquier otro organismo de inteligencia exterior⁵⁰— que sean necesarios para la validación de los derechos individuales y colectivos enunciados. Probablemente la localización, identificación y entrada de estos fondos en el nuevo sistema archivístico *democrático* se prolongue un largo tiempo; mientras tanto, con respecto a los fondos documentales controlados habrá que garantizar su “custodia y disponer su seguridad física” (ACNUDH, 2015: 23).

¿Cuál es el estado óptimo tan arduo de conseguir?: que los “archivos de los desaparecidos servicios represivos [queden] bajo control de las nuevas autoridades democráticas”, así como que se censen todos

⁵⁰ Recomendación 12 del informe de la UNESCO: “Se deben arbitrar medidas de fomento para localizar, proteger y tratar archivísticamente los fondos documentales producidos por las organizaciones de derechos humanos y los organismos de oposición a los regímenes represivos” (González Quintana, 2009: 122).

y cada uno de los “archivos de los organismos públicos involucrados en la violación de derechos humanos”, según las recomendaciones 4 y 11 del informe de González Quintana (2009: 91)⁵¹. Un proceso, por cierto, que suele ser blanco de múltiples resistencias al cambio por parte de los responsables de los centros respectivos y de los propios funcionarios adscritos a los mismos. Volveremos más adelante sobre este asunto.

Un tercer paso obligado consiste en revisar la normativa y actuar en consecuencia a la hora de dictar una “legislación democrática”, en la que los “archivos de los organismos propios del régimen represivo, incluidos los de los partidos totalitarios que lo sustentaron”, estén comprendidos. “El legislador debe tener en cuenta los archivos y su papel instrumental para hacer que las medidas sean efectivas”; mientras que los archiveros han de convertirse en “el elemento efectivo que, en muchas ocasiones, hará viables los derechos que reconozca la nueva situación”, se señala en la Recomendación 3 del documento de la UNESCO (González Quintana, 2009: 89).

Suele suceder también —conviene destacarlo desde ahora— que además de las resistencias a las nuevas formas de trabajo, a la legislación, a todos y cada uno de los cambios democratizadores, se tiende a dejar para el final una fase clave del tratamiento archivístico: la valoración documental. Por esto mismo resulta tan necesario, desde ahora, atender al Principio 4 propuesto por el ICA (2016: 7), que indica que:

Los archiveros y gestores de documentos, en toda decisión sobre valoración documental, deben considerar la utilidad de los documentos para sustentar o identificar una reclamación de derechos humanos; para ayudar en la identificación de perpetradores de violaciones de los derechos humanos; para permitir la identificación de personas que tuvieron posiciones que podrían haberlas involucrado en violaciones de los derechos humanos; para la clarificación de los hechos que llevaron a la violación de los derechos humanos; para ayudar a conocer la suerte de las personas desaparecidas o para hacer posible que los individuos busquen compensación por pasadas violaciones de los derechos humanos.

⁵¹ Aunque no es nuestro caso, no se puede ignorar la Recomendación 5 del informe de González Quintana (2009: 92): “Los archivos de las Comisiones de Verdad y organismos similares deben ser protegidos y su uso regulado por las leyes”.

A saber: los archiveros deben asumir una *nueva* función política, social y jurídica vinculada con la defensa de los derechos humanos. En esta nueva lógica del DI, estos actores públicos han transmutado su papel de secundario al de protagonista de primera línea como los máximos garantes del mantenimiento de la cadena de custodia legal.

4. LA DESCRIPCIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS PARA EL DERECHO A LA VERDAD (I)

Si hay una fase del tratamiento archivístico normativizada y normalizada es la descripción. Las normas del ICA en la actualidad se encuentran plenamente aceptadas por la comunidad internacional de archiveros: ISAD(G), ISAAR(CPF), ISDF y ISDIAH⁵². A lo que se deben añadir la Norma ISO 15489 (2016), la Norma ISO 16175 (2012) o la Norma 30300 (2011) u otras tantas de carácter nacional o inclusive regional⁵³.

A pesar de ser una cuestión tecnificada operativamente, los proyectos de descripción siempre responden a cuestiones estratégicas y políticas por parte de quienes gestionan y/o dirigen las políticas públicas de los archivos estatales y/o nacionales. Nos explicamos: sin descripción no es que se bloquee el acceso a uno o varios fondos documentales, sino que constituye una de las formas más habituales para ocultar o, al menos, retrasar el tiempo que sea posible, el conocimiento de un paquete de información. Una forma hartamente sutil, en muchas ocasiones, de bloqueo informativo. Qué se describe, por qué, para qué, con qué medios se describe (económicos, físicos, humanos)

⁵² Más todavía, pues, en base a todas las normas citadas desde el propio ICA se ha impulsado un potente programa de descripción archivística de software libre denominado ICA-AtoM v.1.2. Programa pensado, precisamente, para aquellas naciones con escasos recursos económicos y en muchos casos con recientes pasados dictatoriales y que necesitan de herramientas gratuitas y de fácil manejo. Vid. https://atom.archives.unesco.org/?sf_culture=es.

⁵³ Una realidad prácticamente inabarcable en términos bibliográficos. Puede consultarse todas y cada una de las normas citadas en la propia página del ICA (<https://www.ica.org/en>) y, dentro de la misma, los trabajos del *Expert Group on Archival Description* (EGAD) (ICA, s.f.(a)). Para una perspectiva general, vid. Cruz Mundet (2006); Brown (2014).

define una parte consustancial de la “voluntad política” de los poderes públicos. No cabe ningún tipo de inocencia en este terreno.

Más allá de aspectos técnicos concretos, que van desde la definición generalista del proyecto de descripción hasta la concreción de los metadatos, la clave, por tanto, se encuentra en “generar instrumentos de descripción de carácter general como guías e inventarios, que hagan posible un conocimiento global del contenido” (González Quintana, 2009: 135-136). En situaciones de inmediata superación de pasados traumáticos y en donde el imperativo de Justicia lo marcan el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las potenciales víctimas, en general, no hay que ir al detalle de la descripción de documento por documento. Más aún, se debe aprovechar cualquier tipo de instrumento de información similar o relacionada como sucede con los “ficheros [...] [de] los servicios represivos” (González Quintana, 2009: 136).

Dada la inabarcable casuística en las que nos movemos, se ha de tener en cuenta que la documentación objeto de descripción puede contener información especialmente sensible o directamente protegida con decenas de miles de nombres de víctimas y de potenciales victimarios hasta que la Justicia dictamine. Asegurarse de que la descripción sea realizada solo por funcionarios públicos —como opción primera y única— y con todas las medidas de seguridad internas constituye un requisito fundamental (ICA, 2014).

“Buenas descripciones archivísticas favorecen el derecho a la verdad y son soporte de la democracia”, según subraya el Principio 7 del ICA (2016: 9-ss.). Sin lo anterior, difícilmente puede avanzarse en el Principio 2 relativo, precisamente, al “inalienable derecho a la verdad” (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005: 7)⁵⁴. Los prin-

⁵⁴ Principio 2, “El Derecho Inalienable a la Verdad”: “Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones” (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005: 7). Principio recogido de la misma forma en la “Convención Internacional para la Protección contra la Desaparición Forzada” (ONU, 2006). En su art. 24, se invita a que cada “[...] Estado parte tomará las medidas adecuadas a este respecto” a la hora de asegurar

cipios 7 y 8 del ICA son contundentes sobre la labor de los archiveros en términos garantistas. En el primero se afirma que:

Los archiveros deben incluir en las descripciones de sus fondos la información que, de acuerdo con sus conocimientos, pueda permitir al usuario entender si los archivos pueden contener información que pudiera ser de utilidad para ejercer una reclamación de derechos humanos; en particular, información relativa a graves violaciones de derechos humanos, información que pueda ayudar a conocer la suerte de las personas desaparecidas o información que haga posible que los individuos busquen compensación por pasadas violaciones de los derechos humanos (ICA, 2016: 7).

El Principio 8 pone el acento en la necesidad de que los poderes públicos, junto con los responsables de los archivos, prioricen en los proyectos de descripción los “fondos” relativos a los “derechos humanos”. De esta manera:

Los archiveros y los gestores de documentos deben suministrar una pronta organización y descripción de los fondos para asegurar que los usuarios tengan un acceso igualitario, imparcial y efectivo, dando prioridad a la organización y descripción de fondos que documenten graves violaciones de derechos humanos (ICA, 2016: 7).

Esta fase del tratamiento archivístico debería realizarse en los centros de archivos, pero en más ocasiones de las deseadas (tal y como ya hemos adelantamos), las resistencias realmente existentes (resultado de determinadas correlaciones de fuerza entre el *viejo* y el *nuevo* régimen) conllevan que ciertas instituciones nieguen o dificulten la transferencia de documentación. Tales unidades —fuerzas armadas, fuerzas policiales, o instituciones judiciales que suelen, por lo general, tener una estrecha relación con la vulneración de los derechos humanos bajo el régimen anterior— tienden a considerar la documentación que custodian de su propiedad, bloqueando el trabajo de los funcionarios públicos.

que cada “víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evaluación y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida”.

Una de las propuestas de desbloqueo —o cuando menos de posible solución temporal— que ha propuesto el ACNUDH (2015: 25) consiste en que “[s]i los archivos esenciales para un proceso de justicia de transición siguen en manos de un organismo creador que no está dispuesto a permitir que los archiveros hagan una tarea de descripción, la institución de justicia de transición, junto con los archivos, pueden solicitar una orden judicial en la que se designe a un grupo de archiveros “maestros especiales” del tribunal encargados de describir los documentos de archivo existentes e informar al tribunal al respecto. Esto permitiría, como mínimo, saber qué documentos existen”.

Las múltiples aristas que encierra la parte “estratégica” y “política” de la descripción, vuelve a poner de manifiesto la trascendencia de esta fase del tratamiento archivístico, así como su fuerte vinculación con el derecho a la verdad.

5. EL ACCESO Y LA ACCESIBILIDAD: LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS PARA EL DERECHO A LA VERDAD (II)

Todos los esfuerzos de los archiveros, gestores, responsables y demás involucrados en asegurar el cumplimiento de las funciones y de las fases del tratamiento archivístico deben tener el objetivo de procurar un acceso garantista, justo, equilibrado, rápido y eficaz a todos los usuarios: víctimas, investigadores, instituciones, y hasta los propios encausados en violaciones graves de los derechos humanos. Además, se ha de garantizar por ley que sea un servicio público y gratuito.

La “cuestión del acceso” conecta con la potencialidad transformadora que conlleva una gestión documental profesional en defensa de los derechos humanos, tal y como se incide en el informe del ACNUDH (2015: 5) al afirmar que:

Los archivos son esenciales para el buen funcionamiento y resultado de todo proceso de justicia de transición. Son cruciales para el ejercicio de los derechos individuales, como el derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se vulneraron derechos y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte de las víctimas. Los archivos también contribuyen en gran medida a la integridad de la memoria escrita y al ejercicio del derecho de cada pueblo a conocer la verdad sobre su pasado.

No hay “acceso” sin “accesibilidad” y viceversa. El primer término nos indica la “[a]cción consistente en obtener información y conocimiento mediante la consulta de los documentos y expedientes, lo que incluye la posibilidad de obtener copias o certificados de los mismos” (Cruz Mundet, 2011: 64) (y supone, en resumidas cuentas, la presentación del producto final del trabajo del tratamiento archivístico). Por su parte, la “accesibilidad” hace referencia a la propia “[c]ualidad de accesible referida a los documentos y a la información contenida en ellos, para lo que es necesaria la concurrencia de una serie de circunstancias”, entre las que sobresalen “la existencia de instrumentos que permitan localizarlos, la ausencia de barreras legales, y la disponibilidad física en su soporte y forma original o por cualquier medio de reproducción alternativo” (Cruz Mundet, 2011: 64).

Dos de los condicionantes previos al acceso los hemos examinado previamente: la preservación del patrimonio documental y la elaboración de instrumentos de descripción. Cabrían añadir otras tantas cuestiones relacionadas que facilitan o dificultan el acceso: horarios de los centros, recursos humanos (plantillas bien dotadas y formadas en materia de Derechos Humanos con servicios de asistencia permanente tanto interna como externa al centro), recursos físicos (existencia o no de sala de consultas, maquinaria de reproducción de documentos), recursos económicos (garantías de un servicio público, gratuito y de calidad) y sobre todo una adecuada regulación jurídica.

Elementos básicos, pero que desbordan este trabajo. Así pues, nos detendremos en la parte legal/normativa del acceso en donde se deben ponderar multitud de factores que tienden a chocar entre sí (normativa de protección de datos personales, seguridad nacional, secretos oficiales, protección al honor, leyes de patrimonio, leyes de archivos...) y que han ocupado cientos de miles de páginas y millones de bytes dentro y fuera de la comunidad archivística profesional con debates sujetos a fuertes controversias (Gálvez Biesca, 2020).

Apuntábamos en los epígrafes anteriores que la forma de abordar cada aspecto relacionado con la preservación, la identificación, la organización, la valoración y la descripción del patrimonio documental se encuentran estrechamente vinculadas a la “voluntad política” de los poderes públicos; pero es con la configuración legal y operativa del derecho de acceso donde puede comprobarse (en su caso) los

límites infranqueables de esa misma *voluntad*, evidenciando, por lo demás, la calidad y madurez democrática de una nación. De todo ello depende si se avanza o no en la consecución de los derechos inalienables de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos.

¿Cuáles son las principales recomendaciones? Iremos desde lo general a lo específico, centrándonos en la parte final en las especificidades propias de las instituciones judiciales. En este caso concreto, nos detendremos —principal aunque no únicamente— en el documento del ICA, conectado con el núcleo duro del “Conjunto Actualizado de Principios para combatir la Impunidad” (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005)⁵⁵.

En cualquier caso, es necesario comenzar con la Recomendación 9 de González Quintana (2009) sobre la regulación del “uso de los archivos de la represión”. En este informe se apostó por dos grandes opciones: o bien, una “Ley general de archivos del país, que contemple la casuística descrita”, o bien, “mediante normas parciales o concretas que desarrollen esa ley general cuando ésta existe y no va a ser modificada”. En uno u otro caso, deben garantizarse, en términos generales, tres derechos fundamentales: primero, “[q]ue toda persona tendrá derecho libre al acceso a los archivos para obtener información sobre la existencia o no de algún expediente u otra información recogida en cualquier otra forma, sobre su persona”; segundo, “que toda persona que no haya estado al servicio de los órganos represivos, tendrá el derecho a determinar, una vez conocida la existencia de documentos sobre ella, si tales documentos pueden o no ser consultados por terceros”; en tercer término, “que toda persona tendrá el derecho a acceder a los expedientes de los agentes de la represión, con las garantías que el legislador pueda establecer para garantizar la seguridad de las personas” (González Quintana, 2009: 104)⁵⁶.

⁵⁵ Principio 4, “El Derecho de las Víctimas a Saber”: “Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima” (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005: 7).

⁵⁶ El caso de los archivos de la Stasi ya enunciado, de forma previa, constituye, a buen seguro, uno de los mejores ejemplos. Al respecto, *vid.* Díaz Lanza & Fito Manteca (2007); Faraldo (2018). Por último, no deje de consultarse BStU (s.f.).

Este conjunto de derechos —insiste el reputado archivero español— deben ir acompañados de la divulgación del “conocimiento de los archivos que conservan documentos que testimonian la violación de derechos humanos”. Invitándose, a la par, a participar a todos los implicados, de cara a aproximar dicha realidad documental a “los medios de comunicación social” (González Quintana, 2009: 124). Una *recomendación* que es recogida por el ICA en su Principio 14 cuando habla de la necesidad de “promover programas para informar al público sobre sus derechos de acceso a los archivos”. Introduciendo un matiz no menor: “[así como] sobre el importante papel de los archiveros en la protección de sus libertades fundamentales” (ICA, 2016: 12).

De la relevancia otorgada a la “cuestión del acceso”, da buena cuenta el propio documento del ICA (2016) quien le dedica directamente, al menos, seis de sus principios de un total de veinticinco distribuidos en los dos siguientes epígrafes: (i) “dar acceso a la información contenida en los archivos” (principios 9, 10, 11, 12 y 13); y (ii) “garantías especiales” (principio 19). Medidas de actuación que, en buena medida, recogen los diez principios planteados en el documento titulado “Principios de Acceso a los Archivos” a cargo del Grupo de Trabajo del ICA sobre el acceso del año 2012 (ICA, 2012)⁵⁷.

Son principios de mínimos, de lógica democrática, de lógica de respeto a los derechos de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y que, al mismo tiempo, tan difíciles resultan de cumplir en no pocos casos. En el Principio 9 se afirma algo tan elemental como que los “poderes públicos deben asegurar que sus archivos concernientes a graves violaciones de los derechos humanos y de derecho humanitario sean accesibles”⁵⁸. En el siguiente —Principio 10— se convida a los “archiveros y gestores de documentos” a “defender y sustentar el derecho de acceso a los documentos de los organismos públicos y animar a las organizaciones no gubernamentales para que ofrezcan un acceso similar a sus archivos”. ¿Cómo si no cumplir con el Principio 16 del “Conjunto Actualizado de Principios para Comba-

⁵⁷ Véase, por lo demás, ICA (s.f.(b)).

⁵⁸ Entre otros tantos derechos en conexión, se encuentra el art. 19.2 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” o el Principio 10.A.1. de los “Principios de Tshawane” (2013).

tir la Impunidad” sobre la “Cooperación de los servicios de archivo con los tribunales y las comisiones extrajudiciales de investigación”? (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005: 11).

Los principios 11 y 12 inciden en cuestiones estrictamente garantistas de cara a que tanto “las instituciones, los archiveros y los gestores de documentos [aseguren] que se arbitren salvaguardias para proteger los datos personales de un acceso no autorizado”, con el objetivo de “garantizar el respeto a los derechos, libertades fundamentales y la dignidad de las personas a quienes se refiere la información”; así como que los “archiveros deberán ofrecer un servicio de referencias sin discriminación que esté rechazada por la Declaración Universal de Derechos Humanos”⁵⁹. Explicado de otra forma: “[t]odas las personas tienen derecho a solicitar la asistencia de un archivero para que les ayude a localizar o recuperar archivos que les permitan ejercer sus derechos” (ICA, 2016: 11). Un derecho que debería hacer factible el Principio 15 del “Conjunto actualizado de Principios para Combatir la Impunidad” titulado “medidas para facilitar la consulta de los archivos” (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005: 11; ICA, 2016: 11)⁶⁰.

No obstante, estos mismos derechos garantistas —como no podía ser de otra forma— alcanzan a las “personas que buscan defenderse de cargos de violaciones de derechos humanos”. El ICA lo deja bien claro en su Principio 13: los “[a]rchiveros y gestores de documentos no harán distinciones entre fiscales y acusados al proporcionar acceso a los archivos” (ICA, 2016: 12).

⁵⁹ Remitimos a la “Declaración Universal de los Archivos” del propio ICA del año 2010 (que en 2011 fue respaldada por la UNESCO) donde se lee: “Por ello, nosotros reconocemos [...] el carácter esencial de los archivos para garantizar una gestión eficaz, responsable y transparente, para proteger los derechos de los ciudadanos, asegurar la memoria individual y colectiva y para comprender el pasado, documentar el presente para preparar el futuro” (ICA, 2010).

⁶⁰ Principio 15, “Medidas para facilitar la consulta”: “Se deberá facilitar la consulta de los archivos en interés de las víctimas y de sus familiares para hacer valer sus derechos. En caso necesario, también se facilitará a las personas acusadas que lo soliciten para defenderse. Cuando la consulta persiga favorecer la investigación histórica, las formalidades de autorización tendrán por única finalidad salvaguardar la integridad y la seguridad de las víctimas y de otras personas. No podrán aplicarse las formalidades de autorización con fines de censura” (Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005: 11).

Finalmente, para concluir este apartado, sobresale el Principio 19 que sintetiza, en buena medida, lo aquí expuesto al aseverar que:

Las instituciones ofrecerán acceso a los archivos, incluidos los archivos desplazados, a las instituciones de justicia transicional y a las personas, incluidas víctimas y supervivientes de graves violaciones de derechos humanos —independientemente de su nacionalidad— que los necesiten para buscar compensación por los daños previos a sus derechos humanos o para proteger sus derechos fundamentales (ICA, 2016: 15).

6. CONSERVACIÓN Y PRESERVACIÓN A LARGO PLAZO DE LOS DOCUMENTOS DE LAS INSTITUCIONES JUDICIALES: RETOS Y PROBLEMÁTICAS

Como indica el ACNUDH (2015: 44), “[l]os documentos de archivo de una institución de justicia de transición se deben gestionar de manera competente mientras la institución está en funcionamiento”, para de esta manera poder “[...] evaluar los documentos de los archivos, y los que se considere que tienen un valor permanente se deben transferir directamente a un archivo”. Quedan así esbozadas dos fases elementales del tratamiento archivístico: los procesos de transferencia y la valoración documental sobre la que adelantamos algunas cuestiones técnicas.

En juego se encuentra asegurar la conservación de una parte sustancial de la historia y la memoria de un país en relación con su pasado traumático común. Un legado material fundamental para la reconstrucción y contextualización de la historia global contra la impunidad. Una documentación de una riqueza extraordinaria y un valor incalculable, que debería ser calificada automáticamente —en opinión de los autores— como Bien de Interés Cultural, tal y como se reiteró en el informe tantas veces citado de la UNESCO.

En tal tesitura, no habría de ser un problema la búsqueda de “una solución para la custodia y conservación de los archivos de los Tribunales de Justicia creados con la finalidad de juzgar crímenes de guerra o de lesa humanidad”. Sobre todo, teniendo en cuenta el “carácter temporal de estos organismos [lo que] hace aconsejable vislumbrar soluciones permanentes porque se trata de fondos documentales de claro valor informativo que justificaría sobradamente su conserva-

ción por tiempo indefinido”, tal y como apunta González Quintana (2009: 94) en su Recomendación 6. Punto que también se recoge en el recién citado Principio 6 del ICA, aunque añadiendo que “se dará información previa a la eliminación de cualquier documento” (ICA, 2016: 8-9).

La intervención de los “poderes públicos” es obligada a la hora de “asegurar que los archivos relacionados con las violaciones de derechos humanos y las leyes humanitarias se conserven”. Empezando por “la provisión de fondos económicos suficientes para la gestión profesional de estos archivos” a lo largo del tiempo, tal y como prevé el Principio 6 del ICA (2016: 8).

De forma previa a iniciar el proceso de valoración documental, resulta imprescindible garantizar el depósito legal del archivo sobre el que trabajar. La solución óptima, como subraya el ACNUDH (2015: 41), es que estos fondos se mantengan dentro del “sistema de archivos nacionales”, garantizando tanto el principio de procedencia como el principio de respeto al orden original (literalmente se afirma que “[l]os documentos originales no se deben dividir”)⁶¹. De modo que “[s]olo mediante la conservación de los documentos completos en un archivo, las autoridades podrán asegurarse de que se seguirá teniendo un panorama exacto de lo que el órgano aprendió y del trabajo que realizó” (ACNUDH, 2015, 41).

Quedan, por tanto, expuestos los criterios políticos, jurídicos, archivísticos, económicos y humanitarios a seguir; pero ¿cómo? El ACNUDH profundiza en este aspecto ofreciendo un conjunto de recomendaciones que recogemos de forma sintética (2015: 37 *et. seq.*). En primer lugar, se ha de seleccionar un correcto sistema de gestión de archivos asociado a unas extraordinarias medidas de “seguridad”. En segundo lugar, se ha de garantizar el cumplimiento del trabajo por parte de los “funcionarios de las instituciones de justicia de transición”

⁶¹ Como señala Cruz Mundet (2011: 291), el ACNUDH “[...] en esencia, dispone que los documentos de cada fondo deben mantenerse en el orden que les hubiera dado la oficina de origen y el organismo productor. Así nace el denominado principio de respeto al orden original de los documentos, que indica el necesario respeto al orden que se ha dado en origen a los documentos. Este principio permite conservar las relaciones existentes y la relevancia probatoria que se puede deducir del contexto de los documentos”.

quienes, además, son los “responsables del archivo”. En este sentido, toda precaución es poca, por lo que:

Es útil que los funcionarios firmen una declaración por la que se reconoce su responsabilidad por los documentos de archivo cuando asumen sus funciones en la institución de transición y una declaración en el sentido de que todo su trabajo quedará reflejado en el sistema de archivo y que no se llevarán documentos institucionales cuando dejan la institución (ACNUDH, 2015: 39).

González Quintana (2009) en su Recomendación *5bis* —incluida en el anexo— menciona el Código de Ética del ICA (aprobado en Perú de 1996) como principal guía de actuación en estos casos⁶². Entre las recomendaciones enunciadas nos quedamos, al menos, con dos. En primer lugar, “[e]l archivero es un ejecutor de la voluntad popular en cuanto a la vía elegida en el proceso de transición y se somete al imperio de la Ley”, a lo que hay que añadir que “[r]echazará toda orden superior que le obligue a la destrucción de documentos que prueben la violación de derechos humanos, o la exclusión de la consulta de éstos por razones de «seguridad del estado»”. En segundo lugar, “[e]l archivero establecerá los controles necesarios para proteger los documentos con información sensible bajo la custodia del archivo [...]. Solo el personal del archivo debidamente autorizado tendrá acceso a estos documentos” (González Quintana, 2009: 140-141).

El ACNUDH (2015: 40) aborda también una de las actitudes clásicas de los “archiveros” en lo referente a la “selección de los documentos de archivo para retención a largo plazo”: la “reacción instintiva inicial será retener todo, cosa que puede convenir para el muy corto plazo”, pero “algunos de los documentos administrativos sin duda no tienen valor a largo plazo”. Sin prisa, pero sin pausa, se ha de abrir un proceso detenido y meditado para “seleccionar cuáles de ellos han de conservarse con carácter permanente”. Más: “[d]eberá hacerse una descripción general de todos los documentos de archivos propuestos

⁶² Diez son los principios allí reflejados. Subrayamos el último: “10. Los archiveros colaborarán con los miembros de su misma profesión y con los de otras profesiones para promover la conservación y el uso del patrimonio documental de la Humanidad [...]. Los archiveros colaborarán con los miembros de las profesiones relacionadas sobre la base del respeto y la comprensión mutuos” (ICA, 1996: 4).

para su destrucción y, tanto la descripción como la propuesta de eliminación hacerse públicos dando un plazo para recibir observaciones antes de tomar la decisión final” (ACNUDH, 2015: 40)⁶³.

Puede observarse cómo todos y cada uno de los pasos exigen un control y un seguimiento pormenorizado. Rigurosidad y meticulosidad, junto con una decidida “voluntad política”, son las únicas garantías de éxito.

7. GARANTÍAS PARA LOS PROFESIONALES DE LOS ARCHIVOS Y LOS DENUNCIANTES COMPROMETIDOS CON LOS DERECHOS HUMANOS

Se tiende a poner con cierta ligereza la etiqueta de “militante” a quien se compromete en una u otra causa social como en el caso de los derechos humanos⁶⁴. Constituye una etiqueta de ida y vuelta: si bien puede categorizar positivamente un trabajo, puede también suceder lo contrario. Una circunstancia a considerarse convenientemente, porque los archiveros que trabajan en el campo de los derechos humanos no tienen que ser *stricto sensu* “militantes”, sino sencillamente funcionarios comprometidos con su trabajo, con una profesión y unos derechos universales⁶⁵.

En los últimos años —el caso colombiano tras los “Acuerdos de paz entre el gobierno de Juan Manuel Santos y las FARC-EP (2012-2016)” resulta especialmente significativo (Olasolo, 2018)— hemos visto la persecución, el hostigamiento y el asesinato de decenas de defensores de los derechos humanos, incluidos funcionarios de diferentes niveles. A lo que se suman, en otros tantos casos, coacciones e intimidaciones que han conllevado la imposibilidad de actuar en un alto número de casos con criterios deontológicos frente a determinadas reclamaciones.

⁶³ Un posible ejemplo de trabajo teórico-metodológico a la par que práctico puede encontrarse en CSCDA (s.f.).

⁶⁴ Recordemos como el exitoso concepto de los “militantes de la memoria” fue propuesto por Jelin (2002).

⁶⁵ Altamente recomendable es la breve reflexión sobre la “archivística militante” por parte de González Quintana (2016: 269-270).

Al respecto, y a pesar de las frecuentes denuncias por parte de los profesionales de los archivos sobre las múltiples presiones ejercidas en torno a su trabajo, las mismas han tenido escasa trascendencia mediática a nivel nacional e internacional. El máximo ejemplo lo constituye el limitado impacto que ha tenido el reciente asesinato de Lokman Slim, a quien se le había encomendado la creación del Archivo de la Memoria de los desaparecidos en la guerra del Líbano (1975-1990) (UNESCO, 2021).

La falta de medios y de recursos explican un elevado número de las situaciones mencionadas. De igual forma, la ausencia de una legislación protectora, así como de instituciones y mecanismos públicos, puede ayudar a contestar, a su vez, a una de las grandes preguntas: ¿por qué, en un elevado número de casos, los archiveros no han podido cumplir con sus obligaciones profesionales, incluida la defensa de los derechos humanos de buena parte de sus usuarios?

Puestos al caso: situados los archiveros y los archivos en el centro del DI y de la JIP, ¿cómo garantizar su trabajo y con ello una gestión documental profesional? El documento del ICA es preciso: junto con las ya citadas “garantías especiales” se añaden otros dos bloques en donde se configuran unos principios mínimos para el desarrollo de su trabajo profesional, formativo y asociativo: (i) “educación y formación” (principios 20, 21 y 22); y (ii) “libertad de expresión y asociación” (principios, 23, 24 y 25) (ICA, 2016: 15-17)⁶⁶.

Los principios 15 y 16 del ICA, recogidos en la sección sobre “garantías especiales” (ICA, 2016: 12-14), abordan problemáticas y ca-suísticas habituales directamente relacionadas con la defensa de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y los archivos y los archiveros. Conforme al primero (Principio 15):

Los archiveros y gestores de documentos que, en el curso de su actividad profesional, descubran archivos que consideren, convencidos de buena fe y con fundadas razones, que contienen evidencias de graves violaciones de derechos humanos reconocidos internacionalmente que a), se estén cometiendo o b), sobre las cuales las víctimas puedan buscar com-

⁶⁶ A subrayar el Principio 25: “Las asociaciones profesionales de archiveros y de gestores de documentos deben ofrecer recomendaciones y apoyo a los archiveros que manejan archivos con aspectos relacionados con los derechos humanos” (ICA, 2016: 17).

pensaciones, deben informar a las autoridades pertinentes sobre la existencia de tales archivos (ICA, 2016: 12).

Este mismo principio establece que “[l]os poderes públicos deberán ofrecer a los empleados públicos canales adecuados para reportar violaciones de derechos humanos o internamente o a través de organismos de supervisión”. Además, según este mismo Principio:

Las organizaciones no gubernamentales podrían ofrecer canales para sus empleados a través de los cuales reportar violaciones de derechos humanos; si tales canales no existieran, los poderes públicos podrían ofrecer canales para que informen las personas que no sean empleados públicos (ICA, 2016: 13).

No existen recetas mágicas. Todo pasa, primero, por la aprobación y desarrollo de una normativa que proteja al denunciante (Comisión de Europa, 2014); segundo, unas instituciones judiciales renovadas y democratizadas; y, en tercer lugar, unos mecanismos de ayuda y protección (legal, financiera, policial) que aseguren la vida biográfica y laboral de todos aquellos que *dan el paso*.

No se detiene aquí el ICA: sustenta su posición en el Principio 37 de los denominados “Principios Globales sobre Seguridad Nacional y Derecho a la Información”, en donde se “sugiere que la revelación de información referente a las categorías de fechorías que, a continuación, se relacionan, debe ser considerada como divulgación de interés público” (ICA, 2016: 13). A subrayarse las tres primeras: “a) Delitos penales; b) Violaciones de los Derechos humanos; c) Violaciones del Derecho Humanitario Internacional [...]”. Incidiendo, posteriormente, que “si no hubiera, dentro del Estado, ninguna institución a la que se pueda confiar la información” —una situación para nada descartable, en especial, en países en transición— “el archivero o gestor de documentos podrá recurrir a organismos internacionales, tales como la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos o el Comité Internacional de la Cruz Roja”⁶⁷.

Finalmente, el mencionado Principio 16 del ICA, elaborado a partir del art. 40 de los recién citados “Principios de Tshwane”, y con mención expresa de la Resolución 1954 de la Asamblea Parlamen-

⁶⁷ Véanse: ACNUDH (2018) y CICR (s.f.), respectivamente.

taria del Consejo de Europa sobre “Seguridad Nacional y Acceso a la Información” (2013) (ICA, 2016: 10)⁶⁸, requiere de “los poderes públicos” una serie de compromisos impostergables:

Los archiveros y gestores de documentos que desvelen información que muestre violaciones de los derechos humanos o violaciones de las leyes humanitarias, independientemente de si la información está clasificada o sometida u otro tipo de confidencialidad, tienen el derecho a denunciar ante las autoridades apropiadas cualquier medida de venganza o de amenaza de represalia con respecto a tal revelación; siempre que a), en el momento de la comunicación el archivero tuviera bases razonables para creer que la información desvelada mostraba acciones reprobables, y b), que el archivero previamente hubiera tratado de usar un mecanismo interno para informar, al menos hasta donde el intento no provocara un mayor riesgo de represalias. (ICA, 2016: 13).

Sin mecanismos de protección —con el consiguiente riesgo a represalias de todo tipo, a las dificultades en la carrera profesional en un gremio cuantitativamente pequeño, sin menospreciar las amenazas directas a su integridad física— uno de los primeros frentes contra la impunidad, los archiveros y los archivos, puede llegar a quedar totalmente desactivado.

REFERENCIAS

Doctrina

- Acuña, M.G. *et al.* (2016). *Archivos y memoria de la represión en América Latina (1973-1980)*. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- Alberch i Fugueras, R. (2008). *Archivos y derechos humanos*. Gijón: Trea.
- Babiano, J. (ed.) (2010). *Represión, derechos humanos y archivos: una perspectiva latinoamericana*. Madrid: Fundación 1º de Mayo / GPS.
- Barahona de Brito, A., Aguilar, P. & González, C. (2000). *Las políticas hacia el pasado: juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*. Madrid: Istmo.

⁶⁸ Véanse, igualmente, Consejo de Europa (2000), Consejo de Europa (2002); y el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a Documentos Públicos (Consejo de Europa, 2009) —conocido como el “Convenio Tromsø” y que hoy constituye la base de la mayor parte de las normas sobre transparencia e información pública en las naciones europeas.

- Bassiouni, M.C. (ed.) (2008). *International Criminal Law: Sources Subjects and Contents*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Bernales Rojas, G. (2016). "El Derecho a la verdad". *Estudios Constitucionales*. Vol. 14(12). Pp. 263-304.
- Bisset, A. (2012). *Truth Commissions and Criminal Courts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Boel, J. Canavaggio, P. & González Quintana, A. (ed.) (2021). *Archives and Human Rights*. London/New York: Routledge.
- Bofill, C. & Martínez, M.C. (2008). *Archivos y cooperación. Diez años de Archiveros sin Fronteras*. Barcelona: Archiveros sin Fronteras.
- Brown, C. (ed.) (2014). *Archives and recordkeeping*. Londres: Facet.
- Catela, L.S. & Jelin, E. (ed.) (2002). *Los archivos de la represión: documentos, memoria y verdad*. Madrid & Nueva York: Siglo XXI/ SSRC.
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cruz Mundet, J.R. (2006). *La gestión de documentos en las organizaciones*. Madrid: Pirámide.
- Cruz Mundet, J.R. (2011). *Diccionario de archivística (con equivalencias en inglés, francés, alemán, portugués, catalán, euskera y gallego)*. Madrid: Alianza.
- Díaz Lanza, T. & Fito Manteca, F. (2007). "La vida de los otros. Los archivos de la Stasi un antídoto contra la nostalgia". *Boletín ACAL*. Vol. 63. Pp. 43-44.
- Fajardo Arturo, L.A. (2012). "Elementos estructurales del derecho a la verdad". *Civilizar*. Vol. XII (22). Pp. 15-34.
- Faraldo Jarillo, J.M. (2018). *Las redes del terror. Las policías secretas comunistas y su legado*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Fernández-Riera Fernández, C. (2018). "Justicia universal en España. La limitación de un principio del derecho internacional". *Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la universidad de Oviedo*. Vol. 3. Pp. 199-222.
- Fernández Vidal, J. (2018). "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado: amenazas y mecanismos de protección". *Cadernos de Dereito Actual*. Vol. 9. Pp. 123-131.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). "The Right to the Truth as an Autonomous Right under the Inter-American Human Rights System". *Mexican Law Review*. Vol. IX(1). Pp. 121-139.
- Gálvez Biesca, S., Rodríguez Rodríguez, J. & Spigno, I. (2018). "Desarrollo histórico de la estructura judicial y arbitral de la justicia internacional". En Olasolo, H., Buitrago Rey, N.E., Bonilla Tovar, V. & Canosa Cantor, J. (ed.). *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Vol. 4. Valencia: Tirant lo

- Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 55-86.
- Gálvez Biesca, S. (2020). “La encuesta sobre el acceso a los archivos en España. Informe de resultados”. *Historia Actual Online*. Vol. 52. Pp. 171-198.
- González Quintana, A. (2007). “La política archivística del gobierno español y la ausencia de gestión del pasado desde el comienzo de la transición”. *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*. Vol. 7. Pp. 5-26. Recuperado de: <http://hispanianova.rediris.es/7/dossier/07d008.pdf>.
- González Quintana, A. (2016). “Del derecho a saber al derecho a la verdad: el papel de los archiveros en la defensa de los derechos humanos”. *Tria*. Vol. 20. Pp. 257-270.
- Hayner, P. (2014). *Verdades silenciadas: la justicia transicional y el reto de las comisiones de la verdad*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau.
- Huskamp Peterson, T. (2006). *Temporary Courts, Permanent Records. United States Institute of Space, Report 170*. Recuperado de: <https://www.usip.org/sites/default/files/resources/sr170.pdf>.
- Ibañez Najar, J.E. (2014). *Justicia transicional y comisiones de la verdad*. Madrid: Instituto Berg.
- Jelin, E. (2002). *Los trabajadores de la memoria*. Madrid & Nueva York: Siglo XXI / SSRC.
- Jimena Quesada, L. (2008). *Dignidad humana y justicia universal en España*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- Joinet, L. (1989). “L’amnistie. Le droit à la mémoire: entre pardon et oubli”. *Communications*, Vol. 49. Pp. 213 et seq.
- Klinkner, M. & Davis, H. (2020). *The Right to the Truth in International Law. Victim’s Rights in Human Rights and International Criminal Law*. Nueva York: Routledge.
- Lafuente Izquierdo, A. (1999). La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado: la revisión de la Convención Internacional de La Haya de 1999. *Boletín ACAL*. Vol. IX(32). Pp. 5-8.
- Ministerio de Cultura de España (1995). *Diccionario de terminología archivística*. Madrid: Ministerio de Cultura.
- Nieva-Fenoll, J. (2013). “El principio de Justicia universal”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. LXVII. Pp. 131-149.
- Olasolo, H. (2016). “Los fines del derecho internacional penal”. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Vol. 14(29). Pp. 93-146.
- Olasolo, H. (2017). *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*. Valencia: Tirant lo

- Blanch & Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional.
- Olasolo, H. & Galain Palermo, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal: atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Ollé Sesé, M. (2008). *Justicia universal para crímenes internacionales*. Madrid: La Ley & Wolters Kluwer.
- Olsen, T.D., Payne, L.A. & Reiter, A.G. (2016). *Justicia transicional en equilibrio. Comparación de procesos, sopeso de su eficacia*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Orentlicher, D. (2016). *Some King of Justice: The ICTY's Impact in Bosnia and Serbia* (2016). Oxford: Oxford University Press.
- Risse, M. (2012). *On Global Justice*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- Rodríguez Villasante, J.L. (2006). *El Derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*. Madrid: Marcial Pons.
- Sweeney, J. (2018). "The elusive Right to Truth in transitional Humans Rights Jurisprudence". *ICLQ*. Vol. LXVII. Pp. 353-387.
- Tan, K. (2017). *What Is This Thing Called Global Justice?* Londres: Routledge.
- Trujillo Sánchez, A. (2010). *La Corte Penal Internacional. Una experiencia de justicia internacional (tesis doctoral)*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Vega, P. (2006). "El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones". *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol. 5. Pp. 18-41.
- Vera Sánchez, J.S. (2018). "¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable?". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*. Vol. 11. Pp. 101-130.

Resoluciones, informes y otros documentos

- ARMA International. (2017). *Generally Accepted Recordkeeping Principles*. Recuperado de: <https://www.arma.org/page/principles>.
- Bennoune, K. (2019). *Cultural Rights: Tenth Anniversary Report. Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights*. Doc. Núm. A/HRC/40/53. Recuperado de: <https://undocs.org/en/A/HRC/40/53>.
- Biraud, G. (2013). *Gestión de expedientes y archivos en las Naciones Unidas*. Doc. Núm. JIU/REP/2013/2. Recuperado de: <https://undocs.org/es/JIU/REP/2013/2>.

- Cardozo Law Institute in Holocaust and Human Rights. (2018). *Los usos de la verdad: justicia, archivos de la comisión de la verdad y la búsqueda de personas desaparecidas en El Salvador*. Recuperado de: http://www.dplf.org/sites/default/files/archivos_de_la_comision_de_la_verdad_justicia_y_búsqueda_de_desaparecidos_en_el_salvador_final.pdf
- Comisión Internacional de Diplomática (2005). *Terminologie der Diplomatik*. Recuperado de: <http://www.cei.lmu.de/VID/>.
- Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos (s.f.). *Página web de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos*. Recuperado de: <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/areas/archivos/mc/cscda/inicio.html>.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (s.f.). *Página web del Comité Internacional de la Cruz Roja*. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es>
- Consejo de Europa (2009). *Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos Públicos*. Recuperado de: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_consejo_europeo.pdf.
- Consejo de Europa. Asamblea Parlamentaria (2014). *Resolución 1954 sobre seguridad nacional y acceso a la información*.
- Consejo de Europa. Comité de Ministros (2000). *Recomendación No. 13/2000 sobre una política europea de acceso a los archivos*. Recuperado de: <https://rm.coe.int/16804cea4f>.
- Consejo de Europa. Comité de Ministros (2002). *Recomendación No. 2/2002 sobre acceso a los documentos oficiales*. Recuperado de: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804c6fcc.
- Consejo de Europa. Comité de Ministros (2014). *Recomendación Núm. 7/2014 sobre la protección de los denunciantes*. Recuperado de: <https://rm.coe.int/16807096c7>.
- Consejo Internacional de Archivos (1996). *Código de ética profesional*. Recuperado de: https://www.ica.org/sites/default/files/ICA_1996-09-06_code%20of%20ethics_ES.pdf.
- Consejo Internacional de Archivos (2010). *Declaración universal sobre los archivos*. Recuperado de: https://www.ica.org/sites/default/files/UDA_June2012_web_SP.pdf.
- Consejo Internacional de Archivos (2012). *Principios de acceso a los archivos. Documento aprobado por la Asamblea General el 24 de agosto de 2012*. Recuperado de: https://www.ica.org/sites/default/files/ICA_Access-principles_SP.pdf
- Consejo Internacional de Archivos (2014). *Principios de acceso a los archivos. Guía técnica para la gestión de archivos de uso restringido*. Recuperado de: https://www.ica.org/sites/default/files/Technical%20Guidance%20on%20Managing%20Archives%20with%20restrictions_SP.pdf.

- Consejo Internacional de Archivos (2016). *Principios básicos sobre el papel de archiveros y gestores de documentos en la defensa de los derechos humanos*. Recuperado de: https://www.ica.org/sites/default/files/ICA-HRWG_PrincipiosB%C3%A1sicos_Espa%C3%B1ol_Documento-de-trabajo_Septiembre2016_Espanol.pdf.
- Consejo Internacional de Archivos (s.f.(a)). *Grupo de expertos en descripción archivística - EGAD*. Recuperado de: <https://www.ica.org/es/grupos-de-expertos/expert-group-archival-description-egad>.
- Consejo Internacional de Archivos (s.f.(b)). *Section on Archives and Human Rights - SAHR (previously HRWG)*. Recuperado de: <https://www.ica.org/en/about-archives-and-human-rights>.
- Consejo Internacional de Archivos & InterPARES Trust Project. (s.f.). “Archivo (definición)”. En *Multilingual Archival Terminology*. Recuperado de: <http://www.ciscra.org/mat/mat/term/1617>.
- Corte Penal Internacional (2004). *Reglamento de la Corte Penal Internacional*. Doc. Núm. ICC-BD/01-01-04). Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RegulationsCourtSpa.pdf>.
- Corte Penal Internacional (2015). *Records Retention and Disposal Policy*. Doc. Núm. ICC/AI/2015/002. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Vademecum/RECORDS%20RETENTION%20AND%20DISPOSAL%20POLICY.pdf>.
- El Diario.es (16 de octubre de 2020). *Guatemala declara patrimonio cultural al archivo histórico de la policía*. Recuperado de: https://www.eldiario.es/internacional/guatemala-declara-patrimonio-cultural-al-archivo-historico-de-la-policia_1_6296526.html.
- España (1977). *Ley 46/1977 de amnistía*. Boletín Oficial del Estado. 15 de octubre de 1977. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-24937>.
- España (2007). *Ley 52/2007 por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*. Boletín Oficial del Estado. 27 de diciembre de 2007. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-22296#:~:text=Ley%2052%2F2007%2C%20de%2026,%C2%AB%20BOE%20%C2%BB%20n%C3%BAm>.
- España (2014). *Ley Orgánica 1/2014 de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial relativa a la justicia universal*. Boletín Oficial del Estado. 14 de marzo de 2014. Recuperada de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-2709>.
- España (2020). *Anteproyecto de Ley de memoria democrática*. Recuperado de: <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/APL%20Memoria%20Democr%C3%A1tica.pdf>.

- Federal Commissioner for the Records of the State Security Service of the former German Democratic Republic (s.f.). *The Stasi Records Archive*. Recuperado de: <https://www.bstu.de/en/archives/>
- González Quintana, A. (2009). *Políticas archivísticas para la defensa de los derechos humanos. Actualización y ampliación del informe elaborado para UNESCO y Consejo Internacional de Archivos (1995) sobre gestión de los archivos de los servicios de seguridad del estado de los desaparecidos regímenes represivos*. Santiago de Compostela: Fundación 10 de Marzo & Red de Archivos Históricos de Comisiones Obreras. Recuperado de: https://www.ica.org/sites/default/files/Report_Gonzalez-Quintana_ES.pdf.
- International Committee of the Blue Shield (s.f.). *About Us*. Recuperado de: <https://theblueshield.org/about-us/history/international-committee-of-the-blue-shield-icbs/>.
- International Organization for Standardization (2011). *Información y documentación. Sistemas de gestión para los documentos. Fundamentos y vocabulario: Terminología, objetivos y beneficios*. Doc. Núm. ISO 30300.
- International Organization for Standardization (2012). *Información y documentación. Principios y requisitos funcionales para documentos en entornos de oficina electrónica. Parte 1: Generalidades y declaración de principios*. Doc. Núm. ISO 16175.
- International Organization for Standardization (2016) *Información y documentación. Gestión de documentos. Parte 1: Conceptos y principios*. Doc. Núm. ISO 15489-1
- International Residual Mechanism for Criminal Tribunals (2016). *Access Policy for the records held by the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals*. Doc. Núm. MICT/17. Recuperado de: <https://www.irmct.org/sites/default/files/documents/pd-mict-17-160812-en.pdf>.
- International Residual Mechanism for Criminal Tribunals (2019). *Access Policy for the records held by the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals*. Doc. Núm. MICT/17/Rev.1. Recuperado de: <https://www.irmct.org/sites/default/files/documents/190104-acces-policy-records-irmct.pdf>.
- International Residual Mechanism for Criminal Tribunals (s.f.(a)). *Archives*. Recuperado de: <https://www.irmct.org/en/archives>.
- International Residual Mechanism for Criminal Tribunals (s.f.(b)). *Unified Court Records*. Recuperado de: <https://ucr.irmct.org/>.
- International Residual Mechanism for Criminal Tribunals (s.f.(c)). *Judicial Records and Archives Database*. Recuperado de: <https://jrad.irmct.org/>.
- Jara Román, S. (2020). *Histórico. Procesan a tres militares en retiro que participaron en la quema de microfilms de la dictadura*. 7 de febrero de 2020. Recuperado de: <https://www.eldesconcerto.cl/2020/02/07/histori>

- co-procesan-a-tres-militares-en-retiro-que-participaron-en-la-quema-de-microfilms-de-la-dictadura.
- Joinet, L. (1997). *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de las violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la subcomisión*. Doc. Núm. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1). Recuperado de: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1>.
- Orentlicher, D. (2005). *Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Adición: conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. (E/CN.4/2005/102/Add.1). Recuperado de: <https://undocs.org/es/E/CN.4/2005/102/Add.1>
- Organización de Naciones Unidas (1998). *Acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*. UN. Doc. A/CON.183.10). Recuperado de: <https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/finalfra.htm>
- Organización Naciones Unidas (2002). *Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional*. Recuperado de: [https://www.un.org/spanish/law/icc/apic/apic\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/apic/apic(s).pdf)
- Organización de Naciones Unidas (2006). *Convención Internacional para la Protección contra la Desaparición Forzada*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx>.
- Organización de Naciones Unidas (s.f.(a)). *Día internacional del derecho a la verdad en relación con violaciones graves de los derechos humanos y la dignidad de las víctimas, 24 de marzo*. Recuperado de: <https://www.un.org/es/observances/right-to-truth-day>.
- Organización de las Naciones Unidas (s.f.(b)). *Día internacional del acceso universal a la información, 28 de septiembre*. Recuperado de: <https://www.un.org/es/observances/information-access-day>.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (2010). *Proclamación del 24 de marzo como día internacional del derecho a la verdad en relación con las violaciones graves de los derechos humanos y de la dignidad de las víctimas*. Doc. Núm. A/RES/65/196. Recuperado de: <https://undocs.org/es/A/RES/65/196>.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (2013). *Resolución sobre el derecho a la verdad*. Doc. Núm. A/RES/68/165. Recuperada de: <https://undocs.org/es/A/RES/68/165>.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (2019). *Proclamación del 28 de septiembre [como el] día internacional del acceso universal*

- a la información*. Doc. Num. A/RES/74/5. Recuperado de: <https://undocs.org/es/A/RES/74/5>.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos (2009). *Resolución 12/12 sobre el derecho a la verdad*. Doc. Núm. A/HRC/RES/12/12). Recuperado de: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/RES/12/12>.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos (2010). *Resolución 14/7. Proclamación del 24 de marzo como día internacional del derecho a la verdad en relación con violaciones graves de los derechos humanos de la dignidad de las víctimas*. Doc. Núm. A/HRC/RES/14/7. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/145/79/PDF/G1014579.pdf?OpenElement>.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos (2014). *Informe del grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias. Adición. Misión a España*. Doc. Núm. A/HRC/27/49/Add.1. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/072/70/PDF/G1407270.pdf?OpenElement>.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2009). *Informe del Secretario General sobre los aspectos administrativos y presupuestarios de las distintas ubicaciones posibles de los archivos del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y de la sede del mecanismo o mecanismos residuales de los Tribunales*. Doc Núm. S/2009/258. Recuperado de: <https://undocs.org/es/S/2009/258>.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2011). *El estado de derecho y justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General*. Doc. Num. S/2011/634. Recuperado de: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/2011/634>.
- Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006). *Estudio sobre el derecho a la verdad*. Doc. Núm. E/CN.4/2006/91). Recuperado por: <https://undocs.org/es/E/CN.4/2006/91>.
- Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009). *El derecho a la verdad*. Doc. Núm. A/HRC/12/19). Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7967.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2015). *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Archivos*. Doc. Núm. HR/PUB/14/4/. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_PUB_14_4_Archives_sp.pdf.

- Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2018). *Michelle Bachelet Jeria*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/aboutus/pages/highcommissioner.aspx>.
- Organización de las Naciones Unidas. Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura (1954). *Convención para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado*. Recuperado de: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637%26URL_DO=DO_TOPIC%26URL_SECTION=201.html
- Organización de las Naciones Unidas. Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2003). *Declaración de la UNESCO relativa la destrucción intencional del patrimonio cultural*. Recuperado de: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17718&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Organización de las Naciones Unidas. Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura (2021). *Director-General Condemns Murder of Commentator and Columnist Lokman Slim in Lebanon*. Recuperado de: <https://en.unesco.org/news/director-general-condemns-murder-commentator-and-columnist-lokman-slim-lebanon>
- Organización de las Naciones Unidas. Secretario General (2012). *International Criminal Tribunals: Information Sensitivity, Classification, Handling and Access*. (ST/SGB/2012/3). Recuperado de: <https://undocs.org/en/ST/SGB/2012/3>.
- Salvioli, F. (2020). *Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional. Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*. Doc. Núm. A/HR/45/45.
- Shaheed, F. (2014). *Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights, Farida Shaheed Memorialization processe*. Doc. Núm. A/HRC/25/49. Recuperado de: <https://undocs.org/en/A/HRC/25/49>.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2009). *ICTY Court Records*. Recuperado de: <http://icr.icty.org/>.
- VV.AA. (2013). *Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información* (“principios de Tshwane”). Nueva York: Open Society Foundation. [https://www.justiceinitiative.org/uploads/eecb593a-d6f8-4dfa-b3cd-0d3f671a626c/tshwane-espanol-10302014%20\(1\).pdf](https://www.justiceinitiative.org/uploads/eecb593a-d6f8-4dfa-b3cd-0d3f671a626c/tshwane-espanol-10302014%20(1).pdf).

II.2. APROXIMACIONES NO POSITIVISTAS

Capítulo 4

LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN RACIONAL*

María Paula López Velásquez
María José Vargas Rodríguez
Juan Nicolás Garzón Acosta

1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene como objetivo el estudio de la función de la CPI desde un AED, enfocado específicamente en TER. Una vez desarrollada la perspectiva teórica desde la que se construye este capítulo, se utilizará una racionalidad de naturaleza económica para abordar las siguientes cuestiones: (i) la configuración de la función de la CPI dirigida a preservar los BPG de esfuerzo agregado previstos en el preámbulo del ECPI; (ii) el riesgo de Estados polizones (*free riders*) en el cumplimiento de la función de la CPI, con particular atención al desarrollo de este fenómeno en el marco del sistema de reparaciones a través del FFV; y, (iii) la disuasión como aspecto central de la función preventiva de la CPI.

* El presente capítulo hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos). Los coautores agradecen de manera especial al profesor Héctor Olasolo por su constante apoyo e indispensables recomendaciones en la realización de este capítulo.

Al analizar estas cuestiones desde la lógica de la TER, se observa cómo instituciones netamente jurídicas, como la CPI, comparten aspectos de naturaleza económica, que se reflejan con mayor nitidez cuando se aborda el estudio de su función desde la perspectiva de los intereses que informan las decisiones racionales que adoptan los actores que operan en las mismas.

2. PERSPECTIVA DE ANÁLISIS

2.1. *El análisis económico del derecho*

El AED permite una aproximación desde la teoría económica al análisis del derecho. Su principal objetivo es explicar tanto el comportamiento de los participantes en el sistema jurídico como la estructura institucional, procesal y doctrinal del sistema (Posner, 2002: 39). Con ello se pueden identificar las consecuencias no deseadas del derecho vigente para poder plantear reformas al mismo (Posner, 2002: 39).

El método de AED consiste en “trazar las consecuencias que se derivan de asumir que las personas son más o menos racionales en sus interacciones sociales” (Posner, 2002: 39). De esta manera, el AED permite describir cómo, en los escenarios jurídicos, ciertos actores toman decisiones basadas en intereses que van más allá de la racionalidad jurídica, teniendo también en consideración sus posibles resultados económicos. Con ello se amplía el horizonte de análisis del DI mediante la aplicación de conceptos económicos básicos, como la eficiencia o la equidad, que buscan explicar la racionalidad en la toma de las decisiones objeto de análisis.

En este contexto, el AED promueve el estudio práctico de los escenarios que llevan a los actores a tomar decisiones basadas en sus intereses. Es así como Bentham, a quien Kaplow (1999) y Shavell (2004) le atribuyen el inicio de este tipo de análisis, estudia cómo se comportarían distintos actores si se les ofrecen incentivos jurídicos, que les pueden generar un resultado favorable en términos de utilidades.

Como la perspectiva inicial de Bentham resulta limitada, exige un análisis empírico caso por caso y no tiene en cuenta que, a pesar de su relevancia, los incentivos son sólo uno de los posibles factores económicos que se deben considerar en un hecho jurídico (Kaplow,

1999)¹, se han propuesto nuevas interpretaciones para un desarrollo más amplio del AED. Una de ellas es la elaborada sobre la premisa de la idea de *laissez-faire* por Coase (1960), quien afirma que se necesita la reducción del bienestar de alguna de las partes involucradas para que, al obrar todos los actores según su propio interés, el mercado sea eficiente. Otra es la propuesta por Posner en torno al concepto de distribución de costos, lo que implica la aplicación de ciertas leyes en la toma de decisiones (Hermann, 1974).

A pesar de que al tomar decisiones racionales existen muchas variables que se entrelazan de acuerdo con la maximización de la eficiencia que se busca obtener, lo que hace que el AED presente múltiples variantes dependiendo de donde se pone el énfasis en la interpretación, la lógica que subyace a todas ellas es reflejar cómo los actores que toman decisiones jurídicas basan también las mismas en factores de carácter económico (Doménech Pascual, 2019). En consecuencia, para el AED, justicia y eficiencia son dos conceptos afines porque sólo puede hablarse de justicia cuando las leyes promulgadas son eficientes debido a que su aplicación no genera costos innecesarios a los actores cuyo comportamiento regula.

El AED aplica este mismo concepto de justicia en el ámbito del DI, de modo que las normas vinculantes para los actores que operan en el mismo han de ser eficientes como consecuencia de que materializan sus propios intereses. Como resultado, la capacidad del DI está limitada por los intereses de los Estados y la distribución del poder entre los mismos, lo que impide obligarles a cumplir algo contrario a sus intereses (Goldsmith y Posner, 2005: 13).

2.2. La teoría de la elección racional

Con el ánimo de centrar nuestro estudio en la toma de decisiones por parte de los actores que operan en las instituciones del DIP, y en particular en la CPI, nos enfocamos en las teorías explicativas del AED que cuentan con marcos de análisis que permiten comprender

¹ Por ejemplo, quien comete un crimen puede considerar las implicaciones o incentivos económicos que puedan presentarse una vez cometido el acto, como la cuantía de la compensación económica que podría tener que entregar a la víctima (Kaplow, 1999).

los costos y beneficios que los actores ponderan al definir sus rutas de acción. Entre ellas destaca la TER, que es considerada como la piedra angular en la expansión del AED a comportamientos ajenos al mercado (Posner, 2002: 39; Van Aaken, 2015). De esta manera, la TER ha encontrado espacio para su desarrollo en contextos tan variados como el derecho, la ciencia política y las RI, estando, en este último caso, profundamente ligada a las corrientes dominantes del liberalismo y del realismo, que buscan explicar las condiciones bajo las cuales los Estados procuran actuar en función del interés propio u optan por alternativas conducentes al establecimiento de reglas de juego colectivas, que toman formas institucionales a través de las OI donde colaboran o cooperan entre sí.

Según Lovett (2006), la TER no corresponde a un cuerpo unificado de postulados sobre el comportamiento de los actores, sino que se sustenta en la idea fundamental de que los agentes económicos seleccionan de forma deliberada cursos de acción que buscan maximizar sus propios beneficios. De manera que el propósito de esta herramienta es “mostrar que ciertos fenómenos sociales pueden explicarse con referencia a su utilidad para resolver problemas derivados de la búsqueda general del interés propio” (Lovett, 2006: 238). Esto supone que los agentes, a la luz de las restricciones con las que operan, construyen su racionalidad a partir de la maximización de sus utilidades, procurando reducir las pérdidas a una expresión mínima. En consecuencia, cualquier acción contraria a esta lógica es considerada como irracional. Además, si bien la toma de decisiones está orientada a servir de la manera más eficiente posible a los intereses individuales, en muchas ocasiones estas decisiones son tomadas en entornos (nacionales o internacionales) competitivos, que permiten, a su vez, limitar los efectos potencialmente destructivos que puede tener el interés propio sobre los demás (O’Brien & Williams, 2013).

La TER subraya la importancia de la información como pilar sobre el cual se definen escenarios y se seleccionan los cursos de acción óptimos. Así, la posibilidad de contar con una “racionalidad global” se torna imposible, por lo que debe ser sustituida por una “racionalidad limitada” que resulte “más compatible con la posibilidad del acceso a la información y las capacidades de cálculo que poseen realmente los organismos, incluido el hombre, en los tipos de entornos en los que dichos organismos existen” (Simon, 1965: 99). En otras palabras, en

la práctica sólo es posible tener en cuenta una cantidad limitada de aspectos cuando se toman decisiones en un momento determinado, de manera que las acciones racionales son siempre adoptadas dentro de un marco específico que debe ser considerado.

En este sentido, Simon (1965) considera que, si bien los modelos de elección racional suelen estar contruidos sobre la base de que todas las alternativas son evaluadas antes de tomar las decisiones, una perspectiva más aterrizada a la realidad es partir del hecho de que las opciones se deben examinar de forma secuencial, atendiendo a la idea de que quienes toman las decisiones no están obsesionados con la búsqueda de soluciones óptimas, sino más bien “satisfactorias”. Por ende, la persecución de una estrategia maximizadora no es el común denominador de los tomadores de decisiones, quienes con frecuencia sustituyen lo óptimo por lo posible o lo alcanzable. Un ejemplo de esta situación es el pragmatismo en la toma de decisiones por la CPI, que al ver que su presupuesto y la cooperación recibida de los Estados parte en las situaciones bajo investigación no son suficientes, trata de utilizar a las víctimas como insumo probatorio (Vasiliev, 2015).

En principio esta idea puede resultar simple, pero se complejiza si nos situamos en un escenario en el que los patrones de racionalidad individual chocan con los patrones de racionalidad colectiva, tal y como ocurre en el denominado “dilema del prisionero”. En este juego clásico, se enfrenta una racionalidad individual, que indica que cada actor debe seguir el interés que le resulte más ventajoso, con una racionalidad colectiva que revela lo provechosa que podría resultar la cooperación en la satisfacción de los intereses mutuos (Cohn, 2012).

La TER procura de esta manera modelar algunos aspectos del comportamiento social a partir de simplificaciones de los aspectos más complejos de los fenómenos que se pretenden explicar, como el comportamiento de los agentes en un contexto particular o la relación entre dos o más variables (Simon, 1965). No obstante, no se debe perder de vista el hecho de que la complejidad de los fenómenos sociales es tal, que resultaría irreal pretender encontrar marcos explicativos que den cuenta de dichos fenómenos de forma casi perfecta, entre otras razones porque de llegar a lograrlo el modelo perdería en sí mismo su utilidad.

Así las cosas y teniendo en cuenta que los Estados son la unidad de análisis en el presente capítulo, es importante subrayar que, según la TER, las prácticas cooperativas e institucionalizadas entre los Estados encuentran con frecuencia obstáculos que no favorecen su desarrollo. A este respecto, Keohane (1984) ha procurado explicar las motivaciones bajo las cuales los Estados se sienten más o menos inclinados a cooperar o a establecer reglas colectivas, encontrando que la incertidumbre o la falta de información constituye un problema central en la consecución de compromisos, e incluso puede impulsar a los Estados a retirarse de acuerdos ya materializados.

Esto ha motivado el desarrollo progresivo de mecanismos, como los regímenes internacionales², que permiten a los Estados obtener mayor información de forma menos costosa. Lo anterior, en tanto que la incertidumbre se maximiza en contextos en los que los agentes están limitados por la falta de información para la toma de decisiones, o perciben grandes asimetrías en la información, lo que, a su vez, puede conducirlos a mostrarse reacios a cooperar por miedo a la traición o incluso a actuar de manera agresiva (Stephan Haggard & Beth A. Simmons, 1987).

Desde la TER se sostiene que los Estados se comportan racionalmente cuando identifican cuáles son sus intereses y actúan de conformidad con los mismos (Rao, 2011), lo que a su vez significa que sólo cumplen con el DI cuando es en su interés particular (Goldsmith y Posner, 2005). En este sentido, Goldsmith y Posner (2005: 10) subrayan que el Estado es un actor unitario que puede formular objetivos e intereses y trabajar para reformularlos a través del DI (Rao, 2011). Por ende, una adecuada aproximación al DI no ha de asumir que los Estados tienen una preferencia por cumplir con sus obligaciones jurídico-internacionales, sino que ha de explicar por qué los Estados deciden cumplir con las mismas (Goldsmith y Posner, 2005: 10).

En cuanto a las OI, como la CPI, estas, según Rudolph (2017), son una manifestación del poder, y no solamente un producto de su

² Un régimen internacional se define como “un conjunto de principios explícitos o implícitos, normas, reglas, procedimientos de toma de decisión, que gobiernan áreas temáticas particulares y en torno a las cuales convergen las expectativas de los actores en una determinada área de las relaciones internacionales” (Krasner S. D., 1982:186).

ejercicio. Por ello, los intereses de los Estados parte del ECPI, e incluso de los Estados no parte, se reflejan en el diseño institucional y en las actividades que los diferentes órganos de la CPI realizan para cumplir con los fines recogidos en el preámbulo del ECPI (González-Ruiz & Mijares, 2020: 409).

3. LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DESDE LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN RACIONAL

3.1. La preservación de bienes públicos globales de esfuerzo agregado como función de la Corte Penal Internacional

Las OI tienen con frecuencia como función proveer BPG. Los BPG son un grupo de bienes que cuentan con dos características esenciales: la no rivalidad y la no exclusión (Samuelson, 1954). La primera consiste en que el disfrute del bien público por parte de un agente no afecta a los niveles de disfrute por parte de otros agentes. La segunda se refiere a aquella situación en la que no es posible evitar que un agente pueda disfrutar del bien público sin asumir costos.

Según la TER, la función de la CPI es preservar ciertos BPG en cuanto que los bienes jurídicos protegidos por los crímenes recogidos en el ECPI tienen esta naturaleza (Van Aaken, 2015). Así, el preámbulo del ECPI establece que los Estados parte reconocen que los crímenes previstos en el ECPI “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”. En consecuencia, Olaso & Galain (2018) consideran que los principales bienes jurídicos colectivos protegidos por los crímenes de agresión, genocidio, lesa humanidad y guerra son la paz y la seguridad internacional, a cuya preservación se dirige no solo la función de la CPI, sino también la ONU, tal y como se establece en el art. 1(1) de la Carta de San Francisco (Triffterer & Ambos, 2016).

Galand (2017) califica como BPG la lucha contra la impunidad y la idea subyacente de la rendición de cuentas por la comisión de los crímenes previstos en el ECPI. El fundamento de su argumento no se limita a la lucha contra la impunidad de los Estados parte de la CPI (tal y como se recoge en el preámbulo del ECPI), sino, en un sentido

amplio, se extiende a cómo la lucha contra la impunidad responde a valores que son de interés para todos los Estados (independientemente de factores fronterizos, poblacionales o generacionales) (Nollkaemper, 2012: 776), y que por regla general se satisfacen en favor de todos (Albin, 2003: 367).

De este modo, todos los Estados se benefician de la lucha contra la impunidad y la rendición de cuentas por la comisión de los crímenes recogidos en el ECPI (Galand, 2017: 163), lo que se corresponde además con su consideración como bienes públicos no rivales y no excluyentes, cuya titularidad se predica de la “humanidad”. En consonancia con lo anterior, el preámbulo del ECPI parte de la premisa de que para la materialización de la función de la CPI es necesaria la cooperación de todos los Estados. De esta forma, la paz y la seguridad internacionales, y su preservación mediante la lucha contra la impunidad de quienes incurren en los crímenes previstos en el ECPI, si bien constituyen BPG, no se encuentran en la categoría de BPG “relativos al mejor esfuerzo individual”, según la clasificación de Barret (2007), porque para su consecución no basta con el esfuerzo de un único actor, aunque sea tan relevante como el CSNU (de lo contrario, la creación de la CPI no tendría ninguna razón de ser).

Tabla 1. CATEGORÍAS DE BPG PROPUESTAS POR BARRET (2007)

Categoría de BPG	De qué depende el suministro del BPG	Necesidad de cooperación internacional y de financiación conjunta	Mecanismos internacionales para la provisión del BPG
Mejor esfuerzo individual	Del mejor esfuerzo individual (unilateral o colectivo) de un único actor que aplica su <i>best shot</i> para proveer un BPG que beneficie al resto de la comunidad internacional. Tal es el caso del mantenimiento de la paz (<i>peacekeeping</i>).	La cooperación internacional es necesaria para definir cuál el <i>best shot</i> y adjudicar los gastos a un Estado o grupo de Estados. La financiación conjunta es necesaria siempre y cuando el BPG sea suministrado por un esfuerzo colectivo.	Por medio de tratados internacionales o de OI.

Categoría de BPG	De qué depende el suministro del BPG	Necesidad de cooperación internacional y de financiación conjunta	Mecanismos internacionales para la provisión del BPG
Esfuerzo agregado	Del esfuerzo total de todos los Estados de la comunidad internacional en su conjunto. Por ejemplo, las medidas de mitigación por el cambio climático.	La cooperación internacional y la financiación conjunta son necesarias, según el caso en concreto.	Por medio de tratados internacionales.
Esfuerzo del eslabón más débil	De la comunidad internacional, pero particularmente del esfuerzo del eslabón más débil, es decir el Estado (o grupo de Estados) más débil. Tal es el caso de la erradicación global de enfermedades.	La cooperación internacional y la financiación conjunta son necesarias y se materializan en la ayuda a los Estados más débiles.	Por medio de resoluciones del CSNU o de la Asamblea Mundial de la Salud. También se incluye la costumbre internacional.
Restricción mutua	De la inacción de los Estados. Por ejemplo, la no proliferación de armas nucleares.	Ni cooperación internacional ni la financiación conjunta son necesarias, teniendo en cuenta la esencia misma de esta clase de BPG.	Por medio de tratados internacionales o de la costumbre internacional.
Coordinación	De que los Estados actúen de la misma manera. Esto se ve representado en el establecimiento de estándares internacionales de medición del tiempo.	La cooperación internacional es necesaria para alcanzar un consenso sobre cuál es el estándar internacional. Sin embargo, la financiación conjunta es innecesaria.	Por medio de resoluciones no vinculantes y, en algunos casos, tratados internacionales.

Lo anterior no significa, sin embargo, que para preservar efectivamente los BPG que son objeto de la función de la CPI se necesite de la suma de las contribuciones de todos los Estados parte en igual proporción (Kaul *et al.*, 1999; Galand, 2017). Además, tampoco es cierto que no haya contribuciones esenciales, ni que teóricamente las contribuciones de los actores puedan ser sustituibles entre sí, de manera

que, en la práctica, no sea relevante qué actor realiza la contribución (Kaul *et al.*, 1999; Galand, 2017).

Así mismo, si tenemos en cuenta que la premisa central de la tercera categoría de BPG es que algunos bienes solo pueden ser preservados si hay cooperación de todos los Estados y que si algún Estado no coopera se pierde el esfuerzo del resto de actores (Barret, 2007: 47), los BPG del ECPI no pueden tampoco calificarse como BPG de “esfuerzo del eslabón más débil”. A esta conclusión se llega porque, junto con la existencia de actores que son esenciales para su preservación, la investigación y enjuiciamiento de los más altos representantes de ciertos Estados significa (como se ha podido observar, en particular, con los casos derivados de la situación en Kenia) que siempre habrá algunos Estados afectados por las actuaciones de la CPI, que, ya sea por la falta de incentivos (en términos del ECPI, “falta de disposición”) (Olasolo, 2012: 11-13) o por su falta de capacidad como resultado de su condición de “Estados fallidos” (Cervera, 2014)³, no van a contribuir a la protección de los BPG objeto de la función de la CPI.

Por último, es claro que la preservación de los BPG reconocidos en el preámbulo del ECPI requiere de acciones (específicamente, “investigar, juzgar y sancionar”) que, por definición, son contrarias a la esencia de los BPG de restricción mutua. Además, en lo que respecta a los BPG de coordinación es importante aclarar que los Estados parte de la CPI hacen parte de diferentes sistemas jurídicos y, por ende, no hay un estándar sobre la medición de la justicia. Si bien, el ECPI introduce criterios para fijar algunos estándares (por ejemplo, la “gravedad del crimen”) esto no implica que se requiera un esfuerzo coordinado de todos los Estados sobre la base de estándares globales de medición.

En consecuencia, con base en la clasificación de Barret (2007), solo nos queda abierta la categoría de BPG de “esfuerzo agregado” para calificar los BPG recogidos en el ECPI, a cuya preservación se dirige primordialmente la función de la CPI. En este sentido, conviene recordar que, a la necesidad de un esfuerzo agregado por los Estados parte de la CPI para lograr su protección, hay que sumar el hecho de

³ Vid. por ejemplo la situación de la RDC.

que no todas las contribuciones tienen la misma relevancia, siendo de particular importancia las contribuciones de los dos Estados parte del ECPI que son también miembros permanentes del CSNU.

Esto se debe a que, a pesar de la independencia teórica de la CPI frente al CSNU, este último tiene funciones muy relevantes en la actividad de investigación, enjuiciamiento y sanción de la CPI. Así, según el art. 13(b) del ECPI, el CSNU puede solicitar a la Fiscalía de la CPI que inicie la investigación de situaciones en las que hayan tenido lugar crímenes previstos en el ECPI después del 1 de julio de 2002, incluso si estos ocurrieron en el territorio de Estados no parte y fueron cometidos por nacionales de estos Estados. Además, conforme al art. 16 del ECPI, el CSNU puede solicitar también a la Fiscalía que no inicie, o que suspenda una investigación o enjuiciamiento en curso por un plazo renovable de doce meses. A esto hay que unir que, según el art. 115 del ECPI, una de las fuentes con las que la CPI se financia es mediante los fondos procedentes de la ONU, y en particular “respecto de los gastos efectuados en relación con cuestiones remitidas por el Consejo de Seguridad”.

Ahora bien, aunque las actuaciones del CSNU tengan particular relevancia frente al actuar de la CPI, el cumplimiento cotidiano por la CPI de su función depende de la suma de contribuciones de los Estados parte, ya que son estos quienes brindan los principales aportes en materia de detención y entrega de los sospechosos, cooperación y auxilio judicial para la obtención de los elementos de prueba y el pago de las cuotas presupuestarias para su sostenimiento financiero (Oosterveld, 2001). Así mismo, son los Estados parte quienes con la ratificación del ECPI legitiman que la función de la CPI sea la preservación de los BPG previstos en el preámbulo del ECPI.

Si a esto unimos la constatación de que algunos de los Estados más débiles no realizan aportaciones para su protección (en particular, aquellos cuyos más altos representantes son objeto de investigación y enjuiciamiento por la CPI), no se puede sino concluir que la paz y la seguridad internacionales (materializadas en la lucha contra la impunidad y en la idea subyacente de la rendición de cuentas por la comisión de crímenes internacionales) pertenecen a la categoría de BPG de “esfuerzo agregado”.

3.2. *Los Estados polizones en el cumplimiento de la función de la Corte Penal Internacional: particular atención al sistema de reparaciones a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas*

El hecho de considerar a los BPG del ECPI como BPG de “esfuerzo agregado” tiene como consecuencia la aparición del problema de los Estados polizones (Nordhaus, 2006). Para Vidal (2008) el concepto de “polizón” se refiere a los transgresores que estiman tener la capacidad de eludir multas o castigos cuando incumplen con la cooperación estimada para todos los actores en un escenario específico. De esta manera, los polizones resultan beneficiados por los resultados obtenidos por medio de quienes sí cooperan.

En el ámbito jurídico, el concepto de polizón es también aplicable porque, si bien la TER es una teoría que se aplica a escenarios mercantiles, brinda también criterios coherentes de toma de decisiones en escenarios no mercantiles. En este sentido, Ulen (1994) plantea que la relación directa entre economía y derecho ofrece la posibilidad de analizar las decisiones judiciales como sujetos de mercado. Así, para este autor, “[l]as decisiones jurídicas crean precios implícitos en diferentes comportamientos y los tomadores de decisiones conforman su comportamiento a esos precios de la misma manera que conforman su comportamiento de mercado a los precios relativos”. En otras palabras, los actores toman decisiones basadas en los efectos o “precios” de las mismas; razonamiento que hace también el polizón cuando decide no cumplir porque el costo no excede el beneficio del incumplimiento.

El concepto de polizón puede extrapolarse también al ámbito jurídico del ECPI, y en particular al proceso de reparación de las víctimas de los crímenes previstos en el ECPI. Este proceso es uno de los elementos distintivos de la CPI al no haber existido en los tribunales internacionales penales que la precedieron (Vasiliev, 2015), y tiene como requisito *sine qua non* para su desarrollo la emisión de una condena en el proceso penal ante la CPI, lo que hasta el momento sólo ha sucedido con carácter firme en tres casos (Lubanga, Katanga, Al Mahdi).

Las modalidades de reparación están descritas de manera no exhaustiva en el art. 75 ECPI donde se habla de restitución, indem-

nización y rehabilitación. Según la SPI VIII en el caso Al-Madhi, se entiende por indemnización, “[e]l dinero, otorgado a una o más víctimas en el reconocimiento del daño que sufrieron”, mientras que la rehabilitación consiste en “[r]estaurar a las víctimas y sus comunidades a la condición anterior, lo cual puede incluir, por ejemplo, el desarrollo económico o los servicios sociales, médicos o legales”. Aunado a esto, la Sala ha afirmado que “las reparaciones pueden ser también de carácter simbólico” (CPI, Al Mahdi, 17/08/2017: 46-49). Además, conforme a lo establecido en el caso Lubanga, la determinación de las medidas concretas de reparación en un caso ha de realizarse buscando “un justo equilibrio entre los derechos e intereses divergentes de las víctimas, por un lado, y los del condenado, por otro” (CPI, Lubanga, 3/3/2015: 34).

A pesar de que este marco jurídico parece bastante completo y potencialmente fácil de aplicar, la CPI no ha podido aplicarlo hasta el momento de forma armónica. Además, ante la imposibilidad de obtener pagos de los acusados que se han declarado insolventes, el FFV ha tenido que responder de la siguiente manera a las medidas de reparación ordenadas por las Salas de la CPI hasta el momento: (i) en el caso Lubanga, el FFV ha aportado una suma de 3.2 millones de euros con la misión de “complementar” la reparación; (ii) en el caso Katanga, la SPI II ordenó la entrega de una suma de 250 USD a cada una de las 297 víctimas, para cuya ejecución la Junta Directiva del FFV ha aprobado la disposición de 1 millón de dólares; y, (iii) en el caso de Al Mahdi, la SPI VIII solicitó al FFV que asumiera el coste de las reparaciones estimada en 2.7 millones de euros, razón por la cual el FFV dispuso de 1.350.000 euros en el 2018 y actualmente se encuentra a la espera de poder reunir la suma restante⁴.

La situación que acabamos de describir es posible porque, según el art. 79 del ECPI, las medidas de reparación ordenadas por las SPI de la CPI son ejecutadas por el FFV, lo que en última instancia significa que es el Fondo el que termina asumiendo el coste de las medidas de reparación cuando los condenados se declaran insolventes. Además,

⁴ Vid. a este respecto: <https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/Trust%20Fund%20for%20Victims-%20Overview%20of%20Activities%20ENG.pdf>

es particularmente importante resaltar que el dinero para el pago por el Fondo de las medidas de reparación proviene de los aportes voluntarios de los Estados parte, las donaciones que hagan otros Estados, OI y la población civil, y las multas y confiscaciones ordenadas por la CPI (Resolution ICC-ASP/4/Res.3. Art. 21).

En este contexto, se puede evidenciar la existencia de dos tipos de actores polizones. Por un lado, aquellos Estados parte que, a pesar de no contribuir económicamente al Fondo, se benefician de que la CPI tenga un sistema único de reparaciones. Por otro lado, las personas condenadas que, al declararse en estado de insolvencia, activan la intervención del Fondo.

3.3. La disuasión de los posibles máximos responsables de los crímenes previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Como última cuestión a abordar en el análisis de la función de la CPI desde la TER se encuentra la disuasión de quienes potencialmente pudieran incurrir en nuevos crímenes previstos en el ECPI.

Una revisión de la literatura sobre la TER y el DP conduce ineludiblemente al trabajo de Becker, quien es considerado el precursor de la economía sobre el crimen. Este autor, que representa para muchos una versión extrema de la TER, entiende que el comportamiento puede ser microeconómicamente modelado porque el delito se manifiesta como la mejor “elección” posible dentro de un rango de opciones y restricciones (Becker, 1968).

Becker no solo se enfoca en analizar el comportamiento criminal a partir de la selección de las preferencias propias del delincuente, sino que su análisis se extiende al sistema jurídico en su conjunto. Reconoce que la observancia de la ley no puede darse por sentada y que, por tanto, es necesario destinar recursos públicos y privados para prevenir y atrapar a los delincuentes. Además, sostiene que las condenas no pueden considerarse castigos en sí mismos, y que varían en grado y por tipo de legislación. Con base en lo anterior, se pregunta: “¿Cuántos recursos y cuánta pena se deberían utilizar para hacer cumplir la ley? Puesto en términos equivalentes, aunque más inusuales, ¿cuántos

delitos deberían permitirse y cuántos delincuentes deberían quedar impunes?” (Becker, 1968: 2).

Este planteamiento implica la necesidad de determinar la cantidad óptima de aplicación de la ley, para lo cual es necesario tener en cuenta los siguientes factores: (i) el costo que tiene atrapar y procesar a los infractores; (ii) la probabilidad de que sean atrapados; y (iii) las características de la pena. Además, implica también considerar la idea de que la cantidad óptima de delitos no es necesariamente cero, dado que se debe encontrar un “equilibrio”, similar a los que se buscan en la microeconomía, en el que el costo marginal⁵ de cada medida preventiva o punitiva se iguale al ingreso marginal que obtiene el delincuente por actuar de manera ilícita (Becker, 1968).

Con base en lo anterior, Cronin-Furman (2013: 437) subraya que mientras el sistema penal fije unos costos suficientemente altos para quienes incurren en responsabilidad penal, entonces los potenciales responsables elegirán racionalmente no cometer los delitos. En este sentido, y tal y como se ha explicado con anterioridad, el preámbulo del ECPI establece que un aspecto central de la función de la CPI es “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”. De hecho, durante la negociación del ECPI, uno de los representantes de EE. UU resaltó que el respaldo de su país a la CPI estaba fundamentado, en gran medida, por el efecto disuasorio que eventualmente tendría este tribunal (Keeva, 1997: 22). Por ello, para Klabbers (2001), la prevención es quizás la principal razón que subyace a la creación de la CPI, al buscar el fin de la impunidad por medio de la imposición de penas, que tienen el propósito de disuadir.

Es evidente que la teoría de disuasión, plasmada en el ECPI, se basa en el concepto de actor racional (Kronin-Furman, 2013), porque su premisa principal es que un individuo comete un delito cuando la utilidad de este excede la utilidad que podría obtener en otras actividades en las que invierte sus recursos (Becker, 1968: 176). No obstan-

⁵ Sería equivalente al costo adicional que se le impone al delincuente, por ejemplo, en términos de gravedad de la pena por cometer un delito. Teniendo en consideración que el costo debe estar en relación con la naturaleza del delito, entendiendo que en la medida en que los delitos sean más graves el costo ha de ser mayor.

te, esta teoría se fundamenta en una presunción esencialista que aún no ha sido demostrada: que las personas penalmente responsables son actores racionales (Henham, 2005: 141). De hecho, algunos consideran que quienes son responsables de los crímenes más graves para la comunidad internacional son profundamente irracionales porque están motivados por la venganza, el radicalismo religioso o el odio étnico (Cronin-Furman, 2013: 439). En consecuencia, si quienes incurrir en este tipo de comportamientos son, por regla general, actores irracionales, entonces es poco probable que las penas establecidas en el ECPI cumplan una función disuasoria y los hagan actuar racionalmente (Minow, 1998: 50). Con todo, no se puede descartar que las decisiones de quienes incurrir en este tipo de crímenes internacionales, sobre todo en lo relativo a sus máximos responsables (superiores que se encuentran en los más alto de la estructura jerárquica de las instituciones estatales u organizaciones no estatales a las que pertenecen los autores materiales) puedan obedecer a una estrategia racional (Kalyvas, 1999; Waller: 2007; Cronin-Furman, 2013).

Como hemos visto, la certeza del castigo y la severidad de la pena son dos criterios centrales para determinar el coste del delito. Con respecto al segundo, el art. 77 del ECPI establece que la CPI puede imponer penas de reclusión por un “número determinado de años que no exceda de 30 años”, o incluso la reclusión a perpetuidad si así lo justifican la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. En consecuencia, para Kronin-Furman (2013), los castigos que la CPI puede imponer son menos estrictos que los que pueden imponer las jurisdicciones nacionales, lo que, en su opinión, no ayuda al cumplimiento por la CPI de su función preventivo-disuasoria.

La fuerza del efecto disuasorio de la CPI depende también del análisis racional de aquellos dirigentes (máximos responsables) que están pensando en promover la comisión por sus subordinados de las conductas que el ECPI considera punibles. Este tipo de análisis compara las posibilidades de ser investigados, juzgados y sancionados por la CPI con los beneficios que esperan obtener si siguen adelante con sus planes. Es por ello, que uno de los principales desafíos de la CPI es generar la percepción entre los potenciales máximos responsables de que existe una “probabilidad no despreciable” de ser sancionados (Cronin-Furman, 2013).

La necesidad de la acción colectiva de los Estados parte tiene un efecto negativo en la eficacia de la función preventivo-disuasoria de la CPI frente a los dirigentes que están pensado en promover los crímenes previstos en el ECPI, al dar la impresión de que existe un menor grado de certeza en cuanto a su posible investigación, enjuiciamiento y sanción por la CPI (Schense, Carter, & International Nuremberg Principles Academy, 2017). Esto se debe a que ciertos Estados parte pueden decidir minimizar su contribución a la CPI debido a que no tienen suficientes incentivos para contribuir o cooperar eficazmente con la misma.

A la luz de lo anterior, Cronin-Furman (2013) subraya que existen dos clases de potenciales máximos responsables de los crímenes recogidos en el ECPI. Por un lado, los dirigentes o comandantes, que ordenan cometer los crímenes (obteniendo así beneficios sustanciales por su comisión); y, por otro, los dirigentes o comandantes que omiten su deber de prevenir o sancionar a sus subordinados por su comisión. En consecuencia, son quienes pertenecen al primer grupo los que obtienen un mayor beneficio por la comisión de los crímenes, por lo que son los integrantes del segundo grupo los que están en disposición de realizar un análisis de costo-beneficio más equilibrado, y quienes, por tanto, representan un supuesto más probable de disuasión efectiva por la CPI (Kronin-Furman, 2013: 446).

Finalmente, conviene subrayar que el hecho de que las primeras órdenes de arresto (y las primeras condenas) de la CPI se hayan limitado a individuos que pertenecen a grupos armados organizados no estatales (a pesar de las numerosas alegaciones sobre la presunta comisión de crímenes previstos en el ECPI por funcionarios gubernamentales), ha generado un efecto negativo. Esto se debe a que los funcionarios estatales en la región del África Subsahariana han entendido que pueden *racionalmente* decidir promover este tipo de crímenes, porque la gran mayoría de los casos existentes ante la CPI les permiten descartar el coste del delito, es decir, el riesgo de ser investigados, enjuiciados y sancionados por la CPI (Kronin-Furman, 2013: 443).

4. CONCLUSIONES

El DI en general, y el DIP en particular, son susceptibles de ser analizados por medio de racionalidades de naturaleza económica (Kon-

torovich y Parisi, 2016). En este sentido, Jo & Simmons (2016), junto a los autores mencionados a lo largo del presente capítulo, abordan la función de la CPI desde una perspectiva que emplea las lógicas de la TER. Esta perspectiva se circunscribe a la toma de decisiones por actores que, como los Estados parte del ECPI, actúan racionalmente, y que, dependiendo de las circunstancias, pueden responder a escenarios de contribución a BPG y de fomento de la eficacia preventivo-disuasiva de la CPI, o convertirse en polizones.

De esta forma, el análisis de la función de la CPI a la luz del AED, y especialmente de la TER, permite examinar cómo la CPI puede maximizar tanto la contribución de los Estados parte a la preservación de la paz y la seguridad internacionales, como la disuasión de los comportamientos que más gravemente las menoscaban, mediante el fortalecimiento de la cooperación en la lucha contra su impunidad, la promoción de la rendición de cuentas y el incremento en la certeza del castigo para los máximos responsables. Además, considerando que los Estados y sus dirigentes son sujetos racionales que actúan conforme a un análisis de costo-beneficio, este tipo de análisis permite también a la CPI diseñar estrategias para tratar de minimizar el fenómeno de los Estados polizones.

REFERENCIAS

Doctrina

- Albin, C. (2003). "Negotiating International Cooperation: Global Public Goods and Fairness". *Review of International Studies*. Vol. 29(3). Pp. 365-385.
- Barrett, S. (2007). *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*. Oxford: Oxford University Press.
- Becker, G.S. (1968). "Crime and Punishment: An Economic Approach". En Fielding, N.G., Clarke, A. & Witt, R. (ed.). *The Economic Dimensions of Crime*. Londres: Palgrave Macmillan. Pp. 13-68.
- Bodansky, D. (2012). "What's in a Concept? Global Public Goods, International Law, and Legitimacy". *European Journal of International Law*. Vol. 23(3). Pp. 651-668.
- Cervera Vallterra, M. (2014). "El caso de la República Democrática del Congo: efectos perversos de la globalización en un estado fallido". *Anuario Español de Derecho Internacional*. Vol. 30. Pp. 87-138.

- Cohn, T.H. (2012). *Global Political Economy*. Boston: Pearson Longman.
- Cronin-Furman, K. (2013). "Managing Expectations: International Criminal Trials and the Prospects for Deterrence of Mass Atrocity". *International Journal of Transitional Justice*. Vol. 7(3). Pp. 434-454.
- Doménech Pascual, G. (2019). "Sobre el poder explicativo del análisis económico del derecho". *RACO. Revistes Catalanes amb Accés Obert*. Recuperado de: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/354515>.
- Galand, A.S. (2017). "A Global Public Goods Perspective on the Legitimacy of the International Criminal Court". *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*. Vol. 41. Pp. 1-62.
- Goldsmith, J.L. & Posner, E.A. (2005). *The Limits of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- González-Ruiz, C.D., & Mijares, V.M. (2020). "Los fuertes hacen lo que quieren: exponiendo los límites de la Corte Penal Internacional". *Revista de Direito Internacional*. Vol. 17(1). Pp. 406-416.
- Henham, R. (2005). *Punishment and Process in International Criminal Trials*. Farnham: Ashgate.
- Haggard, S. & Simmons, B.A. (1987). "Theories of International Regimes". *International Organization*. Vol. 41(3). Pp. 491-517.
- Jo, H. & Simmons, B.A. (2016). "Can the International Criminal Court Deter Atrocity?". *International Organization*. Vol. 70(3). Pp. 443-475. Doi: <https://doi.org/10.1017/S0020818316000114>
- Kalyvas, S. N. (1999). "Wanton and Senseless? The Logic of Massacres in Algeria". *Rationality and Society*. Vol. 11(3). Pp. 243-285.
- Kaul, I., Grunberg, I. & Stern, M. (ed.) (1999). *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. Nueva York: Oxford University Press.
- Keeva, S. (1997). "Global Justice Edges Closer". *American Bar Association Journal*. Vol. 83(11). Pp. 22-23.
- Klabbers, J. (2001). "Just Revenge? The Deterrence Argument in International Criminal law". *Finnish Yearbook of International Law*. Vol. 12(1). Pp. 249-267.
- Krasner, S.D. (1982). "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables". *International Organization*. Vol. 36(2). Pp. 185-205.
- Lovett, F. (2006). "Rational Choice Theory and Explanation". *Rationality and Society*. Vol. 18(2). Pp. 237-272.
- Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.
- Nordhaus, W.D. (2006). "Paul Samuelson and Global Public Goods". En Szenberg, M., Ramrattan, L. & Gottesman, A.A. (ed.), *Samuelsonian*

- Economics and the Twenty-First Century* (pp. 88-98). Oxford: Oxford University Press.
- Nollkaemper, A. (2012). "International Adjudication of Global Public Goods: The Intersection of Substance and Procedure". *European Journal of International Law*. Vol. 23(3). Pp. 769-791.
- O'Brien, R. & Williams, M. (2013). *Global Political Economy: Evolution and Dynamics*. Houndmills: Red Globe Press.
- Olasolo, H. (2012). "El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Vol. 24(2). Pp. 1-45.
- Olasolo, H. (2016). "Los fines del derecho internacional penal". En *International Law. Revista Colombiano de Derecho Internacional*. Vol. 14 (29). Pp. 93-146.
- Olasolo, H. & Galain, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal ante su encrucijada actual: atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Olson, M. (1971). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press.
- Oosterveld, V. (2001). "The Cooperation of States with the International Criminal Court". *Fordham International Law Journal*. Vol. 25(3). Pp. 767-839.
- Posner, R. (2002). "El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker". *THĒMIS - Revista de Derecho*. Vol. 44. Pp. 37-54.
- Rao, N. (2011). "Public Choice and International Law Compliance: The Executive Branch is a They, Not an It". *Minnesota Law Review*. Vol. 96(1). Pp. 194-277.
- Rudolph, C. (2017). *Power and Principle: The Politics of International Criminal Courts*. Londres: Cornell University Press.
- Samuelson, P.A. (1954). "The Pure Theory of Public Expenditure". *The Review of Economics and Statistics*. Vol. 36(4). Pp. 387 et seq.
- Schense, J., Carter, L.E., & International Nuremberg Principles Academy (ed.) (2017). *Two Steps Forward, One Step Back: The Deterrent Effect of International Criminal Tribunals*. Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Simon, H.A. (1955). "A Behavioural Model of Rational Choice". *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 69(1). Pp. 99 et seq. Doi: <https://doi.org/10.2307/1884852>

- Triffterer, O. & Ambos, K. (ed.) (2016). *The Rome Statute of the International Criminal Court A Commentary*, Munich: C.H. Beck, Hart & Nomos.
- Ulen, T.S. (1994). “La teoría de la elección racional en derecho y economía”. En *Encyclopedia of Law and Economics*. Pp. 790-818.
- Van Aaken, A. (2012). “Rational Choice Theory”. *Oxford Bibliographies Online*. Vol. 2012(1). Pp. 1 *et seq.* Doi: 10.1093/obo/9780199796953-0051.
- Vasiliev, S. (2015). “Victim Participation Revisited: What the ICC is Learning about Itself”. En Stahn, C. (ed.). *The Law and Practice of International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press.
- Vidal de la Rosa, G. (2008). “La teoría de la elección racional en las ciencias sociales”. *Sociológica*. Vol. 23(67). Pp. 221-236.
- Waller, J.E. (2007). *Becoming Evil: How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*. Oxford: Oxford University Press.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

- CPI. [Sala de Primera Instancia VIII]. The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, *Reparations Order*, Doc. Núm. ICC-01/12-01/15. 17 de agosto de 2017. Citado como: CPI, Al Mahdi, 17/08/2017
- CPI. [Sala de Apelaciones] The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *Order for Reparations*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA. 3 de marzo de 2015. Citado como: CPI, Lubanga, 3/3/2015.

Capítulo 5

LA PERSPECTIVA DE LA GOBERNANZA GLOBAL

Salvador Cuenca Curbelo
Rita Lages

1. INTRODUCCIÓN

El propósito del capítulo es analizar la función de la CPI desde la perspectiva de la gobernanza global. Se examinará, en particular, el alcance y el papel jugado por la CPI en el sistema de gobernanza global a través del impacto de sus actuaciones y las relaciones que ha mantenido con otros actores de dicha gobernanza.

Para ello, se hará una aproximación teórica al concepto de gobernanza global, con particular atención al papel que las OI juegan en ella (epígrafe 2), para después analizar el concepto de justicia que guía dicha gobernanza (epígrafe 3). La CPI acoge la idea y hace parte del proceso de gobernanza global, por lo que también se hará un examen de, por un lado, las capacidades y el potencial de la CPI para jugar un papel relevante en ella, y, por otro, las debilidades y fortalezas de las actuaciones de la CPI en sus casi 20 años de existencia (epígrafe 4). Quedan, por consiguiente, fuera del análisis del capítulo elementos como la estructura, los procesos de toma de decisiones y los procedimientos de gobernanza internos de la propia organización.

2. APROXIMACIÓN TEÓRICA A LA GOBERNANZA GLOBAL: PARTICULAR ATENCIÓN AL PAPEL DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN LA GOBERNANZA GLOBAL

2.1. Gobernanza global: definición, fundamento y elementos de un concepto en permanente discusión

Aunque el concepto de “gobernanza global” ocupa un lugar destacado y es de uso extendido en las ciencias sociales (Levi-Faur, 2012:

5-6), se caracteriza por su vaguedad conceptual y flexibilidad interpretativa (Cepiku, 2006: 1). Sus distintas definiciones resaltan el fenómeno de pérdida del monopolio estatal (o, en palabras de Betts (2011: 5), del alejamiento de los Estados-nación) en el proceso de toma de decisiones y la formulación de políticas públicas. Esto principalmente viene motivado por la aparición de otros actores transnacionales emergentes que comparten con los Estados, e incluso les disputan, el poder normativo y regulatorio y que llegan a limitar o modelar su comportamiento mediante sus acciones o capacidad de influencia.

En 1995, la CGC, creada en 1992 bajo el auspicio del entonces SGNU, Boutros Boutros-Ghali, presentó en su informe *Our Global Neighborhood* la primera definición del concepto de “gobernanza global” en un documento político internacional. Según la CGC, “gobernanza es la suma de muchas formas en las que las personas e instituciones, públicas y privadas, gestionan sus asuntos comunes. Es un proceso continuo a través del cual se pueden acomodar intereses diversos o en conflicto y adoptar acciones de cooperación. Incluye instituciones y regímenes formales facultados para obligar al cumplimiento, así como acuerdos informales que las personas e instituciones o han acordado o perciben que redundan en su propio interés” (traducción nuestra) (CGG, 1995: capítulo 1).

Este concepto resalta, en primer lugar, el debilitamiento de la visión del poder y la conducción de la sociedad centrada en los Estados (Ansell & Torfing, 2016: 2), pues como admite la propia CGC, los gobiernos no llevan todo el peso de la gobernanza global. Ese debilitamiento del poder estatal se manifiesta en la participación de nuevos actores (no estatales) en la discusión y toma de decisiones sobre determinados asuntos de interés común mediante mecanismos formales o informales. Así, la gobernanza global incluye la participación de Estados, además de actores supranacionales (como tribunales internacionales), subnacionales (como regiones o ciudades) o no estatales (provenientes de la sociedad civil, como movimientos ciudadanos, o del ámbito privado, como empresas transnacionales) que, pese a sus agendas propias, están movidos por intereses y preocupaciones comunes, y cuentan con capacidad para influir e incluso coproducir normas, generalmente mediante instrumentos de carácter no vinculante (*soft instruments*) y de cooperación (como la persuasión o la coordinación voluntaria). La gobernanza es un proceso descentralizado

(Torfing, Peters, Pierre & Sorensen, 2012: 15), es decir, un modo de ejercicio descentralizado del poder regulatorio y normativo.

En segundo lugar, la gobernanza global es un proceso complejo, interactivo y evolutivo de toma de decisiones a nivel mundial, en el que los distintos actores transnacionales (gubernamentales y no gubernamentales) interactúan entre sí con el objeto de negociar respuestas a problemas o preocupaciones compartidas, guiados por la necesidad de intercambiar recursos. Ello genera relaciones de creciente interdependencia y nuevas formas de coordinación, cooperación, gestión y negociación entre actores públicos y privados, sociales y políticos, gubernamentales y no gubernamentales (Rhodes, 1996: 659). La eficacia de la gobernanza global como proceso de toma de decisiones depende entonces de su capacidad para apoyarse e influir en la toma de decisiones a nivel local, nacional y regional; aprovechar los recursos de personas e instituciones en diferentes niveles; y para construir alianzas y redes de instituciones y procedimientos que permitan a los actores compartir capacidades y desarrollar políticas y prácticas conjuntas sobre asuntos de interés común.

De esta manera, la gobernanza global se presenta como estructura, proceso, mecanismo y estrategia (Levi-Faur, 2012: 8). Es una *estructura* compuesta por un sistema de regulación de normas y prácticas, dotada de una arquitectura institucional propia, formal e informal, y creada por los sujetos tradicionales de DI (Estados y OI) y otros actores transnacionales para la realización de objetivos comunes.

La gobernanza global es también un *proceso* colectivo de gestión y toma de decisiones del que participan numerosos actores que buscan alcanzar dichos objetivos comunes mediante coordinación y regulación a nivel internacional, regional, nacional y local (*multi-level governance*). Es decir, es un proceso en el que el Estado no posee el monopolio del poder de determinar las reglas a las que se deben ajustar individuos, corporaciones, organizaciones e instituciones, sino que comparte o disputa ese poder normativo con otros actores (Betts, 2011: 4). Como sintetiza Rosenau (2000: 4), puede existir “gobernanza sin gobierno”, pues muchas funciones históricamente exclusivas de una institución formal (órganos reguladores, instituciones o agencias gubernamentales) son hoy realizadas en conjunto o autónomamente

por entidades no gubernamentales cuyas reglas son aceptadas por la mayoría de los miembros.

De esta forma, bajo la perspectiva de la denominada *big governance*, la gobernanza global es entendida como un proceso regulatorio resultante de (i) la descentralización y diversificación de la política (la actividad de gobernar, o de influenciar en el gobierno de un Estado, no es exclusiva de una única institución gubernamental que lo ejerce de forma exclusiva a nivel central); y (ii) la expansión de la gobernanza reguladora más allá del Estado (Levi-Faur, 2012: 13), caracterizada por la dispersión de las facultades de reglamentación en numerosos actores, distintos del Estado, que compiten entre sí en la definición, negociación, implementación, supervisión y cumplimiento de políticas (Abbott & Snidal, 2009).

La gobernanza global es asimismo un *mecanismo* de institucionalización de métodos y procedimientos multilaterales de toma de decisiones que, generalmente, son menos jerárquicos y más consensuales que aquellos utilizados por autoridades estatales.

Finalmente, la gobernanza global es *estrategia*. Los actores de gobernanza global diseñan sistemas descentralizados, informales y colaborativos de gobernanza (Levi-Faur, 2012: 9) y definen tácticas para poder influenciar o modificar el comportamiento de los Estados o de otros actores transnacionales (Finkelstein, 1995: 368)¹.

Todo lo anterior se traduce en la existencia de una regulación internacional resultante de la interacción de diversos actores en los diferentes niveles de gobernanza, que varía en función de la voluntad y esfuerzos de los Estados por establecer mecanismos de coordinación y cooperación internacional con agentes no estatales. Sin embargo, el proceso de “gobernanza” se enfrenta en ocasiones a una insuficiente representación democrática y participación igualitaria en las organizaciones y organismos profesionales y científicos que definen las normas, reglas y procedimientos, así como en las agencias gubernamentales que las implementan y en las organizaciones de supervisión encargadas de su cumplimiento, sin que aún se haya desarrollado una

¹ Como señala Betts (2011: 4), lo que determina que la gobernanza sea “global” es su aptitud para limitar o constituir el comportamiento de los Estados y de los actores transnacionales.

base idónea que aporte legitimidad político-jurídica suficiente a las instituciones que desempeñan un papel en la gobernanza global.

Esto refleja la compleja, y a veces conflictiva, relación entre gobernanza global y democracia (Benedict, 2001: 6232) y plantea la cuestión de quién regula al regulador (Benvenisti, 2014: 21). La creación de marcos normativos y regulatorios internacionales no ha sido acompañada, por lo general, de la adopción de reglas transparentes en cuanto a los participantes e intereses efectivamente presentes en los procedimientos de toma de decisiones, del establecimiento de mecanismos de responsabilidad de los actores, ni de información clara y accesible a la ciudadanía respecto del contenido e implicaciones de las decisiones.

2.2. El papel de las organizaciones internacionales en la gobernanza global

La década siguiente a la caída del muro de Berlín trae una expansión del multilateralismo que se manifiesta en el sistema jurídico internacional en un doble sentido. Por un lado, una expansión institucional, mediante la incesante creación de nuevas OI y el fortalecimiento de las ya existentes, capaces de ejercer autoridad sobre otros actores globales (incluidos los Estados). Dicha autoridad se manifiesta en el reconocimiento (o en la percepción) de la obligatoriedad de sus decisiones o de la validez vinculante de los presupuestos técnicos que fundamentan sus recomendaciones con motivo de su conocimiento especializado en ámbitos determinados (Voelsen & Schettler, 2019: 544-546; Zürn, 2018: 9).

Por otro lado, una expansión normativa, expresada en la proliferación de normas, regulaciones y estándares internacionales que encuentran justificación en una embrionaria noción de bien común global y, por ende, aptas para condicionar las competencias autónomas y soberanas de los Estados, afectando su estructura y organización internas (Hurrell, 1999: 60; Zürn, 2018: 8). Precisamente durante este período, el 17 de julio de 1998, tuvo lugar la firma del ECPI, que crea la CPI y la configura como una OI, con sus propios intereses institucionales, al tiempo que constituye un tribunal internacional penal de carácter permanente (Quesada-Alcalá, 2019); una de las pocas OI que, según algunos autores, ejerce, junto con el CSNU, una autoridad

política internacional, entendida como una “forma institucionalizada de autoridad práctica” (Voelsen & Schettler, 2019: 545-546 y 558).

La creación de OI contribuyó al proceso de gobernanza global al potenciar el surgimiento de un “pluralismo jurídico más allá del ámbito estatal” (Delbruck, 2002: 422). Esto se traduce en la existencia de un amplio espectro de sistemas internacionales, hetero y autorregulatorios, funcionalmente interconectados con el derecho interno de los Estados (Nowrot, 2004: 6), y compuestos por una multiplicidad de instrumentos normativos provenientes de fuentes interestatales (creados por Estados u OI) y no estatales (desarrollados y aplicados por actores privados). Dichos instrumentos, independientemente de su naturaleza jurídica, están dotados de una fuerza reguladora importante, haciendo cada vez más difusa la diferenciación entre normas jurídicamente vinculantes y las que no lo son (Nowrot, 2004: 6), y se disputan la competencia para la solución de controversias internacionales.

En este proceso, las OI han originado transformaciones en los métodos de adopción e implementación de decisiones en el ámbito internacional. Con el objetivo de garantizar decisiones preferentemente consensuadas entre sus miembros, las OI han avanzado hacia modelos menos centralizados, más flexibles, informales o semiformales (*v.g.*, cumbres intergubernamentales; reuniones de alto nivel; reuniones regionales periódicas), cuyas decisiones son adoptadas siguiendo métodos de trabajo o procedimientos uniformizados autónoma y voluntariamente por aquellas.

Ahora bien, al mismo tiempo que la expansión institucional y normativa del sistema de gobernanza global se ha profundizado, también se ha acentuado la contestación de la autoridad de las OI por parte de Estados y sociedad civil. Se ha criticado que el sistema de gobernanza global padece problemas de legitimación democrática que menoscaban los principios de igualdad y prohibición de la arbitrariedad en la toma de decisiones, causados por un sesgo tecnocrático y la ausencia de separación de poderes (Zürn, 2018: 9-11). Esto se refiere a la primacía de una racionalidad técnica en la fundamentación de decisiones en materias que comparten un carácter altamente especializado y político, cuya consecuencia es frecuentemente la sustracción de su discusión y resolución del debate público y escrutinio democrático internos. Ciertamente, la “competencia técnica es un elemento esencial

de la buena política” (Innerarity, 2012: 14); sin embargo, la autoridad de quienes ejercen la gobernanza global no debiera quedar al margen del control popular o estándares de igualdad democrática, disputa deliberativa y protección de derechos humanos (Besson, 2020).

La otra crítica señala que la desigualdad fáctica entre los Estados, jerarquizados según su poder e influencia, afecta en la práctica a los procedimientos de toma de decisiones de las OI y está, según Zürn (2018: 10, 252 y 262), institucionalizada y asentada en la arquitectura institucional de la mayoría de las organizaciones e instituciones internacionales existentes. En este contexto, la sociedad civil demanda una participación pública más democrática, representativa, transparente y equitativa, mediante la previsión de reglas claras y eficaces sobre la participación en dichos procedimientos, la creación de espacios de deliberación abierta, acceso a la información, mecanismos de rendición de cuentas y control externo independiente (Sewanyana, 2019).

3. EL CONCEPTO DE JUSTICIA EN LA TEORÍA DE LA GOBERNANZA GLOBAL Y LA COMPRENSIÓN DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL

La idea de justicia en el ámbito de la gobernanza global también implica reconocer a esta última una dimensión ética (CGG, 1995: capítulo 2). En otras palabras, la gobernanza global está relacionada, además de con la definición de reglas de participación de los actores globales (estatales y no estatales) en la gestión y decisión de los “asuntos del mundo”, con el reconocimiento de que la concesión a tales instituciones internacionales de competencias normativas y regulatorias en ciertas materias se cimienta en la aceptación previa de valores comunes que, en algunos casos, justifican su propia existencia y la atribución de responsabilidad jurídica. Por ejemplo, la paz, la seguridad, la justicia o la dignidad humana han sido el fundamento para la creación de un gran número de OI (véanse, por ejemplo, los preámbulos de los tratados constituyentes de la ONU, del Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos o la UA) y de tribunales internacionales (competentes para resolver controversias jurídicas mediante la adopción de decisiones vinculantes y velar por

la aplicación, interpretación y cumplimiento de las normas convencionales).

En cuanto a los tribunales internacionales, sus decisiones tienen efectos más allá de las controversias individuales, excediendo los límites de los casos concretos y afectando a las estructuras jurídicas generales. Cada decisión judicial que resuelve una concreta controversia genera la expectativa de que situaciones jurídicas similares serán probablemente decididas en sentido idéntico en el futuro, lo que permite a los tribunales internacionales, indirectamente, contribuir a la definición, planificación o ejecución de decisiones o estrategias de los actores globales que no son parte de la controversia. Además, tales decisiones contribuyen al desarrollo de un sistema normativo. El impacto de la jurisprudencia de tribunales internacionales trasciende la justicia del caso individual para situarse e influir en el ámbito más general de las relaciones entre los distintos actores globales en la esfera mundial. En ese sentido, constituye un factor innegable de gobernanza global (Von Bogdandy & Venzke, 2012: 4-5).

De esta forma, los tribunales internacionales, en el marco de sus competencias, cumplen una función de “guardianes” de esos valores fundamentales para la comunidad internacional. Es justamente en la aceptación de la idea de que es deseable y posible regular las relaciones entre Estados a partir de la defensa y garantía de dichos valores y bienes jurídicos globales² (v.g., la vida humana o la seguridad internacional) donde se conecta gobernanza global y la JI y, en el caso de la CPI, la JIP. La CPI representa, desde un enfoque cosmopolita de la JI, el reconocimiento de una “conciencia colectiva o de la humanidad”, una “utopía realista” (Stahn, 2020: 192) que, por vía del DP, permite salvaguardar los derechos humanos y la protección de la dignidad humana (Cortés Rodas, 2018: 59-60)³. En este sentido, para Ferra-

² Entendidos como “aquellos bienes que son moldeados o incluso constituidos por el derecho, y cuya existencia y forma interesan y benefician a todos los Estados o a toda la humanidad y están a su disponibilidad” (Peters, 2012: 76).

³ Voces críticas, como la de Danilo Zolo (2002: 200-201), cuestionan la eficacia regulativa de la justicia internacional penal, tanto *ad hoc* como permanente, para actuar sobre las causas profundas de la violencia humana y de la guerra, y, así, evitar los conflictos que están en el origen de los crímenes internacionales más graves.

joli (2018: 45), la CPI es una de las pocas “instituciones globales de garantía” existentes en el DI, concebida para sancionar y punir la comisión de ciertos crímenes muy graves que afectan a bienes jurídicos considerados esenciales para la comunidad internacional.

La CPI se presenta, entonces, como una respuesta de la sociedad internacional a las conductas que más gravemente menoscaban sus valores fundamentales, mediante el enjuiciamiento de los presuntos responsables y la imposición de penas por tales conductas con fines de retribución (castigo del infractor), prevención general y especial negativa (disuasión de nuevos delitos por el condenado o por el resto de posibles máximos responsables) o prevención general positiva (formación de una conciencia jurídica universal). Es decir, los mecanismos de la JIP pretenden corregir el desequilibrio generado en la sociedad internacional, evitar que se vuelvan a menoscabar sus valores esenciales o reafirmar los valores sociales protegidos (Olasolo, 2016).

4. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN LA GOBERNANZA GLOBAL

4.1. El potencial de la Corte Penal Internacional como actor de gobernanza global

Los principios que han inspirado el desarrollo del concepto de gobernanza global tuvieron una importancia fundamental en la creación de la CPI, que nace como expresión del convencimiento de los Estados de la necesidad de proteger ciertos valores e intereses comunes que afectan a la comunidad internacional en su conjunto. La redacción del Preámbulo del ECPI deja constancia de la existencia de una sociedad internacional en la que “todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común” (párrafo 1), ideal que se ha puesto en riesgo por “atrocidades que desafían la imaginación” (párrafo 2) que constituyen “graves crímenes” y suponen “una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” (párrafo 3). Es la protección de dichos valores, y en particular la necesidad de “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes” (párrafo 5), lo que justifica la creación de la CPI “de carácter perma-

nente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas [con] competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (párrafo 9).

De esta forma, el Preámbulo destaca expresamente la existencia de unos intereses comunes de la sociedad internacional, que requiere la actuación conjunta, y la cooperación, de la comunidad internacional. Esto viene reforzado por su explícita referencia y remisión a los Propósitos y Principios de la Carta de la ONU. Ello muestra la interconexión de la CPI con la más amplia función de la gobernanza global, que pretende la defensa y protección de valores fundamentales de la sociedad internacional y el uso de estructuras internacionales (más allá de los Estados) para dar soluciones comunes a problemas globales.

Asimismo, la lectura del Preámbulo del ECPI también permite delimitar el concreto rol de la CPI en el proceso de gobernanza, esto es, poner fin a la impunidad de los responsables de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes. Uno de los elementos centrales de la función de la CPI es por tanto la prevención de nuevos crímenes internacionales a través de la adopción de las medidas necesarias para poner fin a su impunidad (Olasolo, 2016: 122-123; Schabas, 2010: 43)⁴. La CPI se presenta como el mecanismo internacional más relevante a la hora de aplicar y hacer cumplir las normas de DIP, rama del DI que se caracteriza por constituir una respuesta de la sociedad internacional a las conductas que más gravemente menoscaban sus valores fundamentales y cuyo objeto es la protección de dichos valores mediante la prohibición, bajo la amenaza de una pena, de aquellas conductas que más gravemente los afectan (Olasolo, 2016: 98-99).

Por todo ello, se puede afirmar que la CPI no solo acoge la idea y hace parte del proceso de gobernanza global, sino que fue creada con el objeto de jugar un papel relevante (incluso esencial, si consideramos que se crea porque los mecanismos preexistentes no daban una respuesta apropiada al problema de la impunidad de aquellos responsables de la comisión de crímenes internacionales, cometidos tradicio-

⁴ La jurisprudencia de la CPI también ha destacado la prevención como uno de los fines de la pena. *Vid.* CPI, Katanga, 23/05/2014: párr. 38.

nalmente por los propios Estados o con su aquiescencia) a la hora de regular ciertas conductas de los seres humanos, que por su naturaleza y gravedad requieren la intervención de la comunidad internacional.

Ahora bien, la capacidad de actuación de la CPI está limitada por su jurisdicción y competencia, que restringe (y delimita) el rol que puede desempeñar en la gobernanza global. La CPI tiene una vocación de universalidad y, gracias a los mecanismos de extensión de su jurisdicción temporal, territorial y personal previstos en los art. 12(3) y 13(b) del ECPI, posee en la práctica una jurisdicción *potencialmente* universal sobre aquellas situaciones en las que se hayan podido cometer crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra con posterioridad al 1 de julio de 2002 (Olasolo & Carnero Rojo, 2011: 108-109; Kaul, 2002: 612-614).

En cualquier caso, la labor encomendada a la CPI no la puede lograr en solitario, sino que necesariamente debe interactuar con otros actores de la sociedad internacional para alcanzar los objetivos para los que fue creada. En este sentido, la CPI se integra en un (más amplio) sistema de gobernanza global. Es lo que Burke-White (2005) ha denominado “sistema de gobernanza global multinivel”, donde diferentes estructuras internacionales y nacionales, profundamente interconectadas, participan en esfuerzos de gobernanza en los que cada “nivel de autoridad” continuamente se influencia entre sí e, idealmente, refuerza las actividades en otros niveles de gobernanza.

4.1.1. La interacción con los Estados en el proceso de la gobernanza global

La CPI se rige por el principio de complementariedad. Tanto el Preámbulo del ECPI como su art. 1 se refieren a la CPI como una institución internacional que tiene “carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”. Esta relación de complementariedad significa que las jurisdicciones penales nacionales formalmente tienen primacía sobre la CPI, y ésta únicamente podrá ejercer su jurisdicción cuando las autoridades nacionales competentes no hayan adoptado las medidas necesarias para investigar o enjuiciar a los responsables de crímenes de la competencia de la CPI. Los Estados tienen la obligación principal de investigar, enjuiciar y castigar dichos crímenes, siendo la CPI un tribunal de último recurso para aquellos casos en

los que no se pueda lograr la justicia a nivel nacional (Benzing, 2003: 592-599; Olasolo, 2012: 5-6; Ambos, 2010: 18).

No obstante, es la propia CPI la que tiene la potestad de determinar si los Estados que tengan jurisdicción sobre un asunto determinado están llevando o han llevado a cabo una investigación o enjuiciamiento sobre dicho asunto (o si, por el contrario, se aprecia inacción, o una falta de disposición o de capacidad para actuar por parte de las autoridades) y si la situación o caso de que se trate es suficientemente grave (de acuerdo con el art. 17 ECPI).

El principio de complementariedad es una muestra inequívoca de que la CPI forma parte de un sistema de gobernanza global. Ni la CPI se configura como un mero mecanismo internacional de rendición de cuentas (o de fijación de las responsabilidades por los crímenes más graves), ni las disposiciones sobre complementariedad son únicamente relevantes para determinar qué casos son admisibles ante la CPI. Más bien, la CPI y el régimen de complementariedad se integran en un sistema de interacciones entre instituciones nacionales y la CPI, que, de forma colectiva, tienen el potencial de aumentar las posibilidades de buena gobernanza a nivel nacional y supranacional y de acabar con la impunidad de los responsables de los crímenes más graves. La CPI y los Estados aúnan esfuerzos con un objetivo común, formando dos niveles de gobernanza diferentes que se relacionan entre sí a través de interacciones políticas y jurídicas mediante las que cada nivel está continuamente respondiendo e influyendo las acciones del otro (Burke-White, 2005). Es decir, una CPI basada en el principio de complementariedad garantiza el DI mediante la creación de un sistema de JI interdependiente y que se refuerza mutuamente⁵.

De esta forma, además de servir como un mecanismo directo de enjuiciamiento, la CPI tiene un efecto mucho más amplio en las jurisdicciones nacionales. El principio de complementariedad, por un lado, limita el ejercicio de la jurisdicción de la CPI, dando prioridad a las jurisdicciones nacionales, pero, por otro, puede tener un efecto multiplicador en la lucha contra la impunidad a nivel nacional y la capacidad de generar un impacto significativo en estructuras nacionales de gobernanza. A través del régimen de complementariedad, la inter-

⁵ Vid. CPI, Fiscalía, 14/09/2006.

vención de la CPI puede: (i) generar cambios notables en dinámicas y políticas nacionales; (ii) potenciar cambios legislativos o la reforma y la mejora de las capacidades de los órganos de investigación, del sistema judicial y de las fuerzas de seguridad del Estado; (iii) ofrecer parámetros y directrices para evaluar la capacidad y eficacia de un sistema judicial nacional que puedan servir de guía para los órganos nacionales en procesos de fortalecimiento institucional; e incluso (iv) proporcionar un elemento disuasorio de crímenes futuros (Burke-White, 2005).

Además, también ofrece la oportunidad de prestar asistencia a las autoridades nacionales para que puedan cumplir con su deber de investigar y enjuiciar los delitos ya cometidos (lo que se ha llamado “complementariedad positiva”), particularmente en aquellos países que se muestran dispuestos a llevar a cabo sus propios procesamientos, redundando en el fortalecimiento de los sistemas nacionales de justicia y la capacidad de que realicen sus propias actuaciones (Olasolo, 2012). Los exámenes preliminares de la Fiscalía, previos a la apertura formal de una investigación, ofrecen una herramienta primordial para efectuar el proceso de supervisión de actuaciones realizadas a nivel nacional.

Aunque en ocasiones el impacto del régimen de complementariedad en la política y los procesos de toma de decisiones a nivel nacional, o en el impulso de reformas que mejoren el sistema judicial, vendrán motivadas por intereses partidistas (como el riesgo-beneficio que las autoridades y clase política puedan percibir en una posible intervención de la CPI) o, llanamente, para evitar la propia actuación de la CPI, la amenaza de intervención de la CPI tiene la capacidad de desencadenar: (i) importantes cambios políticos y jurídicos a nivel nacional; y (ii) incentivos y apoyo en los Estados para cumplir con sus obligaciones de investigar, enjuiciar y castigar crímenes internacionales, contribuyendo en última instancia al fortalecimiento del estado de derecho a nivel nacional.

Además de la necesaria interacción con los Estados para aplicar el régimen de complementariedad de forma efectiva, la CPI también debe cooperar con ellos para concluir satisfactoriamente sus propias investigaciones. Al carecer de una autoridad real y de la capacidad de hacer cumplir sus decisiones, la CPI es en gran medida dependiente

de la cooperación de los Estados para el desempeño adecuado de sus funciones.

Los Estados parte en el ECPI tienen una obligación general de cooperar con la CPI (art. 86 ECPI), e incluso aquella puede celebrar acuerdos de cooperación con Estados que no hayan ratificado el ECPI (art. 87(5) ECPI). Sin embargo, ni dicha obligación es absoluta (el ECPI incluye cláusulas que dispensan a los Estados parte de tal obligación o les permiten aplazar su cumplimiento), ni se prevé expresamente ninguna sanción para supuestos de incumplimiento de los deberes de cooperación judicial con la CPI (Olasolo, Carnero Rojo, Seoane & Carcano, 2018: 424). Además, la CPI no cuenta con un sistema efectivo para hacer cumplir sus decisiones (Anello, 2013: 46-49). De ahí que la cooperación con los Estados sea el área donde la CPI es especialmente vulnerable (Schabas, 2010: 976).

También en el ámbito de la cooperación entre los Estados y la CPI se puede observar el mismo patrón indicado anteriormente en relación con el principio de complementariedad. La cooperación con la CPI, particularmente la de aquellos Estados que están siendo objeto de una investigación, varía en función de la capacidad de las autoridades nacionales de utilizar dicha cooperación para su beneficio político interno (Hillebrecht y Straus, 2017: 163; Vilmer, 2016: 1330-1331). Así, por ejemplo, es más probable que la cooperación se produzca cuando las autoridades de los Estados perciban que les pueda ser útil para eliminar o neutralizar a la oposición interna y consolidar su poder, en particular cuando los potenciales objetivos de la investigación y la acusación de la CPI puedan ser sus oponentes políticos o militares; y, por el contrario, dicha cooperación es poco probable cuando las autoridades se puedan arriesgar a ser sometidas (ellas o sus aliados políticos) a la acción de la justicia.

Ahora bien, aún en situaciones en las que exista un riesgo de que se abran investigaciones sobre las elites gobernantes, éstas se pueden ver incentivadas a cooperar si se ven con capacidad de influenciar sobre el momento y el ritmo de las investigaciones de la CPI (de manera que el riesgo de ser sometidos a la acción de la justicia se minimice). La cooperación para estos países se presenta como el resultado de un equilibrio entre el riesgo de ser enjuiciados y su deseo de usar la cooperación para avanzar en su propia agenda política (Hillebrecht

& Straus, 2017; Burke-White, 2005). La CPI está, por tanto, sujeta a condicionantes de política estatal: cuando los intereses de los Estados coinciden con la necesidad de cooperación con la CPI, ésta es apoyada por los actores estatales, pero no es así cuando los intereses divergen (Quesada-Alcalá, 2019). Esto muestra las dificultades que enfrenta la CPI a la hora de conseguir la cooperación de determinados Estados, debiendo en ocasiones sortear la *realpolitik*; pero al mismo tiempo es una muestra más de que la intervención de la CPI puede tener un impacto considerable en los equilibrios políticos nacionales y ser un elemento clave de gobernanza a diferentes niveles.

Este proceso de gobernanza no es únicamente bidireccional entre el Estado implicado en una investigación y la CPI, sino que otros actores (tales como otros Estados, la ONU, las OI o la sociedad civil) entran en juego, dando lugar a un complejo sistema de gobernanza global “multinivel”. El impacto que la falta de cooperación pueda ocasionar en la reputación internacional de un Estado le puede inducir a cooperar, particularmente cuando estén en una posición de debilidad institucional o no ostentan una posición preponderante en la comunidad internacional. Factores como la presión de donantes internacionales (en aquellos Estados que puedan estar recibiendo ayudas externas o cooperación internacional) y de las OI o la sociedad civil, las aspiraciones (políticas, económicas o militares) del propio Estado a nivel internacional o regional, y la influencia que puedan ejercer sus aliados internacionales pueden crear las condiciones en las que la falta de cooperación sea demasiado costosa. El alto precio de la no cooperación en estos casos puede acabar con la capacidad de maniobra del Estado y contribuir a generar cierto efecto disuasorio por parte de la CPI. Tanto la cooperación con la CPI como el rechazo categórico de cualquier interacción con ella pueden entrañar costos importantes para las autoridades políticas de los Estados (Hillebrecht & Straus, 2017), lo que incentiva una continua interacción entre los diferentes actores de la gobernanza global.

Aunque la CPI dispone de limitadas herramientas para forzar la cooperación de los Estados, no es un mero observador en este conjunto de interacciones. Sus decisiones tienen un reflejo inmediato en la predisposición a cooperar de las autoridades de los Estados (en directa relación con la ponderación coste-beneficio para la elite gobernante de que se abra una investigación). Esto se justifica en el hecho de que

las acciones de la CPI tienen un impacto en la gobernanza nacional; y, de la misma forma, las acciones de los Estados afectan al funcionamiento y las actuaciones de la CPI. La CPI no es ajena a este proceso y debe navegar por el panorama político de los países con los que trabaja, así como por el entorno internacional en general.

La actitud de los Estados irremediablemente afecta a la forma en la que la CPI interactúa con ellos, por ejemplo, a la hora de seleccionar y decidir sobre qué casos actuar o sobre qué acciones tomar para presionar a un Estado que se niega a cooperar (Hillebrecht & Straus, 2017; Quesada-Alcalá, 2019). Son precisamente los criterios de selección de casos (entre ellos, la posibilidad de lograr cooperación y asistencia judicial en apoyo a las actividades de la CPI en cada asunto)⁶ una de las cuestiones más criticadas en el funcionamiento de la Fiscalía, que, con una disponibilidad de recursos limitados, está obligada a priorizar. Sin la cooperación de los Estados no puede desempeñar su trabajo; pero elegir investigar aquellos casos donde espera una mayor cooperación puede resultar un “arma de doble filo”, que incentiva la no-cooperación y se presta a la instrumentalización política de la labor de la CPI. Así, recursos insuficientes y falta de cooperación pueden crear la percepción de que la Fiscalía actúa sin independencia e imparcialidad.

4.1.2. La interacción con la Organización de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales

La CPI se crea como una “institución permanente” con “personalidad jurídica internacional” (art. 1 y 4 del ECPI), independiente, aunque vinculada con el sistema de la ONU (Preámbulo y art. 2 del ECPI). Esto se traduce en la existencia de una relación preferente entre la CPI y la ONU, a la que se ha dado efecto a través de la firma de un acuerdo entre ambas instituciones. En esta relación destaca el papel fundamental asignado por el ECPI al CSNU. Además de la facultad de remitir situaciones en que parezcan haberse cometido crímenes de la

⁶ Vid. CPI, Fiscalía, 15/09/2016: párr. 51. Este documento establece que los criterios de selección y priorización de asuntos de la CPI se deben guiar por los principios de independencia, imparcialidad y objetividad.

competencia de la CPI para que sean investigadas, actuando conforme al Capítulo VII de la Carta de la ONU (art. 13(b) del ECPI), el CSNU también puede retrasar o suspender el ejercicio por la CPI de su jurisdicción sobre una determinada situación o caso, evitando así que se puedan iniciar investigaciones o enjuiciamientos (art. 16 ECPI). Asimismo, el CSNU, particularmente en las resoluciones mediante las que remite una situación a la CPI, puede requerir a cualquier Estado que coopere con la CPI (Schabas, 2010: 982-983).

El ECPI también prevé la cooperación con organizaciones intergubernamentales, a las que la CPI podrá solicitar información o documentos (así como otras formas de cooperación y asistencia) (art. 87(6) ECPI). Estas organizaciones incluyen, por ejemplo, la Unión Europea (con la que la CPI concluyó un acuerdo de cooperación y asistencia en 2006) o Interpol (acuerdo firmado por la Fiscalía).

Un último elemento que contribuye a la interconexión entre la CPI y OI a la hora de consolidar y aplicar ciertos estándares internacionales, en particular en materia de derechos humanos, es el art. 21(3) del ECPI, que establece que la aplicación e interpretación de las disposiciones del ECPI “deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Esta disposición, que desempeña un rol fundamental, ha facilitado que la CPI haga continuas referencias a la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH (Bitti, 2009; Sheppard, 2010; Schabas, 2010: 397-400), estableciendo una continua interacción (o dialogo) entre tribunales internacionales y regionales en la protección de aquellos valores que justificaron la misma creación de la CPI.

4.1.3. La interacción con las organizaciones de la sociedad civil, las víctimas y otros individuos

El ECPI también ha dado un papel a organizaciones de la sociedad civil, víctimas y otros individuos en las actuaciones de la CPI. En el marco de las facultades de la Fiscalía de iniciar una investigación *motu proprio* (art. 15 del ECPI), esta podrá recibir información acerca de posibles crímenes de la competencia de la CPI. En la práctica, la fuente principal de tales comunicaciones son individuos y ONGs (Schabas, 2010: 319-320), lo que proporciona una importante vía para que puedan influir en futuras investigaciones de la CPI. Al proporcionar

información al Fiscal, la sociedad civil puede llamar su atención sobre una situación en concreto y, en última instancia, llegar a inducirlo a iniciar una investigación (Williams, 2018). La inclusión de este mecanismo de participación permite también que víctimas y sociedad civil puedan desempeñar un papel en apoyo del Fiscal y tener conocimiento de las decisiones adoptadas por la CPI. No obstante, ello no otorga un derecho formal de participación en los procedimientos ante la CPI y, por consiguiente, la sociedad civil carece de legitimación para apelar decisiones de la Fiscalía de no investigar una situación remitida (Williams, 2018; Schabas, 2010: 42).

La interacción entre la CPI y la sociedad civil es mutua. Por un lado, el Fiscal, a fin de analizar la veracidad de la información recibida, podrá recabar más información de Estados, la ONU, las OI, las ONG u otras fuentes fidedignas (art. 15(2) del ECPI). Por otro lado, si el Fiscal concluye que no constituye fundamento suficiente para una investigación, deberá informar de ello a quienes hubieren presentado la información (art. 15(6) del ECPI). Otro mecanismo de participación es la presentación de *amicus curiae*.

La sociedad civil también desempeña una labor fundamental a la hora de dar a conocer, divulgar y sensibilizar sobre la labor de la CPI y promocionar su función. Sacar a la luz los distintos factores que rodearon situaciones de violencia sistemática e informar adecuadamente sobre los mismos a la población que sufrió dicha violencia es un paso fundamental para alcanzar los objetivos para los que se creó la CPI (Olasolo, 2012: 43). La falta de apoyo de las comunidades locales puede servir para deslegitimar los esfuerzos internacionales de realizar investigaciones y juicios de forma efectiva (Chan & Wouters, 2015: 147).

4.2. ¿Ha sido la Corte Penal Internacional un verdadero impulsor de la gobernanza global?

Aunque la CPI dispone sobre el papel de todos los elementos necesarios para convertirse en un verdadero impulsor de la gobernanza global, en la práctica su impacto se ha visto limitado por un número de factores.

4.2.1. Debilidades de la Corte Penal Internacional como impulsor de la gobernanza global

Las principales debilidades observadas en la CPI como impulsor de gobernanza global se pueden agrupar en tres categorías principales. Primero, a pesar de su indudable vocación de universalidad, la CPI no ha sido capaz de generar un apoyo unánime entre los Estados. Aunque son 123 Estados (representativos de todas las regiones del mundo) los que han ratificado el ECPI, existen importantes ausencias que limitan considerablemente la jurisdicción y capacidad de la CPI de jugar un papel significativo en la gobernanza global. Tres de los cinco miembros permanentes del CSNU (China, EE.UU. y Rusia), siete de las nueve potencias nucleares (las tres mencionadas más India, Paquistán, Israel y Corea del Norte), importantes potencias regionales (Arabia Saudí, Egipto, Indonesia, Irán o Turquía) y países en los que se puedan actualmente estar produciendo, o recientemente se han producido, situaciones de violencia generalizada o conflicto armado (Azerbaiyán, Armenia, Mozambique, Siria, Sudán del Sur o Yemen) siguen sin aceptar su jurisdicción. Estados que, en su conjunto, incluyen un amplio porcentaje del territorio y población mundial, y son algunas de las grandes potencias económicas, políticas y militares.

Incluso países que inicialmente habían ratificado el ECPI, como Burundi y Filipinas, han decidido denunciarlo y ya han dejado de ser Estados parte de la CPI, aunque obviamente guiados por el inicio de exámenes preliminares sobre hechos acaecidos en sus territorios (que por ahora han llevado a la apertura de una investigación sobre la situación de Burundi)⁷. A esto se une la reducción del ritmo de ratificaciones del ECPI en los últimos años, fundamental para universalizar su jurisdicción⁸.

⁷ Inicialmente Sudáfrica y Gambia también decidieron denunciar el tratado, aunque finalmente retiraron la notificación de denuncia y siguen siendo Estados Parte del ECPI.

⁸ El último Estado en ratificar el ECPI ha sido Kiribati, que depositó su instrumento de aceptación el 26 de noviembre de 2019. En los últimos cinco años únicamente tres Estados han ratificado el ECPI. Además de Kiribati en 2019, El Salvador lo ratificó en 2016 y Palestina en 2015. No hubo ratificaciones en 2017 y 2018.

Además, el potencial alcance universal de la jurisdicción de la CPI tampoco se ha podido hacer efectivo a través de las remisiones del CSNU en ejercicio de las atribuciones que le da el art. 13(b) del ECPI. El CSNU, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de la ONU, no ha remediado las mencionadas limitaciones a la jurisdicción de la CPI y únicamente ha remitido dos situaciones, Darfur-Sudán (2005)⁹ y Libia (2011)¹⁰.

En estas circunstancias, muchos pueden percibir que, a día de hoy, la CPI no sea un verdadero actor “global” o, al menos, con capacidad para tener un impacto “global”. La jurisdicción de la CPI no ha podido desarrollarse en su plenitud, con un limitado número de Estados que han ratificado el ECPI, existiendo por tanto situaciones de presuntos delitos que, a pesar de estar dentro de la competencia material y temporal de la CPI, han quedado excluidas de su conocimiento por encontrarse fuera de los ámbitos personal y territorial de su jurisdicción (Olasolo & Carnero Rojo, 2011: 108-109; Olasolo, Carnero Rojo, Seoane & Carcano, 2018: 447-448). La consecuencia directa de esto es que muchas de las atrocidades cometidas hoy en día siguen quedando impunes.

En segundo lugar, la falta de cooperación de los Estados ha sido uno de los obstáculos más importantes en las actuaciones realizadas por la CPI y ha limitado significativamente su capacidad de completar satisfactoriamente sus investigaciones y enjuiciamientos.

Esta falta de cooperación ha sido patente en las investigaciones iniciadas sobre las situaciones de Darfur-Sudán y Libia, a pesar de que fueron remitidas por el CSNU. Con relación a la primera, la CPI se ha visto impotente durante más de una década ante la imposibilidad de obtener la detención y entrega de Al-Bashir (presidente de Sudán durante casi 30 años hasta el reciente golpe de Estado ocurrido en abril de 2019) a pesar de las dos órdenes de arresto emitidas contra él en 2009 y 2010. El ahora expresidente de Sudán ha seguido viajando a una gran cantidad de países con total impunidad mientras ejercía su cargo de presidente, incluso con el apoyo expreso de la UA (Vilmer, 2016: 1324-1325).

⁹ Vid. Resolución 1593 (2005) del CSNU.

¹⁰ Vid. Resolución 1970 (2011) del CSNU.

Esta situación ha llevado a la CPI a solicitar y recordar la obligación de detener a Al-Bashir a diversos países, e incluso a declarar que Estados como Jordania, Sudáfrica, Yibuti, Uganda, RDC o el propio Sudán (CPI, Al-Bashir, 04/04/2014; 09/03/2015; 11/07/2016a; 11/07/2016b; 06/07/2017; 11/12/2017), solo por citar los más recientes, han deliberadamente incumplido su obligación de cooperar con la CPI al no detener y entregar a Al-Bashir cuando se encontraba en su territorio. A pesar de ello, esta ausencia de cooperación no ha generado una reacción significativa por parte del CSNU (Olasolo, Carnero Rojo, Seoane & Carcano, 2018: 410-411). Los demás asuntos actualmente pendientes concernientes a esta situación tampoco han podido proseguir por cuanto los investigados o acusados se encuentran prófugos.

En la situación de Libia, aunque con notables diferencias con respecto a Darfur, el resultado ha sido parecido. Si bien los principales acusados, Gaddafi y Al-Senussi, fueron arrestados, su entrega a la CPI nunca se llegó a producir. En el caso contra Gaddafi, la CPI ha exigido su entrega de forma reiterada, e incluso recientemente declaró que el caso era admisible a pesar de que la defensa de Gaddafi alegó que ya había sido juzgado y condenado en Libia; argumentos desestimados por la CPI¹¹. Para colmo, Gaddafi fue puesto en libertad en abril de 2016 y actualmente permanece fugitivo.

El caso Al-Senussi tuvo un desenlace diferente. La CPI lo declaró inadmisibile sobre la base del principio de complementariedad, ya que estaba siendo sometido a procedimientos judiciales a nivel nacional. La CPI accedió a que fuera juzgado en Libia¹². Los otros dos investigados en la situación de Libia, Al-Werfalli y Khaled, permanecen prófugos pese a las órdenes de arresto emitidas por la CPI contra ellos (en 2017 y 2013). En palabras de la Fiscalía, la no ejecución de órdenes de detención sigue siendo el mayor obstáculo al que se enfrenta en materia de cooperación¹³.

¹¹ Vid. CPI, Gaddafi, 09/03/2020.

¹² Vid. CPI, Gaddafi, 24/07/2014.

¹³ Vid. CPI, Fiscalía, 05/05/2020. Aunque parece que actualmente el *Government of National Accord* se ha mostrado más cooperativo con la CPI en relación con las solicitudes de asistencia judicial, en el pasado también se declaró que Libia

En otros casos, especialmente los Estados sobre los que se han iniciado investigaciones han intentado utilizar la cooperación con la CPI como un instrumento político. Así, la decisión de cooperar de países como Costa de Marfil (investigación abierta a petición de la Fiscalía), RCA, RDC o Uganda (cuyas situaciones fueron remitidas por los mismos Estados) ha estado marcada y condicionada por intereses políticos nacionales (e internacionales). Estas situaciones presentan patrones comunes en cuanto al grado de cooperación con la CPI de aquellos Estados que han sido objeto de investigaciones. En estos casos se ha producido una cooperación “a la carta”, variando en intensidad dependiendo del momento y del riesgo-beneficio que representaba la investigación de la CPI para la élite política gobernante. En un principio los Estados mostraron un alto nivel de cooperación, coincidiendo con el inicio de investigaciones contra sus oponentes políticos. Sin embargo, cuando percibieron que el coste político a nivel nacional era muy alto, o un riesgo de que las investigaciones pudieran afectarles (a ellos o a sus aliados políticos), la cooperación fue remitiendo (Hillebrecht & Straus, 2017; Quesada-Alcalá, 2019; Burke-White, 2005; Kambale, 2015).

Un caso que muestra la complejidad y desafíos que presentan este conjunto de intereses e interacciones entre niveles de gobernanza en el marco de la cooperación con la CPI es la investigación iniciada en Kenia (a solicitud de la Fiscalía). La investigación se centró en la violencia ocurrida a raíz de las elecciones generales de 2007, derivando en la apertura de procedimientos contra quienes una vez imputados se convertirían en el presidente (Kenyatta) y vicepresidente (Ruto) del país.

A pesar de ello, Kenia no se opuso frontalmente a cooperar debido a los costes que ello podía conllevar, particularmente, de cara al electorado y sus socios y donantes internacionales (entre ellos, partidarios e importantes contribuyentes al presupuesto de la CPI). En su lugar, adoptó una estrategia que incluía cooperación en ciertos asuntos (pero no en otros) a un nivel superficial (por ejemplo, con solicitudes de comparecencia o documentos y visitas sobre el terreno); utilización de los mecanismos legales para impugnar las decisiones de la CPI (en

había incumplido deliberadamente su obligación de cooperar con la CPI al no entregar a Gaddafi (CPI, Gaddafi, 11/12/2014).

particular, en relación con la admisibilidad); y el uso de medios extrajudiciales para sobornar e intimidar a testigos (Hillebrecht & Straus, 2017: 180-183). Esto último provocó que varios testigos decidieran no testificar por temor a su seguridad, obligando a la Fiscalía a retirar los cargos contra Kenyatta¹⁴ y causando el sobreseimiento de las actuaciones contra Ruto¹⁵ por insuficiencia de pruebas. En este caso la CPI también declaró que Kenia había incumplido su obligación de cooperar con la CPI¹⁶.

Estas limitaciones a la hora de hacer que los Estados cooperen, o al menos que lo hagan de forma efectiva, han puesto en duda la capacidad de la CPI de investigar y juzgar a figuras políticas o altos representantes del Estado en ejercicio mientras siguen ocupando su cargo o se mantengan en el poder. Ejemplo de ello son los citados procedimientos contra los presidentes de Kenia y Sudán, Kenyatta y Al-Bashir, y el caso iniciado contra Ruto. Estos casos muestran que el rechazo a las actuaciones de la CPI por parte de aquellos dirigentes políticos que continúan ejerciendo el poder se ha convertido en un obstáculo notable para el desarrollo de las actuaciones de la CPI (Olaso, Carnero Rojo, Seoane & Carcano, 2018: 434).

Ahora bien, la falta de cooperación no es un fenómeno aislado, ni tampoco exclusivo de Estados que se encuentran o salen de situaciones de violencia generalizada o debilidad institucional y tienen un interés o se ven forzados a mantener un equilibrio entre cooperar y no cooperar en investigaciones de la CPI. Lo verdaderamente sorprendente es que democracias consolidadas como EE.UU. hayan mostrado una actitud de confrontación y hostilidad hacia la CPI sin precedentes. Tras la decisión de la CPI de autorizar el inicio de una investigación sobre la situación de Afganistán¹⁷, que pudiera llegar a implicar a nacionales de EE.UU. (investigación que en primera instancia fue rechazada debido justamente a sus limitadas perspectivas de éxito por los escasos recursos disponibles y las pocas posibilidades de obtener cooperación de las autoridades competentes¹⁸), el gobierno estadouni-

¹⁴ Vid. CPI, Kenyatta, 13/03/2015.

¹⁵ Vid. CPI, Ruto & Sang, 05/04/2016.

¹⁶ Vid. CPI, Kenyatta, 19/09/2016.

¹⁷ Vid. CPI, Situación en Afganistán, 05/03/2020.

¹⁸ Vid. CPI, Situación en Afganistán, 12/04/2019.

dense impuso sanciones contra la Fiscal y el personal de la Fiscalía¹⁹. La CPI describió estas sanciones como otro intento de interferir en sus funciones, independencia judicial e investigación.

Dado el contexto político actual en la sociedad internacional (Olasolo, Carnero Rojo, Seoane & Carcano, 2018: 430-431), y la falta de apoyo expreso (si no abierta oposición) a la CPI de algunos miembros permanentes del CSNU (con derecho de veto), cuyos nacionales pudieran incluso llegar a ser objeto de investigaciones próximamente²⁰, no parece que estas dificultades vayan a desaparecer en el medio plazo. La propia Fiscalía de la CPI ha reconocido que la falta de cooperación de algunos Estados con la CPI no tiene visos de mejorar próximamente, vaticinando que el difícil entorno de seguridad y cooperación continuará o se hará aún más difícil en los próximos años, en los que se prevé la CPI se enfrente a situaciones nuevas y posiblemente más complejas o sensibles²¹ (CPI, 2019). La capacidad de la CPI para afrontar estos problemas en el futuro será clave para su credibilidad y determinará en gran medida que se pueda percibir como un actor relevante de la gobernanza global.

Por último, en tercer lugar, la percepción de la CPI como un impulsor de gobernanza global también se ha podido ver lastrada por el limitado alcance de las actuaciones llevadas a cabo hasta la fecha. Tras casi 20 años de funcionamiento, únicamente se han dictado seis sentencias firmes (tras completar juicios en primera instancia y apelación), que incluyen cuatro sentencias condenatorias (tres por crímenes internacionales en los casos contra Katanga, Lubanga y Al Mahdi, más la condena por delitos contra la administración de justicia) y dos absolutorias (Ngudjolo Chui y Bemba). Además, se han dictado dos sentencias condenatorias en primera instancia (Ntaganda y Ongwen). Por otro lado, 14 acusados permanecen prófugos.

Además, no pocas críticas ha despertado la estrategia de selección y priorización de casos de la Fiscalía de la CPI. En la práctica ha

¹⁹ Cabe destacar que, con la reciente llegada de Biden a la presidencia de EE.UU., las sanciones fueron revocadas.

²⁰ Este podría ser el caso de nacionales de EE.UU. o Rusia que pudieran haber cometido crímenes de la competencia de la CPI en Afganistán, o Ucrania y Georgia, respectivamente.

²¹ *Vid.* CPI, Fiscalía, 17/07/2019, párr. 11.

llevado a que la mayoría de los casos que se han podido finalizar se hayan dirigido contra miembros de grupos armados no estatales (fundamentalmente líderes rebeldes), dejando fuera de las investigaciones a personas afines al gobierno. Esto resulta particularmente llamativo en aquellas situaciones que han sido remitidas por los propios Estados concernidos como Uganda, RDC o Mali (Quesada-Alcalá, 2019; Kambale, 2015; Oola, 2015). Estas críticas también se han extendido a la situación de Costa de Marfil, donde las investigaciones se han centrado en acciones cometidas por fuerzas leales al antiguo presidente, a pesar de que las atrocidades fueran cometidas por ambas partes del conflicto (Hillebrecht & Straus, 2017: 178-180; Vilmer, 2016: 1331-1332). En algunos casos también se ha expresado preocupación por el restringido alcance de las investigaciones y acusaciones, y el relativamente limitado nivel de responsabilidad de las personas investigadas (Kambale, 2015).

Así mismo, otras de las grandes críticas de las que ha sido objeto la CPI ha sido que los casos iniciados se hayan centrado fundamentalmente en África, lo que provocó que ciertos líderes de países africanos acusaran a la CPI de ser parcial y estar predispuesta contra África. Incluso ha generado una situación de confrontación con la UA, que ha llegado a cuestionar la autoridad y legitimidad de la CPI y cuyos miembros han amenazado con denunciar el ECPI en masa (Hillebrecht & Straus, 2017: 164; Olasolo, Carnero Rojo, Seoane & Carcano, 2018: 434-435). De nuevo aquí parecen haber primado intereses políticos o partidistas de determinados Jefes de Estado y de Gobierno de algunos de los Estados miembros de la UA, en algunos casos con el único objetivo de escapar del alcance de la CPI con el pretexto de su inmunidad. Como Vilmer (2016) ha expuesto detalladamente, las críticas vertidas por estos Estados contra la CPI no han sido acompañadas de argumentos de peso que pudieran justificar sus acciones, resultando en gran medida en ataques injustificados hacia la labor de la CPI.

Tal y como ha reconocido la Fiscalía de la CPI en su estrategia de priorización de casos, uno de los elementos de los que puede depender la elección de investigar un asunto sobre otro es la cooperación internacional o la asistencia judicial de la que pueda disponer la CPI en cada asunto. De hecho, en muchas de las situaciones bajo investigación citadas en párrafos anteriores han primado intereses de tipo práctico

u operativo a la hora de seleccionar en qué casos actuar, priorizando aquellos en los que las circunstancias hacen posible su viabilidad (en función, por ejemplo, de la disponibilidad de pruebas, la cooperación y asistencia judicial internacional, la protección y seguridad del personal de la CPI y del personal que colabora en las investigaciones, y el potencial para asegurar la comparecencia de los sospechosos ante la CPI). Esto conlleva un riesgo de instrumentalización política y de que se pueda percibir la CPI como un órgano que no es independiente o imparcial (Quesada-Alcalá, 2019; Kambale, 2015), minando así su autoridad, credibilidad y legitimidad y, por ende, su rol como impulsor de gobernanza global.

4.2.2. Fortalezas de la Corte Penal Internacional como impulsor de la gobernanza global

A pesar del limitado alcance de las actuaciones llevadas a cabo por la CPI hasta la fecha, su intervención en diversos países también ha podido generar dinámicas positivas, especialmente a través de la aplicación del régimen de complementariedad. Las primeras situaciones en las que intervino fueron en RDC y Uganda, ambas remitidas por los propios Estados en 2004. El estudio de Burke-White (2005) sobre el impacto del inicio de la investigación de la CPI en la situación de la RDC muestra algunos de los efectos positivos que tuvo la intervención de la CPI en momentos iniciales de la investigación. A su juicio, el caso de la RDC ofrece un poderoso ejemplo del modelo de interacción de gobernanza global multinivel entre la CPI y los gobiernos nacionales creado por el régimen de complementariedad.

El análisis realizado por el autor muestra que la existencia de la CPI ofreció una solución políticamente conveniente al presidente congolés para enfrentarse a posibles rivales electorales, creando un incentivo para remitir la situación a la CPI al percibir que era en su propio interés. Ante la imposibilidad de iniciar investigaciones y procedimientos penales a nivel nacional (opción que no era viable debido a la incapacidad del sistema judicial congolés de asumir un procedimiento de dichas características y a la fragilidad tanto del proceso de paz como del gobierno de transición), la remisión de la situación a la CPI le sirvió al presidente de la RDC como arma política en las siguientes elecciones, ya que sus posibles rivales en aquel momento (sus

vicepresidentes en el gobierno transicional, líderes de grupos rebeldes directamente implicados en crímenes de la competencia de la CPI) estaban entre las personas con mayor probabilidad de ser objeto de investigaciones por parte de la CPI.

Esta situación, a su vez, hizo que sectores del gobierno congolés vieran la intervención de la CPI como un peligro para sí mismos o sus intereses, lo que generó que impulsaran reformas legislativas y estructurales para fortalecer la capacidad del poder judicial y la policía. El régimen de complementariedad de la CPI provocó un “efecto en cadena” y creó la paradoja de que, aunque en otras circunstancias los responsables de crímenes internacionales (ahora en el gobierno) hubieran preferido mantener un sistema judicial débil que no pudiera enjuiciarlos, la intervención de la CPI generó la reacción contraria, justificada eso sí por la percepción de que un enjuiciamiento a nivel nacional representaba un riesgo menor, porque los daños que los procesos internos pudieran generar se podrían controlar de alguna manera.

A pesar de que este tipo de iniciativas venían en parte motivadas por un intento de que los tribunales domésticos ejercieran su jurisdicción prioritaria y evitar un procedimiento ante la CPI, la realidad es que en la práctica promovió que se adoptaran una serie de medidas concretas con la capacidad de fortalecer los procesos de gobernanza a nivel nacional. Además, de las entrevistas realizadas en dicho estudio también se desprende que la amenaza de un procedimiento internacional penal tuvo un efecto disuasorio en dirigentes rebeldes del Congo, que finalmente veían su enjuiciamiento como algo posible (Burke-White, 2005). Estudios más recientes sobre los posibles efectos preventivos de la actuación de la CPI en RDC también han mostrado que han podido ser variables en el tiempo, en razón del tipo de acción adoptada por la CPI (relacionadas éstas con el estado procesal de las actuaciones), el momento del conflicto, las facciones rebeldes involucradas y otros factores externos no estrictamente vinculados a las actuaciones de la CPI (Broache, 2016).

Sin embargo, otros autores han criticado la aplicación del régimen de complementariedad realizada por la Fiscalía en momentos posteriores de la investigación, argumentando que se caracterizó por una falta de apoyo a los procedimientos iniciados a nivel nacional y una

falta de asistencia en la reconstrucción del sistema congolés de justicia que terminó incluso por perjudicar los esfuerzos de las autoridades nacionales (Kambale, 2015). Las mejoras de las capacidades del sistema judicial congolés para hacer frente a crímenes de DI no han terminado por consolidarse, y la percepción de víctimas y supervivientes del conflicto ha estado marcada por el escepticismo ante la duración de los procedimientos llevados a cabo por la CPI y su carácter selectivo, centrados en crímenes cometidos principalmente en la región de Ituri y que no incluyeron a los máximos dirigentes, algunos de los cuales ocupan actualmente cargos públicos (Tunamsifu, 2019).

De forma similar, también se ha puesto énfasis en el rol preventivo que ha desempeñado la CPI en sus actuaciones, citando como ejemplo las órdenes de arresto dictadas contra líderes del ELS en la situación de Uganda, que provocaron que los investigados se vieran forzados a negociar y sus crímenes se redujeran considerablemente (Schabas, 2010: 44; Vilmer, 2016: 1334-1335). Ciertamente, en junio de 2007 se firmó el “acuerdo sobre responsabilidad y reconciliación entre el Gobierno de la República de Uganda y el ELS”. No obstante, algunos autores también han destacado que, si bien en un primer momento pudieron haber sido uno de los factores que obligaron al ELS a sentarse en la mesa de negociación, con el tiempo, al no ser retiradas por la CPI, se convirtieron en un “escollo” para el proceso de paz que finalmente contribuyó a su colapso y llevó a que líderes tradicionales y religiosos rechazaran la intervención de la CPI (Moffett, 2016: 510-511).

Asimismo, en relación también con los efectos que puede generar el régimen de complementariedad de la CPI, se ha destacado el potencial de los exámenes preliminares de la Fiscalía (con el objeto de determinar si existe fundamento razonable para la apertura formal de una investigación) para incentivar a las autoridades nacionales de los Estados afectados a poner fin a los delitos y proceder a su investigación y enjuiciamiento. En aquellos casos en los que la situación bajo análisis lo ha permitido, estos exámenes preliminares se han mostrado como una herramienta importante para fortalecer el estado de derecho a nivel nacional, contribuyendo de forma positiva al sistema de gobernanza nacional.

Por un lado, la acción de la Fiscalía ha tenido el efecto inmediato de poner en el punto de mira de la comunidad internacional los delitos que estaban siendo cometidos y la impunidad de sus presuntos autores. Por otro, el mantenimiento de los exámenes preliminares ha permitido la aplicación de la llamada “complementariedad positiva”, a través tanto de la asistencia y asesoramiento a las autoridades nacionales con el objeto de que pudieran realizar sus propias investigaciones y enjuiciamientos de forma efectiva como el apoyo directo en tareas de investigación, sobre todo cuando ha habido problemas de falta de capacidad (Olasolo, 2012).

Un ejemplo en el que aprecia el impacto positivo de los exámenes preliminares de la Fiscalía es la situación de Colombia. Tal y como ha examinado Olasolo (2012), el mantenimiento del examen preliminar abierto todo este tiempo ha generado el fortalecimiento del estado de derecho y las instituciones judiciales colombianas. La posición de la Fiscalía de la CPI ha promovido el debilitamiento de aquellos elementos que obstaculizaban el avance de las actuaciones judiciales nacionales, respaldando a aquellos otros actores que, a pesar de las dificultades, estaban investigando y enjuiciando a los principales responsables de la violencia masiva desplegada contra la población civil en Colombia. El seguimiento de los procedimientos judiciales nacionales por parte de la Fiscalía permitió que la CPI pudiera influenciar e impulsar determinados resultados en materia de justicia en el marco del proceso de paz y, a la vez, dar cierta legitimidad a las autoridades nacionales en dicho proceso. Ello permitió que la CPI pudiera actuar en los aspectos más controvertidos del proceso de paz (Aksenova, 2018; Easterday, 2015; Maculan, 2017). Precisamente son algunos de estos aspectos los que han despertado mayores críticas y escepticismo entre algunos autores, que han cuestionado que los procedimientos judiciales desarrollados en Colombia pudieran ser compatibles con el régimen de complementariedad (Chan y Wouters, 2015: 154-155; Loyo Cabezudo, 2017).

Aunque la situación de Colombia sigue bajo la atenta mirada de la Fiscalía de la CPI, el examen preliminar ha contribuido a que todavía hoy se continúen abriendo numerosas investigaciones y se haya conseguido juzgar y condenar a muchos de los responsables de los delitos cometidos, constitutivos de crímenes de guerra y crímenes de

lesa humanidad²². En cualquier caso, el éxito o fracaso final de la aplicación del régimen de complementariedad en Colombia deberá valorarse especialmente en relación con la aplicación efectiva del marco normativo desarrollado por los acuerdos de paz. Y en este sentido, tal y como algunas organizaciones han señalado, la implementación de dichos acuerdos se ha tenido que enfrentar con importantes dificultades, sigue siendo lenta y los procesamientos no han avanzado como se esperaba; además, continúan produciéndose graves crímenes perpetrados contra civiles por parte de diferentes grupos armados y guerrillas²³.

La Fiscalía de la CPI ha mostrado su satisfacción con la aplicación del principio de complementariedad en sus actuaciones y, en particular, con el resultado de su política de desarrollar una estrategia coordinada de investigación y enjuiciamiento para cerrar la brecha de la impunidad. A su juicio, dicha estrategia, aunque en una fase inicial de implementación, ha mostrado un enorme potencial debido a que: (1) nuevas investigaciones se han iniciado en diversos Estados, o sus investigaciones han progresado, sobre la base de la información proporcionada por la propia Fiscalía; (2) el aumento de las solicitudes de asistencia a la Fiscalía demuestra la necesidad y el valor añadido que la Fiscalía de la CPI aporta a las investigaciones y los enjuiciamientos realizados, en particular, a nivel nacional; y (3) la coordinación de investigaciones entre diferentes países y la Fiscalía en torno a situaciones específicas está aumentando la capacidad de la Fiscalía y sus socios para investigar los crímenes de la competencia de la CPI y delitos conexos, contribuyendo conjuntamente al objetivo de acabar con la impunidad²⁴.

Por último, aunque el número de casos abiertos en la CPI pueda resultar insuficiente, no cabe duda de que, sin sus investigaciones y enjuiciamientos, la mayoría de los responsables de tales crímenes hubieran quedado en la más absoluta impunidad. Aunque para muchos esto pueda significar un éxito de mínimos, es un hito que no se debe pasar por alto ya que ha contribuido a la promoción de la verdad, la justicia y la reparación en determinadas situaciones. Cada uno de los

²² Vid. CPI, Fiscalía, 05/12/2019.

²³ Vid. Misión de Verificación en Colombia de la ONU, 2020; HRW, 2020; Amnistía Internacional, 2019.

²⁴ Vid. CPI, Fiscalía, 17/07/2019, párr. 5.

enjuiciamientos de los responsables de crímenes internacionales ha de ser ensalzado como un triunfo del estado de derecho global, que se opone a la cultura de impunidad imperante en la comunidad internacional (Chan & Wouters, 2015: 145). Tales casos también han servido para clarificar y desarrollar normas y estándares de JIP a través de la jurisprudencia de la CPI (poniendo en valor el poder normativo de la CPI como actor de gobernanza), además de promover su aceptación e incorporación en los sistemas jurídicos de los Estados.

5. CONCLUSIONES

La gobernanza global es un proceso de toma de decisiones complejo, que se lleva a cabo mediante la continua interacción entre los diferentes niveles de gobernanza de la sociedad internacional. Supone un debilitamiento de la visión del poder centrada en la soberanía estatal, y se manifiesta en la participación pública y privada de nuevos actores (no estatales) en la toma conjunta de decisiones sobre la gestión y conducción de ciertos asuntos de interés común. Entre esos actores se encuentra la CPI, que nace con el objetivo de acabar con la impunidad de los crímenes más graves y contribuir a la prevención de nuevos crímenes, ostentando además la capacidad de impulsar procesos de gobernanza a nivel nacional mediante su régimen de complementariedad y mecanismos de cooperación con Estados y OI.

Aunque la CPI dispone de los elementos necesarios para convertirse en impulsor de gobernanza global, en la práctica su impacto se ha visto restringido por varios factores. Primero, el limitado número de ratificaciones del ECPI ha podido generar la percepción de que, a día de hoy, la CPI no sea un verdadero actor “global” o, al menos, con capacidad para tener un impacto “global”. Esta situación tampoco se ha visto paliada por la intervención del CSNU en aplicación de las facultades que le otorga el ECPI, que ha causado que muchas de las situaciones en las que actualmente se puedan estar cometiendo crímenes de DI sigan quedando impunes.

En segundo lugar, a esto se le ha sumado la falta de cooperación de los Estados, que ha afectado significativamente a su capacidad de completar satisfactoriamente investigaciones y enjuiciamientos. Estados (o más bien Jefes de Estado y de Gobierno) han tratado de utilizar

la CPI para beneficio de sus propios intereses políticos y partidistas, intentando quedar fuera del alcance de sus actuaciones, e incluso han deliberadamente incumplido sus obligaciones de cooperar con la CPI. Las situaciones de Darfur (Sudan), Libia y Kenia son muy ilustrativas en este sentido. Estas limitaciones a la hora de hacer que los Estados cooperen, o lo hagan de forma efectiva, han puesto en duda la capacidad de la CPI de investigar y juzgar a figuras políticas o altos representantes del Estado en ejercicio; situación a la que el régimen de complementariedad probablemente no contribuya a favorecer (más bien lo contrario), a pesar de ser precisamente éste (el enjuiciamiento de los máximos responsables de crímenes internacionales) un elemento central del mandato de la CPI.

Por último, en tercer lugar, los factores anteriores han tenido un impacto directo en el limitado alcance de las actuaciones llevadas a cabo por la CPI, que para muchos ha sido insuficiente. A esto se añaden las críticas a la Fiscalía de la CPI por su estrategia de selección y priorización de casos, que en la práctica ha llevado a que la mayoría de los casos finalizados se hayan dirigido contra miembros de grupos armados no estatales (en algunos casos con un nivel relativamente limitado de responsabilidad en los crímenes cometidos).

No obstante, tampoco se puede pasar por alto el impacto positivo que la mera existencia de la CPI como institución y el inicio de sus investigaciones han tenido en los Estados que han sido objeto de ellas y, de forma más amplia, en la gobernanza global. Su intervención en diversas situaciones y casos (por ejemplo, en RDC) ha podido generar dinámicas positivas (fortalecimiento institucional y de los sistemas judiciales nacionales, y promoción del estado de derecho a nivel nacional e internacional), especialmente mediante la aplicación del régimen de complementariedad. También se ha destacado el potencial de los exámenes preliminares que realiza la Fiscalía para incentivar a las autoridades nacionales de los Estados afectados a poner fin a los delitos y proceder a la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales. Colombia es un claro ejemplo de aplicación efectiva de la llamada “complementariedad positiva”.

Finalmente, a pesar del número limitado de condenas en la CPI, cada una representa una victoria del estado de derecho global; la alternativa hubiera sido la impunidad. Esto también ha podido generar la

percepción de que la comisión de crímenes de DI entraña un riesgo real de enjuiciamiento y castigo, potenciando el efecto preventivo de la CPI.

El éxito o fracaso de la CPI no se debe medir únicamente por el número de casos finalizados. Su concepción como un impulsor de gobernanza global permite un análisis más amplio de sus actuaciones, destacando los efectos positivos que la aplicación del régimen de complementariedad ha tenido en los procesos de gobernanza nacional. Dado su potencial de convertirse en un auténtico impulsor de gobernanza global se debe exigir más a la CPI, pero tampoco se puede perder de vista que en sus primeros casi 20 años de funcionamiento ha tenido que enfrentar un sinnúmero de dificultades y obstáculos, que parece que no solo no desaparecerán, sino que se incrementarán en los próximos años. La capacidad de la CPI para afrontar estos problemas en el futuro será clave para su credibilidad y determinará en gran medida que se pueda percibir como un actor relevante de gobernanza global.

REFERENCIAS

Doctrina

- Abbott, K. W. & Snidal, D. (2009). "The Governance Triangle: Regulatory Standards Institutions and The Shadow of the State". En Mattli, W. & Woods, N. (ed.). *The Politics of the Global Regulation*. Princeton: Princeton University Press. Pp. 44-88.
- Aksenova, M. (2018). "The ICC Involvement in Colombia: Walking the Fine Line between Peace and Justice". En Bergsmo, M. & Stahn, C. (ed.). *Quality Control in Preliminary Examination: Volume 1*. Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher. Pp. 257-282.
- Ambos, K. (2010). "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (art. 17 Estatuto de Roma)". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Vol. 2. Pp. 1-47.
- Anello, C. (2013). "Desafíos de la Corte Penal Internacional en torno a la cooperación con los Estados". *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*. Vol. 1. Pp. 43-60.
- Ansell, C. & Torfing, J. (2016). "Introduction: Theories of Governance". En Ansell, C. & Torfing, J. (ed.). *Handbook on Theories of Governance*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. Pp. 1-17.

- Benedict, K. (2001). "Global Governance". En Smelser, N.J. & Baltes, P.B. (ed.). *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Oxford: Pergamon-Elsevier. Pp. 6232-6237.
- Benvenisti, E. (2014). *The Law of Global Governance*. Leiden: Brill Nijhoff.
- Benzing, M. (2003). "The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity". *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 7. Pp. 591-632.
- Besson, S. (2020). "COVID-19 and the WHO's Political Moment". *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*. Recuperado de: www.ejiltalk.org/covid-19-and-the-whos-political-moment.
- Betts, A. (2011). "Introduction: Global Migration Governance". En Betts, A. (ed.). *Global Migration Governance*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 1-33.
- Bitti, G. (2009). "Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC". En Stahn, C. & Sluiter, G. (ed.). *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Leiden: Brill Nijhoff. Pp. 284-304.
- Broache, M. (2016). "Irrelevance, Instigation and Prevention: The Mixed Effects of International Criminal Court Prosecutions on Atrocities in the CNDP/M23 Case". *International Journal of Transitional Justice*. Vol. 10(3). Pp. 388-409.
- Burke-White, W. (2005). "Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo". *Leiden Journal of International Law*. Vol. 18(3). Pp. 557-590.
- Chan, K. & Wouters, J. (2015). "Constructing the International Criminal Court's Rule of Law Identity". En De Baere, G. & Wouters, J. (ed.). *The Contribution of International and Supranational Courts to the Rule of Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. Pp. 127-175.
- Delbruck, J. (2002). "Prospects for a 'World (Internal) Law'?: Legal Development in a Changing International System". *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 9(2). Pp. 401-431.
- Dobre, D. (2020). "Nuevos actores en la gobernanza económica europea: los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea". En Pérez Miras, A., Teruel Lozano, G., Raffiotta, E. & Iadicicco, M. (ed.). *Setenta años de constitución italiana y cuarenta años de constitución española*. Vol. V. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Pp. 147-163.
- Easterday, J. (2015). "Beyond the 'Shadow' of the ICC. Struggles over Control of the Conflict Narrative in Colombia". En De Vos, C., Kendall, S. & Stahn, C. (ed.). *Contested Justice: The Politics and Practice of Interna-*

- tional Criminal Court Interventions*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 432-455.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Editorial Trotta.
- Finkelstein, L. (1995). "What Is Global Governance?". *Global Governance*. Vol. 1(3). Pp. 367-372.
- Hillebrecht, C. & Straus, S. (2017). "Who Pursues the Perpetrators?: State Cooperation with the ICC". *Human Rights Quarterly*. Vol. 39(1). Pp. 162-188.
- Holmes, J. (2002). "Complementarity: National Courts *versus* the ICC". En Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J. (ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 667-686.
- Hurrell, A. (1999). "Sociedade internacional e governança global". *Lua Nova: Revista de Cultura e política*. Vol. 46. Pp. 55-75.
- Innerarity, D. (2012). "La gobernanza global, de la soberanía a la responsabilidad". *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*. Vol. 100. Pp. 11-23.
- Kambale, P. (2015). "A Story of Missed Opportunities. The Role of the International Criminal Court in the Democratic Republic of Congo." En De Vos, C., Kendall, S. & Stahn, C. (ed.). *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 171-197.
- Kaul, H. (2002). "Preconditions to the Exercise of Jurisdiction". En Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J. (ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 583-616.
- Klabbers, J. (2015). "The EJJIL Foreword: The Transformation of International Organizations Law". *The European Journal of International Law*. Vol. 26(1). Pp. 9-82.
- Levi-Faur, D. (2012). "From 'Big Government' to 'Big Governance'?" En Levi-Faur, D. (ed.). *The Oxford Handbook of Governance*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 3-18.
- Loyo Cabezudo, J. (2017). "La justicia transicional en Colombia: ¿Un instrumento creado para erradicar la impunidad?". *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*. Vol. 5. Pp. 32-61.
- Maculan, E. (2017). "El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo". *Cuadernos de Estrategia*. Vol. 189. Pp. 91-124.
- Moffett, L. (2016). "Complementarity's Monopoly on Justice in Uganda: The International Criminal Court, Victims and Thomas Kwoyelo". *International Criminal Law Review*. Vol. 16(3). Pp. 503-524.

- Nowrot, K. (2004). "Global Governance and International Law". *Beiträge Zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Vol. 33. Pp. 1-34.
- Olasolo, H. (2012). "El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Vol. 24. Pp. 3-45.
- Olasolo, H. (2016). "Los fines del derecho internacional penal". *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Vol. 14 (29). Pp. 93-146.
- Olasolo, H., & Carnero Rojo, E. (2011). "Extensión y límites de la jurisdicción personal, territorial y temporal de la Corte Penal Internacional". En Olasolo, H., *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. Pp. 81-109.
- Olasolo, H., & Galain Palermo, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal: atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Colección Perspectivas Iberoamericanas de la Justicia. Vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Olasolo, H., Carnero Rojo, E., Seoane, D., & Carcano, L. (2018). "El limitado alcance de las actuaciones de la Corte Penal Internacional en su decimoquinto aniversario y sus posibles causas". En Olasolo, H., Buitrago Rey, N. E., Bonilla Tovar, V. & Canosa Cantor, J. (ed.). *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*. Colección Perspectivas Iberoamericanas de la Justicia. Vol. 4. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 395-449.
- Oola, S. (2015). "In the shadow of Kwoyelo's trial. The ICC and complementarity in Uganda". En De Vos, C., Kendall, S. & Stahn, C. (ed.). *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 147-170.
- Pace, W. & Schense, J. (2002). "The Role of Non-Governmental Organizations". En Cassese, A. Gaeta, P. & Jones, J. (ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 105-143.
- Quesada-Alcalá, M.C. (2019). "Levantando el velo de la lucha contra la impunidad: la Corte Penal Internacional y sus intereses para actuar". En Rocha-Herrera, R., Quesada-Alcalá, M.C. & Uruña Sánchez, M.I. (ed.). *Actores internacionales contemporáneos. Normatividad y poder en las relaciones internacionales*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 7. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de

- la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 225-255.
- Rhodes, R.A. (1996). "The New Governance: Governing without Government". *Political Studies*. Vol. XLIV. Pp. 652-667.
- Rosenau, J. (2000). "Governance, Order and Change in World Politics". En Rosenau, J. & Czempiel, E. (ed.). *Governance without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 1-29.
- Schabas, W. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press.
- Sheppard, D. (2010). "The International Criminal Court and 'Internationally Recognized Human Rights': Understanding Article 21(3) of the Rome Statute". *International Criminal Law Review*. Vol. 10(1). Pp. 43-71.
- Stahn, C. (2020). *Justice as Message: Expressivist Foundations of International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Torring, J., Peters, B.G., Pierre, J. & Sørensen, E. (2012). *Interactive Governance: Advancing the Paradigm*. Oxford: Oxford University Press.
- Tunamsifu, S.P. (2019). "Twelve Years of Judicial Cooperation between the Democratic Republic of the Congo and the International Criminal Court: Have Expectations Been Met?". *African Human Rights Law Journal*. Vol. 19(1). Pp. 105-125.
- Vilmer, J-B.J. (2016). "The African Union and the International Criminal Court: Counteracting the Crisis". *International Affairs*. Vol. 92(6). Pp. 1319-1342.
- Voelsen, D. & Schettler, L.V. (2019). "International Political Authority: On the Meaning and Scope of Justified Hierarchy in International Relations". *International Relations*. Vol. 33(4). Pp. 540-562.
- Von Bogdandy, A., & Venzke, I. (2012). "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers". En Von Bogdandy, A. & Venzke, I. (ed.). *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*. Berlín-Heidelberg: Springer. Pp. 3-33.
- Williams, S. (2018). "Civil Society Participation in Preliminary Examinations". En Bergsmo, M. & Stahn, C. (ed.). *Quality Control in Preliminary Examination*. Vol. 2. Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher. Pp. 553-586.
- Zolo, D. (2002). "Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Vol. 36. Pp. 197-220.
- Zürn, M. (2018). *A Theory of Global Governance: Authority, Legitimacy and Contestation*. Oxford: Oxford University Press.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

Estado de Libia

CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, *Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute”’ of 5 April*, Doc. Núm. ICC-01/11-01/11-695. 9 de marzo de 2020. Citado como: CPI, Gaddafi, 09/03/2020.

CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, *Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi’*, Doc. Núm. ICC-01/11-01/11-565. 24 de julio de 2014. Citado como: CPI, Gaddafi, 24/07/2014.

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares I]. The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, *Decision on the non-compliance by Libya with requests for cooperation by the Court and referring the matter to the United Nations Security Council*, Doc. Núm. ICC-01/11-01/11-577. 11 de diciembre de 2014. Citado como: CPI, Gaddafi, 11/12/2014.

República de Sudán

CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, Doc. Núm. ICC-02/05-01/09-397-Corr. 6 de mayo de 2019. Citado como: CPI, Al-Bashir, 06/05/2019.

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court*, Doc. Núm. ICC-02/05-01/09-195. 4 de abril de 2014. Citado como: CPI, Al-Bashir, 04/04/2014.

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision on the Prosecutor’s Request for a Finding of Non-Compliance against the Republic of the Sudan*, Doc. Núm. ICC-02/05-01/09-227. 9 de marzo de 2015. Citado como: CPI, Al-Bashir, 09/03/2015.

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute*, Doc. Núm.

ICC-02/05-01/09-266. 11 de julio de 2016. Citado como: CPI, Al-Bashir, 11/07/2016a.

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision on the non-compliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute*, Doc. Núm. ICC-02/05-01/09-267. 11 de julio de 2016. Citado como: CPI, Al-Bashir, 11/07/2016b.

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, Doc. Núm. ICC-02/05-01/09-302. 6 de julio de 2017. Citado como: CPI, Al-Bashir, 06/07/2017.

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, Doc. Núm. ICC-02/05-01/09-309. 11 de diciembre de 2017. Citado como: CPI, Al-Bashir, 11/12/2017.

República de Kenia

CPI. [Sala de Primera Instancia V(A)]. The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, *Public redacted version of Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal*, Doc. Núm. ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr. 5 de abril de 2016. Citado como: CPI, Ruto & Sang, 05/04/2016.

CPI. [Sala de Primera Instancia V(B)]. The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, *Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta*, Doc. Núm. ICC-01/09-02/11-1005. 13 de marzo de 2015. Citado como: CPI, Kenyatta, 13/03/2015.

CPI. [Sala de Primera Instancia V(B)]. The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, *Second decision on Prosecution's application for a finding of non-compliance under Article 87(7) of the Statute*, Doc. Núm. ICC-01/09-02/11-1037. 19 de septiembre de 2016. Citado como: CPI, Kenyatta, 19/09/2016.

República Democrática del Congo

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. *The Prosecutor v. Germain Katanga*, *Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr. 23 de mayo de 2014. Citado como: CPI, Katanga, 23/05/2014.

República Islámica de Afganistán

- CPI. [Sala de Apelaciones]. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, *Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Doc. Núm. ICC-02/17-138. 5 de marzo de 2020. Citado como: CPI, Situación en Afganistán, 05/03/2020.
- CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Doc. Núm. ICC-02/17-33. 12 de abril de 2019. Citado como: CPI, Situación en Afganistán, 12/04/2019.

Resoluciones, informes y otros documentos

- Amnistía Internacional (2019). *Colombia 2019*.
- Cepiku, D. (2006). "Public Governance: Research and Operational Implications of a Literature Review". *Tenth International Research Symposium on Public Management (IRSPM X)*. Glasgow Caledonian University.
- Comisión Europea (2001). *Gobernanza europea. Un libro blanco. Bruselas, COM(2001) 428 final*. Recuperado de: <http://www.bioeticanet.info/documentos/GobernanzaEuropea01.pdf>.
- Commission on Global Governance (1995). *Our Global Neighborhood*. Recuperado de: www.gdrc.org/u-gov/global-neighbourhood.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2006). *Report on Prosecutorial Strategy*. 14 de septiembre de 2006. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2016). *Policy Paper on Case Selection and Prioritization*. 15 de septiembre de 2016. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2019a). *Informe sobre las actividades de examen preliminar de 2019 (Colombia)*. 5 de diciembre de 2019. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2019-PE-Report-COL-SPA.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2019b). *Strategic Plan 2019-2021*. 17 de julio de 2019. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20190726-strategic-plan-eng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2020). *Nineteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011)*. 5 de mayo de 2020. Recu-

- perado de: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/19th-report-icc-otp-UNSC-libya-ENG.pdf>.
- Human Rights Watch (2020). *Informe Mundial 2020: Colombia*. Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/336672>.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2005). *Resolución 1593 (2005)*. Doc. Núm. S/RES/1593. 31 de marzo de 2005. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3803.pdf?view=1>.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2011). *Resolución 1970 (2011)*. Doc. Núm. S/RES/1970. 26 de febrero de 2011. Recuperado de: [https://www.undocs.org/es/S/RES/1970%20\(2011\)](https://www.undocs.org/es/S/RES/1970%20(2011)).
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). Misión de Verificación en Colombia. (2020). *Report of the Secretary-General*. Doc. Núm. S/2020/943. 25 de septiembre de 2020. Recuperado de: <https://undocs.org/en/S/2020/943>.
- Sewanyana, L. (2019). *Promoción de un orden internacional democrático y equitativo. Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo*. Doc. Núm. A/HRC/42/48. 30 de julio de 2019. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/230/70/PDF/G1923070.pdf?OpenElement>.

Capítulo 6

LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA GLOBAL

Ricardo Izquierdo
Ana Lucía Ugalde Jiménez

1. INTRODUCCIÓN

La adopción del ECPI en 1998 y su posterior entrada en vigor en 2002 representó, para muchos, “un regalo de esperanza para las nuevas generaciones, y un enorme paso adelante en la marcha hacia los derechos humanos universales y el estado de derecho” (Kofi Annan, citado por Glasius, 2009: 496-497). La CPI se erigió como un tribunal internacional penal de carácter permanente, con vocación universal, llamada a complementar las jurisdicciones penales nacionales para poner fin a la impunidad por los crímenes más graves para la comunidad internacional. Con ello se unió a los esfuerzos que desde el DIDH venían realizando los tribunales regionales de derechos humanos.

A la luz de lo anterior, el presente capítulo busca analizar la función de la CPI desde la perspectiva de la teoría de la justicia global. Esta entiende que la sociedad internacional se encuentra integrada por una pluralidad de agentes más allá de los Estados, y procura analizar la estructura del orden global institucional en relación con las necesidades e intereses de las personas con mayor relevancia moral (Pogge, 2008:109). De esta manera, la teoría de la justicia global, que está basada en corrientes cosmopolitas, coloca al ser humano y su bienestar en el centro de atención de sus consideraciones. Con ello, migra de una visión de la comunidad internacional centrada en los Estados y sus relaciones, a una “comunidad global de seres humanos” (Brock, 2009: 8).

Desde esta concepción, que plantea la necesidad de adoptar una perspectiva global para la solución de problemáticas globales, la CPI es una institución llamada a desempeñar una función clave en la prevención y lucha contra la impunidad de los máximos responsables de

los crímenes más graves que atentan contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. De este modo, el presente capítulo estudia, en primer lugar, el concepto de justicia global como horizonte de análisis (sección 2) y el tratamiento de la JI (sección 3). A continuación, se analiza la función de la CPI desde esta perspectiva (sección 4), para finalizar con una breve síntesis de las principales conclusiones alcanzadas (sección 5).

2. LA TEORÍA DE LA JUSTICIA GLOBAL COMO HORIZONTE DE ANÁLISIS

Tradicionalmente, el estudio sobre las estructuras de una sociedad justa se ha concentrado en las formas de organización y las conductas humanas dentro de los límites fronterizos de un Estado. A lo largo de la historia han surgido innumerables teorías de la justicia en el campo de la filosofía política. Entre ellas, cabe destacar la obra de Rawls, *A Theory of Justice*, donde identifica los principios fundamentales sobre los cuales el contrato social de cualquier sociedad nacional justa debería ser construido. Rawls (1971: 7) analiza, en particular, cómo se deberían estructurar institucionalmente los sistemas de justicia social domésticos para distribuir derechos y deberes fundamentales y aprovechar las ventajas de la cooperación social.

Posteriormente, en su obra *The Law of Peoples*, Rawls analiza las normas que deben regir el comportamiento entre Estados. Para ello, parte de la premisa de que los Estados son y actúan de forma independiente respecto de sus similares, con lo cual la responsabilidad sobre el bienestar de las sociedades bajo su tutela recae exclusivamente sobre los mismos (Brock, 2009: 24; Rawls, 1999: 39). En consecuencia, sostiene Rawls, los niveles de prosperidad de las sociedades nacionales responden primordialmente a las “diferencias de cultura política y la naturaleza virtuosa de sus ciudadanos” (Brock, 2009: 24, 25).

Sin embargo, la humanidad enfrenta en la actualidad problemas que tienen, o pueden llegar a tener en el futuro, un impacto global. Por ello, como propone Pogge (2008: 102 *et seq.*), un análisis moral adecuado de la justicia *intranacional* e *internacional* ha de tomar en consideración, tanto la conducta de los agentes individuales o colectivos que componen la sociedad bajo estudio (“análisis moral interac-

tivo”), como la configuración normativa e institucional que exista en la misma (“análisis moral institucional”).

Como resultado, resulta cada vez más difícil estudiar esquemas de justicia sin contemplar, a su vez, las implicaciones que determinadas formas de organización institucional a nivel nacional e internacional pueden tener respecto de grupos humanos de ámbito global. Además, incluso las interacciones individuales o colectivas que tienen lugar dentro de los límites fronterizos de los Estados con frecuencia tienen el potencial de afectar considerablemente a distintos grupos sociales alrededor del mundo.

Frente a ello, los esquemas tradicionales de justicia, como los propuestos por Rawls en las obras mencionadas, resultan insuficientes para la construcción de una noción de justicia que se adapte a los distintos niveles de complejidad e interacción que las realidades de una sociedad globalizada como la actual demandan. En particular, suele criticarse que *The Law of Peoples* ignora tanto el grado en el que condiciones desfavorables puedan resultar de factores externos a la sociedad, como las relaciones existentes entre los Estados en el orden económico global (Brock, 2009: 25).

Ante esta situación, surge la teoría de la justicia global en el campo de la filosofía política y de las RI, poniendo particular atención a los principales desafíos que enfrenta actualmente la humanidad. Para ello, analiza: (i) el orden institucional mundial desde la idea de justicia, y (ii) la responsabilidad moral de todos los agentes individuales y colectivos relevantes en la generación de dichos retos.

Pogge (2008: 109) considera que la teoría de la justicia global busca estudiar la estructura y organización del orden global institucional en relación con las necesidades humanas básicas y los intereses humanos de mayor relevancia moral. Al respecto, Beitz sostiene que, en tanto que a nivel internacional existen hoy en día instituciones capaces de ejercer algunas de las funciones tradicionales de los Estados, las consideraciones sobre la noción de justicia no pueden limitarse al ámbito doméstico (Beitz (1975) citado por Dietzel, 2017: 92). Consecuentemente, para algunos críticos de Rawls, la realidad moderna exige un concepto de justicia que tenga en consideración que algunas sociedades son desfavorecidas por elementos de naturaleza global (Brock, 2009: 26).

Con base en lo anterior, la teoría de la justicia global propone a su vez “[...] que los ciudadanos de los países ricos están potencialmente involucrados en los horrores que tantas personas deben padecer en los países menos desarrollados, así como en la violencia y el hambre que se infligen a esas personas” (Pogge, 2008: 104). Por ello, “los que vivimos en el mundo afluente y desarrollado, no podemos en consecuencia aislarnos defensivamente de la miseria de los más desfavorecidos en el mundo, pues somos cómplices de que se mantengan en un estado de pobreza” (Brock, 2009: 25).

La teoría de la justicia global encuentra sus raíces en las corrientes filosóficas del cosmopolitismo, en tanto que coloca al individuo en el centro de las consideraciones morales, y traslada al Estado a un segundo plano de atención (Dietzel, 2017: 91). Para ello, parte de la premisa de que cada individuo pertenece y debe valorarse como miembro de una “comunidad global de seres humanos” y, por tanto, “tiene responsabilidades respecto de otros miembros de la comunidad global”. En consecuencia, “[las] fronteras de los Estados, y otros límites considerados restricciones al alcance de la justicia, son obstáculos irrelevantes en la apreciación de nuestras responsabilidades hacia todos en la comunidad global” (Brock, 2009: 9). De esta manera, el cosmopolitismo coloca en el centro de atención el bienestar del individuo, y examina “si el bienestar de los menos privilegiados a nivel global puede ser mejorado” (Rawls, 1999: 120).

Bajo esta concepción, todo individuo merece igual consideración moral como miembro de la especie humana. De este modo, la teoría de la justicia global constituye y constituirá una teoría de particular relevancia en la misma medida en que existan problemas de cohabitación global (Dietzel, 2017: 92). Esta aproximación busca, entonces, estudiar los deberes morales que los miembros de la especie humana tienen, no solo respecto de sus connacionales, sino hacia todos en tanto que miembros de la misma especie (Tan, 2017: 5). Por ello, está necesariamente en conflicto con las concepciones tradicionales de la soberanía del Estado y las doctrinas nacionalistas.

A pesar de lo anterior, para autores como Yael Tamir y David Miller, la teoría de la justicia global, en tanto que representación del cosmopolitismo, es considerada compatible con interpretaciones “liberales” del nacionalismo que, además de jugar un papel esencial en

la construcción de la identidad individual y cultural de cada persona, son moralmente valiosas (Brock, 2009: 247 *et seq.*). En consecuencia, el cosmopolitismo y el nacionalismo pueden coexistir en armonía siempre que ambas perspectivas persigan un compromiso de “igualitarismo global”, que acepte, a su vez, el “valor del nacionalismo” (Tan, 2017: 57).

No cabe duda de que la teoría de la justicia global impone limitaciones a los sentimientos tradicionales de patriotismo, pues procura alcanzar un igualitarismo global. Ello implica un rechazo de las visiones parciales en favor de los connacionales (que son inherentes a las ideas nacionalistas). Además, aboga en el campo de la filosofía política y de las RI por la consolidación de una concepción más restringidas de la soberanía estatal (Tan, 2017: 72 *et seq.*). Como Risse (2012: 3) señala, el proceso de globalización que se ha apoderado del mundo moderno “erosiona la importancia política y económica de las fronteras nacionales” (Risse, 2012: 3).

Esto significa, por ejemplo, que el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados pudiera someterse a limitaciones importantes cuando se está frente a graves violaciones de los derechos humanos, en la medida en que se entienda que “[...] existen ciertas condiciones morales que los Estados deben satisfacer para que puedan realizarse adecuadamente los derechos humanos” (Tan, 2017: 83). En este sentido, la Corte IDH ha sentado importantes estándares respecto a la obligación internacional de los Estados de investigar hechos que constituyan graves violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables. Además, ha declarado inadmisibles las disposiciones de amnistía, prescripción o exención de responsabilidad que pretenden obstaculizar el cumplimiento de esta obligación (Corte IDH, Barrios Altos, 2001: párr. 41; Corte IDH, Gomes Lund, 2010: párr. 147). Según señala la Corte IDH, esta posición ha sido acogida también por el TEDH, la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, varios órganos de la ONU, tribunales internacionales penales y altas cortes nacionales, entre otros (Corte IDH, Gomes Lund, 2010: párrs. 147 a 170).

La teoría de la justicia global tiene múltiples variantes. Unas centran sus esfuerzos en analizar los problemas vinculados con la justicia distributiva desde una perspectiva global. Otras se enfocan en temas

como la necesidad de aumentar la igualdad de oportunidades, o la determinación de los criterios que deben regir la intervención de terceros Estados en temas considerados tradicionalmente como asuntos internos (Brock, 2009: 10).

Valentini y Torresi (2011: 2035) han destacado que, en su nivel esencial, retos como el cambio climático, las violaciones masivas a los derechos humanos y los niveles de desigualdad mundial resaltan la necesidad de atender problemas de ámbito universal desde una perspectiva global. A este respecto, no cabe duda de que el impacto que podría tener el cambio climático sobre poblaciones humanas de todo el planeta no respetará fronteras entre naciones, ni afectará selectivamente a sectores diferenciados de la sociedad humana. Por el contrario, el cambio climático podría traer graves consecuencias sobre la vida en todo el orbe, teniendo el potencial de afectar desproporcionadamente a quienes menos han contribuido en su producción y a los grupos humanos más vulnerables (Harris (2010) citado en Dietzel, 2017: 94). Es por ello que el cambio climático constituye un ejemplo claro de la relevancia que tiene en la actualidad la teoría de la justicia global.

En este sentido, el Convenio Marco de la ONU sobre el Cambio Climático es particularmente ilustrativo, al establecer que “los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad” (AGNU, 1992: 2). Del mismo modo, la “Declaración sobre el Estado del Clima Mundial en 2019” de la OMM no solo recoge los indicadores climáticos más recientes a nivel global, sino que presenta también los *riesgos e impactos relacionados con el clima* que podría desencadenar un mayor agravamiento del cambio climático. Así, para la OMM, los riesgos asociados con el cambio climático suelen depender de “complejas interacciones entre los peligros relacionados con el clima y la vulnerabilidad, la exposición y la capacidad de adaptación de los sistemas humanos y naturales” (OMM, 2020: 27). Ello sugiere que los grupos humanos más vulnerables o con menor capacidad de adaptación, están, a su vez, más expuestos a los riesgos que conlleva el aumento de la temperatura a nivel global.

Conforme a la OMM (2020: 28), las altas temperaturas registradas en los últimos años han afectado desproporcionadamente a las personas mayores de 65 años que han estado expuestas a diversas olas de calor alrededor del mundo. Asimismo, las altas temperaturas

han favorecido el aumento en la transmisión de enfermedades como el dengue, han impactado la seguridad alimentaria de centenares de millones de personas, y han contribuido con el desplazamiento de multitud de personas como resultado de devastadores desastres naturales (OMM, 2020: 28-31).

En respuesta a dicha problemática, los defensores de la teoría de la justicia global han planteado la necesidad de reconocer que el cambio climático constituye un “problema moral cuyas cargas deben dividirse justamente” (Risse, 2012: 202). En consecuencia, en tanto que las posibles consecuencias del cambio climático amenazan a la totalidad de nuestro planeta, la fragilidad de las condiciones climáticas favorables para la vida humana demanda un mayor grado de “responsabilidad colectiva” acerca del cambio climático como un problema de naturaleza global (Risse, 2012: 131).

De forma similar, los niveles de desigualdad a nivel global (y no solo dentro de los límites fronterizos de los Estados), así como sus posibles causas, reciben cada vez más atención por parte de los defensores de la teoría de la justicia global. El papel que juegan los Estados más poderosos y las instituciones internacionales que regulan el comercio mundial se encuentra en el centro de su análisis. En este sentido, Risse (2012: 4; 263 *et seq.*) subraya que requieren especial atención las formas de organización institucional que dan forma al actual orden económico global, incluyendo las políticas económicas de subsidios, que generan ganadores y perdedores (Risse, 2012: 263 *et seq.*). En el mismo sentido, Pogge (2001: 12) considera que las “[...] sociedades, que contienen aproximadamente una séptima parte de la humanidad, controlan la mayor parte del producto global, así como el acceso a los mercados más lucrativos del mundo y, en consecuencia, tienen una ventaja enorme sobre los demás en términos de poder de negociación, información y experticia”.

La teoría de la justicia global ha sido también criticada por aquellos autores que sostienen que los esquemas propuestos por sus proponentes son inaplicables porque no existen instituciones globales que tengan poder sobre los individuos y los Estados en su totalidad (Nagel (2005) y Blake (2001), citados por Dietzel, 2017: 93). Otros, rechazan sus fundamentos por tratarse de una idea primordialmente centrada en valores fundamentalmente occidentales, y no en ideales

universales (Young (2011), citado por Dietzel, 2017: 93). Además, hay quienes estiman que una aproximación cosmopolita que pretenda establecer valoraciones morales a nivel global no es posible, porque las concepciones de la justicia requieren de vínculos histórico-culturales esenciales que solo se preservan al interior de las fronteras (Miller (2007), citado por Dietzel, 2017: 93).

En cualquier caso, las discusiones sobre los principios y valores que deben regir el actuar de los agentes individuales y colectivos a nivel global es cada vez más relevante. Asimismo, la idea de un mundo globalizado regido por instituciones de gobernanza global toma mayor protagonismo, en la medida en que las desigualdades y las tragedias que afrontan los seres humanos a lo largo y ancho del planeta dejan de tener una naturaleza meramente local o doméstica, y se convierten en problemas de naturaleza global que atañen a todos los seres humanos por igual.

Además, aun cuando no exista por ahora una forma de gobierno globalizada, no cabe duda de que, particularmente desde mediados del siglo pasado, se ha consolidado un nuevo “orden mundial” bajo la hegemonía de los cinco miembros permanentes del CSNU, cuyos principales actores son organizaciones de alcance global como la ONU, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio, entre otras (Risse, 2012: 4).

En este contexto, se puede afirmar que la CPI forma parte del complejo entramado que constituye este nuevo “orden mundial”. Dentro del mismo, desarrolla su función de lucha contra la impunidad de los “máximos responsables” de los crímenes previstos en el ECPI. Para ello ha de enfrentar una realidad global en la que los Estados más poderosos mantienen su capacidad de ejercer su influencia sobre las instituciones internacionales.

3. EL TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA GLOBAL

Tradicionalmente, el estudio de la JI se ha centrado en los principios y normas que regulan las relaciones *entre los Estados* (Brown, 2009: 1). Desde esta perspectiva, el individuo no forma parte del aná-

lisis, y sus intereses se entienden protegidos mediante las decisiones que los gobiernos nacionales toman en nombre de sus *Estados* (Pogge, 2008: 101). Sin embargo, este esquema es insuficiente porque no incluye la mayoría de los actores de la actual sociedad internacional, como las OI, las corporaciones transnacionales, las ONG y los seres humanos (Pogge, 2008: 103).

Cañado Trindade destaca que los “fundadores” del DI (Francisco de Vitoria, Alberico Gentili, Francisco Suárez y Hugo Grotius) atribuyeron ya en los siglos XVI y XVII importancia a la subjetividad internacional de las personas, al considerar que el derecho de gentes se basa en una comunidad internacional constituida de seres humanos, miembros de una *societas gentium* universal (Cañado, 2007: 277). En consecuencia, para los “padres” del DI, “la comunidad internacional no puede pretender basarse en la *voluntas* de cada Estado individualmente”, porque los individuos ocupan una posición central en las RI y “tienen derechos *vis-à-vis* el Estado soberano” (Cañado, 2007: 277).

Sin embargo, a finales del siglo XIX, el DI se vio influenciado por la visión de la “soberanía estatal absoluta”, perdiendo la persona humana la relevancia que había tenido hasta entonces. Esta situación se extendería hasta el final de la Segunda Guerra Mundial. Sólo entonces comenzarían los individuos a recuperar paulatinamente su importancia para el DI mediante el reconocimiento de la responsabilidad de los Estados por los actos que infringen sus derechos, lo que se ha visto reflejado en el desarrollo del DIDH (Cañado, 2007: 278) y el DIP.

El establecimiento del TMI (Núremberg) y del TMILO (Tokio) sentó un precedente clave para: (i) el reconocimiento de que todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, deben ser objeto de consideración moral a nivel internacional y no sólo dentro de los límites de la soberanía estatal, y (ii) la cristalización del concepto de responsabilidad internacional individual de carácter penal por la comisión de crímenes atroces que atenten contra los valores humanos universales. Sobre estos dos elementos se sientan las bases para la elaboración de los principios de reparación integral de las víctimas de crímenes atroces, en tanto que sujetos de valoración moral a nivel global.

El concepto de responsabilidad internacional individual tiene como fundamento dos elementos principales. Por un lado, los *individuos* “tienen deberes internacionales que trascienden el deber nacional de obediencia impuesto por Estados particulares cuando obedecer constituye un crimen en contra de las leyes de las naciones”. Por otro lado, “las atrocidades cometidas por un gobierno en contra de su propia población son castigables como crímenes internacionales” (Schabas, 2012: 1). De esta manera, como estableció el Tribunal de Nuremberg, “[l]os crímenes en contra del derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen dichos crímenes pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional” (Ambos, 2013a: 102).

El desarrollo del DIP ha permitido un mejor entendimiento del tipo de criminalidad del sistema que le dio nacimiento. En efecto, si bien los crímenes internacionales objeto del DIP son cometidos por *individuos*, suelen llevarse a cabo *a través* de estructuras colectivas complejas como el Estado, o en “ejercicio de un cargo oficial” (Stahn, 2019: 414). Como resultado, el DIP pone particular atención a dos fenómenos: (i) la denominada *macrocriminalidad política*, entendida como la “criminalidad fortalecida por el Estado”, o la “criminalidad ‘estatal interna’, orientada hacia adentro contra los propios ciudadanos” (Ambos, 2005: 45), y (ii) la macrocriminalidad originada en organizaciones distintas al Estado (Ambos, 2011: 9).

En materia de reparación, el desarrollo del DIDH y el DIP se traduce en un incontrovertible reconocimiento *general* de que “los beneficiarios últimos de las reparaciones debidas son las víctimas, los seres humanos como sujetos del derecho internacional” (Trindade en CIJ, República Democrática del Congo v. Uganda, 6/12/2016: 20; AGNU, 2006; CPI, Lubanga, 07/08/2012: párrs. 177, 185, 195; CPI, Katanga, 24/03/2017: párr. 15). En este sentido, en el caso Lubanga, la CPI ha señalado de forma expresa que el sistema de reparaciones contemplado en el ECPI refleja el reconocimiento de la necesidad de ir más allá del concepto de justicia punitiva, hacia una noción que reconoce la necesidad de proveer remedios efectivos para las víctimas (CPI, Lubanga, 07/08/2012: párr. 177). Esto ha resultado en la emisión, con base en la regla 97(1) de las RPP, de órdenes de reparación *individual* y *colectiva* para víctimas directas e indirectas de los crímenes objeto de las condenas dictadas por la CPI (CPI, Lubanga, 03/03/2015: pá-

rr. 53; Katanga, 24/03/2017: 118; Al Mahdi, 17/08/2017: 60). Para Cañado Trindade (2007: 292), esta evolución representa “un significativo punto de confluencia entre el derecho penal internacional contemporáneo y el DIDH. Ya no se trata de una justicia tan sólo punitiva o sancionatoria, sino, además, también reparatoria”.

Como resultado de lo anterior, “[e]l derecho internacional contemporáneo se encuentra en un proceso de paulatina humanización; por lo que se ha agregado a las funciones relacionales y competenciales la del desarrollo pleno de los individuos, lográndose una institucionalización en la materia” (Pérez-Leon, 2008: 606). No obstante, a pesar de que el DI actual reconoce a los seres humanos como sujetos de derechos y obligaciones a nivel *internacional* (Dcaux en Mazzeschi & De Sena, 2018: 8 *et seq.*), sus derechos “son más difíciles de identificar, porque muchos tratados concernientes al individuo no son autoejecutables, dejando su implementación a disposiciones internas, y porque cuando se crean derechos de aplicación directa, los mecanismos internacionales de supervisión son aún débiles” (Dcaux en Mazzeschi & De Sena, 2018: 9). Esto significa que el DI actual se sigue centrando principalmente en los Estados y en las formas de organización institucional que adoptan, de manera que “la subjetividad jurídica internacional del individuo es todavía hoy en día reducida y limitada” (Pérez-León, 2008: 605).

En este contexto, la teoría de la justicia global desarrolla un análisis moral institucional que toma en cuenta los intereses de todos los actores relevantes en la esfera internacional (Pogge, 2008: 103). De esta manera, busca estudiar los “problemas de cohabitación global en los que los individuos no reciben una valoración moral equitativa, o donde el estudio de la moral se ha enfocado tradicionalmente sobre los Estados”. Con ello, trata de encontrar cómo asegurar una vida justa para todas las personas (Dietzel: 2017: 91), desarrollando principios morales que permitan proteger los “intereses humanos fundamentales” a nivel global (Valentini & Torresi, 2011: 2036).

Consecuentemente, desde el horizonte de análisis aquí planteado, la JI no puede limitarse a estudiar cómo los Estados deben actuar, sino que debe “cuestionar el sistema de los Estados propiamente y considerar configuraciones alternativas” con el propósito de adoptar una perspectiva “más amplia” de la justicia (Risse, 2012: 3). De esta

forma, se busca adoptar un sistema más “dinámico” que coloque al individuo como protagonista del orden jurídico internacional y no sólo como sujeto de deberes y obligaciones, dejando atrás antiguas concepciones de la JI que mantienen a los Estados como “sujetos primarios de un derecho internacional a cuya creación contribuyen y controlan” (Dcaux en Mazzeschi & De Sena, 2018: 10, *et seq*; Pérez-León, 2008: 641). En efecto, “[t]omarse en serio los derechos humanos, y a los ciudadanos como sujetos de esos derechos, cambia el foco del colectivo (Estados soberanos) hacia el individuo (ciudadanos como sujetos de derechos) y permite derivar el *ius puniendi* de las violaciones de derechos reconocidos universal, transnacional e interculturalmente” (Ambos, 2013b: 38).

En este sentido, el DIP “ha ganado aceptación porque ha combinado la exigencia de una comprensión ‘relativa’ de la soberanía estatal, esto es, una que haga que el poder estatal sea responsable, con la reafirmación del propio poder estatal o incluso la ‘deferencia a la soberanía’” (Stahn, 2019: 414). De esta forma, un acto que puede ser catalogado como legítimo según el ordenamiento jurídico doméstico puede a su vez constituir una violación de una obligación internacional conforme al DIP (Stahn, 2019: 414).

Al mismo tiempo, el concepto de soberanía estatal tradicional se ha transformado en lo que hoy día se entiende como “soberanía como responsabilidad”, que da fundamento a doctrinas modernas como la llamada “responsabilidad para proteger”, de particular relevancia para el horizonte de análisis objeto de este trabajo. Según esa doctrina, en aquellos casos en los que las medidas de asistencia son ineficaces por la falta de disposición de la clase dirigente nacional o la existencia de graves problemas de capacidad, la responsabilidad para proteger a las poblaciones que se encuentran en peligro de sufrir delitos atroces se traslada a la comunidad internacional, con el fin de que adopte medidas rápidas y eficaces, que, en circunstancias excepcionales, pueden llegar a incluir la intervención armada (Olasolo, 2011: 6).

Con base en lo anterior, la teoría de la justicia global propone que el DI vaya más allá del Estado, para colocar al individuo en el centro de las valoraciones morales que se hagan, tanto en torno a las formas de organización institucional global, como al esquema de valores e intereses fundamentales que sirven de base para dicho orden institucio-

nal. En este sentido, la DI ha de asegurar la existencia de instituciones de carácter global dirigidas a proteger al individuo frente a crímenes atroces cometidos por sus propios Estados.

Además, el DI debe también incorporar al individuo como elemento central de su estructura valorativa, creando mecanismos judiciales que permitan castigar penalmente a quienes cometen crímenes atroces de trascendencia para la humanidad en su conjunto, sin importar su nacionalidad o cargo oficial (en particular, cuando el propio Estado no quiera o no pueda llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos correspondientes). Esto último, es decir, la omisión tradicional de los Estados de investigar y enjuiciar conductas de macrocriminalidad política, por ser la misma estructura estatal la que facilita o ejecuta las mismas, es precisamente lo que “ha justificado el desplazamiento hacia el plano internacional de una facultad que pertenece al núcleo fundamental de la soberanía de los Estados, el ejercicio (o no ejercicio) de la acción penal” (Olasolo & Kiss, 2010: 13:3).

Lo anterior está vinculado con el interrogante sobre el origen del *ius puniendi* del DIP, esto es, sobre la legitimación del “orden jurídico internacional” para imponer sanciones penales sobre individuos. Al respecto, desde la perspectiva filosófica cosmopolita que da fundamento a la teoría de la justicia global, se sostiene que la justificación del *ius puniendi* del DIP recae en la “posición moral subyacente de alcance universal de [los] derechos humanos fundamentales”, de manera que sus violaciones se traducen “en graves crímenes contra valores jurídicos fundamentales de la humanidad” que “difícilmente puedan ser aprobadas por cultura alguna” (Ambos, 2013b: 29).

Este es el fundamento que ha inspirado la creación de los tribunales internacionales penales *ad hoc* (TPIY y el TPIR), y la propia CPI como un tribunal permanente con jurisdicción potencialmente universal. Como mecanismos de la JI, estas instituciones constituyen, en cierta medida, una manifestación práctica de los presupuestos fundamentales de la teoría de la justicia global. No obstante, su capacidad de contribuir efectivamente a la construcción de un mundo más justo para la humanidad debe considerarse partiendo de la función que les es atribuida y aquella que logran efectivamente desempeñar.

4. ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA GLOBAL

La CPI se ha enfrentado a innumerables retos y obstáculos, por lo que es importante contrastar la función que la CPI está llamada a desempeñar teóricamente desde la perspectiva de la justicia global, con la función que realmente ha desempeñado desde su creación hace casi dos décadas.

La CPI nació como una institución independiente, con personalidad jurídica internacional (CPI, Kenia: párr. 19) cuyo objetivo principal, según el preámbulo del ECPI, es “[...] poner fin a la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y contribuir así a la prevención de dichos crímenes”. Representa por tanto un paso fundamental en la reconceptualización de la JI, al colocar el comportamiento de los individuos (especialmente de los dirigentes estatales y no estatales) y sus implicaciones para la comunidad internacional en el centro de la valoración moral a nivel global (Ambos, 2013b: 38).

El ECPI supone así el reconocimiento de nuevos límites al concepto tradicional de soberanía estatal, en tanto que consagra la responsabilidad penal individual frente a la comunidad internacional por crímenes atroces, aunque ocurran sobre el territorio y bajo el auspicio del propio Estado. Con ello se materializa, en cierta medida, el ideal “de que una Corte Penal Internacional sea el centro de una arquitectura de justicia global”. Esta es la razón por la que su adopción fue “celebrada como un momento “constitucional” para el orden jurídico internacional” (Stahn, 2019: 159-160).

El fundamento moral que condujo al establecimiento de la CPI se recoge en el preámbulo del ECPI. Conforme al mismo, los Estados reconocen “que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común”. También, mediante la adopción del ECPI afirman tener presente que “millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”. Estos crímenes, continúa el preámbulo, “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” y “no deben quedar sin castigo”. Para ello, los Estados parte llaman a:

(i) “adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la justicia”, y (ii) “garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera”.

Con base en ello, la función primaria de la CPI es ayudar a poner fin a la impunidad de los crímenes más graves para la comunidad internacional, siendo los objetivos principales de la sanción penal la retribución y la prevención (CPI, Al Mahdi, 27/09/2016: párr. 66). La retribución, según la CPI, expresa la condena de los crímenes por parte de la comunidad internacional, reconoce el daño sufrido por las víctimas y promueve el restablecimiento de la paz y la reconciliación. La prevención se refiere por su parte a la necesidad de disuadir de incurrir en el futuro en este tipo de crímenes tanto a los condenados como a quienes puedan estar considerando su comisión (CPI, Al Mahdi, 27/09/2016: párr. 67).

La CPI es una jurisdicción complementaria de las jurisdicciones penales nacionales. De este modo, no sustituye a estas últimas, que mantienen la responsabilidad primaria de ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes previstos en el ECPI. Así, según el art. 17 del ECPI, únicamente cuando los Estados afectados no están dispuestos a llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento, o no cuenten con la capacidad necesaria para investigar o enjuiciar, puede la CPI ejercer su jurisdicción sobre los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión. Además, como se establece en el art. 13 del ECPI, la CPI sólo puede ejercer su competencia si un Estado parte o el CSNU remiten a la Fiscalía una situación en la que parezca que se ha cometido alguno de estos crímenes, o si la Fiscalía inicia una investigación de oficio.

Aunque desde su creación la CPI ha mostrado su aspiración de universalidad con el fin de fortalecer su legitimación y capacidad de acción para luchar contra la impunidad, su funcionamiento no ha estado libre de vicisitudes, a pesar de haber resuelto algunas de las críticas tradicionales a la JIP (como, por ejemplo, la creación de tribunales internacionales penales tras la comisión de los crímenes internacionales sobre los que tienen jurisdicción) (Stahn, 2019: 194).

En este sentido, como destacan Werle y Zimmermann (2019) no se puede obviar que la CPI es producto de un tratado internacional

que, como todos los instrumentos de esta naturaleza, se encuentra sujeto a la voluntad de los Estados y a la posibilidad de que alguno se retire. Asimismo, desde un primer momento, la CPI debió enfrentar la reticencia de Estados muy relevantes en el plano internacional como EE.UU., China, Rusia, Israel e India (Stahn, 2019: 195). En el caso de EE.UU., pese a mantener una de las delegaciones más grandes durante la Conferencia Plenipotenciaria de Roma (donde se adoptó el ECPI), y de estar presente durante todo el proceso de negociación, no tuvo éxito al confrontar varias de las propuestas realizadas con base en: (i) la doctrina de la “soberanía” (Sadat y Carden, 2000: 456); y (ii) la afirmación de que la CPI resultaba contraria a su hegemonía sobre los asuntos internacionales (Leonard, 2007: 162).

De hecho, una de las principales virtudes del ECPI para los Estados parte, es que todos ellos, sin distinción, cuentan con igual poder de voz y voto sobre las cuestiones relevantes para la CPI (Werle & Zimmermann, 2019: vi). A pesar de que esto no haya resultado conveniente para algunos Estados acostumbrados a contar con poder de veto, o un alto nivel de influencia, en otras organizaciones e instituciones internacionales, no hace sino reflejar el interés de los Estados por hacer de la CPI un tribunal independiente e imparcial, al servicio de toda la comunidad internacional en condiciones de igualdad.

Stahn (2019: 196) apunta también que otro de los problemas que la CPI ha enfrentado es su alta dependencia de los Estados parte, requiriendo, en gran medida, del consentimiento estatal para facilitar su trabajo. Además, sus decisiones dependen de la cooperación de las autoridades estatales para poder ser aplicadas (Popovski, 2000: 415). Por ejemplo, las órdenes de arresto únicamente pueden ser ejecutadas con la colaboración de uno o más Estados, ya que la CPI carece de fuerzas de policía propias para detener a las personas sospechosas de la comisión de los crímenes previstos en el ECPI. Asimismo, ha heredado, por parte del CSNU, dos situaciones de gran complejidad como son las de Libia y Darfur, pero con recursos muy limitados para poder efectuar las investigaciones requeridas. Esta situación se ve además permeada por la constante tensión con los Estados parte por obtener mayor presupuesto anual.

Visto lo anterior, y desde la perspectiva de la justicia global, la CPI constituye una institución de naturaleza global que pretende contri-

buir a solucionar un problema de igual naturaleza: la impunidad de crímenes previstos en el ECPI. En ese sentido, la CPI puede, por una parte, estimular la puesta en marcha de procesos judiciales domésticos que lleven a cerrar las brechas de impunidad e incluso a reducir su comisión (Brock, 2009: 167, 168), en la medida en que la amenaza de una persecución penal en La Haya sea percibida como una posibilidad *real*. Así, se ha planteado que dicho efecto se ha manifestado en relación con las situaciones en Uganda (Brock, 2009: 168), Colombia (Olasolo, 2012: 45; Ambos, 2010: 89-90) y, en un primer momento, Afganistán, en virtud de la reacción de las autoridades estadounidenses ante la apertura del examen preliminar de la CPI en dicho país (Olasolo, 2011: 11, 12).

No obstante, como cualquier otro organismo internacional, la CPI hace vida en medio de un determinado orden global dictado por la política internacional del momento histórico en el que actúa. Como consecuencia, su capacidad de ejecutar el mandato que le ha sido atribuido por los Estados está íntimamente vinculada a las dinámicas de la política internacional y de sus relaciones de poder. Por ello, Kearney & Reynolds (2013: 430) sostienen que “[l]a premisa de que la justicia penal internacional puede trascender por completo la política internacional es una premisa falsa - es inherentemente política”. Del mismo modo, para Hirsch (2019: 204), “[e]n la medida en que [los] líderes están interesados en arreglos pacíficos, su interés suele estar más en los resultados de las negociaciones que en la justicia. Eso explica por qué los líderes africanos, mientras luchaban sinceramente por la paz en Sudán, se oponían al arresto del presidente Bashir con el propósito de someterlo a juicio ante la CPI”.

A su vez, Brown (2009: 9) explica que, por ejemplo, los EE.UU. tienen la capacidad de impactar de forma significativa el futuro de iniciativas como el Tratado de Kioto o la propia CPI, en razón de la postura que adopten frente a las mismas. De hecho, los EE.UU. no solo han manifestado su oposición a la idea de que una institución judicial internacional ejerza su jurisdicción sobre nacionales estadounidenses (Orentlicher, 2004: 415-416), sino que han adoptado efectivamente una política hostil de sanciones en contra de funcionarios de la CPI, sus familiares y la propia CPI, como consecuencia de los pasos dados por esta última para iniciar una investigación en la situación de Afganistán.

Por su parte, Israel ha llamado a la aplicación de sanciones similares ante la posibilidad de que la CPI inicie una investigación formal sobre la situación en Palestina. Ante la evidente dependencia de la CPI en la cooperación de los Estados para llevar a cabo sus investigaciones y enjuiciamientos de forma exitosa (Anello, 2013: 44 *et seq.*), las posturas de Israel y EE.UU. destacan la improbabilidad de que la CPI pueda ejecutar su mandato de forma efectiva, independiente e imparcial en las situaciones de Afganistán y Palestina. El problema es todavía mayor si se consideran las dificultades prácticas que de por sí presenta la cooperación de Estados no parte con la CPI (Wenqi, 2006: 25-26).

No cabe duda de que el multilateralismo en general, y la CPI en particular, están enfrentando retos importantes dado el contexto geopolítico actual. Estos desafíos han cimentado nuevos sentimientos de “realismo, si no escepticismo, sobre el futuro de la jurisdicción penal internacional [...]. Hay un cierto cambio de paradigma. Respuestas domésticas, híbridas, regionales o locales están ganando mayor atención a la luz de las limitaciones de la jurisdicción penal internacional” (Stahn, 2019: 159-160).

Ante esta realidad, algunos autores han argumentado que los tribunales internacionales penales, en general, “[...] han sido creados para satisfacer un anhelo de responsabilidad global, reparación para las víctimas y justicia para los acusados, pero en la práctica sólo una parte del mundo está llamada a rendir cuentas, las víctimas encuentran poca reparación en los procesos penales internacionales y los derechos a un juicio justo de los acusados sufren por la aceptación de doctrinas criminales liberales” (Nouwen & Werner, 2014: 5).

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que el ECPI padece, en parte, de los mismos problemas que cualquier otro tratado sobre Derechos Humanos carente de mecanismos auto ejecutorios, pues su éxito depende en gran medida del apoyo y cooperación que los Estados parte le brinden. No cabe duda de que, en algunos casos, los Estados ratifican tratados dirigidos a la protección de los derechos humanos y reparación de las víctimas más como un “gesto simbólico” de su “compromiso inquebrantable hacia los derechos humanos”, que como una expresión real de su intención de asumir las obligaciones y responsabilidades que surgen de dichos instrumentos (Handmaker &

Arts, 2019: 3). Como resultado, “monitoreos laxos y mecanismos de ejecución débiles ante casos de incumplimiento permiten a los Estados ‘salirse con la suya respecto de violaciones a los derechos humanos’” (Handmaker & Arts, 2019: 3)¹.

Como se mencionó anteriormente, el ECPI como tratado, y la CPI como institución, no escapan a esta misma realidad. El resultado final de las negociaciones que culminaron con la adopción del ECPI en 1998 revela que: (i) el alcance universal de la CPI sólo es real cuando el CSNU le remite situaciones, y (ii) la CPI depende de los Estados parte para poder realizar su función, lo que deja, en gran medida, en sus manos la posibilidad de aplicar su mandato de manera efectiva (Olasolo, Carnero, Seoane & Carcano, 2018: 423-424).

No es de extrañar, entonces, que suela acusarse a la CPI de no satisfacer las expectativas de muchos porque su actuación está lejos de poner fin a la impunidad de los crímenes recogidos en el ECPI. Así, si bien la CPI es una institución loable, que se presenta en muchas ocasiones como la única oportunidad de obtener “algo” de justicia cuando los Estados no quieren, o no pueden, enjuiciar e investigar, lo cierto es que las expectativas levantadas por la CPI son con frecuencia defraudadas por la falta de comprensión acerca de su funcionamiento (Cronin-Furman & Taub, 2013: 449-450). A esto hay que unir las críticas que a menudo recibe por su incapacidad para prevenir la comisión de crímenes atroces (Grono & de Courcy, 2015:1243-1244), la ineficiencia en el uso de sus recursos financieros (Ford, 2015: 104), el no reconocimiento de su “inevitable” politización en algunos casos (Schabas, 2013: 404-405), su excesiva politización en otros casos (Vinjamuri, 2015: 24-27) y los obstáculos que los propios Estados parte le generan para evitar la persecución penal de sus más altos representantes (Olasolo, Carnero, Seoane & Carcano, 2018: 449).

¹ Esto es claro en el sistema universal de protección de derechos humanos, donde es común observar que los Estados ratifican tratados que imponen sobre ellos obligaciones, pero no ratifican los respectivos Protocolos Facultativos que consagran rutas claras para garantizar la protección *real* o la reparación de las víctimas cuando se determina la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos previstos en los tratados. La situación del Protocolo Facultativo del PIDESC es particularmente ilustrativo en este sentido (Izquierdo y Ugalde, 2018: 232, 233).

Si bien el debate sobre las causas detrás del desempeño poco satisfactorio de la CPI es, en cierto modo, inagotable, no es menos cierto que la entrada en vigor del ECPI y la puesta en funcionamiento de la CPI presenta también varios elementos positivos que es necesario subrayar. En primer lugar, se ha consolidado un paradigma relativamente reciente que busca situar al individuo como sujeto activo, y no meramente pasivo, en el acontecer internacional (Handmaker & Arts, 2019: 4), “humanizando” de esta manera el DI (Cançado, 2007). Con ello, parecen haber quedado definitivamente superadas las “eternas” discusiones sobre la necesidad de: (i) considerar al individuo como sujeto de valoración moral en el DI; (ii) configurar responsabilidad del individuo por la comisión de crímenes atroces como uno de los pilares del DI, y (iii) tener instituciones como la CPI.

En segundo lugar, aunque la CPI es constantemente acusada de ser inefectiva e ineficiente, lo cierto es que, a la fecha, 28 casos han sido presentados ante la CPI, en los que más de 15.000 víctimas han sido autorizadas para participar en los procedimientos; 18 de las 35 órdenes de arresto emitidas han sido ejecutadas; 3 dirigentes de grupos armados organizados han sido condenados en sentencias firmes que han resultado en la emisión de 3 órdenes de reparación en favor de las víctimas, y otros 5 individuos han sido condenados por delitos contra la administración de justicia. Estos resultados habrían sido impensables hasta hace pocas décadas.

Además, la inacción, la falta de voluntad de los Estados o su falta de capacidad para investigar y enjuiciar la comisión de crímenes atroces en su territorio o cometidos por sus nacionales no constituye ya el final del camino para las víctimas, sino que permite acudir a la CPI para solicitarle que ejerza su jurisdicción de forma complementaria. Esta nueva realidad favorece, además, que las ONG “interactúen con la [CPI], bien sea presentando a la Fiscal evidencia de crímenes, apoyando individuos en programas de protección de testigos, u ofreciendo apoyo legal y logístico a las víctimas que desean participar en las audiencias” (Handmaker & Arts, 2019: 4).

En tercer lugar, desde la perspectiva de la teoría de la justicia global, la CPI representa un acercamiento a un esquema de justicia enfocado en el reconocimiento moral de la persona humana a nivel global. La CPI supone también el reconocimiento de que la macrocriminali-

dad política es un problema de cohabitación global, cuyo impacto, consecuencias y relevancia exceden las fronteras del Estado en el que los crímenes tienen lugar. En este sentido, el ECPI como tratado fundacional de la CPI ha sido, sin duda, un paso importante en la lucha global contra la impunidad por los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad. Además, los acontecimientos políticos en torno a las situaciones de Afganistán y Palestina sugieren también que la CPI tiene un cierto impacto en la dinámica y el acontecer de las RI. Al respecto, no debería sorprender que la transición de un sistema tradicionalmente centrado en los intereses estatales, hacia uno centrado en los seres humanos, genere incomodidad y oposición entre las estructuras de poder que han diseñado y cohabitan un “orden mundial” estado-céntrico. Sirva como ejemplo “[...] el activismo de Kenia y Sudán para fomentar una creciente reticencia hacia la CPI entre los países africanos que, en nuestra opinión, dista mucho de tener un carácter meramente coyuntural” (Olasolo, Carnero, Seoane & Carcano, 2018: 448-449).

A pesar de lo anterior, la CPI no representa todavía una manifestación completa de los ideales postulados por la teoría de la justicia global. Su dependencia crítica de la cooperación de los Estados parte para llevar a cabo su mandato, así como la limitación de su jurisdicción a sus territorios y nacionales (con excepción de las remisiones del CSNU), son ejemplos claros del rol que los Estados juegan en la capacidad de la CPI para desempeñar efectivamente la función que le ha sido asignada, y de convertirse en un instrumento verdaderamente universal (o global) de justicia. De hecho, como era de esperar, incluso los esfuerzos recientes para “identificar y aplicar medidas de refuerzo de la Corte y mejorar su funcionamiento” (ICC-ASP/18/Res.7, 2019: párr. 4), como parte del llamado “proceso de Revisión de la Corte Penal Internacional y del sistema del Estatuto de Roma”, están bajo el dominio protagónico de los Estados parte. De esta manera, la función que la CPI está llamada a desempeñar se ve todavía *primordialmente* afectada por los intereses de los Estados.

En este sentido, y desde el prisma de la teoría de la justicia global, la CPI no representa en la actualidad una institución plenamente idónea como respuesta global para el problema de alcance *mundial* que tienen como función abordar. Esto es así porque la CPI sólo puede, en gran medida, hacer aquello que los Estados le permiten hacer. En

consecuencia, a pesar de los avances significativos antes comentados, y dada la constante prevalencia del Estado como protagonista de la JI y la ausencia de reformas significativas al sistema del ECPI que amplíen el alcance jurisdiccional y la capacidad de acción de la CPI, poco es lo que puede avanzar desde la perspectiva de la teoría de la justicia global.

5. CONCLUSIONES

La teoría de la justicia global, como manifestación del cosmopolitismo, traslada el foco de las valoraciones morales sobre la JI desde el Estado hacia otros agentes individuales y colectivos con igual o mayor protagonismo en las actuales relaciones globales. De esta manera, se coloca a la persona humana como sujeto activo (y no solo pasivo) del acontecer global, y como elemento central del análisis moral institucional e interactivo intranacional e internacional. Como consecuencia, los miembros de la especie humana no solo deben tomar responsabilidad por las consecuencias que su conducta (o, incluso, las formas de organización institucional de su respectiva nación) tenga sobre otros seres humanos en el mundo, sino que además son titulares de derechos humanos fundamentales de validez universal e internacionalmente exigibles.

Con el nacimiento del DIP, la JI ha visto, a su vez, una expansión de su objeto y ámbito de aplicación. Así, a pesar de que aún gira primordialmente en torno al Estado como protagonista de las RI, los acontecimientos del siglo XX han derivado en el desarrollo de sistemas de atribución de responsabilidad internacional *individual* de carácter penal, como resultado de la comisión de crímenes atroces que afectan al conjunto de la humanidad.

Desde la perspectiva de la justicia global, ello constituye un avance hacia un sistema internacional basado en la consideración de la persona humana en los análisis de valoración moral sobre la justicia. Esta transformación ha ampliado, además, las posibilidades de que, a nivel internacional, las víctimas de estos crímenes sean reparadas adecuadamente por los daños sufridos, incluso cuando su propio Estado ha facilitado, consentido o impulsado su comisión contra de su población.

En este contexto, la CPI constituye la consolidación de un sistema de JI construido sobre la configuración del ser humano como sujeto de derechos y de deberes, al ser el primer tribunal internacional penal de carácter permanente y de alcance potencialmente universal. En efecto, la jurisdicción complementaria de la CPI representa la posibilidad de reducir la impunidad de los crímenes atroces cuando los Estados con jurisdicción sobre los mismos no pueden o no quieren investigar y enjuiciar, genuinamente, a sus “máximos responsables”. Ello, a su vez, representa una ventana de oportunidad para las víctimas de dichos crímenes puedan obtener reparación cuando las jurisdicciones estatales, por un motivo u otro, les cierran esa posibilidad. De esta forma, y desde el horizonte de análisis aquí estudiado, la CPI constituye, indudablemente, un paso firme hacia un sistema de justicia global.

No obstante, la CPI existe en el contexto de un sistema internacional cuyo principal protagonista parece ser todavía primordialmente el Estado. Así, la función que la CPI está llamada a desempeñar no puede escapar al impacto de un sistema de estas características sobre instituciones de carácter multilateral y de alcance potencialmente universal. Como resultado, los Estados no solo mantienen el control sobre si sus ciudadanos tienen acceso a la jurisdicción complementaria de la CPI, sino que incluso cuando deciden aceptar su jurisdicción mantienen el control sobre cuestiones de fundamental importancia para el funcionamiento efectivo, eficiente, independiente e imparcial de la CPI. Desde la aprobación de su presupuesto, hasta la ejecución de las órdenes de arresto y otras formas de cooperación, los Estados parte continúan determinando el desempeño de la JIP, en general, y de la CPI, en particular.

En consecuencia, desde la teoría de la justicia global, la CPI representa un avance importante, aunque aún insuficiente e incompleto, hacia un verdadero sistema de justicia global. Además, ante las realidades y dinámicas geopolíticas que giran a su alrededor, la CPI no es todavía una institución de alcance realmente universal, que permita dar respuesta efectiva a la comisión de crímenes atroces como un problema también de naturaleza global. Además, a pesar de los esfuerzos para “aplicar medidas de refuerzo” a la CPI para mejorar su funcionamiento”, el clima político que enfrenta en la actualidad parece disipar cualquier posibilidad de que, en el corto plazo, pueda

llevar a cabo la función que está llamada a desempeñar con un alcance verdaderamente global.

REFERENCIAS

Doctrina

- Ambos, K. (2005). *La parte general del derecho penal internacional*. Berlín: Fundación Konrad Adenauer.
- Ambos, K. (2010). *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court. An Inductive, Situation-based Approach*. Göttingen: Springer.
- Ambos, K. (2011). “Sobre la organización en el dominio de la organización”. *Indret Revista para el análisis del Derecho*. Vol. 3. Pp. 1-25.
- Ambos, K. (2013a). *Treatise on International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ambos, K. (2013b). “¿Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente”. *Revista Persona y Derecho*. Vol. 68. Pp. 5-38.
- Anello, C. (2013). “Desafíos de la Corte Penal Internacional en torno a la cooperación con los Estados”. *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*. Vol. 1. Pp. 43-60.
- Anderson, K. (2009). “The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences”. *European Journal of International Law*. Vol. 20(2). Pp. 331-358.
- Britos, P. (2016). “¿Qué significa ‘justicia global’?”. *Justicia*. Vol. 29. Pp. 86-98.
- Brock, G. (2009). *Global Justice. A Cosmopolitan Account*. Oxford: Oxford University Press.
- Brooks, T. (Ed.). (2012). *Global Justice and International Affairs*. Leiden: Brill.
- Brown, C. (2009). “From International to Global Justice?” En J. S. Dryzek. (ed.). *The Oxford Handbook of Political Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Cançado Trindade, A.A. (2007). “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”. *Revista IIDH*. Vol. 46. Pp. 273-329.
- Carter, L.E., Ellis, M. & Jalloh, C.C. (2016). *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*. Londres: Edward Elgar Publishing.

- Cortés, F. (2010). “Una crítica a las teorías de justicia global: al realismo, a Rawls, Habermas y Pogge”. *Ideas y Valores*. Vol. 142. Pp. 93-110.
- Cortés, F. (2013). “Perspectivas y límites de la justicia global y el cosmopolitismo democrático”. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*. Vol. 31(1). Pp. 57-64.
- Cronin-Furman, K. & Taub, A. (2013). “Lions and Tigers and Deterrence, Oh My: Evaluating Expectations of International Criminal Justice”. En W. Schabas *et al.* (ed.). *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law Critical Perspectives*. Farnham: Ashgate. Pp. 436-452.
- De Schutter, H. & Tinnevelt, R. (2008). “David Miller’s theory of global justice. A brief overview”. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*. Vol.11(4). Pp. 369-381.
- Dietzel, A. (2017). “Global Justice”. En S. Mcglinchey *et al.* (ed.). *International Relations Theory*. Bristol: E-International Relations Publishing.
- Hirsch, E. (2019). “The Value of International Criminal Justice: How Much International Criminal Justice can the World Afford?” *International Criminal Law Review*. Vol. 19(2). Pp. 201-213.
- Ford, S. (2015). “How Much Money Does the ICC Need?” En C. Stahn (ed.). *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 84-104.
- Gilbert, P. (2007). “Comentarios sobre la concepción de la justicia global de Pogge”. *Revista Latinoamericana de Filosofía*. Vol. 33(2). Pp. 205-222.
- Glasius, M. (2009). “What is Global Justice and Who Decides?: Civil Society and Victim Responses to the International Criminal Court’s First Investigations”. *Human Rights Quarterly*. Vol. 31(2). Pp. 496-520.
- Grono, N. & de Courcy, A. (2015). “The Deterrent Effect of the ICC on the Commission of International Crimes by Government Leaders”. En C. Stahn (ed.). *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 1225-1244.
- Handmaker, J. & Arts, K. (2019). *Mobilising International Law for “Global Justice”*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Izquierdo, R. & Ugalde, A. (2018). “La actividad cuasi-judicial del sistema de protección universal del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Protección de los Trabajadores Migrantes y Comité para la Protección de las Personas Discapacitadas: alcance y limitaciones”. En H. Olsolo *et al.* (Coord.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional, Colección Perspectivas Iberoamericanas de La Haya*. Volumen 4. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional y la Fundación Joaquín Herrera Flores. Pp. 221-252.
- Kearney, M. & Renolds, J. (2013). “Palestine and the Politics of International Criminal Justice”. En W. Schabas *et al.* (ed.). *The Ashgate Research Com-*

- panion to International Criminal Law Critical Perspectives*. Farnham: Ashgate. Pp. 407-433.
- Kendall, S. (2015). "Commodifying Global Justice: Economies of Accountability at the International Criminal Court". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 13(1). Pp. 113-134.
- Leonard, E. (2007). "A Case Study in Declining American Hegemony: Flawed Policy Concerning the ICC". *The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*. Pp. 147-166.
- Mazzeschi, R. & De Sena, P. (2018). *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*. Cham: Springer.
- Moreno Ocampo, L. (2008). "The International Criminal Court: Seeking Global Justice". *Case Western Reserve Journal of International Law*. Vol. 40(1). Pp. 215-225.
- Nouwen, S. & Werner, W. (2014). "Monopolizing Global Justice: International Criminal Law as Challenge to Human Diversity". *Legal Studies Research Paper Series of the Faculty of Law of the University of Cambridge*. Vol. 63/2014. Pp. 1-22.
- Olasolo, H., Carnero, E. Seoane, D. & Carcano, L. (2018). "El limitado alcance de las actuaciones de la Corte Penal Internacional en su decimoquinto aniversario y sus posibles causas". En H. Olasolo *et al.* (Coord.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional, Colección Perspectivas Iberoamericanas de La Haya*. Vol. 4. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional y la Fundación Joaquín Herrera Flores. Pp. 395-450.
- Olasolo, H. & Kiss, A. (2010). "El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 12. Pp. 13:1-13:37.
- Olasolo, H. (2011). "La función de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna: de la doctrina de la intervención humanitaria y de las instituciones judiciales ex post facto al concepto de responsabilidad para proteger y la función preventiva de la Corte Penal Internacional". *Revista Libertades*. Vol. 6. Pp. 38-52.
- Olasolo, H. (2012). "El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?" *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Vol. 24. Pp. 3-45.
- Orentlicher, D. (2004). "Unilateral Multilateralism: United States Policy toward the International Criminal Court". *Cornell International Law Journal*. Vol. 36(3). Pp. 415-433.

- Peña, J. (2010). “Los orígenes del debate sobre la justicia global”. *Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política*. Vol. 43. Pp. 363-386.
- Pérez-León, J.P. (2008). “El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. 8. Pp. 599-642.
- Pierik, R. & Werner, W. (2005). “Cosmopolitanism, Global Justice and International Law”. *Leiden Journal of International Law*. Vol. 18(8). Pp. 679-684.
- Pogge, T. (2001). “Priorities of Global Justice”. *Metaphilosophy*. Vol. 30(1/2). Pp. 6-24.
- Pogge, T. (2008). “¿Qué es la justicia global?” *Revista de Economía Institucional*. Vol. 10(19). Pp. 99-114.
- Pogge, T. & Alvarez, D. (2010). “Justicia global: dos enfoques”. *Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política*. Vol. 43. Pp. 573-588.
- Popovski, V. (2000). “International Criminal Court. A Necessary Step Towards Global Justice”. *Security Dialogue*. Vol. 31(4). Pp. 405-419.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1999). *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press.
- Risse, M. (2012). *On Global Justice*. New Jersey: Princeton University Press.
- Sadat, L. & Carden, R. (2000). “The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution”. *Georgetown Law Journal*. Vol. 88(381). Pp. 381-474.
- Schabas, W. (2012). *Unimaginable Atrocities. Justice, Politics and Rights at the War Crimes Tribunals*. Oxford: Oxford University Press.
- Schabas, W. (2013). “The Short Arm of International Criminal Law”. En W. Schabas *et al.* (ed.). *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law Critical Perspectives*. Farnham: Ashgate. Pp. 387-405.
- Stahn, C. (2019). *A Critical Introduction to International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tallgren, I. (2015). “The Voice of the International: Who is Speaking?” *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 13(1). Pp. 135-155.
- Tan, K. (2017). *What is this thing called global justice?* Londres: Routledge.
- Ten Kate, W. & Nouwen, S. (2018). “The Globalisation of Justice: Amplifying and Silencing Voices at the ICC”. *Legal Studies Research Paper Series of the Faculty of Law of the University of Cambridge*. Vol. 51. Pp. 1-20.
- Valentini, L. & Torresi, T. (2011). “Introduction - International law and global justice: a happy marriage”. *Review of International Studies*. Vol. 37(5). Pp. 2035-2041.
- Vinjamuri, L. (2015). “The ICC and the Politics of Peace and Justice”. En C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press. Pp.13-29.

- Wenqi, Z. (2006). “Acerca de la cooperación de los Estados que no son partes en la Corte Penal Internacional”. *International review of the Red Cross*. Vol. 861. Pp. 1-26.
- Werle, G. & Zimmermann, A. (2019). *The International Criminal Court in Turbulent Times*. La Haya: Springer Asser Press.
- Zhu, D. (2018). “China, Crimes Against Humanity and the International Criminal Court”. *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 16(5). Pp. 1021-1041.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte Internacional de Justicia

- Corte Internacional de Justicia. Democratic Republic of the Congo v. Uganda. *Armed Activities on the Territory of the Congo*. Order of 6 December 2016, ICJ Reports 2016, Separate Opinion of Judge Caçado Trindade. Citada como: Trindade en CIJ.

Corte Penal Internacional

- Corte Penal Internacional [Sala de Apelaciones]. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations”*. Order for Reparations (Annex A). Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA. 3 de marzo de 2015. Citada como: CPI, Lubanga, 03/03/2015.
- Corte Penal Internacional [Sala de Primera Instancia I]. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-2904. 7 de agosto de 2012. Citada como: CPI, Lubanga, 07/08/2012.
- Corte Penal Internacional [Sala de Primera Instancia II]. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Germain Katanga. *Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/07-3728-tENG. 24 de marzo de 2017. Citada como: CPI, Katanga, 24/03/2017.

- Corte Penal Internacional [Sala de Primera Instancia VIII]. Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. *Judgment and Sentence*. Doc. Núm. ICC-01/12-01/15-171. 27 de septiembre de 2016. Citada como: CPI, Al Mahdi, 27/09/2016.
- Corte Penal Internacional [Sala de Primera Instancia VIII]. Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. *Reparations Order*. Doc. Núm. ICC-01/12-01/15-236. 17 de agosto de 2017. Citada como: CPI, Al Mahdi, 17/08/2017.
- Corte Penal Internacional [Sala de Cuestiones Preliminares II]. Situation in the Republic of Kenya. *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*. Doc. Núm. ICC-01/09-19-Corr. 31 de marzo de 2010. Citada como: CPI, Kenia.

Resoluciones, informes y otros documentos

- Corte Penal Internacional. Asamblea de los Estados Parte (2002). *Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional*. 9 de septiembre de 2002.
- Corte Penal Internacional. Asamblea de los Estados Parte (2009). *Revisión de la Corte Penal Internacional y el sistema del Estatuto de Roma*. Resolución ICC-ASP/18/Res.7. 6 de diciembre de 2019.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2020). *Cases*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/cases>.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (1992). *Convención marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático*. 9 de mayo de 1992.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (2006). Resolución 60/147. *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*. 16 de diciembre de 2005.

Capítulo 7

LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS COMO MANIFESTACIÓN DE LA JUSTICIA GLOBAL*

Edgar Antonio López López
Juan Antonio Olano
Andrés Sánchez Sarmiento

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad contribuir a la reflexión acerca de la función de la CPI. El análisis toma como punto de partida los aportes del economista bengalí Amartya Sen acerca de la justicia; en particular su concepción de la justicia global, fundamentada en la defensa de los derechos humanos. Una de las contribuciones más importantes de Sen a la reflexión sobre la justicia ha sido su reivindicación permanente de la inclusión de los derechos económicos entre los derechos humanos fundamentales.

La interpretación del concepto de “derechos fundamentales” sirve aquí para incluir los derechos económicos entre aquellos que deben

* El presente capítulo hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos). Agradecemos al Dr. Héctor Olasolo, al Dr. Axel Gosseries y su equipo, y a los participantes del seminario de filosofía de la Universidad Católica del Uruguay, por sus comentarios ante la presentación de avances de este trabajo.

estar protegidos por la legislación internacional, porque las libertades protegidas mediante estos derechos son tan relevantes para desarrollar una vida digna como las libertades asociadas a los derechos civiles y políticos, por lo cual no existe ninguna razón para condenar a los violadores de los derechos fundamentales en un caso y no hacerlo en el otro caso.

En este capítulo se estudia la repercusión de esta inclusión sobre el DIP y la función de la CPI, haciendo énfasis en la necesidad de una mayor consideración de las violaciones de los derechos humanos económicos.

2. HORIZONTE DE ANÁLISIS

2.1. *La justicia en el pensamiento de Amartya Sen*

Si la libertad de verse a salvo del hambre es considerada tan importante como la libertad de estar a salvo de la tortura, resulta necesario reconocer algunos deberes de promoción y protección de los derechos económicos en el orden internacional para garantizar la libertad real de las personas. Estos deberes muestran la inconveniencia de dar prioridad absoluta a los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos. “¿Por qué van a ser menos importantes las necesidades económicas vitales, que pueden ser cuestiones de vida o muerte, que las libertades personales?” (Sen, 2000: 87).

Aunque la relación entre la justicia y la economía ha sido un tema recurrente de reflexión a lo largo de la historia del pensamiento occidental (Aristóteles, 2001; 2007; Tomás de Aquino, 1989), con la modernidad y la concomitante transformación del concepto de justicia debido a la fuerza que tomaron las ideas de libertad e igualdad, la ilustración europea hizo de esta relación uno de sus centros de mayor interés.

Muchas de las teorías sobre la justicia social coinciden en la especulación alrededor de los esquemas institucionales necesarios para que una sociedad sea considerada como justa. En esta perspectiva teórica se ubican teorías clásicas del contractualismo como las de Hobbes (2017), Rousseau (1998), Locke (2002) y Kant (1984); también teorías contemporáneas como las de Rawls (1995) y Dworkin (1984).

Estas teorías son agrupadas por Sen en lo que denomina un “institucionalismo trascendental” (Sen, 2010: 37), más preocupado por la identificación de instituciones ideales que por las injusticias presentes en las sociedades reales.

Frente al institucionalismo trascendental, otros pensadores ilustrados centraron su interés en las realizaciones sociales posibilitadas por las instituciones existentes en diferentes sociedades, que les sirvieron como objeto de comparación. Este es el caso de Smith (1997), Bentham (1965), Mill (1996) y Marx (1993), autores cuya reflexión parte de una base empírica que es compartida por Sen. En lugar de empeñarse en la búsqueda trascendental de una sociedad justa, estos autores enfocaron su atención sobre comparaciones basadas en las realizaciones sociales, pues “estaban principalmente interesados en la eliminación de la injusticia manifiesta en el mundo que observaban” (Sen, 2010: 39).

Aunque Sen comparte la visión comparativa de base empírica con quienes se alejan de una justicia centrada en esquemas abstractos y asume la perspectiva que concibe la justicia desde las realizaciones sociales, se aproxima a estas últimas desde el enfoque de las capacidades que las personas realmente tienen (Sen, 2010: 50-51). Son estos cambios de rumbo los que llevan a Sen a criticar no solo el institucionalismo trascendental, de teorías tan importantes como la de Rawls, sino también el bienestarismo derivado de las posturas utilitaristas.

2.2. La justicia global

En *[l]a idea de la justicia*, Sen (2010) propone una perspectiva alternativa y más amplia que la teoría de la justicia de Rawls. La justicia supranacional es uno de los puntos que marcan la diferencia entre ambos. Por una parte, Rawls (1995: 21) plantea en su *[t]eoría de la justicia* una visión procedimental de la justicia, por la cual emergen unos principios que se circunscriben a un Estado particular. La estructura básica de la sociedad, posible gracias a los principios de justicia, es concebida como “un sistema cerrado, aislado de otras sociedades”. Al desarrollo de los principios de la justicia aplicables a las RI Rawls dedicó *[e]l derecho de gentes* (2001), obra en la cual presenta una propuesta contractual que permitiría a los pueblos vivir en un mundo justo.

Por otra parte, Sen (2010) no considera que su propuesta original requiera una adecuación para tratar temas de la justicia global. Sen evita proponer dos versiones de la justicia, una en el nivel nacional y otra en el supranacional. La visión unificada del economista bengalí constituye una importante ventaja sobre el enfoque institucionalista trascendental de Rawls.

Además de esta diferencia entre los dos planteamientos sobre la justicia supranacional, existe una diferencia de enfoque entre ambos autores. Rawls concentra su tratamiento de la justicia supranacional en el ámbito de la JI, mientras que Sen lo hace en el ámbito de la justicia global. La diferencia reside en que la primera se concentra en las relaciones entre los Estados, mientras que la segunda lo hace en las relaciones entre los individuos de diferentes Estados.

Sen presenta dos razones para no tratar los asuntos de la justicia global y la justicia nacional de manera escindida. En primer lugar, en un mundo globalizado, las decisiones tomadas en el marco de los Estados nacionales tienen importantes consecuencias en otros Estados. El terrorismo, las pandemias, el narcotráfico, las migraciones y la producción son algunos de los asuntos locales que conllevan decisiones nacionales cuyo impacto sobre otros países es evidente. Así, la reflexión de Sen supera los límites del institucionalismo trascendental que puede conducir a “ignorar los posibles efectos adversos, sobre las personas que se encuentran más allá de las fronteras de un país, de los actos y elecciones de ese país” (Sen, 2010: 120).

En segundo lugar, una perspectiva global tiene implicaciones relevantes en la determinación de la justicia dentro de las fronteras de un Estado porque permite el cuestionamiento de creencias morales o políticas idiosincráticas, evitando así el “parroquialismo” (Sen, 2010: 101). Un contrato social en el que participan los representantes o miembros de un “pueblo” inevitablemente dejará fuera las creencias y las preferencias de aquellos que no integran tal pueblo, lo que terminaría por imposibilitar un grado mayor de imparcialidad. En palabras de la jueza Ruth Bader Ginsburg, crítica de una imparcialidad cerrada y citada por Sen, “¿Por qué no deberíamos consultar la sabiduría de un juez extranjero al menos con tanta naturalidad como leeríamos un artículo de revista jurídica de un profesor?” (Sen, 2010: 439).

En la búsqueda de la objetividad ética, el criterio para incluir otras perspectivas, según Sen, no debería ser la pertenencia a un cierto grupo, en este caso al Estado o a la nación, sino el valor de las ideas expresadas. En este sentido, deberían ser también tenidas en cuenta las ideas de un espectador externo y desvinculado del grupo, como las de un espectador imparcial (Smith, 1997), pues pueden resultar particularmente ilustrativas para pensar la justicia global.

2.3. Los derechos humanos y las libertades

El respeto por los derechos humanos, y los deberes que de ellos se derivan, constituye el eje articulador de la propuesta de Sen acerca de la justicia global. Por esta razón, el economista bengalí examina las principales objeciones hechas a los derechos humanos.

Una primera objeción, muy conocida, a la que se enfrenta la reivindicación de los derechos humanos es la de su pretendida inexistencia. Pero esta objeción es impertinente. Si se pretende que existan los derechos humanos tal como existen las ruinas de Machu Picchu o las partículas subatómicas, es natural dudar de su existencia. En cambio, la pregunta que debemos hacernos es de tipo normativo: ¿debemos respetar las libertades garantizadas por esos derechos? En definitiva, la pregunta por la existencia de los derechos humanos no es más que la pregunta por la validez ética del reconocimiento de ciertas libertades y de las obligaciones que su protección impone.

Sen advierte que las libertades salvaguardadas por los derechos humanos tienen dos aspectos: el aspecto de la oportunidad y el aspecto del proceso. El aspecto de la oportunidad de las libertades hace referencia a las opciones que efectivamente se tienen, mientras que el aspecto del proceso hace referencia a cómo se toma una decisión. Las capacidades figuran en el aspecto de las oportunidades que ofrece la libertad, ya que se refieren a la oportunidad de alcanzar combinaciones valiosas de funcionamientos; es decir, ciertos estados, como estar bien nutrido, o actividades, como protestar o viajar (Sen, 2004).

Por otra parte, el aspecto procesal de la libertad no es captado de forma directa desde la perspectiva de las capacidades. Este aspecto es el que se viola cuando se impone una acción a una persona “aun cuando es una acción que ella habría elegido libremente” (Sen, 2010: 403).

Por ejemplo, cuando se obliga a una persona mediante amenazas a mantenerse bien nutrida, aun cuando eso es lo que la persona desea, se viola el aspecto procesal de la libertad. Los argumentos en favor de los derechos humanos afirman que deben ser protegidas las libertades tanto en el aspecto de las oportunidades como en el procesal.

Ahora que ha sido presentado el significado que Sen da a las libertades, es preciso notar que su protección mediante los derechos humanos difiere de la que se realiza a través de los derechos constitucionales, porque el alcance de aquellos no está limitado por la pertenencia a ninguna nación (Sen, 2010). Por el contrario, los derechos humanos imponen obligaciones a toda la humanidad, aun en el caso de no estar recogidos por la legislación de los Estados.

A partir de esta realidad se han levantado otras críticas a los derechos humanos, ante las cuales es necesario afirmar que los derechos humanos no deben estar necesariamente refrendados por la legislación para conservar su legitimidad (Sen, 2010). Es más, su fuerza moral reside, en parte, en que estos derechos no requieren estar formulados positivamente en la legislación de un país para imponer el compromiso ético de respetarlos. Pero ¿qué son los derechos si no la protección legal de ciertos bienes como la vida, la propiedad, la expresión o el medioambiente?

Según Bentham (1990), es absurdo pensar en la existencia de los derechos sin una legislación que los establezca, porque los derechos son producto de las convenciones legales. La respuesta de Sen a esta objeción se vale de dos aclaraciones. En primer lugar, no debe confundirse los derechos legales con los derechos humanos; estos últimos, como ya hemos dicho, son mandatos éticos de proteger ciertas libertades (Sen, 2010). En segundo lugar, así como los defensores de los derechos humanos deben justificar por qué estos deben ser promovidos, los utilitaristas como Bentham deben justificar también por qué debe ser promovida la utilidad. Puede reclamarse que se justifique la validez ética de los derechos humanos, pero esta demanda se encuentra en el mismo plano que el reclamo dirigido al propio Bentham en relación con la validez ética de promover el placer y reducir el dolor.

Que los derechos humanos sean diferentes a los derechos legales no quiere decir que unos y otros no tengan relación. Por el contrario, los derechos humanos han servido para consagrar derechos legales;

la CPI es, en cierta medida, una muestra de ello. Pero es importante destacar, y se deriva de las distinciones realizadas antes, que la consecución del reconocimiento efectivo de los derechos humanos no se restringe al ámbito jurídico; la presión social, el debate público y la educación son otras vías para su realización.

Aún más, la «legislación punitiva» puede no ser el camino adecuado para garantizar ciertos derechos. Sen menciona el ejemplo del derecho de un individuo con limitaciones físicas para hablar con fluidez a “no ser menospreciado o ridiculizado” (Sen, 2010: 398). Aunque este es un derecho importante, perseguirlo mediante la coerción legal no parece ser la mejor opción. Como se verá más adelante, parte de la reflexión acerca del papel de los derechos económicos y su relación con la función de la CPI consiste justamente en determinar la conveniencia de la persecución penal de las conductas que infringen las normas relacionadas con ellos.

Pese a tratar la relación entre la legislación penal y la protección efectiva de los derechos humanos, Sen no menciona el potencial del papel educativo que puede cumplir la legislación. En ocasiones, el reconocimiento jurídico de ciertos derechos no solo sirve como protección de esos derechos, sino como mensaje ético para la comunidad (Aristóteles, 2007). Un cambio legal puede conducir a un cambio en la percepción o en las conductas de los miembros de la sociedad. Por ejemplo, la persecución de los crímenes de lesa humanidad no solo lleva a la condena de los responsables, sino que también puede colaborar a que se perciba su gravedad.

2.4. Los derechos económicos como derechos humanos

Debe aclararse que los derechos económicos son derechos humanos reconocidos por el DIDH, y generalmente son tratados en conjunto con los DESC¹. Así, la DUDH no se limita a los derechos civiles y políticos básicos, pues incluye también “el derecho al trabajo, el derecho a la educación, la protección contra el desempleo y la pobreza, el

¹ Vale la pena recordar que esta contribución se restringe exclusivamente a los derechos económicos, aunque en otras investigaciones estos suelen ser tratados como parte de los DESC.

derecho de asociación sindical e incluso el derecho a una justa remuneración” (Sen, 2010: 412). Además, derechos tales “como el derecho común a la subsistencia o la atención médica, han sido adicionados recientemente a las declaraciones de derechos humanos y han ampliado de manera sustancial el dominio de los derechos humanos” (Sen, 2010: 412). Como resultado, a los derechos civiles y políticos se les coloca bajo el rótulo de derechos de “primera generación”, mientras a los DESC se los rotula como derechos de “segunda generación”.

Sen identifica dos críticas que suelen estar dirigidas contra la inclusión de los derechos económicos como parte de los derechos humanos: la “crítica de la institucionalización” y la “crítica de la factibilidad”. La primera hace referencia al reconocimiento de los derechos económicos como derechos fundamentales porque se olvida la contracara de las obligaciones. Según esta crítica, resulta fácil reivindicar estos derechos, pero resulta difícil determinar sobre quién se impone el deber de hacerlos cumplir.

¿Qué significa tener un derecho si las libertades que este garantiza no imponen obligaciones a otros para su cumplimiento? “Cuando los supuestos derechos universales a bienes, servicios o bienestar no son satisfechos, y no han sido (aún) establecidas las instituciones para distribuir o asignar obligaciones específicas, hay una oscuridad sistemática acerca de si se puede hablar de violadores, y no sólo una incertidumbre contingente acerca de quién podría ser [el violador]” (O’Neill, 2016: 132).

Las instituciones son necesarias para determinar sobre quiénes recae la obligación de garantizar los derechos económicos. El derecho a estar libre de hambre requiere que las instituciones determinen sobre quiénes recae la obligación de posibilitar el acceso a los alimentos; a diferencia de las obligaciones impuestas por el derecho a estar libre de tortura que recaen sobre unos agentes determinados. De esta manera, para autores como O’Neill (2016: 36), este tipo de derechos (a los que denomina “derechos institucionales”) no son derechos naturales o humanos porque las obligaciones que imponen dependen de las instituciones establecidas en cada sociedad.

Para responder a la objeción de la institucionalización, Sen apela a la distinción kantiana entre deberes perfectos e imperfectos. El argumento sostiene que los derechos aceptados por O’Neill como dere-

chos humanos también imponen obligaciones imperfectas y, por tanto, no asignan obligaciones sobre agentes claramente determinados previamente a su institucionalización.

El sentido general de la distinción entre obligaciones perfectas e imperfectas en Kant (2002) podría reconstruirse de la siguiente manera: los deberes perfectos son aquellos que se cumplen simplemente al no realizar cierta acción, como prometer falsamente o quitarse la vida; mientras los deberes imperfectos imponen la realización de una cierta acción, como cultivar las propias capacidades o ayudar a los necesitados².

Sen ilustra su respuesta a partir del conocido caso de Kitty Genovese, asesinada en Nueva York ante decenas de testigos que no le brindaron ayuda. Dos tipos de obligaciones de proteger los derechos de Genovese parecen haber sido incumplidas; por un lado, el asesino incumplió un deber perfecto; por otro lado, los espectadores al no prestar ayuda incumplieron un deber imperfecto. Esto muestra cómo los derechos denominados de “primera generación” imponen obligaciones perfectas e imperfectas (Sen, 2010); al imponer también las segundas estos derechos igualmente dejan lugar a la indeterminación sobre quiénes son los obligados.

Los derechos económicos también dan lugar a ambos tipos de obligaciones. El derecho al trabajo obliga a no impedir discriminatoriamente el acceso al trabajo, así como a impulsar la posibilidad de trabajar para todos los miembros de la sociedad que lo deseen hacer³. El acto desesperado de Mohamed Bouazizi, que constituyó el disparador de la “primavera árabe”, ilustra esta idea. Este esforzado vendedor ambulante de verduras tunecino, que hacía un momento había sido expropiado por la policía, una vez más, perdiendo los medios de subsistencia suyos y de su familia, frustrado, se incineró frente a un edificio municipal donde no había conseguido que las autoridades le dieran respuesta ante la injusticia. Antes de encenderse en llamas, Bouazizi gritó: “¿Cómo esperan que me gane la vida?”. Bouazizi fue

² Estos son los cuatro célebres ejemplos utilizados por Kant en la *[fundamentación de la metafísica de las costumbres]* (2002).

³ Para una crítica a la tesis de que los derechos civiles y políticos imponen obligaciones imperfectas y los económicos, obligaciones perfectas, *vid.* Cécile Fabre (1998: 270).

privado del derecho al trabajo tanto por la acción como por la omisión de las autoridades.

Por lo tanto, la crítica de la institucionalización se aplica tanto a los derechos civiles y políticos (así lo ilustra el ejemplo de Genovese) como a los económicos, y no es sostenible si se acepta el incumplimiento de las obligaciones imperfectas como violación a los derechos humanos. En este sentido, Sen (2010: 415) afirma que “hay un amplio espacio de fructífera discusión pública (...) en torno a la cuestión de lo que una sociedad o un Estado —incluso un Estado empobrecido— puede hacer para evitar las violaciones de ciertos derechos económicos y sociales básicos”, pero este margen existe asimismo en el caso de los derechos civiles y políticos⁴.

Entonces, ¿quiénes son los responsables? En el caso de Genovese no cumplieron con su deber aquellos vecinos que en condiciones de hacerlo no alertaron a la policía debidamente. En el caso de Bouazazi, la responsabilidad recae en los policías encargados del operativo que lo privaron de sus medios de producción o, siguiendo la doctrina de la responsabilidad de los superiores jerárquicos, la autoridad bajo los órdenes de la cual aquellos se condujeron, así como las autoridades locales que no atendieron su reclamo si es que era previsible que con ello se lo privaría de lo necesario para que se ganase la vida.

En cuanto a la crítica de la factibilidad, esta señala la dificultad de que los derechos económicos puedan ser respetados en algunas partes del mundo. ¿Cómo exigir el cumplimiento del derecho humano al sustento, al trabajo o a una remuneración justa en los países pobres del mundo? (Cranston, 1962; 1983). Esta objeción, afirma Sen (2010: 416), se basa en una confusión acerca del significado de los derechos humanos: “La viabilidad de este enfoque [el de los derechos humanos] no se derrumba sólo porque puedan necesitarse cambios sociales adicionales en cualquier momento para hacer que estos derechos reconocidos sean completamente realizables y efectivamente realizados”. Además, esta crítica también puede aplicarse a los derechos civiles y políticos, ya que “[n]i, con el mejor de los esfuerzos, podemos detener todos los asesinatos en masa, como los de Ruanda en 1994,

⁴ Una excelente discusión de este tema puede encontrarse en Gargarella (2013; 2016).

el de Nueva York el 11 de septiembre de 2001, o los de Londres, Madrid, Bali y Bombay” (Sen, 2010; 416)⁵.

En consecuencia, los elevados índices de pobreza, el creciente desempleo, los salarios bajos y el asesinato de sindicalistas no afectan la legitimidad de los derechos económicos. Al contrario, muestran su relevancia ante las necesidades más urgentes a las cuales debe atender una sociedad porque no se trata de derechos programáticos sino de derechos fundamentales (Pogge, 2005), que deben ser objeto de protección por parte de todos los miembros de la sociedad.

3. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

La propuesta de Sen sobre los derechos económicos como derechos humanos plantea cómo su legitimidad no depende de la legislación de los Estados; queda ahora por determinar si estos derechos deben ser objeto de protección por el DIP y, en caso afirmativo, de qué manera. Para responder a esta pregunta, es necesario hacer antes algunas aclaraciones acerca de la compleja relación entre el DIDH y el DIP.

En primer lugar, es necesario aclarar que el DIP no nace como un cuerpo normativo para la protección de los derechos humanos, sino que se dirige principalmente al establecimiento de la responsabilidad internacional del individuo por los crímenes más graves para la comunidad internacional en su conjunto (Cryer, Friman, Robinson & Wilmshurst, 2014). Sin embargo, al mismo tiempo, afirmar que no existe relación entre el DIDH y el DIP significaría desconocer el vínculo existente entre los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, y el DIP.

En este sentido, Bassiouni (citado en Chinchón, 2009) afirma que el último paso para lograr la protección de los derechos humanos es la imposición de penas a quienes incurrir en graves violaciones de es-

⁵ A propósito de sus estudios sobre las hambrunas, Sen explica que estas catástrofes no dependen solo de la disponibilidad de alimentos en una sociedad, sino también del ejercicio del poder (Sen, 2000: 211).

tos constitutivas de crímenes internacionales. En consecuencia, el DIP está intrínsecamente ligado al DIDH, en tanto en cuanto la figura de los crímenes internacionales nace como respuesta a aquellas violaciones de derechos humanos que se consideraban especialmente atroces y repudiables, a tal punto que toda la comunidad internacional debe hacerles frente de manera unificada, independientemente del lugar en el cual fuesen cometidos y la nacionalidad de víctimas y victimarios (Cryer, Friman, Robinson & Wilmshurst, 2014).

Más allá de los Convenios de La Haya de 1899 y del Tratado de Versalles de 1919 (primeros precedentes del DIP), fueron los sucesos acontecidos durante el Holocausto nazi, que hasta el día de hoy se recuerdan como uno de los episodios más desgarradores de la historia de la humanidad, los que dieron lugar al surgimiento del DIP y del DIDH (Cryer, Friman, Robinson & Wilmshurst, 2014). Si bien estos dos nuevos campos del DI se ocupan de diferentes esferas de responsabilidad, ya que el primero está relacionado con la responsabilidad penal individual y el segundo con la responsabilidad internacional de los Estados, lo cierto es que tienen un origen común y se interesan por atender situaciones en las cuales existen graves violaciones a los derechos humanos. Además, como Akhavan (citado en Krever, 2013) afirma, el acto de castigar a través del DIP a los dirigentes cuyos subordinados cometen materialmente crímenes internacionales, puede contribuir a la interiorización de las normas relacionadas con los derechos humanos.

No obstante, como afirma van den Herik (2013), la relevancia para el DIP de las graves violaciones a los derechos humanos se ha enfocado principalmente en los derechos civiles y políticos, habiendo quedado tradicionalmente en un segundo plano las graves violaciones a los derechos económicos.

4. EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Existe una fuerte creencia de que el marco normativo del DIP se ocupa exclusivamente de las graves violaciones de los derechos denominados de “primera generación”, principalmente porque se ha teni-

do el imaginario de que las mismas son jerárquicamente superiores a las violaciones de los demás derechos humanos (Schmid, 2015). Sin embargo, este razonamiento es erróneo, como también hemos visto que son las críticas a la inclusión de los derechos económicos en el conjunto de los derechos humanos, debido a que el supuesto carácter preinstitucional de tales derechos y la imposibilidad de su completa realización harían de ellos meros derechos programáticos para todas las naciones.

En lo que se refiere a la relevancia de los derechos económicos, Sen (2010: 400) sostiene que, para convertirse en un derecho, la protección de una libertad debe cruzar el umbral del escrutinio público sobre “la importancia de la libertad y la posibilidad de influir en su realización”. Si bien esta posición nos resulta insatisfactoria, lo cierto es que estamos de acuerdo con Sen en que no parece haber ninguna razón para considerar que sean más relevantes los derechos civiles y políticos que los derechos económicos. En otras palabras, “¿[p]or qué deberíamos considerar el hambre, la desnutrición y la falta de atención médica como menos importantes que la violación de cualquier tipo de libertad personal?” (Sen, 2010: 94).

Sin embargo, parte de la doctrina considera que la efectiva materialización de los derechos económicos es una mera aspiración y que su cumplimiento debe hacerse de manera progresiva y no de forma inmediata, como ocurre con los derechos civiles y políticos (Schmid, 2015). Incluso se cree que la normativa internacional penal en relación con los derechos económicos no es justiciable (Schmid, 2015; van den Herik, 2013). Ante estas críticas, vale recordar lo expresado con respecto a la crítica de la factibilidad presentada más arriba, pues evitar ataques generalizados o sistemáticos que configuran asesinatos, torturas y otras violaciones de los derechos civiles ciertamente también es una aspiración. De esta manera, la efectiva materialización de las libertades protegidas por los derechos civiles y políticos no se ha concretado completamente, y tampoco hay razones para pensar que se concrete en una mayor medida que la materialización de los derechos económicos.

La crítica también puede leerse de una forma diferente. Lo que se critica quizás no es que tales libertades no puedan realizarse completamente, sino el costo que tiene su plena realización, lo que les haría

entonces derechos “aspiracionales”. Sin embargo, tal como lo han expuesto Holmes & Sunstein (2011) no es cierto que salvaguardar los derechos civiles y políticos no sea costoso, ni que todos los Estados los puedan garantizar en un mismo grado; tampoco es cierto que siempre sea claramente menos costoso salvaguardar estos derechos que los derechos económicos. Además, debe tenerse en cuenta que dado que la protección de todos los derechos tiene su costo y que su protección no beneficia de la misma manera a todas las personas (evidentemente la protección del derecho a la propiedad privada no beneficia igualmente a los propietarios y a los no-propietarios). En consecuencia, debe decidirse con respecto a qué derechos es más justo y eficiente que se brinden recursos para su salvaguarda⁶.

Algunos autores, a diferencia de aquellos que han relegado los derechos de “segunda generación”, se han preocupado por reivindicar el papel de los derechos económicos en el campo del DIP. Si bien no es un tema ampliamente discutido, en la última década se han hecho algunas propuestas encaminadas a visibilizar los derechos económicos en este ámbito y a plantear que sí es posible analizar graves violaciones de estos derechos cuando sean constitutivas de crímenes internacionales mediante los instrumentos del DIP. Así mismo, se ha planteado la necesidad de asumir la protección de los derechos económicos al concebir los derechos fundamentales de una forma más extensa.

Las propuestas sobre la relevancia de los derechos económicos, como parte de los DESC, no son nuevas. Durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 en Viena, de la cual resultó la Declaración y Programa de Acción de Viena, se discutió la importancia de equiparar los DESC con otras categorías de derechos humanos. Esto no solo quedó consagrado en el mencionado instrumento internacional, el cual exhortó a la comunidad internacional a fortalecer los medios de promoción, materialización y protección de los DESC, sino que, además, fue el inicio del proceso relativo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor en mayo de 2013.

⁶ Sin embargo, para autores como Moyn (2014, 2018), los derechos económicos son compatibles con amplias desigualdades, e históricamente su reclamo ha reemplazado el reclamo de mayor igualdad.

En este contexto, es claro que existe una creciente preocupación en un sector de la comunidad internacional por visibilizar cada vez más la necesidad de garantizar el disfrute de los derechos económicos, así como de protegerlos internacionalmente. En materia de DIP, en 1999, la profesora Christine Chinkin (en una conferencia impartida en el Overseas Development Institute (ODI)), afirmó antes de la entrada en vigor del ECPI, tanto la justiciabilidad de los DESC, como la posibilidad de utilizar la CPI a modo de herramienta con este propósito (ODI, 1999). De esta manera, si bien el ECPI aún no había entrado en vigor, se discutía ya sobre la posibilidad de que la CPI se ocupara, al menos en ciertos casos, de graves violaciones a los DESC. No obstante, la Prof. Chinkin consideró en aquel momento que la CPI terminaría por dar prioridad a aquellos crímenes internacionales que constituyen graves violaciones de los derechos civiles y políticos (ODI, 1999).

En 2006, Louise Arbour, entonces Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU, resaltó la necesidad de dejar atrás la creencia de que los DESC representan una “meta aspiracional” y propuso emplear las herramientas propias del DIP para juzgar violaciones a esta categoría de derechos (Arbour, 2006; Schmid, 2016). En esta misma línea argumentativa, el SGNU, Ban Ki-moon, afirmó en 2010 la importancia de utilizar tanto el derecho nacional como el internacional para garantizar el debido goce de los DESC, así como de emplear el DP en los niveles nacional e internacional para perseguir aquellas conductas que representan importantes violaciones a estos derechos (ONU, 2010; Schmid, 2016). Ban Ki-moon fue especialmente claro al indicar cómo las graves violaciones de los DESC pueden empeorar situaciones en las que existen tensiones políticas y sociales, lo cual puede desencadenar tanto conflictos armados como episodios de represión (ONU, 2010).

Sin embargo, el DIP no se ha ocupado, al menos explícitamente, de este tema. En materia jurisprudencial, poco o nada ha sido dicho al respecto, pues los diferentes tribunales internacionales penales constituidos a lo largo de la historia reciente no han incorporado disposiciones normativas que se ocupen explícitamente de los derechos económicos. Una rápida lectura del ETPIY, el ETPIR y el ECPI permite observar que estos estatutos no tratan los derechos económicos

con la importancia que merecen (de hecho, no es posible encontrar referencias expresas a estos).

En todo caso, van den Herik (2013) considera que, si bien el TPIY no se ha pronunciado explícitamente respecto de violaciones a los DESC, sí ha tenido en consideración algunos elementos constitutivos de las violaciones a estos derechos. Esta autora menciona, por ejemplo, el caso Brdjanin (01/09/2004: párrs.1031 *et seq.*), en el que la SPI II del TPIY ha señalado que negar los derechos al trabajo y a recibir atención médica podría suponer una privación de derechos fundamentales constitutiva de un crimen de lesa humanidad de persecución. Así mismo, en el caso Simic *et al.* (2003: párr. 775), la SPI II ha afirmado que la privación de alimento y agua, la detención en condiciones poco salubres, así como la negación de asistencia médica de manera grave son actos inhumanos, que pueden ser a su vez constitutivos de actos de persecución (van den Herik, 2013).

La CESL, por su parte, ha estudiado la complicidad y el encubrimiento cometidos por Charles Taylor durante su dictadura. No obstante, se ha limitado a analizar el saqueo perpetrado contra bienes particulares, obviando el relativo a la extracción ilícita de diamantes y de otros recursos naturales, el cual involucró importantes violaciones de los derechos económicos de la población. Esto representa una oportunidad perdida para analizar realidades de alta relevancia económica en los conflictos armados (Sander, 2015).

Como resultado, en el sentido que lo menciona Sander (2015), existe un desconocimiento importante en los tribunales internacionales penales de las causas económicas de toda situación de conflicto, tanto internacional como nacional. Además, omitir en sus estatutos y jurisprudencia la dimensión económica de los crímenes internacionales ha generado una atención insuficiente a: (i) los diferentes actores económicos y sus intereses en los conflictos armados (tampoco en las situaciones de violencia sistemática o generalizada); y (ii) la incidencia de las violaciones de los derechos económicos en los conflictos armados y en las condiciones socioeconómicas que los rodean (Krever, 2013; Sander, 2015). Estas importantes limitaciones han impedido, hasta el momento, abordar de manera efectiva desde el DIP las realidades económicas que propician e intensifican los conflictos armados (Sander, 2015).

5. LA RELEVANCIA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS PARA LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

De la misma manera que el DIP no ha sido creado específicamente como un marco normativo de protección de derechos humanos, sino para juzgar crímenes internacionales y determinar la responsabilidad penal individual de sus autores, la CPI tampoco ha sido establecida como un tribunal internacional de protección de derechos humanos, mucho menos de los derechos económicos reconocidos por el DIDH. No obstante, como anteriormente se esbozó, la JIP está intrínsecamente ligada con el DIDH, lo que lleva a cuestionarse cómo podrían conectarse ambas esferas del DI en relación con la CPI.

Para ello, analizaremos a continuación ciertas graves violaciones de derechos económicos que podrían ser también constitutivas de crímenes internacionales. Además, analizaremos hasta qué punto los derechos económicos forman parte de los estándares internacionales de derechos humanos, que, según el art. 21(3) del ECPI, constituyen un criterio central de interpretación del ECPI y de sus instrumentos complementarios. Finalmente, es importante aclarar que solo se exponen algunos ejemplos (que no pretenden tener un carácter exhaustivo) en los que pueda visibilizarse la existencia de una importante relación entre los derechos económicos y la función de la CPI.

5.1. *Derechos económicos y genocidio*

Un primer ejemplo podría ser el crimen de genocidio, que en su modalidad de “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial” (art. 6(c) del ECPI). En este caso, la referencia a las “condiciones de existencia” parece incluir también aquellas que son constitutivas de graves violaciones a los derechos económicos, como, por ejemplo, el someter intencionalmente a pasar hambre a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Sin embargo, el elemento subjetivo del crimen limita su alcance, porque requiere que se actúe con la intención de destruir total o parcialmente al grupo afectado. En consecuencia, las hambrunas que a lo largo del siglo XX han tenido lugar en China, Corea del Norte,

España, India o Ucrania (por mencionar un ejemplo extremo de violación de derechos económicos) no configuran de manera evidente este crimen, porque la motivación no parece haber sido específicamente dirigida a destruir total o parcialmente el grupo nacional afectado (aunque sobre el caso ucraniano ha habido una amplia discusión) (Stark, 2010).

Por el contrario, como sucede en la mayoría de los casos, estas hambrunas parecen haber sido consecuencia de políticas económicas como el movimiento de alimentos en sentido contrario a las necesidades de la población, la consolidación económica de un sistema autárquico, la provisión de alimentos para soldados en el frente de batalla, el “Gran Salto Adelante” o el mantenimiento de una cierta posición negociadora a nivel mundial.

Diferente parece ser, en cierta medida, la situación con la hambruna etíope a mediados de la década de 1980. Pero incluso en este caso, si se demuestra que lo que se persiguió fue la destrucción total o parcial de un grupo político, tampoco se configuraría el crimen de genocidio, porque, a diferencia de lo que sucede en algunos ordenamientos jurídicos nacionales como el colombiano⁷ (Carcano, 2019), los grupos políticos no son grupos protegidos por la definición consuetudinaria de genocidio en el DIP (que es la misma consagrada en el artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948) (Rocha-Herrera, 2019: 403) o la recogida en los art. 2, 4 y 6 de los ETPIR, ETPIY y ECPI respectivamente (Liñán, 2019: 373).

5.2. Derechos económicos y crímenes de guerra: la prohibición de utilizar el hambre como método de combate y el crimen de guerra de saqueo

Un segundo ejemplo de la relación entre los derechos económicos y el ECPI lo podemos encontrar en el art. 8(2)(xxv) del ECPI, que tipifica como un crimen de guerra “hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho

⁷ Vid. art. 101 del Código Penal Colombiano.

de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra”. Marcus (2003: 258) afirma la comisión de este crimen de guerra en el caso etíope antes mencionado porque “[...] la manipulación del socorro jugó un rol especialmente importante en la campaña contrainsurgente del gobierno”.

Existen, sin embargo, dos limitantes importantes en la definición de esta figura penal. En primer lugar, es posible que se produzcan hambrunas en ausencia de un conflicto armado. En segundo lugar, “tradicionalmente, las violaciones al sistema internacional humanitario perpetrados en conflictos internos no pueden servir como base para la responsabilidad penal individual” (Marcus, 2003: 270). Sin embargo, conviene mencionar que, como se recogen en la jurisprudencia del TPIY, el derecho consuetudinario ha superado esta segunda limitante (TPIY, Caso Delalic, 20/02/2001: párr. 140).

El saqueo como crimen de guerra es otra conducta punible prevista en el ECPI que podría tener importantes implicaciones en materia de violación de derechos económicos. Así, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados (b)(xvi) y (e)(v) del art. 8(2) del ECPI, constituye un crimen de guerra, tanto en conflictos armados internacionales como en no internacionales, el “saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto”. Además, según los EC, para que se configure este crimen de guerra se tienen que cumplir los siguientes requisitos: (i) que el autor se apropie de un bien ajeno; (ii) que lo haga con la intención de despojar a su propietario y para su propio goce personal o privado; (iii) que no medie el consentimiento del titular del bien; (iv) que la conducta se presente en el marco de un conflicto armado (ya sea internacional o no internacional) y esté relacionada con el mismo; y (v) que el autor conozca la existencia de las circunstancias de hecho que dan lugar a dicho conflicto.

En el caso Katanga (23/05/2014: párrs. 953-956), la SPI II se ha referido al crimen de guerra de saqueo, afirmando, entre otras cosas, que, en el caso concreto del municipio de Bogoro (ubicado en el distrito de Ituri en la RDC), afectó de manera importante a los propietarios de los bienes saqueados, al verse privados de sus pertenencias más valiosas (incluyendo su ganado y otros medios de subsistencia, así como de las tejas de sus viviendas y sus muebles), lo que tuvo un

impacto trascendental en su diario vivir. Todo esto generó, según la Sala, graves consecuencias para los habitantes de dicho municipio.

De acuerdo con Schmid (2016), la gravedad del saqueo en este caso es un claro ejemplo de cómo este crimen afecta los derechos económicos. Aunque la sentencia de primera instancia no discute textualmente la vulneración de los DESC, y mucho menos de los derechos económicos, sí reconoce que los afectados fueron despojados de bienes esenciales para su subsistencia, lo cual implica necesariamente que fueron vulnerados sus derechos económicos (Schmid, 2016).

Además, conviene subrayar que, según la SPI II (23/05/2014: 953), la gravedad del crimen de guerra de saqueo estuvo en este caso determinado por su magnitud y las implicaciones para la población afectada. Esto significa, en última instancia, que el alcance y naturaleza de las violaciones de derechos económicos pueden ser un factor importante para determinar la pena que se ha de imponer al condenado, porque, conforme con el art. 78 del ECPI, la gravedad del crimen es uno de los criterios centrales para determinar su naturaleza y duración. En este sentido, la CPI podría utilizar como factor de gravedad de la conducta la comisión de violaciones a los derechos económicos de las víctimas.

5.3. Derechos económicos y crímenes de lesa humanidad: el exterminio, la persecución y la prostitución forzada

5.3.1. El crimen de lesa humanidad de exterminio

El crimen de lesa humanidad de exterminio se recoge en el art. 7(1)(b) del ECPI, especificándose en el apartado (2)(b) de esta disposición que en todo caso “comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”. Los EC desarrollan su contenido requiriendo los siguientes cuatro elementos para su configuración: “(1) [q]ue el autor haya dado muerte, a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población”; (2) “[q]ue la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte de esa matanza”; (3) “[q]ue la conducta se

haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil”; y (4) “[q]ue el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”.

De esta manera, si bien el crimen de lesa humanidad de exterminio no alcanza a proteger los derechos económicos en su totalidad, parece que incluiría, en principio, sus violaciones más graves. Así, los casos antes mencionados de hambruna (sucedidos en China, Corea del Norte, España, Etiopía, India y Ucrania) podrían configurar sus elementos objetivos.

El problema, sin embargo, es el elemento subjetivo requerido. Este elemento, conforme al art. 30(2) del ECPI, consiste en un dolo directo de primer o segundo grado, de manera que quienes provocaron las hambrunas en la población a raíz de la adopción de ciertas políticas hayan pretendido su exterminio de manera directa o, al menos, hayan sido conscientes de que esto sería causado “en el curso normal de los acontecimientos” como consecuencia de la ejecución de las políticas adoptadas⁸.

Esto significa que, en principio, en todos aquellos casos en los que no se haya actuado por lo menos con este dolo directo de segundo grado (por ejemplo, en aquellos casos en los que solo se tuvo conciencia de la posibilidad, pero no de la certeza virtual, de que se produciría la hambruna, o cuando se actuó sin tan siquiera ser consciente de esta posibilidad por no tener en consideración la información disponible al respecto o por no haberla obtenido debido a la falta de diligencia a la hora de establecer un sistema efectivo de información) no se incurriría en responsabilidad penal según el ECPI. Tal y como lo afirmó la SCP II (CPI, Bemba, 15/06/2009: párr. 360 *et. seq.*; Kataranga, 07/03/2014: párr. 775), el dolo eventual no aparece en el texto del mencionado art. 30(2) y, por ende, no configura responsabilidad penal ante la CPI.

Frente a esta situación, Marcus (2003: 279) plantea que la doctrina de la responsabilidad de los superiores prevista en el art. 28(3)

⁸ Sobre el contenido del art. 30(2) del ECPI, *vid.* CPI, Bemba, 15/06/2009); Kataranga, 07/03/2014.

(b) del ECPI podría permitir la condena, por estas hambrunas, de los superiores jerárquicos que planearon y promovieron la ejecución de las políticas que las provocaron cuando “[n]o hubiere[n] adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

No obstante, incluso si aceptáramos el escenario propuesta por Marcus, lejos está el crimen de lesa humanidad de exterminio de incluir múltiples manifestaciones de violaciones graves de derechos económicos, como el derecho a un trabajo decente, el derecho de asociación sindical, el derecho a una justa remuneración o la protección contra el desempleo y la pobreza (por poner solo algunos ejemplos de derechos económicos).

5.3.2. El crimen de lesa humanidad de persecución

A la luz de lo anterior, es necesario analizar otros tipos de crímenes de lesa humanidad, como el crimen de persecución contra “un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte” (art. 7(1)(h) del ECPI).

Según el art. 7(2)(g) del ECPI, el crimen de lesa humanidad de persecución se define como “la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”⁹. En consecuencia, el

⁹ Los EC requieren para la configuración del crimen de lesa humanidad de persecución: “(1) que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional; (2) que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales; (3) que la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del art. 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional (4)

crimen de persecución permite analizar dos circunstancias que podrían llevar a que la CPI ampare los derechos económicos y vele por los derechos de aquellos grupos económicos que podrían ser objeto de privación de sus derechos fundamentales por razón de su identidad como grupo.

Por un lado, a diferencia de los estatutos y la jurisprudencia del TPIY¹⁰ y del TPIR¹¹, que han limitado la configuración del crimen de lesa humanidad de persecución a aquellos actos discriminatorios que se desplieguen contra grupos políticos, raciales o religiosos, el ECPI establece que los motivos por los cuales se puede incurrir en este tipo de crimen de lesa humanidad se extienden a todos los universalmente amparados por el DI, entre los que, como Chella (2004: 159) subraya, se incluirían los motivos económicos (los derechos económicos están reconocidos por el PIDESC, que es uno de los instrumentos del DIDH con un mayor número de Estados parte (171 a la fecha) (ONU, 2020), lo que refleja la relevancia internacional de los derechos económicos y su protección jurídica). En consecuencia, la persecución podría ejercerse contra un grupo sindical, una asociación profesional u otro grupo que luche por el reconocimiento de un trabajo decente y un salario justo; pero también podría ser un grupo perseguido por razón de su particular condición económica, como, por ejemplo, los habitantes de calle (Olasolo & Hernández, 2021).

que la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del art. 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; (5) que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; y (6) que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”.

¹⁰ El art. 5(h) del ETPIY consagra el crimen de lesa humanidad de “Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos”. Adicionalmente, la SPI del TPIY en el caso *Tadic* (07/05/1997) consideró que la persecución se configuraba siempre y cuando existiera un motivo discriminatorio, el cual debía ser, específicamente, de naturaleza racial, política o religiosa (párr. 697).

¹¹ El art. 3(h) del ETPIR consagra el crimen de lesa humanidad de “Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos”. Además, la SA del TPIR en el caso *Nahimana et al.* (28/11/2007), citando la jurisprudencia del TPIY en el caso *Krnjelac*, afirmó que persecución se configuraba en razón de un acto discriminatorio por alguno de los motivos enlistados en el artículo (exclusivamente), a saber, religiosos, políticos o raciales (párr. 985).

El PIDESC reconoce y protege, entre otras cosas, los derechos al trabajo (art. 6.), a una remuneración justa (art. 7), a la asociación sindical (art. 8), y a un nivel de vida adecuado, incluyendo vivienda, vestimenta y alimento (art. 11). Al estar todas estas categorías de derechos económicos internacionalmente reconocidas y protegidas, es posible considerar que se puede incurrir en un crimen de lesa humanidad de persecución por motivos económicos, en caso de que los miembros de un grupo o colectividad humana identificados por reivindicaciones relativas a la satisfacción de estos derechos se vean privados de sus derechos fundamentales. Así mismo, también se podría incurrir en este crimen cuando los miembros de grupos identificados por otras características ven afectados de manera sistemática o generalizada sus derechos fundamentales de carácter económico.

Con respecto a esta última cuestión, surge la pregunta sobre qué tipo de derechos considera el art. 7(2)(g) del ECPI que constituyen derechos fundamentales, cuya privación intencional y grave dé lugar a un crimen de lesa humanidad de persecución. Ni el ECPI, ni los EC, responden esa pregunta, al no hacer ningún tipo de diferenciación entre categorías de derechos (el requisito establece, puntual y expresamente, que se contravengan derechos fundamentales reconocidos por el DI, sin que se haga algún otro tipo de aclaración). En consecuencia, surge la cuestión sobre si existe algún tipo de entendimiento sobre lo que significa la expresión “derechos fundamentales” en materia de DIP.

Para responder esta pregunta, lo primero que debe quedar claro es que no solo el ECPI y los EC, sino que ningún otro tribunal internacional penal, ha definido este concepto (Chella, 2004). Así, el TPIY ha sido el único que se ha interesado por analizar esta cuestión en dos de sus sentencias (caso Kupreskic *et al.*, 14/01/2000: párrs. 622-623; y caso Stakic, 31/03/2003: párr. 773), en las que ha estudiado el crimen de persecución, advirtiendo que definir la noción de “derechos fundamentales” podría terminar por restringir su ámbito de interpretación y resultar en la exclusión de ciertos derechos. Como resultado, este concepto ha sido tratado de la misma manera que la noción de “(otros) actos inhumanos”, que también es una categoría abierta que debe interpretarse caso por caso (Chella, 2004).

Más recientemente, en la sentencia emitida por la SPI IV de la CPI en el caso Ntaganda (07/11/2019), se ha examinado esta cuestión,

considerando que han de tenerse en cuenta aquellos derechos consagrados en los dos Pactos Internacionales de 1966 (incluyendo el PIDESC) y en otros instrumentos internacionales. Sin embargo, la Sala no ha definido el concepto de “derechos fundamentales”, entendiéndolo que su contenido deber ser analizado caso por caso.

Algo más de precisión se puede observar en la decisión de confirmación de cargos emitida por la SCP I de la CPI en el caso Al Hassan (13/11/2019: párr. 664), en la que expresamente se consideró que la privación de los derechos a la reunión y la asociación, así como el derecho a la educación, entre otros, pueden ser actos de persecución por considerar tales derechos como derechos fundamentales. En esta medida, se puede afirmar que la CPI ha reconocido la posibilidad de que algunos derechos económicos constituyan derechos fundamentales, cuya privación de manera sistemática o generalizada puede dar lugar a un crimen de lesa humanidad de persecución.

Ante la situación de indeterminación existente con respecto al contenido del “concepto de derechos fundamentales” en la definición de este crimen, autores como Kalin y Kunzli (citados en Schmid, 2015: 51) afirman que, si bien los DESC se diferencian de los derechos civiles y políticos en virtud de las dificultades que acarrea su cumplimiento general, no lo hacen en cuanto a su naturaleza de derechos fundamentales. Esta posición es también apoyada por el ACNUDH (Folleto Informativo No. 33, 2008), al señalar que los derechos fundamentales económicos incluyen: (i) algunos derechos sindicales de los trabajadores; (ii) la prohibición del trabajo forzado; (iii) el derecho a escoger el propio trabajo, a recibir una remuneración justa, a tener un horario de trabajo razonable y el derecho a la seguridad social; (iv) el derecho a la protección social, que incluye la protección del individuo frente al desempleo y frente a la carencia de medios de subsistencia; (v) el derecho a un nivel de vida adecuado (lo cual abarca los derechos a la alimentación, a la vivienda adecuada, al agua y al vestido); y (vi) los derechos a la salud y la educación (derechos que también tienen una dimensión económica).

Además, como Tolbert (2019) subraya, el castigo de las violaciones flagrantes de estos derechos es una forma de escuchar el movimiento global de los derechos humanos que busca eliminar las injusticias en el orden internacional, porque “[s]in algún avance hacia la igualdad

económica, los derechos humanos parecerán un ejercicio altamente teórico” (Tolbert, 2019).

Para finalizar, conviene subrayar que, si bien las anteriores consideraciones reflejan la posibilidad de recurrir al crimen de lesa humanidad de persecución para investigar y castigar graves violaciones de derechos económicos, no es menos cierto que el art. 7(1)(h) del ECPI lo configura como un crimen conexo, por lo cual, para que la CPI pueda tener jurisdicción sobre este, es necesario que se encuentre ligado a otro crimen internacional recogido en el ECPI. En consecuencia, todo análisis de las graves violaciones a los derechos económicos, o de los ataques dirigidos contra grupos identificados por características económicas como posibles crímenes de lesa humanidad de persecución, requiere, en todo caso, que se haya producido la comisión de otros crímenes de la jurisdicción de la CPI con los que se encuentren relacionados.

5.3.3. El crimen de lesa humanidad de prostitución forzada

Existen otros crímenes de lesa humanidad que pueden tener relevancia a la hora de examinar graves violaciones a los derechos económicos. Entre ellos, destaca la prostitución forzada (art. 7(1)(g) del ECPI), que como el resto de los crímenes sexuales y de género recogidos en el ECPI, debe su inclusión a la especial trascendencia que para la comunidad internacional tienen las conductas de esta naturaleza en virtud de su recurrente utilización como medio ilícito de combate en contextos de guerra o de violencia generalizada (CICC, s.f.; CPI, Fiscalía, 2014).

En este sentido, es importante recordar que el ECPI es el primer instrumento constitutivo de un tribunal internacional penal que recoge una amplia gama de crímenes sexuales y de género, entre ellos, la prostitución forzada (CPI, Fiscalía, 2014). Además, el ECPI es pionero en su reconocimiento como crimen de guerra tanto en conflictos armados internacionales (art. 8(2)(b)(xxii)) como no internacionales (art. 8(2)(e)(vi)) (CPI, Fiscalía, 2014).

En cuanto a los elementos constitutivos de su definición, y a pesar de que la CPI no ha proferido hasta la fecha ninguna decisión sobre el crimen de prostitución forzada (ya sea en su modalidad de crimen

de lesa humanidad, o como crimen de guerra), los EC requieren que el autor haya forzado a una o a varias personas a practicar actos sexuales contra su voluntad y que haya obtenido, o esperase recibir, beneficios económicos o de otra naturaleza a cambio de dichos actos¹².

Ante el supuesto de que el crimen de lesa humanidad de prostitución forzada pueda ser utilizada como una fuente de ingresos para sus autores, es necesario analizar la conducta punible desde una doble perspectiva: la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de la víctima, por una parte, y su dimensión económica, por la otra. Con respecto a esta última, es necesario subrayar que el intercambio de servicios sexuales no consensuados implicaría, entre otras cosas, una vulneración manifiesta de los derechos a la no explotación laboral, a la libre escogencia de la actividad económica, a las prestaciones sociales, a una remuneración justa, sin mencionar que podrían afectarse también otros derechos con importantes implicaciones económicas, como los derechos a gozar de una buena calidad de vida y a la salud (WAS, 2014).

5.4. La necesidad de interpretar el Estatuto y los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional conforme a los estándares internacionales en materia de derechos humanos

El art. 21(3) del ECPI establece que la aplicación y la interpretación del ECPI, así como del resto de la normativa aplicable por la CPI:

Deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, de-

¹² Según los EC, los crímenes de prostitución forzada (consagrados en los art. (7)(1)(g), 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi) del ECPI), además de los elementos generales requeridos para que se constituya la conducta en cuestión, exigen: “1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno coercitivo o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento. 2. Que el autor u otra persona hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos”.

finido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

En consecuencia, como subrayan Bailey (2014), Irving (2019) y Sheppard (2010), el mandato de la CPI de investigación y sanción de los crímenes internacionales previstos en el ECPI ha de estar permanentemente permeado por los “derechos humanos internacionalmente reconocidos”. De esta manera, se crea un vínculo intrínseco e inquebrantable entre la función de la CPI y el DIDH.

En este sentido, la SA de la CPI ha afirmado en el caso Lubanga (14/12/2006: 37) que, en virtud del referido art. 21(3), los derechos humanos cimentan el ECPI en su totalidad. Esta afirmación es reiterada por Bitti (citado en Davidson, 2016), quien afirma que la interpretación y la aplicación de las normas del ECPI deben ser en todo caso coherentes con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. De este modo, como Sheppard (2010) e Irving (2019) señalan, estos últimos no son simples herramientas adicionales para la interpretación del ECPI y sus instrumentos complementarios, sino que, por el contrario, constituyen el cuerpo normativo por excelencia de interpretación y aplicación de la normativa de la CPI, incluyendo las definiciones de los crímenes internacionales recogidas en el ECPI y los EC (Grover, citado en Davidson, 2016).

Así como hemos visto que sucede con el concepto de “derechos fundamentales” en relación con el crimen de lesa humanidad de persecución, el ECPI no define tampoco el concepto de “derechos humanos internacionalmente reconocidos” (Bailey, 2014). Tampoco establece cuál debe ser el alcance de esta disposición normativa a la hora de velar por el reconocimiento de los derechos humanos en las decisiones judiciales proferidas por las diferentes salas de la CPI. Sin embargo, como hemos visto, los derechos económicos internacionalmente reconocidos en el PIDESC y en los art. 17, 23, 24 y 25 de la DUDH han de incluirse necesariamente en este; pues no hacerlo sería desconocer la relevancia de estos instrumentos internacionales y su aceptación generalizada por parte de la comunidad internacional.

En consecuencia, la lectura de cada uno de los tipos penales previstos en el ECPI, y en particular los analizados en las secciones anteriores, debe hacerse a la luz de las graves violaciones a los derechos

humanos, en general, y a los derechos económicos, en particular. Del mismo modo, el alcance y la naturaleza de estas ha de considerarse a la hora de interpretar algunos de los factores centrales en la determinación de las penas de los condenados, como es el caso de la gravedad de la conducta punible.

Todo esto debería llevar a que la CPI, como parte importante de su función, atribuya a los derechos económicos un lugar más preponderante en su jurisprudencia, contribuya con ello tanto a su visibilización como a la concienciación sobre la relevancia de su satisfacción y aborde de manera más efectiva que el resto de tribunales internacionales penales las realidades económicas, que propician e intensifican los conflictos armados, y los crímenes que más gravemente afectan a la comunidad internacional en su conjunto.

Sin embargo, la jurisprudencia de la CPI no ha iniciado este camino hasta el momento, porque, como subraya Irving (2019: 840), el contenido del art. 21(3) del ECPI y el reconocimiento de los derechos humanos (incluidos los económicos) dentro de la función de la CPI aún no han sido plenamente tratados; por lo que todavía no hay claridad sobre el alcance y los límites de esta disposición.

6. CONCLUSIÓN

Debido a su origen común y a que el castigo de los máximos responsables de las graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes internacionales contribuye a su visibilización y a la interiorización de las normas relacionadas con los derechos humanos, existe un fuerte vínculo entre el DIP y el DIDH; a pesar de ocuparse de esferas distintas de responsabilidad (la responsabilidad penal individual en el caso del DIP y la responsabilidad internacional de los Estados en el caso del DIDH). Sin embargo, hasta el momento, la relevancia para el DIP de las graves violaciones a los derechos humanos se ha enfocado principalmente en los derechos civiles y políticos, habiendo quedado tradicionalmente relegadas las graves violaciones a los derechos económicos.

Esto ha provocado que exista en la actualidad un desconocimiento importante en los tribunales internacionales penales de las causas económicas de aquellos conflictos armados sobre los que conocen.

Además, al omitir sus estatutos y jurisprudencia la dimensión económica de los crímenes internacionales, se ha dedicado una atención insuficiente a: (i) los diferentes actores económicos y sus intereses en los conflictos armados (tampoco en las situaciones de violencia sistemática o generalizada); y (ii) la incidencia de las violaciones de los derechos económicos en los conflictos armados y en las condiciones socioeconómicas que los rodean. Estas importantes limitaciones han impedido hasta el momento abordar de manera efectiva desde el DIP las realidades económicas que propician e intensifican los conflictos armados (Krever, 2013; Sander, 2015).

Ante esta situación, este capítulo ha mostrado la inconveniencia que tiene para el DIP y la CPI dar prioridad absoluta a los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos. El pensamiento de Sen sobre los derechos humanos y la justicia global nos ha llevado a preguntar por aquellas libertades relacionadas con los derechos económicos que deben ser protegidas por el DIP. Esto implica una ampliación de la perspectiva tradicional, según la cual las violaciones a los derechos civiles y políticos son más importantes que las violaciones de los derechos económicos.

El análisis desarrollado en este capítulo refleja que esta visión se encuentra así mismo implícita en el ECPI y en el resto de la normativa aplicable por la CPI por dos razones principales. En primer lugar, ciertas violaciones graves de derechos económicos pueden ser constitutivas de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra previstos en el ECPI. En segundo lugar, los derechos económicos forman parte de los estándares de derechos humanos internacionalmente reconocidos que, según el art. 21(3) del ECPI, constituyen un criterio central de interpretación del ECPI y de sus instrumentos complementarios.

Fruto de lo anterior, se puede concluir que un aspecto ciertamente importante de la función de la CPI es promover: (i) el abordaje con la debida profundidad de las realidades económicas que propician e intensifican los conflictos armados y los crímenes que más gravemente afectan a la comunidad internacional en su conjunto; (ii) la visibilización de las graves violaciones de derechos económicos constitutivas de crímenes internacionales, así como de su protección eficaz, a través de la actuación de la CPI; y (iii) la interiorización de las normas del DIDH que los recogen.

Además, si bien es cierto que el contenido del art. 21(3) del ECPI y el reconocimiento de los derechos humanos (incluidos los económicos) dentro de la función de la CPI aún no han sido plenamente abordados por su jurisprudencia (por lo que todavía no hay claridad sobre esta cuestión), esta situación debe cambiar en los próximos años si la CPI aspira a desarrollar de manera adecuada su función.

REFERENCIAS

Doctrina

- Aristóteles (2001). *Ética a Nicómaco*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Aristóteles (2007). *Política*. España: Espasa-Calpe.
- Bailey, S. (2014). “Article 21(3) of the Rome Statute, A Plea for Clarity”. *International Criminal Law Review*. Pp. 513-550.
- Bentham, J. (1965). *Escritos económicos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Bentham, J. (1990). *Falacias políticas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carcano, L. (2019). “El genocidio político en Ibero-América: particular atención a su desarrollo legislativo y jurisprudencial en Colombia”. En H. Olasolo & P. E. de Prada (Coord.). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio: la contribución iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 9. Valencia: Tirant Lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional y el Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 289-303.
- Chella, J. (2004). *Persecution: a crime against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*. Gold Coast: Bond University.
- Chinchón Álvarez, J. (2009). “Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado: encuentros y desencuentros en torno a la figura de los “crímenes de derecho internacional””. En J. González Ibáñez (Dir.). *Protección Internacional de los derechos humanos y Estado de Derecho. Studia in honorem Nelson Mandela*. Bogotá: Editorial Ibáñez. Pp. 551-582.
- Cranston, B. (1962). *What are human rights?* Nueva York: Basic Books.
- Cranston, B. (1983). *Are There Any Human Rights?* Nueva York: Daedalus. Vol. 112. Pp. 1-17.

- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. y Wilmschurst, E. (2014). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Davidson, A. (2016). “Human Rights Protection before the International Criminal Court, Assessing the Scope and Application of Article 21(3) of the Rome Statute”. *International Community Law Review*. Vol. 18. Pp. 72-101.
- De Aquino, T. (1989). *Suma de Teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Fabre, C. (1998). “Constitutionalising Social Rights”. *The Journal of Political Philosophy*. Pp. 263-284.
- Gargarella, R. (2013). “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”. *SELA Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política Papers*. Vol. 125. Pp. 1-39. Recuperado de: https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/125
- Gargarella, R. (2016). *Castigar al prójimo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Hobbes, T. (2017). *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Holmes, S. y Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Irving, E. (2019). “The other side of the Article 21(3) coin: Human rights in the Rome Statute and the limits of Article 21(3)”. *Leiden Journal of International Law*. Vol. 32. Pp. 837-850.
- Kant, I. (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial.
- Kant, I. (1984). *Teoría y praxis*. Buenos Aires: Editorial Leviatán.
- Krever, T. (2013). “International Criminal Law: An Ideology Critique”. *Leiden Journal of International Law*. Vol. 23. Pp. 701-723.
- Liñán, A. (2019). “Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad”. En H. Olasolo & P.E. de Prada (Coord.). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio: la contribución iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 9. Valencia: Tirant Lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional y el Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 365-398.
- Locke, J. (2002). *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Lozada.
- Marcus, D. (2003) “Famine Crimes in International Law”. *The American Journal of International Law*. Vol. 97. Pp. 245-281.

- Marshall, T. H. y Bottomore, T. (1998). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial.
- Marx, K. (1993). *Manuscritos*. Barcelona: Ediciones Altaya.
- Moyñ, S. (2018). *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Moyñ, S. (2014). "A powerless companion: human rights in the age of neoliberalism". *Law and Contemporary Problems*. Vol. 77. Pp. 147-169.
- Mill, J.S. (1996). *Principios de Economía Política, con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social*. México: Fondo de Cultura Económica.
- O'Neill, O. (2002). *Towards Justice and Virtue a constructive account of practical reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- O'Neill, O. (2016). *Justice across boundaries: Whose obligations?* Cambridge: Cambridge University Press.
- Olasolo, H. & Hernández Cortés, C.E. (2021). "El Tratamiento de la Aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Particular Atención a las Agresiones Discriminatorias contra los Habitantes de la Calle". *Revista Penal*. Vol. 47. Pp. 227-247.
- Pogge, T. (2005). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2001). *El derecho de gentes*. Barcelona: Paidós.
- Rocha-Herrera, M. (2019). "Modalidades de comisión del delito de genocidio y otros actos genocidas como la conspiración, la instigación pública y directa, la tentativa y la complicidad". En H. Olasolo & P. E. de Prada (Coord.). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio: la contribución iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 9 Valencia: Tirant Lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional y el Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 399-424.
- Rousseau, J. (1998). *Contrato social*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Sander, B. (2015). *Addressing the Economic Dimensions of Mass Atrocities: International Criminal Law's Business or Blind Spot?* Justice in Conflict. Recuperado de: <https://justiceinconflict.org/2015/06/08/addressing-the-economic-dimensions-of-mass-atrocities-international-criminal-laws-business-or-blind-spot/>
- Schmid, E. (2015). *Taking Economic, Social and Cultural Rights Seriously in International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schmid, E. (2016). *Book Discussion: Introducing Taking Economic, Social and Cultural Rights Seriously in International Criminal Law*. EJIL:Talk! Recuperado de: <https://www.ejiltalk.org/book-discussion-introducing-taking-economic-social-and-cultural-rights-seriously-in-international-criminal-law/>

- Sen, A. (1982). *Poor, Relatively Speaking*. Oxford: Oxford Economic Papers. Vol. 35. Pp. 153-169.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y Libertad*. Bogotá: Planeta.
- Sen, A. (2004). "Elements of a Theory of Human Rights". *Philosophy and Public Affairs*. Vol.32. Pp. 315-356.
- Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. Bogotá: Taurus.
- Sheppard, D. (2010). "The International Criminal Court and "Internationally Recognized Human Rights": Understanding Article 23(3) of the Rome Statute". *International Criminal Law Review*. Vol. 10. Pp. 43-71.
- Smith, A. (1997). *La teoría de los sentimientos morales*. Madrid: Alianza.
- Stark, Renate (2010) "Holodomor, Famine in Ukraine 1932-1933: A Crime against Humanity or Genocide?" *Irish Journal of Applied Social Studies*. Vol. 10(1). Pp.10-30.
- Tolbert, D. (2019) "Quo Vadis? Where does the Human Rights movement go from here?" *Georgia Journal of International and Comparative Law*. Vol. 47(2). Pp. 479-490.
- Van den Herik, L. (2013). "Economic, Social and Cultural Rights - International Criminal Law's Blind Spot?" En E. Riedel, C. Golay, C. Mahon, G. Giacca (ed.). *Economic, Social and Cultural Rights: Contemporary Issues and Challenges*. Oxford: Oxford University Press.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

- CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/06 (OA4). 14 de diciembre de 2006. Citada como: CPI, Lubanga, 14/12/2006.
- CPI [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. Germain Katanga. *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/07. 7 de marzo de 2014. Citado como: CPI, Katanga, 07/03/2014.
- CPI [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. Germain Katanga. *Décision relative à la peine (article 76 du Statut)*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/07-3484. 23 de mayo de 2014. Citada como: CPI, Katanga, 23/05/2014.
- CPI [Sala de Primera Instancia VI]. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. *Sentencing Judgment*. Doc. Núm. ICC-01/04-02/06. 7 de noviembre de 2019. Citada como: CPI, Ntaganda, 07/11/2019.
- CPI [Sala de Cuestiones Preliminares I]. The Prosecutor v. Al Hassan. *Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*. Doc. Núm. ICC-

01/12-01/18. 13 de noviembre de 2019. Citada como: CPI, Al Hassan, 13/11/2019.

CPI [Sala de Cuestiones Preliminares II]. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*. Doc. Núm.: ICC-01/05-01/08. 15 de junio de 2009. Citada como: CPI, Bemba, 15/06/2009.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Ferdinan Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza & Hassan Ngeze. Caso Núm. ICTR-99-52-A. *Judgement*. 28 de noviembre de 2007. Citada como: Nahimana *et al.*, 28/11/2007.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY [Sala de Primera Instancia]. The Prosecutor v. Dusko Tadic. Caso Núm. IT-94-1-T. *Opinion and Judgment*. 7 de mayo de 1997. Citada como: Tadic, 07/05/1997.

TPIY [Sala de Primera Instancia]. The Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic & Vladimir Santic. Caso Núm. IT-95-16-T. *Judgment*. 14 de enero de 2000. Citada como: Kupreskic *et al.*, 14/01/2000.

TPIY [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. Radoslav Brdjanin. Caso Núm. IT-99-36-T. *Judgment*. 1 de septiembre de 2004. Citada como: Brdjanin, 01/09/2004.

TPIY [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. Blagoje Simic, Miroslav Tadic & Simo Zaric. Caso Núm. IT-95-9-T. *Judgment*. 17 de octubre de 2003. Citada como: Simic *et. at.*, 2003.

Resoluciones, informes y otros documentos

Corte Penal Internacional. Fiscalía (2014). *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes*. Junio de 2014.

Coalition for the International Criminal Court (CICC) (s.f.). *Sexual and Gender-Based Crimes*. Recuperado de: <http://www.coalitionfortheicc.org/fight/strong-icc/sexual-and-gender-based-crimes>.

Organización de las Naciones Unidas (2013). *Declaración y programa de acción de Viena. 20 años trabajando por tus derechos*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.

Organización de las Naciones Unidas (2020). *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Recuperado de: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en.

- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (1966). *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (1993). *Resolución 827 sobre el Tribunal (ex Yugoslavia)*. Doc. Núm. S/RES/827 (1993). 25 de mayo de 1993.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (1994). *Resolución 955 sobre el establecimiento de un tribunal internacional y aprobación del estatuto del Tribunal Penal Internacional*. Doc. Núm. S/RES/955 (1994). 8 de noviembre de 1993.
- Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008). *Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales*. Folleto informativo No. 33. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/FAQ%20on%20ESCR-sp.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas. Secretario General (2010). *Guidance Note of the Secretary-General. United Nations Approach to Transitional Justice*. Recuperado de: https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf.
- Overseas Development Institute (1999). *Can International Law Provide Effective Sanctions for Violations of Economic and Social Rights? Lessons from the Creation of the International Criminal Court*. Recuperado de: <https://www.odi.org/events/2279-can-international-law-provide-effective-sanctions-violations-economic-social-rights-lessons-creation-international-criminal-court>.
- World Association for Sexual Health (2014). *Declaración de los derechos sexuales*. Recuperado de: https://worldsexualhealth.net/wp-content/uploads/2013/08/declaracion_derechos_sexuales_sep03_2014.pdf.

Capítulo 8
**LA PERSPECTIVA DEL
CONSTITUCIONALISMO GLOBAL ***

**Ricardo Abello-Galvis
Walter Arévalo-Ramírez
Laura Victoria García-Matamoros**

1. INTRODUCCIÓN

La CPI, tanto desde su estructura organizacional, como desde el derecho que aplica y produce a través del ECPI, sus procedimientos y sentencias, puede ser analizada en cuanto a su función desde varias perspectivas del llamado constitucionalismo global y el correlativo constitucionalismo internacional, entendidos como un reciente movimiento de análisis jurídico institucional, promovido por distintos *think-tanks* internacionales (Peters & Armingeon, 2009: 385), que advoca por la introducción de principios constitucionales al funcionamiento de la sociedad internacional, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídicas internacionales como las OI y los tratados multilaterales, buscando superar el enfoque clásico del soberanismo (Brunkhorst, 2002) y constituir una sociedad jurídica internacional bajo pilares más jerárquicos, estructuras con un funcionamiento similar al poder constitucional pero en el escenario supranacional y no en el derecho interno, y dotar a las OI de poderes “constitucionales” y fines específicos en materia de JI (Peters, 2009: 397-411).

* El presente capítulo hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos).

La función de la CPI en la sociedad internacional y su posición frente a la justicia desde estas teorías, puede ser analizada desde el constitucionalismo global si su objeto, su fin y sus actividades tienen efecto en lo que la literatura ha considerado como las principales tendencias de la constitucionalización de la sociedad internacional: 1) el desplazamiento del principio de soberanía, dilatado por nuevos pilares de la sociedad internacional como los derechos humanos, la justicia litigada en clave de víctima-Estado-perpetrador en cortes internacionales y la existencia de OI con atribuciones que superen los límites de la soberanía en el ámbito del derecho interno y del DI clásico o westfaliano; 2) la relativización del principio del consentimiento estatal para la adquisición y cumplimiento de obligaciones internacionales; 3) la universalización de nuevos principios jurídicos como los derechos humanos, o la definición de crímenes internacionales y el fortalecimiento de la ejecutoriedad de ciertos tratados multilaterales; y 4) el incremento de los tribunales internacionales como mecanismo de solución de controversias internacionales junto con el efectivo sometimiento de los Estados a tales procedimientos (Peters, 2008: 361).

Por lo anterior, el presente capítulo pretende analizar la función que la CPI cumple en la sociedad internacional desde el movimiento del constitucionalismo global/internacional a través de las siguientes perspectivas. En primer lugar, se estudia si las actividades de la CPI implican funciones y características previstas por el modelo del constitucionalismo internacional y constitucionalismo global, es decir, si tanto para Estados como para individuos en la sociedad internacional la CPI constituye una institución con poderes jerárquicos, orgánicos e inherentes de carácter constitucional respecto a las libertades y características clásicas de soberanía de estos actores, desde el control de sus actos, su judicialización y desde una posición jerárquica superior a ellos en la sociedad internacional, es decir, una interacción vertical en el marco de sus competencias (Birdsall & Lang, 2017). Durante la existencia de la CPI, el ámbito de mayor ejemplificación de esta característica ha sido su enfrentamiento con el principio de inmunidad de los jefes de Estado mediante la actividad de la Fiscalía, asunto que será analizado como parámetro de eficacia de su perspectiva constitucional de justicia.

En segundo lugar, el capítulo aborda brevemente la naturaleza de la CPI como tribunal único de un régimen especializado, que como

elemento central dentro del constitucionalismo global que aboga por la institucionalización de los regímenes específicos, debe, como OI, internamente reflejar valores constitucionales como la representatividad, los pesos y contrapesos entre sus órganos, el control de unos órganos sobre otros y una estructura funcional que sea representativa de la sociedad internacional, pero que también permita aplicar criterios típicos de los regímenes constitucionales como la imparcialidad y la actuación reglada de sus órganos frente a sus poderes y a los derechos de los individuos. Estas características internas de una organización que se comporta “constitucionalmente” la legitiman ante la sociedad internacional y facilitan el sometimiento de sus destinatarios (Estados e individuos) a los mecanismos internacionales de solución de controversias (Dunoff & Trachtman, 2008: 8-578).

Esto será analizado con casos concretos donde tensiones entre órganos, como la Fiscalía y las Salas, generaron debates sobre los controles a los órganos, la sumisión de estos al modelo de pesos y contrapesos e implicaron desarrollos sobre como legitimar los procedimientos de cara a las víctimas, pero respetando los derechos del acusado (Vera Sánchez, 2018), en caso de haberse cometido fallas dentro de la organización, como ocurrió en el caso Lubanga.

En tercer lugar, para el constitucionalismo global, las obligaciones internacionales de carácter más universal y que reflejen los principios más fundamentales de la sociedad internacional deben superar las limitaciones de la soberanía y del consentimiento estatal, para ser normas primarias de especial jerarquía que todos los Estados deban considerar como obligaciones vinculantes.

Evidencia de este proceso es la constitucionalización de este tipo de obligaciones y la incorporación de estas como parámetro de legalidad en las constituciones nacionales (Arévalo-Ramírez, 2018: 48) y de todo el derecho interno. El presente capítulo analiza sumariamente si la CPI, sus normas y procedimientos han logrado (Reinold, 2012) tener “jerarquía” (Koskenniemi, 2006), “efecto constitucional” o “función constitucional” sobre las autoridades nacionales (Aloyo, 2013) por la aplicación de estándares internacionales (Elderkin, 2015), al limitar sus poderes ejecutivos y legislativos y convertirse en parámetro de constitucionalidad, debido a su incorporación en las constituciones nacionales de distintas formas.

En este apartado, se analizará brevemente la contribución de la CPI a la construcción e interpretación de normas internacionales de carácter vinculante más allá del consentimiento, como lo son las categorías de las normas de *ius cogens* (Abello-Galvis, 2011) y las obligaciones *erga omnes*, esto bajo la perspectiva del constitucionalismo global que reivindica la necesidad de establecer un corpus iuris internacional de carácter constitucional, es decir, no dependiente del principio de soberanía de cada Estado y que constituya una “*constitution of international law*” (Posner, 2009).

En este ámbito, es también de vital importancia explorar si la CPI, en el cumplimiento de sus funciones convencionales, ha dotado al DIP de características propias del constitucionalismo global, como ya ocurre con el DIH, que se ha convertido en parámetro de legalidad y de constitucionalidad del derecho doméstico por ser aludido por este último como norma bien sea *erga omnes*, *ius cogens* o supraconstitucional según sea el caso (Duffy, 2001: 5).

2. EL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL. CARACTERÍSTICAS TEÓRICAS Y PARÁMETROS DE JUSTICIA APLICABLES A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El constitucionalismo, bien sea local, internacional o global, tiene una íntima relación con lo político y con la justicia, pues sus pilares fundamentales son la utilización reglada del poder para fines comunes mediante instituciones con reglas predefinidas y la limitación del poder mediante el derecho. Estos principios en la historia han dado lugar a la proliferación de constituciones escritas que buscan la justicia a través del ejercicio del poder, bajo la presencia de ciertos mecanismos fundamentales como el principio de legalidad (y en general, el *rule of law*), la separación de poderes junto con mecanismos de pesos y contrapesos entre los órganos del sistema, y la existencia de jerarquías normativas legitimadas en poderes constituyentes (Peters, 2014: 1484-1487).

En el ámbito internacional, el constitucionalismo global hace referencia a una agenda de justicia donde valores constitucionales permean las instituciones internacionales (Klabbers, 2011) para legitimar

sus propósitos, pero también, donde valores y procedimientos de carácter constitucional, que se han ido universalizando gracias a la oleada de constitucionalismo doméstico, desplazan antiguos principios de la sociedad internacional que la hacían estática y que limitaban la posibilidad de lograr idearios de justicia como la investigación de graves crímenes estatales o el *accountability* de los más graves perpetradores, por la imposición de principios soberanistas como la inmunidad (Peters *et al.*, 2014), la jurisdicción territorial y la no injerencia, que no admitían modularse frente a normas de mayor jerarquía. Esa agenda de justicia del constitucionalismo global ha sido resumida por autores como Peters (2009) en los que son las características y a la vez fines del constitucionalismo global:

Primero, el principio de soberanía está siendo destituido de su posición como *Letztbegründung* (primer principio) del DI. El estatus normativo de la soberanía se deriva de la humanidad, es decir, el principio legal de que los derechos humanos, los intereses, las necesidades y la seguridad deben ser respetados y promovidos. Este estatus normativo es también el telos del sistema legal internacional. En segundo lugar, el principio del consentimiento del Estado es reemplazado en parte por la toma de decisiones mayoritaria. Esto puede mejorar la eficacia de la gobernanza global y, por lo tanto, contribuye a la legitimidad de los resultados del sistema. [] Sin embargo, la igualdad, la inclusión y la representación de los Estados en las organizaciones internacionales están en tensión con la idea de una representación equitativa de los ciudadanos del mundo porque los Estados contienen poblaciones de tamaños muy diferentes. [] La igualdad de los estados más poblados da como resultado la desigualdad y la representación sesgada de los ciudadanos del mundo. [] Aceptando la premisa de que los referentes últimos de la democracia son las personas físicas, el mayoritarismo estatal es, desde una perspectiva democrática, ambiguo. [] En tercer lugar, ciertos valores básicos, como la protección de los derechos humanos, la protección del clima y tal vez incluso el libre comercio, parecen haber adquirido una aceptación universal, como se manifiesta en la ratificación universal de los tratados multilaterales pertinentes. Una advertencia importante es que este consenso interestatal es vago y general, mientras que los verdaderos problemas residen en los detalles. Otra preocupación es que la ratificación generalizada no refleja necesariamente compromisos genuinos, pero a menudo es el resultado de desequilibrios de poder y maniobras estratégicas. La aceptación formal de los tratados universales que consagran valores constitucionales no es el final, sino el comienzo, de la constitucionalización del DI. En cuarto lugar, la solución de controversias internacionales está cada vez más legalizada y legalizada mediante el establecimiento de cortes y tribunales internacionales con ju-

risdicción cuasi obligatoria. Esta juridificación es en algunos aspectos una mera manifestación de la legalización de las RI (Peters, 2009: 399).

La CPI representa la intersección de dos modelos de justicia y de organización de la sociedad internacional que en sus finalidades pueden ser complementarios, pero que en sus métodos son profundamente diferentes: el constitucionalismo internacional y el constitucionalismo global. El constitucionalismo internacional, heredero del modelo westfaliano de sociedad internacional, busca dotar a los Estados de poderes “constituyentes” para que ellos construyan una estructura supraestatal como expresión de un poder “constituido”, para resolver distintas necesidades de la sociedad internacional representada en el interés estatal, como la justicia, la cooperación y la solución pacífica de controversias.

Por otro lado, el constitucionalismo global sugiere que el modelo estatocentrico debe ser paulatinamente revisado para que el sistema internacional, finalmente, logre ubicar al individuo como centro de la acción del sistema, pero también de la producción normativa del sistema internacional (Fassbender, 1998: 529). Para varios autores, la CPI es una expresión más bien de un modelo mixto, donde, aunque la institución sea creada por los buenos oficios del constitucionalismo internacional y los Estados, sus ideales de justicia van llevándola a desarrollar sus funciones a través del modelo de constitucionalismo global, dando mayor relevancia al individuo en distintos roles y objetivos. Esta mezcla, también en algunas ocasiones, puede ser una limitante para que la CPI dé completa asistencia a las víctimas o ponga plenamente en el centro de su accionar al individuo (Birdsall & Lang, 2017).

3. CONSTITUCIONALISMO GLOBAL EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL VISTO COMO DESESTATIZAR, DESOBERANIZAR Y REJERARQUIZAR LA RELACIÓN JUSTICIA-ESTADO-INDIVIDUO: INMUNIDADES Y LOS CASOS SUDÁN Y KENIA

Las características de traspaso de funciones de Estados a otro tipo de órganos y en pro del individuo en la sociedad internacional, pro-

pías del constitucionalismo global, pueden ser identificadas en la CPI, por ejemplo, en las funciones del Fiscal, que bajo criterios jurídicos preestablecidos para acciones de alto impacto político (otro elemento propio del constitucionalismo global) está dotado de poderes para actuar de manera independiente, sin intermediaciones de los Estados parte y vinculado a principios de legalidad como el de imparcialidad o el requisito de gravedad, siendo a su vez su ejercicio de poder un ejercicio compartido con la SCP (art. 15 del ECPI).

Esta independencia de la Fiscalía respecto a la posición de los Estados frente a la apertura de investigaciones y su tándem con la SCP son dentro del constitucionalismo global el reflejo de un ideario de justicia encaminado a desoberanizar procesos en la sociedad internacional para garantizar la competencia e integridad del proceso (Birdsall & Lang, 2017). Desafortunadamente, también debe decirse que este modelo recibe un importante *backlash* o retroceso con las potestades del CSNU en el art. 16 del ECPI, el cual retorna a un modelo soberanista al permitirle solicitar a la CPI la suspensión de una investigación.

Si bien desde esta teoría el art. 16 del ECPI también implicaría la calidad de poder “constituido” del CSNU (Follesdal, 2016) como órgano supraestatal con atribuciones más allá de la soberanía de sus Estados parte al impulsar investigaciones, la posibilidad contraria de suspender investigaciones, cuando ejercida por razones inconvenientes, puede afectar gravemente las expectativas de justicia de las víctimas.

Dentro del marco teórico del constitucionalismo global, la capacidad de referir situaciones a la CPI que tiene el CSNU compensa la necesidad de instituciones que desconcentren la función de juzgamiento internacional de los Estados y su usualmente necesario otorgamiento de competencia, aportando fuentes desde las cuales podría iniciarse un procedimiento que logre las necesidades de justicia de las víctimas (Arbour, 2014).

Esta superación del soberanismo y sus prerrogativas en el sistema internacional a la que apunta el constitucionalismo global, con su enfoque en el individuo y sus derechos y el *rule of law* internacional mediante instituciones con características “constitucionales”, ha tenido justamente uno de sus más paradigmáticos ejemplos en uno de los casos referidos por el CSNU a la CPI.

La situación en Darfur fue la primera en ser remitida a la CPI por el CSNU, y la primera investigación de la CPI en el territorio de un Estado no parte en el ECPI. Fue a su vez la primera investigación de la CPI sobre denuncias del crimen de genocidio (CPI, Oficina de información Pública, Darfur). Además, el ex presidente de Sudán, Omar Al Bashir, es el primer presidente en funciones buscado por la CPI y la primera persona acusada por la CPI por el delito de genocidio.

A pesar de que Sudán no es un Estado parte del ECPI, el hecho de que el CSNU remitiera la situación en Darfur a la CPI en la Resolución 1593 (2005) del 31 de marzo de 2005, permitió a la CPI ejercer su jurisdicción sobre los delitos enumerados en el ECPI cometidos en el territorio de Darfur, Sudán, o cometidos por sus nacionales desde el 1 de julio de 2002 en adelante (CSNU, Res. 1593 (2005)).

El CSNU determinó en su momento que “la situación en Sudán sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”, y remitió esta situación a la CPI en marzo de 2005 tomando nota del informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre las violaciones del DIH y DIDH en Darfur (SGNU, S/2005/60). El SGNU estableció la Comisión “para investigar las denuncias de violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos en Darfur por todas las partes, para determinar también si se han producido o no actos de genocidio, y para identificar a los autores de tales violaciones para garantizar que los responsables rindan cuentas” (SGNU, S/2005/60; CSNU, Res. 1593 (2005)).

Otro caso reciente y relativo a jefes de Estado, donde se superan las limitaciones de inmunidad de jurisdicción impuestas por el modelo estatocentrico y se recogen los valores del constitucionalismo global, donde se pone por encima el interés de la justicia (Emmanuel, 2014: 133) para las víctimas frente a la soberanía estatal, tuvo lugar en el contexto de la apertura y posterior cierre por falta de evidencia en contra de Uhuru Muigai Kenyatta, para el momento primer ministro de Kenia.

El 5 de noviembre de 2009, el Fiscal de la CPI notificó al presidente de la CPI su intención de presentar una solicitud de autorización para iniciar una investigación sobre la situación en Kenia de conformidad con el art. 15(3) del ECPI, sobre la violencia postelectoral en el periodo 2007-2008 en Kenia, en la que supuestamente murieron

alrededor de 1.300 personas. El 6 de noviembre de 2009, la Presidencia del Tribunal asignó la situación a la SCP II, compuesta por la jueza Ekaterina Trendafilova (jueza presidenta), el juez Hans-Peter Kaul y el juez Cuno Tarfusser. El 31 de marzo de 2010, la SCP II acordó, por mayoría, la solicitud de la Fiscalía de abrir una investigación sobre presuntos delitos contra la humanidad en Kenia. La investigación abarcaba crímenes de lesa humanidad cometidos entre el 1 de junio de 2005 (la fecha de Entrada en vigor del ECPI para Kenia) y 26 de noviembre de 2009 (fecha en que el Fiscal presentó la solicitud de autorización para iniciar una investigación). El 5 de diciembre de 2014, el Fiscal presentó una notificación para retirar los cargos contra el Sr. Kenyatta. El 13 de marzo de 2015, la SPI V (B), terminó el proceso en este caso y anuló la citación para comparecer contra el Sr. Kenyatta (CPI, Oficina de Información Pública, Kenyatta).

De todas estas actuaciones en el caso relativo a Sudán, y en similar medida, en el caso contra el primer ministro de Kenia, Uhuru Muigai Kenyatta (CPI, Oficina de Información Pública, Kenyatta), se derivan por lo menos dos características esenciales que el constitucionalismo global demanda del sistema internacional y que se ven reflejadas en la acción conjunta del CSNU y la CPI. La primera de ellas, la actuación judicial internacional de una organización con poderes supraestatales para actuar por encima de la soberanía estatal, al realizar la remisión a la CPI, pero sobretodo, en el caso del Jefe de Estado, la deferencia al juzgamiento en detrimento de las concepciones absolutas del principio de inmunidad, buscando privilegiar el interés de la JI y especialmente, de las víctimas, a pesar de las reacciones jurídicas y políticas de los Estados de origen de tales jefe de Estado (Bower, 2019).

Por su parte, del caso Kenyatta se proyectan evidentes retos para la finalidad de construir una sociedad internacional alrededor del individuo y de normas que le protejan y lo representen, como las posibles situaciones de *witness tampering* que aún se estudian en el caso y la jurisdicción remanente de la CPI sobre las amenazas a los testigos, junto a la campaña regional del Estado contra la CPI y su fuerte empuje de crítica política a los procedimientos en foros regionales africanos (Hefler & Showalter, 2017).

4. CONSTITUCIONALISMO GLOBAL EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL MEDIANTE PODERES CONSTITUCIONALES, SEPARACIÓN DE PODERES, PESOS Y CONTRAPESOS E INTERESES SUPERIORES DE LA JUSTICIA: EL CASO LUBANGA

Bajo la perspectiva del constitucionalismo global, los procesos de DI deben adoptar del constitucionalismo valores como la representatividad y la división de poderes, de los cuales algunas normas del ECPI son un fiel reflejo: entre la literatura sobre la materia (Bohlander, 2009), se ha destacado siempre el Art. 36(8), relativo a criterios especiales para la selección de los jueces, como una provisión que refleja la diversidad necesaria para garantizar la legitimidad política de la CPI y su representatividad como institución constitucional global de justicia penal.

Las relaciones de pesos y contrapesos que el constitucionalismo global busca implementar en las instituciones de la sociedad internacional se reflejan en otros elementos de la estructura de la CPI como la división de poderes, competencias y tareas entre la Fiscalía, los Estados parte y la SCP; Solo mediante la cooperación de los Estados, la Fiscalía será capaz de manera eficiente y sin obstáculos mayores, de presentar su investigación ante la Sala para que esta decida cuestiones de admisibilidad; como señalan Birdsall & Lang (2017), ningún actor tiene el control absoluto sobre las evidencias y su apreciación en el proceso de apertura y admisibilidad.

El primer caso de la CPI fue justamente el ejemplo privilegiado de un debate interno de división de poderes, pesos y contrapesos y legitimidad de las funciones de órganos de la CPI, un procedimiento en el cual chocaron fuertemente la Fiscalía y los jueces, colisión que para otros sistemas podría ser vista como un sisma y una debilidad de un tribunal internacional, pero que en el ámbito de la justicia penal internacional y los fines de *rule of law* y pesos y contrapesos en la institucionalidad internacional bajo órganos no estatales que promulga el constitucionalismo global, podría considerarse una fortaleza y una manifestación de efectividad en la justicia.

En el caso Lubanga se evidencia la aplicación de los principios del constitucionalismo global dentro del ECPI y en el procedimiento

ante la CPI, denotando la función constitucional de la organización y expresando su perspectiva de justicia como una JI que debe ser, en los términos anteriormente descritos, proferida pero también atravesada por parámetros constitucionales.

Durante los procedimientos en el caso Lubanga, órganos de la CPI se vieron “enfrentados” en esa discusión de legalidad requerida por el constitucionalismo global a las OI en el ejercicio de sus funciones, al ponderar principios como el de legalidad, la separación de poderes y los derechos de las víctimas, con sus propias funciones constitutivas desde el ECPI. La primera ocasión de esta situación donde se evidenció la funcionalidad y visión de justicia de la CPI desde el constitucionalismo global fue en la colisión dada entre dos art. del ECPI relativos a la Fiscalía, el art. 54(3) sobre la confidencialidad de las pruebas y su posibilidad de no divulgar información que le permita obtener pruebas, frente al art. 67(2), que obliga al Fiscal a divulgar evidencia que pueda exonerar de cargos o situaciones agravantes o probar la inocencia de un acusado. Esta colisión de normas (Ambos, 2009) era la perfecta ocasión para evidenciar el funcionamiento constitucional de la organización y que el resultado contribuyera en sí mismo a los fines de legitimidad de las OI y su carácter supraestatal por el que propende el constitucionalismo global (Birdsall & Lang, 2017).

En el caso Lubanga, la Fiscalía abrió en junio de 2004 su primera investigación relativa a los crímenes presuntamente cometidos en la RDC a partir de la entrada en vigor del ECPI. La RDC entró a la CPI en 2002 y refirió la situación en abril de 2004. Para 2006, la RDC arrestó a Thomas Lubanga Dyilo, líder del movimiento político UPC y de su organización armada FPLC. Las acusaciones incluían reclutamiento de menores y otros crímenes de guerra tipificados en el art. 8 del ECPI. La literatura de los procedimientos (Olasolo, 2018) es reiterada en comentar cómo en varias ocasiones estos tuvieron que detenerse (Ambos, 2010) por constantes tensiones entre el secretismo de la información y la necesidad de obtener por parte de los informantes más información, y el derecho del acusado a acceder a toda la información disponible que pudiera resultar exoneratoria.

La primera ocasión en que los procedimientos se detuvieron fue en 2008, cuando la SPI I detuvo los procedimientos tras considerar que el Fiscal había utilizado incorrectamente el ECPI para no divul-

gar información que podía ser exoneratoria, al cobijar bajo acuerdo de confidencialidad de manera amplia, general y descuidada grandes cantidades de evidencia obtenida de agencias de la ONU y de ONG en el terreno, sin considerar transmitir al acusado aquella que pudiera ser relevante para su derecho a la defensa, argumentando de manera insuficiente, según la Sala, la confidencialidad de los documentos concretos y su supuesta intención de proteger a las víctimas y a los informantes, en detrimento del derecho a la defensa (CPI, Lubanga, 13/06/2008).

La SPI ordenó a la Fiscalía entregar toda la información (más de 250 documentos) que fuera exculpatoria o tuviera el potencial de ser vital para la preparación de la defensa, argumentando el principio esencial del derecho a un juicio justo constituido como un derecho fundamental dentro del ECPI y la jurisprudencia internacional (CPI, Lubanga, 13/06/2008: párr. 77).

Diversas fuentes que identifican los elementos centrales del constitucionalismo global se identificarían con esta decisión como aquella que, en el marco de la CPI, de manera más prístina, aplica los principios de un funcionamiento constitucional de la sociedad internacional (Aksenova & Ulfstein, 2016) y, de paso, los pone a tono con los ideales de la OI misma y con el movimiento constitucionalista (Ušacka, 2016).

En primer lugar, la SPI I tuvo que ponderar la legalidad del procedimiento y de su orden de suspensión de las actuaciones, con la legitimidad de la CPI y una posible sentencia sobre Lubanga, punto en el que optó por una decisión de suspensión de los procedimientos que aunque pudiera afectar momentáneamente los derechos de las víctimas al establecimiento de responsabilidades, dotará a la CPI de un halo de legitimidad por actuar en estricto apego a la legalidad, al derecho a la defensa y a la referencia a derechos fundamentales de los individuos, incluido en acusado. Aunque era posible no detener los procedimientos y adoptar la dudosa interpretación del Fiscal, la Sala adoptó argumentos propios del modelo constitucional para justificar su decisión.

De esta manera, la Sala actuó como un órgano guardián de la división de poderes en el ámbito internacional al limitar la discrecionalidad del Fiscal, discrecionalidad que aquel había usado en inter-

pretación de las normas del ECPI que son destinadas a su actuación y sus funciones, circunstancia que es habitual en las OI donde cada órgano interpreta su competencia. Por el contrario, la Sala, en defensa de la legalidad, de la coherencia del ECPI y de los principios que lo constituyen, como el debido proceso y el derecho a la defensa (Birdsall & Lang, 2017), decidió detener los procedimientos, aunque esto diera la impresión de ineficacia, para proteger los más altos ideales de la JI (CPI, Lubanga, 13/06/2008).

Aunque la Fiscalía apeló la decisión de primera instancia, la SA la confirmó en 2008, al sostener que la decisión final sobre pruebas y su contenido exculpatario, es un tema de los órganos jurisdiccionales y no de la discrecionalidad del Fiscal (Birdsall & Lang, 2017) y las justificaciones administrativas que diera sobre sus funciones, como la posibilidad de obtener la cooperación de ONU y otras agencias de manera más expedita si se daban bajo extensos y generales acuerdos de confidencialidad (Johnson, 2012), menos aun cuando estas actuaciones minaran los derechos fundamentales del acusado (CPI, Lubanga, 13/06/2008). Estos debates continuaron y llevaron a una nueva suspensión de los procedimientos en 2010, cuando la Fiscalía se opuso a entregar algunos datos particulares argumentando que la Fiscalía era el órgano encargado de tomar la decisión sobre la protección de testigos y no la Sala, desafiando su jerarquía y la obligatoriedad de sus decisiones, situación que implicó que la SPI I reconviniere al Fiscal por no respetar la división orgánica y funcional de poderes y la independencia judicial en la materia (CPI, Lubanga, 08/07/2010).

Las decisiones tomadas en esta segunda suspensión de los procedimientos fueron de nuevo amparadas por principios de constitucionalismo global imbuidos en el funcionamiento de la CPI y expresados en las decisiones de la SPI y de la SA, que protegieron el debido proceso y la separación de poderes entre los mismos órganos de la OI, y reforzaron la necesidad de un estricto control de legalidad entre órganos, como la mejor manera de legitimar una futura sentencia, denotando una postura clara sobre la JI como aquella que solo es legítima si se produce “constitucionalmente”, es decir, con pleno apego a la legalidad, a las competencias y sus controles y a los derechos fundamentales (Birdsall & Lang, 2017) de los destinatarios, tanto el acusado como las víctimas. Estos procedimientos justamente legitimaron la actuación de la CPI y finalmente fueron parte de una historia procesal

que conllevó a la condena a catorce años, confirmada por la SA en 2014, de Lubanga por crímenes de guerra, finalmente satisfaciendo la necesidad de justicia de las víctimas.

5. EFECTO CONSTITUCIONAL GLOBAL DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL COMO CRITERIO DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS DERECHOS NACIONALES

Finalmente, dentro de las perspectivas de la justicia que pueda brindar el constitucionalismo global al análisis de CPI, se analiza la contribución de la CPI a la necesidad de establecer un *corpus iuris* internacional de carácter constitucional, es decir, no dependiente del principio de soberanía de cada Estado y que constituya una “*constitution of international law*”. En este ámbito, evidencias de como la CPI y el ECPI, en el cumplimiento de sus funciones convencionales, han dotado al DIP de características propias del constitucionalismo global, al convertirlo en parámetro de legalidad y de constitucionalidad del derecho doméstico son ejemplificadas como un mecanismo de justicia adicional a las funciones jurisdiccionales de la CPI y contribuyendo a la proliferación de un “rule of law” internacional en la materia. Este es incorporado por las constituciones nacionales, bien sea por considerar que los elementos del DIP incluyen obligaciones *de ius cogens*, o porque los Estados adopten las normas de la CPI bajo un rango supraconstitucional, denotando esa estructura jerárquica y de constitucionalismo internacional por la cual aboga esta teoría.

El ECPI en su redacción presentaba en sí mismo para las constituciones nacionales una serie de características “constitucionales” que lo diferencian de los tratados habituales y que imponen o implican una especialidad de su contenido y una declaración originaria de su jerarquía superior, supraconstitucional frente a las normas nacionales, pero además como una norma internacional de especial jerarquía: su limitación a las reservas según su Art. 120 (Odello, 2005), la consagración de crímenes que en la jurisprudencia internacional han sido considerados como infracciones del *ius cogens*, su inclusión de normas sobre entrega y extradición de ciudadanos que podían colisionar con las constituciones nacionales que le eran previas y su abierta colisión

con la inmunidad de los jefes de Estado (Olasolo, Martínez Vargas & Quijano Ortiz, 2019), como también contemplar penas que podían estar prohibidas previamente por las constituciones nacionales.

Para hacer posible la ratificación del ECPI con estas características, no solo fueron necesarios los procesos típicos de ratificación de ley aprobatoria de tratado, sino que, en muchos casos, fueron requeridas reformas constitucionales, que justamente denotan la vocación supraconstitucional del ECPI, opuesta a la típica fórmula monista de someter los tratados por ratificarse al control constitucional. Por ejemplo, para admitir el ECPI, ante las colisiones en materias como la función de la CPI ante amnistías o la posibilidad de hacer responsable a los jefes de Estado, que colisionaba con su inmunidad (Van der Voort & Zwanenburg, 2001) en el art. 68 de la Constitución Francesa (1958), el Consejo Constitucional francés aceptó enmendar la Constitución, denotando la función constitutiva internacional del ECPI y su condición de justicia como parámetro de la legalidad internacional, mediante un artículo especial 53(2) y ratificando del tratado finalmente en junio de 2000.

Otros Estados han realizado este ejercicio por vías de reforma blanda o modulaciones de la relación entre el ECPI y las normas constitucionales con las cuales pudiese colisionar, como el caso de España: Si bien la Constitución Española obliga a una reforma constitucional en caso de querer ratificar un tratado que le es contraria (lo que incluía el doble juzgamiento, el asunto de las inmunidades y la pena de prisión perpetua), el tribunal constitucional optó por interpretar que por ser una jurisdicción especial, podía ratificarse y alinearse el derecho interno español mediante una ley orgánica (Díaz Pita, 2005). Una situación similar fue adoptada por Costa Rica y varios Estados latinoamericanos (Ambos, Malarino & Woischnik, 2006). Bajo argumentos similares, para poder conciliar este tipo de diferencias constitucionales, gran cantidad de países han adaptado su derecho interno a los crímenes contemplados por el ECPI, aliviando o solucionando las contradicciones entre el ECPI y la constitución nacional (Van der Wilt, 2008)¹. Esto, sin desarrollar aquí el amplísimo tema de como el

¹ Entre los derechos nacionales que fueron rápidos en desarrollar los crímenes y procedimientos del ECPI con normas orgánicas internas pocos años después de

ECPI en su función constitucional internacional ha inspirado procedimientos o normas de jurisdicción universal en los ámbitos constitucionales domésticos (Bottini, 2003).

El caso que nos es más próximo, el de la recepción del ECPI por el derecho colombiano, es otro paradigmático ejemplo de la función constitucional internacional del ECPI y de su doble función de parámetro de supra-constitucionalidad o legalidad internacional del DI, pero también, de la CPI como fuente de ese constitucionalismo global enmarcado en el *ius cogens* reconocido por el derecho nacional y parámetro de legalidad internacional de sus propias experiencias híbridas de justicia (Arévalo-Ramírez, 2019), como la Jurisdicción Especial para la Paz (Arévalo-Ramírez & Holker, 2018: 48).

En primer lugar, la incorporación del ECPI al derecho colombiano se enfrentaba a una abierta colisión con la Constitución Colombiana de 1991, pues esta consagraba varias de las normas mencionadas anteriormente (incluyendo la prohibición de penas perpetuas y la prohibición del doble juzgamiento), por lo que Colombia decidió tomar como parámetro de legalidad internacional el ECPI, y modificar su constitución para darle rango constitucional mediante acto legislativo 02/2001, creando una figura particular conocida como el “ámbito de aplicación” del ECPI, permitiendo así la coexistencia de las anteriores normas para situaciones penales convencionales, y las reglas del ECPI, ya consagradas a nivel constitucional, para el escenario natural del mismo, es decir, el DIH y la persecución de los más graves crímenes internacionales (Congreso de la República de Colombia, 2001).

Esta interesante forma de incorporación implicaba, durante el proceso de ratificación y control previo de tratados por parte de la Corte Constitucional de Colombia (C-578/2002), no someter al ECPI a un control material de constitucionalidad, por encontrarse incorporado a nivel constitucional y por definirse a sí mismo como un instrumento supralegal con un ámbito de aplicación especial.

Lo interesante y lo que demuestra la función normativa desde el constitucionalismo global del ECPI vino después (Idárraga & Chavarría, 2016), cuando en otras sentencias la Corte Constitucional em-

la ratificación se destacan: Canadá, Alemania, Irlanda, Dinamarca, Finlandia, Luxemburgo, Suiza y Suecia.

pezó a identificar al ECPI como parámetro de constitucionalidad de las leyes y como expresión del DI imperativo, dotándolo, poco a poco, no solo del más alto nivel jerárquico en el derecho nacional, sino aceptando su rol jerárquico en materia internacional. Así ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia C-240 de 2009, donde la Corte Constitucional identificó que apartados del ECPI eran DI imperativo, como la prohibición del genocidio.

Posteriormente, la Corte Constitucional, en sentencia C-269/14 identificaría esta y otras normas del DIP desarrolladas por el ECPI, como propias del *ius cogens* y con ello, dotadas de rango supraconstitucional, a su vez, a lo largo de la coexistencia entre el ECPI y la constitución colombiana. De este modo, la Corte Constitucional ha ido progresivamente incluyendo normas del ECPI como parte del bloque de constitucionalidad, para ser así criterios constitucionales de control material de otras normas, como los crímenes de lesa humanidad en la sentencia C-1076/02, los crímenes de guerra en la sentencia C-291/07 el genocidio en la sentencia C-488/09 y los derechos de las víctimas en la sentencia C-936/10.

6. CONCLUSIÓN

En conclusión, estas experiencias comparadas apuntan a una doble consideración. Por un lado, una eficacia de justicia especial desde el constitucionalismo global de la CPI y del ECPI, al construir justicia no solo mediante la actividad funcional de la organización (a través de la investigación y el juzgamiento de los más graves crímenes internacionales), sino también mediante la construcción de un marco normativo jerárquico internacional en la materia, que tiene poder y referente “constitucional” sobre los derechos nacionales incluso más allá de la voluntad legislativa de los Estados. De esta manera, se constituye, así sea en esa materia, en la anteriormente mencionada “*constitution of international law*”. Por otro lado, el efectivo engrosamiento y reconocimiento de normas internacionales de jerarquía superior a los tratados meramente convencionales, con efectos de *ius cogens*.

Junto con este tercer punto, las experiencias descritas relativas a elementos del constitucionalismo global en la actividad de la CPI permiten concluir que dentro de la misma existen y se han desarrollado

varias características del constitucionalismo global que en sí mismas satisfacen el modelo de justicia planteado por estas teorías, al dotar a la OI y con ella, al DIP, de mecanismos constitucionales en el ámbito internacional, como los pesos y contrapesos, la división de poderes, la relativización del principio de soberanía y la construcción jerárquica de normas. Estos avances evidenciados en las situaciones de Sudan y Kenia, o en el caso Lubanga y en las legislaciones nacionales, no eliminan por supuesto los retos de la CPI en otras áreas o que otras perspectivas de justicia puedan plantear, pero confirman un principio orientador de constitucionalismo global en el funcionamiento y fines de la organización y su interacción con los Estados parte, las personas investigadas y las víctimas.

REFERENCIAS

Doctrina

- Abello-Galvis, R. (2011). “Introducción al estudio de las normas de *ius cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI”. *Vniversitas*. Vol. 60(123). Pp. 75-104.
- Aksenova, M., Ulfstein, G. (2016). “The task of regional and international courts in guarding constitutionalism and human rights”. En M. Scheinin, H. Krunke & M. Aksenova (ed.). *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. Pp. 352-369.
- Aloyo, E. (2013). “Improving global accountability: The ICC and nonviolent crimes against humanity”. *Global Constitutionalism*. Vol. 2(3). Pp. 498-530.
- Ambos, K., Malarino, E. & Woischnik, J. (2006). *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de la CPI de la Corte Penal Internacional. Aportaciones de América Latina y Alemania*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Ambos, K. (2009). “Confidential Investigations (Article 54 (3)(E) ICC Statute) vs. Disclosure obligations: the Lubanga case and national law”. *New Criminal Law Review*. Vol. 12(4). Pp. 543-568.
- Ambos, K. (2010). “The First Confirmation Decision of the International Criminal Court: Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo”. En L. Kotsalis, N. Courakis, C. Mylonopoulos (ed.). *Essays in Honour of Argyrios Karras*. Atenas: Ant. N. Sakkoulas. Pp. 979-1003.

- Arbour, L. (2014). "The Relationship between the ICC and the UN Security Council". *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*. Vol. 20(2). Pp. 195-201.
- Arevalo Ramirez, W. (2019). "La responsabilidad internacional y la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia frente a la Corte Penal Internacional" *Gobernanza Global y Responsabilidad Internacional del Estado. Experiencias en América Latina*". En C. Escobar (ed.). *Gobernanza Global y responsabilidad internacional del Estado*. Bogotá: Universidad El Bosque. Pp. 165-180.
- Arévalo-Ramírez, W. & Holker, V. (2018). "La jurisdicción especial para la paz y la Corte Penal Internacional: concurrencias y desaciertos frente al derecho penal internacional, el estatuto de la CPI y otras experiencias de justicia". *Revista de la Asociación Diplomática y Consular de Colombia*. Vol. 22. Pp. 48.
- Birdsall, A., & Lang, Jr., A.F. (2017). "The International Criminal Court and Global Constitutionalism". En A.F. Lang, Jr, & A. Wiener (ed.). *Handbook on Global Constitutionalism*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, Pp. 383-394.
- Bohlander, M. (2009). "Pride and prejudice or sense and sensibility? A pragmatic proposal for the recruitment of judges at the ICC and other international criminal courts". *New Criminal Law Review*. Vol. 12(4). Pp. 529-542.
- Bottini, G. (2003). "Universal Jurisdiction After the Creation of the International Criminal Court". *New York University journal of international law and politics*. Vol. 36(2). Pp. 503.
- Bower, A. (2019). "Contesting the international criminal court: Bashir, Kenyatta, and the Status of the nonimpunity norm in world politics". *Journal of Global Security Studies*. Vol. 4(1). Pp. 88-104.
- Brunkhorst, H. (2002). "Globalising democracy without a state: Weak public, strong public, global constitutionalism". *Millennium*. Vol. 31(3). Pp. 675-690.
- Díaz Pita, M.P. (2005). "Concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los arts. 8 y 9 de la Ley orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Vol. 9. Pp. 1-10.
- Duffy, H. (2001). "National Constitutional Compatibility and the International Criminal Court". *Duke Journal of Comparative & International Law*. Vol. 11(5) Pp. 5-38.
- Dunoff, J.L., Trachtman, J.P. (2008). "A Functional Approach to Global Constitutionalism". *Harvard Public Law Working Paper*. Vol. 08-57. Pp. 1-31.

- Elderkin, R. (2015). "The Impact of International Criminal Law and the ICC on National Constitutional Arrangements". *Global Constitutionalism*. Vol. 4(2). Pp. 227-253.
- Emmanuel, J. (2014). "The International Criminal Court and Sovereignty: What Does Kenyatta Mean for the Future of the ICC". *Transnational Law & Contemporary Problems*. Vol. 24(1). Pp. 133.
- Fassbender, B. (1998). *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*. Leiden & Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Follesdal, A. (2016). "Implications of contested multilateralism for global constitutionalism". *Global Constitutionalism*. Vol. 5(3). Pp. 297-308.
- Helfer, L.R. & Showalter, A.E. (2017). "Opposing International Justice: Kenya's Integrated Backlash Strategy Against the ICC". *International Criminal Law Review*. Vol. 17(1). Pp. 1-46.
- Idárraga, A.M., Chavarría, J. (2016). "Derecho penal internacional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana". *Serie documentos de trabajo, Sociedad Latinoamericana De Derecho Internacional (SLADI)*. Vol. (8). Pp. 1-25.
- Johnson, L.D. (2012). "The Lubanga Case and Cooperation between the UN and the ICC: Disclosure Obligation v. Confidentiality Obligation". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 10(4). Pp. 887-903.
- Klabbers, J., Peters, A. & Ulfstein, G. (2011). *The constitutionalization of international law*. Oxford: Oxford University Press.
- Koskenniemi, M. (2006). "Constitutionalism as mindset: Reflections on Kantian themes about international law and globalization". *Theoretical Inquiries in Law*. Vol. 8(1). Pp. 9-36.
- Odello, M. (2005). "La Corte Penal Internacional y las legislaciones nacionales: Relación entre derecho internacional y derechos nacionales". *Revista Foro Nueva Época*. Vol. 1. Pp. 295-329.
- Olasolo, H., Martínez Vargas, J.R., Quijano Ortiz, L. (2019). "The Tension between State Duties to Investigate and Prosecute *ius Cogens* Crimes and Immunity of the Highest State Representatives from Foreign Criminal Jurisdiction". *International Criminal Law Review*. Vol. 1. Pp. 1-21.
- Olasolo, H. (2018). "The Scope of Criminal Proceedings in International and Hybrid Criminal Tribunals". *International Criminal Law, Transnational Criminal Organizations and Transitional Justice*. Leiden: Brill Nijhoff. Pp. 37-58.
- Peters, A. et al. (Ed.). (2014). *Immunities in the age of global constitutionalism*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Peters, A. & Armingeon, K. (2014). "Introduction-Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective". *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 16(2). Pp. 385-395.

- Peters, A. (2015). “Global constitutionalism”. En M.T. Gibbons (ed.). *The encyclopedia of political thought*. Hoboken: John Wiley & Sons, Ltd. Pp. 184-1487.
- Peters, A. (2008). “Reconstruction constitutionnaliste du Droit international: Arguments pour et contre”. En H. Ruiz Fabri, R. Wolfrum & J. Gogolin (ed.). *Select Proceedings of the European Society of International Law*. Vol. 2. Hart Publishing. Pp. 361-375.
- Peters, A. (2009). “The merits of global constitutionalism”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 16(2). Pp. 397-411.
- Posner, E.A. (2009). “Erga Omnes Norms, Institutionalization, and Constitutionalism in International Law”. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*. Vol. 165(1). Pp. 5-23.
- Reinold, T. (2012). “Constitutionalization? Whose constitutionalization? Africa’s Ambivalent Engagement with the International Criminal Court”. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 10(4). Pp. 1076-1105.
- Ušacka, A. (2016). “Constitutionalism and Human Rights at the International Criminal Court”. En M. Scheinin, H. Krunke & M. Aksenova (ed.). *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. Pp. 281-294.
- Van der Voort, K., Zwanenburg, M. (2001). “From ‘raison d’État’ to ‘état de droit international’—Amnesties and the French implementation of the Rome Statute”. *International Criminal Law Review*. Vol. 1(3-4). Pp. 315-342.
- Van der Wilt, H. (2008). “Equal standards? On the dialectics between national jurisdictions and the International Criminal Court”. *International Criminal Law Review*. Vol. 8(1-2). Pp. 229-272.
- Vera Sánchez, J.S. (2018). “¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable?” *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*. Vol. 11. Pp. 101-130.

Jurisprudencia Internacional

Corte Penal Internacional

- CPI. [Sala de Primera Instancia I]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-1401. 13 de junio de 2008. Citada como: CPI, Lubanga, 13/06/2008.
- CPI. [Sala de Primera Instancia I]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Redacted Decision on the Prosecution’s Urgent Request for Variation of*

the TimeLimit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-2517-Red. 8 de julio de 2010. Citada como: CPI, Lubanga, 08/07/2010.

Jurisprudencia Nacional

Colombia

- Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-578/02. *Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”*. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. 30 de julio de 2002. Citado como: Corte Constitucional de Colombia, C-578/02.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia C-240/09. *Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997, “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones” y del artículo 162 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”*. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo. 1 de abril de 2009. Citado como: Corte Constitucional de Colombia, C-240/09.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia C-269/14. *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos II, V (parciales), XXXI y L, y los capítulos Cuarto y Quinto de la Ley 37 de 1961 “Por la cual se aprueba el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas” (Pacto de Bogotá)*. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo. 2 de mayo de 2014. Citado como: Corte Constitucional de Colombia, C-269/14.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). C-1076/02. *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 39 numeral 1º; 46 inciso 1º y 2º; 47 numeral 1º, literal i) y numeral 2º literal e); 48, numerales 4º, 5º literal a), 6º, 7º, 9º, 19 y parágrafo 2º; 49; 51; 53, incisos 1º y 2º; 54 numeral 3º, inciso 2º; 55, parágrafo 1º, 61, numeral 4º; 88; 93; 108; 119 inciso 2º; 124; 143 numeral 1º; 150, inciso 5º y parágrafo 2º; 158; 159; 160; 165; 171, inciso 1º; 173; 175 incisos 2º y 4º; 177 inciso 1º; 194; 206 y 213, todos parciales de la Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”*. Magistrada Ponente: Dr. Clara Inés Vargas Hernández. 5 de diciembre de 2002. Citada como: Corte Constitucional de Colombia, C-1076/02.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). C-291/07. *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999*. Magistrado

- Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. 25 de abril de 2007. Citada como: Corte Constitucional de Colombia, C-291/07.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). C-488/09. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 (parcial) de la Ley 599 de 2000, "Por la cual se expide el Código Penal"*. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. 22 de julio de 2009. Citada como: Corte Constitucional de Colombia, C-488/09.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). C-936/10. *Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el parágrafo 3° del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, "Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad"*. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. 23 de noviembre de 2010. Citada como: Corte Constitucional de Colombia, C-936/10.

Resoluciones, informes y otros documentos

- Colombia. Congreso de la República de Colombia (2001). *Acto legislativo 02 de 2001 por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la constitución*. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4575>.
- Colombia (2001). *Reforma constitucional. Acto legislativo 02/2001*.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2015). *Case Information Sheet: Uhuru Muigai Kenyatta*. 13 de marzo de 2015. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/KenyattaEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Darfur, Sudan*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/darfur>.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2005). *Resolución 1593*. Doc. Núm. S/RES/1593 (2005). 31 de marzo de 2005.
- Organización de las Naciones Unidas. Secretario General (2005). *Security Council Letter dated 31 January 2005 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council*. Doc. Núm. S/2005/60 (2005). 1 de febrero de 2005.

Parte III

LA FUNCIÓN DE LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL DESDE
APROXIMACIONES TEÓRICAS NO
POSITIVISTAS QUE DENUNCIAN
LA MODERNIDAD Y SUS
SUBJETIVIDADES

III.1. EJES INTERDISCIPLINARES DE ANÁLISIS

III.1.1. La función de la Corte Penal Internacional desde los estudios críticos

Capítulo 9
**LA PERSPECTIVA DEL HORIZONTE
UTÓPICO***

Héctor Olasolo
Gonzalo Ana Dobratinich
María Daniella Baquero Rojas

1. INTRODUCCIÓN

Estudiar la función de la CPI desde un plano filosófico es ciertamente relevante para buscar un redescubrimiento teórico que permita desarrollar nuevos enunciados capaces de repensar y reestructurar las categorías desde las que la CPI se ha venido tradicionalmente analizando. En este contexto se enmarca el inédito intento desarrollado en el presente capítulo de analizar la función de la CPI desde las reflexiones filosóficas del pensador alemán Ernst Bloch (Krotz, 2011: 55-73), que giran en torno a las ideas de esperanza y utopía.

Para Bloch, la esperanza consciente y concreta supera la cooptación que el miedo intenta realizar abiertamente, o a través de canales ideológicos menos aparentes. Esto hace que el accionar del individuo esperanzado se dirija a la transformación comprometida de su espacio con el fin de construir y proteger la dignidad humana (Bloch, 2004: 192-203).

En cuanto a la utopía, Bloch propone la reconceptualización de este concepto desde la perspectiva del optimismo militante, conforme

* El presente capítulo hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos).

al cual se asume “[u]na visión del mundo en proceso que sigue una tendencia de humanización posible pero no garantizada y por principio necesitada de la acción humana” (Krotz, 2011: 56).

En aplicación de lo anterior, Bloch rechaza las concepciones inmovilistas del derecho, y considera que este último es el camino para la realización de la utopía social consistente en la liberación y la reafirmación de la dignidad humana (Bloch, 1980: 209). De esta manera, la posición central de “lo humano” en el análisis de la justicia que realiza Bloch arrastra consigo la necesidad de un estudio crítico y complejo. Así mismo, exige evitar cualquier lectura exclusivamente normativa, que omita erróneamente factores e intereses intervinientes en la constitución y la aplicación del derecho (Olasolo, 2016: 96-104).

Con base en lo anterior, el presente capítulo aborda la función de la CPI desde un sentido de futuro en términos de esperanza asequible y desarrollada desde la externalidad (al margen, por tanto, de todo ensimismamiento que pueda llevar a respuestas autómatas). Esto permite contrastar, diferenciar y proponer una perspectiva de acción para la CPI que se identifique con los valores que informaron el largo y tortuoso camino hacia su creación desde la propuesta original de Gustave Moynier en 1864 (Ambos, 2013: 72; Bassiouni, 1999; Kirsch & Oosterveld, 1999; Ley, 1999; Olasolo, 2017).

Entre estos valores, la perspectiva de análisis del horizonte utópico subraya como elemento central del proceso de creación de la CPI un optimismo militante, que basado en un entendimiento de los fines del DIP y de la función de la CPI como un camino hacia la transformación social que libera al ser humano y reafirma su dignidad (utopía social), empuja el accionar comprometido del individuo.

Además, afirmada la relación entre los fines del DIP y la función de la CPI, por un lado, y la realización de la utopía social, por el otro, esta perspectiva de análisis se adentra en el análisis de la cuestión relativa a qué línea de acción se propone desde el principio esperanza y el optimismo militante ante la constatación de la ineficacia de la CPI para desarrollar, en gran medida, aspectos centrales de la función de este tribunal, que son instrumentales para la liberación y la reafirmación de la dignidad humana.

Para contestar a estas preguntas, el presente trabajo aborda, en primer lugar, los aspectos esenciales de la perspectiva de análisis del

horizonte utópico (sección 2) y su tratamiento de la justicia (sección 3). A continuación, se estudia la estrecha relación entre los fines del DIP y la función de la CPI por una parte, y los postulados básicos del horizonte utópico, por otra (sección 4). Posteriormente, se analizan tanto las críticas a la ineficacia del DIP y de la CPI, como el paulatino declinar de su apoyo político en la sociedad internacional (sección 5). Sobre esta base, se aborda la propuesta del principio esperanza y del optimismo militante ante la más que difícil situación que el DIP y la CPI actualmente enfrentan (sección 6). Finalmente, la sección 7 sintetiza las conclusiones alcanzadas.

2. EL HORIZONTE UTÓPICO

En su exhaustivo y profuso trabajo, Bloch propone pensar la temática de la esperanza como principio (Caram, 2017: 132) y la reconceptualización de la idea de utopía (Bloch, 2017; Martínez Andrade & Meneses, 2012). Para Bloch (2004: 506), la esperanza emerge como el contenido de la función utópica, de manera que, en contraposición al espacio pasivo y angustiante del miedo, se despliega como apertura al mundo, con todo lo que ello implica en términos de humanidad y de presencia del “otro” (Olasolo, Pinto, Santamaría & Zúñiga, 2019: 95-142).

Estar arrojados al mundo implica, por tanto, un compromiso con la existencia compartida (Bloch, 2004: 27). La esperanza consciente y concreta supera la parálisis que el miedo intenta provocar de manera explícita, o a través de sus canales ideológicos que pasan más desapercibidos. Desde una perspectiva cultural, el accionar del individuo está dirigido a la transformación comprometida de su espacio con el fin de construir y proteger la dignidad humana. Esta intencionalidad del sujeto, que se convierte en el auténtico motor de su accionar, debe ser necesariamente deliberada (Bloch, 2004: 192-203).

La forma en que estructuramos el relato, elegimos las pruebas y recolectamos los datos tiene gran relevancia cuando entendemos el mundo y lo que conocemos sobre el mismo como algo socialmente construido (McGlinchey, Walters & Scheinplflug, 2017: 36). Por ello, para Bloch (2004: 150), hablar del pasado implica necesariamente un trabajo que se realiza desde la actualidad (Bloch, 2004: 150). En

consecuencia, la forma en que se construye y delimita el relato tiene para consigo toda una fuerza constructiva de pensar una determinada realidad. Este procedimiento hace que, al situarnos frente a un dato, necesariamente lo pensemos en su contexto.

Lo mismo sucede con el futuro, que mantiene para sí la fuerza de la utopía (Claussen, 2008: 272; Gimbernat, 1983). En este sentido, Bloch propone una reconceptualización de este término desde una perspectiva concreta y optimista, de manera, que, según este autor, por utopía se ha de entender “[u]na visión del mundo en proceso que sigue una tendencia de humanización posible pero no garantizada y por principio necesitada de la acción humana, más en particular, de lo que Bloch llama optimismo militante” (Krotz, 2011: 56).

Bloch entiende que es necesaria una crítica actualizada a las condiciones sociales reales de su época, así como un derrotero superador que logre percibir y fructificar el excedente cultural (Bloch, 2004: 192-203). Si pensar es trascender (Bloch, 2004: 26-29), ese acto debe conducirnos a una “esperanza productiva de la historia humana”, en donde lo onírico sea asible desde la conciencia y no ya como angustia y pesimismo (aspectos estos últimos que son propios de una época marcada por la ruptura de las ideas y la degradación de los valores) (Sánchez Sánchez, 2009: 400). La perspectiva de Bloch se presenta, por tanto, como una filosofía antropológica hacia la cual el acto humano debe adecuarse, y desde allí poder pensar el modo en que los productos y los constructos humanos ocupan espacio en la cultura.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que es posible llevar a cabo una mirada hacia el futuro desde la esperanza como acto comprometido (Mondragón González, 2005: 55-75). Además, como señala Bloch (2004: 194), “[s]olo la utopía socialmente lograda unida a la utopía técnicamente lograda puede dar precisión a aquella pre-apariencia en el arte, y también en la religión, que no es ilusión, ni menos superstición”.

Todo ello presupone un individuo activo, que es producto y productor de la historia de manera consciente, y que participa en un proceso que busca la consumación de la libertad (síntoma social de que el individuo, sujeto a las determinaciones materiales de la cultura, se ha realizado porque ha tomado conocimiento de su protagonismo). Ello

implica un reconocimiento de la utopía como tal, la comprensión de su contenido y la anticipación para su consecución.

La lectura de Bloch permite la superación de una mirada racionalista que es incapaz de comprender y explicar la complejidad de la cultura. Desde la clave de lectura propuesta, Bloch permite pensar que las instituciones que conforman la sociedad necesitan de otros discursos para poder ser analizadas. Al mismo tiempo, la propuesta de un individuo situado y condicionado en su tiempo exige que no se pueda desconocer su origen, en tanto emerge de un principio utópico que debe pensarse en aras de una comunidad libre.

Al analizar los puntos anteriores, podemos observar que el contenido del concepto de “utopía” en Bloch no es comparable con el uso que otras perspectivas filosóficas han hecho uso de este concepto. De esta manera, Bloch intenta apartarse del carácter peyorativo endilgado a la categoría de “lo utópico” cuando se considera que solo tiene un aspecto político. Por ello, dispuesto a darle una perspectiva más amplia, Bloch destaca no solo la estaticidad que implica el concepto, sino su funcionalidad (Bloch, 2004: 116). El concepto no mantiene, por tanto, para sí un sentido unívoco, sino que mantiene un estrecho vínculo con la filosofía, lo que implica una nueva configuración de la utopía (Neusüss, 1970: 18). En consecuencia, la utopía se presenta ahora desde una apertura multidireccional y multiforme, difícilmente reductible a lo meramente político y onírico. Como resultado, es pensada como un espacio signado por lo escatológico, que es capaz de concretarse. Esta posición permite la apertura y el despliegue de la dimensión utópica con mayor alcance, lo que la diferencia y la ubica en un espacio superador (Bloch, 2004: 116).

Bloch resalta en la utopía una característica experimental, mediada por la impronta espiritual de la esperanza, la cual se presenta como realizable en múltiples formas de la cultura. Para ello es crucial que su estudio filosófico supere las condiciones de la contingencia imaginaria con el fin de concretar condiciones reales de aplicación (Bloch, 2004: 167). De esta manera, al participar de una antropología esencial en constante realización (que nada tienen que ver con una repetición automática), el futuro consciente permite el ejercicio de una esperanza real y posible.

3. EL TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA DESDE LA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS DEL HORIZONTE UTÓPICO

Con las herramientas conceptuales que ofrecen los fundamentos epistemológicos del horizonte utópico, Bloch analiza el concepto de justicia con el fin de encontrar una mejor explicación de su fundamentación y de la complejidad que implica el universo jurídico. Con este objetivo, Bloch escribe en 1961 su obra *Derecho Natural y Dignidad Humana*, en la que, superando una aparente (a tenor de su título) perspectiva iusfilosófica del derecho, comúnmente atribuida a los espacios más conservadores (Vedda, 2017: 9), realiza una crítica denodada del sistema social.

Para ello, se vale de diferentes espacios del saber, entre ellos el derecho natural, para el que propone una relectura con el fin de establecer los componentes de la crítica al derecho existente, y de esta manera poder abordar la cuestión relativa a si la dignidad humana considera la necesidad y la miseria como una situación que es incompatible con ella (Bloch, 2004: 79).

Pero el giro no es regresivo, sino que plantea una actualización teórica desde la cual poder concebir al derecho natural tradicional. Esta propuesta seduce por varias razones. En primer lugar, porque reafirma la posibilidad de lecturas que se presuponen antagónicas entre sí, como lo son el derecho natural y la crítica marxista (Hervada Xiberta, 1984: 390). En segundo lugar, porque no solo se limita a una exposición doctrinal de las formas de desenvolvimiento, sino que propone nuevas lecturas e ideas conceptuales. En tercer lugar, porque entiende que el derecho está necesariamente impregnado de lo que llama “sentimiento jurídico”, donde la justicia ocupa un lugar especialmente relevante; idea que expresa de la siguiente manera: “¿Qué es lo justo? Una pregunta que no puede esquivarse. Una pregunta que agudiza el oído, que apura y juzga” (Bloch, 1980: IX).

Esta pregunta tiene consigo una doble intención. Por un lado, dar cuenta de que el “derecho positivo no basta” (Bloch, 1980: X), y por otro interpelar a aquellos que mantienen una actitud negativa respecto del derecho natural. Consciente de las críticas (basadas en la presunta falta de concreción y el carácter estático del derecho natural) y los desacuerdos, Bloch entiende que en la interpelación de lo que es

justo se enmarcan los temas decisivos del humanismo (temática que cruza de manera transversal toda su obra).

Esta exposición de motivos nos conduce a su preocupación por la dignidad humana, punto clave desde la cual amalgama marxismo y derecho natural para afirmar: “De tal suerte que ni la dignidad humana es posible sin la liberación económica, ni esta, más allá de empresarios y obreros, sin la gran cuestión de los derechos del hombre” (Bloch, 1980: XI). En consecuencia, mientras se considere el derecho natural parte necesaria de las transformaciones constantes del hombre, esa movilidad permite un despliegue del derecho en una sociedad sin clases.

Para Bloch, la libertad, la diversidad de la igualdad, y la paz de la fraternidad son postulados que deben conformar la dignidad humana. Por ello, desde su propuesta dual crítico-utópica, desarrolla una teoría del derecho capaz de otorgar plena emancipación y desarrollo al individuo, lo que por decantación lleva al progreso de los derechos humanos.

Esta preocupación no es casual, porque, en cuanto promotor de la utopía, Bloch ve en el derecho una herramienta de conservación, pero también de cambio. Esta contradicción, propia de un movimiento que se enmarca en la materia como contenido y en la dialéctica como forma, permite pensar el papel de las normas jurídicas como formas de dominación legitimada por el poder del Estado a través de su monopolio; pero al mismo tiempo presenta al derecho como promotor del ideal de justicia por parte de los dominados y los vencidos de la historia.

Es desde esta contradicción que Danilo Zolo analiza las pugnas, las tensiones y las fuerzas en torno a la disputa por el espacio jurídico:

El reconocimiento y protección de los “derechos colectivos” es una condición esencial para la afirmación de los derechos individuales, pero al mismo tiempo, los primeros están en tensión con los segundos: piénsese en la protección de la identidad y la autonomía política de los grupos lingüísticos y culturales minoritarios y los pueblos más débiles —las “naciones sin Estado”—, en la batalla con la discriminación económico-social de categorías completas de trabajadores inmigrantes en las sociedades nacionales, en la lucha contra la pobreza y las enfermedades epidémicas en extensas áreas continentales, en la liberación de los países económicamente retrasados por el endeudamiento internacional (Zolo, 2007: 96).

Estas consideraciones dan cuenta de la complejidad que implica el universo jurídico, en cuanto espacio en que se juegan relaciones de poder que intentan invisibilizar las condiciones históricas que forman los procesos de subjetivación. Por ello, para un análisis profuso del espacio jurídico, se debe tener en cuenta su dimensión simbólica, conforme a la cual lo jurídico es parte de la cultura como práctica social, crea mundos ficcionales, legitima y deslegitima, forma realidades, ordena, prohíbe, permite, niega y acepta.

En este contexto, el derecho tiene para Bloch una función fundamental en tanto que podría permitir la posibilidad de acceso final a una justicia absoluta, totalizadora y totalizante. De ahí que, rechazando una idea pasiva e inmóvil de “lo jurídico”, une el derecho a la idea de utopía social, en tanto se propone como espacio para la consecución de la liberación y la reafirmación de la dignidad humana (Bloch, 1980: 209).

Este vínculo entre el derecho por un lado, y la liberación y reafirmación de la dignidad humana por otro, busca su identificación con la idea absoluta de la justicia. Así, Bloch ofrece interesantes herramientas de análisis para poder repensar la institución del derecho y la concepción de la justicia, sobre la base de las cuales es posible también redescubrir la función que corresponde a quienes aplican el derecho, incluidos los tribunales internacionales como la CPI (Caram, 2017: 39-64; Mejía & Hincapié, 2019a: 47 *et seq.*; 2019b: 95 *et seq.*).

De esta manera, ante un panorama signado por la injusticia del individuo para con el individuo, Bloch ofrece la siguiente respuesta al cuestionamiento sobre cómo poder restablecer el “paso erguido” (Bloch, 1980: X): “[e]l arte político en su totalidad consiste en el acoplamiento de las situaciones fundamentales caracterológico-sociales en una totalidad armónica, en la armonía de la justicia” (Bloch, 2004: 31), cuyo fundamento ontológico emerge de la dignidad humana.

En consecuencia, es precisamente en el concepto de dignidad humana que la justicia encuentra la justificación para su aplicación. Ello, sin duda, representa una base formal inacabada, pero también funciona como guía (perspectiva utópica) para pensar en torno al modo en que las instituciones conducen su accionar en torno a una idea rectora de la justicia (los utopistas tratan en definitiva de construir un mundo mejor, y una vez más, desde lo más profundo de su corazón, esperan

activar las voluntades en esa dirección) (Bloch, 2004: 146). Por ello, pensar la justicia exige en todo caso el conocimiento de su contrario, la diferencia que existe y cuyo ejercicio en términos socráticos no puede desconocerse (Bloch, 2004: 231).

En definitiva, para la filosofía marxista humanista de Bloch (Olaso, 2014: 13), la justicia mantiene para sí un carácter trascendental, en tanto que supera la mera coyuntura histórica y se propone como un principio rector de la sociedad. De este modo, la perspectiva ubicua y atemporal se hace presente desde la utopía. En consecuencia, la justicia no consiste solamente en un recuento de las desigualdades pasadas y existentes, sino en una exigencia esperanzada de no repetir determinadas acciones, lo que hace que el ánimo crítico se contagie de optimismo, porque el individuo, como productor de la hazaña cultural, debe formar y sostener esos ideales en las instituciones que desarrolla. Sus cuerpos normativos, principios éticos y recorridos históricos deben pensarse, por tanto, en aras de promover que las relaciones humanas recuperen una dimensión comunitaria con un amplio sentido de justicia.

Bloch asume así una perspectiva valorativa de la justicia, que no solo responde a la aplicabilidad formal de las normas, sino que también funciona como guía del complejo esquema de ideas, imaginarios, principios, reglas y directrices de la cultura. Con ello, nos presenta una justicia que se dirige a formar y a alcanzar un hermetismo axiológico indubitable, por lo que el individuo ha de reconocer a los demás, y reconocerse a sí mismo, como protagonista y artífice de un espacio dirigido hacia la reafirmación de la dignidad humana.

4. LA ESTRECHA RELACIÓN ENTRE LOS FINES DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, Y LOS POSTULADOS DEL HORIZONTE UTÓPICO

Si como hemos visto en las secciones anteriores el principio esperanza (que según Bloch surge como contenido de la función utópica) se materializa en el accionar del individuo esperanzado hacia una transformación social liberadora que reafirma la dignidad humana (Bloch, 2004: 192-203), un alto grado de satisfacción de los fines a

los que se dirige el DIP y el cumplimiento eficaz de la función de la CPI pueden contribuir de manera significativa a la consecución de esta utopía social.

Así, en primer lugar, lo distintivo de los crímenes internacionales es la doble naturaleza individual y colectiva del bien jurídico protegido. Por un lado, protegen bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad física, la autonomía sexual o la libertad. Por otro lado, como establece expresamente el párr. 3 del preámbulo del ECPI en relación con los crímenes internacionales recogidos en el propio ECPI (agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), protegen también bienes jurídicos colectivos, como la paz y seguridad internacionales (Ambos, 2013: 55; Luban, 2011: 21; Orakhelashvili, 2006: 46-47; Satzger, 2012: 181; Werle, 2010: 82-83, 468-469) y la preservación de grupos humanos (ya sean étnicos, raciales, nacionales y religiosos en el caso del genocidio, o la población civil en los crímenes de lesa humanidad y de guerra) (Olasolo, 2017: 52-55).

En consecuencia, constituyendo las conductas prohibidas una suma de atrocidades, como consecuencia de la contaminación cancerígena de la acción política (Osiel, 2000; Luban, 2011), la materialización de un futuro utópico requiere la aplicación eficaz del DIP a través de instituciones como la CPI, para así superar la soberanía de los Estados ante situaciones de profunda crisis de las instituciones estatales encargadas de regular la interacción sociopolítica. Todo ello con el fin de eliminar la impunidad y atribuir un castigo proporcionado a la gravedad de su conducta a quienes se han convertido en enemigos de la humanidad por ser responsables de los ataques más serios contra los valores fundamentales sobre los que se construye la sociedad internacional (Cassese, 2003).

A la luz de lo anterior, el preámbulo del ECPI establece expresamente que la CPI fue establecida como resultado de la constatación de que en el siglo XX “millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”, y de la convicción de los Estados parte del ECPI de que: (i) “esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”; (ii) en cuanto “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, “no deben quedar

sin castigo”; y (iii) es por tanto necesario “poner fin a la impunidad de los autores [...] y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.

En consecuencia, “a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras”, los Estados parte han asumido el compromiso de: (i) “adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que [los responsables] sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”; y (ii) “establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, de manera que, siendo “complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”, garantice “que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera”.

En este contexto, el castigo a través de la *retribución* a los (máximos) responsables de crímenes internacionales busca, en cuanto que segundo fin del DIP y parte integrante de la función de la CPI, corregir el desequilibrio generado en la sociedad internacional mediante la eliminación de la impunidad (Blewitt, 2007; Gaynor & Harmon, 2007; Mettraux, 2005, Schabas, 2006; Swart, 2008). En este sentido, la SA del TPIY ha subrayado en el caso Alesovski (24/03/2000: párr. 185) que la retribución “no ha de entenderse como el cumplimiento de un deseo de venganza, sino como una forma adecuada de expresar la indignación de la comunidad internacional por estos delitos”. Asimismo, en el caso Delalic et al. (20/02/2001: 756), el TPIY ha afirmado que la pena busca “restaurar la confianza en la integridad de la administración de justicia mediante la imposición de penas que reflejen la totalidad del desvalor de la conducta realizada”.

Estrechamente relacionado con lo anterior, la *prevención general positiva*, como tercer fin al que se dirige el DIP y la función de la CPI, busca generar una conciencia jurídica universal entre quienes dirigen las instituciones estatales y las organizaciones con capacidad suficiente para cometer crímenes internacionales, mediante la reafirmación de sus normas y los valores sociales que estas protegen (Ambos, 2013; Cryer, 2005; Damaska, 2006; Duff, 1993; 2008; Olasolo, 2016; Stahn, 2012; Zedner, 2004). Este marco jurídico y moral supone un sistema de prevención que fortalece la constante lucha por la

protección de la dignidad humana que propone el horizonte utópico. Además, como señala Reuss (2012), el reforzamiento de los valores fundamentales protegidos por el DIP puede generar el coraje entre los seres humanos para actuar conforme a sus convicciones, rechazar involucrarse en la comisión de crímenes de sistema, y resistir a aquellas instituciones estatales que violan los derechos fundamentales.

En cuarto lugar, la *prevención general y especial negativa*, como fin del DIP y parte integrante de la función de la CPI, busca la prevención de nuevos crímenes internacionales a través de la disuasión (entendida como desmotivación) de aquellos que podrían cometer crímenes similares en el futuro (incluyendo a quienes incurrieron en los mismos en el pasado y podrían reincidir en el futuro), mediante la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la impunidad de sus autores, declarar su responsabilidad internacional e imponerles una sanción penal proporcional a su conducta (CPI, Katanga, 23/05/2014: 38; Bemba, 21/03/2016: 10, 11; Al Mahdi, 27/09/2016: 66, 67; Ntaganda, 8/07/2019: 9, 10; Olasolo, 2016). En este sentido, conviene subrayar que, teniendo en cuenta la Res. 1534 (2004) del CSNU en relación con el TIPY y el TIPR, y considerando que la Fiscalía de la CPI (2003; 2007; 2010; 2013a; 2016a; 2016b) ha afirmado reiteradamente que sus actividades han de centrarse en los “máximos responsables” de los crímenes internacionales bajo su jurisdicción, la prevención general negativa busca en particular evitar que los dirigentes de instituciones estatales y organizaciones con capacidad para llevar a cabo campañas de violencia sistemática o generalizada, incurran en crímenes internacionales, como consecuencia del alto coste que su comisión ha tenido para otros dirigentes condenados en el pasado (Tadros, 2011; Akhavan, 2001; Harhoff, 2008).

En estrecha relación con la promoción desde el horizonte utópico de un proceso continuo de acción dirigida hacia la consecución de una justicia absoluta (totalizadora y totalizante) que reafirme la dignidad humana, se encuentra también un quinto fin del DIP, que constituye a su vez un componente importante de la función de la CPI: “*el hacer justicia a las víctimas*”. Así, para Cryer et al. (2014), los procesos internacionales penales pueden generar en las víctimas el sentimiento de que se ha hecho justicia al ver a sus agresores sentados en el banquillo de los acusados y condenados a penas proporcionales a la gravedad del daño que sufrieron. De esta manera, como el TPIY

ha afirmado en el caso Nikolic (02/12/2003), en la medida en que las penas reflejen las peticiones de justicia de las víctimas, estas pueden llegar a convertirse en una medida de reparación. Sin embargo, no es menos cierto que, como Harhoff (2008) subraya, la medida en que los procesos penales ayudan a restaurar la dignidad de las víctimas depende en particular del alcance de su participación en los mismos. De ahí que la comparecencia de las víctimas en calidad de testigos en los procesos penales desarrollados contra sus agresores no pueda considerarse más que un primer paso en esta dirección.

En este sentido, a diferencia del TPIY y del TPIR, que han dejado bastante que desear en el tratamiento que han dispensado a víctimas y testigos (Harhoff, 2008), el ECPI contiene varias disposiciones (en particular, los art. 15(3), 19(3), 57(3)(e), 68 (3) y 75 (1)) que prevén la participación de las víctimas en las distintas actuaciones penales ante la CPI y en el procedimiento de reparación, y que facultan a la propia CPI a ordenar el embargo de los bienes del condenado (incluso de manera cautelar) con el fin de obtener los recursos necesarios para restituir, compensar y rehabilitar a las víctimas. De esta manera, como Vega (2006), Dwertmann (2010) y Pena (2013) señalan, hacer justicia a las víctimas mediante una reparación justa constituye un elemento central de la función de la CPI, a través del cual se busca reafirmar su dignidad, devolverles el goce efectivo de sus derechos y hacer posible su plena reinserción a la vida en sociedad. Con ello se promueve la armonía social en cuanto que requisito *sine qua non* para la realización de la utopía social propuesta por el horizonte utópico.

La efectiva participación de las víctimas en las actuaciones se encuentra a su vez relacionada con el *establecimiento de una narrativa histórica de lo acontecido* que resista el paso del tiempo, lo que, para autores como Cassese (1998), Drumbl, (2007) y Osiel (1997), constituye un sexto fin al que se dirige el DIP y un elemento relevante de la función de la CPI. Así, para Boon, Hafner, Huston & Rübesome (1999), O'Connor (1999) y Scharf (1999), los procesos internacionales penales son una herramienta idónea para la reconstrucción histórica debido a que las pruebas presentadas son sometidas al escrutinio de órganos jurisdiccionales internacionales en el marco de un proceso contradictorio con todas las garantías, en el que se aplican normas estrictas sobre admisión de prueba en las actuaciones judiciales, los derechos de la defensa, el principio de presunción de inocencia y el

estándar probatorio “más allá de toda duda razonable”. Así mismo, para Cryer et al. (2014: 32) juegan una función muy importante a la hora de combatir el negacionismo¹ porque requieren la presentación de elementos de prueba sobre los patrones de violencia o la situación de conflicto armado en que se produjeron los crímenes internacionales imputados para probar sus elementos contextuales, por lo que, si fuera necesario, se podrían reestructurar sus juicios orales para facilitar la creación de una narrativa histórica de lo sucedido que sea útil para la sociedad en el postconflicto (Osiel, 1997)².

Además, conviene recordar que la *Estrategia Revisada de la Corte sobre las Víctimas*, aprobada por la Asamblea de los Estados parte de la CPI en su decimoprimer sesión celebrada en noviembre de 2012, subraya que la participación de las víctimas a lo largo de las distintas etapas del proceso ha de permitirles, entre otras cosas, contribuir al desarrollo de la función de la CPI en lo relativo a la reconstrucción de la narrativa histórica de la situación bajo análisis y al esclarecimiento de la verdad. En consecuencia, si bien todavía la jurisprudencia de la CPI no ha abordado de manera exhaustiva las cuestiones relativas a la participación de las víctimas en la reconstrucción histórica de los hechos y a su derecho al esclarecimiento de la verdad, esto no significa que en el futuro no vayan a ser abordadas de manera más comprehensiva, puesto que los derechos de las víctimas tienen que ser desarrollados de manera paulatina por la jurisprudencia de la CPI.

De esta manera, como Olasolo, Sánchez Sarmiento & Varón Mejía (2020) señalan, el establecimiento mediante los procesos internacionales penales de una narrativa histórica que resista el paso del tiempo ofrece a los Estados herramientas adecuadas para fortalecer la justicia

¹ Ejemplos de esta idoneidad son la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Krstic (2/08/2001), que busca crear un registro histórico frente a los intentos por negar la masacre de Srebrenica, y la caracterización del genocidio en Ruanda por el TPIR (Drumbl, 2007).

² Para Drumbl (2007), la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Krstic (en la que se buscó crear un registro histórico de lo sucedido para contrarrestar los intentos de negar la masacre de Srebrenica), y la caracterización como genocidio de la violencia en Ruanda por la jurisprudencia del TPIR, permiten constatar lo señalado por Cryer et al. (2014).

e implementar medidas de no repetición, al tiempo que promueve una JI que se prolonga en el tiempo, tanto para las víctimas que ya fueron, como para aquellas que se pretende evitar en el futuro (Cassese, 1998; Drumbl, 2007; Osiel, 1997). Este aspecto presenta también una relación directa con el horizonte utópico porque, para este último, la forma de estructurar el relato, a través de una sentencia que integre debidamente las perspectivas de las víctimas, así como la debida recolección y ponderación del acervo probatorio, tiene una notable relevancia para que la construcción social de la realidad (premisa central del constructivismo) fortalezca mediante la acción humana (optimismo militante) una progresiva humanización.

Finalmente, y estrechamente relacionada con la salvaguarda de la paz y seguridad internacional, *la promoción de la reconciliación en el posconflicto* se presenta como un séptimo fin del DIP, y elemento integrante de la función de la CPI para una parte de la doctrina, que resulta instrumental en el camino hacia la liberación y reafirmación de la dignidad humana en que consiste la justicia para el horizonte utópico. Así, para Cassese (1998), Burke-White (2005) y Bensouda (2008), la provisión de un cierto sentido de justicia mediante los procesos penales por crímenes internacionales contribuye a establecer las condiciones previas para una paz estable y duradera, lo que Harmon (2009) y Ohlin (2009) ratifican al subrayar la existencia de una creencia consolidada de que la impunidad tiende a inspirar la comisión de crímenes internacionales en el medio y largo plazo³, obstaculizando así los procesos de paz.

³ El CSNU ha dado ciertamente un espaldarazo a la conexión entre justicia y paz al crear el TPIY y el TPIR con la finalidad de favorecer la reconciliación y el retorno a la paz en la ex Yugoslavia y Ruanda. Vid. Res. 827 (1993) y Res. 955 (1994) del CSNU. Esta interconexión se ha visto reforzada en los casos: (i) Nikolic (18/12/2003, párr. 60); y (ii) Plavsic (27/02/2003, párr. 80), ambos ante el TPIY. En esta última decisión, se subrayó que “el reconocimiento y la plena divulgación de delitos graves es muy importante para establecer la verdad sobre los mismos. Esto, junto con la aceptación de la responsabilidad por los errores cometidos, promoverá la reconciliación”.

5. CUESTIONAMIENTOS Y PAULATINO DECLINAR DEL APOYO POLÍTICO EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL A LOS MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Una vez que hemos constatado que un alto grado de satisfacción de los fines a los que se dirige el DIP y un eficaz cumplimiento de la función de la CPI pueden contribuir significativamente a la transformación social liberadora y la reafirmación de la dignidad humana que propone el horizonte utópico, surge la pregunta sobre la capacidad de los mecanismos de aplicación del DIP, y en particular de la CPI, para realizar tales fines y desarrollar su función de manera efectiva.

A la hora de responder a esta pregunta, lo primero que llama la atención es la gran preocupación de la doctrina por poner en entredicho que los mecanismos de aplicación del DIP, y en particular la CPI, tengan la idoneidad, la capacidad y/o se encuentren equipados con las herramientas necesarias para poderlos alcanzar. A esto se unen los numerosos análisis que ponen de manifiesto el paulatino declinar desde hace más de una década del apoyo político dado al DIP y a la CPI por distintos actores de la sociedad internacional.

5.1. Cuestionamientos a los fines del derecho internacional penal y a la función de la Corte Penal Internacional

Varios son los cuestionamientos que desde amplios sectores de la doctrina se han planteado frente a los fines del DIP y a la función de la CPI. En primer lugar, desde el ámbito de la justicia transicional, autores como Branch (2011: 122-134), D'Amato (1994), Gueembe & Olea (2006), Moreno Ocampo (2005) y Ward (2004), han cuestionado que la investigación, enjuiciamiento y sanción por la CPI de los máximos responsables de crímenes internacionales sea un instrumento idóneo para promover la paz. Además, con base en el impacto de los exámenes preliminares de la CPI en los procesos de paz desarrollados en los últimos años en Colombia y Uganda, han subrayado las dificultades para concluir con éxito las negociaciones entre actores armados que no han sido derrotados militarmente, si lo que espera a sus dirigentes

es el castigo penal por los crímenes internacionales que han cometido a través de sus subordinados.

En segundo lugar, la doctrina ha cuestionado que los mecanismos de aplicación del DIP dispongan de las herramientas necesarias para retribuir a través del castigo penal a los máximos responsables de crímenes internacionales, con el fin de poner así fin a su impunidad (Roth-Arriaza, 1995; Malamud-Goti, 1990). Las actuaciones de la CPI desde la entrada en vigor del ECPI en 2002 parecen corroborar esta posición porque, en sus casi veinte años de funcionamiento, la CPI apenas ha sido capaz de finalizar siete juicios orales contra dirigentes de grupos armados no estatales de ámbito local o regional⁴. Además, llama especialmente la atención la inexistencia de decisiones condenatorias frente a los más altos representantes estatales que instrumentalizan sus estructuras para cometer crímenes internacionales, lo que, para un buen número de autores, se debe a la profunda dependencia de la CPI de la financiación y la cooperación de los Estados parte, y en particular de aquellos Estados cuyas situaciones y casos son objeto de investigación y enjuiciamiento por la CPI (Ambos, 2013; Farer, 2000; Fisher, 2012; Francis, 2010; Golash, 2010; Mullins & Rothe, 2010; Stahn, 2012).

En tercer lugar, una parte de la doctrina se muestra recelosa ante el énfasis que el DIP y la CPI parecen haber puesto en los máximos responsables y la definición de la función de prevención general positiva con base en los mismos. Sus reticencias se basan en (i) la vulnerabilidad de los tribunales internacionales penales y de los tribunales híbridos a su instrumentalización política por los Estados más influyentes de la sociedad internacional, cuyo riesgo se ve incrementado cuando el DIP centra su atención en un grupo relativamente pequeño de dirigentes (Zolo, 2007); y (ii) la dependencia endémica que estos tribunales parecen tener de la cooperación de los Estados para poder desarrollar sus funciones, lo que es si cabe más delicado cuando los mismos han sido en gran medida establecidos en un periodo histórico (1990-2010) de primacía de una sola superpotencia (EE.UU.) y de sus

⁴ UPC-FPLC (Thomas Lubanga y Bosco Ntaganda), FNI (Mathiew Ngudjolo), FRPI (Germain Katanga), Ansar Eddine (Ahmad Al-Mahdi) y LRA (Dominic Ongwen)). Solo el MLC, presidido por Jean Pierre Bemba, tiene un ámbito nacional en la RDC).

aliados más cercanos (Del Ponte, 2009; Margalit, 2010; Peskin, 2008: 170-186; Vilmer, 2011).

En cuarto lugar, no son pocos los autores que se muestran escépticos frente al nivel de prevención general y especial negativa que pueda derivarse de la actuación de los mecanismos de aplicación del DIP y de la propia CPI. Entre las múltiples razones ofrecidas a este respecto, se pueden destacar las siguientes: (i) los crímenes internacionales son normalmente manifestaciones de la macro-criminalidad, lo que, como el TPIY ha subrayado en el caso Kunarac et al. (12/06/2012: 840, 843), hace que la eficacia preventiva de la norma internacional penal sea menor como consecuencia del contexto histórico y de las características propias de quienes los planean, ordenan y cometen; y (ii) la prevención general negativa es ineficaz frente a los máximos responsables que actúan desde un ámbito institucional porque son protegidos por “una fachada orgánica” que inevitablemente provoca el fracaso de las medidas de prevención y rehabilitación (la eficacia de la prevención general negativa no depende tanto en estos casos de la aplicación del DIP, sino de la necesaria reforma institucional que debe acontecer) (Roth-Arriaza, 1995; Malamud-Goti, 1990). Además, otra parte importante de la doctrina rechaza de plano cualquier efecto preventivo en la aplicación del DIP y en la actuación de la CPI (Farer, 2000; Fisher, 2012; Golash, 2010; Mullins & Rothe, 2010; Stahn, 2012), lo que para Ambos (2013) y Francis (2010) se debe a que, para que tuviera dicho efecto, sería necesario que los órganos jurisdiccionales que lo aplican fueran rápidos y efectivos en traer a los máximos responsables ante la justicia.

En quinto lugar, autores como O'Connor (1999) cuestionan la capacidad de los tribunales internacionales penales, incluida la propia CPI, para hacer justicia a las víctimas debido a que su énfasis en los máximos responsables hace improbable que muchas de las víctimas tengan la oportunidad de ver el enjuiciamiento y condena de sus agresores. Además, como señala Stover (2004), en los pocos casos en los que las víctimas tienen la oportunidad de testificar en el juicio oral, sus experiencias no son uniformes, porque si bien para algunas les ha servido de ayuda, para otras la experiencia ha sido ciertamente negativa. Así mismo, en lo que se refiere al derecho de las víctimas a participar en las actuaciones penales más allá de prestar testimonio, este sólo se reconoce expresamente en el ECPI (no se extiende por

tanto a los demás tribunales internacionales penales), y su contenido no es equiparable a la posición procesal de la Fiscalía y la Defensa, por lo que se reserva a estas últimas la calificación de “partes” en las actuaciones, en contraposición con la consideración de las víctimas como meros “participantes” (*Human Rights Watch*, 2017).

Finalmente, en materia de reparación (otro de los elementos característicos del ECPI), tanto las reparaciones directas, ya sean individuales o colectivas (consecuencia de una sentencia condenatoria), como los proyectos de asistencia del FFV, se ven significativamente afectados en su ejecución por la falta de recursos para su financiación. A lo que, como Balta, Bax y Letschert (2019) señalan con base en los casos Lubanga, Katanga y Al Mahdi, hay que añadir los varios años que transcurren desde que las sentencias condenatorias adquieren firmeza, hasta que se aprueban y comienzan a ejecutarse los planes de reparación propuestos por el FFV.

En sexto lugar, Alvarez (1998), Minow (1998), y Teitel (2000) subrayan que los procesos internacionales penales no son idóneos para esclarecer todos los hechos victimizantes, sino solo aquellos que son necesarios probar para lograr una condena, por lo cual, es difícil abordar la historia de un cierto periodo de tiempo sin salirse de sus límites⁵. Esto es corroborado por la práctica de la CPI porque, a excepción de los casos Bemba y Ntaganda, los actos de violencia imputados por la Fiscalía, confirmados por la Salas de Cuestiones Preliminares y objeto de juicio oral en los casos Al Mahdi, Katanga, Lubanga, Ngudjolo, y Ongwen, son sólo una pequeña fracción de los crímenes internacionales previstos en el ECPI que han sido cometidos por sus respectivos grupos armados organizados. Además, el hecho de que los siete casos mencionados pertenezcan a líderes de grupos que, o bien se enfrentaron a las fuerzas estatales (Al-Mahdi y Ongwen), o bien entraron en conflicto con otros grupos armados organizados (Bemba, Katanga, Lubanga, Ngudjolo, y Ntaganda,), es indicativo de las

⁵ Los ámbitos material, temporal y territorial de la jurisdicción de los tribunales internacionales penales suponen, en todo caso, que el relato histórico que presenten en sus sentencias no pueda ser nunca completo, incluso si se admiten elementos de prueba relativos a hechos acaecidos fuera del marco temporal o territorial sobre el que ejercen su jurisdicción. Vid. TPIR, Nahimana et al. 3/12/2003: 100-104.

grandes dificultades de la CPI para investigar y enjuiciar eficazmente a quienes actúan desde las instituciones del Estado mientras se mantienen en el poder. Finalmente, con base en las alegaciones del juez Röling en su voto particular a la sentencia del TMILO (Tokio), donde afirmó que en ocasiones se había distorsionado la historia por razones políticas (Röling, 1973: 600; Bloxham, 2001; Minears, 1971), autores como Koskeniemi (2002) y Simpson (2004) sostienen que no es aconsejable que los tribunales internacionales penales se conviertan en una especie de árbitros en debates políticos sobre la validez de las diferentes narrativas históricas.

Finalmente, la promoción de la reconciliación social es también rechazada como un fin del DIP y de la CPI por autores como Hayner (2001), que afirman que no existe ninguna prueba empírica que demuestre plenamente la intuición esbozada por quienes la defienden. Así mismo, no son pocos los autores que, como hemos visto, afirman que las investigaciones, enjuiciamientos y sanciones penales no hacen sino promover que las partes continúen con el conflicto hasta que alguna de ellas sea derrotada (Branch, 2011: 122-134; D'Amato, 1994; Guembe & Olea, 2006; Moreno Ocampo, 2005; Ward, 2004). Además, ciertas sociedades nacionales, como es el caso de España, Irlanda del Norte y Mozambique, dan la impresión de haber superado la violencia del pasado sin procesos penales.

A lo anterior hay que sumar que, mientras la práctica del TPIY no ha sido coherente a la hora de considerar a la reconciliación social como un fin del DIP (Drumbl, 2007), la práctica de la CPI ni tan siquiera ha podido promover de manera constatable procesos de reconciliación social entre víctimas y victimarios en la única situación (distrito Ituri en la RDC) con respecto a la cual la CPI ha emitido hasta el momento sentencias condenatorias contra dirigentes (Thomas Lubanga, Bosco Ntaganda y Germain Katanga) de varias de las partes enfrentadas en el conflicto que tuvo allí lugar entre julio de 2002 y finales de 2003. El hecho de que no se hayan podido ejecutar los programas de reparación aprobados en los casos Lubanga y Katanga después de casi quince años desde el inicio de sus actuaciones y más de seis años desde que las sentencias condenatorias adquirieran firmeza, no ha favorecido tampoco el posible impacto reconciliatorio de la actuación de la CPI.

5.2. *El paulatino declinar del apoyo político a los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal y a la Corte Penal Internacional*

Tras el notable desarrollo y el impulso inicial dado a la CPI en el periodo entre 1990 y 2010, presenciamos desde hace una década el paulatino declinar del apoyo político ofrecido por diversos actores de la sociedad internacional a los mecanismos de aplicación del DIP y a la propia CPI (Olasolo, 2017: 156-157).

Así, desde la creación del TPIY (1993) y del TPIR (1994), el CSNU no ha establecido ningún otro tribunal internacional penal. Por el contrario, lo que ha hecho es decretar la terminación de sus trabajos (TPIR, Presidente, 15/11/2015; TPIY, Presidente, 16/11/2015), y establecer, mediante la Resolución 1966 (2010), el MICT, que, con sede en Arusha (Tanzania) y La Haya (Países Bajos), ha asumido sus tareas pendientes.

Del mismo modo, en lo que respecta a los tribunales híbridos, se ha reducido su ritmo de creación a partir del año 2008, de manera que tras el establecimiento de las Salas Especiales de Crímenes Graves en Timor Oriental (2000), las Salas de la Norma 64 en Kósovo (2000), la CESL (2002), las SETC (2004) y el TEL (2007), la década siguiente sólo ha observado la creación de las SEA (2012) y las SEK (2016).

En cuanto a las actuaciones ante las jurisdicciones nacionales, conviene recordar que, incluso en aquellas jurisdicciones nacionales en las que se han llevado a cabo un número mayor de procesos por crímenes internacionales, el ejercicio de la acción penal rara vez afecta a más del 1% de los posibles responsables (Galain & Olasolo, 2018: 99 *et seq.*). Además, la mayoría de las querellas presentadas contra los máximos responsables conforme al principio de jurisdicción universal han sido rechazadas (Panakova, 2011: 49 *et seq.*; Pérez Cepeda 2015: 10 *et seq.*). En consecuencia, como regla general, al menos un 99% de los presuntos responsables permanece en la impunidad; situación que, desde un punto de vista cuantitativo, no cambia significativamente por las actuaciones llevadas a cabo por los tribunales internacionales penales y los tribunales híbridos (entre todos ellos apenas se han completado 300 casos en más de dos décadas) (Galain & Olasolo, 2018: 80).

Finalmente, con respecto a la CPI, hay que comenzar por subrayar que sus actuaciones siempre han constituido desde su entrada en vigor el 1 de julio de 2002 un auténtico desafío, porque, si bien es cierto que dos terceras partes de los Estados que conforman la sociedad internacional son parte del ECPI, no es menos cierto que los Estados no parte representan al 70% del territorio y la población mundial. Además, sólo dos de los cinco Estados miembros del CSNU y dos de las nueve Potencias nucleares son Estados parte del ECPI (Reino Unido y Francia). Del mismo modo, importantes Potencias regionales como Egipto, Indonesia, Irán o Turquía, por sólo poner algunos ejemplos, tampoco son parte del ECPI. Además, las políticas de seguridad y defensa puestas en marcha por la Administración Bush en EE.UU. a partir del atentado del 11 de septiembre de 2001 (incluyendo la llamada “guerra contra el terror”, la apertura del centro de detención de Guantánamo y el nuevo programa de detención e interrogación puesto en marcha por la CIA a escala global a partir de 2002, cuyos métodos fueron considerados constitutivos de tortura por el propio Comité de Inteligencia del Senado de EE.UU. en 2014), provocaron, casi simultáneamente a la entrada en vigor del ECPI:

- (a) La retirada de la firma del ECPI por EE.UU. e Israel (Cacho, 2009);
- (b) La aprobación por el Congreso de los EE.UU. de la *American Service Members Protection Act*, por la que se autorizaba al presidente de EE.UU. a recurrir, en caso necesario, a la fuerza armada, con el fin de “rescatar” a cualquier nacional norteamericano que pudiera ser eventualmente entregado a la CPI para su enjuiciamiento en La Haya (autorización que sigue estando vigente tras casi dos décadas) (Murphy, 2002: 975 et seq.) (Cacho, 2009);
- (c) El condicionamiento de la ayuda económica destinada por EE.UU. para gran parte de los Estados parte del ECPI, a la firma de tratados bilaterales que requerían el previo consentimiento de EE.UU. antes de la entrega de funcionarios y/o nacionales norteamericanos a la CPI (en total más de cien tratados bilaterales de esta naturaleza se encuentran en vigor); y
- (d) La aprobación (como resultado de la amenaza de EE.UU. de no prorrogar ninguna de las misiones de mantenimiento de la

paz de la ONU existentes en ese momento) de la Res. 1422 (2002) del CSNU, renovada al año siguiente por la Res. 1487 (2003), en la que se solicita expresamente a la CPI que: “[...] si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, [la Corte Penal Internacional] no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1° de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el CSNU adopte una decisión en contrario”.

Las difíciles circunstancias que rodearon los primeros años de actividad de la CPI se han complicado todavía más con posterioridad a 2010 como consecuencia de una serie de circunstancias adicionales adversas, entre las que, como señala Olasolo (2017: 138-140), cabe destacar, entre otras, las siguientes:

- (a) La drástica reducción del número de Estados que se convierten anualmente en parte del ECPI, y la retirada de este de los primeros Estados (Burundi (2017) y Filipinas (2019));
- (b) La palpable pérdida de apoyo a la CPI de algunos países africanos como resultado de que todas las investigaciones abiertas hasta enero de 2016, y todas las órdenes de arresto o comparecencia emitidas hasta ese momento, están relacionadas con el continente africano, y algunas de ellas se han dirigido contra quienes son, o han sido, los más altos representantes de varios Estados africanos (Omar al Bashir en Sudán, Muammar y Saif al Islam Gaddafi en Libia, Urumu Kenyatta y William Ruto en Kenia y Laurent Gbagbo en Costa de Marfil); esto ha llevado a varios Estados parte a incumplir sus obligaciones de cooperación con la CPI (Chad (2012), Malawi (2014), Sudáfrica (2016) y Jordania (2017)), y a declarar públicamente su intención (no consumada) de retirarse del ECPI (Sudáfrica (2016) y Gambia (2016));
- (c) El incremento de las reticencias hacia la CPI de varios países de América Latina como Colombia, México y Venezuela, debido a las comunicaciones recibidas y/o exámenes preliminares de-

sarrollados en relación con presuntos crímenes internacionales cometidos en sus respectivos territorios;

- (d) La intensificación de la oposición, llegando incluso a una abierta hostilidad, por varios Estados no parte del ECPI que ocupan posiciones de preeminencia en la sociedad internacional (como EE.UU., Rusia e Israel), como consecuencia de los exámenes preliminares y/o investigaciones abiertos por la Fiscalía de la CPI en las situaciones en Afganistán, Georgia, Palestina y Ucrania (esto ha llevado, por ejemplo, a la retirada en 2016 por Rusia de su firma del ECPI, y a la aprobación por EE.UU. en 2019 y 2020 de restricciones de viaje y sanciones económicas a altos funcionarios de la CPI, incluida su actual Fiscal);
- (e) La pérdida de influencia en la esfera internacional de la Unión Europea (a la que pertenecen, además del Estado sede de la CPI, tres de sus cuatro principales contribuyentes financieros), como consecuencia de la salida del Reino Unido a raíz del Brexit y de haber sufrido especialmente la crisis económica de 2008 y la pandemia de COVID-19 de 2020, lo que le ha hecho retroceder en su posicionamiento geoestratégico global frente al desarrollo de China en la economía global y al resurgimiento político-militar de Rusia en el marco de los conflictos en Ucrania, Siria y Libia⁶.

Ante esta situación, no cabe sino afirmar que tanto el DIP en general, como la propia CPI en particular, se encuentran ante una auténtica encrucijada (Olasolo, 2017: 159-163), que se ve, si cabe, todavía más agravada por el creciente apoyo a las propuestas de utilizar los poco eficaces mecanismos de aplicación del DIP para perseguir delitos transnacionales, ante la probada insuficiencia de los instrumentos de aplicación propios del DP transnacional (Smith, 2008-2009:1111 et seq.) (Paulose, 2013: 66 et seq.). El Protocolo de Malabo (2014), que crea una Sala Especial en la Corte Africana de Justicia y Derechos

⁶ Tanto China como Rusia son además parte de la Organización para la Cooperación de Shanghái, creada en 2001 con varios otros Estados ricos en recursos minerales del Asia Central y donde India, Irán y Paquistán tienen estatuto de observador. *Vid.* Asia Regional Integration Center (2015).

Humanos para perseguir penalmente toda una serie de delitos transnacionales (incluyendo, la corrupción, el lavado de activos, el tráfico de personas, el tráfico de drogas, el tráfico de sustancias peligrosas o la explotación ilícita de recursos naturales), además del genocidio y los crímenes de lesa humanidad y de guerra, es un buen ejemplo de esta tendencia.

6. LA PROPUESTA DEL HORIZONTE UTÓPICO ANTE LOS CUESTIONAMIENTOS Y LA PAULATINA PÉRDIDA DE APOYO POLÍTICO A LOS MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Del análisis realizado en las dos últimas secciones podemos extraer una doble conclusión. Por un lado, la sección 4 nos ha puesto de manifiesto que los fines a los que se dirige el DIP, y la función de la CPI como mecanismo de aplicación de este último, no son ajenos a la consecución de la utopía social propuesta por el horizonte utópico. Por el contrario, el accionar esperanzando hacia una transformación social liberadora que reafirme la dignidad humana (Bloch, 2004: 192-203) se encuentra ciertamente en su código genético. De hecho, no por casualidad, la inmensa mayoría de los delegados en la Conferencia Diplomática de Roma estallaron en un atronador aplauso cuando el 17 de julio de 1998 se aprobó la creación de una jurisdicción internacional penal de carácter permanente después de 126 años de vicisitudes desde la propuesta original de Gustave Moynier en 1872 (Lee, 1999: 24 *et seq.*; Yañez-Barnuevo, 2001: 42).

De esta manera, concluía una Conferencia Diplomática que un mes antes se había iniciado con un nuevo presidente del Comité Plenario nombrado hacía apenas dos días, y a la que se presentó un proyecto de ECPI que contenía alrededor de 1700 puntos de divergencia para su debate por más de 2000 delegados de 161 Estados, asistidos por representantes de 20 organizaciones intergubernamentales, 14 agencias especializadas de la ONU y una coalición de más de 200 organizaciones no-gubernamentales (a lo que hay que unir el hecho de que las Misiones de los Estados en Nueva York apenas habían tenido

seis semanas para trabajar el proyecto de ECPI con sus respectivos Ministerios de Exteriores, Justicia y Defensa) (Lee, 1999: 14).

Si bien las especulaciones filosóficas de Bloch sobre las ideas de esperanza y utopía emergen en un momento histórico particular del autor (Sánchez Sánchez, 2009: 400-404), esto no impide que sus propuestas constituyan una base sólida al momento de diseccionar la función de la CPI. Así, conforme a las mismas, se puede realizar un interesante análisis de la función de la CPI en clave de utopía social dirigida al desarrollo y protección de la dignidad humana, que supera el reduccionismo característico de quienes tratan de encontrar el contenido de la función de la CPI a través del análisis del ECPI y demás instrumentos complementarios.

Por otro lado, la sección 5 nos ha enfrentado a la “descorazonadora” realidad que actualmente viven los mecanismos de aplicación del DIP, y la CPI en particular, tanto en términos de los cuestionamientos realizados por amplios sectores de la doctrina frente a sus fines y función (incluyendo, su falta de capacidad para desarrollarlos eficazmente), como en relación con la progresiva (algunos dirían imparable) pérdida de apoyo político en la sociedad internacional.

Sin embargo, es precisamente en el aquí y en el ahora cuando el horizonte utópico le recuerda al DIP y a la CPI que, a pesar de todo, no se puede desconocer que, sin perjuicio de todas las dificultades experimentadas, y si bien se tuvieron que esperar cinco largos años desde la apertura de las primeras investigaciones en la RDC y Uganda hasta que en enero de 2009 la CPI dio inicio a su primer juicio oral (cuya sentencia en primera instancia llegaría el 14 de marzo de 2012 y en apelación el 1 de diciembre de 2014), hoy en día las actuaciones de la CPI incluyen cinco exámenes preliminares concluidos sin apertura de investigación⁷, ocho exámenes preliminares en curso⁸, catorce situaciones bajo investigación⁹ y casi tres decenas de casos abiertos

⁷ Corea del Norte/Corea del Sur, Flotilla Humanitaria, Gabón, Honduras y Iraq/Reino Unido (CPI, Oficina de Información Pública, Casos).

⁸ Bolivia, Colombia, Filipinas, Guinea, Nigeria, Ucrania, y Venezuela I y II (CPI, Oficina de Información Pública, Casos).

⁹ Afganistán, Bangladesh/Myanmar, Burundi, CAR I y II, Costa de Marfil, Darfur (Sudán), Georgia, Kenia, Libia, Mali, Palestina, RDC y Uganda (CPI, Oficina de Información Pública, Casos).

contra dirigentes de estructuras estatales y no estatales presuntamente responsables de crímenes internacionales¹⁰. Así mismo, en más de la mitad de estos casos se ha podido obtener la captura o comparecencia de los imputados, lo que ha permitido finalizar siete juicios orales¹¹.

En consecuencia, si bien es cierto que el DIP y la CPI *pasan por momentos muy complicados*, el horizonte utópico les coloca ante un espejo para que no olviden: (i) su constitución como un espacio en donde el futuro adquiere características ontológicas; y (ii) su potencialidad como derrotero que debe marcar el presente, no como una ensoñación truncada ni obstruida, sino, por el contrario, como “proyecto” que mantiene una coherencia concreta entre su origen y sus fines (Bloch, 2004: 508).

De esta manera, la esperanza se hace consciente y se reconoce como acción para la concretización de ese utopismo proyectado que se encuentra en las raíces más profundas del proceso de creación del DIP y de la CPI. Como resultado, a pesar de los cuestionamientos, la poca eficacia y la pérdida de buena parte del capital político con el que contaban hace dos décadas, todavía tienen una justificación concreta que les ha de impulsar a promover el desarrollo de su actividad con un optimismo militante desde sus principios rectores de justicia.

7. CONCLUSIÓN

El DIP y la CPI no solo reflejan y justifican una determinada organización de la sociedad internacional dirigida a reafirmar la dignidad humana, sino que también intervienen en su protección. Como consecuencia, existe una estrecha relación entre los fines a los que se dirige el DIP y la función de la CPI por un lado, y la utopía social propuesta por el horizonte utópico por otro.

¹⁰ La situación de los siete casos en los que se ha concluido el juicio oral por crímenes internacionales es la siguiente: una absolución firme, tres condenas firmes, dos casos en apelación y uno a la espera de sentencia en primera instancia; CPI, Oficina de Información Pública, Casos).

¹¹ Véase la sección de situaciones y casos de la página web de la CPI: <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx#>

Frente a los cuestionamientos a los fines del DIP y a la función de la CPI (incluyendo su falta de capacidad y eficacia para su desarrollo), y ante el paulatino declinar de su apoyo político en la sociedad internacional, la propuesta del horizonte utópico es recordar su potencialidad como “pro-yecto” coherente entre su origen y sus fines.

Esta potencialidad, que reconoce la actual incompletitud, requiere la apertura del DIP y de la CPI hacia un futuro auto-exigido por su propia existencia. Ante esta situación, surgen las siguientes preguntas: ¿cómo poder conseguir el correcto funcionamiento del DIP y el adecuado desarrollo de la función de la CPI? ¿desde qué fundamentos filosóficos podemos contrastar su accionar? Ante estos interrogantes, el horizonte utópico de Bloch ofrece una clara respuesta:

La utopía hecha concreta da la clave para un orden no alienado en la mejor de todas las sociedades posibles. Homo homini homo: esto es lo que significa el esquema de un mundo mejor, por lo que a la sociedad se refiere (Bloch, 2004: 194).

Con base en lo anterior, al abordar la función de la CPI no podemos pensar solo en sus contenidos cercanos y visibles que se pueden explicar a través de doctrinas y marco teóricos (Galain & Olasolo, 2018: 139-140), sino que es necesario pensar también en los márgenes, los límites, esos espacios donde la filosofía reafirma un proceso deconstructivo, crítico y generador, aun cuando ello sea indefinido. Esos espacios, tutelados por discursos externos que motorizan el accionar humano e informados por la esperanza en tanto felicidad posible (Bloch, 20014: 41-50), presentan a la CPI una exigencia auto-realización.

Como resultado, el horizonte utópico de la CPI implica el ejercicio del principio esperanza desde un optimismo militante. Dada su configuración material, reconoce su finalidad humana en tanto no se reduce a un hecho meramente político, sino que implica todo el espectro cultural. Como productor constituyente de ese espacio, la CPI excede su propia estructura espacial e histórica, y se posiciona como una institución que debe velar por la protección de la humanidad en su conjunto, y la afirmación absoluta de la dignidad de cada uno de los seres humanos que la integran. Para ello, teniendo siempre como perspectiva un futuro signado por la práctica concreta del ejercicio de justicia, ha de actuar con independencia en aras de la concreción y

la realización de la dignidad humana; fantasía de una sociedad internacional, y de quienes la componen, que sueñan y esperan un mundo mejor (Bloch, 2004: 46).

REFERENCIAS

Doctrina

- Akhavan, P. (2001). "Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?" *American Journal of International Law*. Vol. 95. Pp. 7-31.
- Álvarez, J. E. (1999). "Crimes of Hate/Crimes of State: Lessons from Rwanda". *Yale Journal of Law*. Vol. 24. Pp. 365-483.
- Ambos, K. (2013). *Treatise on International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Balta, A., Bax, M., & Letschert, R. (2019). "Trial and (Potential) Error: Conflicting Visions on Reparations Within the ICC System". *International Criminal Justice Review*. Vol. 29(3). Pp. 221-248.
- Bassiouni, M. C. (1999). "Estudio Histórico: 1914-1998". En M.C. Bassiouni (Coord.). *CPI: ratificación y legislación nacional de actuación. Colección Nouvelles Etudes Penales. Núm. 13 quarter*. Toulouse: Erès & Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). Pp. 1-44.
- Bianchi, A. (2016). *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford: Oxford University Press.
- Blewitt, G. T. (2007). "The Importance of a Retributive Approach to Justice. The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?" En D.A. Blumenthal & T.L.H. McCormack (ed.). *The Legacy of Nuremberg: Civilizing Influence or Institutionalized Vengeance?* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. Pp. 39-46.
- Bloch, E. (1980). *Derecho natural y dignidad humana*. Madrid: Editorial Aguilar.
- Bloch, E. (2004). *El principio esperanza*. Vol. I, II, III. Madrid: Editorial Trotta.
- Bloch, E. (2017). *¿Despedida de la utopía?* Madrid: Editorial Machado Libros.
- Bloxham, D. (2001). *Genocide on Trial: War Crimes Trials and the Formation of Holocaust History and Memory*. Oxford: Oxford University Press.
- Boon, K., Hafner, G., Huston, J. & Rübesome, A. (1999). "A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgwood". *European Journal of International Law*. Vol. 10. Pp. 108-123.
- Branch, A. (2011). "The Role of ICC in Northern Uganda". En S.A. Nan, Z.C. Mampilly & A. Bartoli (ed.). *Peacemaking: From Practice to Theory*. Vol. 1. Westport: Praeger. Pp. 122-134.

- Burke-White, W. (2005). "Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo". *Leiden Journal of International Law*. Vol. 18. Pp. 557-590.
- Cacho, Y. (2009). "La posición de España y de la UE ante la campaña de EE.UU. contra la Corte Penal Internacional". En C. Arranz de Andres & M. Serna Vallejo (ed.). *Estudios de Derecho español y europeo*. Santander: Universidad de Cantabria. Pp. 171-195.
- Caram, M. J. (2017). "El amor en un mundo de opresión: Aportes de la Teología de la Liberación a la reflexión sobre las relaciones entre justicia y misericordia". *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*. Vol. 5. Pp. 122-137.
- Cassese, A. (1998). "Reflections on International Criminal Justice". *The Modern Law Review*. Vol. 61. Pp. 1-10.
- Cassese, A. (2003). *International Criminal Law, 2. Ed.* Oxford: Oxford University Press.
- Claussen, D. (2008). *Theodor W. Adorno. One Last Genius*. Cambridge: Harvard University Press.
- Cryer, R. (2005). *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurts, E. (2014). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 3. Ed.* Cambridge: Cambridge University Press.
- D'Amato, A. (1994). "Peace vs. Accountability in Bosnia". *American Journal of International Law*. Vol. 88. Pp. 500-506.
- Damaška, M.R. (2008). "What is the Point of International Criminal Law?" *Chicago Kent Law Review*. Vol. 83. Pp. 329-365.
- Del Ponte, C. (2009). *The Hunt, Me and War Criminals*. Oxford: Oxford University Press.
- Drumbl, M.A. (2005). "Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity". *Northwestern University Law Review*. Vol. 99. Pp. 539-611.
- Drumbl, M.A. (2007). *Atrocity, Punishment, and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Duff, A. (2001). *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press.
- Duff, A. (2008). "Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?" En T. Brudholm & T. Cushman (ed.). *The Religious in Responses to Mass Atrocity: Interdisciplinary Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 79-104.

- Dwertmann, E. (2010). *The Reparation System of the International Criminal Court: Its Implementation, Possibilities and Limitations*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Farer, T.J. (2000). "Restraining the Barbarians: Can International Law Help?" *Human Rights Quarterly*. Vol. 22(1). Pp. 90-117.
- Fisher, K.J. (2012). *Moral Accountability and International Criminal Law: Holding Agents of Atrocity Accountable to the World*. Londres: Routledge.
- Francis, L.P. (2010). "International Criminal Courts, the Rule of Law and Prevention of Harm: Building Justice in Times of Injustice". En L. May & Z. Hoskins (ed.). *International Criminal Law and Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gaynor, F. & Harmon, M.B. (2007). "Ordinary Sentences for Extraordinary Crimes". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 5. Pp. 683-712.
- Gimbernat, J.A. (1983). *Ernst Bloch. Utopía y Esperanza*. Madrid: Editorial Cátedra.
- Golash, D. (2010). "The Justification of Punishment in the International Context". En L. May & Z. Hoskins (ed.). *International Criminal Law and Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 201-223.
- Guembe, M. & Olea, H. (2006). "No Justice, No Peace: Discussion of a Legal Framework Regarding the Demobilization of Non-State Armed Groups in Colombia". En N. Roth-Arriaza (ed.). *Transitional Justice In The Twenty-First Century: Beyond Truth Versus Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Harhoff, F. (2008). "Sense and Sensibility in Sentencing—Taking Stock of International Criminal Punishment". En C. Greenwood & T. McCormack (ed.). *Law at War: The Law as It Was and the Law as It Should Be*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. Pp. 121-140.
- Harmon, M.B. (2009). "Plea Bargaining: The Uninvited Guest at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia". En J. Doria, H.P. Gasser & M.C. Bassiouni (ed.). *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Igor Blishchenko*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. Pp. 161-182.
- Hayner, P.B. (2001). *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*. Londres: Routledge.
- Hervada Xiberta, J. (1984). "Ernst Bloch: Derecho Natural y dignidad humana". *Anuario de Filosofía del Derecho*. Pp. 390-392.
- Kirsch, P. & Oosterveld, V. (2000/2001). "Negotiating an Institution for the Twenty-First Century: Multilateral Diplomacy and the International Criminal Court". *McGill Law Journal*. Vol. 46(4). Pp. 1141-1160.
- Koskeniemi, M. (2002). "Between Impunity and Show Trials". *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 6. Pp. 1-35.

- Krotz, E. (2011). “Introducción a Ernst Bloch (a 125 años de su nacimiento)”. *En-claves del pensamiento*. Vol. 5(10). Pp. 55-73.
- Lee, R.S. (1999). “The Rome Conference and its Contributions to International Law”. En R.S. Lee (ed.). *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*. La Haya: Kluwer Law International. Pp. 1-39.
- Luban, D. (2004). “A Theory of Crimes against Humanity”. *Yale International Law Journal*. Vol. 29(1). Pp. 85-167.
- Luban, D. (2011). *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*. Bogotá: Temis.
- Malamud-Goti, J. (1990). “Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals? *Human Rights Quarterly*”. Vol. 12(1). Pp. 1-16.
- Margalit, A. (2010). *On Compromise and Rotten Compromises*. Princeton: Princeton University Press.
- Martínez Andrade, L. & Meneses, J.M. (2012). *Esperanza y utopía. Ernst Bloch desde América Latina*. Zacateca: Editorial Taberna Libraria Editores.
- McGlinchey, S., Scheinflug, C. & Walters, R. (2017). *International Relations Theory*. Bristol: E-International Relations Publishing.
- Mejía, O. & Hincapié, D. (2019a). “De la justicia como virtud a la concepción política de la justicia I (Del derecho natural a Rawls)”. En E.A. López, Á. Niño Castro & L. Tovar González (Coords.), *Claves de la justicia desde América Latina, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 6. Valencia: Tirant Lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 45-94.
- Mejía, O. & Hincapié, D. (2019b). “Justicia política y constitucional qua democracia radical y posfundacional (De Habermas a la democracia radical y posfundacional)”. En E.A. López, Á. Niño Castro & L. Tovar González (Coords.), *Claves de la justicia desde América Latina, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 6. Valencia: Tirant Lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 95-124.
- Mettraux, G. (2005). *International Crimes and Ad Hoc Tribunals*. Oxford: Oxford University Press.
- Minears, R. (1971). *Victors' Justice*. Princeton: Princeton University Press.
- Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.
- Mondragón González, A. (2005). “Ernst Bloch: el peregrino de la esperanza”. *Estudios Políticos*. Vol. (4). Pp. 43-77.

- Moreno Ocampo, L. (2005). *Pursuing Human Dignity, Facing History and Ourselves*. Conferencia realizada en la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, EE.UU.
- Mullins C.W. & Rothe, D.L. (2010). “Beyond the Juristic Orientation of International Criminal Justice: The Relevance of Criminological Insight to International Criminal Law and its Control”. *International Criminal Law Review*. Vol. 10(1). Pp. 97-110.
- Murphy, S. (2002). “American Service Members’ Protection Act”. *American Journal of International Law*. Vol., 96(4). Pp. 975-977.
- Neusüss, A. (1970). *Utopía*. Barcelona: Editorial Barral.
- O’Connell, J. (2005). “Gambling with the Psyche: Does Prosecuting Human Rights Violators Console Their Victims?” *Harvard International Law Journal*. Vol. 46(2). Pp. 295-343.
- O’Connor, G. E. (1999). “The Pursuit of Justice and Accountability: Why the United States Should Support the Establishment of an International Criminal Court”. *Hofstra Law Review*. Vol. 27(4). Pp. 927-977.
- Ohlin, J.D. (2009). “Peace, Security and Prosecutorial Discretion”. En C. Stahn & G. Sluiter (ed.). *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers. Pp. 185-208.
- Olasolo, H. (2014). “Dignidad humana, derecho internacional penal y justicia transicional”. *Estudios Socio-jurídicos*. Vol. 16(2). Pp. 7-20.
- Olasolo, H. (2016). “Los fines del derecho internacional penal”. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Vol. 29. Pp. 93-146.
- Olasolo, H. (2017). *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*. Valencia: Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional.
- Olasolo, H. & Galain Palermo, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal: atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Olasolo, H., Pinto, C.A., Santamaría, J.E. & Zúñiga, M.A. (2019). “La tensión entre las dimensiones individual y social del perdón a la luz de la superfluidad de las víctimas y los victimarios: atención especial a la situación en Colombia”. En M.J. Caram & M.A. Leguizamón (Coord.). *La justicia y la cuestión del otro vulnerado. Acercamientos multidisciplinares en diálogo con la teología, Colección Perspectivas Iberoamericanas de la Justicia*. Vol. 5. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 95-142.

- Olasolo, H., Sánchez Sarmiento, A. & Varón Mejía, A. (2020). “El ámbito de aplicación de la justicia como memoria como parte de los fines del derecho internacional penal y la función de la Corte Penal Internacional”. En *Teoría y Derecho*. Vol. (28). Pp. 194-237.
- Orakhelashvili, A. (2006). *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Osiel, M. (1997). *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*. New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers.
- Osiel, M. J. (2000). “Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity”. *Human Rights Quarterly*. Vol. 22(1). Pp. 118-147.
- Panakova, J. (2011). “Law and Politics of Universal Jurisdiction”. *Amsterdam Law Forum*. Vol. 3(3). Pp. 49-72.
- Paulose, R.M. (2013). “Towards a New Framework in the Law of War: Incorporating Transnational Organized Crime”. *University of West Sydney Law Review*. Vol. 17. Pp. 66-81.
- Pena, M. (2013). “Is the ICC Making the Most of Victim Participation?” *International Journal of Transitional Justice*. Vol. 7(3). Pp. 518-535.
- Perelman, C. (1997). *El imperio retórico. Retórica y argumentación*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Pérez Cepeda, A.I. (Dir.). (2012). *El principio de justicia universal. Fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Peskin, V. (2008). *International Justice in Rwanda and the Balkans. Virtual Trials and the Struggle for State Cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Reuss, V. (2012). *Zivilcourage als Strafzweck des Völkerstrafrechts: was bedeutet positive Generalprävention in der globalen Zivilgesellschaft?* Munich: LIT Verlag.
- Röling, B. (1973). “The Nuremberg and Tokyo Trials in Retrospect”. En M.C. Bassiouni & V. Nanda (ed.). *A Treatise on International Criminal Law*. Springfield.: Charles Thomas Publisher.
- Roth-Arriaza, N. (1995). *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- Sánchez Sánchez, M. (2009). “El filósofo de la esperanza”. *Thémata. Revista de Filosofía*. Vol. (41). Pp. 400-424.
- Satzger, H. (2012). *International and European Criminal Law*. Munich: Hart/Beck.
- Schabas, W.A. (2006). *The UN International Criminal Tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Scharf, M.P. (1999). “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court”. *Cornell International Law Journal*. Vol. 32(3). Pp. 507-527.

- Simpson, G. (2004). "Politics, Sovereignty, Remembrance". En D. Mcgoldrick et al. (ed.). *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*. Oxford: Oxford University Press.
- Smith, J. (2008-2009). "An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity". *Georgetown Law Review*. Vol. 97(4). Pp. 1111 *et seq.*
- Stahn, C. (2012). "Between 'Faith' and 'Facts': By What Standards Should We Assess International Criminal Justice?" *Leiden Journal of International Law*. Vol. 25(2). Pp. 251-282.
- Stover, E. (2004). "Witnesses and the Promise of The Hague". En E. Strover & H.M. Weinstein (ed.). *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 104-120.
- Swart, B. (2008). "Damaška and the Faces of International Criminal Justice". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 6. Pp. 87-114.
- Tadros, V. (2011). *The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Teitel, R. G. (2000). *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Vedda, M. (2017). "Ubi Lenin, ibi Jerusalem? Ernst Bloch sobre la Revolución de Octubre". *Verinotio. Revista on-line de Filosofía e Ciências Humanas*. Vol. 23(2). Pp. 9-21.
- Vega, P. (2006). "El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones". *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol. (5). Pp. 18-41.
- Vilmer, J. B. (2011). *Pas de Paix Sans Justice? Le Dilemme de la Paix et de la Justice en Sortie de Conflito Armé*. París: Presses de Sciences Po.
- Von Hirsch, A. (1993). *Censure and Sanctions*. Oxford: Oxford University Press.
- Ward, I. (2004). *Justice, Humanity, and the New World Order*. Aldershot: Ashgate Publishing Company.
- Werle, G. (2010). *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Wippman, D. (1999). "Atrocities, Deterrence and the Limits of International Justice". En *Fordham International Law Journal*. Vol. 23(2). Pp. 473-488.
- Yañez-Barnuevo, J.A. (2001). El Proceso en Marcha para la Ratificación y Puesta en Práctica del Estatuto de Roma. En J.A. Yañez-Barnuevo (Coord.). *La Justicia Penal Internacional: Una Perspectiva Iberoamericana*. Madrid: Casa de América. Pp. 37-52.
- Zedner, L. (2004). *Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Zolo, D. (2007). *La justicia de los vencedores*. Madrid: Trotta.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

- CPI [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. Germain Katanga. *Décision relative à la peine (article 76 du Statut)*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/07-3484. 23 de mayo de 2014. Citada como: CPI, Katanga, 23/05/2014.
- CPI [Sala de Primera Instancia III]. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*. Doc. Núm. ICC-01/05-01/08-3399. 21 de junio de 2016. Citada como: CPI, Bemba, 21/06/2016.
- CPI [Sala de Primera Instancia VI]. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. *Sentencing Judgment*. Doc. Num. ICC-01/04-02/06-2442. 7 de noviembre de 2019. Citada como: CPI, Ntaganda, 7/11/2019.
- CPI [Sala de Primera Instancia VIII]. The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. *Judgment and Sentence*. Doc. Núm. ICC-01/12-01/15-171. 27 de septiembre de 2016. Citada como: CPI, Al Mahdi, 27/09/2016.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- TPIR [Sala de Primera Instancia I]. The Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza And Ngeze. Caso Núm. ICTR-99-52-T. *Judgement and Sentence*. 3 de diciembre de 2012. Citada como: TPIR, Nahimana et al., 3/12/2012.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- TPIY [Appeals Chamber]. The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski. Caso Núm. IT-95-14/1-A. *Appeals Judgment*. 24 de marzo de 2000. Citada como: TPIY, Aleksovski, 24/03/2000.
- TPIY [Appeals Chamber]. The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic aka “Pavo”, Hazim Delic & Esad Landzo aka “Zenga”. Caso Núm. IT-96-21-A. *Appeals Judgment*. 20 de febrero de 2001. Citada como: TPIY, Delalic et al., 20/02/2001
- TPIY [Appeals Chamber]. The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic. Caso Núm. IT-96-23 & IT-96-23/1-A. *Appeals Judgment*. 12 de junio de 2002 Citada como: TPIY, Kunarac et al, 12/06/2002.
- TPIY [Trial Chamber I]. The Prosecutor v. Radislav Krstic. Case Núm. IT-98-33-T. *Judgment*. 2 de agosto de 2001. Citada como: TPIY, Krstic, 2/08/2001.
- TPIY [Trial Chamber I]. The Prosecutor v. Momir Nikolic. Caso Núm. IT-02-60/1-S. *Sentencing Judgment*. 2 de diciembre de 2003. Citada como: TPIY, Nikolic, 2/12/2003.
- TPIY [Trial Chamber II]. The Prosecutor v. Dragan Nikolic. Caso Núm. IT-94-2-S. *Sentencing Judgment*. 18 de diciembre de 2003. Citada como: TPIY, Nikolic, 18/12/2003.

TPIY [Trial Chamber III]. The Prosecutor v. Biljana Plavsic. Case Núm. IT-00-39&40/1. *Sentencing Judgement*. 27 de febrero de 2003. Citada como: TPIY, Plavsic, 27/02/2003.

Resoluciones, informes y otros documentos

- Asia Regional Integration Center (2015). *Shanghai Cooperation Organization (SCO)*. ARIC. Recuperado de: <https://aric.adb.org/initiative/shanghai-cooperation-organization>.
- Corte Penal Internacional. Asamblea de Estados Parte (2012). *Courts's Revised Strategy in relation to Victims*. Doc. Núm: ICC-ASP/11/38. 5 de noviembre de 2012.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2003). *Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor*. 5 de septiembre de 2003.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2007). *Policy Paper on the Interests of Justice*. 1 de septiembre de 2007.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2010). *Draft Policy Paper on Preliminary Examinations*. 4 de octubre de 2010.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2013). *Policy Paper on Preliminary Examinations*. 1 de noviembre de 2013.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2016a). *Draft Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*. 29 de abril de 2016.
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2016b). *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*. 15 de septiembre de 2016.
- EE.UU. Senate Select Committee on Intelligence. (2014). *Executive Summary of the Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Programme*. 9 de diciembre de 2014. Citado como: Comité de Inteligencia del Senado de EEUU (2014).
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (1993). *Resolución 827 sobre el Tribunal (ex Yugoslavia)*. Doc. Núm. S/RES/827 (1993). 25 de mayo de 1993.
- Organización de las Naciones Unidas Consejo de Seguridad (1994). *Resolución 955 sobre el Establecimiento de un tribunal internacional y aprobación del estatuto del Tribunal Penal Internacional*. Doc. Núm. S/RES/955 (1994). 8 de noviembre de 1993.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2002). *Resolución 1422 sobre el mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas*. Doc. Núm. S/RES/1422 (2002). 12 de julio de 2002.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2003). *Resolución 1487 sobre el mantenimiento de la Paz por las Naciones Unidas*. S/RES/1487 (2003). 12 de junio de 2003.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2004). *Resolución 1534 sobre el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*

- y el *Tribunal Penal Internacional para Ruanda*. Doc. Núm. S/RES/1534 (2004). 26 de marzo de 2004.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2010). Resolución 1966 sobre *el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, y el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. 22 de diciembre de 2010*. Doc. Núm. S./RES/1966 (2010). 22 de diciembre de 2010.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Presidente (2015). *Report on the Completion of the Mandate of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. 15 de noviembre de 2015.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Presidente (2015). *Assessment and Report of Judge Theodor Meron, President of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, provided to the Security Council pursuant to paragraph 6 of Security Council resolution 1534 (2004) covering the period from 16 May 2015 to 16 November 2015*. 16 de noviembre de 2015.

Capítulo 10

LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO MISERICORDIA-LIBERACIÓN

Camilo Alfonso López Saavedra
Carlos Andrés Pinto López

1. INTRODUCCIÓN

Partiendo de una concepción de la teología en cuanto mística de ojos abiertos, que lleva a la comprensión de la praxis histórica como lugar de acción y reflexión teologal, se logra una comprensión del acontecer humano como el lugar ambivalente del sufrimiento y de la redención al mismo tiempo.

En este contexto, propio de una teología historizada, surge la cuestión acerca de la justicia, así como los interrogantes sobre las motivaciones y los fines de los procesos de la JI y sus organismos de aplicación. El presente capítulo pretende dar respuesta a los mismos desde la perspectiva del principio misericordia-liberación en teología, que, si bien no tiene una equivalencia en el DI, sí presenta puntos de encuentro con el mismo. Por ello, el análisis desarrollado permite reconocer el aporte de una teología hecha desde los múltiples niveles y ámbitos de la realidad, lo cual, pasa por el diálogo con otras comprensiones disciplinares del acontecer humano.

Se trata entonces de una comprensión desde los múltiples estratos que componen el panorama complejo de la historia humana, no en la suma de sus partes, sino en la relación de estas; de aquí que en esta comprensión podamos reconocer el esfuerzo de hacer una teología de la belleza más que de las certezas, porque, como Rupnik señala, “bello es lo que es “multi-estrato”; la belleza es la unidad orgánica de los diferentes, más aún, la belleza es la unidad de los diferentes estratos de la realidad” (2015: 14).

Desde esta perspectiva, la comprensión de la justicia se basa en la lectura estructural de la historia y de la sociedad. No se puede, por tanto, abordar la comprensión dramática de la injusticia en la histo-

ria humana solo a partir de hechos aislados entre sí. Por el contrario, es necesaria una comprensión de conjunto que permita ampliar el horizonte de análisis crítico hacia las condiciones de violencia y marginación que sostienen los distintos órdenes estructurales de violencia e injusticia.

Se reconoce en este punto, un paso natural entre la responsabilidad de los Estados y las organizaciones que garantizan y promueven tanto las estructuras que ejecutan los crímenes contra la humanidad, como las que tratan de repararlos, y los individuos en cuanto víctimas o victimarios, según sea el caso. En consecuencia, entre los procesos que buscan una comprensión general de las dinámicas y complejidades que configuran la interpretación de la justicia, surge el reconocimiento de los rostros humanos que convergen en la comisión de delitos estructurales:

Por este motivo, la responsabilidad internacional que se deriva de la comisión de este tipo de crímenes va a ser exigible a las personas físicas que participan efectivamente en su ejecución. Ahora bien, el individuo en tanto que persona física puede actuar a título particular, o bien hacerlo como persona pública en el desempeño de potestades estatales/institucionales. Cuando así sucede, el hecho de que la persona física actúe en nombre o por cuenta del Estado/ OI permite que su actuación sea atribuible también a éstos últimos (Sánchez-Patrón, 2014: 355).

De esta afirmación se deriva la interrelación entre el sujeto individual cuya responsabilidad por los crímenes cometidos resulta ineludible, y la responsabilidad del Estado en nombre de quien actúa. Así, la estructura se concreta en el individuo ejecutor, quien, a su vez, hace posibles las condiciones de sistematicidad necesarias para la configuración de los crímenes propiamente dichos.

Del mismo modo, si la culpabilidad requiere la concreción en un sujeto individual, también se hace necesaria la configuración de un rostro concreto para las víctimas, que en los crímenes contra la humanidad se configuran como tales por su condición de pertenencia a un grupo (2013: 144).

Esta lectura dinámica permite la comprensión de la justicia a partir de su concreción en la historia humana, así como en las historias individuales con que se va encontrando. Los rostros humanos permiten reconocer la imposibilidad de una estructura que no llegue al nivel del

individuo como ejecutor o como víctima. Así mismo, la pérdida del sentido de lo humano, expresado en el sentimiento de superioridad en razón de la raza, la lengua o la religión, entre otros motivos, permite a su vez entender el origen último de la segregación y la violencia contra la humanidad

2. HORIZONTE DE ANÁLISIS: EL PRINCIPIO MISERICORDIA-LIBERACIÓN

La apuesta del teólogo alemán Johann Baptist Metz es por una mística de ojos abiertos que se inscribe en la línea de la teología política. Para evitar incomprendiones y falsos juicios distingue la política entendida en el sentido clásico y la nueva teología política. La primera tiene sus orígenes en el estoicismo y va hasta nuestros tiempos. La segunda es una perspectiva emergente en los dos últimos siglos, que no ha sido bien acogida por parte de la Iglesia Católica al considerarla una ideología cercana a los movimientos sociales de izquierda.

No obstante, según Moltmann, existe un gran distanciamiento entre la teología política y la militancia de izquierda o derecha. Así, para este autor:

Una teología cristiana que quiere concienciarse de los condicionamientos y funciones políticas actuales de su lenguaje, ritos, instituciones y práctica, hace bien, por consiguiente, en acordarse de la crucifixión política y del resurgimiento por Dios del Cristo ejecutado como rebelde sacando las consecuencias del seguimiento. La memoria *passionis et resurrectionis Christi* es peligrosa y liberadora al mismo tiempo. Pone en peligro a una iglesia político-religiosa, situándola en contemporaneidad con los sufrientes de su tiempo. Libera a la iglesia de la política eclesial en orden a una política cristiano-crítica. A la nueva teología política no le interesa la reducción de la iglesia a una política de derechas o izquierdas, sino que pone todo su empeño en la cristianización de su situación y función políticas en el sentido de la libertad de Cristo (Moltmann, 1975: 451).

Palabras que están muy en sintonía con la siguiente propuesta de Metz:

La teología política es, según expresión de Metz, un contrapeso crítico en contra de una tendencia privatizante de la teología actual. Positivamente la entiendo —continúa Metz— como un intento de formular el mensaje escatológico teniendo en cuenta las condiciones de la sociedad actual. Esta

definición abarca los dos aspectos, positivo y negativo de la teología política. En su aspecto negativo, la teología política es un “correctivo” crítico de la tendencia exagerada a privatizar la fe, característica de la teología moderna. Insiste pues, en la tarea crítica y al mismo tiempo hace resaltar el carácter social de la teología. Esta desprivatización es la tarea crítica primaria de la teología política (Gómez, 1973: 81).

Para comprender el pensamiento de Metz es necesario repasar sus experiencias vitales, que forjaron su manera de pensar y de actuar. Académicamente, estuvo muy influenciado por el teólogo alemán Karl Rahner, quien fue su profesor. Para Metz, el giro antropológico rahneriano fue un punto de partida fundante para la renovación de la teología preconiliar y postconiliar, por la visión crítica y el diálogo al que se abrió la iglesia con la modernidad. Tras asimilar los fundamentos teóricos de la antropología trascendental de Rahner, Metz se enfocó en su aplicación para la comprensión del ser humano como ser social e histórico.

La proximidad y el distanciamiento de Metz frente a la propuesta teológica de Rahner es presentada por Garavito en los siguientes términos:

Frente a estos problemas se impone una tarea desde la cual la teología puede resignificar las implicaciones político-sociales en la estructuración de sus conceptos y realizaciones, es decir, su dimensión crítico-práctica. Para ello es importante deslindarse de la mirada totalizadora de la teología tradicional ideal-trascendental, que en su traducción categorial —según Metz— no tiene en cuenta la necesaria articulación que se debe manifestar en las relaciones recíprocas y dialécticas entre los ámbitos de la religión y la sociedad, entre la fe y la praxis social, entre Dios y política (Garavito, 2010: 439).

El ser humano social desaprueba las situaciones que no le dignifican ni a él ni a sus semejantes, de manera que, desde los fundamentos del cristianismo, pretende que estas situaciones cambien. Por ello, Metz denominó a su teología política como “teología dialéctica”, para subrayar la inconformidad de la acción cristiana en el mundo (sin embargo, se ha dado a conocer más como teología política por su contraste con la política católica anquilosada en el escenario de los poderosos). Así mismo, la teología de Metz está también en consonancia con el mundo moderno en cuanto a los procesos de la secularización de la sociedad, donde no tiene cabida la burguesía eclesiástica

que suele olvidar los procesos históricos y la participación activa en el ámbito de lo público, debido a su débil actitud de diálogo y sobrada imposición.

Como resultado, esta nueva teología política puede ser definida más puntualmente como “praxis en la historia y la sociedad que se comprende a sí misma como una esperanza solidaria en el Dios de Jesús como el Dios de los vivos y los muertos, que llama a todos los seres humanos a ser sujetos en su presencia” (Yasik, 2011: 38). Un mundo con memoria (*anámnesis*) de sufrimiento (*passionis*) que suscita una actitud misericordiosa, oblativa, lejana a la competitividad depredadora, y muy cercana a la acogida, la reconciliación y la no repetición. Como Yasik (2011: 38) subraya:

La memoria funciona como relación constitutiva con el pasado capaz de portar contenidos subversivos. La memoria de los sufrientes se convierte en solidaridad con los muertos y los derrotados. El proceso de recordar recupera las promesas del pasado y le da a la iglesia un rol público: la oportunidad de transformarse en la portadora de memorias peligrosas, especialmente las de Jesús. La memoria de Jesús, en cuanto solidaridad anamnésica, da cuenta del conflicto entre las promesas divinas y la historia. La teología para Metz es en sí misma política: su rol radica en impulsar una conciencia de la lucha por la recuperación de las memorias de los muertos y los sufrientes de la historia. La fe cristiana debe, así, problematizar el sufrimiento de las víctimas de la historia una y otra vez de modo que elabora una noción escatológica de la esperanza (Yasik, 2011: 38).

Concomitante con esto, es que Dios es nuestro Dios. No un Dios privado que beneficia a unos pocos, sino que sufre con el que sufre y se alegra con el que deja atrás condiciones poco dignas, al tiempo que se atreve a compartir de lo suyo con los demás. Esto es, la perspectiva divina de la teología política es la de un Dios universal que se muestra de diferentes maneras, pero comprensible para todos en diversas lenguas y culturas, porque lo humano nos entrelaza y la justicia, la equidad, la paz, la dignidad y el reconocimiento del rostro del otro son comunes a todos los seres humanos.

En consecuencia, si queremos hablar de la teología política de Metz es necesario superar la distinción entre el Dios privado de unos pocos que lo tienen todo, y el Dios de muchos que no tienen nada, en aras de un Dios universal, el del Padre Nuestro, que bajo ninguna circunstancia puede legitimar la violencia de un pueblo sobre otro, ni

la opresión de los gobernantes sobre el resto de miembros de la sociedad. Dios no es, por tanto, una idea, sino presencia y acción libre de cualquier monopolio, de ahí que sea la escatología el motor utópico de la existencia de aquello que se anhela para el mundo y, por tal motivo desde ya se construye haciéndolo real en los acontecimientos de la historia.

En relación con lo anterior, el teólogo suizo Hans Küng afirma sobre la paz entre los pueblos y el indispensable papel de la religión a estos efectos, que “[s]i no hay paz entre las religiones no habrá paz mundial” (Küng, 1991). Metz es consciente de ello y por ello su teología política no sólo está abierta hacia la modernidad y todo lo bueno que trae consigo, sino también hacia el diálogo interreligioso, el cual, es un imperativo de nuestro tiempo.

En este sentido, Metz muestra preocupación por la aproximación de los círculos vaticanos al diálogo interreligioso, porque siempre tienden a incluir en mayor medida a las religiones abrahámicas, dejando en un segundo plano a las religiones orientales, como también al ateísmo y el secularismo. La teología política, en cambio, se encamina más hacia un diálogo no constreñido por institucionalismos, que desde la libertad trabaja por el bien común sin ninguna limitante institucional. Es más, propende por una recíproca colaboración entre teología y política, no entre Estado e Iglesia.

En consecuencia, si una institución religiosa decide entrar en el debate público con el mundo, debe hacerlo desde presupuestos universalmente comprensibles, reconociendo que en la diversidad se trabaja por lo fundamentalmente humano y la trascendencia no monopolizada. Se trata, en definitiva, de reconocer que la sociedad es la nueva ágora donde se encuentran las diferentes perspectivas de la realidad, sin ínfulas de superioridad, para llegar a consensos en los que los aportes del cristianismo se deben a su identidad escatológica (Metz, 2002: 141-146).

En efecto, el diálogo con el mundo de los no creyentes es tan fundamental como insoslayable, porque significa abrirse más allá de los límites de los hombres religiosos para llegar a todos sin exclusión. A tal propósito ayudan el arte y la literatura, en cuanto que lenguajes de comprensión universal que contienen consigo la historia de las vícti-

mas y sus sufrimientos, evitando así caer en una amnesia cultural, y manteniendo los ojos bien abiertos.

Precisamente, Metz recurre a un texto bíblico para sustentar la mística de ojos abiertos, porque el cristianismo no es una invitación a dormir desentendidos de las circunstancias del mundo, para ser presa del egoísmo y de la protección de los bienes materiales. Por el contrario, mirar es saber, es tener ojos para el otro y esto genera empatía. Mantener la mirada en la pobreza es por tanto inconformismo, porque las cosas no deberían ser así y tienen que cambiar; es en otras palabras la reacción de nuestro ser al dolor y al sufrimiento del otro que me interpela, llamando mi atención para atender esa situación y cooperar en su transformación. Como el propio Metz subraya:

Son muchas las palabras y parábolas de Jesús que sugieren esto, empezando por la parábola del buen samaritano (Lucas 10, 25-37), en la que se nos invita a un ejercicio especial de la vista. En el camino que va de Jerusalén a Jericó, un hombre ha sido asaltado por los ladrones. Un sacerdote pasa de largo, ve pero no ve; un levita pasa de largo, ve pero no ve. La religiosidad de estos no tiene ojos para los otros. Jesús insiste: quien no esté alerta, quien no abra bien los ojos, en una palabra, quien no afine la vista, tampoco estará preparado para el templo: le quedará oculto el misterio divino. En el descubrir, en el ver a las personas a las que solemos excluir de nuestro campo visual cotidiano y que por tanto las más de las veces permanecen invisibles, empieza el vislumbre, la visibilidad de Dios entre nosotros [...]. Es ahí donde encontraremos su huella (2015: 56).

En vista de esta teología política de Metz, es importante señalar que toda teología debe ser liberadora, pues el *depositum* de la fe es el pobre y su liberación, como ha afirmado la teología latinoamericana. Así, si bien se encarga de manera global de todos los tratados teológicos y los aborda con responsabilidad intelectual, la teología no se detiene allí porque va siempre a lo concreto y lo particular de los rostros sufrientes de Cristo. Es decir, despliega el sentido histórico-liberador del Evangelio¹.

¹ Juan Pablo II no compartía, sin embargo, esta visión, tal como lo expresó en *Libertatis Conscientia*: “Anteponer la dimensión ético social a la dimensión soteriológica es trastocar y desnaturalizar la verdadera liberación cristiana” (1986: 6).

La teología de la liberación cargada del componente misericordioso y liberador ha tenido dos estadios de comprensión. El primero, enfático en el componente histórico, y el segundo, que no pierde este punto de partida, pero acoge todo el misterio de la salvación. El trabajo de un grupo de teólogos que desarrollaron una teología sistemática en clave liberadora integra estos dos aspectos: Teología y Liberación². De esta manera, la liberación que ofrece la teología se da en estas dos vertientes asociadas, la salvación y el proceso histórico de la liberación de los pobres. Por eso, el momento primero del quehacer teológico es la praxis de fe, lugar en el que se recibe la revelación de Dios con actitud compasiva y solidaria. No es que haya que elegir entre Dios o el pobre, sino que es Dios y el pobre, porque la presencia del primero está dada en el segundo como sacramento.

En este sentido, Jon Sobrino, uno de los teólogos pioneros de la formulación del principio misericordia-liberación, afirma que “si en la cruz Dios parece estar a merced de los crucificadores, en la resurrección triunfa sobre ellos. Si en la cruz es víctima, en la resurrección Dios devuelve a la vida a las víctimas” (Costadoat, 2004: 78).

En su tratado de cristología, Sobrino ofrece una reflexión que muestra muy bien el momento primero de la teología, es decir, la realidad del oprimido que hay que liberar. Para ello, apoya sus afirmaciones en la vida de Jesús, quien no se anquilosó en la doctrina judía o el momento teórico de la revelación divina, y más bien, su palabra fue acción transformadora en una sociedad injusta, que se justificaba estructuralmente en la Torá y los preceptos institucionales de su tiempo. Los criticó y resignificó, llamando la atención a las autoridades por cuanto se habían apartado del verdadero Dios al excluir al pobre, y eso le llevó a la muerte.

De esta manera, Jesús es un testimonio vital para aquellos que haciendo teología desde lugares históricos son perseguidos. Sobre este aspecto Sobrino, señala lo siguiente:

Ven en Jesús aquel que lleva una práctica destinada a la transformación de una sociedad en una sociedad de fraternidad y justicia, de acuerdo

² Por problemas con la Congregación para la Doctrina de la fe, los 50 volúmenes planeados de la obra iniciada en 1985 no llegaron a ver la luz. De manera que sólo se publicaron volúmenes sueltos bajo el título *Cristianismo y sociedad*.

con el ideal del Reino de Dios. Las mediaciones de esa práctica fueron en Jesús sobre todo su palabra, pero esa palabra no fue solo doctrina o anuncio, sino también práctica. La palabra de Jesús denunciadora y desenmascaradora es vista como condena social, tanto de una sociedad teocrática organizada alrededor del templo como una sociedad impuesta por la fuerza desde Roma. El que Jesús muriese crucificado, condenado como blasfemo y subversivo, es en América Latina —donde tantos son asesinados también como blasfemos y subversivos— la prueba más fehaciente de que Jesús buscó una transformación de su sociedad; de que su amor no estaba dirigido solo a los pobres o ricos individuales, sino a las mayorías pobres; de que su amor fue, por tanto, un amor político, liberador (2007: 136.).

En síntesis, el quehacer teológico no puede hacerse en la actualidad de espaldas a la realidad. Esta es una aportación relevante de la *memoria passionis*, que hace que el recuerdo de situaciones de sufrimiento se transforme en acciones de vida en el presente dirigidas a la no repetición, y que a su vez suscita la misericordia como praxis cristiana fundamental. Esto solo es posible desde una mística de ojos abiertos para ver al pobre, al que sufre la injusticia, que requiere trabajar para que las cosas no sigan siendo igual y se construya el Reino de Dios históricamente. Esta es la apuesta de una teología con voz pública razonable, aportaciones universales e identidad escatológica esperanzadora.

Metz y Sobrino son, sin duda, dos referentes que han posibilitado sacar a la teología del ámbito de lo privado para legitimar su incidencia en el escenario público, a fin de una comprensión y una praxis de la dignidad humana y de la tierra, donde la fraternidad y la justicia entre los pueblos tenga lugar como cumplimiento de las promesas de Dios y de las utopías humanas.

3. EL TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA DESDE EL PRINCIPIO MISERICORDIA-LIBERACIÓN

Entre las preguntas por las distintas realidades del ser y la acción humana y su conexidad con el pensamiento teológico surge la pregunta por la justicia, que, si bien responde a dinámicas socio-políticas, pasa por el prisma de la experiencia de fe, para proponer criterios no solo éticos, sino convicciones profundas de vida.

De esta manera, la comprensión de lo socio-político, se vuelve también una experiencia discipular creyente. De hecho, desde los primeros siglos del cristianismo se atestigua en textos como la Carta a Diogneto, una suerte de imperativo moral para que los cristianos vivan en medio de sus sociedades sin ningún signo externo que los identifique visiblemente, sino apoyados en un estilo de vida que construya activamente las realidades sociales de su entorno.

La experiencia de fe, al menos en condiciones ideales, se comprende como opuesta a la imposición por vías de hecho y al proselitismo. Así, se concreta en una invitación tan sutil como certera en cuanto llamado condicionado a su aceptación en la libertad por quien lo recibe (Zegarra, 2013: 281)³.

En este contexto, la pregunta por la justicia se cruza con la pregunta por la libertad como base de la opción creyente por la propuesta de vida recogida en el Evangelio y epicentro de la acción humana. La comprensión antropológica de ser *imago Dei* parte también de la posibilidad de “[p]ensar a Dios como la libertad absoluta; significa entenderle como el Dios liberador y al mundo como lugar de libertad” (Kasper, 2012: 26). En este horizonte de análisis, la liberación no se comprende por tanto desde la pasividad que surge de creer en la figura de un *Deus ex machina* que expulsa a la parte opresora; se trata, por el contrario, de una liberación autónoma hecha a medida de cada contexto histórico.

La contextualización de la liberación, en su búsqueda por la justicia, no desconoce la fuerza de los órdenes estructurales que oprimen la vida de grupos amplios de la sociedad (a menudo los más débiles en razón de sus condiciones menos dignas de vida). De esta manera, la posibilidad de una liberación autogestionada reconoce el problema del mal porque se encuentra inmersa en la historia humana y es protagonista de sus dramas. En este sentido, Benedicto XVI, refiriéndose a la comunidad cristiana que inspiró el Evangelio de Juan, señala:

Juan caracteriza a la “bestia” que vio “salir del mar”, de los oscuros abismos del mal, con los distintivos del poder político romano, dando así una forma muy concreta a la amenaza que los cristianos de aquel tiempo veían venir sobre ellos: el derecho total sobre la persona que era reinvin-

³ De ahí que en la tradición cristiana haya hecho carrera la expresión “vocación”.

dicado mediante el culto al emperador, y que llevaba al poder político-militar-económico al sumo grado de un poder ilimitado y exclusivo, a la expresión del mal que amenaza con devorarnos (Benedicto XVI, 2007: 202).

La propuesta cristiana no se dirige a los niveles institucionales de la sociedad, sino que busca ser una opción para los rostros concretos que elaboran la propia historia a partir de las interpelaciones que les hace el mensaje cristiano. Como resultado, desde la perspectiva cristiana, la justicia es primero un rasgo de concreción personal, y solo como resultado de esta última se hace abstracción social. En este sentido, Pagola (2016: 114) señala, “[c]iertamente, el reino de Dios no era para Jesús algo vago o etéreo. La irrupción de Dios está pidiendo un cambio profundo. Si anuncia el Reino de Dios es para despertar esperanza y llamar a todos a cambiar de manera de pensar y de actuar. Hay que «entrar» en el reino de Dios, dejarse transformar por su dinámica y empezar a construir la vida tal como la quiere Dios”.

Esta justicia, por su naturaleza personalista, se caracteriza por darle una importancia sustantiva al cuidado del sujeto en cuanto fin último de la experiencia de fe. Por ello, se reconoce la preeminencia de la acogida, la generosidad, el perdón y la donación sin límites, por encima de cuestiones relativas a la rectitud moral. Se trata en definitiva de una apuesta decidida por la preparación de quienes han sufrido los efectos de la violencia estructural (ya sea en su condición de víctimas, o como victimarios). Esta generosidad no se limita al reconocimiento retórico de las faltas cometidas, sino que exige de ambas partes un esfuerzo superior, una justicia mayor, que supone una inserción nueva en la sociedad (Olasolo, Pinto, Santamaría & Zúñiga, 2019).

Como señala Pagola (2016: 276), “Jesús piensa en hombres y mujeres que entren en la dinámica del Reino de Dios con un corazón no violento, para enfrentarse a las injusticias de una manera responsable y valiente, desenmascarando la falta de humanidad que se encierra en toda sociedad que se construye sobre la violencia y vive indiferente frente al sufrimiento de las víctimas”. En consecuencia, el camino vocacional de grupos de individuos logra una interpelación concreta a las estructuras sociales de cada momento histórico, toda vez que no es por la fuerza de las armas, ni siquiera por la apropiación de

discursos proselitistas, en donde se revela la fuerza transformadora del Evangelio.

En última instancia, la pregunta por la justicia se enmarca en la tensión entre la presión impositiva ejercida por la fuerza del poder contra la convicción libérrima expresada en la actitud vital de los creyentes que deciden adaptar su estilo de vida a la generosidad sin límites de una invitación totalmente discrecional. El contrapunto de esta lectura se reconoce en la escena del Dios crucificado, puesto que “[...] el Evangelio que anunciaba Jesús y el Reino que él vino a establecer es el fin del poder del hombre sobre el hombre. Por eso tuvo que morir, porque el hombre le tiene miedo a la libertad” (Galeano, 2012: 57).

4. EL TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL DESDE EL PRINCIPIO MISERICORDIA-LIBERACIÓN

El principio misericordia-liberación permite que los elementos técnicos y normativos se pongan al servicio de una lectura humanizante del DI y de su aplicación por la CPI. Para ello, busca la identificación de rostros concretos en los escenarios en que dominan las estructuras que pretenden diluir la presencia del individuo (ya sea negando de las responsabilidades de los victimarios, ya sea diluyendo la identidad de las víctimas en el grupo).

En un primer momento, se hace necesario reconocer la fuerza del conjunto social, que busca la disolución del individuo en una apuesta por la uniformidad, de modo que las diferencias de clase, religión, idioma, raza o etnia entre grupos de una misma nacionalidad resultan estorbosas. Así, las luchas intestinas por la prevalencia del más fuerte, que parten de una mirada endógena, terminan por subsumir a las partes más débiles bajo la presión hegemónica de cada momento histórico. Esta primacía de las estructuras sobre los sujetos se hace aún más presente en las instituciones estatales, cuya legalidad se presupone, pero que bajo ciertas condiciones se convierten en mecanismos efectivos para la opresión de los distintos sectores sociales.

Sin embargo, en un segundo momento, el principio misericordia-liberación reconoce también otra posibilidad menos sombría, que responde a la salvaguarda y garantía por dichas estructuras de los

derechos humanos de quienes habitan en las mismas (Botero Bernal, 2011: 181)⁴.

De esta lectura se desprende la comprensión de las estructuras sociales en dos grandes potencialidades opuestas entre sí: (i) la imposición de grupos dominantes, tendientes a una sociedad uniforme en que los rasgos propios de individuos y minorías son cada vez menores; o (ii) la garantía de los derechos individuales (de minorías y mayorías), donde el individuo, inscrito en sistemas de significaciones, valores y normas, conserva sus características particulares.

Una mirada comprensiva de la historia lleva a reconocer que las lecturas etnocéntricas que reconocen la superioridad de un grupo sobre otro han dado forma a nuestras sociedades. Con ello se han creado condiciones generales que, más allá de hechos aislados, han generado una estructura de menoscabo de la condición humana que ha echado raíces de una manera tan profunda que se ha vuelto una condición radical de la comprensión antropológica contemporánea.

Así mismo, los ciclos de venganzas en nombre de una cierta justicia distributiva (en los que cada sujeto, ya sea individual o colectivo, se abroga el derecho de tomar lo que considera propio por su cuenta) requieren del DIP una función que permita reclamar sobre los daños cometidos, impidiendo al mismo tiempo las espirales de violencia que ensombrecen la conciencia humana. Es por ello, que el DIP en sentido estricto “se caracteriza por constituir una respuesta de la sociedad internacional a las conductas que más gravemente menoscaban sus valores fundamentales, y recurre para su aplicación a la creación de tribunales internacionales penales y a la acción de las jurisdicciones nacionales por medio del principio de justicia universal” (Olasolo, 2017: 99).

De esta manera, se refleja la idea de universalidad (totalidad) en el concepto de justicia, que se refiere a algo más vinculante que la pertenencia a ciertos grupos: la esencia de la condición humana como lugar totalizante y escenario en que pueden confluír sus notas más

⁴ Los derechos humanos es un concepto que agrupa las necesidades básicas de toda la especie humana, a cuyo servicio se deben orientar todos los elementos propios de la concepción del derecho propuesta por el principio misericordia-liberación.

cruelles o la potencialización de sus características más brillantes. Esta mirada a la persona como centro del análisis de la JI garantiza que nadie, aunque se trate del propio Estado, puede privar a un sujeto individual o colectivo de la salvaguarda de sus derechos fundamentales ni de su dignidad. En este sentido, como Olasolo (2014: 18) señala:

El DIP se dirige en particular a todos aquellos que tradicionalmente han estado por encima de la ley en virtud de la noción europea de “razón de Estado”. Siguiendo las categorías de Arendt, se trata de aquellos “dogmáticos” (que suplen su angustia de convivir con la incertidumbre por la férrea adopción de un ideal, a cuya realización subyugan todos los demás valores) y “nihilistas” (que no creen en nada sino en sí mismos, lo que les lleva a hacer todo lo que sea necesario para satisfacer sus propias ambiciones de ascenso social y poder político y económico) que utilizan los resortes del poder para hacer que los “ciudadanos normales” lleven a cabo acríticamente las más horribles atrocidades contra sus semejantes.

Esta perspectiva permite adentrarse en la tensión entre la responsabilidad estatal y la personal, en que se sostiene una buena parte de la lectura del DI en clave teológica a la luz del principio de misericordia-liberación. Además, el principio de la universalidad humanizante requiere que la contención de los poderes punitivos y las talanqueras a los ciclos infinitos de venganzas entre distintos grupos se haga de manera compartida entre el ámbito interno de cada Estado (este puede ser ineficaz debido a las insuficiencias o sesgos que se tengan en la lectura de la historia de los conflictos internos) y la comunidad internacional.

La universalidad de la justicia se concreta en la existencia de un organismo que actúa con la mayor neutralidad posible, con el fin de buscar la estabilidad de un escenario global mediante la reparación de la mayor cantidad de conflictos (teniendo a largo plazo un efecto disuasorio para quienes entren en estas dinámicas). Además, también puede interpretarse como la búsqueda de justicia para cada individuo o grupo que se reconozca vulnerado, atendiendo a una verdad jurídica que aclare las funciones y responsabilidades de quienes incurren en los crímenes recogidos en el ECPI.

En esta lectura se hace concreta la dinámica de responsabilidades entre el Estado (Bassiouni, 1982: 23) y el individuo, toda vez que las acciones concretas que configuran los crímenes contra la humanidad las realizan individuos con nombres y rostros concretos. Sin embargo,

al mismo tiempo, para que estas sean configuradas como tales, deben revestir un carácter de sistematicidad o generalidad, con lo cual se excluyen de este grupo los actos inhumanos aislados, y se reconocen las políticas tendientes a la eliminación de individuos concretos en razón de su pertenencia a un grupo particular (Ambos, 2013: 113).

El papel del estado o de las organizaciones con capacidad organizativa y militar similar que pudieran equipararse a este (Díaz, Soto, J., 2013: 138), ha de reconocerse en dos escenarios posibles: cuando se promueve activamente la comisión de crímenes contra la humanidad, o cuando se omiten de manera negligente las medidas dirigidas a prevenir, reprimir y castigar a los responsables de los mismos.

El papel de un Estado en términos de negligencia hace presentes las obligaciones que contiene su propia función de salvaguarda de los derechos humanos en cuanto horizonte inalienable de su actuar. Esto se concreta en la obligación de: (i) poner fin a los crímenes de lesa humanidad; (ii) enjuiciar a los (máximos) responsables de estas acciones sistemáticas o generalizadas; (iii) el desmantelamiento de las estructuras a través de las que se cometieron; y (iv) las aplicación de medidas eficaces que garanticen la no repetición (Sánchez-Patrón, 2014: 362).

5. LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL A LA LUZ DEL PRINCIPIO MISERICORDIA-LIBERACIÓN

Una lectura de la CPI en clave del principio misericordia-liberación debe pasar también por los presupuestos humanos que sostienen su esencia, permitiendo un reconocimiento de la relación entre los ámbitos individuales y comunitarios que posibilitan su configuración como un actor simbólico de una nueva mirada del mundo.

En un primer momento, resulta necesaria la superación del falso dilema entre justicia y paz, especialmente en los términos operativos que los presentan como obstáculos a los procesos de finalización de los conflictos armados. Toda vez que la una es *conditio sine que non* para la otra, una justicia entendida más allá de la unidireccionalidad del castigo penal, desde las complejidades que reviste en cuanto dimensión de lo humano, resulta en: (i) una posibilidad de reparación integral y de garantías para todas las partes de dichos procesos; y (ii)

el debilitamiento de las estructuras que promueven la sistematicidad de estos crímenes, lo que resulta a su vez en garantía de no repetición. En este sentido, Soto Cremades (018: 241) subraya que “[...] en términos de lógica proposicional, se trata de una fórmula, si no condicional (Justicia entonces Paz), bicondicional (Paz si Justicia, y solo si Justicia), que responde plenamente a la combinación de dos conceptos positivamente considerados, pues, aunque se pretendiera alcanzar una Paz positiva por medio de una noción de Justicia identificada con el mero proceso penal, tal empresa se vería frustrada en sus medios”.

Una lectura más profunda de este fenómeno reconoce la instrumentalización de la población civil por los actores en los conflictos armados, haciendo imposible su indiferencia ante la guerra, lo que presenta una de las mayores dificultades para los procesos que buscan una auténtica justicia conducente a la paz. Así, “[...] el carácter asimétrico de la gran mayoría de los conflictos armados posteriores a la Segunda Guerra Mundial, lo que ha convertido a la población civil en el núcleo de la disputa en lugar de dejarla al margen de esta. La parte más débil logística y operacionalmente ha buscado por todos los medios necesarios (incluida la violencia) obtener el favor de la población civil, mientras que la parte con mayor capacidad ha dirigido gran parte de sus operaciones contra dicha población para de esta manera “quitar el agua” al enemigo. Ambas estrategias militares constituyen en su esencia una violación flagrante del principio de distinción que constituye el pilar básico del moderno derecho internacional humanitario” (Olasolo, 2014: 12).

La búsqueda de atenuantes y el intento de excluir las jurisdicciones internacionales como la CPI son algunos de los mayores límites con que se enfrenta la JI, al tiempo que manifiestan el carácter dinámico, y ciertamente ambivalente, que pueden tener los Estados en el tratamiento de sus propios esquemas de violencia y en el sostenimiento de las condiciones e intereses hegemónicos del momento. Surge así uno de los problemas más acuciantes en que se concreta la tensión entre justicia y paz: la impunidad como riesgo siempre presente en la búsqueda de una paz, cuyo costo no puede suponer la ausencia de un proceso reparador, que requiere en todo caso el recuento más completo posible de los conflictos y las violencias sistemáticas. En palabras de Ramírez:

Generalmente, estos actores pretenden el olvido social y judicial de sus crímenes como condición para pasar la página de la violencia y llevar a cabo la transición. Contrariamente, las víctimas de esos crímenes exigen que se sepa la verdad de lo sucedido, reclaman que se haga justicia y demandan que los responsables paguen y reparen por las atrocidades cometidas. Ellas exigen que, antes de pasar la página, esta sea leída integralmente. Esta tensión fundamental es la piedra angular de la justicia transicional y ha sido representada como un dilema irremediable entre las exigencias de la justicia y de la paz en los contextos de transición (Hazan, 2010: 8; Uprimny & Saffón, 2008: 183) (Ramírez, 2014: 28).

En este contexto, emerge el principio de complementariedad de la jurisdicción de la CPI, que supone un delicado equilibrio entre las competencias de la CPI y aquellas de los Estados, toda vez que se reconoce, en un principio, la preferencia por la soberanía nacional, que, sin embargo, la CPI puede anular en casos de inacción, falta de disposición o falta de capacidad de las jurisdicciones nacionales (Leonard, 2009: 98).

La definición de este principio también tiene como límite la dependencia de la cooperación de los Estados parte (Ambos, 2013: 119), al tiempo que deja la posibilidad a los Estados para eludir la intervención de la CPI y de la comunidad internacional. Esto podría derivar en la prolongación de los procesos judiciales que se surtan en cada país, y en un sentido más práctico, en la negación de las garantías que se deberían brindar a los ciudadanos en términos del respeto por sus derechos, prolongando el sufrimiento de las víctimas y manteniendo las estructuras hegemónicas de poder y opresión.

De este modo, se reconoce cómo la justicia y la paz, en cuanto doble horizonte del actuar de la CPI, se constituyen en un proceso tan difícil como complejo, dadas las innumerables relaciones que existen entre conceptos, actores, dificultades y procedimientos. Es claro, por tanto, que no se trata de la aplicación automática de un procedimiento, sino de la realización de aquel valor simbólico que reviste la CPI, en términos de una posibilidad real de concreción de esperanzas en nuevos futuros y mundos posibles para los sujetos individuales y colectivos que se han visto afectados por las distintas formas de violencia estructural que la historia ha configurado. En este sentido, se reconoce el papel primordial de la CPI en cuanto factor de un cambio

favorable respecto de la arbitrariedad en el uso de la fuerza que caracteriza el actuar de los Estados (Guerra, 2012: 26).

Así, las necesidades operativas propias de los distintos momentos del proceso no pueden desdibujar el componente teleológico que sostiene el accionar de la CPI, toda vez que, si bien no son opuestos, a menudo sí terminan por tensionarse de manera que uno prevalece sobre el otro. Por ello, las preguntas por lo procesal deben estar siempre sujetas al para qué, en términos de las motivaciones de la CPI.

Esta propuesta permite la comprensión del ser de la CPI como un actor de la simbolización auténtica de los nuevos mundos posibles que no se construyen desde la utopía, sino desde las heridas de la propia historia. De esta forma, se supera la comprensión de la CPI como una simple jurisdicción supranacional. Esto a su vez permite conjurar el doble riesgo de convertir a la CPI en un nuevo elemento de opresión hegemónica mediante la creación de nuevos colonialismos (con la posibilidad de que un buen número de Estados parte denuncien el ECPI por considerar invasivo el actuar de la Corte), o hacer que su acción se limite a un conjunto de recomendaciones discrecionales sin la fuerza necesaria para generar los cambios necesarios.

Por tanto, estos procesos de simbolización, y de retorno a una reflexión antropológica, sociológica y jurisdiccional que sostienen el alma de la CPI, la llaman a tomar distancia de los distintos poderes que confluyen en los casos de crímenes contra la humanidad (Guerra, 2012: 27). Además, conviene subrayar que esta distancia no se debe a la pretensión de una objetivación plena de la verdad, porque, de lo contrario, se recaería en una lectura unidimensional de fenómenos que, por su naturaleza humana, requieren una lectura multidimensional y centrada en las relaciones que se tejen en su interior.

De este modo, se reconoce en el actuar de la CPI la posibilidad de ser un interlocutor válido de los Estados, a fin de interpelarlos en las acciones que atentan contra la humanidad, así como en las obligaciones que tienen con sus nacionales y con la comunidad internacional (todas ellas tendentes a la reconstrucción de los tejidos sociales y a reparar a las víctimas) (Olasolo, 2014: 15). En consecuencia, la acción de la CPI no está pensada para garantizar el anonimato de las estructuras y de los Estados, sino para ofrecer justicia a los individuos en cuanto víctimas y victimarios (Sánchez-Patrón, 2014: 385). Es por

tanto en estos últimos en quienes se obra la simbolización auténtica de la justicia y la paz en cuanto pilares del principio misericordia-liberación.

6. CONCLUSIÓN

Si el mayor aporte de la JI desde el principio misericordia-liberación es la perspectiva de los rostros concretos que van emergiendo en los distintos roles presentes en los conflictos (llegando inclusive al análisis de las intenciones como elemento constitutivo de la acción individual y estructural (Ambos, 2010: 48)), el mayor aporte de la CPI desde esta perspectiva es la posibilidad real de una sanación de la historia social en su conjunto, así como de las múltiples historias individuales que confluyen en ella.

Es precisamente en este punto en que la lectura de la CPI se distancia de consideraciones utópicas o trascendentalistas, dado que es desde las heridas de estas historias —no otras— en donde se reconoce la necesidad imperante de la construcción de la paz. Por ello, “[...] ha sido precisamente en el marco de esas sociedades, profundamente desquebrajadas y traumatizadas por la violencia extrema, donde el imperativo de alcanzar la paz y reconquistar el Estado de derecho ha encontrado toda su urgencia y significación” (Ramírez, 2014: 28).

REFERENCIAS

Doctrina

- Ambos, K. (2010). “¿Qué significa la intención de destruir en el delito de genocidio?” *Revista Penal México*. Vol. (1). Pp. 11-30.
- Ambos, K. (2013). “Crímenes de lesa humanidad y Corte Penal Internacional”. *Cuadernos de Derecho Penal*. Vol. (9). Pp. 95-140.
- Bassiouni, M. C. (1982). “El derecho penal internacional: Historia, objetivo y contenido”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. 35(1). Pp. 5-42.
- Benedicto XVI. (2007). *Jesús de Nazaret*. Bogotá: Editorial Planeta Colombiana.

- Botero Bernal, J.F. (2011). "El derecho penal internacional ¿protector de los derechos humanos?" *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*. Vol. 6(1). Pp. 169-190.
- Congregación para la doctrina de la fe. (1986). *Instrucción Libertatis Conscientia. Sobre libertad cristiana y liberación*. Vaticano: Editorial Vaticana.
- Costadoat, J. (2004). "La liberación en la cristología de Jon Sobrino". *Teología y vida*. Vol. 45(1). Pp. 62-84.
- Díaz Soto, J.M. (2013). "Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad". *Derecho Penal y Criminología*. Vol. XXXIII(95). Pp. 119-151.
- Galeano, A. (2012). *Jesucristo. Un viviente misterioso. Señor y meta de la historia*. Medellín: Editorial UPB.
- Garavito Villareal, D. (2010). "Fe-razón en la sociedad postsecular. Ecos del debate: Habermas, Ratzinger y Metz". *Theologica Xaveriana*. Vol. 60(170). Pp. 417-452.
- Gómez Arango, G. (1973). *La Teología Política según J. B. Metz*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Guerra, A. (2012). "Corte Penal Internacional: Balance de una década". *Política Exterior*. Vol. 26(148). Pp. 22-27.
- Kasper, W. (2012) "Es tiempo de hablar de Dios". En W. Kasper, *El problema de Dios, hoy*. Santander: Sal Terrae. Pp. 15-32.
- Küng, H. (1991). *Proyecto de una ética mundial*. Madrid: Trotta.
- Leonard, E. (2009). "El futuro de la justicia y la Corte Penal Internacional". *Política Exterior*. Vol. 23(131). Pp. 97-105.
- Metz, J. B. (2002). *Dios y tiempo. Nueva teología política*. Madrid: Trotta.
- Metz, J.B. (Ed.). (2015). *Por una mística de ojos abiertos: cuando irrumpe la espiritualidad*. Barcelona: Herder Editorial.
- Moltmann, J. (1975). *Teología de la cruz. La cruz de Cristo como base y crítica de toda teología cristiana*. Salamanca: Sígueme.
- Olasolo, H. (2014). "Dignidad humana, derecho internacional penal y justicia transicional". *Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 16(2). Pp. 7-20.
- Olasolo, H. (2017). "Los fines del derecho internacional penal". *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Vol. 14(29). Pp. 93-146.
- Olasolo, H., Pinto López, C. A., Santamaría Rodríguez, J. E., & Zúñiga Barrios, M. A. (2019). "La tensión entre las dimensiones individual y social del perdón a la luz de la superfluidad de las víctimas y los victimarios: atención especial a la situación en Colombia". En M.J. Caram & M.A. Leguizamón (Coords.). *La justicia y la cuestión del otro vulnerado, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 5. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los

- Derechos Humanos y la Justicia Internacional y el Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 95-142.
- Pagola, J.I. (2016). *Jesús, aproximación histórica*. Madrid: PPC.
- Ramírez, L. M.G. (2014). “La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 16(2). Pp. 23-60.
- Rupnik, M.I. (2015). “Arte como belleza de la fe y la vida consagrada como confesión gozosa de la misma”. *Forum.com*. Vol. (134). Pp. 13-21.
- Sánchez-Patrón, J.M. (2014). “El Derecho internacional ante los crímenes cometidos contra la población civil”. *Anuario Español de Derecho Internacional*. Vol. 30. Pp. 347-389.
- Sobrino, J. (2007). “El Jesús histórico nos llama al discipulado en América Latina y el Caribe”. *Theologica Xaveriana*. Vol. 57(161). Pp. 127-158.
- Soto Cremades, M. (2018). “La incidencia del Debate Paz-Justicia en los retos que afronta la Corte Penal Internacional”. *Revista De Paz Y Conflictos*. Vol. 11(2). Pp. 237-253.
- Yaksic, M. (2011). *Política y religión: teología pública para un mundo plural*. Santiago de Chile: Editorial Universidad Alberto Hurtado.
- Zegarra, R. (2013). “Esbozos del reino de Dios. Hacia un lenguaje teológico solidario con la historia”. *El giro teológico, Nuevos caminos de la filosofía*. Medellín: Editorial UPB.

Capítulo 11

LA PERSPECTIVA DEL MARXISMO

Charlotth Back
Luiz Felipe Osório

1. INTRODUCCIÓN

Las naciones tienen particularidades muy distintas como se puede observar, por ejemplo, en los símbolos nacionales. Hay, sin embargo, un elemento implícito, mucho menos aparente, que se disfraza con alegorías, aunque sea tan claro y manifiesto en una mirada más atenta de la realidad: el modo de producción capitalista.

Todos los territorios que se reconocen como Estados-nación tienen, en mayor o menor medida, el capitalismo como modo de producción dominante. A partir de ahí, los Estados, reconocidos por sus pares, entran en el sistema de reglas, instituciones, protocolos y prácticas que hacen posible su interacción.

Este es el sistema capitalista de Estados, donde la soberanía confiere a las unidades nacionales la personalidad jurídico-internacional necesaria para entablar relaciones interestatales, basándose en los principios formales que de ella se derivan: la libertad y la igualdad. Esta dinámica, conocida como westfaliana, debido a los pioneros Tratados de Westfalia (1648), adquiere contornos generales a lo largo de siglos con el movimiento de consolidación del capitalismo en todo el mundo. De esta manera, desde Inglaterra, a finales del siglo XVIII, y a lo largo del XIX, sobre todo en el norte de Europa, se fue configurando el sistema internacional.

Desde el principio, por tanto, el primer concepto teórico ya está establecido: el Estado-nación y las RI son construcciones históricas resultantes de las relaciones sociales concretas de su tiempo, es decir, son formas de manifestación del capitalismo. Si bien es posible encontrar rasgos similares entre los Estados y las RI en períodos anteriores, es fundamental señalar que no tenían el contenido y la centralidad que adquieren con el advenimiento del capitalismo. El modo de producción se encarga de darles especificidad, de manera que las

RI adquieren relevancia a partir del momento en que el capitalismo consolida y difunde su tendencia inherente a la internacionalización de las relaciones de producción. En consecuencia, la trayectoria del Estado y de las RI, tal y como las conocemos, siguen el desarrollo del modo de producción capitalista en todo el mundo.

Al presentarse la primera gran crisis del capitalismo con la Gran Depresión de 1873, surgen los debates para afrontar el primer gran reto de gestión del capitalismo desde una perspectiva internacional, que se extenderían en el contexto del aumento de las tensiones geopolíticas hasta la Primera Guerra Mundial¹. Para la narrativa tradicional, dominante, anglosajona y antimarxista, es a partir de ahí que las RI florecen como campo científico, fundado en un brío que se presume conservador (Souvlis & Andry, 2016). Si bien afirman que las RI se limitan a tratar las relaciones entre los aparatos gubernamentales (presumiendo de ser una ciencia que repite y eventualmente hace más sofisticados los discursos y posiciones oficiales de los estados nacionales), en realidad, las RI ratifican estrategias de dominación, universalizando conceptos en abstracciones que travisten los intereses de clases sociales singulares.

Existe toda una literatura dominante en el estudio de las RI², que se basa en las arenas movedizas del falso debate entre el idealismo/liberalismo³ y el realismo y sus desdoblamientos (Fernandes, 1998: 109-120). Por exclusión, lo que no encaja en este eje se coloca en el cajón de sastre de las teorías críticas. De esta manera, las RI padecen

¹ Las RI fueron pensadas como ciencia a partir de la creación de la Cátedra Woodrow Wilson en la Universidad de Gales, en 1919, ocupada por el funcionario y diplomático Edward Carr (1892-1982), uno de los principales negociadores del Tratado de Versalles.

² Esta literatura pone el énfasis en el surgimiento de las RI en el ámbito de un nuevo escenario de decadencia británica y ascendencia estadounidense (condominio fraternal de poder que se impuso al entonces amenazado mundo capitalista, después de 1917). Con ello desconocen las discusiones anteriores, especialmente las de la Segunda Internacional, los debates pioneros y las polémicas entre Lenin y Kautsky, entre otros.

³ Los dos términos no se confunden aquí, reconociendo las distinciones filosóficas entre las matrices del pensamiento idealista y liberal. Sin embargo, siguiendo la literatura especializada en RI, que utiliza las palabras como sinónimos, las dos tradiciones se sitúan en el mismo polo.

el mismo mal de especialización y departamentalización que contamina el conjunto de las ciencias sociales, en particular el derecho⁴.

En este contexto, las corrientes críticas son las únicas que todavía se esfuerzan por salir de este falso debate y agregar elementos e ideas. Sin embargo, se trata de un universo muy amplio, lo que no dice mucho desde la perspectiva del rigor científico. Como conjunto residual que alberga todo lo que no es realismo o liberalismo no tiene una identidad definida. A pesar de lo anterior, lo que importa para este capítulo es adoptar en medio de este océano de posibilidades una concepción teórica que funcione como herramienta para abrir, ir al núcleo y desmontar los engranajes de las instituciones internacionales, incluyendo la dinámica de organismos como la CPI. De ahí, que la línea de pensamiento que hemos seleccionado sea el marxismo (Caldas, 2015), con el fin de analizar desde el punto de vista de la teoría materialista del Estado y del derecho el enfoque de la justicia en sentido amplio, la justicia en el DI y, sobre todo, la función de la CPI en todas sus particularidades y contradicciones.

A la luz de lo anterior, el capítulo se estructura en cinco secciones: la primera presenta el horizonte teórico del análisis; la segunda aborda la relación entre derecho, justicia y forma jurídica; la tercera sobre el derecho y la forma jurídico-internacional; la cuarta trata brevemente los matices de la CPI; la quinta pone fin a este trabajo con una conclusión sucinta.

2. EL MARXISMO COMO PERSPECTIVA DE ANÁLISIS

Las perspectivas que parten del pensamiento de Marx tienen como presupuesto dos vectores esenciales para las RI. El primero es entender las ciencias humanas y sociales dentro de una misma totalidad, lo que evita los encapsulamientos analíticos y las reservas de la especialización basadas en un purismo científico incompatible con la comprensión plena de los fenómenos sociales. En este sentido, es

⁴ A diferencia de lo que piensan los puristas, la inter o multidisciplinariedad de las RI no debería constituir un problema, sino ser entendida como su propia esencia, al no conformarse con el dogmatismo de la departamentalización y consiguiente segregación de las áreas de conocimiento.

importante subrayar que el purismo y el tecnicismo propuestos por las diferentes ramas de las ciencias humanas y sociales son, desde finales del siglo XIX, fruto de un momento histórico en la trayectoria del pensamiento científico y político en el mundo. En otras palabras, la regla general antes de este periodo histórico fue siempre la de un conocimiento amplio y general sobre las múltiples perspectivas existentes sobre los fenómenos sociales.

El segundo afecta directamente a la internacionalización de las relaciones de producción. El capitalismo es un modo de producción por esencia internacional, que no está restringido a las fronteras nacionales o a espacios delimitados. En consecuencia, el marxismo, que busca captar la plenitud del capitalismo, tiene así mismo un alcance internacional (Bonefeld, 2013: 43-70), porque estudiar el capitalismo es abarcar la esfera internacional, y analizar el derecho en el capitalismo es pasar necesariamente por las RI. De esta manera, es posible concebir una comprensión amplia y sistemática de los fenómenos sociales.

Dentro de la amplia y variada gama de interpretaciones de Marx, este capítulo se basa en la teoría materialista del Estado y del derecho. Su método se centra en los pilares marxistas del materialismo histórico y la crítica de la economía política. Esta formulación teórica se enfrenta a las visiones abstractas y puristas del Estado y del derecho, que comparten la mayor parte de la doctrina. Trata de ir más allá porque no se puede tomar al Estado y al derecho como algo dado, y ocuparse sólo de explicar cómo funcionan o deberían funcionar, cuando ambos expresan en última instancia una relación de socialización antagónica y contradictoria. De ahí la importancia de desvelar las formas sociales en las que se presentan el Estado y el derecho para poder superarlas.

Las formas sociales son manifestaciones fetichizadas (mercancía, dinero, capital, Estado o derecho) que asumen las relaciones recíprocas entre los individuos en la sociedad, y que se presentan como independientes de su voluntad y acción (Bonnet, 2007: 269). En relación con el Estado y el derecho, el punto nodal no son las funciones que ejercen, sino la forma histórica en que se configuran y actúan. Desde este punto de vista, ambas son formas históricas, definidas y transitorias, independientes y correlacionadas, de las relaciones sociales (Hirsch, 2010).

En este contexto, lo que aporta la teoría materialista del Estado y del derecho es una visión mucho más profunda de la entidad estatal y la regulación jurídica, como se refleja en los trabajos de Pachukanis, principal exponente de esta corriente y de la vertiente crítica del derecho (Naves, 2009: 201).

3. DERECHO, JUSTICIA Y FORMA JURÍDICA

Pachukanis (2017) hizo énfasis en la equivalencia entre la forma jurídica y la forma mercantil, apartando del núcleo de la ciencia jurídica a la norma, la personalidad jurídica, el proceso de toma de decisiones y la lucha de clases. Así, partiendo del materialismo histórico, el autor soviético esboza las principales líneas del pensamiento marxista sobre la ciencia jurídica, trazando una profunda conexión entre el derecho y el capitalismo a partir de la forma mercantil. De este modo, el derecho no sólo es capitalista en su contenido, sino también, y fundamentalmente, en su forma. Por ello, no es puro, ahistórico o abstracto (como afirman los normativistas), ni se limita exclusivamente a las relaciones sociales que lo conforman (como señalan los sociólogos) (Naves, 2000).

Pachunakis (2017) parte del derecho concreto, vinculando lo abstracto a lo real, para explicar la realidad de las relaciones sociales. Investiga especialmente las razones por las que estas adoptan la forma jurídica, cuando esta no deja de ser una forma particular de un tipo de relación concreta (las normas siempre se derivan de alguna relación específica que se da en un momento determinado de la historia). Su conclusión es que el contenido de la relación jurídica está determinado por las relaciones económicas, derivadas del modo de producción capitalista, que funciona y se reproduce a través de la lógica de la circulación mercantil. Esta lógica configura relaciones de intercambio (de equivalentes) entre los propietarios de mercancías.

En consecuencia, el derecho puede verse como una relación social específica, consistente en el intercambio de mercancías entre quienes tienen personalidad jurídica. En esta lógica, la coacción que garantiza los intercambios (entendida como la fuerza que constituye la condición general para el mantenimiento de las relaciones de intercambio),

está implícita y es ejercida en última instancia por el Estado (Pachukanis, 2017).

De esta manera, las relaciones de intercambio, al generalizarse, necesitan un sustrato que asegure su unidad. El derecho y el Estado llenan este vacío, ya que las leyes que lo componen están revestidas de generalidad y abstracción, siendo aplicables a todos, independientemente de su voluntad o lugar dentro de la división del trabajo. Por ello, la personalidad jurídica desempeña el papel de amalgamar el proceso generalizado de intercambios mercantiles, porque, para que estos intercambios sean eficaces, es imprescindible que los individuos sean tratados de forma aislada y atomizada (Pachukanis, 2017).

Se construye así la ficción jurídica de considerar que todos los individuos son iguales, independientemente de la clase social y del lugar que ocupen en la división del trabajo (ya sean propietarios de los medios de producción o trabajadores). A estos últimos se les considera libres de disponer del único bien que poseen intrínsecamente: la fuerza de trabajo, valorada por el salario. De esta manera, el núcleo del derecho se basa en última instancia en las relaciones de intercambio, mientras que el concepto de justicia viene dado por los valores ejercidos por el modo de producción capitalista. Por ello, Pachukanis no se hace ilusiones sobre la superación del capitalismo por la forma jurídica, de modo que cualquier idea cercana a un socialismo jurídico no le aporta falsas esperanzas de transformación (Naves, 2012: 9).

4. DERECHO INTERNACIONAL Y FORMA MERCANTIL

Dentro de esta dinámica general de equivalencia entre la forma mercantil y la forma jurídica se encuentra el DI. La preocupación por desentrañar los nudos desconocidos de la escena mundial lleva a Marx a detectar la tendencia inmanente a la expansión del capital, incluso si no llegara a realizar un estudio sistemático de las RI (Rodolsky, 2001). Sin embargo, lo que sí llevó a cabo fueron varios análisis del colonialismo británico en los que denunció la esencia de esta práctica en diversos lugares (su repercusión mundial en artículos de prensa fue tal, que su visión sobre las experiencias británicas en ultramar acabó imponiéndose).

Al tratar las relaciones de producción, Marx (2013) destacó la dinámica entre anarquía y despotismo que rodea a los capitales (en su interior son arbitrarios, pero entre ellos son rivales en franca disputa descoordinada y sin límites espaciales). En este sentido, el capital sólo existe en la multiplicidad y la colectividad, de manera que es a través de la interacción entre los muchos capitales como se realizan las leyes generales del capitalismo (Barker, 1991: 182). Por ello, su desarrollo mediante la competencia es uno de sus elementos característicos, al tiempo que se constituye en la fuente de la anarquía en la producción.

En este contexto, las relaciones sociales capitalistas adoptan también la doble forma de anarquía y despotismo (Marx, 2013). Entre muchas ciudades hay anarquía; dentro de cada una hay despotismo. Cada relación, anárquica y despótica, es la condición de la otra. Lo mismo sucede entre los Estados: dentro de sus fronteras ante sus nacionales (sujetos a su derecho) y sus recursos naturales, son soberanos y despóticos; fuera, en la interrelación con sus pares, reina la anarquía, la falta de un mando central y jerárquicamente superior.

Esta anarquía, libertad y ausencia de una entidad central y superior, es el gran anatema del DI y se convierte en un enigma indescifrable para la mayoría de sus estudiosos (Dinh; Pellet; Daillier, 2003). Sin embargo, el problema es el punto de partida teórico del derecho. Por un lado, el sesgo normativista o iuspositivista ancla el derecho a la norma, por lo tanto, es la fuerza estatal la que básicamente garantiza su efectividad. Sin este elemento garante, el riesgo de perder eficacia aumenta hasta el punto de que se cuestiona la naturaleza jurídica del DI. Por otro lado, la corriente sociológica o no iuspositivista que vincula el derecho a condiciones de poder, decisión o psicología, afirma la inexistencia o inutilidad de la formalidad del derecho, porque solo las relaciones de poder son relevantes.

El gran aporte de Pachukanis (1980: 168) es la idea de que la ausencia de un orden coercitivo externo, que tanto aflige a los internacionalistas, no es determinante para la configuración de la relación jurídica porque la garantía de su realización no se encuentra en la fuerza, sino en el reconocimiento del vínculo por los sujetos de la relación. En consecuencia, la ausencia en el DI de una coacción organizada externamente sólo significa que es inestable, lo que es muy distinto a rechazar su existencia.

Además, el debate sobre la estabilidad del derecho es infructuoso, porque ningún área jurídica (incluso en el derecho interno) puede verificarse como absolutamente estable. En consecuencia, el carácter inestable y precario del DI se encuentra también en otras áreas del derecho ya consolidadas (como el derecho civil o penal, por ejemplo), en las que la mayoría de las relaciones se desarrollan bajo la influencia de las presiones ejercidas por sus propios sujetos, y no por la fuerza estatal de la policía o los tribunales. Lo que sí existe es una diferencia de jerarquía entre el ámbito civil (o penal) y el internacional.

En consecuencia, la ausencia de un soberano no convierte al DI en un campo moral o en un no derecho, ya que el Estado es nuclear para el desarrollo del derecho en su conjunto (nacional e internacional), pero no para la forma jurídica en sí. La forma política estatal y la forma jurídica son derivaciones de la forma mercantil, pero no se confunden entre sí (Mascaro, 2016). En un régimen de autotutela, como el internacional, es la violencia coercitiva de los propios sujetos del derecho la que realiza las relaciones jurídicas. De esta manera, ante la ausencia de una autoridad suprema en el DI que se presente como una tercera fuerza neutral e imparcial, la violencia que, en principio, sería abstracta e impersonal, se particulariza en la relación jurídica entre dos sujetos.

En resumen, si bien es clara la ausencia en el DI de una fuerza organizativa convincente (como hace el Estado con el individuo dentro de las fronteras nacionales), esa situación no permite negar su existencia. Además, la única garantía de las relaciones jurídicas entre los sujetos de DI (Estados, preponderantemente) sigue siendo el intercambio de equivalencias, bajo el fundamento jurídico del equilibrio real de poder. Dentro de este equilibrio de poder, los acuerdos se hacen y los conflictos se resuelven sobre la base del derecho, cuyo cumplimiento debe analizarse a la luz de las desproporciones materiales existentes entre las naciones. En consecuencia, para Pachukanis (1980: 169), el concepto de DI es la forma jurídica que asume la lucha entre los Estados capitalistas por la dominación del resto del mundo. Es en función de este entendimiento que el DI construye fuertes lazos con el imperialismo (Miéville, 2006).

De acuerdo a los cambios del capitalismo a nivel internacional, es posible dividir la trayectoria y las transformaciones del DI en cuatro

períodos (Osorio, 2018: 265). El primero abarca desde mediados del siglo XIX hasta principios del siglo XX, cuando el capitalismo comenzó a consolidarse como el modo de producción dominante. En este periodo, el DI se ocupa de cuestiones relacionadas con los transportes, las comunicaciones y la estandarización de pesos y medidas (elementos fundamentales en la logística de la circulación mercantil y de los intercambios) y los límites mínimos de los conflictos armados. Por esta razón, las primeras OI, siempre con objetivos específicos y técnicos, se centraron en la navegación por los ríos europeos tras el Congreso de Viena (Compañía de Navegación del Rin y del Danubio) y en la normalización de normas y medidas en el comercio (Unión Telegráfica Internacional (1865), Oficina Internacional de Pesas y Medidas (1875); la Unión Postal Universal (1878); y Unión para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1883)).

El segundo periodo, que corresponde a la época de entreguerras, tuvo un carácter transitorio (adolescencia) y se caracterizó por: (i) una ampliación del alcance del DI a cuestiones como la paz y seguridad internacionales y el equilibrio de poder entre grandes y pequeñas potencias; (ii) la primacía de las cuestiones políticas, económicas y sociales de mayor alcance sobre los aspectos meramente técnicos; y (iii) una fuerte cooperación estatal mediante el establecimiento de OI. La Sociedad de Naciones (1919) y la Organización Internacional del Trabajo (1919) ejemplifican este periodo, que contribuyó a la transformación del enfoque absoluto de la soberanía estatal.

El tercer periodo, iniciado al término de la Segunda Guerra Mundial, es un momento de madurez, que se caracteriza por la multiplicación de las OI y su mayor complejidad estructural, dada la ampliación de sus fines. En la ampliación de este universo institucional, unas iniciativas fueron más amplias y otras más específicas. No sólo se crearon nuevas instituciones, como por ejemplo la ONU (1945), el Fondo Monetario Internacional (1944), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (1944), la Organización de Aviación Civil Internacional (1944) o la Organización Mundial de la Salud (1946), sino que también se reestructuraron las ya existentes. Además, en esta expansión ganaron protagonismo las organizaciones regionales con marcos formales delineados en torno a la preocupación por la seguridad hemisférica, como la Organización de Estados Americanos (1948), el Consejo de Europa (1949), la Organización del Tratado del

Atlántico Norte (1949), la Organización de la UA (1963) o el Pacto de Varsovia de 1955, entre otras. Así mismo, los derechos humanos experimentaron su primera gran expansión, consolidándose como cuestiones internacionales y extendiendo su regulación desde aspectos generales (como los derechos de primera y segunda generación y su consagración en el sistema de la ONU) hasta cuestiones más específicas, como el derecho humanitario y el derecho migratorio.

El cuarto periodo supone la consagración del DI y se caracteriza porque las OI asumen el centro de los debates. Este período está marcado por el aumento de las prerrogativas de las organizaciones, su variedad temática y el fortalecimiento de la cooperación internacional, muy marcada por los procesos de integración regional (con protagonismo de la Unión Europea y el nacimiento del MERCOSUR, pero también por la difusión de iniciativas de cooperación regional no necesariamente vinculadas a una estructura institucional, como es el caso de las coaliciones y agrupaciones de países intercambiables) (Osório, 2018: 265). En este periodo, los derechos humanos se convierten en un aspecto esencial de la agenda global. Sin embargo, muchas veces son utilizados como un auténtico “caballo de Troya”: mientras se presentan como atractivos y casi incuestionables, encubren con frecuencia la imposición de modelos de “desarrollo” y “democracia” basados exclusivamente en la acumulación de capital, la racionalidad neoliberal, la explotación sin fin de los recursos naturales, el individualismo y una concepción vacía de la democracia (Back; Mendonça, 2018).

En este contexto, las guerras geopolíticas y geoestratégicas se han transformado hoy en intervenciones humanitarias “legítimas” para proteger los derechos humanos que, dada la ambigüedad en su propio origen, contienen “una agresividad humanitaria”. Es decir, toleran la violación de los derechos humanos de quienes los violan porque éstos ni tienen derechos, ni son considerados humanos (Hinkelammert, 1999: 20-35).

A través de estas intervenciones humanitarias, o “tácticas de choque” tras crisis más o menos promovidas, es posible “vender” a la sociedad internacional la necesidad de: (i) atacar las protecciones sociales; y (ii) favorecer la entrada de las empresas privadas internacionales en ámbitos antes reservados al servicio público nacional (Klein,

2007). Todo ello en nombre de la promoción de los derechos humanos y la “eficacia” en la lucha contra graves crisis, bajo la dirección de instituciones internacionales legítimas, que actúan de forma selectiva y, al final, favorecen la expansión del modelo económico neoliberal.

En este contexto, la creación de la CPI ha dado un nuevo impulso a las voces que denuncian la selectividad del sistema judicial internacional, ya que a partir de entonces existe la posibilidad permanente de intervenir para buscar el castigo de los máximos responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra y agresión, en particular cuando se trata de altos representantes estatales.

Sin embargo, como veremos en la siguiente sección, existen todavía cuestiones jurídico-políticas que impiden la consecución real de este sistema de responsabilidad internacional penal, como la no ratificación del ECPI por grandes Potencias violadoras de los derechos humanos (como China, EE.UU., Israel o Rusia) y la selectividad en la elección de los casos a juzgar, siempre concentrados en regiones no europeas (Olasolo, 2017).

5. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL A LA LUZ DE LA FORMA JURÍDICA INTERNACIONAL

La CPI es una idea que ha resonado en el sistema internacional desde los albores del DI (Pachukanis, 1980:168-182). Sin embargo, el estricto iuspositivismo que reinaba entre la doctrina de finales del siglo XIX y principios del XX (Mascaro, 2013) impidió avanzar hacia su establecimiento. La lógica era bastante sencilla: al ser los Estados-nación los únicos sujetos de DI y por tanto los únicos titulares de derechos y obligaciones, sólo ellos podían eventualmente ser considerados responsables de infringir el DI. Además, al no poder recibir sanciones penales, su castigo quedaría siempre restringido al ámbito civil.

Con el acelerado proceso de internacionalización de las relaciones de producción, los delitos cometidos también comenzaron a trascender las fronteras nacionales, impactando en diversas realidades nacionales, e incluso escapando al castigo por falta de disposiciones jurídicas o por la dificultad de verificación. Además, los máximos responsables ocupaban puestos de mando o de alto nivel, que a menudo

estaban protegidos por las inmunidades estatales debido a la función que desempeñaban.

Siguiendo el curso de las RI en el capitalismo, el punto de inflexión comenzó a producirse tras el final de la Segunda Guerra Mundial y el consenso generado sobre la necesidad de responsabilizar a los individuos. La creación del TMI (1945-46) y del TMILO (1946-48) tras la Segunda Guerra Mundial marcó un cambio crucial en las relaciones entre los Estados y los individuos, porque por primera vez en el ámbito internacional se juzgaba a las personas naturales (Klinghoffer, 2002). Para este cambio, se aplicaron nuevos principios jurídicos en relación con el alcance de la jurisdicción internacional y el reconocimiento de la responsabilidad individual de los agentes del Estado, lo que incluyó por primera vez el juicio de los más altos representantes del Estado por crímenes de guerra. Además, también se iniciaron acciones penales por genocidio y crímenes de lesa humanidad y de guerra contra personas que representaron a los países del Eje en las esferas domésticas de terceros países, especialmente en Europa del este, que estaba bajo la dominación soviética (Hobsbawn, 1995).

Según Bassiouni (2011), estos procesos sólo fueron posibles, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, porque se dirigieron contra dirigentes que actuaron en nombre de las potencias derrotadas en la guerra (otros crímenes cometidos por los países aliados, como los bombardeos de Hiroshima y Nagasaki, y las invasiones de los territorios africanos, quedaron completamente impunes). En todo caso, con base en esta experiencia, el DI avanzó hacia el predominio del iuspositivismo ético sobre el estricto a partir de 1945. Este proceso no fue inmediato, sino gradual, a lo largo de los años, tomando forma a partir de la década de los noventa hasta la actualidad, siendo la CPI su máximo exponente.

Tanto el sistema de seguridad colectiva creado en la Carta de la ONU, como los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, dejaron bastante claro sobre qué bases se organizó el sistema jurídico internacional forjado en la posguerra (Seitenfus, 2012). En primer lugar, se prohibió el uso de la fuerza armada y las amenazas a la paz y la seguridad como instrumentos legítimos de actuación en la escena internacional. En segundo lugar, los cinco miembros permanentes del CSNU eran los únicos capaces de autorizar el uso de la

fuerza armada en cualquier circunstancia. Con ello, lo que en realidad se estableció fue un sistema en el que: (i) sólo se sometería a la JI a quienes actuaran contra los intereses de los cinco miembros permanentes del CSNU; (ii) los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos en los territorios del Sur no estarían sujetos a ningún control por la ONU; y (iii) las acciones ilegales perpetradas por cualquiera de los miembros permanentes del CSNU no podrían ser castigadas ni combatidas debido a la existencia del poder de veto. Esto alimentó y reforzó la dominación ya existente sobre los países del Sur, y legitimó la acción militar colonial en las guerras de liberación que estaban surgiendo en África y Asia, eximiendo legalmente a la ONU de cualquier acción (Zolo, 2007).

El final de la Guerra Fría y la intensificación de la internacionalización de las relaciones de producción contribuyeron aún más al cambio de paradigma. Las instituciones internacionales y el DI han adquirido desde entonces una centralidad sin precedentes, asistiendo a un crecimiento exponencial en varias áreas poco exploradas previamente, como los derechos humanos y el medio ambiente, y a la profundización de otras, como el comercio internacional. Además, el hecho de que, tras el fin de la bipolaridad, los derechos humanos se convirtieran en el centro del pensamiento normativo hizo que la atención del sistema internacional se volcase sobre los mismos (Douzinas, 2009). Las bárbaras violaciones cometidas en todo el mundo exigían un enfoque más proactivo por parte de los internacionalistas. La creación por el CSNU de los tribunales internacionales penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), fortaleció la discusión sobre el ejercicio de la jurisdicción universal para la protección de los derechos humanos, que se aplicó finalmente con la solicitud de detención del general Augusto Pinochet (1996-1998), acusado de crímenes contra los derechos humanos en Chile.

Sin embargo, estos desarrollos no estuvieron exentos de críticas. Así, a los normativistas o iuspositivistas les molestaba el recurso a tribunales internacionales penales *ad hoc*, porque era un artificio episódico y puntual (útil, pero no lejos de lo ideal), que abría brechas en los principios más básicos del humanismo y el DIP (como, por ejemplo, el principio de irretroactividad y la prohibición de un tribunal de excepción). Admitir que el castigo sería más importante que estos principios era coquetear peligrosamente con el punitivismo más amplio.

Así mismo, apostar y avalar la jurisdicción universal abrió una brecha peligrosa para la relativización de la inmunidad estatal, exacerbando las tensiones y conflictos entre países, que podrían actuar por sí solos, con conductas y efectos distintos, para perseguir a los jefes de terceros Estado y a otros altos representantes de los mismos (o a quienes hubieran ocupado en el pasado estos cargos) cada vez que salieran del territorio nacional.

En consecuencia, en un intento por equilibrar la demanda de investigación y sanción a los máximos responsables de graves violaciones de derechos humanos con el respeto a las normas básicas de las garantías individuales, los internacionalistas buscaron una solución viable, que encontraron con la creación en 1998 de la CPI (lo que supuso un punto de inflexión en la normatividad, además de ciertas innovaciones específicas).

El ECPI consolida la idea general de relativización de las inmunidades estatales, concentrando en un tribunal permanente el ejercicio de la jurisdicción por los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión (todos previstos y definidos en el ECPI, considerados de la mayor gravedad e imprescriptibles) cometidos después de su entrada en vigor en 2002 (respetando así el principio de irretroactividad). Además, la jurisdicción de la CPI, que tiene personalidad jurídica propia y no se constituye como un órgano de la ONU (sino que colabora estrechamente con esta organización), es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.

La CPI no tiene jurisdicción universal, de manera que solo puede investigar y enjuiciar a nacionales de un Estado parte, o a quienes hayan cometido crímenes en el territorio del Estado parte, después de que el ECPI haya entrado en vigor para el Estado parte de que se trate. Además, la jurisdicción de la CPI con respecto a una determinada situación sólo puede ser activada por un Estado parte, el CSNU, o la Fiscalía actuando de oficio. En el caso de remisiones del CSNU no hay limitación territorial, es decir, cualquier máximo responsable que cometa los crímenes puede ser llevado ante la CPI, incluso si es nacional y cometió los crímenes en Estados no parte.

En cuanto al acceso a la justicia en el ámbito internacional, la jerarquía de los Estados es claramente visible, a pesar del discurso de la igualdad. Por un lado, los Estados más poderosos son los que tienen

las posibilidades políticas y materiales para demandar ante la CPI; al mismo tiempo, también tienen la posibilidad de actuar en contra de la misma cuando su actuación les resulta desfavorable, sin someterse a ninguna responsabilidad internacional. Así, por ejemplo, EE.UU., además de no firmar el ECPI, ha intentado frustrar la aplicación de sus normas creando en 2002 la Ley de Protección de los Miembros del Servicio Americano (Human Rights Watch, 2002), que tiene como objeto proteger a los funcionarios del gobierno norteamericano (ya sea personal militar o funcionarios elegidos o designados) frente a la jurisdicción de la CPI, así como prohibir cualquier tipo de cooperación entre las agencias estadounidenses y la CPI, y autorizar el uso de la fuerza para obtener la liberación de cualquier ciudadano de EE.UU. detenido o encarcelado por orden de la CPI (Carreira, 2012: 62).

En este sentido, no hay que olvidar que EE.UU, junto con Rusia y China, como miembros permanentes del CSNU, tienen una influencia política muy amplia sobre las acciones del CSNU en relación con la CPI. Aunque el derecho de veto no puede utilizarse para impedir directamente una investigación de la CPI, es innegable que el estatus de miembro permanente y el espacio político del CSNU se han utilizado con un sesgo claramente geopolítico. Este es el caso, por ejemplo, de las críticas realizadas a la CPI por el gobierno de EE.UU sobre la posible investigación de los asentamientos ilegales israelíes en territorios palestinos (Crivelente, 2015), o la reacción de EE.UU. y Rusia ante la apertura de las investigaciones sobre la situación en Afganistán (2020 y Georgia (2016) respectivamente.

En 2010, la Conferencia de Revisión del ECPI celebrada en Kampala consolidó otra forma decisiva de influencia de los miembros permanentes del CSNU al establecer que corresponde a este órgano determinar “cuándo se está ante un acto de agresión, a efectos de establecer el ejercicio de la competencia de la corte” (Kowalski, 2011:119). Esta determinación puede ser tomada por la propia CPI sólo si el CSNU no se pronuncia en los seis meses siguientes a la notificación de la Fiscalía de la CPI (Salmón; Bazay, 2011).

Por otro lado, los Estados menos poderosos tienen grandes dificultades para acceder a la CPI, por razones que van desde las dificultades económicas, hasta la imposibilidad de presentar un caso contra los Estados más poderosos. Sin embargo, son los más demandados en las

jurisdicciones internacionales, especialmente ante los organismos de protección de los derechos humanos. En este sentido, conviene no olvidar que los 27 casos en curso ante la CPI se refieren sin excepción a dirigentes africanos (que junto a los Estados latinoamericanos, caribeños y asiáticos conforman la periferia del sistema internacional). Sin embargo, no es posible que sólo haya crímenes de lesa humanidad o de guerra en el territorio de los Estados africanos, y que sólo estos no estén dispuestas a investigar y enjuiciar las recurrentes violaciones de los derechos humanos (Carreira, 2012). Esto no hace sino “reforzar la idea de selectividad de las acciones de la CPI, en función de los intereses políticos, estratégicos, económicos o culturales de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad” (Maibashi; Corrêa, 2014).

Danilo Zolo (2007) llama a este fenómeno el “sistema dualista” de JIP, que, legitimado por la posición acomodada y apologética del *status quo* de la ONU, castiga sólo a los oprimidos y vencidos, dejando fuera a las grandes potencias y a los líderes mundiales victoriosos. De este modo, la institucionalización internacional de la justicia sigue y refuerza la misma lógica de dominación del sistema-mundo (Wallerstein, 1974). De acuerdo con esta, la división del trabajo se basa en la desigualdad estructural entre países centrales, semi-periféricos y periféricos. Los primeros tienen una producción altamente especializada e intensiva en capital y una mano de obra muy cualificada, mientras que los países periféricos tienen abundantes recursos naturales, escasas inversiones de capital y formas de producción que utilizan mano de obra intensiva no cualificada.

La crítica materialista del derecho hace hincapié en dos aspectos. Por un lado, la ilusión que produce la normatividad, de manera que si bien la creación de la CPI fue vendida como un gran logro de la cooperación multilateral, lo cierto es que no ha inhibido ni evitado ninguna de las masacres y otros actos de violencia que han surgido en las últimas dos décadas. En consecuencia, no se ha hecho sino reforzar la esencia del iuspositivismo ético dominante en el momento de su fundación, que trabaja con alegorías abstractas, desvinculadas de la realidad. La fuerza normativa se ha mostrado una vez más impotente ante la fuerza de las relaciones materiales concretas de nuestro tiempo. La CPI no ha producido lo que se esperaba, sino que se ha limitado a reproducir una dinámica propia de las instituciones y normas internacionales.

Por otro lado, afirma la necesidad de que la CPI corrobore la forma jurídica internacional, tanto en sus formalidades como en su contenido. A pesar de las ilusiones de normatividad, lo que realmente manifiesta la CPI son las relaciones materiales concretas del capitalismo de su tiempo, y en particular la disputa de las grandes potencias por el dominio mundial. Por ello, sólo ejerce su persecución sobre los nacionales de los países periféricos. Esto lleva a concluir que no es dentro de las formas del capitalismo donde se promueven las transformaciones estructurales, siendo la CPI solo un ejemplo más de muchos existentes.

6. CONCLUSIONES

La mirada crítica sobre las RI incluye elementos de la política y la economía en el análisis del derecho, elimina el velo de pureza que reside en la apariencia y cubre la esencia de los fenómenos sociales. Las vertientes marxistas de las RI y el derecho develan un horizonte eclipsado por la tradición iuspositivista dominante, presente en la mayoría de las escuelas jurídicas.

La CPI se acerca a su vigésimo aniversario de funcionamiento. Sin embargo, su trayectoria suscita más dudas y críticas que alabanzas a su labor. La entrada en vigor del ECPI en 2002, aunque ha creado una base jurídica para investigar y enjuiciar el genocidio y los crímenes de lesa humanidad y de guerra, repite los patrones de “justicia del vencedor” de los tribunales internacionales penales *ad hoc* establecidos anteriormente (Zolo, 2007).

La selectividad y la dificultad de acceso para los países del Sur son características que corroboran la reproducción de un estándar jurídico penal inquisitorial y excluyente (semejante al de los sistemas penales internos), que acaba siendo sólo aplicado a los más vulnerables (dirigentes estatales y no estatales de los países periféricos), dejando a los dirigentes de los países centrales blindados frente a su responsabilidad internacional penal.

Además, el sistema internacional penal puesto en marcha por la CPI imputa la responsabilidad personal a los responsables de la violencia masiva, pero no discute las causas políticas, sociales y económicas de las violaciones, cuando es esto último lo que en realidad podría

provocar cambios estructurales en el sistema internacional (Weitekamp; Vanspauwen; Parmentier; Valiñas; Gerits, 2006: 217-241).

Esto permitiría además ver, más allá de la norma, un mundo conectado con la realidad concreta, alejando las concepciones desmedidas de instituciones como la CPI, y no alimentando falsas expectativas, porque para cambiar la realidad en la que vivimos es necesario, en primer lugar, comprenderla.

REFERENCIAS

Doctrina

- Back, C. & Mendoza, R. (2018). “Após 70 anos, direitos humanos para que?” En C. Proner, H. Olasolo Alonso, C. Villán Durán, G. Ricobom & C. Back (Coords.). *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Colección Perspectivas Iberoamericanas de la Justicia. Vol. 2. Valencia: Tirant Lo Blanch. Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional. Pp. 145-150.
- Barker, C. (1991). “A note on the theory of capitalist States”. En S. Clarke (ed.). *The State debate*. Londres: Palgrave Macmillan. Pp. 182-191.
- Bassiouni, M. (2011). *Crimes against Humanity: historical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bonfeld, W. (2013). “Más allá de las relaciones internacionales: acerca del mercado mundial y el estado-nación”. En J. Kan & R. Pascual (ed.). *Integrados (?) Debates sobre las relaciones internacionales y la integración regional latinoamericana y europea*. Argentina: Ediciones Imago Mundi. Pp. 43-70.
- Bonnet, A. (2007). “Estado y capital: debates sobre la derivación y la reformulación del Estado”. En M. Thwaites Rey (Comp.). *Estado y marxismo: un siglo y medio de debates*. Buenos Aires: Prometeo. Pp. 269-296.
- Caldas, C.O.L. (2015). *Teoria da derivação do Estado e do direito*. Brasil: Outras Expressões.
- Cabreira, B. (2012). *Da Theoria à Filosofia da Praxis. Materialismo histórico (neo)gramsciano e realismo crítico como quadro teórico para a análise do Tribunal Penal Internacional* (Tesis de maestría). Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa, Portugal.
- Dinh, N., Pellet, A., Daillier, P. (2003). *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Douzinas, C. (2009). *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos.

- Fernandes, L. (1998). “O Manifesto Comunista e a dialética da globalização”. En D.A.R. Filho (Org.). *O Manifesto Comunista 150 anos depois*. Brasil: Contraponto. Pp. 109-120.
- Hinkelammert, F. (1999). “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”. *Revista Pasos*. Vol. 85. Pp. 20-35.
- Hirsch, J. (2010). *Teoria Materialista do Estado: processos de transformação do sistema capitalista de Estados*. Río de Janeiro: Editora Revan.
- Hobsbawn, E. (1995). *A era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Klein, N. (2007). *The shock doctrine: the rise of disaster capitalism*. EE.UU.: Metropolitan Books.
- Klinghoffer, A.J. (2002). *International Citizens’ Tribunals: Mobilizing Public Opinion to Advance Human Rights*. EE.UU.: Palgrave Macmillan.
- Kowalski, M. (2011). “O Tribunal Penal Internacional. Reflexos para um teste de resistência aos seus fundamentos”. *E-journal of International Relations*. Vol. 2(2). Pp. 119-134.
- Maibashi, L. & Correa, P. (2014). *O Tribunal Penal Internacional. Repensando os seus fundamentos a partir do sul global: o giro decolonial*. Publica Direito. Recuperado de: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e3acbb1b8d6b8a3f>
- Marx, K. (2007). *Dispatches for the New York Tribune: Selected Journalism of Karl Marx*. Londres: Penguin Books.
- Mascaró, A. (2013). *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas.
- Mascaro, A. (2016). *Estado y Forma Política*. Buenos Aires: Prometeo.
- Miévillé, C. (2006). *Between equal rights: a Marxist theory of international law*. Leiden: Brill Nijhoff..
- Miévillé, C. (2017). “A favor de Pachukanis: exposição e defesa da teoria jurídica da forma-mercadoria”. En E. Pachukanis (ed.). *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Boitempo. Pp. 201-204.
- Naves, M. (2000). *Marxismo e direito - um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo.
- Naves, M. (2009). “Evgeni Bronislavovitch Pachukanis”. En M. Naves (ed.). *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis. Coleção Idéias*. Vol. 8. Campinas: Unicamp. Pp. 11-20.
- Naves, M. (2012). “Prefácio ao livro O Socialismo Jurídico”. En F. Engels & k. Kautsky (ed.). *O Socialismo Jurídico*. São Paulo: Boitempo. Pp. 9-16.
- Olasolo, H. (2017). *Derecho internacional penal, justicia de transición y delitos trasnacionales: dilemas políticos y normativos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Osório, L. (2018). “O Direito da União Europeia e a deterioração democrática e social”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Vol. 13(1). Pp. 265-318.

- Pachukanis, E. (2017). *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Boitempo
- Pachukanis, E. (1980). "Direito Internacional". *Pashukanis, selected writings on Marxism and Law*. Londres: Academic Press. Pp. 168-182.
- Salmón, E. & Bazay, L. (2011). *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica Del Perú. Recuperado de: https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/el_crimen_de_agresion_despues_de_kampala.pdf.
- Seitenfus, R. (2012). *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Souvlis G. & Andry, A. (2016). "Repensando as relações internacionais: uma entrevista com Benno Teschke". *Revista Outubro*. Vol. (27). Pp. 9-44.
- Wallerstein, I. (1974). *The Modern World-System*. Nueva York: Academic Press.
- Weitekamp, E., Vanspauwen, K., Parmentier, S., Valiñas, M. & Gerits, R. (2006). "How to deal with mass victimization and gross human rights violations. A restorative justice approach. Nato Security Through Science Series". *Human and Societal Dynamics*. Vol. (13). Pp. 217- 241.
- Zolo, D. (2007). *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Editorial Trotta.

Resoluciones, informes y otros documentos

- Crivelente, M. (16/01/2015). *Encurralado, Israel rebate inquerito preliminar sobre crimes de guerra*. 16 de enero de 2015. Recuperado de: <https://vermelho.org.br/2015/01/16/encurralado-israel-rebate-inquerito-preliminar-sobre-crimes-de-guerra/>.
- Human Rights Watch (2002). *U.S.: 'Hague Invasion Act' Becomes Law White House*. Recuperado de: <https://www.hrw.org/news/2002/08/03/us-hague-invasion-act-becomes-law>.

Capítulo 12

LA PERSPECTIVA DE LA ESCUELA DE HELSINKI*

Mario Iván Urueña-Sánchez
Míriam Dermer-Wodnický
Clara Esperanza Hernández-Cortés

1. INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas han significado para el DI un desafío a sus postulados tradicionales en varios frentes. Dos de ellos tienen que ver con las perspectivas para su entendimiento y con la multiplicación de actores que hacen parte del sistema. Por un lado, las visiones positivistas (no solamente desde la óptica de la filosofía del derecho, sino también de aquellas que pueden tener un compromiso claro hacia el empirismo y la científicidad) ofrecen marcos explicativos que han coadyuvado a la constitución del orden internacional actual con sus virtudes y defectos. Virtudes para crear un andamiaje institucional de inspiración liberal comprendido por una pléyade de organizaciones e instancias con un cierto grado de competencia y fuerza vinculante otorgada por los Estados que las conforman. Debilidades en tanto esas organizaciones e instancias se han mostrado incapaces de cumplir satisfactoriamente con los cometidos para los cuales fueron creadas. Incapacidad que ha conducido a la perpetuación de un sistema injusto, desigual y antidemocrático. Condición suficiente para

* El presente capítulo hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos).

indagar acerca de otras formas posibles de pensar el mundo, las RI y el DI. Entre la variedad de opciones disponibles, este capítulo parte de una visión crítica no tan conocida, pero con argumentos ciertamente interesantes: la Escuela de Helsinki.

La multiplicación de actores del sistema internacional ha puesto la lupa en los alcances y limitaciones, sobre todo de aquellos actores sobre los cuales se depositaron las esperanzas de un mundo pacífico, donde la dignidad humana fuera preservada. Uno de esos actores es, sin duda, la CPI. Su instauración en el tránsito hacia el presente siglo, la promesa subyacente de un tribunal permanente con jurisdicción sobre los crímenes más graves contra la humanidad en su conjunto y la ilusión de erigirse como una entidad supraestatal, capaz de hacer prevalecer la seguridad humana sobre la seguridad nacional, son argumentos de peso para entender el optimismo preponderante sobre la función que cumpliría el naciente tribunal.

Sin embargo, casi dos décadas después de su entrada en vigor, parecen existir más inquietudes que certezas en relación con el funcionamiento de la CPI. De esta manera, la tendencia a convertirse en un instrumento de las Potencias hegemónicas para hacer prevalecer la agenda de estas últimas sobre los Estados más débiles se contrapone a su ideario de hacer justicia frente a aquellos dirigentes a quienes sus Estados han arropado con mantos de impunidad mientras han negado esa misma justicia a sus víctimas. Es por ello por lo que cabe preguntarse cuál es la interpretación que tiene la Escuela de Helsinki respecto de la función de la CPI.

Para lograr este objetivo se comparan los principales postulados de esta perspectiva hacia la JIP en general y hacia la CPI en particular. La metodología utilizada es la de un análisis documental con una fuerte inclinación hacia textos de corte teórico, doctrinal y jurisprudencial. En cuanto a su estructura, el presente capítulo desarrolla, en primer lugar, los postulados principales, la visión del sistema internacional actual, la percepción del derecho y las propuestas para un mundo alternativo de la Escuela de Helsinki (sección 2). A continuación, analiza su perspectiva su concepción sobre JIP y su factibilidad en el mundo real (sección 3). Posteriormente, se utilizan los insumos teóricos y conceptuales identificados para entender la función que la CPI ha desempeñado en la configuración del DI contemporáneo, el

ejercicio de quienes la practican a diario y la relación entre los Estados hegemónicos y los periféricos (sección 4). El capítulo finaliza con unas breves conclusiones (sección 5).

2. EL HORIZONTE DE ANÁLISIS: LA ESCUELA DE HELSINKI

La perspectiva teórica que ha sido bautizada como Escuela de Helsinki es inspirada, en gran medida, por el proyecto intelectual del profesor de la Universidad de Helsinki, Martti Koskenniemi. Aunque su obra forma parte en gran medida de los denominados *CILS*, autores como Bianchi (2016) la consideran una suerte de desdoblamiento hacia una visión independiente. Desdoblamiento patente a partir de la publicación de su libro *Gentle Civilizers of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (2001), que se desmarca de otras monografías célebres del mismo tratadista (enmarcadas más propiamente en los *CILS*, como, por ejemplo, *From Apology to Utopia* (1989)), por su énfasis en el DI como una síntesis entre pensamiento (político) y acción (política). Dicho de otro modo, para esta versión de Koskenniemi el DI es el resultado indivisible de teoría y práctica jurídicas internacionales.

Resulta interesante de esta concepción del DI la ubicación de su origen moderno en el grupo humano inscrito al *Institut de Droit International* de Gante (Bélgica) hacia 1873. Una idea contraria a la incesante discusión sobre si ese origen proviene de la Escuela de Salamanca sobre el derecho de gentes o de los iusnaturalistas modernos. La razón para desligarse de esta discusión y plantear un origen alternativo radica en que Koskenniemi concibe a los miembros del mencionado instituto como hombres de práctica, no filósofos, que pensaron el derecho como progreso social. Además, el contraste hecho en el texto entre la Estado-céntrica tradición alemana y la antropocéntrica tradición francesa del DI acrecienta la relevancia de entender al DI desde la política de la profesión. Por ello, Koskenniemi concibe en últimas al DI como “lo que los abogados hacen de él” (2001).

2.1. *La problemática del sistema internacional actual*

Al indagar por los principales cuestionamientos hechos por Koskenniemi a la forma en que la práctica del DI se lleva a cabo por quienes la ejecutan, es inevitable encontrarse con el concepto de “gestionalismo”. El gestionalismo puede ser definido como una matriz mental profesional, la cual imagina al DI como un modo particular de conocimiento técnico. Este término se funda en el presupuesto de que el discurso dominante del DI es objetivo y neutro en la medida en que está sujeto a las directrices del método científico (Bianchi, 2016).

Los exponentes de este discurso terminan naturalizando los resultados que arroja el sistema jurídico internacional como aquellos que se ajustan al rigor de este método, lo que no deja espacio para cuestionar presupuestos como la afirmación de que “el Estado pueda, después de todo, ser concebido como un sujeto jurídico en un sistema donde sus posesiones territoriales se entiendan como su propiedad, sus tratados como sus contratos y su diplomacia como un sistema de administración legal” (Koskenniemi, 2007: 1).

No obstante, Koskenniemi lejos de compartir esta postura, señala que el gestionalismo, en tanto una estrategia para privilegiar el devenir cada vez más técnico en el ejercicio del derecho, es responsable de varios problemas contemporáneos a los que se enfrenta la disciplina y el mundo actualmente: la marginalización, la ausencia de fuerza normativa y la sensación de que las costumbres diplomáticas están en la base de todo lo que está mal con el sistema (Koskenniemi, 2007: 2).

A pesar de escudarse en “el conocimiento técnico” y la “neutralidad” propia del método científico, el gestionalismo no puede ocultar, según Koskenniemi, que detrás suyo existen intereses creados dispuestos a privilegiar a ciertos actores o valores que ocupan posiciones hegemónicas en las instituciones dominantes. Al cumplir un propósito claro e inclinarse por estos actores y valores, por un lado, pero al presentarse ante los destinatarios de su discurso como un saber neutral por otro, el gestionalismo termina convertido en un discurso legitimador del *status quo*. Favoreciendo a unos y neutralizando a otros (Bianchi, 2016). En este contexto, los intereses creados hacen del abogado una pieza del engranaje, que acaba siendo instrumentalizado por el mismo. Esta instrumentalización no es, sin embargo, algo dado

naturalmente, sino que es producto de “una renegociación constante en vistas del cálculo presente” (Koskenniemi, 2007: 26).

Para ilustrar esta dificultad, el autor utiliza el ejemplo del nacionalismo del siglo XIX en Alemania. Mediante este ejemplo, Koskenniemi retrata a la nación alemana como un concepto “conflictivo, indeterminado y abierto”, lejos de cualquier pretensión de homogeneidad transmitida por los discursos dominantes. De esta manera, la visión gestionalista alemana fue permeada por estas contradicciones, inclusive en la fase imperialista propia de finales del siglo XIX (2007: 26).

Habiendo desvelado la ilusoria neutralidad del gestionalismo, Koskenniemi vislumbra en el sistema internacional una pugna entre sus actores por posicionar su propia agenda, que se traslada a los actos del lenguaje. Esta pugna es considerada por el autor como una “disputa hegemónica” definida como “el proceso por el cual los actores internacionales rutinariamente se desafían los unos a los otros al invocar reglas y principios jurídicos sobre los cuales han proyectado significados que apoyan sus preferencias y socavan las de sus oponentes” (2004: 199).

La lucha desencadenada por esta pugna debe ser entendida bajo el objetivo de que las partes en disputa pretenden convertir su visión propia sobre cualquier asunto en la visión integral del mismo, dando la apariencia de que su preferencia es la preferencia universal. El proceso que llevó a la aprobación de la resolución 3314 (1974) de la AGNU, sobre el concepto de acto de agresión, refleja este tipo de disputa. Allí, el eje de la discusión se centró en determinar las formas lícitas e ilícitas de uso de la fuerza armada en un escenario en el que cada solución propuesta afectaba a la posición de los demás Estados involucrados en la negociación (2004: 199).

La problemática del sistema internacional actual para Koskenniemi versa entonces sobre la forma en que un proceso irregular y contradictorio, como lo es la constitución del gestionalismo, lleva a una dialéctica de poder/resistencia entre los actores del sistema, y a un encubrimiento de esas relaciones en el nombre de la naturalización de una técnica jurídica que se presenta como neutral y objetiva.

2.2. Representación del derecho y su función

Fiel a su visualización del DI como una combinación de acción y práctica política, Koskenniemi va más allá de considerar a este campo de estudio como un conjunto de reglas e instituciones, sino que también lo observa como una “tradicción y un proyecto político” (2007: 1). El profesor finlandés comienza por considerar el DI como un “proceso de articulación de preferencias políticas en argumentos jurídicos, los cuales no pueden ser desligados de las condiciones de disputa política dentro de las cuales fueron construidos” (2004: 197).

Esta perspectiva se aleja de la lectura tradicional del DI como un conjunto estable de normas que es independiente de las relaciones de poder, y lo ubica como un aspecto de la disputa hegemónica, una técnica para articular reclamaciones políticas en términos de deberes y obligaciones jurídicas. De esta manera, el DI se encuentra también afectado por la proyección de preferencias particulares en universales. Asuntos como el uso de la fuerza, el derecho a la paz, los derechos humanos, el comercio y la globalización han sido marcados por las estrategias subyacentes de proyección de preferencias.

Pero el DI no se queda únicamente en el ámbito de la disputa hegemónica porque contiene en su lenguaje facetas utópicas al separar a los actores políticos de sus preferencias idiosincráticas para crear una comunidad jurídica (2004: 197). Por ello, en vez de un instrumento de disputa, el DI es para Koskenniemi un campo de tensiones entre actores, valores y concepciones, siendo las más relevantes las tensiones existentes entre universalismo y particularismo, y entre formalismo y dinamismo (Shaw, 2008: 64).

La tensión entre universalismo y particularismo conlleva al desafío de la fragmentación del DI. Para dar solución a este desafío, los abogados internacionalistas, especialmente de tradición europea, han tratado de comprender el DI en términos constitucionales, excluyendo de su análisis cualquier valoración político-diplomática, e interpretando el DI como una jerarquía de reglas e instituciones (para lo cual recurren a fórmulas de inspiración latina como *ius cogens*) (Koskenniemi, 2007: 15).

En contraste con esta aspiración de constitucionalización del DI, su evolución está distante de entrever una unidad del sistema. Lo anterior debido a la ampliación de la agenda internacional, que se ha

traducido en que, ante la necesidad de enfrentar nuevos problemas contemporáneos como los relacionados con la economía, los derechos humanos, el medio ambiente, la criminalidad organizada y la seguridad internacional, se haya extendido el ámbito de aplicación de antiguos principios e instituciones. En consecuencia, la receta ha sido la departamentalización en ramas como el derecho de los negocios internacionales, el DI ambiental, el DIP o el DI de la seguridad. En este contexto, las cuestiones relativas a la instancia competente para regular un asunto específico, o el sesgo que su regulación puede imponer sobre el abordaje de otros asuntos, se resuelven mediante la imposición de ciertos expertos que se basan en su poder para validar sus posturas (Koskenniemi, 2007: 4-6). Es así como la fragmentación termina por volverse una disputa por la hegemonía institucional.

Sumado al problema de la fragmentación y sus contradicciones inherentes, la tensión entre formalismo y dinamismo también guarda relación con la incapacidad de los nuevos regímenes jurídicos internacionales de establecer un control vertical. Si los regímenes jurídicos fueran capaces de garantizar un control político, esta situación estaría resuelta. No obstante, incluso en aquellos regímenes fundados en la producción normativa formal del DI (frecuentemente a través del mecanismo del tratado multilateral), estos terminan por inclinarse hacia un *ad hocismo* contextual que finalmente refuerza la posición de los expertos funcionales. Al igual que con las normas de aspiración universal, aquellas con intención de formalidad terminan por convertirse en normas demasiado exclusivas, o demasiado inclusivas, en oposición al deseo del legislador (Koskenniemi, 2007: 9).

2.3. *Propuesta de transformación social e internacional*

Sobre la base de las problemáticas del sistema internacional en general y del DI en particular, Koskenniemi retoma su concepción del DI como un proyecto político que repercute en las dimensiones práctica, política y moral.

En primer lugar, al ser el DI “lo que los abogados hacen de él” e intentar reconstruir la política de la profesión, Koskenniemi pretende crear conciencia sobre la necesidad de una sensibilidad compartida de la profesión. En *Gentle Civilizers of Nations* el autor hace un ejercicio de reconstrucción de la historia intelectual de la profesión de los

abogados internacionalistas con el objeto de ilustrar al estudio de esta disciplina con un sentido de movimiento histórico y de lucha política que llega a permear incluso el plano personal de sus protagonistas (Bianchi, 2016). Su aspiración respecto al DI contemporáneo (que a diferencia de lo que pregonan algunos de sus colegas no se limita a transformar su vocabulario para facilitar la coordinación de la gobernanza global a través del empirismo de la ciencia política) es el de redimir este saber en tanto proyecto político.

Al tomar este camino, Koskenniemi busca un doble efecto. Por un lado, “[...] el desarrollo de una sensibilidad profesional que se siente como en casa en todos los regímenes, pero que no está presa en ninguno de ellos. Esto sería lo que el cosmopolitismo puede ser hoy: la capacidad de romper y conectarse, participar en la política de definición del régimen narrando los regímenes de nuevo, dando voz a los que no están representados en las instituciones del régimen” (2007: 29). Por otro lado, “[p]olitizar la gobernanza significa repensar la actividad de las instituciones expertas no como la producción técnica de decisiones predeterminadas por alguna lógica anónima, sino como elecciones de hombres y mujeres bien ubicados en varios lugares donde ocurre el poder: no solo en la diplomacia o en las organizaciones intergubernamentales sino empresas transnacionales, grupos de interés, bancos, agencias de desarrollo, universidades, etc” (2007: 29).

La reinención de la práctica de los abogados internacionalistas pasaría entonces por desenmascarar las relaciones de poder insertas en los regímenes jurídicos internacionales, incluso en escenarios de poder menos reconocidos. Este acto de desenmascarar permitiría identificar los intereses y valores de los productores normativos internacionales. Así, la posibilidad de “romper y conectarse” coadyuvaría a la deconstrucción narrativa del DI para narrarlo de nuevo apoyado en la perspectiva de los marginados (2007: 29).

En segundo lugar, el valor del DI como un proyecto político ayudaría a reemplazar la naturalización del particularismo europeo (o la perspectiva de la Potencia hegemónica de turno) como la visión global preferente. Por ello, en este punto se hace importante la promoción de los valores de una cultura de la resistencia al poder. Al rescatar el valor de lo político en el DI, Koskenniemi retoma la postura de autores

como Schmitt y Morgenthau para hablar de “la ley del imperio” en vez del “imperio de la ley” (Bianchi, 2016).

La proyección de una visión particular como la visión global conlleva la imposición de una agenda específica para el DI, menospreciando problemas más importantes del orden mundial (como la pobreza). Ante este contexto, la cultura de la resistencia al poder exige que los opositores sean miembros de una comunidad jurídica, y por ende política. Esta reclamación puede llevar a que los intereses particulares de los actores se universalicen, creando de este modo una auténtica comunidad política, cuya lucha, caracterizada por el cosmopolitismo y la solidaridad, se daría en el nombre de “cualquiera en mi posición” (Koskeniemi, 2004: 213-214). Cumpliendo esto, se prescribe que “el poder debe ser limitado, los poderosos deben rendir cuentas y los débiles deben ser protegidos” (Bianchi, 2016).

En tercer lugar, centrar su propuesta en la práctica y en el oficio del derecho da la impresión de distanciar a Koskeniemi de la visión teleológica de la historia de Kant. Sin embargo, el profesor finlandés exalta el proyecto de la razón crítica del filósofo pruso para transformar a la profesión en una práctica de moralidad política. No obstante, a diferencia de Kant, Koskeniemi hace particular énfasis en los proyectos, intereses y ambiciones concretas de quienes participan en la elaboración del DI (en contraste con sus ideas y proyectos abstractos y temporales) (Bianchi, 2016).

La reivindicación de Kant viene por tanto por el lado de recuperar al DI como portador de la idea de regulador de la comunidad internacional, independiente de los intereses o deseos particulares y regresando a la moral como el eje de su actuar. En palabras de Koskeniemi, “[e]ste es el proyecto cosmopolita de Kant correctamente entendido: no un estado final o un programa de partido, sino un proyecto de razón crítica que mide el estado de cosas actual desde la perspectiva de un ideal de universalidad que no puede reformularse en una institución, una técnica de gobierno, sin destruirlo. El destino del derecho internacional no es una cuestión de volver a emplear a un número limitado de profesionales para tareas más rentables, sino de restablecer la esperanza para la especie humana” (2007: 31).

3. LA COMPRESIÓN DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL PENAL DESDE LA ESCUELA DE HELSINKI

Para Olasolo (2016), la JIP se dirige a tres grupos de fines principales. En primer lugar, la salvaguardia de los bienes jurídicos individuales y colectivos protegidos por los crímenes internacionales (entre estos últimos destacan, la paz y seguridad internacionales y la existencia de grupos humanos).

En segundo lugar, el establecimiento de una narrativa histórica de lo acontecido; finalidad que, sin embargo, es rechazada por una buena parte de la doctrina, incluyendo a Koskeniemi, quien considera “[...] extraño que un órgano jurisdiccional actúe como árbitro entre las diferentes versiones históricas de los conflictos de larga duración en que se cometen muchos de los crímenes internacionales, pues esos conflictos no son fácilmente interpretables mediante la aplicación del DIP” (citado en Olasolo, 2016: 107).

En tercer lugar, la promoción de la reconciliación en el posconflicto; finalidad que refleja una nueva tensión doctrinal entre quienes consideran que la JIP puede facilitar la reconciliación social, consolidando las bases para una paz duradera y los que, como Hayner, “[...] recuerda[n] que no hay ninguna prueba empírica que demuestre plenamente la intuición esbozada por los [autores del primer grupo]” (citado en Olasolo, 2016: 109).

En el marco de estas tensiones doctrinales sobre los fines de la JIP, uno de los grandes aportes de la Escuela de Helsinki consiste en afirmar la necesidad de replantear dichos fines como consecuencia de: (i) acusar a la JIP de ser un proyecto político cuya narrativa es impuesta por los poderes hegemónicos; y (ii) plantear visiones que entrevén la posibilidad de cambiar las ideas y/o prácticas que han determinado el devenir de la sociedad internacional.

Para Koskeniemi (2002), la JIP se muestra como una tendencia propia del orden hegemónico actual. Esto se ilustra mediante el apoyo tanto ideológico como financiero de los patrocinadores occidentales al TPIY y las ventajas judiciales obtenidas de ello. Acciones como la negativa de la Fiscalía del TPIY a abrir una investigación por los

bombardeos de la OTAN en Kosovo en 1999 son la demostración de este sesgo hegemónico.

En consecuencia, para el autor finlandés, la JIP es, por tanto, una estrategia débil y vulnerable para lidiar con las grandes crisis. Entre más se insiste en su carácter técnico, más patente se vislumbra su intención de hacer imponer una narrativa sobre otra, haciendo evidente la manera en que sus casos sirven para ratificar la hegemonía sobre la cual se asienta este aparato de justicia. En palabras de Koskenniemi (2002: 35), “[...] todo tribunal se encuentra entre la difícil elección de aceptar algunos hechos como se conocen comúnmente y la construcción de hechos a partir de lo que las técnicas de procedimiento revelan. Aquí, la fina línea entre la justicia, la historia y la manipulación se convierte en invisible” (2002: 35). Una manipulación que evidentemente revela la hegemonía en el DI.

Con base en lo anterior, la Escuela de Helsinki realiza una crítica frontal a la responsabilidad internacional del individuo, que ha sido el fundamento del DIP y de la visión hegemónica de la JIP. Así, plantea un conjunto de cuestionamientos al castigo individual, así como al establecimiento de la verdad con intenciones didácticas. En cuanto al castigo, existe una tensión inherente relacionada con el peligro de que este tipo de enjuiciamientos se conviertan en “juicios-espectáculo”, los cuales, por su propia metodología, terminan exaltando la figura del acusado en vez de procurar darle dignidad a las víctimas. En palabras de Arendt sobre el ahorcamiento de Göring, “[...] a veces una tragedia tiene tal magnitud que el castigo individual no es suficiente dada la dimensión de los crímenes cometidos” (citada en Koskenniemi, 2002: 2). Esta dimensión de espectáculo puede ser constatada, por ejemplo, en los tribunales de Núremberg, en el proceso de Eichmann ante la Corte Suprema de Israel, en los juicios de Klaus Barbie y Maurice Papon en Francia y en el juicio de Slobodan Milosevic por el TIPY.

Con respecto a las intenciones didácticas, este tipo de procesos busca ofrecer una rendición de cuentas sobre el pasado y enseñar a las generaciones más jóvenes sobre los peligros de políticas particulares. Sin embargo, el impacto de esta función se ha visto obstaculizado por la poca información sobre sus efectos. En ese sentido, Koskenniemi brinda dos ejemplos. El primero relacionado con el impacto didáctico

del tribunal de Núremberg en Alemania, que fue tratado por la doctrina alemana de la postguerra como un tribunal de ocupación, en lugar de un tribunal internacional, lo que promovió que se mostrara el sesgo hegemónico denunciado por la Escuela de Helsinki en relación con la JIP. Como consecuencia, la población alemana no lo apoyó porque, para 1952, sólo el 10% tenía una visión positiva del mismo.

El segundo ejemplo es el de la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación, cuyo aporte didáctico también ha sido controvertido porque sólo el 17% de los sudafricanos encuestados creen que el proceso ha tenido un efecto positivo, mientras que dos terceras partes de los encuestados consideran que las relaciones interraciales se deterioraron después de la instauración de Comisión (2002).

Continuando con sus reparos frente a la JIP, Koskenniemi considera que los juicios por genocidio o crímenes contra la humanidad tienen menos que ver con la responsabilidad internacional del individuo, que con el establecimiento de la verdad sobre los hechos. Esto se debe a que se requiere el establecimiento de la verdad para iniciar la sanación de las víctimas y la restauración de su dignidad (2002). Sin embargo, la JIP no es un sistema adecuado para alcanzar este fin porque en los procesos por crímenes internacionales se problematiza la verdad. Como resultado, “muchos tipos de verdad pueden escucharse en los juicios penales” (2002: 6).

Además, para Koskenniemi, es necesario diferenciar entre la verdad histórica y la verdad jurídica. De esta manera, si bien es cierto que entre estos dos tipos de verdad hay una cierta relación, persisten problemas de interpretación difíciles de solucionar por la JIP, dada la debilidad de sus procesos judiciales para abordar los grandes eventos de la política internacional.

Es aquí donde se encuentra otra de las críticas de la Escuela de Helsinki a los fines de la JIP porque, no sólo no colabora con la resolución de los grandes conflictos del sistema internacional, sino que mina los propios procesos de paz y reconciliación al no apoyarse en la verdad histórica o contextual.

Finalmente, para Koskenniemi (2002:14), esta verdad contextual se opone también a la verdad individual. Según el autor, la primera es la única que puede retar la visión hegemónica de la JIP debido a que “el significado de los eventos históricos generalmente excede

las intenciones o las acciones de los individuos particulares y sólo puede comprenderse desde las causas estructurales como desde las necesidades económicas o funcionales, o desde una lógica más amplia institucional”.

Además, es esta contextualización lo que es ciertamente relevante porque, como el propio autor subraya, “la memoria es una evaluación crítica, una interacción con el pasado desde el recuerdo y la experiencia personal, una memoria que mira al pasado, pero se abre al futuro, preparado para la transgresión, posiblemente la reconciliación” (Koskenniemi, 2002: 35).

Sin embargo, la JIP no está equipada para contextualizar “las sociedades normales criminales” porque ello significaría convertir el proceso “en una lección histórica, y la disputa de fondo, en un debate político sobre la plausibilidad de las interpretaciones históricas” (Koskenniemi, 2002: 17).

4. LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DESDE LA ESCUELA DE HELSINKI

Todos los elementos resaltados en la sección anterior, que reflejan el encuentro entre la tradición, el proyecto político y las pretensiones, aspiraciones y expectativas no solamente de los Estados, sino principalmente de los seres humanos individuales, son puestos de presente en esta sección en torno a una unidad de análisis: la CPI.

Al tratarse de un tribunal internacional penal permanente encargado de juzgar a los máximos responsables por la comisión de los crímenes internacionales más graves, el escenario de discusión para la conformación de la CPI estuvo siempre enmarcado en un juego de intereses políticos, económicos y de *status quo*. Numerosos Estados han afirmado que un tribunal de esta naturaleza afecta gravemente su soberanía y va en contravía de sus intereses nacionales. Así mismo, la falta de homogeneidad ideológica entre los Estados y los altos costos económicos que conlleva su mantenimiento han sido otros de los argumentos esgrimidos contra su establecimiento (Hernández, 2002: 481).

Desde la perspectiva de la Escuela de Helsinki, se puede observar que las discusiones presentadas durante las negociaciones del ECPI tienen una connotación política que obedece a los intereses y agendas de los Estados participantes. Además, si bien la intención inicial era lograr una aceptación universal de la CPI, esto no sucedió así porque varias de las grandes potencias del momento (China, EE.UU., India, Israel o Rusia) rechazaron su creación (Cryer, 2010: 171) y más de dos decenas de Estados se abstuvieron en la votación final del ECPI, que contó solamente con el voto favorable de 120 Estados (Rocha, 2018: 6).

4.1. Los retos actuales de la Corte Penal Internacional: imparcialidad, intereses políticos y eficacia

Desde la entrada en vigor del ECPI, la CPI ha enfrentado diversas situaciones que han cuestionado su función e imparcialidad. De hecho, casi veinte años después de su entrada en vigor, la CPI continúa enfrentando la aceptación o rechazo de los intereses políticos de los Estados, que entienden que su participación en este tribunal internacional obedece a sus agendas internas y al mantenimiento de sus intereses y *status quo* internacional.

Fruto de lo anterior, en octubre de 2016, tres países africanos consideraron la opción de retirarse de la CPI, a través de la denuncia del ECPI (Burundi, Gambia y Sudáfrica). Los argumentos de estos países consistieron en afirmar que la CPI no era imparcial y estaba muy sesgada frente a las situaciones y casos ocurridos en África, desconociendo que, en otras latitudes también era necesaria su intervención (Cerdeña, 2017: 128). A pesar de estos argumentos, solo Burundi acabó retirándose del ECPI, porque Sudáfrica no presentó finalmente la denuncia y el nuevo gobierno de Gambia la retiró antes de cumplir los 12 meses necesarios para que fuera efectiva.

Ese mismo año, Yoweri Museveni, presidente de Uganda, se refirió durante su toma de posesión a los miembros de la CPI como un “montón de gente inútil”, provocando que ciertos diplomáticos occidentales se retiraran del evento. Museveni expresó de esta manera su molestia debido a las demoras en el juicio contra Joseph Kony y los abusos cometidos por el Ejército de Liberación del Señor (Cerdeña, 2017: 128).

Del mismo modo, el caso relativo al expresidente sudanés Omar al Bashir ha generado gran molestia e inconformidad con la CPI en un buen número de países africanos. Así, tras la orden de arresto emitida por la CPI en 2009, Al Bashir afirmó que la CPI era un “instrumento neocolonial de occidente para la represión de la libertad y soberanía africana”. En el mismo sentido, el líder libio Muamar el Gadafi sostuvo que sus actuaciones y declaraciones contra la CPI eran acciones antiimperialistas y anticolonialistas de las naciones menos fuertes en contra de las grandes potencias. Por su parte, Paul Kagame, presidente de Ruanda, acusó también a la CPI en 2010 de ser esclavista y colonialista, lo cual iba en contra del principio de autodeterminación de los pueblos, justificando así la no ratificación del ECPI por Ruanda. A esto hay que añadir que Uhururu Kenyatta, presidente de Kenia, al saber que sería investigado por la CPI, subrayó en 2012 que esta era selectiva y estaba politizada (Campos & Lozano, 2018: 15).

Fruto de lo anterior, el caso Al Bahsir (resultante de la situación en Darfur (Sudán) remitida en 2005 por el CSNU (R/1593/2005)) ha mostrado cómo la falta de cooperación de los Estados (en particular, africanos), para lograr su arresto, ha impedido seguir adelante con las actuaciones ante la CPI, obstaculizando de manera importante el cumplimiento de su función.

A este respecto, cabe recordar que, desde el año 2009, se han dictado dos órdenes de arresto en contra del expresidente Al Bashir, pero más de una década después no ha sido posible todavía ponerlo bajo custodia de la CPI debido a la falta de cooperación de numerosos Estados (parte y no parte del ECPI) que lo han recibido en su territorio sin transferirlo a la jurisdicción a la CPI (s.f.A).

En la actualidad, Al Bashir se encuentra en Sudán a la espera de ser juzgado en el ámbito nacional, tras haber sido arrestado en abril de 2019 por el ejército sudanés. Si bien el 21 de julio de 2020 se iba a iniciar, en Sudán, el juicio oral contra Al Bashir por los delitos cometidos durante el golpe de Estado que encabezó en 1989, el juicio no pudo llevarse a cabo y tuvo que ser suspendido por no contar con el espacio ni con las condiciones necesarias para su desarrollo (Amaya, 2020). Como consecuencia, tanto las actuaciones domésticas como el procedimiento ante la CPI, por genocidio y crímenes de lesa humanidad y de guerra, siguen hoy en día sin poder avanzar (CPI, 2018A).

Por su parte, en Burundi, tras la decisión del parlamento de denunciar en 2016 el ECPI, uno de los parlamentarios (Gabriel Ntisezerana) afirmó que la CPI era “un instrumento político utilizado por poderes para eliminar a quienes quieren el poder en el continente africano” (Cerde, 2017 130). Esta fue la respuesta del Estado a la apertura por la CPI del examen preliminar sobre la situación en Burundi el 25 de abril del 2016 (CPI, s.f.B). En la misma, se puede evidenciar la percepción de que la pertenencia o no a la CPI, y su funcionamiento, depende de cómo los intereses de los Estados estén alineados con las actuaciones de la CPI. En consecuencia, en el momento en que la CPI se convierte en una amenaza, a través de la apertura de ciertas investigaciones, la reacción es la retirada del ECPI.

Ante la constatación de lo hasta aquí expuesto, el presidente de la 15ª sesión de la Asamblea de los Estados parte de la CPI, Sidiki Kaba, afirmó en noviembre del 2016 que:

Hoy, un fuerte sentimiento de injusticia atraviesa el continente africano en el que muchos países perciben a la Corte Penal Internacional como la expresión de un imperialismo judicial que quiere castigar a sus dirigentes panafricanos. En los últimos años, esta percepción viene provocando una tensión casi permanente en las relaciones entre África y la Corte Penal Internacional. Esto ha derivado en una crisis que hay que contener rápidamente desde la retirada de tres Estados: Burundi, Sudáfrica y Gambia (CPI, 2016).

Por otro lado, la pretendida vocación de universalidad de la CPI ha sido duramente criticada debido a la no participación de grandes Potencias (como China, EE.UU., India, Israel o Rusia), que no se han adherido. En consecuencia, debido a la falta de adhesión al ECPI de estos Estados, pareciera que la impunidad se seguirá abriendo paso con respecto a los crímenes cometidos por sus nacionales (Cerde, 2017: 132).

La situación de Georgia es un claro ejemplo de las tensiones que generan las actuaciones de la CPI. Los principales actores involucrados en esta situación, que se encuentra bajo investigación por la CPI desde 2016, son, por un lado, un Estado parte como Georgia, y por otro lado un Estado no parte como Rusia. Como consecuencia de esta tensión, el Ministro de Relaciones Exteriores de Rusia señaló al abrirse la investigación en 2016 que:

Lamentablemente la Corte no ha cumplido con las expectativas de convertirse en un verdadero tribunal internacional independiente y acreditado. El trabajo de la Corte se ha caracterizado de una manera primaria como ineficaz y unilateral en diferentes foros, incluyendo la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad. Cabe destacar que durante los 14 años de trabajo de la Corte se han emitido sólo cuatro sentencias y ha gastado más de un billón de dólares. En este sentido, la iniciativa de la Unión Africana que ha decidido desarrollar medidas para una retirada coordinada de los Estados africanos es comprensible. Algunos de estos Estados ya están llevando a cabo tales procedimientos (The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, 2016).

Si bien esta declaración se refiere en particular a los Estados africanos, lo cierto es que entre los Estados que han denunciado el ECPI se encuentran también Estados no africanos como Filipinas, cuya situación bajo examen preliminar: (i) tiene como epicentro las presuntas ejecuciones extrajudiciales cometidas por la policía desde el 1 de julio de 2016 en el contexto de la campaña gubernamental de lucha contra las drogas; y (ii) representa otro desafío a la eficacia de la CPI (CPI, s.f.C).

Así, un mes después de que la Fiscalía de la CPI iniciara su examen preliminar, el gobierno de Filipinas presentó el 17 de marzo de 2018 su denuncia del ECPI, la cual se hizo efectiva a los doce meses (CPI, s.f.C). En un comunicado de prensa, la CPI lamentó esta decisión e instó a Filipinas a que permaneciera siendo parte del ECPI con el fin de contribuir a la consecución del mandato de la CPI basado en la imparcialidad e independencia (CPI, 2018B). Sin embargo, el Secretario de Asuntos Exteriores de Filipinas subrayó que dejaban el ECPI debido a “la bien orquestada campaña creada para engañar a la comunidad internacional y crucificar al presidente Duterte a través de una distorsión de la situación de los derechos humanos en nuestro país” (Deutsche Welle, 2018).

La situación en Filipinas constituye otro ejemplo de cómo, siguiendo lo señalado por la Escuela de Helsinki, los intereses políticos de los Estados son determinantes en las decisiones de los gobiernos con respecto a su participación en el ECPI y su efectiva colaboración con la CPI. Cuando los procedimientos de esta última afectan la credibilidad y estabilidad de un gobierno, la decisión suele ser apartarse de su jurisdicción, con el objetivo de evitar investigaciones y condenas futuras. Por el contrario, cuando los intereses y agendas nacionales se

alinean con los ideales de la CPI, el apoyo y membresía a la misma no se hacen esperar.

4.2. El papel de los jueces y la Escuela de Helsinki

La CPI ha enfrentado recientemente una lucha interna en relación con la apertura de la investigación en la situación en Afganistán. Así, el 12 de abril de 2019, la SCP II rechazó la solicitud de la Fiscalía para iniciar la investigación por los crímenes de lesa humanidad y de guerra allí cometidos, lo que fue posteriormente revocado por la SA, que el 5 de marzo de 2020 decidió autorizar la apertura de la investigación en Afganistán (CPI, 2020).

Tanto en las decisiones contradictorias como en las opiniones disidentes se puede apreciar como de una misma disposición jurídica se pueden obtener interpretaciones distintas a través del manejo de conceptos jurídicos indeterminados como el de “intereses de la justicia”, o de la ampliación de las disposiciones normativas (para exigir, por ejemplo, la inclusión de la cooperación con la Fiscalía como un elemento indispensable para la autorización de una investigación). Esto es particularmente relevante para la Escuela de Helsinki, debido a la importancia que atribuye al rol de los jueces, en la medida en que son estos quienes deciden y personifican los valores e intereses dispuestos en el ECPI y las posiciones políticas y jurídicas de los Estados.

La SCP II estaba integrada por Antoine Kesia-Mbe Mindua, Tomoko Akane y Rosario Salvatore Aitala. Esta Sala decidió no abrir la investigación, a pesar de que los hechos presentados se encontraban bajo la jurisdicción de la CPI y se cumplían con los criterios de admisibilidad. El argumento sobre el cual se basaron los jueces consistió en afirmar que la CPI no está equipada para conocer todos los escenarios en los cuales se cometen los crímenes internacionales más graves, y, por lo tanto, debe enfocarse en aquellos escenarios en los que las perspectivas de éxito de las investigaciones son sustantivas (CPI, Afganistán, 12/04/2019: párr. 90). En opinión de la SCP II, la situación en Afganistán no se encontraba entre estas últimas debido a los siguientes factores: (i) el tiempo significativo (más de una década) transcurrido entre los crímenes alegados y la solicitud de apertura de la investigación por la Fiscalía; (ii) la escasa cooperación obtenida por la Fiscalía (incluso para los efectos de un examen preliminar); y (iii)

la baja probabilidad de que la evidencia y los principales sospechosos aun estén disponibles, a pesar de los esfuerzos y actividades de investigación (CPI, Afganistán, 12/04/2019: párr. 91).

Para la SCP II, el examen preliminar de la Fiscalía sobre la situación en Afganistán (2007-2018) fue muy largo, pues pasaron alrededor de once años entre el inicio del examen y la solicitud de apertura de la investigación. Para la Sala, las circunstancias que generaron esta demora no habían cambiado ni mejorado y, por tal motivo, esto podía seguir afectando el curso de cualquier investigación que fuera autorizada y la disponibilidad de los elementos de prueba sobre los crímenes cometidos. De igual manera, la Sala consideró que los cambios en los escenarios políticos en Afganistán y en los Estados clave de la situación, habían dificultado la cooperación de las autoridades de los Estados implicados con la CPI, lo que había generado demoras, que podían seguir manteniéndose en el futuro, incrementando con ello los recursos necesarios para llevar a cabo las investigaciones (CPI, Afganistán, 12/04/2019: párrs. 92-95).

Como era de esperar, esta decisión generó múltiples reacciones en el escenario internacional y al interior de la CPI. Cuatro expresidentes de la AEP afirmaron que este tipo de decisiones era “una forma de decirle a Estados Unidos que tiene razón, que como han bloqueado todo, la investigación no es posible”. Del mismo modo, para el primer Fiscal de la CPI, Moreno Ocampo, “los jueces están brindando impunidad a los sospechosos que pueden ejercer suficiente poder político para afectar la cooperación de Estados parte relevantes” y han “transformado una consideración política en un requisito legal” como si fuera “una nueva regla del Estatuto de Roma” porque la falta de cooperación nunca se ha entendido como un argumento válido para la no apertura de una investigación (Morales, 2019).

La decisión de no apertura de la investigación fue apelada por la Fiscalía, que argumentó que la SCP II sí estaba en la capacidad de hacer un análisis de los intereses de la justicia, pero que la forma en que lo llevó a cabo fue equivocada. Por su parte, los representantes legales de las víctimas, la OPCV, las víctimas transfronterizas y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Queen en Belfast, argumentaron que la SCP II solo podía revisar los argumentos de la Fiscalía sobre “los intereses de la justicia” cuando esta última considerara que,

con base en dichos intereses, no sería pertinente iniciar una investigación (CPI, Afganistán, 5/03/2020: párrs. 22-23).

Ante esto, la SA concluyó en su decisión de 5 de marzo de 2020 que la SCP II se equivocó al considerar “los intereses de la justicia” para justificar la denegación de la autorización a la Fiscalía para abrir la investigación. Para la SA, la formulación en negativo del art. 53(1) del ECPI significa que la Fiscalía no tiene que determinar o explicar por qué una investigación sirve a los intereses de la justicia (como sucedió con la situación en Afganistán); la Fiscalía solo debe hacerlo cuando considere que la posible investigación no sirve a dichos intereses, y, por tanto, solo en este último caso puede la SCP revisar los argumentos sobre los intereses de la justicia (CPI, Afganistán, 5/03/2020: párr. 49).

Asimismo, la SA consideró que el razonamiento utilizado por la SCP II, respecto de los intereses de la justicia, fue superficial, especulativo, y no se apoyó en información que sustentara los argumentos expuestos. Además, para la SA, la decisión de la SCP II no tuvo en cuenta la gravedad de los crímenes presuntamente cometidos ni los intereses reales de las víctimas involucradas (CPI, Afganistán, 5/03/2020: párr. 49).

En todo caso, y con independencia de la cuestión de fondo, lo anterior refleja, en definitiva, que son los jueces quienes están en posición de apoyar el eficaz desarrollo por la CPI de su función; o, por el contrario, pueden optar por interpretar su mandato en favor de intereses políticos nacionales o internacionales.

5. CONCLUSIÓN

La Escuela de Helsinki ofrece diversas posibilidades de análisis a quienes están interesados en comprender las dinámicas del DI actual, y de la CPI en particular. Así, en primer lugar, considera a la CPI como un instrumento de la hegemonía de los Estados parte poderosos y de los individuos que los representan. Esto supone en la práctica su blindaje frente a las actuaciones de la CPI, al mismo tiempo que esta última centra sus investigaciones y enjuiciamientos en dirigentes estatales y no estatales de Estados periféricos, especialmente africanos.

Además, las grandes potencias, a pesar de no ser Estados parte, tienen injerencia en el desarrollo de la función de la CPI, ya sea directamente o a través de su influencia en las agendas nacionales de los Estados parte con los que mantienen una relación de superioridad.

En segundo lugar, la Escuela de Helsinki advierte cómo la CPI es percibida, dependiendo de las circunstancias, como aliado o enemigo por los Estados parte y no parte. Un aliado en la medida en que las decisiones de la CPI estén alineadas con el interés nacional y se pueda influir de manera indirecta en las mismas (como lo hizo EE.UU en los debates sobre la definición del crimen de agresión). Un enemigo, en la medida en que las decisiones de la CPI no se alineen con los intereses nacionales, o se investigue a aquellos que detentan el poder político (la apertura de la investigación en las situaciones en Georgia, y Afganistán son buenos ejemplos en este sentido). Como resultado, algunos Estados parte, como Burundi y Filipinas, han decidido denunciar el ECPI cuando las actuaciones de la CPI no se han alineado con sus intereses políticos.

En definitiva, la Escuela de Helsinki permite develar cómo detrás de los argumentos jurídicos se esconden las preferencias políticas de los Estados que ven en la función de la CPI una oportunidad para sobresalir o priorizar sus intereses en el escenario internacional, o para consolidar un gobierno interno en contra de la oposición. Este constante enfrentamiento de la CPI con la aceptación o rechazo de los intereses políticos de los Estados (que entienden que su participación en la CPI obedece a sus agendas internas y al mantenimiento de sus intereses y *status quo* internacional) dificulta en gran medida tanto la realización de su aspiración de universalidad como el desarrollo de su función sin que su independencia se vea continuamente cuestionada.

Finalmente, para transformar esta situación, la Escuela de Helsinki atribuye particular importancia a las ideas y prácticas de los abogados que tratan de hacer valer la agenda de los Estados a los que representan y de los jueces que son, en última instancia, quienes tienen en sus manos promover el desarrollo de la función de la CPI mediante la interpretación y aplicación del ECPI y sus instrumentos complementarios.

REFERENCIAS

Doctrina

- Allott, P. (1992). "Reconstituting Humanity: New International Law". *European Journal of International Law*. Vol. 3. Pp. 219-252.
- Allott, P. (1999). "The Concept of Intenational Law". *European Journal of International Law*. Vol. 10. Pp. 31-50.
- Bianchi, A. (2016). *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford: Oxford University Press.
- Campos, F. & Lozano, N. (2018). "La Corte Penal Internacional: dos debates internacionales, un embate político". *Derechos Fundamentales a Debate/ Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco*. Pp. 5-20. Recuperado de: http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No8/ADEBATE-8-art1.pdf
- Cerda, C. (2017). "Incidentes y riesgos de involución en la Corte Penal Internacional". *Revista Criminalidad*. Vol. 59(2). Pp. 125-138.
- Cryer, R, Friman, H, Robinson, D & Wilmshurst, E. (2010). "Genocide". En R. Cryer, h. Friman, D. Robinson & E. Wilmshurst (ed.). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 208-209.
- Felter, C. (2020). *The Role of the International Criminal Court*. Council on Foreign Relations. Recuperado de: <https://www.cfr.org/backgrounder/role-international-criminal-court>
- Fernández de Gurmendi, S. (2000). "La creación de la Corte Penal Internacional". *Relaciones Internacionales*. Vol. 9(19). Pp. 85-96.
- Hernández, A. (2002). "La Corte Penal Internacional: fundamentos y características". *Derecho PUCP*. Vol. (55). Pp. 437-517.
- Jessberger, F. & Geneuss, J. (2012). "The many faces of the International Criminal Court". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 10(5). Pp. 1081-1094.
- Koskenniemi, M. (2002). "Between Impunity and Show Trials". *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 6. Pp. 1-36.
- Koskenniemi, M. (2004). "International law and hegemony: a reconfiguration". *Cambridge Review of International Affairs*. Vol. 17(2). Pp. 197-218.
- Koskenniemi, M. (2007). "The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics". *The Modern Law Review*. Vol. 70(1). Pp. 1-30.
- May, L. (2005). *Crimes against Humanity: A Normative Account*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Olasolo, H. (2016). "Los fines del derecho internacional penal". *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Vol. 14(29). Pp. 93-146.

- Rocha, M. (2018). *Evolución del derecho internacional penal de Nuremberg y Tokio a la Corte Penal Internacional: sentando las bases de la justicia internacional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Estratégicas de la Armada de México.
- Scobbie, I. (2005). "Slouching towards the Holy City: Some Weeds for Philp Allott". *European Journal of International Law*. Vol. 16(2). Pp. 299-313.
- Scobbie, I. (2011). "The holiness of the heart's affection": Philip Allot's theory of Social Idealism". En A. Orakhelashvili (ed.). *Research handbook on the theory and history of international law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd. Pp. 168-195.
- Scheffer, D. (2012). "El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". *Política criminal*. Vol. 7(13). Pp. 209-229.
- Shaw, M. (2008). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

- CPI, [Sala de Apelaciones]. Situation in Afghanistan, *Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Doc. Núm. ICC-02/17 OA4. 5 de marzo de 2020. Citado como: CPI, Afganistán, 5/03/2020. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00828.PDF
- CPI. [Sala de Primera Instancia V(B)]. Situation in the Republic of Kenya, *Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta*, Doc. Núm. ICC-01/09-02/11. 13 de marzo de 2015. Citado como: CPI, Kenyatta, 13/03/2015. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_02842.PDF
- CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. Situation in Afghanistan, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Doc. Núm. ICC-02/17. 12 de abril de 2019. Citado como: CPI, Afganistán, 12/04/2019. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02068.PDF

Resoluciones, informes y otros documentos

- Amaya, A. (2020). *La primera audiencia contra el expresidente sudanés Omar al-Bashir es aplazada tras iniciar el juicio*. Recuperado de: <https://www.france24.com/es/20200721-sudan-omar-albashir-golpe-estado>.
- Corte Penal Internacional (s.f.(a)). *Situation in Darfur, Sudan*. Doc Núm. ICC-02/05. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/darfur>.

- Corte Penal Internacional (s.f.(b)). *Situation in the Republic of Burundi*. Doc. Núm. ICC-01/17. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/burundi>.
- Corte Penal Internacional (s.f.(c)). *Preliminary examination. Republic of the Philippines*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/philippines>.
- Corte Penal Internacional (s.f.(d)). *Ruto and Sang Case. The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. Doc Núm. ICC-01/09-01/11. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/kenya/rutosang#icc-timeline>.
- Corte Penal Internacional. Asamblea de Estados Parte (2016). *Declaración del Presidente de la Asamblea de los Estados Parte, Sr. Sidiki Kaba, decimoquinto período de sesiones de la Asamblea de los Estados Parte*. 16 de noviembre de 2016. Recuperado de: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/ASP15-Opening-Statement-PASP-SPA.pdf.
- Corte Penal Internacional. Comisión Preparatoria (1999). *Comments on the Proposal Submitted by the United States of America concerning Terminology and the Crime of Genocide (PCNICC/1999/DP.4)*. 22 de febrero de 1999. Recuperado de: <https://www.legal-tools.org/doc/86b874/pdf>.
- Corte Penal Internacional. Comité Preparatorio (1996). Press Release L/2762. *Preparatory Committee for Establishment of the International Criminal Court Discusses Definitions of “Genocide” and “Crimes against Humanity”*. 25 de marzo de 1996. Recuperado de: <https://www.legal-tools.org/doc/651005/pdf>.
- Corte Penal Internacional. Fondo Fiduciario para las Víctimas (2018). *Assistance Programmes.0 The Trust Fund for Victims*. 18 de noviembre de 2018. Recuperado de: <https://www.trustfundforvictims.org/en/what-we-do/assistance-programmes>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2018A). *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Case Information Sheet*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/albashirEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2018B). *ICC Statement on The Philippines” Notice of Withdrawal: State Participation in Rome Statute System Essential to International Rule of Law*. Press Release. 20 de marzo de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1371>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2019). *ICC Judges Reject Opening of an Investigation regarding Afghanistan Situation*. Press Release. 12 de abril de 2019. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1448>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2020). *Afghanistan: ICC Appeals Chamber Authorizes the Opening of an Investigation*. Press Release. 5 de marzo de 2020. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1516>.

- Corte Penal Internacional. Sala de Primera Instancia V(a) (2014). *Trial Hearing Witness: KEN-OTP-P-0464, The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap*. Doc. Núm. ICC-01/09-01/11-T-8. 18 de febrero de 2014.
- Deutsche Welle (16/03/2018). Filipinas oficializa salida de la Corte Penal Internacional. 16 de marzo de 2018 Recuperado de <https://www.dw.com/es/filipinas-oficializa-salida-de-la-corte-penal-internacional/a-43006753>.
- Estados Unidos de América. Departamento de Estado. (2010). *Observaciones de Koh y Rapp en el compromiso de Estados Unidos con la Corte Penal Internacional y el resultado de la Asamblea de Estados Parte de la CPI*. 5 de junio de 2010.
- Human Rights Watch (1998). *Las Disposiciones claves del estatuto de la Corte Penal Internacional*. 1 de diciembre. Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/news/1998/12/01/las-disposiciones-claves-del-estatuto-de-la-corte-penal-internacional>.
- Morales, D. (2019). *Oleada de críticas a la CPI por el rechazo a investigar la guerra de Afganistán*. CPI Afganistán. 29 de abril. Recuperado de: <https://www.efe.com/efe/america/mundo/oleada-de-criticas-a-la-cpi-por-el-rechazo-investigar-guerra-afganistan/20000012-3963124>.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (1998). Acta final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. 17 de julio de 1998. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/241/88/PDF/N9824188.pdf?OpenElement>.
- Rusia (2016). The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation. *Statement by Russian Foreign Ministry N. 2111-16-11-2016*.
- Song, S. (2018). *Past achievements and future challenges of the ICC. Key-note Speech for the 20th Anniversary of the Rome Statute*. 17 de julio de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20a-ceremony/20180717-sang-speech.pdf>.

Capítulo 13

LA PERSPECTIVA DEL IDEALISMO SOCIAL*

Mario Iván Urueña-Sánchez
Míriam Dermer-Wodnický
Clara Esperanza Hernández-Cortés

1. INTRODUCCIÓN

La preponderancia del modelo westfaliano y de la centralidad del Estado como sujeto pleno del DI se ha erigido como una idea dominante durante más de tres siglos. Este supuesto ha sido útil para hacer operativo el derecho interno y en menor medida, el DI. En contravía a esto, muchas otras entidades han visto su agenciamiento y sus atribuciones limitadas por una estructura internacional que resulta tan rígida en tantos momentos, subsumiendo sus derechos a valores imperativos del orden mundial como la soberanía y el interés nacional. La premisa que ha regido este esquema de pensamiento lleva a asumir que, una vez garantizada la seguridad nacional, la seguridad humana será afirmada por antonomasia. Las últimas tres décadas han mostrado realidades opuestas a esta. La imposibilidad de un gran número de Estados en la periferia para hacer valer los derechos fundamentales a su población, la proliferación de actores armados irregulares y organizaciones criminales que atentan directamente contra los más vulnerables ante la omisión o aquiescencia del aparato estatal o, in-

* El presente capítulo hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos).

cluso, la criminalización de agentes estatales y su actuar en contra de las funciones proferidas, son algunos de los patrones reiterados a lo largo y ancho de los distintos continentes.

La frustración que ha dejado a su paso la arquitectura del orden internacional y la permisividad ante las injusticias perpetradas por los Estados o por quienes los conducen plantea un justo cuestionamiento no solamente a sus actuaciones, sino más aún a las ideas que justifican este desbalance. Se juzga que las visiones positivistas y en general, las corrientes principales de las disciplinas sociales han sido responsables de la opresión vivida día a día por los menos favorecidos. Las cadenas y grilletes usados masivamente en otros momentos han dado lugar a la manipulación de las ideas como las herramientas de la esclavitud contemporánea. Por lo mismo, la emancipación no puede ser ya un acto físico de rebelión, sino una revolución desde el propio plano de las ideas. Esta problematización y visualización de un mundo posible hace parte del proyecto intelectual de una teoría crítica del DI: el idealismo social.

Al rastrear la disponibilidad de actores en el sistema internacional que pudiesen coadyuvar al cumplimiento de este propósito, es inevitable fijarse en la CPI. La instauración de un tribunal internacional cuya finalidad deja de recaer en la responsabilidad internacional de los Estados para concentrarse en el ámbito individual por los crímenes que ofenden a la humanidad en su conjunto, entreabrió la puerta de la esperanza para entender la JI de otra manera. Una desligada del Estado-centrismo y su consecuente disolución de responsabilidades individuales, las cuales facilitaron durante años la impunidad de sus dirigentes por crímenes internacionales. Si bien las promesas con las que se creó la CPI han conocido un camino lleno de vicisitudes para hacer efectiva la JIP, no puede descartarse de plano la relevancia de contar con una instancia judicial internacional que pretenda complementar las jurisdicciones estatales y pueda invocar la responsabilidad de sus dirigentes.

Al notar preliminarmente unos elementos en común entre la teoría desvelada y el actor invocado, especialmente por la intención de ambos de ir más allá de los moldes rígidos impuestos por las matrices de pensamiento dominantes, cabe preguntarse cuál es la interpretación que tiene el idealismo social respecto de la función de la CPI.

El objetivo de este capítulo se dirige entonces a analizar la función de la CPI desde el horizonte analítico de los aportes del idealismo social. Para dar alcance a este objetivo se comparan los principales postulados de esta perspectiva sobre la JIP en general y la función de la CPI durante su tiempo de vigencia en particular. La metodología utilizada es la de un análisis documental con una fuerte inclinación hacia textos de corte teórico, doctrinal y jurisprudencial.

En cuanto a su estructura, el presente capítulo consta de tres secciones además de la introducción. En primer lugar, se presenta un debate en torno a la perspectiva de referencia, iniciando con sus postulados principales, su visión del sistema internacional actual, su percepción del derecho y sus propuestas de un mundo alternativo (sección 2), para luego centrarse en la aproximación del idealismo social a la JIP y su factibilidad en el mundo real (sección 3). Seguidamente, se utilizan los insumos teóricos y conceptuales identificados para entender la función que ha desempeñado la CPI en la configuración del DI contemporáneo (sección 4), para finalmente darle espacio a unas breves conclusiones (sección 5).

2. EL HORIZONTE DE ANÁLISIS: EL IDEALISMO SOCIAL

A pesar de dar lugar a toda una perspectiva teórica, el idealismo social recae principalmente en la obra del profesor británico Philip Allott. La singular forma de escritura de Allott ha llevado a que otros autores como Iain Scobbie faciliten la labor de hacer que sus textos sean algo más comprensibles. El objetivo de esta perspectiva podría resumirse en “cambiar fundamentalmente la organización social del mundo, cambiando fundamentalmente las ideas sobre las que se basa la organización social del mundo” (Scobbie, 2011: 168). Para Scobbie, los rasgos principales del Idealismo Social de Allott se limitan a: “la convicción de la capacidad de la mente humana para trascenderse a ella misma en su pensamiento, de tomar control sobre el futuro humano, de escoger ese mismo futuro, de hacer el futuro humano conforme a nuestros ideales, a nuestras mejores ideas de lo que somos y de lo que podemos ser” (Scobbie, 2011: 168).

2.1. La problemática del sistema internacional actual

En Allott, el divorcio entre el Estado y la sociedad ha creado un escenario internacional que él denomina “insociedad”. Un escenario en el cual la avaricia, el egoísmo y la maldad se han erigido como los valores centrales. En la insociedad, el Estado, y en su nombre las élites que lo dirigen se imponen sobre los individuos a los que dicen representar. Inspirado en el ideario del filósofo suizo del siglo XVIII Emer de Vattel, Allott subraya que esta realidad es aceptada por parte de los dirigentes políticos y administrativos y por las clases dominantes en general de Europa occidental. Esto, por cuanto les permite tener más control de la conformación de la realidad social, “incluida la autoconcepción teórica de la sociedad y la formación de la realidad mucho más allá de los límites territoriales de Europa occidental” (Scobbie, 2005: 303). Esta clase dominante se ha jactado de poder hablar entre sí, y competir entre sí a través de las fronteras estatales, siempre con la satisfacción de estar a salvo dentro de sus autónomos sistemas estatales internos.

Para Allot, es esta clase dominante, o las élites en tanto agentes que provocan la desconexión entre la dimensión doméstica de la vida social y la insociedad, quienes provocan la “maldad” padecida en la sociedad internacional contemporánea. Si bien la imposición del Estado al cuerpo social es un elemento capital de la insociedad, esto no se traduce directamente en que el Estado sea necesariamente una entidad del mal. El Estado, por el contrario, tiene un papel importante para facilitar la interacción y la reconciliación de los individuos, la organización social y el interés común. Son las élites las que han hecho del Estado una entidad jerárquicamente superior y hasta opuesta a otros espacios del poder político y del interés privado. En la maldad de la insociedad, las élites hacen del Estado una entidad externa, carente de cualquier preocupación por hacerse democrática o ser orgánica con su sociedad. Esta combinación genera que el mundo regido por esta forma de Estado y por sus élites priorice “propósitos relacionados con la supervivencia y prosperidad de cada una de esas sociedades estatales en lugar de la supervivencia y prosperidad de una sociedad internacional de toda la raza humana” (Scobbie, 2011: 180-183; Scobbie, 2005: 305).

La insociedad como expresión de la ausencia de correspondencia entre los individuos y las organizaciones constituidas deja a su paso un rompecabezas cuya composición necesita ser reorganizada. Para lograr esta reorganización, la disposición de las piezas del rompecabezas en la actual autoorganización del sistema internacional debe tener en cuenta los campos del orden público (relativo a la posibilidad de un sistema de derecho universal), la diplomacia y la guerra, la política territorial, la relación entre lo nacional y lo internacional, el DI público y la factibilidad de instaurar valores universales (Allott, 1999: 40-42).

La reconfiguración de este rompecabezas pasa de igual manera por lo que Allott denominó la “insanta trinidad”. Esta trinidad involucra a: (i) la sociedad y el modo en el cual la capacidad de autocreación del hombre puede ser aprovechada para la cooperación entre humanos; (ii) el Estado pensado en términos de una relación orgánica con la sociedad para moldearla en el ámbito de lo público; y (iii) la nación y su facultad para crear una identidad única (1992: 239-240).

Al abrirse la opción de autocreación del hombre, de la sociedad y del sistema internacional, se busca abordar los obstáculos a los que este último ha hecho frente: (i) la degradación de los valores universales; (ii) la hegemonía de la economía; (iii) la pobreza de la política; (iv) la pobreza de la filosofía; y (v) la tiranía de lo real (1999: 47-50).

2.2. Representación del derecho y su función

De conformidad con la marcada predilección ontológica de Allot por el ideacionalismo (al afirmar que la sociedad no existe más que en la mente humana), el autor considera al derecho como una de las tres dimensiones en las cuales las sociedades se autoconstituyen junto con las ideas y las prácticas. Para el autor, “[...] el derecho no es solo un medio de restricción social, sino también el medio más confiable de liberación social, ya que, al distribuir el poder social en forma de poder legal, establece los límites legales del poder social. El derecho también encarna valores sociales cuya función es controlar el contenido sustantivo y procesal del derecho” (Scobbie, 2011:186).

El derecho en consecuencia se desliga de su acepción como un sistema de reglas jurídicas para asociarse a un sistema de relaciones ju-

rídicas que crean una realidad legal paralela, en la cual se le da significado jurídico al lenguaje, estatuto personal a las personas y carácter jurídico a los eventos humanos y naturales. En Allott, el derecho es un intermediario entre el poder y las ideas. Es la encarnación de las dinámicas sociales persiguiendo un ideal, una moral erigida como un propósito al nivel sistémico (Scobbie, 2011: 186-187).

Según Allott, el papel del derecho en una sociedad es el de insertar el interés común entre los miembros de una sociedad, en vez de ser el portavoz de los discursos que los gobiernos esperan escuchar. El derecho es entonces el portador del interés propio de una sociedad, el cual, aunque puede estar en conflicto con los intereses individuales de sus miembros, armoniza con sus intereses en tanto miembros de una sociedad. El interés común no se limita, por lo tanto, únicamente a la sumatoria de intereses particulares. Está formado en la intersección entre lo real y lo ideal, en tanto la sociedad responde a su situación presente y potencial a la luz de sus continuos propósitos, valores y teorías (Allott, 1999: 36). El derecho es simplemente una manera de vislumbrar las relaciones sociales, en tanto una aplicación de la conciencia humana y del poder de la mente humana para determinar el destino de los asuntos humanos (Scobbie, 2005: 306). Es la forma sistemática de organización del intercambio social, estableciendo redes de relaciones jurídicas entre seres humanos, quienes son designados para actuar en beneficio de los fines sociales (Allott, 1992: 226).

En particular, el DI es el derecho autoconstituido para toda la humanidad y contiene tres niveles sistémicos: (i) el DI constitucional, que brinda a las personas jurídicas la capacidad de actuar como partes en las relaciones jurídico-internacionales, y determina las relaciones sistémicas entre los otros dos niveles, y las relaciones horizontales entre los derechos estatales; (ii) el DI público, que es la rama del DI que regula la interacción del dominio subordinado de lo público y el dominio de lo internacional público; y (iii) el derecho de las naciones, cuyo ámbito de acción es el de la regulación de las relaciones sociales entre los individuos que conforman una comunidad concreta. En este esquema, el DI público es producto de la combinación del DI constitucional y del derecho de las naciones (Allott, 1999: 37-38).

Más aún, para Allott el derecho y el DI no solamente se autoconstituyen en los niveles de análisis espacial y analítico, sino también en

el temporal. Esta autoconstitución entre temporalidades se enfoca en tres tipos de análisis: (i) cómo fue la sociedad en el pasado, con sus necesidades y obligaciones (constitución jurídica); (ii) cómo es la sociedad en el presente, como actualidad y acción (para ello se requiere estudiar la cotidianidad de los individuos que la componen, con la sumatoria e integración de las actividades que llevan a cabo para perseguir sus propios objetivos) (constitución real); y (iii) cómo puede ser la sociedad en el futuro, como una aspiración que debe guiar su desarrollo (constitución ideal) (Scobbie, 2011: 174).

Cada una de estas constituciones cumple una función respecto a la sociedad de que se trate. Así, en palabras de Allott, “[l]a función de la constitución jurídica es llevar la estructura y el sistema de la sociedad de su pasado a su futuro. Para ello, utiliza la necesidad artificial de la ley para constreñir la voluntad social en el presente. La función de la constitución real es promulgar la voluntad social en el presente mediante la cual la sociedad logra sus objetivos sociales en relación con la especificidad y complejidad infinitas y únicas de lo actual, utilizando actores reales que generan eventos reales, incluidos los eventos en el mundo natural del universo, de todo lo que es y de los eventos en el mundo interior del individuo humano. La función de la constitución ideal es llevar a la sociedad a convertirse en la sociedad imaginada por sus objetivos y sus valores sociales, para dar a una sociedad dada una idea de su yo posible” (1992: 225).

La transición de estas tres constituciones percibe al derecho como aquel que establece futuros posibles para la sociedad conforme a sus teorías, valores y propósitos. El derecho es por ende un proceso de co-constitución permanente, de desarrollo entre las fuerzas sociales que lo crean mediante sus percepciones y los eventos sociales que este genera mediante su aplicación (Scobbie, 2005: 307). De esta manera, el DI encuentra su lugar en la autoconstitución de la sociedad internacional como parte esencial de la autocreación y el autoperfeccionamiento de la especie humana (Allott, 1999: 50).

2.3. Propuesta de transformación social e internacional

Para Allott, hay claridad en que la revolución inicia en el plano de la mente humana. Al ser la sociedad internacional, y consecuentemente el DI, la creación de su conciencia, los individuos y la humanidad

han de tomar la responsabilidad sobre la misma. Como protagonistas de esta revolución, los individuos en lugar de los Estados son los llamados a determinar el contenido sustantivo del DI (Scobbie, 2005: 313).

El DI en la actualidad está sustentado en casi todos sus aspectos en el desorden, la incoherencia y la contención, lo que produce un dolor que ha llevado a la sociedad al borde del colapso mental. Dolor que al ser lamentado da la bienvenida a la posibilidad de cambio, a rehacer el DI y con él a reestructurar a la sociedad humana hacia un nuevo orden (1992: 246). Como agentes de cambio hacia ese nuevo orden se requerirá de “abogados que estén dispuestos y sean capaces de hacer posible la constitución social de una realidad humana verdaderamente universal dentro de la cual la humanidad pueda querer y actuar en el presente para transformar su pasado en futuro, que es la potencialidad del ser humano autocreador” (1992: 252).

Además de la reivindicación del derecho como escenario para visualizar otros mundos posibles, Allott prescribe otros frentes de acción en los cuales se debe intervenir para revertir la actual insociedad internacional y alcanzar la eunomía (buen orden social), que busca “reimaginar el mundo humano proponiendo un nuevo ideal de sociedad internacional, la sociedad de toda la humanidad, la sociedad de todas las sociedades”.

La eunomía está asociada a un proyecto utópico integral el cual “incluye la tarea de volver a concebir la forma en que formamos nuestras ideas, nuestros valores y nuestros propósitos”. Así mismo, junto con los proyectos eunómicos y utópicos, está el eusófico, centrado en reimaginar lo universal, es decir, la religión (Scobbie, 2011: 170). Como la primera fase del proyecto de transformación social, la eunomía es la reconstrucción de la estructura del DI y de las RI basado en el poder de las ideas para estructurar y reestructurar el mundo. Son las ideas las que tienen la potestad de cambiar las instituciones y el mundo humano y con ellas el futuro humano hacia la supervivencia y la prosperidad (Scobbie, 2005: 301-303).

Respecto a los obstáculos para conseguir esto, Allott sintetiza su propuesta en lo que se ha dado en llamar “el camino a la redención”. Este camino postula una reedición del proyecto intelectual de la ilustración y de los temas pendientes que necesitan ser revisitados. El

autor prescribe como su plan general: (i) bajarle el perfil a la primacía de lo económico; (ii) restaurar la política a su función fundamental y dignificada de producir valores, ideas y prácticas para la sociedad internacional; (iii) empoderar a la filosofía como un medio para trascender el actual estado de la cuestión en el campo internacional; e (iv) imaginar nuevos futuros, demostrando que el actual no es necesario ni ineludible (Bianchi, 2016).

3. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO Y LOS FINES DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL PENAL PARA EL IDEALISMO SOCIAL

Desde la perspectiva del idealismo social, su teleología de la historia conlleva una percepción optimista del derecho y la justicia, en la cual el derecho sirve como un vehículo para insertar el interés común de la sociedad en el comportamiento de sus miembros. El derecho establece por tanto futuros posibles para la sociedad, de acuerdo con sus teorías, valores y propósitos. Por ello, para Allot, el mensaje principal tiene que ver con “[l]a búsqueda incesante de lo ideal, de lo aspiracional [...] la mente humana tiene el poder de crear el futuro imaginado, lo que debería ser, y luego usando la razón para implementarlo [...] el derecho tiene la labor de cambiar la realidad social, la historia, la conciencia humana y el sentido de responsabilidad” (Scobbie, 2011: 175).

En este orden de ideas, se puede considerar que el idealismo social también hace una crítica a la responsabilidad internacional del individuo y replantea los fines de la JIP en lo relativo a la función del lenguaje en su construcción. Así, el principal cuestionamiento que el idealismo social le plantea a la JIP es que el Estado está divorciado de la sociedad a quien le da su expresión formal.

Para Allot, la concepción de las élites sobre las relaciones intra e interestatales proporciona los fundamentos filosóficos de un mundo gobernado y adaptado a los intereses de los Estados, o mejor a los intereses de las élites, en detrimento de las necesidades de la humanidad (Scobbie, 2011). Como resultado, el DI que margina a la humanidad está lejos de ser lo que debería ser, es decir, un “[...] derecho como institución central de la sociedad, una actividad central de la concien-

cia, del individuo y lo social. En circunstancias normales esto aliena al derecho internacional de jugar el rol en la realización de la eunomía —el buen orden de una sociedad auto-organizada—” (citado en Scobbie, 2011: 183).

Sin embargo, es importante señalar que Allot diferencia el legalismo del derecho. En su perspectiva, el legalismo es la ley pervertida. Esta es una característica de la insociedad internacional actual. El derecho es diferente al legalismo porque juega un rol importante en la revisión de esta insociedad. Así, según Scobbie, “el derecho es la perspectiva para la realización del ideal del interés general. Allot argumenta que la sociedad se constituye en tres dimensiones —como ideas, como prácticas y como ley—, pero en el proceso de su co-constitución, el derecho transforma las ideas en prácticas mientras asegura la continuidad social y el cambio” (2011: 186). Y es en ese proceso de co-constitución en el que se puede pensar en las posibilidades del derecho.

Allot considera que la sociedad internacional puede ser realizada desde la relación directa con la conciencia individual, al ser esta la que debería ser la responsable del contenido del derecho. Con esa esperanza, este autor propone la continuidad entre la moralidad de la sociedad nacional y la internacional, lo que no excluye la realización del mal como posibilidad contingente de la conciencia corrupta y ligada con los intereses privados (Scobbie, 2011: 187). El mal público no puede, por tanto, ser atribuido a los individuos, ya que ese tipo de mal es social y sistemático en coherencia con los sistemas sociales (la conciencia está formada por las élites y cuando se adopta es seguida por las masas; idea inicialmente formulada por Arendt en relación con el caso de Adolf Eichmann).

En consecuencia, Allot es reacio a concebir una idea de la JIP porque “las causas y los efectos del mal social permanecen, así como el precio humano, pero la indignación moral se empaña por la farsa de la retribución penal” (citado en Scobbie, 2011: 193). De esta manera, para el idealismo social, la responsabilidad del individuo puede reproducir la insociedad en la sociedad internacional porque no realiza las potencialidades del derecho, sino que las evade.

Sin embargo, el idealismo social es optimista al entrever la renovación del derecho y de la sociedad internacional como algo posible

mediante la revolución de las mentes de los seres humanos. En palabras de Allot, “[...] la noción de lo ideal nos permite transformar las sociedades, y tenemos el deber moral de garantizarnos un mejor futuro [...], el puente entre el pasado y el futuro nos lleva al presente, que es el pivote para influenciar la jugada entre lo actual y lo potencial. Vivir en el presente conlleva responsabilidades— el límite permanente de escoger el futuro [...]” (Allot, 2011: 185).

En definitiva, la principal reformulación del idealismo social con respecto a los fines de la JIP tiene que ver con la reformulación de la verdad histórica, desde la potencialidad del lenguaje como constructo de la verdad. Tanto la historia como el lenguaje son temas centrales en el trabajo de Allot porque, desde su perspectiva, “[e]l lenguaje construye el mundo. El mundo humano es un mundo de palabras. Sin embargo, hay limitaciones en la capacidad de comunicación que limitan, por lo tanto, las posibilidades de construir la realidad social. Al tomar consciencia del lenguaje como medio reflexivo, no neutral, también se puede ver mejor el papel de la verdad y el valor que juega como eje estructural en la fabricación de la realidad humana” (Scobbie, 2011: 173). Consecuentemente, el lenguaje puede ser utilizado de manera ambivalente, sesgada, limitada, como un reproductor del mal, pero también como una revelación de la potencialidad de ser un constructo para formular un orden moral potencial o ideal.

4. LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DESDE EL IDEALISMO SOCIAL

4.1. *La Corte Penal Internacional y los valores que promueve*

Desde un análisis de la función de la CPI a través de la visión del Idealismo Social de Allott, los fines y valores que a cuya consecución se dirige son un claro reflejo del poder de las ideas. La creación de una sociedad eunómica parece posible a la luz de la propuesta creada y desarrollada por la CPI desde su formación y creación.

Sin desconocer los intereses políticos de los Estados en la creación de la CPI, esta también nace como el deseo de integrar y formar una nueva sociedad capaz de entender que el conflicto y la comisión de los más graves crímenes internacionales no pueden quedar impunes,

que la paz y la seguridad son valores necesarios para lograr una convivencia adecuada y que la consolidación de un buen orden social es posible, reimaginando el mundo y la sociedad internacional.

El ECPI establece en su Preámbulo la función de la CPI que busca, en particular, que la comisión de los más graves crímenes de trascendencia internacional no quede impune porque constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de toda la humanidad. Con la creación de la CPI se promueve, por tanto, que se adopten medidas nacionales e internacionales para la prevención y castigo de estos crímenes, logrando lazos de cooperación para que la justicia pueda actuar efectivamente.

El contexto en el cual se decide conformar la CPI es uno marcado por el fin de la Guerra Fría y los recientes conflictos en la ex Yugoslavia (1991-1995) y Ruanda (1994), entre otros, que dejan ver que la sociedad internacional debe proteger y restablecer unos valores mínimos de convivencia y respeto por la dignidad y derechos de las personas en todo el mundo (Felter, 2020). Como se observa en el Preámbulo del ECPI, a través de la CPI se trata de crear una sociedad menos violenta, que rechaza los actos que destruyen a la humanidad y busca establecer mecanismos que permitan una sociedad mejor. En este sentido, el ex presidente de la CPI, el juez Sang-Hyun Song, ha afirmado que:

El sistema del Estatuto de Roma puede ayudarnos a avanzar hacia un mundo más seguro en el que las personas de todo el mundo puedan vivir y prosperar en paz. Sin embargo, esta no es una tarea exclusiva del sector de la justicia; es un objetivo que solo se puede lograr con el fortalecimiento simultáneo de la democracia, el desarrollo y el estado de derecho (Song, 2018).

A través de la CPI se ha logrado que las jurisdicciones nacionales adopten estándares de protección y generen mecanismos de prevención de sucesos violentos a nivel interno (Song, 2018). Además, la CPI ha promovido que los Estados parte cumplan con sus obligaciones *erga omnes* en cuanto a investigar, perseguir y sancionar a los responsables de los crímenes previstos en el ECPI, disminuyendo la impunidad y cumpliendo una función de prevención de comisión de nuevos sucesos o crímenes (Jessberger & Geneuss, 2012: 1087-1090).

A lo anterior hay que añadir que la CPI tiene un sistema de valores relacionado con la reparación a las víctimas, en el cual se mencionan los principios de reparación, restitución, indemnización y rehabilitación, como se observa en el art. 75 del ECPI. Además, para fortalecer la asistencia a las víctimas de los crímenes competencia de la CPI, en el art. 79 del ECPI se establece la creación de un Fondo Fiduciario en su beneficio, que ha llevado a cabo diversos programas en favor de las víctimas y sus familias (Trust Fund for Victims, 2018). De esta manera, se ha venido fortaleciendo con los años la posición de las víctimas ante la CPI (Song, 2018).

4.2. La Corte Penal Internacional y el concepto de insociedad

Según el idealismo social, la función de la CPI podría también ser relevante a la luz de la desconexión que puede existir entre la sociedad y el Estado porque la comisión de diversos crímenes internacionales tiene como fundamento la superioridad de los intereses de las élites gobernantes sobre el bienestar e intereses de la sociedad en su conjunto.

Una de las situaciones analizadas por la CPI, en la que se puede observar la consolidación de la insociedad, es la referente a la situación de la República de Kenia. En esta situación se investigan los crímenes de lesa humanidad cometidos en el periodo poselectoral de las elecciones de diciembre del 2007, en las que Mwai Kibaki, apoyado por Uhuru Muigai Kenyatta, resultó vencedor, imponiéndose sobre Raila Odinga, quien entonces tuvo el apoyo de William Ruto Samoei. Inmediatamente después, se iniciaron olas de violencia en Kenia, lo que llevó a la CPI a abrir una investigación sobre esta situación y a iniciar los casos contra Kenyatta (actual presidente de la República de Kenia) y Ruto (actual vicepresidente de la República de Kenia), por llevar a cabo actos constitutivos de crímenes de lesa humanidad (asesinato, persecución, deportación, violación, entre otros).

En la campaña electoral de 2007, los líderes políticos y culturales de Kenia afirmaron su voluntad de fortalecer la identidad de las nuevas generaciones y ayudar a la juventud a encontrar trabajo. De igual manera, los candidatos a la presidencia y sus equipos políticos buscaron a través de sus discursos diluir las tensiones culturales y de clase existentes (generalmente ocasionadas por la desigual posesión y

la transferencia de las tierras), con el fin de unificar a la población y diluir sus diferencias (CPI, Ruto & Arap, 18/02/2014: 26- 27).

Sin embargo, a pesar de estas intenciones electorales, el panorama en Kenia era muy complejo debido a las estructuras de tenencia de la tierra y su forma de adquisición. Desde la época poscolonial, la tierra en Kenia se entregó al Estado para su administración y control, y a su vez, el Estado la entregó solo a “gente blanca”, pequeñas empresas y empresas compradoras de tierras. La mayor parte del territorio estaba, por tanto, en cabeza del grupo Kikuyu, que a su vez era muy cercano al Estado. Así, el Estado podía ejercer control sobre toda la población al controlar las empresas que realizaban las transacciones sobre la tierra. En consecuencia, no todos los sectores de la población se beneficiaron de esta distribución, y cuando se abría la distribución de tierras a otros grupos se hacía de manera no equitativa, o era una estrategia para calmar los ánimos políticos, como sucedió con los Kalenjins (CPI, Ruto & Arap, 18/02/2014: 48-51).

Las fuerzas policiales en Kenia constituían también un arma de control político y electoral. Estas fuerzas buscaban mantener el equilibrio para la élite y garantizaban la seguridad de las personas en la ciudad y el campo en tiempos no electorales. Sin embargo, la policía, en Kenia era utilizada en tiempos electorales por los políticos que la financiaban para que fuera una extensión de sus intereses y de la fuerza del partido que representaban (CPI, Ruto & Arap, 18/02/2014: 64-65).

Como resultado del mal manejo de la distribución de las tierras y los recursos en la sociedad de Kenia, los líderes políticos se enfocaban tradicionalmente en mantener sus intereses propios y los de sus grupos culturales, étnicos y políticos. Si bien se intentó mantener un discurso de unidad nacional en la campaña electoral de 2007, lo cierto es que las élites poderosas de los grupos más importantes solo querían mantener el estatus y el poder que habían ostentado durante décadas. Como consecuencia de esto, se creó un escenario de insociedad, es decir, de desconexión entre el Estado y sus élites, y el resto de la sociedad.

Por un lado, la gran mayoría de la población keniana buscaba y necesitaba mejores condiciones laborales, con mejores oportunidades para la juventud y con una reforma agraria que mejorara el acceso

a la tierra y redistribuyera los recursos de forma más eficiente. Por otro lado, los grupos de poder habían consolidado sus intereses con compañías y grupos de vigilancia y policía, dejando grupos étnicos rezagados, reprimidos y avasallados. En este escenario de insociedad, los enfrentamientos violentos y la comisión de crímenes de lesa humanidad no se hicieron esperar. Como resultado, la sociedad keniata sufrió las consecuencias del choque de intereses de las élites y grupos predominantes de la región; los abusos sexuales, los asesinatos, los desplazamientos forzados, entre otros actos, fueron ejecutados en contra de la sociedad civil.

La CPI debería, en principio, contribuir a reducir o reconciliar los intereses de la sociedad keniata por un lado, y de sus gobernantes y de la élite política por otro lado. En la medida en que los procedimientos de la CPI se realizaran con eficacia, a tiempo y en beneficio de las víctimas, estos procesos de cercanía serían tangibles y contribuirían a poner fin a la impunidad. De esta manera, la insociedad podría reducirse o eliminarse y la CPI podría constituirse como una herramienta jurídica imparcial que contribuiría a hacer justicia, respetar los derechos de los más vulnerables y reestablecer el orden y la paz.

Sin embargo, es importante hacer un análisis amplio de las limitaciones de la CPI en cuanto al ideal de poner fin a una situación de insociedad, como la presentada con la situación en Kenia. Si bien la apertura de los casos en contra de Kenyatta y Ruto (que tras ser imputados se unieron en la fórmula electoral que resultó vencedora en las elecciones de 2012 y que se mantienen en el poder hasta la actualidad) constituía, desde la perspectiva del idealismo social, una muy buena señal para lograr a través de la acción de la CPI una sociedad distinta, el cierre de estos casos denota un retroceso en la consecución de esta meta.

Así, la Fiscalía solicitó, el 5 de diciembre de 2014, que se retiraran los cargos en contra de Kenyatta debido a la falta de elementos de prueba y cooperación por parte de las autoridades de Kenia, lo cual dificultaba probar la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable (CPI, Kenyatta, 13/03/15: párr. 4). Meses después, el 15 de marzo de 2015, la Sala de Primera Instancia V(B) consideró apropiada la decisión de la Fiscalía y recordó que, aunque se terminaban los procedimientos en contra del acusado, estos se podrían reanudar

si obtenían nuevos elementos de prueba (CPI, Kenyatta, 13/03/15). Por su parte, el 5 de abril de 2016, la Sala de Primera Instancia V(A) decidió por mayoría que el caso en contra de Ruto debía también terminar debido a la falta de elementos de prueba, resultante en buena parte de la violencia ejercida sobre los testigos del caso (CPI, s.f.D).

Ante situaciones de esta naturaleza, la CPI tiene muy pocas herramientas prácticas para reaccionar si no cuenta con la cooperación de los Estados y la participación de los testigos. La presentación de los elementos de prueba siempre será necesaria para cumplir con los estándares probatorios previstos en el ECPI. Además, la terminación anticipada de los procedimientos por razones políticas y probatorias puede llegar incluso a generar una situación de insociedad todavía más intensa, y un sentimiento de rechazo de la sociedad civil y las víctimas hacia la CPI.

5. CONCLUSIÓN

Si bien el idealismo social puede ser calificado como una teoría crítica del DI, su problematización de la función de la CPI puede terminar siendo más benévola que otras posturas cercanas. Lo anterior debido que ella alcanza a entrever una luz hacia la eunomía por medio del ideario que representa este tribunal, al vislumbrar su potencial para convertirse en una alternativa a la insociedad.

La prevalencia de las ideas y del poder creador de las mismas hacia las instituciones que guían a la comunidad internacional desde el idealismo social ofrece una gama de posibilidades analíticas a aquellos interesados en comprender las dinámicas del DI actual, y de la CPI en particular. No obstante, la prevalencia de los individuos como unidades de análisis, por encima de la abstracta entidad estatal, facilita el entendimiento del DI más allá de las matrices de pensamiento que han dominado la teoría y práctica jurídicas internacionales hasta el momento.

Finalmente, un desafío importante para futuras investigaciones interesadas en proseguir por este camino radica justamente en la necesaria ponderación ontológica entre materialismo e ideacionalismo. Perder de vista que la CPI es una instancia concreta, formada por personas con intereses específicos, relaciones de poder concretas y

vínculos con Estados y OI puede generar un vacío en el análisis desarrollado por el idealismo social. Es por lo tanto importante no descuidar los elementos materiales para acercarse a un fenómeno desde una multiplicidad de enfoques que enriquecen su apreciación. De lo contrario, se podría estar cayendo en la exaltación de discursos utópicos con poca conexión con el mundo exterior, legitimando un orden social injusto y desigual en el nombre de los valores universales y democráticos contenidos en la letra muerta del papel.

REFERENCIAS

Doctrina

- Allott, P. (1992). "Reconstituting Humanity: New International Law". *European Journal of International Law*. Vol., 3. Pp. 219-252.
- Allott, P. (1999). "The Concept of International Law". *European Journal of International Law*. Vol. 10. Pp. 31-50.
- Bianchi, A. (2016). *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford: Oxford University Press.
- Campos, F. & Lozano, N. (2018). "La Corte Penal Internacional: dos debates internacionales, un embate político". *Derechos Fundamentales a Debate/ Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco*. Pp. 5-20. Recuperado de: http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No8/ADEBATE-8-art1.pdf
- Cerda, C. (2017). "Incidentes y riesgos de involución en la Corte Penal Internacional". *Revista Criminalidad*. Vol. 59(2). Pp. 125-138.
- Cryer, R, Friman, H, Robinson, D & Wilmschurst, E. (2010). "Genocide". En R. Cryer, h. Friman, D. Robinson & E. Wilmschurst (ed.). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 208-209.
- Felter, C. (2020). *The Role of the International Criminal Court*. Council on Foreign Relations. Recuperado de: <https://www.cfr.org/background/role-international-criminal-court>
- Fernández de Gurmendi, S. (2000). "La creación de la Corte Penal Internacional". *Relaciones Internacionales*. Vol. 9(19). Pp. 85-96.
- Hernández, A. (2002). "La Corte Penal Internacional: fundamentos y características". *Derecho PUCP*. Vol. (55). Pp. 437-517.
- Jessberger, F. & Geneuss, J. (2012). "The many faces of the International Criminal Court". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 10(5). Pp. 1081-1094.

- May, L. (2005). *Crimes against Humanity: A Normative Account*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Olasolo, H. (2016). “Los fines del derecho internacional penal”. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Vol. 14 (29). Pp. 93-146. Doi: 10.11144/Javeriana.il 14-29.f dip
- Rocha, M. (2018). *Evolución del derecho internacional penal de Nuremberg y Tokio a la Corte Penal Internacional: sentando las bases de la justicia internacional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Estratégicas de la Armada de México.
- Scobbie, I. (2005). “Slouching towards the Holy City: Some Weeds for Philip Allott”. *European Journal of International Law*. Vol. 16(2). Pp. 299-313.
- Scobbie, I. (2011). “The holiness of the heart’s affection’: Philip Allot’s theory of Social Idealism”. En A. Orakhelashvili (ed.). *Research handbook on the theory and history of international law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd. Pp. 168-195.
- Scheffer, D. (2012). “El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. *Política criminal*. Vol. 7(13). Pp. 209-229.
- Shaw, M. (2008). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

- CPI, [Sala de Apelaciones]. Situation in Afghanistan, *Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Doc. Núm. ICC-02/17 OA4. 5 de marzo de 2020. Citado como: CPI, Afganistán, 5/03/2020. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00828.PDF
- CPI. [Sala de Primera Instancia V(B)]. Situation in the Republic of Kenya, *Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta*, Doc. Núm. ICC-01/09-02/11. 13 de marzo de 2015. Citado como: CPI, Kenyatta, 13/03/2015. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_02842.PDF
- CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. Situation in Afghanistan, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Doc. Núm. ICC-02/17. 12 de abril de 2019. Citado como: CPI, Afganistán, 12/04/2019. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02068.PDF

Resoluciones, informes y otros documentos

- Amaya, A. (2020). *La primera audiencia contra el expresidente sudanés Omar al-Bashir es aplazada tras iniciar el juicio*. Recuperado de: <https://www.france24.com/es/20200721-sudan-omar-albashir-golpe-estado>.
- Corte Penal Internacional (s.f.(a)). *Situation in Darfur, Sudan*. Doc Núm. ICC-02/05. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/darfur>.
- Corte Penal Internacional (s.f.(b)). *Situation in the Republic of Burundi*. Doc. Núm. ICC-01/17. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/burundi>.
- Corte Penal Internacional (s.f.(c)). *Preliminary examination. Republic of the Philippines*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/philippines>.
- Corte Penal Internacional (s.f.(d)). *Ruto and Sang Case. The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. Doc Núm. ICC-01/09-01/11. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/kenya/rutosang#icc-timeline>.
- Corte Penal Internacional. Asamblea de Estados Parte (2016). *Declaración del Presidente de la Asamblea de los Estados Parte, Sr. Sidiki Kaba, decimoquinto período de sesiones de la Asamblea de los Estados Parte*. 16 de noviembre de 2016. Recuperado de: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/ASP15-Opening-Statement-PASP-SPA.pdf.
- Corte Penal Internacional. Comisión Preparatoria (1999). *Comments on the Proposal Submitted by the United States of America concerning Terminology and the Crime of Genocide (PCNICC/1999/DP.4)*. 22 de febrero de 1999. Recuperado de: <https://www.legal-tools.org/doc/86b874/pdf>.
- Corte Penal Internacional. Comité Preparatorio (1996). Press Release L/2762. *Preparatory Committee for Establishment of the International Criminal Court Discusses Definitions of 'Genocide' and 'Crimes against Humanity'*. 25 de marzo de 1996. Recuperado de: <https://www.legal-tools.org/doc/651005/pdf>.
- Corte Penal Internacional. Fondo Fiduciario para las Víctimas (2018). *Assistance Programmes.0 The Trust Fund for Victims*. 18 de noviembre de 2018. Recuperado de: <https://www.trustfundforvictims.org/en/what-we-do/assistance-programmes>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2018A). *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Case Information Sheet*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/albashirEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2018B). *ICC Statement on The Philippines' Notice of Withdrawal: State Participation in Rome Statute System Essential to International Rule of Law*. Press Release. 20 de marzo de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1371>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2019). *ICC Judges Reject Opening of an Investigation regarding Afghanistan Situation*.

- Press Release. 12 de abril de 2019. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1448>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2020). *Afghanistan: ICC Appeals Chamber Authorizes the Opening of an Investigation*. Press Release. 5 de marzo de 2020. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1516>.
- Corte Penal Internacional. Sala de Primera Instancia V(a) (2014). *Trial Hearing Witness: KEN-OTP-P-0464, The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap*. Doc. Núm. ICC-01/09-01/11-T-8. 18 de febrero de 2014.
- Deutsche Welle (16/03/2018). Filipinas oficializa salida de la Corte Penal Internacional. 16 de marzo de 2018 Recuperado de <https://www.dw.com/es/filipinas-oficializa-salida-de-la-corte-penal-internacional/a-43006753>.
- Estados Unidos de América. Departamento de Estado. (2010). *Observaciones de Koh y Rapp en el compromiso de Estados Unidos con la Corte Penal Internacional y el resultado de la Asamblea de Estados Parte de la CPI*. 5 de junio de 2010.
- Human Rights Watch (1998). *Las Disposiciones claves del estatuto de la Corte Penal Internacional*. 1 de diciembre. Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/news/1998/12/01/las-disposiciones-claves-del-estatuto-de-la-corte-penal-internacional>.
- Morales, D. (2019). *Oleada de críticas a la CPI por el rechazo a investigar la guerra de Afganistán*. CPI Afganistán. 29 de abril. Recuperado de: <https://www.efe.com/efe/america/mundo/oleada-de-criticas-a-la-cpi-por-el-rechazo-investigar-guerra-afghanistan/20000012-3963124>.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (1998). Acta final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. 17 de julio de 1998. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/241/88/PDF/N9824188.pdf?OpenElement>.
- Rusia (2016). The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation. *Statement by Russian Foreign Ministry N. 2111-16-11-2016*.
- Song, S. (2018). *Past achievements and future challenges of the ICC. Key-note Speech for the 20th Anniversary of the Rome Statute*. 17 de julio de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20a-ceremony/20180717-sang-speech.pdf>.

III.1.2. La función de la Corte Penal Internacional desde las aproximaciones histórico-contextuales subalternas

Capítulo 14

LA PERSPECTIVA HERMENÉUTICA HISTÓRICO-CONTEXTUAL BÍBLICA

Juan Esteban Santamaría Rodríguez
José Leonar Botero Martínez

1. INTRODUCCIÓN

Dilucidar la concepción y aplicación de la justicia resulta relevante en contextos que han sufrido el impacto de estructuras de opresión, graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH. Por ello, el presente texto propone una interpretación teológica de la función de la CPI conforme a una triple dimensión estructural, retributiva y restaurativa, con base en las distintas concepciones de la justicia que subyacen en la tradición judeocristiana del Antiguo y del Nuevo Testamento. Esto necesariamente supone su interpretación desde la dinámica de la Alianza de Dios con Israel a través de la ley mosaica, su reiteración en el mensaje proclamado por los profetas dada la estructura de pecado y opresión imperante en Israel y su resignificación en la misión de Jesús a propósito de su vivencia desde el “mandamiento principal”.

El criterio de interpretación teológica histórico-contextual nos sitúa ante el carácter compasivo y misericordioso que acompaña a la triple noción de justicia (estructural, retributiva y restaurativa) en el contexto bíblico. Esto hace que se centre su interés en la realidad de las víctimas, lo que, con el fin de revisar la función de la CPI, exige el análisis de la justicia desde la realidad de los victimizados por las estructuras de pecado/opresión.

Con base en estos argumentos, el capítulo analiza el sentido y finalidad del DIP a la luz de su aplicación a través de la CPI a los máximos responsables de crímenes de *ius cogens*. Con ello se visibilizan, tanto las tensiones derivadas de la excesiva centralidad dada al victimario en detrimento de las víctimas por las prácticas de investigación y enjuiciamiento, como las contradicciones de orden ideológico entre los Estados parte.

2. HORIZONTE DE ANÁLISIS: LA TRADICIÓN BÍBLICO-TEOLÓGICA SOBRE LA JUSTICIA

Interpretar la función que ejerce la CPI abre horizontes de posibilidad para resignificar la concepción teórica y práctica de la JI. Hacerlo desde la perspectiva de la teología cristiana supone establecer una relación directa con el sentido de justicia que en ella está presente, el cual se recoge en la Sagrada Escritura (Gálvez, 2016: 272-279; Aranda, 2015: 96-100).

La tradición bíblica hace explícita una justicia de Dios frente a la situación de opresión que padece el pueblo de Israel, bien sea a manos del poder religioso y político que lo gobierna, o del pecado que en él habita al separarse de sus principales preceptos: la observancia de la Ley, la fidelidad en el culto y la práctica de la misericordia (Sivatte, 1982: 13-34; Alegre, 1982: 35-58). Por tanto, al proponer este horizonte de análisis, la idea de justicia que se expresa implica: (a) destacar el carácter “compasivo” y “misericordioso” del actuar de Dios para liberar a su pueblo de la esclavitud (Ex 3, 7-12); (b) comprender la forma en que los preceptos de Dios orientan la vida de Israel por el camino del perdón de los pecados, la conversión y la fidelidad (Ex 22, 23 - 23-33); y (c) actualizar su Alianza desde el “mandamiento principal” (Mt 22, 34-40, Mc 12, 28-34, Lc 10, 25-28) como praxis que hace efectivos su Reino y su justicia desde la misión histórica de Jesús (Mt 5, 1-12).

Analizar la función de la CPI desde este horizonte implica también recuperar el carácter histórico-contextual sobre el cual subyace esta forma de justicia para Israel; y con ello, destacar el sentido que hoy asume según la dimensión histórica y política de la acción de Jesús (Ellacuría, 2000: 13-31). En este sentido, es una justicia que se entiende como “compasiva” y “misericordiosa” ante las realidades de victimización que hoy imperan (Papa Francisco, 2013, 2015; Santamaría, 2017: 410-411), y a su vez, con un carácter preferente por las víctimas cuya fuerza histórica es lugar de verdad, liberación y salvación.

Para abordar la justicia bíblica a los fines de esta reflexión resulta oportuno acudir al movimiento profético israelita y a la misión histórica de Jesús según hemos indicado, todo ello en el marco de la historicidad de la acción de Dios a favor de la liberación y salvación de su pueblo. Gracias a este criterio interpretativo se establece como punto de partida y de llegada para el ejercicio de la función de la CPI

la realidad de las víctimas, porque son ellas el lugar en el que la misericordia y la compasión de Dios se manifiesta, interpela y transforma.

Según lo expuesto, una hermenéutica histórico-contextual desde la tradición bíblica de la función de la CPI constituye una “eclipse con dos focos” (Schickendantz, 2013: 96, 104). Asumiendo un carácter dialéctico, el primero de ellos expresa la identidad bíblica de la justicia, mientras el segundo se centra en su carácter normativo. Así mismo, el primer foco permite interpretar el segundo, consistente en la aplicación de la JI por la CPI.

El criterio de historicidad que se propone desde el horizonte teológico hace pensar en las posibilidades que ofrece para actualizar la función de la CPI. Más aún, para una eventual reconfiguración de sus principios que permita una aplicación de la justicia cuyo lugar preferente sea la realidad de las víctimas. Es así como el ámbito “histórico-contextual” genera un dinamismo respectivo (Ellacuría, 1991: 59-60; Arango, 2009: 410) porque la perspectiva teológica promueve un desplazamiento conceptual y práxico a partir del lugar que aquellas ocupan en la realidad histórica.

La dinámica interpretativa que se articula ocurre por tanto en la realidad histórica (Santamaría-Rodríguez, 2018: 12-22; Pérez, Nieto, Santamaría-Rodríguez, 2019), lo que hace posible una comprensión de la función de la CPI para resignificar el modo en que ejerce justicia desde su “vocación universal” y la legitimación de su función por los Estados parte (Martín, 2014: 306-362). Hecho que implica, además, apelar por la reparación de las víctimas antes que aceptar las garantías políticas y diplomáticas de los Estados, dadas las tensiones ideológicas imperantes en ellas (Chinchón, 2015: 127-129). Además, bajo cualquier circunstancia, se hace urgente el reconocimiento de la responsabilidad internacional de los individuos en los crímenes que se propone juzgar como elemento indispensable para su retribución y el desarrollo de prácticas de restitución.

3. PRIMER FOCO: EL HORIZONTE DE LA JUSTICIA EN SENTIDO BÍBLICO

El horizonte de la justicia bíblica puede inferirse a partir de las características que asume en el movimiento profético de Israel (Antiguo

Testamento) y en la misión de Jesús en su tarea de anunciar el Reino de Dios (Nuevo Testamento). En consecuencia, su sentido emerge en la historicidad que acompaña al modo en que: (a) los profetas denuncian la estructura de pecado y opresión que se comete en Israel a manos del poder político-religioso que allí gobierna, y anuncian una esperanza de salvación a partir del reconocimiento de su pecado, su conversión y la fidelidad a Dios según sus preceptos (Ex 22, 23 - 23-33); y (b) en la forma como Jesús actualiza la Alianza entre Dios y su pueblo al hacer explícito el “mandamiento principal” (Mt 22, 34-40, Mc 12, 28-34, Lc 10, 25-28) con el cual se instaura el Reinado de Dios (Jn 13, 34).

3.1. El movimiento profético en Israel

En el Antiguo Testamento, el pueblo de Israel establece su relación con Dios sobre la base del cumplimiento de la ley mosaica y sus preceptos (Ex 20, 1-21)¹, especialmente aquellos establecidos en el Pentateuco (Gálvez, 2016: 274-276; Sicre, 2000: 65-127). Tras asentarse en la tierra que Dios le ha prometido tras su liberación de la esclavitud en Egipto (Jos, 1, 1-5), irrumpe en Israel el movimiento profético hacia finales del siglo XI a.C. con Samuel y el surgimiento de la monarquía (Sicre, 1998). Su misión radica en actualizar el modo como Israel debe mantener su Alianza con su Dios, y sobre todo, en concienciar a su pueblo para ello (Sicre, 1998: 249-260).

El profeta es aquel que responde a la llamada de Dios. Así mismo, es quien actúa en la historia de Israel para anunciar su mensaje. Un ejemplo de ello son Jeremías y Ezequiel: “Irás a donde yo te envíe, y dirás lo que yo te ordene” (Jr 1, 7); “[...] les comunicarás mis pa-

¹ Al hacer referencia a la ley mosaica está indicándose aquí el Decálogo que, según la tradición bíblica judeocristiana, fue revelado por Yahvé a Moisés durante la travesía de Israel hacia la tierra prometida. Algunos autores señalan que este código tiene similitudes con los códigos jurídicos constituidos en las antiguas sociedades semíticas. Así, para Vegas (2004: 119), “[l]as investigaciones modernas han puesto de relieve las marcadas semejanzas del código babilónico de Hammurabi (hacia el s. XVIII a. E. C.) con la legislación sinaítica atribuida a Moisés, sin que exista unanimidad sobre si debe considerarse como fuente suya o, como parece preferible, tan sólo formuló conceptos jurídicos comunes a los pueblos semíticos de la antigüedad, sin que exista dependencia directa”.

labras, escuchen o no” (Ez 2, 7). Así pues, el profeta es aquel que se sitúa ante la comunidad para hablar desde el mensaje que dirige Dios a su pueblo (Botero, 2012).

Son los profetas los que, bajo una experiencia religiosa extática al principio (Pikaza, 2008: 838), seguida de un compromiso vocacional (Pikaza, 2008: 839), comunican el mensaje de Yahvé a Israel. Con todo, “los profetas aparecen [...] como hombres y mujeres a los que Dios ha llamado, para decir su palabra. No son representantes de la institución sacerdotal, ni delegados de un grupo social, sino portadores de la Palabra de Dios” (Pikaza, 2008: 839).

El movimiento profético en Israel es amplio (Sicre, 2012: 169-178). Varios son los profetas que surgen en Israel antes de su consolidación como nación (Sicre, 1998: 219-248), en los tiempos de la monarquía, y durante y después del exilio en Babilonia (Olasolo, Pinto, Santamaría y Zúñiga, 2019: 118-124). Siendo esto así, es preciso centrar la mirada en aquellos que la tradición bíblica reconoce como los profetas de la justicia: Amós y Miqueas, uno situado en el Reino del Norte (Israel) y el otro en el Reino del Sur (Judea).

Ambos profetas hacen parte del siglo de oro de la profecía israelita (Sicre, 1998: 261-300). Su labor tiene un efecto bisagra entre la profecía oral y escrita. Es gracias a ellos, junto a los profetas Oseas e Isaías, que la literatura profética comienza a desarrollarse como forma de registro de aquello que fue anunciado a Israel ante la eventual desgracia resultante de la absolutización del poder político y económico de sus gobernantes, así como de la separación de los preceptos divinos (Sicre, 2000: 220-223).

Amós y Miqueas desarrollan su actividad en el siglo VIII a.C. aproximadamente. Destaca en ellos su anuncio frente a “la situación de los marginados sociales” (Amós) y “la opresión de los campesinos de la Sefela por parte de los terratenientes y de las autoridades de Jerusalén” (Miqueas) (Sicre, 1998: 262). Siendo testigos de la forma en que los reyes del Norte y del Sur despilfarran los recursos en sus suntuosos palacios, denuncian la opresión de los más pobres a causa de la mala distribución de la riqueza en medio del apogeo político-económico existente a costa de su trabajo y sacrificio (Sicre, 1998).

Amós desarrolla su profecía denunciando las “arbitrariedades de las clases opulentas contra las clases subalternas: el embargo, la falsi-

ficación y el salario injusto” (Botero, 2012: 57). Así mismo, señala la corrupción de los jueces y la consolidación de una élite dirigente que es ajena al dolor de los pobres. En consecuencia, es una profecía que insiste constantemente en el castigo de Yahvé a su pueblo por la injusticia y la opulencia de sus gobernantes y el olvido en el cumplimiento de sus preceptos (Sicre, 2012: 195):

Así dice Yahvé: ¡Por tres crímenes de Israel y por cuatro, seré inflexible! Porque venden al justo por dinero y al pobre por un par de sandalias; pisan contra el polvo de la tierra la cabeza de los débiles, y desvían el camino de los humildes; hijo y padre acuden a la misma doncella, profanando mi santo Nombre (Am 2, 6-7).

La profecía de Amós se caracteriza por denunciar los pecados que se comenten en Israel: “pecados sociales (lujo, injusticia y opresión de los débiles) y religiosos (culto hipócrita y falsa seguridad religiosa)” (Jaramillo, 1997: 326). A lo largo de su profecía es posible reconocer cómo el pueblo es víctima de la injusticia que recae sobre él. Según Sicre (2012), en Israel “mientras unos oprimen, otros son oprimidos; unos atesoran y otros se empobrecen; unos venden y otros son vendidos; unos se benefician de las fianzas y tributos, otros deben pagarlos” (194-195). En síntesis, es una profecía que se levanta contra la opresión que sufre el pueblo a manos del poder monárquico, cultural y jurídico que impide la vida de Israel.

Por su parte, Miqueas profetiza contra “los atropellos de que son objeto sus hermanos campesinos, los pequeños agricultores que son víctimas de las presiones de los latifundistas, de los impuestos, de las guerras y reclutamientos forzados” (López, 2001: 35). Es una profecía que denuncia la injusticia de aquellos que poseen la tierra y los pecados allí cometidos. De ahí que su denuncia es contra ellos:

¡Ay de aquellos que planean injusticias, que traman maldades en sus lechos y al despuntar el día las ejecutan porque acaparan el poder! Codician campos y los roban, casas, y las usurpan; atropellan al hombre y por eso, así dice Yahvé: Mirad que yo planeo contra esa gente una desgracia de la no podréis apartar vuestro cuello (Miq 2, 3).

La profecía de Miqueas es una acción que reclama la justicia social del pueblo. Destaca en su mensaje una preocupación ingente por la amplia brecha existente entre ricos y pobres, y frente a las estructuras de desigualdad que allí imperan. La posesión de la tierra pasa a ser

uno de los ejes centrales de su reflexión. Al igual que Amós, denuncia el pecado de opresión y el olvido del precepto mosaico al entrar en relación con cultos extranjeros. Según Jaramillo (1997: 345), al profeta Miqueas “lo hieren las injusticias de los poderosos, la complicidad de los jueces, el engaño de los profetas profesionales, la falsa piedad que encubre el culto y que provoca una falsa seguridad ante el juicio de Dios”:

Miqueas no se enfrenta solo a una serie de injusticias, sino a una “teología de la opresión”. Por otra parte, esta forma de actuar y de ver la vida se encarna en algo muy concreto: Jerusalén. Cortando con toda tradición y promesa anteriores, con el entusiasmo que manifiestan algunos Salmos, el profeta anuncia que “Jerusalén será una ruina, el monte del templo un cerro de breñas” (Miq 3, 12) (Sicre, 1998: 299).

Las profecías de Amós y Miqueas exponen un horizonte de justicia que busca reiterar la hoja de ruta definida por Dios para Israel: “el interés y el afecto por las personas más débiles” (Sicre, 2012: 395). Sus acciones en Israel y Judea puntualizan dos aspectos centrales del movimiento profético israelita: (a) denunciar el pecado que se comete en los Reinos del Norte y del Sur y la opresión que recae sobre el pueblo a manos de las autoridades políticas, jurídicas y religiosas; y (b) anunciar su liberación y salvación, la cual proviene de Dios y tiene como criterio fundamental la conversión.

Los contextos en que Amós y Miqueas profetizan se caracterizan por el estado de opresión de su pueblo. Allí comunican el castigo de Dios que está por venir en medio del auge económico. Lo hacen además a pesar de que no era lícito ir en contra del orden establecido, y siendo plenamente conscientes de la instrumentalización que se estaba produciendo de la tradición religiosa y las leyes del pueblo de Israel. En consecuencia, estos profetas tenían “[...] conocimiento de la realidad, credibilidad moral, [y] la solvencia para implicarse en el entramado social, [en donde estaban] decididos a ofrecer un proyecto de vida capaz de guiar a la sociedad hacia la meta de la justicia que constituye en verdad, un buen modelo para incentivar la regeneración ética y el compromiso social” (Pongutá, 2008: 46).

Ambos profetas anuncian también a su pueblo que llegará un nuevo día en el que cada uno tendrá su parcela de tierra y nadie los ex-

pulsará, ni los explotará, para sumirlos en la pobreza, el abandono y el olvido (López, 2001):

Entonces haré volver a los deportados de mi pueblo Israel; reconstruirán las ciudades devastadas y habitarán en ellas, plantarán viñas y beberán su vino, cultivarán huertas y comerán sus frutos. Yo los plantaré en su tierra y no serán arrancados más de la tierra que les di, dice Yahvé, tu Dios (Am 9, 14-15).

¿Qué Dios hay como tú, que perdone el pecado y absuelva al resto de su heredad? ¡No mantendrá para siempre su cólera pues ama la misericordia; volverá a compadecerse de nosotros, destruirá nuestras culpas y arrojará al fondo del mar todos nuestros pecados! Y mantendrás tu fidelidad a Jacob y tu amor a Abrahán, como juraste a nuestros antepasados, desde los días de antaño (Miq 7, 18-20).

El anuncio de esta esperanza viene acompañado con la posibilidad de una salida al círculo de opresión siempre y cuando el pueblo se mantenga fiel a Dios a fin de poder restituir la justicia, el amor, la fraternidad y la solidaridad. La misión de ambos profetas tiene por tanto una intencionalidad clara frente a la opresión político-económica de los Reinos del Norte y del Sur sobre su pueblo. Con todo, detrás de su mensaje se ve necesaria la conversión del pueblo y el retorno a la justicia en términos éticos (Jaramillo, 1997: 326); esto es, estableciendo la equidad de condiciones en la sociedad israelita. Con ello desvela la verdadera naturaleza de la ideología religiosa que asumió el poder en Israel para justificar su proceder (Sicre, 2012: 417).

3.2. *La misión de Jesús*

En el Nuevo Testamento, el concepto de justicia se actualiza en la misión de Jesús. No puede desconocerse, sin embargo, su posterior desarrollo en los demás libros que integran esta parte de la Sagrada Escritura (cartas paulinas, cartas católicas, cartas pastorales, carta a los Hebreos y tradición joánica)². El análisis de la idea de justicia que subyace a la acción histórica de Jesús relatada por los Evangelios permite identificar su sentido a la luz de la relación de Dios con Israel desde la ley mosaica y el movimiento profético de Israel.

² La tradición joánica hace alusión al Evangelio de Juan, las cartas joánicas y el libro del Apocalipsis.

El contexto histórico en que vive Jesús es una realidad atravesada por la opresión religiosa, la injusticia económica y la dominación político-militar, agravada por los altos impuestos y el sometimiento al Imperio Romano (Trevijano, 1995: 70-71). Además, en la sociedad judía de este tiempo, se impone un modelo de dominación religiosa sostenido sobre un sistema económico en torno al culto y al templo, en detrimento del verdadero sentido de la observancia de la Torá y el cumplimiento de la ley (Mt 21, 12-17; Mc 11, 15-19; Lc 19, 45-46; Jn 2, 13-22) (Meier, 1998).

El testimonio que los Evangelios presentan de la persona de Jesús permite inferir su capacidad para reconocer el sufrimiento y padecimiento de quienes son marginados por estas estructuras religiosas, económicas y políticas imperantes en el Israel gobernado por Herodes (Trevijano, 1995: 72-78). Ejemplo de ello son los relatos que atestiguan:

(a) La curación de mujeres y hombres enfermos o endemoniados en su tiempo³:

- *Curación de endemoniados:*
 - Mc 1, 23-28, Lc 4, 31-37; Mc 5, 1-20, Mt 8, 28-34, Lc 8, 26-39
 - Mc 1, 32-34, Mt 8, 16, Lc 4, 40-41.
 - Mc 9, 14-29, Mt 17, 14-21, Lc 9, 37-42.
- *Curación de la suegra de Simón:* Mc 1, 29-31, Mt 8, 14-15, Lc 4, 38-39.
- *Curación a enfermos de lepra:* Mc 1, 40-45, Mt 8, 2-4, Lc 5, 12-16.
- *Curación del criado de un centurión:* Mt 8, 5-10, Lc 7, 1-10, Jn 4, 46-53.
- *Curación de paralíticos:*
 - Mc 2, 3-5, Mt 9, 1-8, Lc 5, 17-26
 - Mc 3, 1-6, Mt 12, 9-14, Lc 6, 6-11.

³ Los textos bíblicos indicados hacen alusión a aquellos que están presentes de forma paralela en los evangelios sinópticos (Marcos, Mateo y Lucas) y en la tradición joánica. Es importante señalar que, en cada Evangelio, incluyendo el de Juan, existen relatos individuales que dan razón de numerosas curaciones a otros seres humanos.

- *Curación de una mujer hemorroísa y resurrección de una niña:* Mc 5, 21-43, Mt 9, 18-26, Lc 8, 40-56.
- *Curación de enfermos en Genesaret:* Mc 6, 53-56, Mt 14, 34-36.
- *Curación de la hija de una mujer sirofenicia:* Mc 7, 24-30, Mt 15, 21-28.
- *Curación de un ciego de Jericó:* Mc 10, 46-52, Mt 20, 29-34, Lc 18, 35-43.

(b) La relación con quienes eran considerados pecadores en aquella sociedad israelita:

- *Cena con pecadores:* Mc 2, 15-17, Mt 9, 10-13, Lc 5, 29-32.
- *Cena con un fariseo y una mujer pecadora:* Lc 7, 36-50.

(c) La oposición que se establece frente a los escribas y fariseos al respecto de la autoridad religiosa, la interpretación de la ley judía y su aplicación:

- *Discusión sobre tradiciones farisaicas:* Mt 15, 1-9, Mc 7, 1-13.
- *Signos que piden saduceos y fariseos:* Mt 16, 1-12, Mc 11, 8-21, Lc 11, 16 - 12, 1.
- *Controversias sobre la autoridad:* Mt 21, 23-27, Mc 11, 27-33, Lc 20, 1-8.
- *El tributo a la autoridad:* Mt 22, 15-22, Mc 12, 13-17, Lc 20, 20-26.
- *Controversia a los fariseos y escribas:* Mt 23 1-12, Mc 12-38-40, Lc 11, 39-52.
- *Discusión con fariseos y legistas:* Lc 11, 37-54, Mt 23, 6-7, Mc 12, 38-39.

(d) La confrontación a las autoridades religiosas en el momento de su prendimiento y enjuiciamiento:

- *Apresamiento de Jesús:* Mt 26, 47-56, Mc 14, 43-52, Lc 22, 47-53, Jn 18, 2-11.
- *Enjuiciamiento ante la autoridad religiosa del Sanedrín:* Mt 26, 57-68, Mc 14, 53-65, Lc 22, 54-71, Jn 18, 15-18.

Los asuntos que abordan los pasajes evangélicos expuestos relatan una acción de Jesús en relación directa con quienes son sometidos por las estructuras de marginación, opresión y exclusión en la sociedad

judía de su tiempo. Si bien es cierto que los textos evangélicos no son un relato histórico y cronológico de la vida de Jesús, el carácter teológico que contienen sobre la base de la narrativa de quienes los redactaron, permiten hacer una interpretación del carácter mesiánico de su acción histórica, y con ello, de su sentido como concreción del plan de salvación de Dios para Israel.

Así pues, es preciso señalar que “la percepción e interpretación que hace Jesús de su realidad lo lleva a asumir posturas de orden político y religioso que contrarían las normas y las estructuras establecidas por una sociedad totalmente verticalizada” (Botero, 2012: 67). En síntesis, es una opción que lo lleva a denunciar la opresión e injusticia del sistema romano-judío imperante en su época.

Sin embargo, su mensaje también anuncia la liberación y la salvación al igual que los profetas israelitas. En este orden de ideas, puede inferirse un carácter profético en su misión cuyo punto de partida y de llegada es su realidad, con respecto a la que señala todo aquello que oprime a la sociedad. En la base de este rol profético, los textos evangélicos presentan en Jesús un elemento que actualiza el horizonte de justicia procedente de la tradición bíblica del Antiguo Testamento. Se trata del “mandamiento principal” como motor que impulsa el ser y el quehacer de los individuos y la sociedad (Meier, 1998: 32). Este se entiende como praxis de amor-fidelidad a Dios, pasando por la caridad, la compasión y la misericordia con el prójimo y consigo mismo. Es un mandato que confronta la rigurosidad de las autoridades religiosas de su tiempo en la interpretación de la Ley y el mensaje de los profetas:

Se levantó un legista y dijo, para ponerle a prueba: “Maestro, ¿qué he de hacer para tener en herencia vida eterna?” Él le dijo: “¿Qué está escrito en la Ley? ¿Cómo lees?” Respondió: “Amarás al Señor tu Dios con todo tu corazón, con toda tu alma, con todas tus fuerzas y con toda tu mente; y a tu prójimo como a ti mismo”. Díjole entonces: “Bien has respondido. Haz eso y vivirás” (Lc 10, 25-28)⁴.

Los textos sobre el “mandamiento principal” que están presentes en los Evangelios Sinópticos enfatizan el mismo contenido con acento

⁴ En la tradición de los Evangelios sinópticos, este texto se encuentra también en Mt 22, 34-40 y Mc 12, 28-34.

propio. En el caso del evangelio de Mateo, el diálogo se realiza con un fariseo que pregunta a Jesús sobre este mandato, y a quien responde afirmando lo siguiente: “De estos dos mandamientos penden toda la Ley y los Profetas” (Mt 22, 40). Por otra parte, en el evangelio de Marcos el diálogo es con un escriba, quien también cuestiona a Jesús sobre esta norma, y a quien le indica: “No estás lejos del Reino de Dios” (Mc 12, 34).

Siendo consciente de que las leyes no son suficientes (Botero, 2012), la misión de Jesús se reviste de humanidad, esperanza, exigencia y compromiso que busca la realización del reinado de Dios desde la base del amor, la caridad, la misericordia y la compasión. No en vano el evangelio de Mateo señala en dos ocasiones la siguiente expresión de Jesús: “Misericordia quiero, que no sacrificios” (Mt 9, 13; Mt 12, 7). En ambos casos se refiere a que el mandato de Dios no supone un rigorismo de la práctica religiosa sino su vivencia desde la propia humanidad y realidad. De esta forma, se comprende el modo como Jesús promueve el cambio de paradigma y establece acciones concretas en las cuales devuelve la dignidad a quienes les ha sido negada. Con ello, actualiza y reinstaura el mandamiento principal de la ley divina revelada a Moisés (Ex 20, 1-21).

Desde esta perspectiva de la misericordia y la compasión, el concepto de justicia que subyace en los Evangelios se reviste de humanidad para otorgar el lugar que merecen a los que han sido excluidos, con el fin de que recuperen lo máspreciado: su vida, la cual les ha sido arrebatada por un sistema normativo que desconoce su humanidad y dignidad debido a los intereses políticos, económicos y religiosos de quienes gobiernan.

Los Evangelios exaltan el rol profético y la acción mesiánica de Jesús en relación con la justicia, como elemento que confronta a la sociedad (Massimo, 2011). Expresiones como “bienaventurados”, “misericordia”, “perdón”, “Reino de Dios” son propias del mensaje de Jesús, las cuales se incorporan a su lenguaje y a una acción de justicia que procura la dignidad de Israel en virtud de la voluntad compasiva y misericordiosa de Dios.

El acontecimiento por excelencia que constata lo anterior es el “Sermón de la montaña” (Mt 5, 1-12, Lc 6, 20-23). Las “Bienaventuranzas” allí indicadas son una opción decidida de Dios por los pobres,

los mansos de corazón, los que lloran, los que tienen hambre y sed de justicia, los misericordiosos, los limpios de corazón, los que trabajan por la paz, los que son perseguidos por exigir justicia y por proclamar el mensaje de Dios. En síntesis, es a través de este relato evangélico como el concepto de justicia que subyace en la tradición del Nuevo Testamento hace explícito el carácter compasivo y misericordioso de Dios con su pueblo perseguido por distintos órdenes y estructuras. Así mismo, revela también la esperanza que le llega con ocasión de la instauración del reinado de Dios; realidad nada distinta a un anhelo por una sociedad justa y digna (Santamaría-Rodríguez, 2017: 500-504):

Bienaventurados los que tienen hambre y sed de la justicia, porque ellos serán saciados (Mt 5, 6).

Bienaventurados los que son perseguidos por causa de la justicia, porque de ellos es el Reino de los Cielos (Mt 5, 10).

Así pues, en el medio neotestamentario, la justicia es condición necesaria para la realización del reinado de Dios y su participación en él. El rol profético y mesiánico de Jesús, a través del cual denuncia la opresión y la injusticia en su sociedad, y al mismo tiempo, anuncia la esperanza y la salvación, no tiene un marco explícitamente legal (Botero, 2012). Traspasa sus fronteras en la búsqueda de una justicia que se implica en el compromiso y la radicalidad del amor, la compasión y la misericordia por, desde y para los excluidos de su tiempo. Su fuerza histórica es aquella que transforma su situación de opresión e injusticia en una realidad de salvación y liberación.

De esta manera, “Jesús asume una opción radical por la justicia y por la vida misma” (Massimo, 2011: 14). La justicia integradora del amor es la carta de navegación con la cual Jesús puso en marcha el proyecto del reinado de Dios, y desde donde se empezó a reconfigurar y a estructurar un nuevo modelo que recogiera un sistema normativo orientado hacia el sentido y la exaltación de la humanidad en torno a la justicia (Debergé, 1998).

Jesús procura la inclusión de la sociedad israelita marginada frente al carácter excluyente de su élite político-religiosa, la cual por sí misma no ofrecía mayores posibilidades para comprender la ley mosaica en su sentido máximo: un medio que procura la relación de Dios con su pueblo y del pueblo con Dios, cuya significación misericordiosa y compasiva hace propicia una justicia en términos de igualdad, restitui-

yendo la dignidad a quienes les ha sido quitada y liberando a quienes han sido oprimidos (Santamaría-Rodríguez, 2017).

3.3. Inferencias de un horizonte de justicia bíblico

El movimiento profético encarnado en las figuras de Amós y Miqueas describe un concepto de justicia vinculado a la situación de opresión del pueblo de Israel por el poder político, jurídico y religioso imperante en las monarquías de los Reinos del Norte (Israel) y del Sur (Judea). Se trata, por tanto, de una justicia que subyace al sufrimiento y padecimiento del pueblo, lo que genera el reclamo de los profetas a los reyes que gobiernan y al propio pueblo con el fin de que retornen a la vivencia y la observancia de la ley mosaica, porque esta es el fundamento de la alianza entre Dios e Israel (Ex 3, 7-12) y contiene unos códigos éticos que procuran una vida digna y equitativa para todos sus miembros. En consecuencia, conforme a la identidad semita del quehacer profético y la cosmovisión judía al respecto (Sivatte, 1982: 13-14), recoge un concepto de justicia plurifacético con una triple naturaleza estructural, retributiva y restaurativa (Botero, 2012: 62-65).

El carácter estructural implica “buscar las formas y maneras para que las víctimas de acciones de opresión y de violencia inicien y desarrollen procesos para recuperar la confianza y la dignidad perdida por causa de las aberraciones y violaciones de derechos o por situaciones de injusticia” (Botero, 2012: 64). Por su parte, la naturaleza retributiva supone el envío “a los mecanismos de orden legal autorizados para contrarrestar todas las violaciones de derechos humanos” en donde es “el Estado, en nombre de la ley [aquel] que suministr[a] e impart[e] justicia procesando a los victimarios por delitos cometidos en contra de la dignidad humana” (Botero, 2012: 62). Finalmente, el aspecto restaurativo busca establecer “un contexto en el cual se busca restaurar y crear un espacio donde se generen procesos de reconciliación entre víctimas y victimarios” (Botero, 2012: 64).

De esta manera, se exige a la sociedad israelita conversión y transformación de sus estructuras de opresión, pecado y marginación, en tanto condición indispensable para mantener su Alianza con Dios. No se trata sólo de reestablecer una relación justa y digna con Dios, sino con las víctimas. De ahí que se pretenda una justicia integral que apele

no sólo a evitar la impunidad frente al pecado cometido, sino también a la reparación y restauración de los afectados.

Por su parte, los Evangelios Sinópticos reflejan en la predicación del Reino de Dios y las acciones de Jesús (curación de enfermos, relación con pecadores, confrontación del poder) el carácter “compasivo” y “misericordioso” de Dios con los marginados por el poder político-religioso de su tiempo. De hecho, las “Bienaventuranzas” (Mt 5, 1-12) dejan claro que es a ellos a quienes está destinada principalmente la esperanza de la salvación. Además, Jesús reitera que el “mandamiento principal” es el aspecto fundante de la justicia de Dios: “Amarás al Señor tu Dios con todo tu corazón, con toda tu alma, con todas tus fuerzas y con toda tu mente; y a tu prójimo como a ti mismo” (Lc 10, 27)⁵.

El elemento que actualiza la ley mosaica y el mensaje de los profetas es, por tanto, la implicación antropológica del mensaje de Jesús frente al legalismo de fariseos, escribas y legistas. Este es el camino para instaurar el Reino de Dios (que en todo caso tiene un carácter preferencial para los pobres y excluidos). Además, contiene un criterio de conversión para quienes están del lado de la estructura de poder y opresión. Con ello, se mantiene el carácter estructural, retributivo y restaurativo que caracteriza la justicia en el movimiento profético israelita (Botero, 2012: 68-70).

4. SEGUNDO FOCO: LA JUSTICIA INTERNACIONAL Y LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Las características de la JI y la función de la CPI conforme al ECPI son el “segundo foco” del movimiento elíptico propuesto. Su análisis desde el horizonte de la justicia bíblica permite pensar en un giro epistemológico y práxico de tal modo que su identidad positiva y preventiva despliegue formas estructurales, retributivas y restaurativas en su ejercicio a favor de las víctimas. Esto supone trasladar su centro de actuación desde los victimarios y sus estructuras de opresión hacia quienes las padecen en su condición de víctimas.

⁵ Texto paralelo en Mt 22, 40 y Mc 12, 34.

4.1. La justicia internacional desde la perspectiva de la justicia bíblica

La JI se ha caracterizado por constituir una respuesta de la comunidad internacional para condenar las conductas que más gravemente la menoscaban (genocidio, crímenes de lesa humanidad y guerra y agresión) (Mejía, 2008: 187-189) y prevenir su futura comisión (Olasolo, 2016). En consecuencia, la JI busca poner fin a la impunidad de los máximos responsables de estos crímenes con la finalidad de: (a) fortalecer la conciencia jurídica universal sobre la importancia de los bienes jurídicos que protegen; y (b) prevenir su comisión al mostrar a quienes pueden convertirse en máximos responsables de los mismos, aquello que les puede suceder (Olasolo, 2016).

Con este fin se ha recurrido a la “creación de tribunales internacionales penales y a la acción de las jurisdicciones nacionales, por medio del principio de justicia universal” (Olasolo y Carnero, 2012). Sin embargo, el limitado alcance de su jurisdicción y las tensiones políticas e ideológicas que subyacen a su aplicación a los máximos responsables condicionan su efectividad, toda vez que la JI es muy dependiente de la colaboración de los Estados (Olasolo, 2016: 99; 120).

Proponer la tradición de la justicia bíblica como horizonte de interpretación teológica “histórico-contextual” de la JI permite confrontar su marco normativo y de aplicación con la naturaleza estructural, retributiva y restaurativa que subyace a la idea de justicia en el movimiento profético de Israel y en la misión de Jesús. De esta manera, la interpelación que desde esta perspectiva se hace a la JI ofrece herramientas para ampliar su comprensión y aplicación, rescatando elementos antropológicos que desde el ámbito del DIP no se consideran o se tienen por poco relevantes.

Teniendo la JI y la justicia bíblica por objetivo común ser una respuesta eficaz frente a los crímenes/pecados cometidos, difieren en la forma de hacerlo. Mientras la JI se centra en la aplicación de la pena con base en la investigación y enjuiciamiento de los máximos responsables, y en el efecto preventivo que ello puede generar (Olasolo, 2016), la justicia bíblica no solo deja en evidencia a los culpables/pecadores a través de la denuncia de los profetas y la misión de Jesús, sino que además concentra sus esfuerzos en devolver la dignidad a

quienes han sufrido la violencia del pecado (que, en su gran mayoría, son los maginados de Israel) (Botero, 2012).

Como resultado, la JI se ha concentrado en reafirmar el orden positivo del DIP mediante el desarrollo de exhaustivas investigaciones en torno a los máximos responsables de los crímenes allí recogidos. Sin embargo, en ese proceder largo, desgastante y poco efectivo (Olasolo y Galain, 2018), la JI ha desconocido en gran medida la dimensión humana de las víctimas, porque ha dejado en un segundo plano la generación de procesos dirigidos a la restauración de su dignidad. Así, si bien es cierto que hacer justicia a las víctimas constituye, para una parte de la doctrina, uno de los fines a los que se dirige el DIP (siendo el alcance de su participación en los procesos penales un factor esencial para determinar en qué medida estos ayudan a restaurar su dignidad) (Cryer et al., 2014; Harhoff, 2008), no es menos cierto que los tribunales que antecedieron a la CPI (en particular, el TPIY y el TPIR) distan mucho de haber sido ejemplares en el tratamiento que han dispensado a las víctimas y a los testigos (Harhoff, 2008).

A diferencia de los estatutos del TPIY y del TPIR, el ECPI contiene varias disposiciones que prevén la participación de las víctimas en las actuaciones penales y en el procedimiento de reparación. Además, como subraya Dwertmann (2010), hacer justicia a las víctimas a través de una reparación justa constituye uno de los fines de la CPI, para cuya consecución el art. 75(1) del ECPI faculta a esta última a ordenar el embargo de los bienes del condenado con el fin de obtener los recursos necesarios para restituir, compensar y rehabilitar a las víctimas (Olasolo, 2016: 131-133). Ahora bien, a pesar de ello, los procesos de dignificación de estas últimas no han sido hasta el momento una prioridad en sus actuaciones (2016: 132).

Como hemos visto, la JI tiene también como telón de fondo la prevención general positiva dirigida a “crear conciencia jurídica universal entre quienes dirigen esas instituciones y organizaciones mediante la reafirmación de sus normas y los valores sociales que estas protegen” (Olasolo, 2016: 134). Es aquí donde parece encontrarse su carácter crítico, y donde la dialéctica con el horizonte de la justicia bíblica interpela directamente su función. Así, esta última, exige centrar la mirada no sólo sobre aquellos que cometen los crímenes, porque si bien es importante investigar, enjuiciar y sancionar a los máximos res-

ponsables, restaurar la dignidad de las víctimas es más que relevante (tanto el profetismo israelita como la misión de Jesús presentan como epicentro de la justicia el reconocimiento de la injusticia cometida, la conversión y la restauración). Solo desde aquí es posible un florecimiento de la justicia que tiene por norma principal el amor al prójimo (Mt 22, 34-40, Mc 12, 28-34, Lc 10, 25-28), esto es el reconocimiento del otro por el hecho mismo de su existencia (y con mayor razón cuando ha sufrido los efectos de una estructura de victimización que lo ha oprimido y deshumanizado).

En consecuencia, desde la perspectiva de la justicia bíblica, y apelando al carácter histórico y político de la fe cristiana (Ellacuría, 2000: 13-31), la JI no puede centrarse exclusivamente en la figura del victimario (Botero, 2012). Esto lleva a desconocer la realidad de sufrimiento de las víctimas y legitima ese carácter legalista que proclamaban las autoridades religiosas de Israel (fariseos, escribas, Sanedrín, etc.).

Frente a esta situación, la justicia bíblica habla de una acción transformadora que humaniza la vida de quien oprime y es oprimido. Así pues, frente a la ideologización y desequilibrio de la JI, se requiere que opere de manera legítima y libre para confrontar los dogmatismos y ambivalencias que la acechan. Esto supone entender que la identificación de los máximos responsables y las estructuras de poder desde donde operan no es sino un paso previo para hacer posible los procesos de dignificación de quienes las han padecido.

Este giro epistemológico y práctico abre una posibilidad para liberar a la JI de todo sesgo ideológico procedente de la incidencia política de las Potencias hegemónicas, los Estados parte o los Estados en donde son cometidos los crímenes. Además, promueve la autonomía para aplicar la pena correspondiente a los crímenes en los términos dispuestos, de manera que los mecanismos de aplicación de la JI (directos (tribunales internacionales), indirectos (tribunales nacionales) y mixtos (tribunales híbridos)) sean determinantes frente al carácter estructural de los crímenes, sus actores y sus intencionalidades (Olasolo y Galain, 2018).

Con todo, las dos posturas de la justicia, siendo dialécticas, tienen también una posibilidad en tanto que su mutua implicación podría configurar la resignificación de su praxis para ser propicias y efectivas

en el contexto desde el cual se enuncian. Lo anterior implica un doble movimiento. La actualización y la creación de capacidades para una JI que logre equilibrarse autónomamente frente al dogmatismo y la ideologización, y así mismo, un dinamismo teológico que entienda la justicia como realidad operante de un proyecto que busca la humanización, desde el amor como principio, cuya concreción y transcurso histórico debe tener presente una progresión en términos de dignificación de la vida humana a nivel individual y colectivo.

4.2. La función de la Corte Penal Internacional desde una justicia en, desde y para las víctimas

A la hora de analizar la función de la CPI como mecanismos de aplicación de la JI a partir del horizonte teológico “histórico-contextual”, es necesario tener presente los fundamentos que se involucran en ambos escenarios. Así, mientras la justicia bíblica presenta una triple naturaleza estructural, retributiva y restaurativa, destacando su carácter “compasivo” y “misericordioso” para quienes se convierten y llevan a cabo acciones de caridad, la función de aplicación de la JI por la CPI se dirige a salvaguardar los bienes jurídicos protegidos por los crímenes de su competencia a través de poner fin a la impunidad de sus máximos responsables.

A partir de la “eclipse con dos focos” (Schickendantz, 2013) establecida entre el horizonte de justicia bíblico y la función de aplicación de la JI por la CPI (Olasolo, 2016), lo que emerge como fundamental, es que esta última no sólo debe revisarse en cuanto a su identidad normativa, sino también en relación con su independencia y efectividad.

En relación con la justicia bíblica, su historicidad refleja el modo como la “justicia de Dios” se encarna y opera en la realidad histórica de su pueblo y en su posibilidad de conversión frente a la estructura de pecado que en él impera. Es allí en donde se sitúa su carácter “compasivo” y “misericordioso” (toda vez que su preocupación es la conversión de su pueblo y la fidelidad a su mandato), y, por tanto, donde toma distancia de una JI que recae en la casuística de la estructura legalista.

Por su parte, con respecto a la función de la CPI, la discusión sobre su contenido se centra en la excesiva relevancia que se otorga a los

máximos responsables. Así, si bien, como se recoge, por ejemplo, en el art. 75 del ECPI, la CPI concentra algunos de sus esfuerzos en la protección, la legitimación de sus intereses y la reparación de las víctimas, su principal eje está vinculado a la investigación, enjuiciamiento y sanción de los máximos responsables.

A esto hay que unir los problemas de falta de independencia que experimenta desde una perspectiva procesal e institucional para poder desarrollar su función de manera efectiva. De esta manera, al margen de sus limitaciones jurisdiccionales, su dependencia de la cooperación de los Estados parte, o de la voluntad del CSNU cuando se trata de actuaciones en Estados no parte (Olasolo y Carnero, 2012: 86-107), refleja las grandes dificultades que enfrenta para cumplir con su obligación de ejercer justicia de manera independiente (Anello, 2013: 49-55).

El giro epistemológico y práxico que sugiere la tradición de la justicia bíblica desvela que la tensión ideológica que deslegitima la función de la CPI presenta características que están articuladas a sistemas complejos de opresión tan consolidados, que, por momentos, llegan a oscurecer el carácter simbólico del derecho en general (Segato, 2003: 122-126), y del DIP en particular, afectando con ello la formación de una conciencia universal de rechazo a los crímenes que atentan contra la dignidad humana y la comunidad internacional (Olasolo, 2016: 123-129).

El principio de cooperación de los Estados es fundamental a estos efectos. Sin embargo, el carácter ideológico que permea las relaciones políticas y diplomáticas de los Estados parte, y de “terceros Estados” con la CPI, junto a los intereses de cada uno de ellos en materia de JI, demuestra que la ratificación del ECPI no es, por si misma, suficiente al no garantizar la cooperación efectiva de los Estados parte para que la CPI pueda desarrollar sus actuaciones (Anello, 2013: 55-56). Por lo tanto, si bien es cierto que la CPI no tiene por finalidad afectar la estructura jurídica de los Estados parte, no es menos cierto que la interpretación de su función desde la perspectiva de la justicia bíblica requiere que la CPI: (a) exija de los Estados parte el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar la celeridad y dignidad en los procesos (sobre todo, si tenemos en cuenta su importancia para la restauración de las víctimas); y cuando sea necesario a estos efectos (b) ponga en evidencia (incluso a través de informes extrajudiciales) las

estructuras de victimización, y la sistematicidad y generalización de los crímenes ocurridos.

Con todo, ante la ausencia de un marco normativo más explícito para el ejercicio de la función de la CPI (Olasolo, 2016: 134-135), el horizonte de la justicia bíblica propone que la función de la CPI se desarrolle a partir de un desplazamiento epistemológico y práxico cuyo punto de partida y de llegada sea la realidad histórica de las víctimas (Santamaría-Rodríguez, 2018). Esto supondría que las actuaciones de la CPI adquirirían un carácter más humano, ético y equitativo, lo que permitiría que la pregunta por el “prójimo” (las víctimas) fuera articulada de manera explícita, de tal modo que se convirtiera en un eje central de su función. Sólo entonces, la CPI podría recuperar su carácter simbólico (Segato, 2003), y adquirir plena independencia en la promoción de los bienes jurídicos protegidos por el DIP y la construcción de paradigmas que garanticen la visibilización y restauración de la dignidad de las víctimas.

5. CONCLUSIONES

El concepto de justicia presenta diversos matices de acuerdo con la perspectiva desde la cual sea abordado. Esto no obsta, sin embargo, a que la dialéctica entre la justicia bíblica y la JI que se ejerce a través de la CPI, aun cuando tienen objetos de análisis opuestos, también presenten elementos complementarios.

El horizonte de la justicia bíblica, interpretado desde un criterio histórico-contextual, señala como dato fundamental la historicidad del actuar de Dios a favor de su pueblo, y la exigencia de su conversión ante la estructura de pecado y opresión que lo determina. La acción de los profetas y su manifestación definitiva en la persona de Jesús así lo demuestran con su predicación, sus denuncias, sus anuncios de liberación-salvación y su constante reiteración de la Alianza de Dios con su pueblo (lo que implica la apropiación y vivencia de sus preceptos, todos ellos articulados y en vigor a partir del “mandamiento principal”) (Mt 22, 34-40, Mc 12, 28-34, Lc 10, 25-28).

Por su parte, el criterio que define la JI y su aplicación por la CPI promueve una justicia basada en el DIP positivo, dirigida principalmente a la investigación, enjuiciamiento y sanción de los máximos

responsables y a generar un efecto preventivo mediante la creación de una conciencia universal de rechazo a los crímenes recogidos en el ECPI. Como resultado, llama la atención la excesiva centralidad de la imposición de la pena, el rol principal atribuido a los victimarios en detrimento de las víctimas y las distintas tensiones ideológicas y políticas con los Estados (Parte y no Parte) y el CSNU que limitan la autonomía de la CPI en el desarrollo efectivo de su función.

El giro epistemológico y práxico que sugiere la justicia bíblica, interpretada desde este criterio de historicidad a propósito del actuar de Dios en la realidad histórica de Israel, hace pensar que la JI debería poner atención tanto en el victimario como en las víctimas. Esto implica garantizar su independencia y autonomía, tanto cuando su finalidad es la persecución penal de los crímenes recogidos en el ECPI, como cuando se promueven procesos de naturaleza estructural, retributiva y restaurativa en favor de las víctimas.

Las normas jurídicas por sí mismas no son suficientes para la aplicación de la justicia. Al contrario, según ha sido expuesto, deben estar revestidas por un criterio de humanidad que responda a los contextos y ámbitos que dicen proteger. Más aún, deben ser operativas frente a las realidades que atentan contra la dignidad y la vida humanas. El mensaje anunciado por los profetas y el testimonio que los Evangelios presentan sobre la misión de Jesús así lo corroboran. Es una justicia que exige reconocer el pecado en manos del pecador, supone su conversión y estima su fidelidad al precepto divino, que: (a) contiene unos códigos éticos que buscan asegurar una relación digna y equitativa en la sociedad israelita; y (b) se constituye como itinerario de vida para la comunidad cristiana desde su dimensión histórica y política (Ella-curía, 2000: 13-31).

En consecuencia, desde la justicia bíblica, la JI y la función de la CPI requieren un giro de conversión en su estructura. Al ser visto desde una perspectiva simbólica (Segato, 2003), este giro puede asumir un carácter profético e histórico que tenga como eje principal la realidad del “otro” en su vulnerabilidad y victimización (Caram y Le-guizamón, 2019). De esta manera, “la ley y la moral, como conjunto de normas discursivas debidamente elencadas, [deben] ser impulsadas por el sentimiento ético en dirección de un bien mayor entendido desde la perspectiva del otro minorizado y victimizado” (Segato, 2003:

125-126). En últimas, desde una perspectiva del amor-caridad al prójimo (Mt 22, 34-40, Mc 12, 28-34, Lc 10, 25-28, Jn 13, 34), este giro ha de responder al principio de la compasión y la misericordia manifestados en la acción de Dios en favor de Israel.

Con base en estos elementos puede mencionarse la complementariedad de ambas nociones de justicia, máxime porque su interés es recuperar un carácter ético de la relación entre las personas. Ahora bien, depende de que la JI y la función de la CPI se apropien del giro epistemológico y práxico propuesto para que el concepto de justicia que encarnan tenga una naturaleza estructural, retributiva y restaurativa. De lo contrario, no sólo seguirán centrando su atención en la investigación, juzgamiento y sanción de los máximos responsables, sino que privarán a la víctimas de los mecanismos necesarios para la plena restauración de su dignidad.

REFERENCIAS

Doctrina

- Alegre, X. (1982). “La inhumanidad del hombre y la protesta de Dios. La justicia como clave de comprensión de los evangelios sinópticos”. En J. González, R. Sivatte, X. Alegre, J. Vives, V. Codina & J. Rambla (ed.). *La justicia que brota de la fe*. Santander: Editorial Verbo Divino. Pp. 35-58.
- Anello, C. (2013). “Desafíos de la Corte Penal Internacional en torno a la cooperación de los Estados”. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*. Vol. 1. Pp. 43-60.
- Aranda, F. (2015). “Debates actuales sobre la justicia: historia y desarrollo”. *DavarLogos*. Vol. 14(2). Pp. 71-100.
- Arango, O. (2009). “Teología de la realidad histórica: recorrido por la propuesta metodológica de Ignacio Ellacuría”. *Reflexiones teológicas*. Vol. 4. Pp. 37-56.
- Botero, J. (2012). “Justicia restitutiva, retributiva y estructural en el contexto de la profecía bíblica”. *Reflexiones Teológicas*. Vol. 10. Pp. 53-72.
- Caram, M. & Leguizamón, M. (2019). “La justicia y la cuestión del otro vulnerado. Acercamientos multidisciplinares en diálogo con la Teología”. *Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 5. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.

- Chinchón, J. (2015). “Veinte años de Justicia Penal Internacional: del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia a la Corte Penal Internacional y ¿más allá?” En J. López de Goicoechea (Coord.), *Quaestio Iuris. Miscelánea jurídica con motivo del XX aniversario de la Universidad Alfonso X el Sabio*. Madrid: BDS Librería editorial. Pp. 115-134.
- Concilio Vaticano II (1965). *Constitución dogmática Dei Verbum sobre la divina revelación*. Vaticano: Librería Editrice Vaticana.
- Concilio Vaticano II (1965). *Constitución pastoral Gaudium et Spes sobre la Iglesia en el mundo actual*. Vaticano: Librería Editrice Vaticana.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmshurst, E. (2014). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Debergé, P. (1998). *La justicia en el Nuevo Testamento*. Estella: Editorial Verbo Divino.
- Desclée de Brower (1998). *Biblia de Jerusalén. Nueva edición revisada y aumentada*. Bilbao: Desclée de Brower.
- Dwertmann, E. (2010). *The Reparation System of the International Criminal Court: its Implementation, Possibilities and Limitations*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Ellacuría, I. (1991). *Filosofía de la realidad histórica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ellacuría, I. (2000). “Carácter político de la misión de Dios”. En I. Ellacuría (ed.), *Escritos teológicos, Tomo II*. San Salvador: UCA Editores. Pp. 13-31.
- Francisco, P. (2013). *Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium del Santo Padre Francisco a los obispos, los presbíteros y diáconos, a las personas consagradas y a los fieles laicos sobre el anuncio del Evangelio en el mundo de hoy*. Vaticano: Librería Editrice Vaticana.
- Francisco, P. (2015). *Misericordiae Vultus. Bula de convocación del jubileo extraordinario de la misericordia*. Vaticano: Librería Editrice Vaticana.
- Gálvez, I. (2016). “Justicia y redención de las deudas en la Biblia”. *Proyección y Mundo actual*. Vol. 63(262). Pp. 271-289.
- Harhoff, F. (2008). “Sense and Sensibility in Sentencing—Taking Stock of International Criminal Punishment”. En C. Greenwood & T. McCormack (ed.), *Law at War: The Law as It Was and the Law as It Should Be*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. Pp. 121-140.
- Jaramillo, P. (1997). “Amós”. En S. Guijarro & M. Salvador (ed.), *Comentario al Antiguo Testamento – II*. Estella: Atenas, PPC, Sígueme, Verbo Divino. Pp. 325-336.
- Jaramillo, P. (1997). “Miqueas”. En S. Guijarro & M. Salvador (ed.), *Comentario al Antiguo Testamento – II*. Estella: Atenas, PPC, Sígueme, Verbo Divino. Pp. 345-352.

- López, F. (2001). *Amós y Miqueas: Dos profetas campesinos*. Estella: Verbo Divino.
- Martín, M. (2014). “Iberoamérica y la Corte Penal Internacional: logros y retos de una interacción compleja e inacabada. Araucaria”. *Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades*. Vol. 16(32). Pp. 359-381.
- Massimo, G. (2011). *Comentario al Evangelio de Mateo*. Madrid: Verbo Divino.
- Meier, H. (1998). *Un judío marginal. Nueva visión del Jesús histórico. Tomo I: Las raíces del problema y la persona*. Navarra: Verbo Divino.
- Mejía, J. (2008). “Diferencias entre el derecho penal internacional y el derecho internacional penal”. *Prolegómenos. Derecho y Valores*. Vol. 11(22). Pp. 181-217.
- Olasolo, H., & Carnero, E. (2012). “Extensión y límites de la jurisdicción personal, territorial y temporal de la Corte Penal Internacional”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Vol. 3. Pp. 83-109.
- Olasolo, H., & Galain, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal: atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Olasolo, H., Pinto, C., Santamaría, J., & Zúñiga, M. (2019). “La tensión entre las dimensiones individual y social del perdón a la luz de la superfluidad de las víctimas y los victimarios: atención especial a la situación en Colombia”. En M. Caram & M. Leguizamón (Coord.). *La justicia y la cuestión del otro vulnerado. Acercamientos multidisciplinares en diálogo con la Teología, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 5. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 95-142.
- Pérez, J., Nieto, J. & Santamaría-Rodríguez, J. (2019). “La hermenéutica y la fenomenología en la investigación en ciencias humanas y sociales”. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*. Vol. 19(37). Pp. 21-30.
- Pikaza, X. (2008). *Diccionario de la Biblia. Historia y Palabra*. Estella: Verbo Divino.
- Pongutá, S. (2008). *Por medio de los profetas*. Bogotá: Ediciones Salesianas.
- Santamaría-Rodríguez, J. (2017). “La victimidad como “lugar teológico”: Apropiación teológica desde Ignacio Ellacuría”. *Theologica Xaveriana*. Vol. 67(184). Pp. 481-508.
- Santamaría, J. (2017). “La victimidad como “lugar teológico”. Fundamentos para una teología de la realidad histórica en clave de misericordia”. En

- H. Rodríguez Osorio (ed.). *Interpelaciones del Papa Francisco a la teología hoy. Memorias del Congreso. Congreso Internacional de Teología*. Bogotá: Editorial PPC – Colombia, Consejo Episcopal Latinoamericano, Conferencia de Religiosos de Colombia – CRC, Corporación Universitaria Minuto de Dios, Pontificia Universidad Javeriana.
- Santamaría-Rodríguez, J. (2018). “Teología de la realidad histórica. Aportación epistémica desde Ignacio Ellacuría”. *Theologica Xaveriana*. Vol. 68(186). Pp. 1-29.
- Schickendantz, C. (2013). “Una elipse con dos focos: hacia un nuevo método teológico a partir de Gaudium et Spes”. *Revista Teología*. Vol. 50(110). Pp. 85-109.
- Segato, R. (2003). “La argamasa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del Derecho”. En R. Segato (ed.). *Los elementos estructurales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- Sicre, J. (1998). *Profetismo en Israel*. Estella: Editorial Verbo Divino.
- Sicre, J. (2000). *Introducción al Antiguo Testamento*. Estella: Editorial Verbo Divino.
- Sicre, J. (2012). *Introducción al profetismo bíblico*. Estella: Editorial Verbo Divino.
- Sivatte, R. (1982). “La práctica de la justicia, criterio de discernimiento de la verdadera experiencia de fe, según el Antiguo Testamento”. En J. González, R. Sivatte, X. Alegre, J. Vives, V. Codina & J. Rambla (ed.). *La justicia que brota de la fe*. Santander: Editorial Verbo Divino. Pp. 13-34.
- Trevijano, R. (1995). *Orígenes del cristianismo. El trasfondo judío del cristianismo primitivo*. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia Salamanca.
- Vegas, L. (2004). “La ley en el Antiguo Israel”. *Revista de Ciencias de las Religiones*. Vol. 11. Pp. 119-141.

Capítulo 15

LA PERSPECTIVA DEL POSCOLONIALISMO Y EL SUR GLOBAL*

Laura Catalina Cárdenas Rodríguez
Juan Pablo Pontón Serra
Enrique Prieto-Ríos
Daniela Suárez Vargas

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se adoptó el ECPI, se planteó la preocupación de que la CPI fuera creada por un reducido número de Estados del “Norte Global” y con poco apoyo de los Estados del “Sur Global”¹. Esta situación generó una gran inquietud entre la comunidad internacional por un posible sesgo poscolonial que podría afectar al número de ratificaciones necesario para la entrada en vigor del ECPI (Schabas, 2013: 548).

La preocupación fue mayor porque predecesores de la CPI, el TMI (Nuremberg) y el TMILO (Tokio), se habían constituido y operado al finalizar la II Guerra Mundial bajo una lógica de vencedores y venci-

* El presente capítulo hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos).

¹ El término “Sur Global” hace referencia a países que fueron previamente colonias y que comparten problemas socioeconómicos similares. Representa lo que en la segunda mitad del siglo se conoció como el tercer mundo (Sauvy, 1952; Sauvy, 1986; Pahuja, 2011).

dos, alejados por tanto de cualquier ideal de una comunidad de naciones actuando conjuntamente en el plano internacional. Como lo afirma Brook (2001), las naciones que establecieron estos tribunales lo hicieron con la esperanza de que, a través de los mismos, “el relato de los vencedores constituiría una historia oficial de la guerra que pudiera dominar la conciencia histórica del vencedor y del perdedor por igual” (Brook, 2001: 675). Por ello, la recepción entusiasta de los resultados alcanzados por ambos tribunales en Norteamérica y en algunos países de Europa, contrastó con la fría acogida que tuvieron en varios de los Estados del Sur Global (Schabas, 2013: 547).

En este sentido, Radhabinod Pal, juez del TMILO (Tokio), señaló que la no consideración en el juicio de Tokio del colonialismo de Occidente y del lanzamiento de las bombas atómicas fue “poco menos que cínico neocolonialismo” (Schabas, 2013: 547; Brook, 2001: 694). En efecto, mientras se juzgaban a los dirigentes de los Estados de la Alianza del Eje por sus visiones de supremacía racial, se ignoraba, e incluso se condonaba, la violencia en las colonias de Francia y el Reino Unido y la subyugación de nativos y afroamericanos en los EE.UU. (Reynolds & Xavier, 2016: 964).

A pesar de estas preocupaciones, el ECPI alcanzó en apenas cuatro años las sesenta ratificaciones necesarias para su entrada en vigor (Schabas, 2013: 548). Esto se debió principalmente al inesperado marcado entusiasmo de varios Estados africanos² y latinoamericanos por el proyecto de creación de un tribunal internacional penal permanente. Esta actitud se debió a que estos Estados consideraron entonces que la CPI podía convertirse en una institución capaz de suplir la falta de interés y operatividad de otras instituciones internacionales, como el CSNU, para dar respuesta a los problemas propios de las diferentes regiones. Además, el ECPI proponía una institución guiada por ideales de igualdad en su estructura y de justicia en su concepción, que no obedecía a las lógicas “Norte-Sur”, “ricos-pobres” o “primer mundo-tercer mundo” (Reynolds & Xavier, 2016: 964).

² Algunos ejemplos son Sierra Leona, Burundi, la RDC, Uganda y Nigeria, países en los que, para ese entonces, había un conflicto en curso o venían de superar una situación de conflicto de manera reciente (Schabas, 2013, p. 548).

Sin embargo, el entusiasmo de varios de los Estados del Sur Global por el papel que podría jugar la CPI pronto se convirtió en desilusión y desinterés. Entre los motivos de este cambio de percepción hacia la CPI está la demora en los procesos, la concentración de la mayoría de sus investigaciones en los países del Sur Global (especialmente en los Estados africanos) y el rol del CSNU, que terminó siendo más protagonista de lo que se esperaba en un inicio (Schabas, 2013). Sin embargo, la razón principal de la percepción negativa hacia la CPI ha tenido que ver con su selectividad en las situaciones y casos, la cual ha favorecido los intereses políticos de ciertos Estados del Norte Global, lo que ha llevado a afirmar a algunos autores que la decisión de investigar una situación, o de juzgar a una determinada persona, obedece a presiones políticas externas, más que a razones de técnica jurídica (Kotecha, 2020).

La decisión de la SCP II de la CPI de 12 de abril de 2019, por la que se rechazó la solicitud de la Fiscal Bensouda para iniciar una investigación respecto a presuntos crímenes internacionales cometidos durante el conflicto armado en Afganistán, ha contribuido a afianzar las críticas antes mencionadas. Esto es así porque esta situación afecta a los intereses de varios miembros de la OTAN, especialmente de los EE.UU. Aunque la decisión fue revocada el 5 de marzo de 2020 por la SA, que ha autorizado finalmente el inicio de la investigación, no está claro en qué medida esta última decisión puede contribuir a disminuir la percepción de que la CPI es un instrumento neocolonial.

A la luz de lo anterior, el objetivo de este capítulo es analizar la función de la CPI desde la perspectiva del poscolonialismo y el Sur Global. Para ello, se presentan en primer lugar sus principales postulados, para luego exponer los cuestionamientos relativos al proceso de selección de situaciones y casos por la CPI. A continuación, se abordan los antecedentes, el contexto y el contenido de las decisiones de 12 de abril de 2019 y 5 de marzo de 2020 proferidas en el marco de la apertura de la investigación en Afganistán. Finalmente, se concluye analizando el impacto de estas decisiones en el funcionamiento y la percepción de la CPI por los países del Sur Global.

2. LA COMPRENSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL DESDE EL POSCOLONIALISMO Y EL SUR GLOBAL

Las críticas que han enfrentado históricamente los tribunales internacionales penales, relativas, entre otros aspectos a la falta de equidad, la ausencia de legitimidad y la selectividad en sus procedimientos, “buscan exponer la intimidación del proyecto con el poder hegemónico: su arraigada procedencia y complicidad en las estructuras de dominación geopolítica (económica, cultural, por razón de género)” (Vasiliev, 2020: 627).

En contraste con las críticas convencionales y liberales, según las cuales la solución a los problemas del DIP requiere de más normas jurídicas, instituciones más fuertes y un mayor alcance en su ámbito de aplicación, las aproximaciones del denominado “tercer mundo” al DI, y la perspectiva del poscolonialismo y el Sur Global, cuestionan los fundamentos y la ética de este proyecto.

Estas posturas se inscriben en una crítica más generalizada hacia el DI según la cual el colonialismo, en lugar de ser una preocupación marginal del pasado que el DI ha contribuido a superar, es central en su formación y desarrollo. En particular, el concepto de soberanía es visto como una doctrina que ha sido utilizada, en un primer momento, para excluir al mundo no europeo de las esferas soberanas de poder, y, en un segundo momento, para justificar su ingreso al campo del DI a través de mecanismos de incorporación y transformación (Anghie, 2006).

El neocolonialismo surgió como concepto para describir las etapas posteriores a la descolonización e independencia de los países de África y Asia, tras las luchas contra el dominio colonial europeo. Sin embargo, hoy en día es utilizado para analizar fenómenos de la actualidad como “un concepto transformador que puede ser definido en términos abstractos y que no está sujeto a un contexto histórico específico” (Schuerch, 2017: 39). Ello implica que es erróneo interpretar el neocolonialismo como un fenómeno exclusivamente económico, que se predica solo de las relaciones entre antiguas Potencias coloniales y antiguas colonias, y que ocurre únicamente entre Estados, ya que también puede ser concebido respecto de compañías multinacionales e instituciones y OI (Schuerch, 2017).

En consecuencia, en palabras de Schuerch, el neocolonialismo “describe una relación informal entre Estados de poder y capacidad desiguales que tiene por objeto perpetuar la influencia del Estado con poder en el país subordinado” (2017: 38). En el ámbito del DI, el neocolonialismo se manifiesta principalmente en la imposición no consentida del DI en las sociedades afectadas, y en su aplicación selectiva en favor de los intereses de las Potencias neocoloniales (Schuerch, 2017). Ello explica, en gran parte, las razones por las cuales las pretensiones de universalidad y selectividad en las situaciones y casos ante la CPI son dos de los aspectos que más se le critican.

Las acusaciones de neocolonialismo han sido centrales en la creciente oposición a la CPI por Estados que inicialmente eran sus partidarios, o incluso sus más destacados defensores, como es el caso de Sudáfrica (Lovat, 2020). En este sentido, el expresidente de Gambia, Yahya Jammeh, llegó a afirmar cuando todavía no había finalizado su mandato que “la CPI, a pesar de llamarse Corte Penal Internacional, es en realidad una Corte Internacional Caucásica para la persecución y humillación de personas de color, especialmente africanas” (O’Grady, 2016). De esta manera, el sesgo en contra de los Estados africanos fue una de las razones principales detrás de los anuncios por Burundi, Gambia y Sudáfrica de su intención de retirarse de la CPI en octubre de 2016 (Cerde, 2017: 125)³.

El hecho de que estas críticas partan de parámetros externos al derecho es una de las razones por las cuales suelen ser desestimadas por la comunidad jurídica, pues ven detrás de ellas intereses estratégicos o políticos (Stahn, 2019). Sin embargo, esta es justamente la mayor dificultad que las mismas implican para el DIP, porque las respuestas limitadas a ámbitos jurídicos e institucionales logran únicamente agudizarlas.

³ Es importante recordar que la decisión de Gambia de retirarse de la CPI fue revocada tras la elección presidencial en 2017 de Adama Barrow (Moore, 2017). Igualmente, en Sudáfrica, la Corte Suprema declaró ese mismo año que el retiro de la CPI era inconstitucional porque requería de la aprobación parlamentaria (Onishi, 2017). En consecuencia, sólo Burundi ha dejado de ser un Estado parte del ECPI.

3. LA SELECTIVIDAD AL INTERIOR DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Los críticos de la CPI la han calificado como un instrumento neocolonial por su diseño y funcionamiento. Respecto al diseño de su estructura administrativa, se ha resaltado el hecho de que los mayores financiadores de la CPI son países europeos y Japón⁴, lo cual les ha otorgado “una capacidad considerable para tirar de la cuerda de todas las formas posibles” (Khansa, s.f.).

En relación con la selectividad de situaciones y casos en su funcionamiento⁵, esta tiene como fundamento el principio de complementariedad de la CPI. Este permite conocer solo de aquellas dinámicas de violencia que satisfagan: (a) los criterios jurisdiccionales establecidos en el ECPI; y (b) no sean objeto de investigación o enjuiciamiento por los Estados que tengan jurisdicción sobre los mismos, o sus actuaciones adolezcan de falta de disposición o capacidad (ECPI, 1998, arts. 1, 5, 12, 13 y 17).

Estos criterios de complementariedad han permitido justificar jurídicamente la selectividad ejercida por la CPI para afirmar su competencia sobre: (a) ciertas situaciones y casos en determinados Estados del Sur Global⁶; y (b) ciertos dirigentes de estos Estados presuntamente involucrados en la comisión de los crímenes previstos en el ECPI. Igualmente, estas disposiciones han facilitado que, en la práctica, la CPI ceda ante las presiones de gobiernos del Norte Global en el mo-

⁴ En 2018, Japón, Alemania, Francia y el Reino Unido hicieron las mayores contribuciones al presupuesto de la CPI (Felter, 2020).

⁵ El concepto de selectividad judicial se ha entendido como aquella situación en la que el juzgador tiene el poder discrecional de no actuar respecto de un caso a pesar de que su actuación estaría claramente justificada (Davis, 1969, citado en Armenian, 2016).

⁶ Se debe destacar que las investigaciones de la CPI se han centrado en África, lo que ha llevado a que se presenten críticas por una presunta parcialidad. Sin embargo, no todos los autores comparten estas críticas. En este sentido, Campos y Lozano (2018: 16) afirman que los propios países africanos han legitimado la intervención de la CPI en sus países, porque han activado la jurisdicción de la CPI. Además, la auto-victimización de algunos líderes africanos revela un uso político de la CPI.

mento de decidir sobre el ejercicio de su jurisdicción (Kiyani, 2015-2016: 255; Kotecha, 2020: 108).

Detrás de la selectividad de la CPI, se esconde un rasgo propio del DI poscolonial, el cual invalida la soberanía de Estados considerados débiles y protege aquella de las Potencias o del centro (Kiyani, 2015-2016: 258). Los Estados del Sur Global son considerados como un lugar ingobernable en los que únicamente la misión civilizadora es capaz de hacer llegar la autoridad de la ley y la justicia. Así mismo, se ha insinuado que la CPI ha asumido el rol de perpetuar asimetrías globales de poder y patrones antiguos de sometimiento (Okafor & Ngwaba, 2015: 105). Dicha actitud se inscribiría entonces en el discurso imperialista que utiliza al DI como una herramienta para imponer ideales “civilizados” sobre buena gobernanza y libre comercio (Reynolds & Xavier, 2016: 961). Además de restarle credibilidad a la JIP, la selectividad tiene como consecuencia ocultar la magnitud de los crímenes internacionales cometidos en lugares del mundo en los que las instituciones internacionales han decidido no intervenir (Okafor & Ngwaba, 2015: 101).

Así mismo, para autores como Kotecha (2020: 119), el procedimiento de selección de situaciones y casos en la CPI no cumple con los elementos necesarios para ser considerado “justo” en términos *rawlsianos*; esto es, que sea consistente, imparcial y representativo. Por ejemplo, la diferencia en la duración del examen preliminar de la situación en Colombia, que hasta ahora ha tomado un total de 16 años, es notorio en comparación con el término de apenas una semana que tomó el examen preliminar de la situación en Libia (Kotecha, 2020: 119).

Otras críticas relativas a la selectividad se han centrado en las actuaciones de la Fiscalía, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el ECPI, esta tiene la posibilidad de iniciar investigaciones *motu proprio*. Uno de los mayores problemas que ha encontrado la Fiscalía para comenzar investigaciones a iniciativa propia tiene que ver con la falta de certeza respecto a los objetivos de la CPI, así como con la ausencia de un público determinado al cual tenga que rendirle cuentas (Kotecha, 2020: 110).

Finalmente, la CPI tampoco promueve la representatividad de las víctimas y de las comunidades afectadas, teniendo en cuenta la ausencia de reglas expresas que permitan una interacción entre las víctimas

y la Fiscalía. Además, cuando existen intentos dirigidos a representarlas, únicamente se da voz a ciertas comunidades, excluyendo a otras, probablemente con el fin de permitir alcanzar una decisión en un cierto sentido (Kotecha, 2020). Dicha falta de interacción impide que la CPI, a través de su personal, pueda aprender sobre el contexto de los crímenes cometidos o sobre las perspectivas, experiencias y contextos de los afectados (FIDH; KHRC, 2020: 17).

4. EL ROL DEL CONSEJO DE SEGURIDAD FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Además de los retos en materia de selectividad, otro desafío al que se ha enfrentado la CPI es su relación con el CSNU. El ECPI otorgó al CSNU dos facultades en relación con la CPI. La primera, consagrada en el art. 13(b) del ECPI, es la de activar la jurisdicción de la CPI de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU. Este procedimiento consiste en que el CSNU puede remitir a la Fiscalía una situación en la cual se haya cometido uno o varios de los crímenes previstos en el ECPI (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o agresión). En casos de remisión del CSNU, no aplican los requisitos establecidos por el art. 12 del ECPI, que exigen que para que la CPI pueda actuar es necesario que, o bien el Estado en cuyo territorio tuvo lugar la conducta, o bien el Estado de nacionalidad de los presuntos responsables, sea parte del ECPI (ONU, 1998).

La segunda facultad, consagrada en el art. 16 del ECPI, tiene que ver con la facultad que tiene el CSNU de solicitar a la CPI que no inicie, o que suspenda por un plazo renovable de doce meses las investigaciones o enjuiciamientos que haya iniciado (ONU, 1998). Esta facultad es percibida como una oportunidad para que el CSNU pueda interferir políticamente en la labor de la CPI (Arbour, 2014).

De las situaciones que actualmente son objeto de las actuaciones de la CPI, dos han sido remitidas por el CSNU. La primera es la situación de Darfur (Sudán), que fue remitida en 2005, luego del interés mostrado por el gobierno de EE.UU. durante la administración Bush. La remisión terminó en la expedición de una orden de arresto con respecto a varios imputados, incluyendo al entonces presidente de Sudán, Omar al-Bashir.

La situación en Libia fue remitida por el CSNU a la Fiscalía de la CPI a finales de febrero de 2011, dando lugar a los casos contra Muammar Muhammad Abu Minyar al-Gaddafi (ex Jefe de Estado de Libia), Saif al-Islam Gaddafi (ex primer ministro *de facto*) y Abdullah al-Senussi (ex director de los servicios de inteligencia) por supuestos crímenes de lesa humanidad cometidos a través de las instituciones y fuerzas estatales libias en febrero de 2011.

Frente a estos hechos, la CPI ha sido fuertemente cuestionada. El mismo Bashir la calificó como “un instrumento neocolonial de occidente para la represión de la libertad y soberanía africana” (Campos Orozco & Lozano Flores, 2018: 15). Dichas declaraciones fueron respaldadas por Gaddafi, quién posteriormente “desestima la intención de la CPI para investigarlo, sosteniendo en su defensa discursos anti-imperialistas y anticolonialistas” (Campos Orozco & Lozano Flores, 2018: 15). Por último, se debe destacar también que Paul Kagame, actual presidente de Ruanda, ha afirmado también que la CPI es un instrumento “esclavista y colonialista y, por lo tanto, incompatible con el principio de autodeterminación de los pueblos” (Campos Orozco & Lozano Flores, 2018: 15).

Lo anterior ha generado la falta de voluntad de los Estados africanos para cumplir con sus obligaciones de cooperación con la CPI. Por ejemplo, Bashir asistió a la Cumbre de la UA en Johannesburgo en 2015 y, aunque estaban vigentes “dos órdenes de aprehensión por crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio, no fue detenido por las autoridades sudafricanas alegando inmunidad y la posibilidad de que Sudáfrica perdiera su papel como mediador en la región africana” (Campos Orozco & Lozano Flores, 2018: 15).

Así mismo, llama la atención que en las remisiones de las situaciones en Sudán y Libia, el CSNU haya mostrado una diligencia y eficiencia que contrasta con su inacción respecto de alegaciones de graves violaciones del DIDH y del DIH en otros Estados no africanos, como Sri Lanka y Siria (Arbour, 2014: 199). Para Schabas (2013: 547), este doble rasero se explica ante la inexistencia en estas últimas situaciones de intereses estratégicos de uno o más miembros permanentes del CSNU.

Finalmente, teniendo en cuenta que tres de los cinco miembros permanentes del CSNU (EE.UU., Rusia y China) no son parte del EC-

PI, el efecto práctico de las facultades atribuidas al CSNU por el ECPI es impedir que la CPI pueda investigar las alegaciones sobre los crímenes cometidos por estos Estados (Okafor & Ngwaba, 2015: 105). De esta manera, su capacidad de vetar las resoluciones del CSNU, los sitúa por encima de la universalidad y la aceptación voluntaria de la jurisdicción complementaria de la CPI, que son centrales para su legitimidad (Arbour, 2014).

5. LA RELACIÓN ENTRE ESTADOS UNIDOS Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Otro reto importante que ha enfrentado la CPI desde su constitución ha sido su relación con EE.UU. Como se afirmó en la introducción, mientras que los Estados del Sur Global acogieron inicialmente con entusiasmo el proyecto de creación de un tribunal internacional penal permanente, la posición de los EE.UU. ha sido siempre muy crítica. Durante la etapa de negociación del ECPI, algunos aliados de EE.UU. (como Francia y Canadá) se mostraron preocupados por la posibilidad de que la CPI juzgará acciones de sus nacionales, “especialmente aquellas relacionadas con el uso de la fuerza”. Sin embargo, dichas preocupaciones se redujeron cuando se acuerdo que la facultad de la CPI para iniciar investigaciones debía estar sujeta al principio de complementariedad (Milton, 2009: 110-111).

Sin embargo, esto no convenció a los dirigentes militares de EE.UU., que continuaron mostrando su preocupación porque:

[...] los países que no ratifiquen el tratado de la CPI puedan dar su consentimiento a la jurisdicción de la CPI sobre las tropas extranjeras de mantenimiento de la paz por crímenes cometidos en su territorio, mientras que se niegan a permitir que la CPI juzgue a los responsables de las atrocidades que llevaron allí al personal de mantenimiento de la paz. La preocupación acerca de que los ciudadanos estadounidenses sean juzgados por la CPI, se debe al temor subyacente de que un tribunal politizado pueda ser utilizado por Estados hostiles como un vehículo para desafiar la política exterior de los Estados Unidos (Milton, 2009: 111).

Como consecuencia de lo anterior, EE.UU. ha firmado con otros Estados de la región acuerdos bilaterales de inmunidad (ABI) con la finalidad de “otorgar inmunidad a las tropas norteamericanas en acti-

vidades fuera del suelo estadounidense y, así, excluir a sus ciudadanos y personal militar de la jurisdicción de la Corte” (Echaide, 2014: 7). Así mismo, el Congreso norteamericano sancionó en 2002 la Ley de Protección para los Miembros del Servicio Americano, conforme a la cual “[...] se restringe la cooperación de EE.UU. con la CPI, se contempla un permiso al presidente de EE.UU. [...] para liberar a los ciudadanos estadounidenses y de países aliados de la custodia de la CPI, y se pretende exceptuar a todas las fuerzas estadounidenses en servicio de la imprescriptibilidad de su responsabilidad penal y la jurisdicción universal que el ECPI establece” (Echaide, 2014: 8).

Además, se debe destacar que el Congreso de EE.UU. aprobó la Enmienda Nethercutt, en virtud de la cual, se “suspende toda ayuda económica a los países que han ratificado el tratado de la CPI y que no han firmado el ABI con EE.UU.” (Echaide, 2014: 11). A esto hay que añadir que, durante los años 2002 y 2003, el CSNU adoptó distintas resoluciones (S/RES/1422 de 2002 y S/RES/1487 de 2003) para otorgar inmunidad al personal de Estados no parte de la CPI que estuvieran involucrados en las misiones establecidas o autorizadas por la ONU (Echaide, 2014: 12).

Todos estos desarrollos, que se han venido dando desde la negociación del ECPI, muestran que la posición de EE.UU. frente a la CPI ha estado siempre encaminada a evitar por todos los medios posibles que la CPI investigue y juzgue a sus nacionales. Esto explica de manera clara la reacción de la administración Trump ante la decisión de la Fiscal Bensouda de solicitar la autorización para iniciar una investigación en la situación en Afganistán y la posterior concesión por la SA.

6. LA SITUACIÓN DE AFGANISTÁN⁷

En noviembre de 2017, después de más de diez años de examen preliminar, la Fiscalía de la CPI solicitó a la SCP II la autorización para el inicio de la investigación de la situación en la República Islámica

⁷ La autorización para iniciar la investigación en Afganistán no representa la primera ocasión en la que la CPI afecta intereses de Estados del Norte Global y, en concreto, de miembros permanentes del CSNU. Por un lado, la ratificación por parte de Palestina del ECPI y la decisión de la Fiscalía de iniciar formalmente

de Afganistán (CPI, Afganistán, 20/11/17). Lo anterior, considerando que la Fiscalía contaba con los fundamentos razonables para creer que se habían cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad en el contexto del conflicto armado afgano desde mediados del año 2003⁸ por parte del grupo Talibán, la red Haqqani y las Fuerzas Nacionales de Seguridad Afganas, particularmente la Dirección Nacional para la Defensa y la Policía Nacional Afgana.

Asimismo, en su solicitud, la Fiscalía afirmaba que existían fundamentos razonables para creer que, en el periodo comprendido entre los años 2003 y 2004, las Fuerzas Armadas de EE.UU. y su agencia de inteligencia (CIA) habían participado en la comisión de crímenes de guerra, específicamente actos de tortura, ultrajes contra la dignidad personal y actos de violencia sexual, tanto en territorio afgano, como en centros de detención clandestinos en otros Estados parte del ECPI (CPI, Afganistán, 20/11/17)⁹.

Como resultado de esta solicitud, el gobierno de EE.UU. reafirmó su política hostil contra la CPI, obstaculizando así su rol en la búsqueda y consolidación de la JI (Evenson, 2018). De este modo, en septiembre de 2018, el Consejero de Seguridad Nacional, John Bolton, anunció que el gobierno de EE.UU. se negaría a cooperar con la CPI en el proceso de investigación de los presuntos crímenes de guerra cometidos por sus nacionales en el marco del conflicto afgano, puesto que la decisión de la Fiscalía de solicitar la apertura de una investigación sobre dichos hechos constituía una amenaza a la soberanía

la investigación por los presuntos crímenes de guerra cometidos en el territorio palestino contraría los intereses de quienes no reconocen a Palestina como un Estado (en particular, Israel y EE.UU.). Por otro lado, la determinación de la Fiscalía de la existencia de fundamentos razonables para creer que en Georgia se cometieron crímenes previstos en el ECPI, y la posterior autorización de la SCP para iniciar una investigación por los hechos ocurridos en su territorio entre julio y octubre de 2008 afectan los intereses de Rusia, a la luz del contexto político del conflicto en Osetia del Sur (CPI, s.f. (a)). La elección de la situación en Afganistán para ser analizada en este capítulo obedece a que, a la fecha, es en esta situación donde se han dado mayores desarrollos jurídicos y políticos en relación con la colisión entre el ejercicio de la función de la CPI y los intereses políticos de varias de las principales Potencias del Norte Global.

⁸ El ECPI entró en vigor para Afganistán a partir del 1 de mayo de 2003.

⁹ En particular, aquellos centros de detención en Polonia, Rumania y Lituania.

norteamericana, además de ser contraria a los intereses políticos del país (Kahn, 2018).

Igualmente, Bolton advirtió que el gobierno de EE.UU. procedería a implementar una serie de medidas políticas y jurídicas para prevenir que sus nacionales fueran procesados por la CPI. Entre dichas medidas, Bolton aseguró que procederían a: (i) negociar acuerdos con Estados aliados para evitar la entrega de nacionales estadounidenses a la CPI; (ii) establecer restricciones migratorias y sanciones financieras y económicas al personal de la CPI y a toda entidad o Estado que asista o coopere en la investigación de nacionales norteamericanos; (iii) implementar mecanismos de coerción para restringir los poderes de la CPI; y (iv) limitar el apoyo militar, humanitario y de inteligencia a aquellos países que opten por cooperar con la CPI (Human Rights Watch, 2019a).

Pese al tenso ambiente político generado por la actitud antagónica del gobierno de EE.UU., la SCP II procedió a analizar la solicitud de autorización para la apertura de la investigación realizada por la Fiscalía. Como resultado, el 12 de abril de 2019, la SCPI II (CPI, Afganistán, 12/04/19: párr. 43-86) consideró que la Fiscalía había logrado demostrar la existencia de fundamentos razonables para creer que durante el periodo bajo estudio se cometieron en territorio afgano crímenes previstos en el ECPI (tanto por grupos y fuerzas armadas afganas, como por fuerzas militares y servicios de inteligencia norteamericanos), satisfaciendo de esta manera los requisitos establecidos en los art. 17 y 53 del ECPI para el ejercicio por la CPI de su jurisdicción sobre la situación en Afganistán.

No obstante, la SCP II consideró que los siguientes factores provocarían que la investigación fuera infructuosa: (i) el largo periodo comprendido entre la comisión de los crímenes y la solicitud de apertura de la investigación; (ii) los limitados recursos económicos de la CPI; (iii) las dificultades para obtener una cooperación efectiva por parte del gobierno afgano y de otros Estados y actores internacionales, con el fin de poder realizar las diversas diligencias de investigación de forma eficiente y eficaz; y (iv) la baja probabilidad de acceder y disponer de las pruebas pertinentes. Por lo anterior, la SCP II negó la solicitud realizada por la Fiscalía, ya que consideró que permitir la apertura formal de la situación en Afganistán sería contrario a los intereses de

la justicia, puesto que no daría lugar a una investigación efectiva, ni permitiría el enjuiciamiento de los casos en un plazo razonable (CPI, Afganistán, 12/04/19: párr. 87-96).

Esta decisión provocó fuertes críticas por parte de la sociedad civil y la academia, puesto que permitía que la función de la CPI se viera seriamente limitada e influenciada por el devenir político de la sociedad internacional, y la adopción de medidas de disuasión por parte de potencias globales antagónicas, como es el caso de EE.UU. (Amnesty International, 2019; Human Rights Watch, 2019b; Kersten, 2019; Labuda, 2019).

Como han señalado autores como Anghie y Chimni (2003), pese a autodenominarse entes imparciales y objetivos, las instituciones jurídico-internacionales, como la CPI, son actores intensamente políticos (Dancy & Montal, 2017). Por lo tanto, en muchas ocasiones sus intereses y objetivos de justicia universal ceden ante el poder político de las dinámicas globales (Anghie & Chimni, 2003). De este modo, tanto el DIP como la CPI se han visto alineados al discurso y prácticas tradicionalmente imperialistas del DI, reproduciendo gran parte de la arquitectura colonial implícitamente incorporada por este sistema jurídico (Reynolds & Xavier, 2016).

Asimismo, Kiyani (2019) ha señalado que la decisión de la SCP II de negar la apertura de una investigación en la situación de Afganistán refleja un claro defecto estructural de la CPI, el cual consiste en su dependencia desmesurada de los Estados parte, en especial de aquellos que son Potencias en la sociedad internacional. Además, estos Estados son conscientes de que pueden utilizar esta dependencia a su favor para manipular los enjuiciamientos y alejarlos de sus propios agentes o dirigirlos hacia sus oponentes políticos (Kiyani, 2019).

Por lo anterior, la decisión de la SCP II sugiere la existencia de una seria disparidad entre los ideales de justicia de la CPI y la *realpolitik* que afecta su funcionamiento, lo que ha provocado la posible confirmación de las acusaciones de parcialidad y selectividad que han recaído previamente sobre la CPI (Labuda, 2019; Ezennia, 2016). Un claro ejemplo de ello, es la disposición mostrada por la CPI para judicializar sin objeción alguna a nacionales de Estados no parte del ECPI, siempre y cuando dichos Estados no hagan parte del Norte Global,

o no sean naciones poderosas, como ha ocurrido en el marco de las investigaciones de la situaciones en Darfur y Libia (Kiyani, 2019).

Adicionalmente, la decisión de la SCP II sobre la situación de Afganistán ha demostrado que la presión ejercida por el gobierno de EE.UU. a través de su política hostil de no cooperación con la CPI ha funcionado para influenciar y manipular el actuar de la CPI, logrando obtener decisiones que favorecen los intereses políticos de esta Potencia global. Asimismo, a través de esta decisión, la SCP II ha buscado coartar el actuar de la Fiscalía a partir de razones presupuestales. Como ha señalado Kiyani (2019) a este respecto, el limitado apoyo en recursos financieros por parte de los Estados miembro del ECPI (encabezados por las naciones occidentales) ha llevado a justificar la limitación de la independencia de la Fiscalía en el ejercicio de sus funciones.

Ante esta controversial situación, en junio de 2019, la Fiscalía apeló la decisión de la SCP, puesto que consideraba que esta afectaba seriamente la posibilidad de conducir un proceso justo y expedito en la situación afgana y, adicionalmente, tenía un serio impacto con respecto a la interpretación del alcance de sus facultades de investigación *proprio motu*. Por lo tanto, solicitó a la SA que reconsiderará la autorización de la apertura de investigación en la situación en Afganistán, puesto que la SCP II no solo había errado jurídicamente en la interpretación del contenido de los intereses de la justicia, sino también había abusado de sus funciones al analizar dicho criterio a iniciativa propia, y sin que la Fiscalía se lo hubiera solicitado (CPI, Afganistán, 17/06/19).

En marzo de 2020, la SA de la CPI, por unanimidad, decidió revocar la decisión de la SCP II y procedió a autorizar la apertura de una investigación en la situación de Afganistán. Lo anterior, al considerar que la SCP II había errado en su interpretación del criterio de los intereses de la justicia. Para la SA (CPI, Afganistán, 05/03/20: párr. 23-46), el art. 15 del ECPI establece que, en caso de solicitudes *proprio motu* de la Fiscalía, el control judicial por la SCP sobre la existencia de intereses de la justicia que justifiquen la no apertura de una investigación solo procede cuando estos son alegados por la Fiscalía para no abrirla. En caso contrario, como sucedió en relación con la situación

en Afganistán, la SCP no puede entrar a analizar a iniciativa propia la cuestión de los intereses de la justicia.

Como consecuencia de esta revocación, una vez autorizada la investigación de la situación en Afganistán, el gobierno de EE.UU. procedió a hacer efectivas sus medidas de disuasión política contra la CPI. Así, en junio de 2020, el presidente Donald Trump profirió una orden ejecutiva, mediante la cual suspendió la posibilidad de ingreso a territorio estadounidense de los funcionarios y agentes de la CPI, al igual que a los miembros de sus familias inmediatas. Así mismo, mediante dicha orden ejecutiva, el presidente norteamericano impuso una serie de restricciones económicas al personal de la CPI y a todo individuo o entidad que coopere, asista o patrocine la investigación de nacionales norteamericanos ante la CPI (The White House, National Security & Defense, 2020).

En abril de 2021, la administración Biden revocó estas medidas al considerar el mejor instrumento para que EE.UU. manifestara sus preocupaciones era el de una colaboración con las partes interesadas en el proceso ante la CPI y no el de la imposición de sanciones. En cualquier caso, la nueva administración reafirmó su posición de profundo desacuerdo con la apertura de la investigación (Secretary of State, 2021).

7. REFLEXIONES FINALES

La CPI ha sido calificada como un instrumento neocolonial debido, en gran parte, a que el ejercicio de su función se ha limitado a la investigación y enjuiciamiento por crímenes cometidos en países del Sur Global. Este fenómeno responde a diseños institucionales que facilitan la existencia de presiones políticas en el ejercicio de la jurisdicción de la CPI. En particular, el rol preponderante del CSNU en su activación permite que sus miembros permanentes puedan interferir políticamente, lo que se evidencia, por ejemplo, en la posibilidad de promover o vetar la remisión de situaciones a la Fiscalía, o de solicitar la aprobación de resoluciones del CSNU para suspender sus investigaciones y enjuiciamientos.

Además, EE.UU., que no ha ratificado el ECPI, ha sido en particular protagonista en la imposición de restricciones económicas a las

entidades e individuos que cooperen con la CPI, y en la creación de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad para excluir a sus ciudadanos y personal militar de su jurisdicción.

Es en ese contexto que se debe analizar la solicitud de la Fiscalía para autorizar la apertura de la investigación en Afganistán. La decisión de la SCP II, que el presidente Trump en su momento calificó como una victoria para el Estado de derecho (The Washington Post, 2019), confirmó las preocupaciones de que no existe voluntad política y capacidad institucional por parte de la CPI para investigar situaciones que pudiesen afectar los intereses de los países del Norte Global.

Por ello, la autorización para iniciar la investigación por parte de la SA, que revocó la decisión de la SCP II, no tiene precedentes en la historia de la CPI. Se trata de la primera vez en la que actores estadounidenses podrían ver comprometida su responsabilidad internacional por la comisión de crímenes internacionales (Plachta, 2020) y ha sido calificada como “el paso más fuerte que pudo haber tomado la Corte para restaurar su frágil credibilidad internacional” (Rondeaux, 2020, traducción propia).

Sin embargo, no es lo suficientemente claro hasta qué grado la autorización puede realmente disminuir la percepción de que la CPI es un instrumento neocolonial. Así, pese al logro que representa la autorización de apertura de investigación para la búsqueda de la justicia en el contexto del conflicto afgano, la realidad geopolítica y las relaciones de poder en la comunidad internacional continúan siendo los principales obstáculos para la materialización de los fines y de la función de la CPI. Por lo cual, en la práctica, la agenda de la JI en materia de crímenes internacionales continúa viéndose moldeada bajo lo que el juez Radhabinod Pal (TMILO, 1948) denominó como: “la venganza y el colonialismo de los vencedores de guerra”.

De este modo, la JI termina recayendo exclusivamente en las comunidades que tradicionalmente se han considerado como bárbaras, violentas y no desarrolladas, las cuales se ven sujetas a los criterios de justicia de las Potencias civilizadoras (Anghie & Chimni, 2003). Además, en ningún caso la noción de JI puede enfocarse en las actividades de dichas Potencias, ya que sus actos de violencia se encuentran legitimados a la luz de los valores impuestos por las mismas, y examinar dichos actos implicaría rechazar su soberanía como Estado.

En consecuencia, a la luz de lo anterior, se puede afirmar que, con el fin de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas de crímenes internacionales, es esencial que la CPI tenga en cuenta, en mayor medida, las realidades y dinámicas políticas y económicas entre el Norte y el Sur Global dentro de sus aproximaciones. Para lo cual es esencial que la CPI implemente un nuevo discurso institucional y un lenguaje jurídico que contribuyan a la descolonización del DIP y de su selectividad de situaciones y casos. Asimismo, es fundamental que la CPI se aproxime y esté verdaderamente comprometida con los intereses de aquellos que han sido históricamente oprimidos, sin ceder ante las presiones de quienes cuentan con el poder político, económico y militar en la sociedad. Ello, de manera general, implica también fomentar la cooperación entre Estados y organizaciones, garantizar que haya más transparencia en los exámenes preliminares y garantizar mayor representatividad de las víctimas.

REFERENCIAS

Doctrina

- Anghie, A. (2006). "The Evolution of International Law: Colonial and Post-colonial Realities". *Third World Quarterly*, Vol. 27(5). Pp. 739-753.
- Anghie, A. & Chimni, B.S. (2003). "Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts". *Chinese Journal of International Law*, Vol. 2(1), Pp. 77-103.
- Arbour, L. (2014). "The Relationship Between the ICC and the UN Security Council". *Global Governance*, Vol. 20(2). Pp. 195-202.
- Brook, T. (2001). "The Tokyo Judgment and the Rape of Nanking". *The Journal of Asian Studies*, Vol. 60(3). Pp. 673-700.
- Campos Orozco, F.J. & Lozano Flores, N. (2018). "La Corte Penal Internacional: dos debates internacionales, un embate político". *Derechos Fundamentales a Debate*, Vol. 8, Pp. 5-20.
- Dancy, G. & Montal, F. (2017). "From Law Versus Politics To Law in Politics: A Pragmatist Assessment Of The ICC's Impact". *American University International Law Review*, Vol. 32(3).
- Duque Molina, P.A. (2016). *El excepcionalismo de Estados Unidos frente a la CPI: una valoración ética*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales.
- Echaide, J. (2014). "Aportes críticos sobre el Derecho internacional penal y la CPI". *Revista de Derecho Público*, (33).

- Ezennia, C.N. (2016). "The Modus Operandi of the International Criminal Court System: An Impartial or a Selective Justice Regime?". *International Criminal Law Review*, Vol. 16. Pp. 448-479.
- Johansen, R.C. (2006). "The Impact of US Policy toward the International Criminal Court on the Prevention of Genocide, War Crimes, and Crimes Against Humanity". *Human Rights Quarterly*, Vol. 28(2). Pp. 301-331.
- Khansa, M. (s.f.). *Center for International and Regional Studies, Georgetown University Qatar*. Recuperado de: <https://cirs.georgetown.edu/community-outreach/international-criminal-court-colonial-institution>
- Kiyani, A.G. (2015-2016). "Third World Approaches to International Criminal Law". *American Journal of International Law*, Vol. 109. Pp. 255-259.
- Kiyani, A.G. (2019). "Afghanistan & the Surrender of International Criminal Justice". *Third World Approaches to International Law Review TWAILR*. Recuperado de: <https://twailr.com/afghanistan-the-surrender-of-international-criminal-justice/>
- Kotecha, B. (2020). "The International Criminal Court's Selectivity and Procedural Justice". *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 18. Pp. 107-139.
- Labuda, P.I. (2019). "A Neo-Colonial Court for Weak States? Not Quite. Making Sense of the International Criminal Court's Afghanistan Decision". *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*. Recuperado de: <https://www.ejiltalk.org/a-neo-colonial-court-for-weak-states-not-quite-making-sense-of-the-international-criminal-courts-afghanistan-decision/>
- Lovat, H. (2020). "International Criminal Tribunal Backlash". En Heller, K., Megret, F., Nouwen, S., Ohlin, J. & Robinson, D. (ed.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Milton, H.P. (2009). *International Criminal Court: Policy, Status and Overview*. Nueva York: Nova Science Publishers, Inc.
- Okafor, O.C. & Ngwaba, U. (2015). "The International Criminal Court as a 'Transitional Justice' Mechanism in Africa: Some Critical Reflections". *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9. Pp. 90-108.
- Pahuja, S. (2011). *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Plachta, M. (2020). "ICC Appeals Chamber Authorizes the Prosecutor's Request to Investigate War Crimes in Afghanistan". *International Enforcement Law Report*, Vol. 36.
- Reynolds, J. & Xavier, S. (2016). "The Dark Corners of the World: TWAIL and International Criminal Justice". *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14. Pp. 959-983.
- Sauvy, A. (1952). "Trois mondes, Une planète". *L'Observateur*, (118).

- Sauvy, A. (1986). “Trois mondes, Une planète”. *Vingtième Siècle. Revue d’histoire*, (12). Pp. 81-83.
- Schabas, W.A. (2013). “The Banality of International Justice”. *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11. Pp. 545-551.
- Schuerch, R. (2017). “Chapter 3. European Colonialism and Neo-Colonialism”. En Schuerch, R., *The International Criminal Court at the Mercy of Powerful States: An Assessment of the Neo-Colonialism Claim Made by African Stakeholders*. Zúrich: Asser Press. Pp. 19-41.
- Schuerch, R. (2017). “Chapter 4. Legal Colonialism by European States”. En Schuerch, R., *The International Criminal Court at the Mercy of Powerful States: An Assessment of the Neo-Colonialism Claim Made by African Stakeholders*. Zúrich: Asser Press. Pp. 43-58.
- Schuerch, R. (2017). “Chapter 6. The Universalisation of Western Values Since the Second World War”. En Schuerch, R., *The International Criminal Court at the Mercy of Powerful States: An Assessment of the Neo-Colonialism Claim Made by African Stakeholders*. Zúrich: Asser Press. Pp. 69-98.
- Stahn, C. (2019). *A Critical Introduction to International Criminal Law*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Vasiliev, S. (2020). “The Crises and Critiques of International Criminal Justice”. En Heller, K., Megret, F., Nouwen, S., Ohlin, J. & Robinson, D. (ed.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

- CPI [Sala de Apelaciones]. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. *Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*. Doc. Núm. ICC-02/17 OA4. 5 de marzo de 2020. Citado como: CPI, Afganistán, 05/03/20.
- CPI [Sala de Cuestiones Preliminares II]. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*. Doc. Núm. ICC-02/17. 12 de abril de 2019. Citada como: CPI, Afganistán, 12/04/19.
- CPI. [Fiscalía]. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. *Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”*. Doc. Núm. ICC-02/17-7-Conf-Exp. 20 de noviembre de 2017. Citado como: CPI, Afganistán, 20/11/17.
- CPI. [Fiscalía]. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. *Request for Leave to Appeal the “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute*

on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Doc. Núm. ICC-02/17. 17 de junio de 2019. Citado como: CPI, Afganistán, 17/06/19.

Tribunal Militar Internacional APRA el Lejano Oriente

TMILO. United States et al. V. Araki Sadao et al. *Dissenting Judgment of Justice Pal*. 1 de noviembre de 1948. Citado como: TMILO, 1948

Resoluciones, informes y otros documentos

Amnesty International (2019). *The Prosecutor's Next Steps on Afghanistan Will Determine the Future of the International Criminal Court*. Recuperado de: from <https://hrij.amnesty.nl/the-prosecutors-next-steps-on-afghanistan-will-determine-the-future-of-the-international-criminal-court/>

Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f. (a)). *Georgia: Situation in Georgia*. ICC-01/15. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/georgia>

Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.(b)). *Preliminary examination: State of Palestine*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/palestine>

Estados Unidos de America. Secretary of State (2021). *Ending Sanctions and Visa Restrictions against Personnel of the International Criminal Court*. 2 de abril de 2021. Recuperado de: <https://www.state.gov/ending-sanctions-and-visa-restrictions-against-personnel-of-the-international-criminal-court/>

Estados Unidos de América. The White House, National Security & Defense (2020). *Executive Order on Blocking Property of Certain Persons Associated with the International Criminal Court*. 11 de junio de 2020.

Evenson, E. (2018). "US Takes Aim at the International Criminal Court". *Human Rights Watch*. Recuperado de: <https://www.hrw.org/news/2018/09/11/us-takes-aim-international-criminal-court>.

Federación Internacional por los Derechos Humanos (2018). *The Rome Statute at Twenty (1998-2018): 10 Challenges to an Effective and Independent International Criminal Court*. FIDH.

Federación Internacional por los Derechos Humanos & Kenya Human Rights Commission (2020). *The Victims' Mandate of the International Criminal Court: Disappointments, Concerns and Options for the Way Forward*.

Human Rights Watch (2019a). *US Threatens International Criminal Court*. 15 de marzo de 2019. Recuperado de: <https://www.hrw.org/news/2019/03/15/us-threatens-international-criminal-court..>

- Human Rights Watch. (2019b). *ICC Judges Reject Afghanistan Investigation*. 12 de abril de 2019. Recuperado de: <https://www.hrw.org/news/2019/04/12/icc-judges-reject-afghanistan-investigation>.
- Kahn, M. (2018). “National Security Adviser John Bolton Remarks to Federalist Society”. *Lawfare*. 10 de septiembre de 2018. Recuperado de: <https://www.lawfareblog.com/national-security-adviser-john-bolton-remarks-federalist-society>
- Kersten, M. (2019). “Why the ICC Should Have Opened an Investigation into Afghanistan And How it could ‘Win’ a Confrontation with Washington”. *Justice in Conflict*. 12 de abril de 2019. Recuperado de: <https://justiceinconflict.org/2019/04/12/why-the-icc-should-have-opened-an-investigation-into-afghanistan-and-how-it-could-win-a-confrontation-with-washington/>
- Moore, J. (octubre 27, 2017). “Burundi Quits International Criminal Court”. *The New York Times*.
- O’Grady, S. (octubre 26, 2016). Gambia: The ICC Should Be Called The International Caucasiat Court. *Foreign Policy*. Recuperado de: <https://foreignpolicy.com/2016/10/26/gambia-the-icc-should-be-called-the-international-caucasian-court/>
- Onishi, N. (marzo 8, 2017). South Africa Reverses Withdrawal From International Criminal Court. *The New York Times*. Recuperado de: <https://www.nytimes.com/2017/03/08/world/africa/south-africa-icc-withdrawal.html#:~:text=South%20Africa%20Reverses%20Withdrawal%20From%20International%20Criminal%20Court,-President%20Jacob%20Zuma&text=JOHANNESBURG%20%E2%80%94%20South%20Africa%20has%20revoked,withdrawal%20%E2%80%9Cunconstitutional%20and%20invalid.%E2%80%9D>
- Rondeaux, C. (2020). “An ICC Investigation Into War Crimes Is Key to Securing Peace in Afghanistan”. *World Politics Review*. 13 de marzo de 2020. Recuperado de: <https://www.worldpoliticsreview.com/articles/28599/what-a-war-crimes-investigation-means-for-the-icc-afghanistan-and-the-u-s>
- The Washington Post. (abril 12, 2019). “Trump administration applauds international court’s decision to abandon Afghan war crimes probe”. *The Washington Post*. Recuperado de: https://www.washingtonpost.com/world/national-security/trump-administration-applauds-international-courts-decision-to-abandon-afghan-war-crimes-probe/2019/04/12/610fd2b6-5d4a-11e9-a00e-050dc7b82693_story.html. Citado como: The Washington Post, 2019.
- Unión Africana. Asamblea General. (2008). *Decision on the Report of the Commission on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction*. Doc. Núm. Assembly/AU/14 (XI). Sharm El-Sheikh, Egipto.

Capítulo 16

LA PERSPECTIVA DE LAS DENOMINADAS TEORÍAS DEL TERCER MUNDO

Jorge Rodríguez Rodríguez
Joana Loyo Cabezado

1. INTRODUCCIÓN: LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL

La globalización ha sido un fenómeno que ha transformado todos y cada uno de los aspectos de la sociedad; desde la forma en la que nos relacionamos las personas físicas, hasta cómo lo hacen los Estados. Así, ha modificado el funcionamiento y el entendimiento del paradigma fundacional del DI desde la Paz de Westfalia: la soberanía del Estado (que supone la igualdad entre todos los Estados como sujetos de DI y su control de todo cuanto acontece en el territorio bajo su jurisdicción). Este principio se encuentra cada vez más en cuestión en un mundo que empieza a funcionar globalmente, con todo lo que ello trae aparejado.

Según Delbrück, la globalización puede ser entendida como el proceso de desnacionalización/desterritorialización de grupos de transacciones políticas, económicas y sociales que involucran a actores nacionales e internacionales, públicos y privados, dando lugar a una interconexión global de estos actores en el tiempo y el espacio (2001:16). Este paradigma, que ha sido promovido desde los propios Estados en aras de relajar las barreras nacionales y favorecer el comercio y la inversión internacional, y la libre competencia, entre otras cosas, no ha favorecido a todos los integrantes de la comunidad internacional por igual. Además, ha fortalecido los ejes de dominación Norte/Sur, que ya estaban presentes desde la colonización, aprovechando las estructuras (y en particular las OI) que la globalización ha promovido.

Las denominadas teorías del tercer mundo (TWAİL) vienen a cuestionar este supuesto nuevo paradigma globalizador, como ya cuestionaron el modelo de Westfalia. Así, la mayor parte de los Estados no pudieron acceder a la soberanía hasta que se produjo la descolonización en la segunda mitad del siglo XX. Esta llegada tardía a la soberanía es la principal causante de las desigualdades que actualmente sufren estos Estados bajo la globalización. Como afirma Falk (2016: 1943), el proceso de descolonización no concluye con el simple gesto de izar una bandera en el edificio del nuevo gobierno independiente, sino que requiere el cambio de mentalidad de los antiguos colonizadores y colonizados.

Sin embargo, el proceso de descolonización y el acceso a la soberanía de los Estados del tercer mundo no ha alterado los sistemas de poder. Así, el DI, en cuanto que ordenamiento jurídico de la comunidad internacional, ha sido incapaz de promover un sistema homogéneo de bienestar social y ha favorecido el mantenimiento en los Estados del Sur Global de amplias bolsas de la pobreza y grandes desigualdades. En consecuencia, como los mecanismos de exclusión que privan al mundo no europeo de soberanía “occidental” persisten a pesar del fin oficial del período colonial, podría ser necesario repensar los relatos sobre el colonialismo y la descolonización (Anghie, 2006: 741).

Como las desigualdades, casi perennes, entre los Estados del Norte Global y del Sur Global, han sido interpretadas como falencias en el propio funcionamiento de la soberanía de los Estados (carencias en los sistemas democráticos, crisis humanitarias y generalización de crímenes internacionales), las soluciones ofrecidas por la comunidad internacional se han centrado en limitar la soberanía de los Estados (López Martín, 2009: 24). A pesar de que esta tendencia continúa, existen, sin embargo, en la actualidad otros mecanismos mucho más sinuosos y enmascarados que los antiguos sistemas de colonización. Entre ellos destaca el DI económico y el DIDH.

Con respecto al primero, las condiciones en las que se concretaron los procesos de globalización dejaron en gran desventaja a los Estados del Sur porque tuvieron que empezar a jugar bajo unas reglas en cuya construcción no participaron. Así mismo, como nos relata Toussaint en su obra *Banco Mundial, el golpe de Estado permanente* (2006: 4), los créditos solicitados a este organismo (cuyos presidentes siempre

han sido norteamericanos) por las principales metrópolis conformaron gran parte de la deuda que estas dejaron a los nuevos Estados surgidos tras el proceso de descolonización, frenando así su desarrollo.

En cuanto al DIDH, si bien es cierto que los procesos de descolonización de la segunda mitad del siglo XX trajeron importantes avances en este campo, las TWAIL continúan afirmando que el DIDH encarna una visión excesivamente eurocéntrica en lo referente a la concepción “universal” de los derechos humanos. Gran parte de estas críticas han tenido como objeto la DUDH de 1948, porque, a pesar de ser la base sobre la que construye el sistema de protección universal de derechos humanos, solo 58 Estados participaron en su aprobación, sin que entre los mismos se encontrase la mayor parte de los Estados que conforman la actual comunidad internacional (Villán, 2018: 114).

En el mismo sentido, han sido numerosas las críticas a las concepciones hegemónicas sobre el contenido limitado de los principios de justicia y la libertad. En particular, solo se consideran interferencias en la libertad del individuo actos deliberadamente coercitivos, obviando injerencias externas que impiden, por ejemplo, el acceso a bienes mínimos para la subsistencia o a unas condiciones materiales propicias para el desarrollo humano. Esta concepción de la libertad, entendida como libertad negativa, rechaza que sean considerados como ataques a la libertad la coerción estructural aplicada por ciertas OI hacia aquellos Estados del tercer mundo que tienen escaso poder para posicionarse frente a este intervencionismo (Chimni, 2017: 537).

En definitiva, nos encontramos ante la universalización de lo occidental; donde los usos y costumbres occidentales son vistos y exportados como el modelo siempre a seguir. Según Hall & Hobson, Occidente tiene el deber de rehacer (o civilizar) el mundo no occidental incivilizado a su propia imagen para el mejoramiento de la “humanidad global” (2010: 242). En un sentido similar, Chimni (2012) afirma que en un momento en que el dominio occidental está siendo desafiado por el aumento de las potencias no occidentales, la ideología del paternalismo liberal representa un intento de reafirmar que todo lo bueno en la civilización humana es la contribución de Occidente; que es el guardián de todos los loables valores humanos. Así, nos situamos en un tablero regido por el pensamiento occidental, que determina los

modelos de poder a nivel internacional y el mismo funcionamiento del DI.

Habiendo analizado la base teórica que nos servirá para el desarrollo posterior, este capítulo plantea un análisis de lo general a lo particular. De lo general porque, como hemos comprobado, las TWAIL han desarrollado todo un argumentario que explica cómo la perspectiva occidental en la formación y aplicación del DI ha perjudicado los intereses de los Estados del tercer mundo. Un ejemplo de ello será analizado en la sección 2, que se dedica a dos de las principales prácticas que han mermado la soberanía de los Estados del Sur: la legítima defensa y la Responsabilidad para proteger; las críticas desde las TWAIL a estas figuras compartirán gran parte de lo que plantea frente a la práctica de la CPI. Moviéndonos hacia lo particular, nos centraremos a continuación en la función de la JIP y la cuestión relativa a si podemos entenderla como una justicia con un verdadero alcance global (sección 3). Finalmente, con base en los anterior, se entra a valorar la función de la CPI desde la perspectiva de las TWAIL (sección 4).

2. LAS TEORÍAS DE LOS ESTADOS DEL TERCER MUNDO EN EL DERECHO INTERNACIONAL: UN ANÁLISIS CENTRADO EN LA RESPONSABILIDAD PARA PROTEGER Y LA LEGÍTIMA DEFENSA

Las TWAIL defienden que el DI ha quedado monopolizado por los intereses de los Estados del Norte, tanto en su creación y aplicación, como en la práctica de determinadas organizaciones y tribunales internacionales, como la CPI. Así, para Anghie (2006: 740), el DI consiste en una serie de doctrinas y principios que surgieron y se desarrollaron conforme a la historia y experiencia europeas, y que con el tiempo se extendieron al resto del mundo; posición que han mantenido también otros autores como Verzijl (1968: 435-436). De esta manera, el acceso a la soberanía del territorio quedaba condicionado al cumplimiento de ciertas características culturales y de organización social vistas como esenciales bajo la perspectiva europea; por tanto, su falta de cumplimiento impedía que ese territorio fuera reconocido como soberano, siendo objeto de desposesión y explotación por potencias extranjeras. De esta forma, el DI ha “universalizado” una

visión del mundo, en detrimento de otras, las cuales han sido (y son) simplemente ignoradas. Esto se refleja en que, en pleno siglo XIX, los Estados eran clasificados en civilizados, semi civilizados o bárbaros “y sólo a los primeros les estaba conferida la sagrada misión de civilización sobre pautas que sólo ellos están en disposición de sugerir” (López Martín, 2009: 15).

Un ejemplo característico de lo anterior es el principio de *terra nullius* o “territorio que no pertenece a nadie”. El término, proveniente de las bulas papales, se refiere a las “tierras habitadas por paganos, infieles o personas no bautizadas, a quienes los cristianos trataban, en un sentido fundamental, como no existentes” (ONU, 2010: 35). Por ello, el Papado autorizó su ocupación a los príncipes y reyes cristianos europeos (Stein, 2008: 35). Con base en este principio, se desarrolló posteriormente la llamada “doctrina del descubrimiento”, cuyos efectos sobre los pueblos indígenas han sido descritos de la siguiente manera por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU:

La bula papal *Romanus Pontifex*, expedida en 1455, sirve de punto de partida para comprender la doctrina del descubrimiento y, concretamente, los esfuerzos históricos que las monarquías y los Estados cristianos de Europa hicieron a partir del siglo XV para asumir y ejercer derechos de conquista y dominación sobre los pueblos indígenas no cristianos con la finalidad de apoderarse y sacar provecho de sus tierras y territorios. Esos esfuerzos obedecían al propósito general de acumular riquezas mediante la extracción ilimitada de recursos, en particular de la minería, en los territorios tradicionales de las naciones y los pueblos indígenas (ONU, 2010: 9).

Reminiscencias de este principio pueden todavía encontrarse en ciertas decisiones de la CIJ, como en su opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental* de 1975, que entiende que un territorio no está deshabitado (y, por ende, no entraría en la categoría *terra nullius*), según la práctica estatal, si territorios habitados por tribus o pueblos tienen una organización social y política (CIJ, 1975: 31). Empero, es el entendimiento por la CIJ de a qué llamamos organización “social y política” lo que hace decantar la balanza hacia posiciones claramente occidentales: el hábito de obediencia a un superior común, un cierto grado de permanencia en el territorio y estar constituido por un considerable número de personas (López Martín, 2005: 25). Esta interpretación sobre qué ha de entenderse por “organización social y

política” deja a un lado cualquier forma alternativa de organización socio-política (incluyendo a los grupos nómadas que puedan habitar en la tierra objeto de ocupación), negándoles cualquier derecho sobre dicho territorio.

Como podemos apreciar, el DI de raíz europea promovió desde su creación que los intereses de los Estados del Norte fueran recogidos en las normas jurídico-internacionales. Así, a finales del siglo XIX, Holland se refería al DI (entonces denominado *derecho de gentes*) como: “el derecho de la cristiandad; tan poco aplicable a los infieles como el “derecho común” de las ciudades griegas ... a las sociedades de bárbaros” (ONU, 2010: 6).

El establecimiento de OI, como la CPI, ha favorecido en los últimos ciento cincuenta años la continuación de esta tendencia, que se ve reforzada en la actualidad con los comportamientos intervencionistas en los Estados del Sur por las principales potencias de la comunidad internacional. Son múltiples los argumentos esgrimidos para justificar estas prácticas frente a Estados independientes, lo que ha llevado a autores como Chimni (2012) a calificarlas como “paternalismo liberal” dirigido a universalizar el modelo de democracia liberal occidental a toda costa, a lo que hay que unir las intervenciones por motivos comerciales y geoestratégicos.

Con base en lo anterior, se analizan a continuación dos de las principales manifestaciones del DI actual donde se puede percibir la situación de dominación de los Estados del Norte Global: el nacimiento del principio de responsabilidad para proteger (“R2P”, por sus siglas en inglés) y la extensión de la doctrina de la legítima defensa.

El principio de R2P surge a raíz de la Cumbre Mundial de la ONU de 2005 como un mecanismo que establece una obligación permanente a los Estados para proteger a su propia población y prevenir la comisión de crímenes internacionales en su territorio (Cunliffe, 2011: 56). Además, prevé que, en caso de que los Estado no puedan alcanzar estos objetivos, ya sea por falta de voluntad o de capacidad, sea la comunidad internacional (bien a través de medidas de cooperación con los Estados afectados o mediante la adopción de medidas de intervención directa), la que tenga la responsabilidad de garantizar el desarrollo de esta función de prevención (AGNU, A/60/L.1, párr. 138);

lo que ha abierto el debate sobre si la CPI puede definirse como una institución de R2P (AGNU, A/63/677; Olasolo, 2011; Stahn, 2015).

Los Estados del Sur se oponen a la consolidación en el DI de la R2P por dos motivos principales. En primer lugar, consideran inadecuado que, conforme a este principio, los Estados del Norte sigan siendo los encargados de evaluar la falta de voluntad o de capacidad de los Estados del Sur, lo que refleja con claridad la posición que ocupan unos y otros en la aplicación de este principio (crítica que también se realiza a la función de la CPI) (Stahn, 2014).

En segundo lugar, subrayan el peligro que entraña el mal uso de la R2P, al poder ser utilizada por los miembros permanentes del CSNU para violar la soberanía estatal con el fin de satisfacer intereses propios en nombre de una pretendida defensa de la paz y seguridad internacionales. Esta oposición no es sino el resultado del recelo que despierta el funcionamiento del CSNU como garante de la paz y la seguridad internacionales, pues durante décadas ha demostrado “que no es capaz de asumir las responsabilidades que le ha confiado la Carta UN en materia de seguridad colectiva” (Villán, 2018: 118). Sirva como ejemplo la reacción del CSNU ante la ocupación de Iraq en 2003 por EE.UU. y Reino Unido tras un acto de agresión (UNSC, S/RES/1483, 2003), lo que ha llevado a López Martín (2009: 46) a calificarlo como “convalidador [sic] “complaciente” de las actuaciones de sus miembros permanentes”.

Estos argumentos no han de entenderse como una defensa férrea de la no intervención occidental en los Estados del Sur ante cualquier circunstancia. Por el contrario, el problema se encuentra en todas aquellas situaciones en las que, pudiendo haber intervenido, no se hizo. Como señala Talleyrand (citado en Ramón Chornet, 1995: 17), “[...] la no-intervención es una expresión diplomática y enigmática que significa poco más o menos lo mismo que intervención”. Esto refleja, en última instancia, la arbitrariedad de los Estados del Norte a la hora de intervenir, dejando al descubierto un patrón interesado evidente, más allá de los argumentos en favor de los derechos humanos y la democracia. En palabras de García Pérez (2006: 16):

Las causas de la pasividad no son complejas: no se interviene en aquellos conflictos que no amenazan intereses nacionales directos, o que supongan un riesgo grave e inmediato a la seguridad internacional. Por lo

general, tampoco existe una presión significativa por parte de la opinión pública y de las fuerzas políticas internas para ayudar a unas poblaciones de las que todo se ignora y que habitan en lugares remotos. En consecuencia, fruto de un cálculo pragmático, los decisores políticos consideraron en todos los casos que los costos económicos, militares y políticos de intervenir para impedir el genocidio superaban con mucho el coste de dejar las cosas como estaban. Y para minimizar el coste moral ante la opinión pública informada, una vez tomada la decisión de no actuar fue manipulada la información sobre los acontecimientos, se destacaron la ambigüedad y las contradicciones de las informaciones disponibles, alegaron desconocimiento sobre los hechos y, llegado el caso, pusieron en marcha los mecanismos diplomáticos (las declaraciones solemnes, las negociaciones complejísimas a muchas bandas, las deliberaciones interminables) para ofrecer la ilusión de que se hacía algo, sin necesidad de tener que intervenir.

Este intervencionismo interesado tiene como ejemplo paradigmático el comportamiento de la comunidad internacional ante el genocidio en Ruanda. Para EE.UU., Ruanda era considerada una zona de bajo interés, lo que no hacía fácil justificar una intervención militar en un país con quién no se tenían unos lazos muy estrechos, sobre todo tras la tragedia que había supuesto la intervención en Somalia unos meses antes (Kuperman, 2001: 23). Por su parte, Bélgica, Holanda y Francia se limitaron a salvar a sus propios nacionales antes de su total retirada de Ruanda, una vez que se extendió la violencia en el país (Grünfen & Huijboom, 2007: 259).

Grünfen y Huijboom subrayan que muchos Estados y OI se han disculpado por el papel que desarrollaron. Algunos han llegado a impulsar comisiones de investigación para revelar la verdad de lo sucedido y el rol jugado, siendo los informes finales de las establecidas en Bélgica, Francia, la UA y la ONU muy francos y críticos con respecto al papel que estos países y organizaciones desempeñaron. Sin embargo, hasta el momento, no ha habido responsabilidades individuales; sólo los autores directos han sido condenados en instancias locales, nacionales e internacionales, mientras que quienes tomaron la decisión de no intervenir continúan blindados (2007: 259).

Estrechamente relacionado con el debate sobre la R2P, en las últimas dos décadas ha venido surgiendo un cierto interés por parte de los

Estados del Norte¹ de justificar sus intervenciones armadas con base en una amplia interpretación del derecho *inmanente* de los Estados a la legítima defensa, con el fin de utilizarlo frente a grupos terroristas (sujetos no estatales del DI) en situaciones como las de Afganistán y Siria. Estos grupos tienen, en su mayor parte, su refugio en Estados débiles del Sur, por lo que poco a poco ha ido ganando peso la llamada doctrina *unwilling or unable*, que admite “la posibilidad de que un Estado emplee la fuerza en territorio de otro, sin su consentimiento, por su incapacidad o falta de voluntad de frenar a grupos terroristas que desde allí atacan a otros” (Cervell Hortal, 2018, p. 77).

Esta expansión deliberada y sin ningún asidero jurídico internacional claro ofrece una justificación/excusa más para que los Estados lleven a cabo acciones unilaterales en represalias por ataques terroristas cometidos en su territorio. Como ocurre con la R2P, son los Estados del Norte (víctimas de los ataques) los que evalúan la capacidad y voluntad de los Estados del Sur (refugio de estos grupos) para actuar efectivamente contra los mismos. Sin embargo, como Ahmed (2013: 14) señala, alegar que otro Estado no está dispuesto, no puede o es ineficaz puede ser una afirmación muy subjetiva que está abierta a una manipulación significativa. Esto es así porque la eficacia de un Estado para tratar con actores no estatales no es un asunto que sea fácilmente evaluable por un tercero, lo que implica que existe un margen muy amplio para interpretaciones contradictorias e interesadas.

3. LA JUSTICIA INTERNACIONAL PENAL: ¿UNA JUSTICIA CON ALCANCE GLOBAL?

A lo largo de la historia se han cometido múltiples crímenes internacionales que, como recuerda el preámbulo del ECPI, “desafían a la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”. No obstante, no todos los casos y, por ende, todos los responsables han respondido por los hechos cometidos (Olasolo, 2017: 77-163). Por el contrario, como señala Bassiouni (2013: 782),

¹ Vid. Dawood Ahmed (2003), en particular la página 18 donde se referencia el *power rank* de los Estados más intervencionistas y de aquellos que sufren sus intervenciones.

la mayoría de las situaciones no han recibido respuesta por parte de la comunidad internacional. Por esta razón, desde las TWAAIL se ha defendido que la evolución de la JIP ha quedado siempre al amparo de la voluntad de los Estados del Norte y de su posición de dominio dentro de las principales OI con vocación universal (Stahn, 2015: 55).

Si nos remontamos, por ejemplo, al TMI (Nuremberg), cabe recordar que una de las críticas más notorias que recibió fue la calificación de su actuación como “justicia de los vencedores”, porque los enjuiciamientos se centraron en los máximos responsables del régimen nazi, a pesar de que los crímenes fueron cometidos por todas las partes involucradas en la Segunda Guerra Mundial (Schabas, 2012: 2). En este sentido, conviene recordar que el lanzamiento de las dos bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki tuvo lugar durante la misma semana en que se firmó el Acuerdo de Londres que estableció dicho tribunal (Falk y Krieger, 2012: 125).

Una situación muy similar se vivió con la creación del TMILO (Tokio), que fue calificado por el juez indio Radhbinod Pal como un proyecto imperial que reforzaba la inequidad y la dominación de las potencias occidentales (Stahn, 2019: 168). Pal negaba así la legitimidad de un tribunal que únicamente se centró en los crímenes internacionales cometidos por el bando perdedor, sin tener en cuenta los cometidos por quienes ganaron la Segunda Guerra Mundial.

Décadas después, la jurisdicción del TIPY (1993), el TIPR (1994) y la CESL (2002) ha sido también minuciosamente diseñada por los Estados que participaron en la creación del TMI (Nuremberg), ya que la única diferencia radicaría en que en 1945 se denominaban “grandes Potencias”, mientras que ahora se les conoce como los “cinco miembros permanentes” del CSNU (Schabas, 2012: 4).

Si bien en las situaciones mencionadas ocurrieron crímenes internacionales que demandaban la investigación, enjuiciamiento y sanción de sus máximos responsables, no es menos cierto que al establecerlos se dieron complejos cálculos de oportunidad política. Este tipo de consideraciones ha impedido también la creación de tribunales internacionales con respecto a otras situaciones en las que han ocurrido reiteradamente crímenes internacionales, como sucede en el conflicto entre Israel y Palestina (Schabas, 2012: 4-5). Esta falta de imparcialidad se debe en gran medida a la notable influencia de los

miembros permanentes del CSNU, quienes vetan cualquier resolución que pueda afectar a sus intereses estratégicos (Schabas, 2014: 6). El problema, tal y como señala Mamdani (2010: 62), es que cuando se aplica el DI de manera selectiva, el resultado es su subordinación a los dictados del poder.

Con la aprobación y entrada en vigor del ECPI se esperaba que pudiera revertir esta situación de aplicación asimétrica de la JIP, lo que llevó a algunos a autores de Estados del Sur a defender que (a) la capacidad de los Estados para influir en las actividades de la CPI sería menor en comparación con la que se había producir en los tribunales internacionales penales que la precedieron (Bosco, 2014: 6); y (b) la CPI podría llegar a limitar el comportamiento de los Estados más poderosos, dada su jurisdicción para investigar y enjuiciar a los máximos responsables (incluidos los más altos representantes políticos y militares del Estado) (Bosco, 2014: 177). Sin embargo, como veremos en la próxima sección, estas expectativas no han podido cumplirse.

4. LA DISCRECIONALIDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL DESEMPEÑO DE SU FUNCIÓN: PARTICULAR ATENCIÓN A LA SELECCIÓN DE LAS SITUACIONES A INVESTIGAR

Aunque la función de la CPI consiste en investigar, enjuiciar y sancionar a los máximos responsables de los crímenes internacionales previstos en el ECPI (genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra y agresión), varios de los Estados cuyos nacionales están siendo investigados o enjuiciados ante la CPI han cuestionado su quehacer como una imposición “occidental”². Es más, en no pocas ocasiones se ha afirmado que la actuación de la CPI no es sino una intromisión de las grandes potencias en los asuntos internos de los Estados menos favorecidos, llegándose incluso a equipararla con una forma de dominación postcolonial³.

De esta manera, ciertos Estados africanos consideran que la CPI es un instrumento al servicio de las potencias occidentales, razón por

² *Vid.* las críticas vertidas al respecto en Schuerch (2017).

³ *Vid.* las corrientes que defienden esta idea en Stahn (2015: 46-84).

la cual, desde los estudios de las TWAIL se ha puesto el acento en la continuidad de la dominación postcolonial, la asimetría en las relaciones de poder y las inequidades que crea el DIP en general, y la CPI en particular (Stahn, 2019: 168-171). En consecuencia, son cada vez más las voces que demandan que cada sociedad imparta justicia según sus concepciones propias (An-Na'im, 2013: 199) y no mediante un modelo occidental impuesto (Nagy, 2013: 85).

Esta misma crítica se observa también en la aplicación de los criterios de admisibilidad que guían la actuación de la CPI, porque, como sostienen las visiones postcoloniales, la CPI presenta a ciertos sistemas jurídicos internos como deficientes (Stahn, 2019: 227). Si bien el ECPI contiene determinados mecanismos para evitar que la CPI se considere “superior” a otros modelos de justicia, no es menos cierto que este ideal es difícil de respetar porque la CPI condiciona la respuesta de las jurisdicciones penales nacionales a través de las elecciones que realiza, las políticas que impulsa y los procedimientos que aplica (Stahn, 2015: 57).

Al margen de estos argumentos, el sistema de JIP recogido en el ECPI está estrechamente relacionado con la concepción que tenían aquellos que tuvieron una mayor influencia en su negociación. Además, durante la misma, Estados no tan “influyentes” en la esfera internacional se agruparon y lograron limitar los privilegios exigidos por los Estados más poderosos (Bosco, 2014: 7). En particular, hay que reseñar el destacado papel que tuvieron los Estados africanos en el resultado del texto final del ECPI, lo que hace difícil considerar a la CPI como una creación occidental (o anti africana), a no ser que se desconozca dicho papel (Du Plessis, 2016: 25). Por esta razón, algunos autores defienden que la CPI es, en buena medida, fruto del éxito de los pequeños Estados en democratizar las RI y el DI (Stahn, 2019: 168-171).

Si bien no negamos lo anterior, y respetamos la opinión de quienes entienden que la lucha contra la impunidad no es un ejercicio neocolonial (Jallow and Bensouda, 2008: 47), nos preguntamos si quienes apoyaron inicialmente la CPI continúan respaldándola, teniendo en cuenta que sus actuaciones se han centrado hasta la fecha en Estados con poca influencia en la esfera internacional, la gran mayoría de ellos en el continente africano (con las recientes excepciones de Afganistán,

Georgia, Myanmar/Bangladesh y Palestina)⁴; una decisión con la que los Estados del Norte parecen sentirse cómodos (Schabas, 2012: 14)⁵.

Ante esta situación, resulta comprensible la postura que en los últimos años han mantenido tanto la UA, como varios Estados de la región, instando a la CPI a retirar ciertas órdenes de detención⁶, retirándose del ECPI mediante su denuncia⁷ e, incluso, promoviendo el establecimiento de una “Corte Penal Africana” (Protocolo de Malabo, 2014)⁸. La creación de este último tribunal muestra como los Estados africanos han optado por girar hacia el regionalismo como consecuencia del descontento con instituciones como la CPI o el CSNU y el dominio de los Estados occidentales en el ámbito judicial (Stahn, 2019: 211-213)⁹.

Por otra parte, cabe añadir que la relación del CSNU con la CPI ha sido definida como una de las cuestiones políticas más complejas en el ECPI (Schabas, 2010: 433). Y es que, conforme a los art. 13(b) y 16 del ECPI, el CSNU tiene la facultad para remitir situaciones a

⁴ Conviene, sin embargo, recordar que, en un inicio, fueron los propios Estados africanos quienes remitieron las situaciones a la CPI, por lo que algunos autores afirman que los Estados africanos se oponen particularmente a los casos remitidos por el propio CSNU (Bassiouni & Hansen, 2016: 316-318).

⁵ El resto de las situaciones en las que se han abierto investigaciones se han centrado en África: Burundi, Costa de Marfil, Darfur (Sudán), Kenia, Libia, Mali, RCA I y II y Uganda.

⁶ Si bien el caso más notorio fue el de Al Bashir (con respecto al cual la UA ha pedido en reiteradas ocasiones al CSNU que solicite a la CPI la suspensión de las actuaciones conforme al art. 16 del ECPI), en los casos derivados de las investigaciones en las situaciones de Kenia y Libia también se han formulado peticiones similares.

⁷ El 27 de octubre de 2016, Burundi notificó al SGNU su decisión de denunciar el ECPI y desde el 27 de octubre de 2017 dejó de ser Parte del ECPI. En cuanto a Sudáfrica y Gambia, si bien notificaron también su decisión de denunciar el ECPI (19 de octubre y 10 de noviembre de 2016), no siguieron adelante con el procedimiento de denuncia del ECPI.

⁸ *Vid.* Werle & Vormbaum (2017). Sobre la incompatibilidad que pueden llegar a generar ciertas disposiciones del Protocolo de Malabo con el ECPI, *vid.* Stahn (2019: 211-213).

⁹ Si bien los dirigentes de la UA y de varios Estados africanos han criticado la actuación de la CPI, no ha sucedido lo mismo con las víctimas africanas que han buscado en la CPI la justicia que les ha sido negada a nivel nacional. Así, a pesar de la firma y entrada en vigor del ECPI, la impunidad sigue siendo la regla general, y no la excepción, ante la comisión de los crímenes previstos en el ECPI.

la CPI (lo que también pueden hacer los Estados parte) y solicitarle que no inicie, o que suspenda por un año las investigaciones y enjuiciamientos ya iniciados. No cabe duda de que los cinco miembros permanentes del CSNU (y en particular, China, EE.UU. y Rusia que no son Estados parte) son los principales beneficiarios de las amplias facultades otorgadas al CSNU por el ECPI, de manera que: (a) son determinantes para decidir sobre la actuación de la CPI en relación con los Estados no parte, pudiendo por tanto dilatar o primar la intervención de la CPI según sus intereses (esta es una de las razones aducidas por la India para no ser parte del ECPI; Mandani, 2010: 64); y (b) en el caso de que sus nacionales (o nacionales de Estados aliados) se hallen implicados en la comisión de crímenes internacionales, será muy difícil que acaben siendo enjuiciados por la CPI (si bien la reciente apertura de las investigaciones en Afganistán e Israel muestran que esto no es del todo imposible).

Si bien el hecho de que el ECPI contemple también el inicio de las investigaciones de oficio por parte de la Fiscalía de la CPI nos puede llevar a pensar que todos los nacionales de los Estados parte se hallan en igualdad de condiciones ante la JIP, la práctica corrobora que no ha sido así, y que, en ocasiones, se ha mostrado una postura más indulgente en relación con las situaciones que afectaban a los Estados del Norte. Por esta razón, numerosas voces afirman que la CPI ha empleado su discrecionalidad (reflejo de la inherente dimensión política de la CPI; Schabas, 2012: 17-18)¹⁰ para evitar conflictos con las grandes potencias, tal y como se refleja particularmente en el caso de Irak (Bosco, 2014: 185-186).

Si tenemos en cuenta que la manera en la que la CPI selecciona las situaciones y casos en que interviene puede llegar a tener un notable efecto en su propia legitimidad (De Guzman, 2018: 74), y que la facultad de iniciar investigaciones de oficio es una herramienta que la diferencia de los tribunales internacionales que la antecedieron (Schabas, 2012: 11-12), llama la atención que la Fiscalía de la CPI no ejercitara esta competencia hasta finales del 2009 (es decir, más de 6 años después de su constitución; Schabas, 2012: 11-12). Así mismo, tampoco pasa desapercibida su reticencia inicial a comenzar investi-

¹⁰ Sobre el ejercicio de la discrecionalidad del Fiscal, *vid.* Brubacher (2004: 71-95).

gaciones en casos donde pudieran hallarse implicados nacionales de los Estados del Norte como, por ejemplo, los crímenes ocurridos en Irak o Afganistán que, como es conocido, pueden llegar a afectar, entre otros, a EE.UU. y Reino Unido.

De hecho, resulta sorprendente la rapidez con la que la Fiscalía cerró en 2006 el examen preliminar en Irak (sin perjuicio de la reapertura posterior) mediante una polémica interpretación del concepto de “gravedad” (CPI, OTP, 2006) (CPI, OPT, 2014). Se trató sin duda, de una actuación apresurada que llevó a sospechar que el primer Fiscal de la CPI, Moreno Ocampo, estaba evitando crear una confrontación directa con uno de los miembros permanentes del CSNU (Schabas, 2012: 11). Una situación que, años después, bien pudo haberse repetido en Afganistán, cuando la SCP denegó la autorización para iniciar una investigación porque, en su opinión, no redundaría en interés de la justicia (CPI, Afganistán, 14/04/ 2019: 33). Es cierto que SA revocó esta decisión y autorizó el inicio de la investigación (CPI, Afganistán, 05/03/2020: 138), pero no por ello puede pasar desapercibida la polémica decisión de la SCP, que, aparentemente, pudo tener como objetivo impedir que se investigara la situación por afectar a nacionales estadounidenses. Es más, conviene no olvidar que EE.UU. ha adoptado sanciones frente a la actual Fiscal de la CPI y a algunos altos funcionarios de la Fiscalía, instándoles a no proceder con esta investigación; un comportamiento que recuerda a la postura mantenida años atrás y que refleja la presión que puede llegar a ejercer una potencia como EE.UU. sobre el funcionamiento de la CPI (Gamarra, 2005: 155)¹¹.

¹¹ Sobre la relación que ha mantenido EE.UU. con la CPI, *vid.* Kielsgard (2010). A este respecto, recuérdese, por ejemplo, la política de firma de acuerdos bilaterales con terceros Estados tanto parte como no parte del ECPI, para impedir la extradición a La Haya de ciudadanos estadounidenses, en un uso malintencionado del art. 98 (2) del ECPI (Gamarra, 2005: 155). Así mismo, y por lo que respecta a las sanciones impuestas a la Fiscal de la CPI y a funcionarios de la Fiscalía tras la sentencia de la SA que autoriza el inicio de la investigación en Afganistán, *vid.* CNN (15/03/2019). Es más, el Secretario de Estado norteamericano, Mike Pompeo, no ha tardado en calificar esta decisión como a *truly breathtaking action by an unaccountable political institution masquerading as a legal body*” (The Guardian, 5/03/2020).

5. CONCLUSIONES

La raigambre europea del DI ha condicionado su eficacia y finalidad desde su inicio. Algo sorprendente si damos por hecho que su objetivo es el de contar con normas jurídicas que regulen a la sociedad/comunidad internacional en su conjunto y no solo uno de sus hemisferios. Esta tendencia Occidental, como no podía ser de otra manera, se ha dejado notar en las desigualdades existentes en cada uno de los regímenes jurídicos de los que se nutre el actual DI: desde el DIP y el DIDH, hasta la regulación del uso de la fuerza, pasando por el DI económico. En efecto, en cada uno de estos regímenes, las posiciones de los principales Estados del Norte han primado sobre las del Sur; algo que tiene como consecuencia ineludible el lento camino hacia el desarrollo que estos Estados vienen sufriendo, el cual se ha visto salpicado por supuestas intervenciones humanitarias, ataques directos a su soberanía y un continuo expolio de sus recursos naturales.

Es cierto que, dada la frecuencia con que se cometen crímenes internacionales, la JIP en general, y la CPI en particular, van a tener siempre un alcance limitado (Schabas, 2017: 84). Sin embargo, y pese a ser conscientes de esta realidad, no cabe sino poner de manifiesto la política seguida hasta la fecha por los tribunales internacionales penales, que han optado por centrar su atención en los crímenes que afectan a aquellos Estados que no tienen gran poder de influencia en la esfera internacional. Una selección que, con razón, ha sido criticada por las TWAIL y que parece replicar la CPI (Stahn, 2015: 55).

Por ello, compartimos las reflexiones de Bosco (2014: 187), cuando subraya que, si bien en un inicio algunos diplomáticos y muchos activistas concebían a la CPI como un instrumento que podría llegar a alterar significativamente la política internacional, una década más tarde existe escasa evidencia de que esto haya ocurrido, porque la CPI parece haberse convertido más bien en un instrumento en manos de las grandes potencias para responder ante los desafíos que presentan las situaciones de inestabilidad y violencia en Estados frágiles (Bosco, 2014: 187).

En este sentido, conviene recordar que, desde 2002 hasta muy recientemente, la CPI ha tratado de seleccionar aquellas situaciones que cuentan con el beneplácito de los Estados más influyentes en la comunidad internacional, de cuya cooperación depende, en gran medida,

para poder desempeñar su función. Es más, no deja de resultar llamativo que, hasta la fecha, no se haya producido la condena de ningún máximo representante estatal.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, las múltiples atrocidades que se siguen cometiendo alrededor del planeta muestran que una institución como la CPI, con el mandato de perseguir penalmente a sus máximos responsables, sigue siendo una institución necesaria e imprescindible. En consecuencia, coincidimos con Bassiouni & Hansen (2016: 324) cuando afirman que ha llegado la hora de que la CPI investigue, enjuicie y sancione los crímenes internacionales que se cometen más allá del territorio africano.

En este sentido, las últimas actuaciones emprendidas por la CPI, que incluyen la reapertura del examen preliminar en Iraq y el inicio de las investigaciones en Afganistán, Georgia y Palestina, muestran un cierto cambio de política que esperamos se consolide en el futuro, debido a las numerosas evidencias que apuntan a la participación de nacionales de influyentes Estados del Norte en crímenes previstos en el ECPI. En definitiva, solo el tiempo se encargará de demostrar si la CPI tiene la capacidad y la independencia necesarias para garantizar que la JIP pueda aplicarse con alcance global, y no sólo de acuerdo a los intereses de las grandes Potencias.

REFERENCIAS

Doctrina

- Ahmed, D.I. (2013). “Defending Weak States Against the “Unwilling or Unable” Doctrine of Self-Defense”. *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 9. Pp. 1-37.
- Anghie, A. (2006). “The Evolution of International Law: Colonial and Post-colonial Realities”. *Third World Quarterly*, Vol. 27(5). Pp. 739-753.
- Ankumah, E.A. (ed.). (2017). *The International Criminal Court and Africa: One Decade On*. Cambridge, Antwerp & Portland: Intersentia.
- An-Na’im, A.A. (2013). “Editorial Note: From the Neocolonial ‘Transitional’ to Indigenous Formations of Justice”. *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7(2). Pp. 197-204.
- Bassiouni, M.C. (2013). *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*. Leiden & Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

- Bassiouni, M.C. & Hansen, D. (2016). "The Inevitable Practice of the Office of the Prosecutor". En Steinberg, R.H. (ed.), *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*. Leiden & Boston: Brill Nijhoff. Pp. 309-325.
- Bosco, D. (2014). *Rough Justice: The International Criminal Court in a world of power politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Brubacher, M.R. (2004). "Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court". *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2(1). Pp. 71-95.
- Cervell Hortal, M.J. (2018). Sobre la doctrina "unwilling or unable state" (¿podría el fin justificar los medios?). *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 70(1). Pp. 77-100.
- Chimni, B.S. (2012). For Epistemological and Prudent Internationalism. *Harvard Human Rights Journal*. Recuperado de: <https://harvardhrj.com/2012/11/for-epistemological-and-prudent-internationalism/>
- Chimni, B.S. (2017). *International Law and World Order. A Critique of Contemporary Approaches*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Clarke, K.M., Knottnerus, A.S. & De Volder, E. (ed.). (2016). *Africa and the ICC: Perceptions of justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cunliffe, P. (2011). "A Dangerous Duty Power, Paternalism and the Global 'Duty of Care'". En Cunliffe, P. (ed.), *Critical perspectives on the responsibility to protect: Interrogating theory and practice*. Londres & Nueva York: Routledge.
- De Guzman, M.M. (2018). "The Global-Local Dilemma and the ICC's Legitimacy". En VVAA, *Legitimacy and International Courts*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 62-82.
- Delbrück, J. (2001). "Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization". *Revue Suisse de droit internationa et de droit européen*. Pp. 1-23.
- Du Plesiss, M. (2010). *The International Criminal Court that Africa Wants*. Sudáfrica: Institute for Security Studies.
- Falk, R. & Krieger, D. (2012). *Path to Zero: Dialogues on Nuclear Dangers*. Londres & Nueva York: Routledge.
- Falk, R. (2016). "Foreword: Third World Approaches to International Law (TWAIL)". *Third World Quarterly*, Vol. 37 (11). Pp. 1943-1945.
- García Pérez, R. (2006). "La "responsabilidad de proteger": un nuevo papel para Naciones Unidas en la gestión de la seguridad internacional". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 11. Pp. 1-18.
- Grünfeld, F. & Huijboom, A. (2007). *The Failure to Prevent Genocide in Rwanda: The Role of Bystanders*. Leiden & Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

- Hall, M. & Hobson, J.H. (2010). “*Liberal Internationalist Theory: Eurocentric but not Always Imperialist?*”. *International Theory*, Vol. 2(242). Pp. 210-245.
- Jalloh, C.C. & Bantekas, I. (ed.). (2017). *The International Criminal Court and Africa*. Oxford: Oxford University Press.
- Jallow, H. & Bensouda, F. (2008). “International Criminal Law in an African Context”. En Du Plessis, M. (ed.), *African Guide to International Criminal Justice*. Sudáfrica: Institute for Security Studies. Pp. 15-53.
- Kielsingard, M.D. (2010). *Reluctant Engagement: US Policy and the International Criminal Court*. Leiden & Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Kuperman, A.J. (2001). *The Limits of Humanitarian Intervention: Genocide in Rwanda*. Washington D.C.: Brookings Institution Press.
- López Martín, A.G. (2009). “El derecho internacional en el marco de una sociedad globalizada. Tendencias y perspectivas”. *Revista Española de Relaciones Internacionales*, (1). Pp. 13-47.
- Mamdani, M. (2010). “Responsibility to Protect or Right to Punish?”. *Journal of Intervention and Statebuilding*, Vol. 4(1). Pp. 53-67.
- Maunganidze, O.A. & Du Plessis, A. (2015). “The ICC and the AU”. En Stahn, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 65-83.
- Nagy, R. (2013). “Centralizing Legal Pluralism? Traditional Justice in Transitional Contexts”. En Sriram, C.L., García-Godos, H.J. & Martín-Ortega, O. (ed.), *Transitional justice and peacebuilding on the ground: Victims and ex-combatants*. Londres & Nueva York: Routledge. Pp. 81-99.
- Olasolo, H. (2011). “The Role of the International Criminal Court in Preventing Atrocity Crimes through Timely Intervention: From the Humanitarian Intervention Doctrine and Ex Post Facto Judicial Institutions to the Notion of Responsibility to Protect and the Preventative Role of the International Criminal Court”. En Olasolo, H., *Essays on International Criminal Justice*. Londres: Hart Publishers/Ibero-American Institute for Peace, Human Rights and International Justice. Pp. 1-19.
- Olasolo, H. (2016). “Los fines del derecho internacional penal”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 14(29). Pp. 93-146.
- Olasolo, H. (2017). *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ramón Chornet, C. (1995). *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en Derecho Internacional*. Madrid: Trotta.
- Schabas, W.A. (2017). *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Schabas, W.A. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford: Oxford University Press.
- Schabas, W. (2012). *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*. Oxford: Oxford Scholarship Online.
- Schuerch, R. (2017). *The International Criminal Court at the mercy of powerful States: an assessment of the neo-colonialism claim made by African Stakeholders*. La Haya: Asser Press.
- Stahn, C. (2019). *A critical introduction to International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Stahn, C. (2015). "Justice Civilisatrice? The ICC, Post-colonial Theory, and Faces of 'The Local'". En De Vos, C., Kendall, S. & Stahn, C. (ed.), *Contested justice: the politics and practice of International Criminal Court interventions*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 46-84.
- Stahn, C. (2014). "R2P and Jus Post Bellum". En Stahn, C., Easterday, J. & Iverson, J. (ed.), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*. Oxford: Oxford University Press.
- Stein, R.L. (2008). "The Ballad of Sad Café: Israeli Leisure, Palestinian Terror, and the Post/colonial Question". En Loomba, A. et al. (ed.), *Postcolonial Studies and Beyond. Ranikhet: Permanent Black*. Ranikhet: Permanent Black. Pp. 317-336.
- Toussaint, E. (2006). *Banco Mundial: El golpe de estado permanente: La agenda oculta del Consenso de Washington*. Barcelona: El Viejo Topo.
- Villán Durán, C. (2018). "La obligatoriedad Jurídica de la Declaración Universal". En Proner, C., Olasolo, H., Villán Durán, C., Ricobom, G. & Back, C. (ed.), *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Volumen 2*. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de la Justicia, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 113-122.
- Werle, G. & Vormbaum, M. (ed.). (2017). *The African Criminal Court: A commentary on the Malabo Protocol*. La Haya: Asser Press.
- Werle, G., Fernandez, L. & Vormbaum, M. (ed.). (2014). *Africa and the International Criminal Court*. La Haya: Asser Press.
- Zakerhossein, M.H. (2017). *Situation Selection Regime at the International Criminal Court: Law, Policy, Practice*. Cambridge Antwerp & Portland: Intersentia.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares]. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, *Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the*

authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Doc. Núm. ICC-02/17-33. 12 April 2019. Citado como: CPI, Afganistán, 12/04/2019.

CPI. [Sala de Apelaciones]. *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Judgement on the appeal against the decision on the authorization of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Doc. Núm. ICC-02/17-138. 5 March 2020. Citado como: CPI, Afganistán, 05/03/2020.

Resoluciones, informes y otros documentos

BBC News. (2019). *US Revokes Visa of International Criminal Court Prosecutor*. 5 de abril de 2019. Recuperado de: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-47822839>

CNN. (2019). *US Denying Visas to International Criminal Court Staff*. 15 de marzo de 2019. Recuperado de: <https://edition.cnn.com/2019/03/15/politics/pompeo-icc-visa-restrictions/index.html>.

Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2006a). *Response to Communications Received concerning Iraq*. 9 de febrero de 2006.

Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2014). *Fatou Bensouda Re-opens the Preliminary Examination of the Situation in Iraq*. 13 de mayo de 2014.

España. Radio Televisión Española. (2020). *Estados Unidos sanciona a la fiscal de la CPI por investigar si sus tropas cometieron crímenes de guerra en Afganistán*. 2 de septiembre de 2020. Recuperado de: <https://www.rtve.es/noticias/20200903/estados-unidos-sanciona-fiscal-cpi-investigar-si-tropas-cometieron-crimenes-guerra-afganistan/2041317.shtml>

Organización de las Naciones Unidas. Consejo Económico y Social (2010). *Estudio preliminar sobre las consecuencias para los pueblos indígenas de la teoría jurídica internacional conocida como la doctrina del descubrimiento*. Doc. Núm. E/C.19/2010/13. 4 de febrero de 2010.

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2008). *Carta de fecha 21 de julio de 2008 dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por la observadora permanente de la Unión Africana ante las Naciones Unidas*. Doc. Núm. S/2008/481. 23 de Julio de 2008.

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2011). *Letter dated 23 March 2011 from the Permanent Representative of Kenya to the United Nations addressed to the President of the Security Council: Request of Kenya for deferral under article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court*. Doc. Núm.: S/2011/201. 29 de marzo de 2011.

The Guardian (2018). *John Bolton Threatens War Crimes court with Sanctions in Virulent Attack*. 10 de septiembre de 2018. Recuperado de:

- <https://www.theguardian.com/us-news/2018/sep/10/john-bolton-castigate-icc-washington-speech>
- The Guardian (2020). *Senior ICC Judges Authorise Afghanistan War Crimes Inquiry*. 5 de marzo de 2020. Recuperado de: https://www.theguardian.com/law/2020/mar/05/senior-icc-judges-authorise-afghanistan-war-crimes-inquiry?CMP=fb_gu&utm_medium=Social&utm_source=Facebook&fbclid=IwAR0JbcTJxp81AnRHDJyC5D8NfpsE6Wq93MQ3ggQ7FC4eL96VmS3T3c2nrNo
- Unión Africana. Asamblea General (2009). *Decision of the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court*. Doc. Núm. Assembly/AU/13 (XIII). Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1. 1-3 de julio de 2009.
- Unión Africana, Asamblea General (2012). *Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court*. Doc. Núm. Ex.Cl/639(XVIII). Assembly/Au/Dec.334(XVI).
- Unión Africana. Asamblea General (2013). *Decision on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court*. Doc. Núm. Ex.Cl/670(XIX). Assembly/Au/Dec.366 (XVII).
- Unión Africana. Asamblea General (2019). *Decision on the International Criminal Court*. Doc. Núm. Assembly/AU/Dec.738(XXXII). 10-11 de febrero de 2019.

Capítulo 17

LA PERSPECTIVA DEL PLURALISMO JURÍDICO EMANCIPADOR *

Charlotth Back
Tiago Resende Botelho
Luisa Villarraga Zschommler

1. INTRODUCCIÓN

El DI y las instituciones que lo regulan han creado numerosas expectativas sociales desde mediados del siglo XX. Incluso si se considera que surgieron como una cortina de humo creada para ocultar las atrocidades cometidas por Europa Occidental, lo cierto es que la ONU (1945) y su DUDH (1948) ofrecen mejores expectativas para la protección de la vida y la relativización de la soberanía del Estado moderno (hasta entonces, el velo de la soberanía se había utilizado para cometer impunemente todo tipo de crímenes). Como resultado de su compromiso con la protección de la vida y la dignidad humana en su territorio, el Estado moderno, fundado sobre la negación de otras formas de ser, de hacer y de vivir, se ha visto obligado a cambiar en cierta medida sus fundamentos jurídico-políticos y económicos.

* El presente capítulo hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIIH (Países Bajos). Su elaboración contó con el apoyo en investigación de los miembros de la cohorte de 2021 de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario: María Juliana Bonilla, Laura Daniela Guzmán, Jimena Hurtado y Daniela Velásquez y de su monitor académico, Andrés Sánchez Sarmiento, bajo la dirección del Prof. Héctor Olasolo Alonso.

Esto no quiere decir, sin embargo, que los efectos económicos de la colonización hayan desaparecido, porque, más allá del proceso histórico de expolio y negación, las instituciones y estructuras de las antiguas colonias no han sido descolonizadas, y a través de sus acciones y omisiones reproducen prácticas de crímenes de lesa humanidad y de guerra, genocidio y agresión. De esta manera, se observa una gran brecha entre el ideal del DIDH, que promete a todas las personas el disfrute de sus derechos fundamentales y prevé el establecimiento de un sistema de protección contra sus violaciones, y la práctica política. Esta última refleja un mundo en el que las violaciones de los derechos humanos se multiplican progresivamente, quedando cada vez más personas excluidas del disfrute de los mismos, y existiendo notables dificultades de acceso a la justicia formal, tanto nacional como internacional. Fruto de lo anterior, los mismos sujetos deshumanizados durante la colonización, continúan, en el siglo XXI, viendo limitado su derecho a una vida digna por las prácticas de un Estado moderno que fue diseñado bajo la promesa incumplida de libertad, igualdad y fraternidad.

En este contexto, el objeto de este capítulo es analizar hasta qué punto el pluralismo jurídico emancipador, surgido a partir de las luchas y movilizaciones por la justicia expresadas por las voces subalternas (en particular, las voces de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y sus familias) es relevante para el desarrollo de la función de la CPI. Para ello, el capítulo se estructura en cinco secciones, además de esta introducción. La sección 2 presenta el punto de partida del análisis: un mundo marcado por la colonialidad del poder, el ser y el conocimiento. A continuación, las secciones 3 y 4 abordan los elementos centrales del pluralismo jurídico emancipador, tanto a nivel nacional como internacional. Posteriormente, la sección 5 estudia la relevancia del pluralismo jurídico emancipador en el desarrollo de la función de la CPI, y las potencialidades que presenta. Finalmente, en la sección 6 se recogen las principales conclusiones del análisis realizado.

2. PUNTO DE PARTIDA: UN MUNDO MARCADO POR LA COLONIALIDAD DEL PODER, DEL SER Y DEL CONOCIMIENTO

El Estado moderno no siempre ha existido, aunque la monocultura del conocimiento trata de inculcar esta idea organizativa como

la única viable. Durante siglos, especialmente en América y África, otros arreglos sociales existieron más allá de la forma europea de cartografiar el espacio territorial en Estado y Nación. En consecuencia, el proyecto civilizatorio de modernidad y racionalidad que fundó la estructura del Estado moderno se realiza a través de epistemologías y ontologías de Europa occidental (Hroch, 2000: 85). De esta manera, si bien los Estados-nación son “nuevos” e “históricos”, los pueblos a las que dan expresión política tienen un pasado inmemorial y, lo que es más importante, se deslizan hacia un futuro ilimitado (Anderson, 1986: 20).

Mediante una violenta estratificación de raza, género y etnia, y la regulación de la compraventa de la propiedad privada y de la mano de obra, el proyecto civilizatorio europeo dividió el mundo de forma homogénea, binaria, antagónica y conflictiva, lo que generó “[...] todo un juego de nuevas categorías: Este-Oeste, primitivo-civilizado, mágico-mítico-científico, irracional-racional, tradicional-moderno” (Hroch, 2000: 85). Estas categorías maduraron con el desarrollo del sistema económico capitalista y le proporcionaron sus fundamentos ideológicos, sociales y culturales, creando un proceso de exclusión y violencia. La economía capitalista del Estado moderno se centra en el monocultivo de la tierra, el territorio y la vida; y todo ello se basa en el expolio, la explotación y la masacre, ya sea de vidas humanas o no humanas. En este sentido, se puede afirmar que el Estado moderno se ha consolidado, tanto en la metrópoli como en las colonias, a través de dinámicas de violencia constitutivas de los crímenes recogidos en el ECPI.

La administración del territorio de un pueblo por la colonización durante varios siglos y el despliegue de sus efectos negativos en el tiempo y el espacio a través de la colonialidad del poder, del saber y del ser, han promovido estructuras dicotómicas del tipo civilizador/civilizado, hombre/mujer, desarrollado/subdesarrollado, urbano/rural, nacional/internacional, alfabetizado/inculto, heteronormativo/homosexualidad y oeste/este. En estas estructuras, el lado supuestamente “más fuerte” necesita al “más débil” para garantizar su existencia, porque la tensión entre ambos polos garantiza su dominio espacial.

Como Bauer (2000: 77) señala, “el impulso para el movimiento a favor del Estado nacional fue sin duda dado por la demanda de re-

chazo de la dominación externa. Cuando esta dominación significa, al mismo tiempo, la opresión y la explotación de toda la nación, la exigencia de rechazarla no requiere ninguna explicación”. Sin embargo, al mismo tiempo que la lucha interna contra la dominación externa tuvo éxito, el territorio de los Estados nacionales en que se convirtieron las antiguas colonias sigue lleno de contradicciones y luchas de clase, debido a que los sujetos subalternos del siglo XVI (indígenas, negros, mujeres, homosexuales, trabajadores rurales, quilombolas y tantos otros) mantienen su situación en el siglo XXI.

3. EL PLURALISMO JURÍDICO EMANCIPADOR

El Estado moderno, promovido históricamente por la burguesía europea como clase social dominante (Rocha, 2012), trata de reducir el derecho a normas centralizadas y monistas, sobre la base de la separación entre los conceptos de individuo y sociedad por un lado, y ciudadano y Estado por otro. En contraposición, y como resultado de la resistencia de los pueblos frente al proceso de colonización, el pluralismo jurídico emancipador rechaza que el Estado se convierta en el centro del poder político y en la fuente de toda la producción jurídica. De esta manera, se aparta de la antigua estructura vinculada a la democracia liberal-burguesa, al no estar ligado al individualismo del mundo social, sino a la unión de los diversos intereses cotidianos individuales y colectivos.

El pluralismo jurídico emancipador surge del convencimiento de que los modelos culturales son insuficientes para abarcar las muchas formas de ser, de hacer y de vivir del ser humano. En este escenario, los movimientos sociales y sus sujetos, especialmente los que luchan por la tierra, adquieren protagonismo en la búsqueda de la satisfacción de sus demandas y necesidades básicas fundamentales. De esta manera, las prácticas sociales participativas garantizan la legitimidad de las normas extraestatales creadas por estos nuevos actores que presentan necesidades y exigencias propias (Wolkmer, 2001). Como resultado, el derecho no puede limitarse a lo que emana del Estado, porque si lo hace, se vuelve obsoleto e incapaz de responder a las múltiples demandas sociales.

En este contexto, el pluralismo jurídico emancipador tiene por objeto la coexistencia simultánea en un mismo espacio sociopolítico de varios sistemas de regulación social que crean derechos y establecen mecanismos de resolución de controversias, sin necesidad de “reconocimiento” o “validación” por parte del Estado (Fariñas Dulce, 1997: 12-13). Este último es, por tanto, uno más, entre otros muchos, con el poder de creación y aplicación normativa, “aunque en los últimos siglos ha sido el más importante y ha logrado imponerse, dominar y ocultar el resto” (Fariñas Dulce, 1997:12-13).

Como resultado de lo anterior, el pluralismo jurídico emancipador está conformado por una multiplicidad de manifestaciones, experiencias y prácticas normativas que existen en un espacio determinado (Wolkmer, 2001). Esas prácticas pueden ser, o no, reconocidas por las normas de poder estatal hegemónico, superponerse a ellas o incluso complementarse. De este modo, la normatividad resultante va más allá de la producción jurídica del Estado, incluyendo otras manifestaciones basadas en la democratización del espacio de creación y aplicación del derecho, la interculturalidad y la pluralidad de instituciones y actores sociales. Con ello se promueve una revisión política de la producción jurídica que se vincula a los criterios de una nueva legitimidad emancipadora que viene de abajo (Santos, 2002).

Dentro del pluralismo jurídico emancipador, el paradigma social de producción normativa que parece más apropiado para nuestro objeto de estudio es el derecho comunitario participativo (Wolkmer, 1994). Este concepto abarca las prácticas sociales de los excluidos, que contemplan cinco supuestos: dos materiales, que se refieren a sus contenidos y elementos constitutivos, y tres formales, que se refieren a las cuestiones de aplicación práctica y procedimiento.

Así, a diferencia de la lógica individualista consagrada por la racionalidad moderna como forma de expresión jurídica, hay que tener en cuenta, en primer lugar, la aparición de nuevos sujetos colectivos de derechos. Se trata de sujetos dinámicos que expresan la simbiosis entre el individuo y el colectivo en grupos subalternos dentro de un determinado contexto histórico, social y económico. En segundo lugar, lo que subyace a la acción de este sujeto es la búsqueda de la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales, y no el cumplimiento con normas abstractas. De esta manera, el fundamento de

las iniciativas que surgen dentro de este tipo de pluralismo jurídico es la satisfacción de las necesidades reales y concretas (sociales, políticas, económicas, culturales, espirituales y psíquicas) de los nuevos sujetos colectivos.

En tercer lugar, la “puesta en práctica” de estas iniciativas debe ser democrática, en cuanto que se tiene por objeto reordenar el espacio público mediante políticas comunitarias descentralizadoras y participativas. En cuarto lugar, las actividades que se desarrollen deben basarse en una “ética de la alteridad”, lo que, para Dussell (1973), constituye el reconocimiento de uno mismo en el otro. Finalmente, las iniciativas deben ser entendidas como procesos que buscan la construcción y el ejercicio de una racionalidad emancipadora de los sujetos, en contraposición a una racionalidad de simple conformación y sumisión.

Para Wolkmer (1994), la democratización y la descolonización de la justicia debe implicar necesariamente la superación de los paradigmas jurídico-filosóficos de la institucionalidad del Estado moderno, al tiempo que ha de promover la acción de los movimientos sociales y el compromiso político con la participación popular. En consecuencia, el simple hecho de “abrir el canon jurídico” a prácticas de justicia no estatales no implica necesariamente un replanteamiento del modelo de justicia moderno/colonial centrado en el Estado. Es necesario, por tanto, enfrentar este modelo y su aparato institucional simbólico para poder hablar de soluciones que rompan con la lógica excluyente del derecho estatal (Icaza, 2018: 203).

4. EL TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL POR EL PLURALISMO JURÍDICO EMANCIPADOR

A pesar de que el pluralismo jurídico emancipador se centra generalmente en las iniciativas que se insertan en el ámbito del Estado nacional, nada impide que su perspectiva pueda aplicarse también en la sociedad internacional.

En ese sentido, conviene destacar que la consideración del DI como campo de acción y lugar de acceso privilegiado para Estados, OI y empresas transnacionales ha contribuido a que no se reconozcan

los diferentes espacios de producción jurídica más allá de las actividades controladas por los mismos. Como resultado, el DI promueve la invisibilidad sistemática de otras formas de producción normativa derivadas de expresiones de justicia secundarias, no universales y residuales, que no se ajustan a los supuestos “tradicionales” de la justicia occidental, o no emanan de instituciones oficialmente reconocidas.

Este es el caso, por ejemplo, del derecho “consuetudinario” de los pueblos originarios, que necesitan el reconocimiento de las instituciones y normas del DI para “existir”. Sin embargo, al “reconocer” a estos sistemas jurídicos, que se encuentran en los “márgenes” de la legalidad internacional (y representan la afirmación de grupos sociales excluidos e invisibles), la sociedad internacional los “domestica” y los hace parte de un sistema de dominación y monetización del poder y la justicia (Icaza, 2018: 204).

En consecuencia, se puede afirmar que el DI contiene mecanismos ideológicos y simbólicos de dominación social y política, que promueven la diferenciación entre los que forman parte del sistema jurídico-político oficial, y los que “están condenados desde el principio a la ilegalidad y se sitúan fuera de esta ecuación” (Lauris, 2013: 41). En consecuencia, esperar que sean los actores privilegiados por el sistema (que se constituyen y co-constituyen sobre bases restrictivas y excluyentes) los que ofrezcan respuestas para ampliar el acceso a la justicia parece, cuando menos, incongruente, cuando no un discurso vacío que no pretende realmente transformar la realidad.

De ahí que, para Santos (2007), la respuesta se encuentra en un “cosmopolitismo subalterno”, que rechaza el concepto universal de globalización como la única alternativa posible, y “se manifiesta a través de las iniciativas y movimientos que constituyen la globalización contra la hegemonía”. Como resultado, la resistencia contra la exclusión política, social, económica, cultural, epistemológica y jurídica se organiza en redes, compuestas por movimientos sociales de los más variados tipos, pero con el objetivo de crear “un pensamiento alternativo de alternativas”, el cual implica la redistribución de los recursos materiales, sociales, políticos, culturales y simbólicos con base en los principios de igualdad y reconocimiento de la diferencia. De esta manera, el cosmopolitismo subalterno supera la comprensión del mundo por parte de Occidente, al tiempo que reconoce un “profundo sentido

de lo incompleto” porque “cuanto más se identif[can] las comprensiones no occidentales, más evidente [es] el hecho de que muchas otras permanecen sin identificar” (Santos, 2007).

Por su parte, para Fariñas (1997), a la luz de la fuerte crisis que tanto la globalización como la localización están causando en los estados nacionales (especialmente, en su papel de promotores del bienestar de la sociedad), una reestructuración mundial en torno a las comunidades representa un “terreno propicio para el resurgimiento del pluralismo jurídico”, ya que nos obliga a replantear las funciones, el alcance y los límites de las estructuras estatales. De esta manera, la tensión entre globalización y localización debería conducir a una “reinvención” de la racionalidad jurídica, que, en lugar de basarse en una única razón universal, abstracta, totalitaria y autosuficiente, sea fruto de una razón “plural y compleja”, lo que supondría la existencia de una “juridicidad policéntrica con una multiplicidad de centros de decisión jurídica en un mismo sistema jurídico” (Fariñas, 1997: 12-13).

En este sentido, los tres factores siguientes reflejan como el pluralismo jurídico ya es una realidad en el DI: (a) el desarrollo del derecho de integración, que se relaciona con el derecho interno según el modelo de integración adoptado, con más o menos autonomía entre los Estados parte; (b) la proliferación de distintos regímenes jurídico-internacionales, como el promovido, por ejemplo, por la Organización Mundial del Comercio; y (c) la progresiva creación por las empresas transnacionales (actores privados del sistema internacional), en paralelo con el sistema jurídico interestatal, de todo un régimen jurídico (compuesto por normas sustantivas, mecanismos informales de toma de decisiones y tribunales arbitrales para la resolución de controversias) dirigido a garantizar la eficacia del sistema económico financiero mundial (denominado por Fariñas (1997) como “pluralismo jurídico conservador”).

Esto significa que, si bien hasta hace poco los Estados eran los únicos actores que podían actuar plenamente como sujetos ante los órganos de la JI (las OI, las empresas transnacionales, las ONG y los propios individuos tenían posibilidades muy limitadas de acción ante la JI, con altos costos, y, la mayoría de las veces, mediadas por los Estados), la actual incorporación política de otros actores a la sociedad internacional como sujetos con plena capacidad para exigir

o incluso crear normas es palpable (ejemplo de esta tendencia son las empresas transnacionales, que, además de salir de la órbita del control estatal, han logrado, a través de acuerdos jurídico-políticos, evitar las consecuencias por los daños causados a raíz de sus violaciones a los derechos humanos).

En este contexto, surge la pregunta sobre la posibilidad de crear espacios públicos de acceso a la JI para los individuos, los grupos de personas y los pueblos. Así, si a nivel interno han conseguido que la ley no se confunda con el derecho (razón por la cual se cuestionan las narrativas de los estados hegemónicos) (Byrnes & Simm, 2018), también parece posible plasmar en el ámbito internacional una lectura distinta del DI que permita un mayor acceso a la JI en casos concretos (Sousa Junior, 2011: 58).

La búsqueda de alternativas para el acceso a la JI ha traído a la discusión perspectivas que pretenden reinventar los “protagonismos sociales como parte de un arco de solidaridad más amplio y audaz, adecuado a las nuevas condiciones de exclusión social, que termin[a] dando a la acción política un sentido de ‘más solidaridad’” (Sousa Junior, 2011: 31). Fruto de esta forma de concebir las luchas por la satisfacción de las necesidades, por la autonomía y por el reconocimiento de los derechos, y con el espíritu de llenar el vacío jurídico dejado por el sistema, surgen espacios jurídico-políticos en los que se desarrollan prácticas sociales que enuncian derechos. Así, en un contexto de déficit democrático-institucional, las luchas y movilizaciones por la justicia expresadas por las voces subalternas (y en particular, por las víctimas de los derechos humanos y sus familiares) encuentran una respuesta en los tribunales internacionales de movilización social. Estos constituyen espacios que pueden ser “un estímulo para el pensamiento crítico, es decir, una oportunidad para pensar, debatir y presentar alternativas para la crisis, su enfrentamiento y el déficit democrático que se ha venido discutiendo con más fuerza y asiduidad” (Sabariego y Matos, 2018).

Los tribunales internacionales son por tanto un ejemplo de ruptura con el positivismo en el DI, y a su vez muestran que las respuestas punitivas a veces no son las mejores cuando se trata de violaciones masivas de los derechos humanos. En estos tribunales, el objetivo es hacer del DI un instrumento, no para el mantenimiento del orden

establecido, sino para: (a) la emancipación del sujeto histórico que ha estado tradicionalmente sometido por una normatividad represiva; y (b) la redefinición del proceso de construcción del mítico discurso jurídico dominante.

Además, las prácticas jurídicas alternativas de estos tribunales manifiestan la tensión entre el poder instituido y un contrapoder que lo desafía, y demuestran que la aplicación de la justicia no se agota en los tribunales y las instancias estatales, sino que se extiende mediante la protesta social y la acción colectiva de los individuos (Moita, 2015). En este sentido, las características y procedimientos de los tribunales internacionales de movilización social invitan a reflexionar y a comprender el DI desde una perspectiva crítica, lo que presupone una posición de confrontación y resistencia, pero también una disposición a pensar alternativamente. De esta manera, tienen el potencial de poner el DI al servicio de la transformación social, de aumentar el poder de las clases subalternas y los grupos discriminados, y de promover la auto organización y la autonomía de estos grupos. En consecuencia, para Dussel (1973), el objetivo de estas prácticas jurídicas alternativas es la liberación del derecho y la búsqueda de la verdadera validez de los derechos humanos.

Entre los ejemplos que se pueden citar, destacan el Tribunal Russell y el Tribunal Permanente del Pueblo, que guiaron la formulación de una concepción general de los tribunales internacionales de movilización social con base en las siguientes características: (a) son iniciativas de la sociedad civil organizada; (b) se desarrollan a través de procesos participativos en los que intervienen juristas, académicos, intelectuales, movimientos sociales locales, fundaciones, representantes religiosos, organizaciones de trabajadores y activistas de derechos humanos; (c) se basan técnicamente en normas de DI y de derechos humanos; (d) buscan suplir las limitaciones de las instituciones y los mecanismos de aplicación del DI, poniendo así de manifiesto la instrumentalización simbólica, política e ideológica de las normas e instituciones jurídico-internacionales en favor del mantenimiento de las desigualdades entre los Estados y la reproducción de la lógica de sumisión y explotación de las poblaciones del Sur Global; (e) denuncian y condenan los graves crímenes contra los seres humanos y los pueblos; y (f) tienen por objeto sensibilizar a la opinión pública y, a través de ella, a los poderes establecidos (Klinghoffer & Klinghoffer, 2002). Asimismo, cabe des-

tacar que estos tribunales poseen una clara intención emancipatoria (Moita, 2015) y se basan en la creencia de que los individuos pueden marcar la diferencia mediante el uso creativo de la información y el empleo de estrategias innovadoras de activismo jurídico-político en sus reivindicaciones (Keck y Sikkink, 1998).

A pesar de los rasgos que unifican estas iniciativas civiles en una definición más o menos homogénea, cada tribunal internacional de movilización social tiene sus propias peculiaridades. Esto se debe a que, al considerar estos tribunales como formas de resistencia social contra las más variadas formas de opresión y violencia, el dinamismo organizativo y la originalidad son esenciales para mantener el potencial transformador y demostrar que es posible reflexionar y actuar de manera distinta y alternativa.

En este sentido, no se puede olvidar que las luchas por la justicia social son también luchas por la visibilidad política, que, además de hacer públicas las demandas de justicia, tienen por objeto demostrar la estrecha relación entre las diversas formas de opresión material y la discriminación epistémica contra las poblaciones subalternadas. Esto significa que, además de quedar excluidos del acceso a los bienes materiales e inmateriales necesarios para alcanzar la dignidad, grandes grupos sociales también quedan excluidos de poder reclamar sus derechos y crear nuevas alternativas (como los tribunales internacionales de movilización social) para ser, estar y existir (Santos, 2007).

De esta manera, desde una percepción jurídica pluralista, el DI también puede entenderse como un lenguaje dinámico y en desarrollo que cambia con sus hablantes (Icaza, 2018), y que permite a diversos grupos ajenos a los Estados, las OI y las empresas transnacionales organizarse en espacios para la producción de juridicidad, la movilización del derecho y la construcción de gramáticas para la aplicación e interpretación del DI y los derechos humanos.

Es en este contexto en el que surge la pregunta sobre el papel que desempeña el pluralismo jurídico emancipador en la CPI, y qué función debería desempeñar en un contexto que busca un acceso más democrático a la justicia para los individuos y el reconocimiento de nuevas gramáticas para la aplicación e interpretación del DI, y en particular del DIP y los derechos humanos.

5. LA RELEVANCIA DEL PLURALISMO JURÍDICO EMANCIPADOR EN EL DESARROLLO DE LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La relación entre el pluralismo jurídico y la CPI no es novedosa. Así, varios autores han señalado el desafío que supone para la CPI la necesidad de aclarar dónde el pluralismo jurídico puede ser aceptable o beneficioso para un DIP, que, si bien por su naturaleza es diverso, se ha visto permeado por una suerte de rigidez y estricta aplicación de sus normas jurídicas (Stahn, 2012).

En este contexto, la presente sección analiza el campo de acción del pluralismo jurídico emancipador en el desarrollo de la función de la CPI. Para ello, se estudia, en primer lugar, la medida en que los modelos de justicia comunitaria son relevantes en materia de persecución penal para evitar la actuación de la CPI en aplicación del principio de complementariedad previsto en el ECPI. Posteriormente, en segundo lugar, se analiza el grado en que los procesos comunitarios de reparación a las víctimas tienen cabida entre las modalidades de reparación previstas en el ECPI.

Sobre la primera cuestión, es necesario señalar que la CPI es un órgano con vocación de permanencia, pero el ejercicio de su jurisdicción está supeditado al cumplimiento de los requisitos del principio de complementariedad previsto en el art. 17 del ECPI. Según esta disposición, las jurisdicciones nacionales tienen primacía formal en la persecución penal de los crímenes previstos en el ECPI, y solo en ciertas circunstancias (inacción, falta de disposición o falta de capacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar a sus máximos responsables) la CPI puede actuar en ejercicio de la primacía material que le atribuye el ECPI (Olasolo, 2009).

En el ejercicio de su primacía formal, las jurisdicciones nacionales deben cumplir con unos mínimos estándares. Entre ellos, Ambos (2010) destaca el relativo a que la investigación sea conducida por órganos estatales, en el entendido de que el deber de persecución penal descansa principalmente en el Estado (Ambos, 2010). Así mismo, la investigación ha de ceñirse a los hechos bajo examen con el fin de determinar la responsabilidad de los dirigentes acusados. Es decir, las investigaciones contextuales o de mera reconstrucción histórica, al no tener dicha calidad y vocación, no impiden que la CPI ejercite su

jurisdicción (Kleffner, 2008). De esta manera, al configurarse los modelos de justicia comunitaria como modalidades de administración de justicia, a través de las cuales un grupo social procesa sus conflictos conforme a su identidad, independientemente del sistema jurídico estatal (Ardilla, 2000), la justicia comunitaria no parece cumplir con estos requisitos dado su carácter paraestatal.

Esta conclusión se ve reforzada al observar que los modelos de justicia comunitaria que se han desarrollado en Ruanda y Uganda han estado enfocados, principalmente, en la reparación a las víctimas, la reconstrucción de los hechos, la reconciliación y reinserción de los victimarios en sus comunidades. Como resultado, ni han aplicado normas penales, ni han declarado responsabilidades de esta naturaleza, sino que, a lo sumo, han incluido el reconocimiento voluntario de la autoría de ciertos hechos con el fin de promover la reconciliación en la comunidad (Minow, 2019).

En este mismo sentido se han pronunciado, tanto el primer fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, como la actual fiscal, Fatou Bensouda, para quienes las prácticas de justicia comunitaria en relación con los crímenes previstos en el ECPI no son argumento suficiente para que la CPI deje de actuar, en aplicación del principio de complementariedad. De hecho, el propio Moreno Ocampo ha subrayado que es muy poco probable que se declare la inadmisibilidad de una situación, si la actuación de las jurisdicciones nacionales o sus prácticas comunitarias alternativas no incluyen judicializaciones penales (CPI, Fiscalía, 2007-2017).

En consecuencia, se puede afirmar que, en el marco de la persecución penal propiamente dicha, el pluralismo jurídico emancipador encarnado en los modelos de justicia comunitaria arriba mencionados no parece haber sido relevante hasta el momento para el ejercicio de la función de la CPI de poner fin a la impunidad de los máximos responsables de los crímenes previstos en el ECPI.

Desde la perspectiva del pluralismo jurídico emancipador esta situación es ciertamente disfuncional, sobre todo si tenemos en cuenta que las expectativas de depuración de las viciadas estructuras del Estado moderno que generó el establecimiento de la CPI se han visto frustradas al mostrarse incapaces de dar una respuesta eficaz a los

numerosos actos de violencia cometidos en y por los Estados contra sus propios pueblos.

Muy diferente es, sin embargo, la situación en lo que respecta a la reparación de las víctimas porque en este ámbito los procesos de justicia comunitaria han cobrado especial relevancia para la comunidad internacional (CSNU, 2014). En este sentido, se ha subrayado particularmente el aporte de los procesos surtidos al interior de los tribunales *Gacaca* de justicia comunitaria en Ruanda, donde las víctimas han reconocido su importancia para la reconstrucción del tejido social de sus comunidades:

Las Cortes Gacaca son importantes para nosotros, los sobrevivientes, porque nos ayudan a vivir y trabajar de nuevo en la comunidad. [...] Todos los sobrevivientes nos reunimos y hablamos de lo que ha pasado. Nos damos cuenta de que estamos en la misma situación, que todos hemos tenido familiares que fueron asesinados. Nos entendemos y nos encontramos con que no estamos solos. (Clark & Palmer, 2012)

Así mismo, en relación con las víctimas de los crímenes previstos en el ECPI ocurridos en el Norte de Uganda, se ha puesto el énfasis en que, para recuperar su dignidad humana, requieren, más allá de una sentencia judicial, la implementación de los modelos alternativos de reparación que son característicos de sus comunidades. Así, la cultura Acholi cuenta con un proceso tradicional llamado Mato Oput, donde víctima y victimario se encuentran, desarrollándose a continuación una ceremonia de reconciliación en la que el victimario no solo admite su participación en el hecho de violencia acaecido, sino que repara a la víctima a través de métodos tradicionales, como la entrega de animales. A pesar de que este tipo de procesos no se corresponden con los modelos de reparación que se pueden encontrar en los ordenamientos jurídicos occidentales, son fundamentales para las comunidades que habitan en el Norte de Uganda, al responder a sus valores y normas morales (Lamony, 2014).

Con base en lo anterior, la propia CPI, en la orden de reparaciones del caso Katanga, ha señalado que las reparaciones deben, en la medida de lo posible, reflejar y tener en cuenta las prácticas y costumbres locales (propias de la cultura de la población afectada), con la excepción de aquellas que puedan ser discriminatorias, excluyentes o perjudiciales para los derechos de las víctimas (CPI, Katanga, 24/04/2017).

A esto hay que añadir que las medidas de reparación propias de las prácticas de justicia comunitaria pueden complementarse y ser ejecutadas de manera mancomunada con la CPI, y en particular con el FFV, tanto como parte de su mandato de reparación tras el pronunciamiento de una condena, como en el marco de su más amplio mandato asistencial (Giraldo; González; Hernández; Restrepo; Sánchez; Vargas & Villarraga, 2020).

6. CONCLUSIONES

El paradigma del pluralismo jurídico emancipador es una realidad innegable. Su reconocimiento y acogida en el ejercicio judicial contemporáneo constituye una necesidad si se pretende reivindicar el papel que han ocupado las poblaciones históricamente marginadas. Esta situación es si quiere todavía más acuciante en el ámbito de la JI porque solo en el reconocimiento de la diversidad relativa a la percepción de la justicia, puede ejercerse idóneamente la JI.

En este contexto, si la CPI, como afirma Kofi Annan, quiere convertirse en “la causa de toda la humanidad”, debe atribuir la necesaria relevancia en el desarrollo de su función al pluralismo jurídico emancipador, encarnado en los modelos de justicia comunitaria existentes en los territorios donde se cometen los crímenes previstos en el ECPI (Annan, 2003). Como hemos visto, esto ya se viene produciendo en el ámbito de la reparación a las víctimas. Sin embargo, la situación es muy diferente en el ámbito de la lucha contra la impunidad de los máximos responsables de los crímenes previstos en el ECPI, debido a la estricta interpretación del principio de complementariedad.

Por ello, desde la perspectiva del pluralismo jurídico emancipador resulta necesario desarrollar una interpretación más flexible de este principio con el fin de atribuir la debida relevancia a las prácticas de justicia de las comunidades victimizadas. Esto es, si cabe, todavía más acuciante ante la constatación de que la interpretación estricta del principio de complementariedad está contribuyendo a frustrar las expectativas de que la CPI pueda dar una respuesta eficaz a los frecuentes actos de violencia cometidos en y por los Estados contra sus propios pueblos.

REFERENCIAS

Doctrina

- Ambos, K. (2010). “El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma). Un análisis sistemático de la compleja relación entre jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional”. *Indret Penal, Revista para el análisis del Derecho*, (1), 1-47.
- Anderson, B. (1989). *Nação e consciência nacional*. São Paulo: Ática.
- Back, C. & Mendonça, R. (2018). “Após 70 anos, direitos humanos para que?”. En Olasolo, H., Proner, C., Ricobom, G., Villán Durán, C. & Back, C. (ed.), *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Volumen 2*. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 145-163.
- Bauer, O. (2000). “A nação”. En Balakrishnan, G. (ed.), *Um mapa da questão nacional*. Rio de Janeiro: Contraponto.
- Bragatto, F. & de Paula, L.A. (2011). “A memória como Direito Humano”. *Relatório Azul*, 129-141.
- Byrnes, A. & Simm, G. (2018). “International Peoples’ Tribunals: Their Nature, Practice and Significance”. En Byrnes, A. & Simm, G. (ed.), *Peoples Tribunals and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dussel, E. (1973). *Para una ética de la liberación latinoamericana*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI.
- Fariñas Dulce, M.J. (1997). *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*. Madrid: Dykinson.
- Fariñas Dulce, M.J. (2019). “Justicia Comunitaria: entre monismo y pluralismo jurídico en Estudios Sobre Justicia Comunitaria en América Latina”. En Proner, C. & Back, C. (ed.), *Estudios Críticos sobre Justicia Comunitaria en América Latina, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Volumen 8*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 55-69.
- Gerbim, L.M. & Borges, P.C.C. (s.f.). *O Tribunal Penal Internacional. Repensando os seus fundamentos a partir do Sul Global: o Giro Decolonial*. Publica Direito. Recuperado de: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e3acbb1b8d6b8a3f>
- Giraldo, A., González, V., Hernández, C., Restrepo, L., Sánchez, A., Vargas, L. & Villarraga, L. (2020). *Las reparaciones a las víctimas en el caso Bemba a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal*

- Internacional*. Informes de la Clínica Jurídica Internacional. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario.
- Hrosch, M. (2000). “Do movimento nacional à nação plenamente formada: o processo de construção nacional na Europa”. En Balakrishnan, G. (ed.), *Um mapa da questão nacional*. Rio de Janeiro. Brasil: Contraponto.
- Icaza, R. (2018). “The Permanent Peoples’ Tribunals and Indigenous Peoples’ Struggles in Mexico Between Coloniality and Epistemic Justice?”. En Byrnes, A. & Simm, G. (ed.), *Peoples Tribunals’ and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Keck, M. & Sikkink, K. (1998). *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*. Londres: Cornell University Press.
- Kleffner, J.K. (2008). *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*. Amsterdam: Amsterdam Center for International Law.
- Klinghoffer, A.J. & Klinghoffer, J.A. (2002). *International Citizens’ Tribunals: Mobilizing Public Opinion to Advance Human Rights*. Nueva York: Palgrave.
- Lauris, E. (2013). *Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece: dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal* (Tese de doutoramento). Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, sob orientação de Boaventura de Sousa Santos, Coimbra, Brasil.
- Lamony, S. (2014). “The Challenge of Delivering the Principle of Complementarity in Uganda”. En Kenyan Section of the International Commission of Jurists (ICJ Kenya) (ed.), *International Criminal Justice. The ICC and complementarity*. Nairobi: International Commission of Jurists. Pp. 79-114.
- Le Goff, J. (2013). *História e memória*. Campinas: Editora da Unicamp.
- Mazzuoli, V. de O. (2004). A Importância do Tribunal Penal Internacional para a proteção internacional dos Direitos Humanos. *Revista Jurídica Unigran*, Vol. 6 (11).
- Melgarito Rocha, A.G. (2012). *Pluralismo Jurídico: la realidad oculta. Análisis semiológico de la relación estado—pueblos indígenas*. Ciudad de México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades & Universidad Nacional Autónoma de México.
- Minow, M. (2019). “Do Alternative Justice Mechanisms Deserve Recognition in International Criminal Law?: Truth Commissions, Amnesties, and Complementarity at the International Criminal Court”. *Harvard International Law Journal*, Vol. 60 (1). Pp. 1-45.
- Moita, L. (2015). “Os Tribunais de opinião e o Tribunal Permanente dos Povos”. *E-journal of International Relations*, Vol. 6 (1). Pp. 33-55.

- Nasser, S.H. (2015). “Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo”. *Revista de Direito Internacional*, Vol. 12 (2). Pp. 98-138.
- Olasolo, H. (2009). *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Quijano, A. (2005). “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”. En Lander, E. (ed.), *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur*. Buenos Aires: CLACSO.
- Ribeiro, A.S. & Ribeiro, M.C. (2016). *Geometrias da memória: configurações pós-coloniais*. Porto: Edições Afrontamento.
- Sabariego, J. & Matos, A.R. (2018). “Entre a crise e a austeridade: potencialidades e desafios das novas formas de ativismo dos recentes movimentos sociais globais em Espanha e Portugal”. En *Actas del II Congreso Internacional Move.net sobre Movimientos Sociales y TIC 25-27 de octubre 2017 – Universidad de Sevilla, COMPOLITICAS*.
- Santos, B. de S. (2002). *Toward a New Legal Common Sense. Law, globalization, and emancipation*. Londres: Butterworths.
- Santos, B. de S. (2002). “Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, (78). Pp. 3-46.
- Sousa Junior, J.G. (2011). *Direito como liberdade: o direito achado na Rua*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- Spivak, G.C. (2003). “¿Puede hablar el subalterno?”. *Revista Colombiana de Antropología*, Vol. 39. Pp. 297-364.
- Stahn, C. & van den Herik, L.J. (2012). *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*. Leiden: Brill Nijhoff.
- Vecchi, R. (2016). “Subalternidades no(s) Atlântico(s) Sul”. En Ribeiro, A.S. & Ribeiro, M.C. (ed.), *Geometrias da memória: configurações pós-coloniais*. Porto: Edições Afrontamento.
- Wolkmer, A.C. (1994). *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega.
- Wolkmer, A.C. (2001). *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura*. São Paulo: Alfa Omega.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

- CPI. [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. Germain Katanga. *Order for reparations*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/07. 24 de marzo de 2017. Citada como: CPI, Katanga, 24/03/2017.

Resoluciones, informes y otros documentos

- Annan, K. (2003). *Inaugural Meeting of judges of the International Criminal Court*. Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de: <https://www.un.org/press/en/2003/sgsm8628.doc.htm>
- Clark, P. & Palmer, N. (2012). *Testifying to Genocide: Victim and Witness Protection in Rwanda*. Redress. Recuperado de: <https://www.refworld.org/pdfid/50a3a9002.pdf>
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2007). *Declaraciones sobre el Principio de Complementariedad y los Intereses de la Justicia*. Recuperado de: <https://perma.cc/9S26-7AYK>
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2017). *Informe sobre los Exámenes Preliminares y las Actividades*. Recuperado de: <https://perma.cc/NKA9-UJJQ>
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2017). *Resolución 2150*. Doc. Num. S/RES/2150. Recuperado de: <https://www.legal-tools.org/doc/c0c4f9/pdf>

III.2. APROXIMACIONES DESDE MARCOS TEÓRICOS DISCIPLINARES

III.2.1. Aproximaciones desde la filosofía y la teología

Capítulo 18

LA PERSPECTIVA DEL HORIZONTE ÉTICO, PRÁXICO Y SIMBÓLICO*

John Jairo Pérez Vargas
Johan Andrés Nieto Bravo
Héctor Olasolo

1. INTRODUCCIÓN

Las aproximaciones que se pueden realizar al ámbito de la justicia son múltiples, desde las que abordan sus fundamentos anclados en aspectos teóricos, hasta las que los analizan desde una perspectiva pragmática, o incluso mixta. Además, los ejercicios de interdisciplinariedad aportan complementos importantes que posibilitan la emergencia de elementos que contribuyen a la elaboración, interpretación y análisis. Complementando e interpelando con ello no solo los aspectos discursivos sino también los pragmáticos.

En este escenario, el presente capítulo, como parte de las reflexiones interdisciplinarias que se realizan sobre la función de la CPI, plantea la necesidad de diálogo entre las posiciones teóricas y pragmáticas bajo la pretensión de “una validez de concepción” (Seleme, 2003: 192), que represente un equilibrio mutuo, sin necesidad de caer en extremos o en el desconocimiento de la riqueza de la contraparte. Así mismo, busca ser una aproximación que se articule a los horizontes de análisis filosóficos y teológicos, desde una perspectiva que vincule la ética, la praxis y lo simbólico en relación con la justicia, interpelando a partir de estos elementos la JI y la función de la CPI, en tensión con la justicia esperada y la justicia allegada en distintos contextos nacionales¹.

* El presente capítulo hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La

A través del diálogo y la construcción de saberes se abre la oportunidad de reflexionar y fundamentar unas relaciones que permitan la interacción de elementos referidos a la práctica y la teoría en torno a la justicia, interpelando con ello las dificultades, necesidades, carencias, potencialidades y elementos que se han de tornar esenciales para el desarrollo de la justicia, no sólo en el ámbito nacional, sino también en el contexto internacional. Así mismo, se da cuenta de las posibilidades de cooperación que se suscitan en el reconocimiento vital del otro como una corresponsabilidad (Lévinas, 2000), que trasciende fronteras y límites geoespaciales para hacernos partícipes de una misma naturaleza y un mismo fundamento asociado a lo humano.

Desde esta perspectiva, el presente escrito articula en un primer momento aspectos teóricos de la ética, la praxis y lo simbólico, para desde allí en un segundo momento interpelar su relación con la justicia en términos generales, pasando en un tercer momento por la reflexión e interpelación que se puede hacer a la justicia comprendida en un plano internacional, y finalizando con unas alusiones a elementos propios de la relación entre la ética, la praxis y el símbolo de la justicia en relación con la función de la CPI.

2. HORIZONTE DE ANÁLISIS: LA ÉTICA, LA PRAXIS Y LO SIMBÓLICO

Para iniciar este ejercicio reflexivo, se aclara el horizonte de reflexión desde el que se aborda la presente perspectiva de análisis. Para ello, se procede a fundamentar, en primer lugar, la comprensión de la

respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos).

¹ El texto se sitúa en una perspectiva de análisis de orden hermenéutico en tanto se busca desvelar significados y sentidos mediante la búsqueda de una comprensión de la realidad (y en particular, de la justicia internacional y la función de la CPI) a la luz de la ética, la praxis y el símbolo. Para ello “es necesaria una apropiación de la realidad investigada sobre la cual es posible comprender aquello que representa (texto), el lugar en el cual está situada (contexto), y su intencionalidad y/o devenir (pretexto)” (Pérez, Nieto-Bravo y Santamaría-Rodríguez, 2019: 28).

aproximación ética que da cuenta de qué elementos le son inherentes, y cómo la misma genera una posibilidad de análisis en torno a la justicia; posterior a ello, se analizará cómo la praxis constituye un elemento de concreción hacia la realidad, y se relaciona de manera directa con la ética, dando cuenta de la necesidad de propender por una justicia contextualizada y operante, en consonancia con su episteme. Finalmente, se desarrolla la dimensión simbólica como un posible lugar de lectura de las prácticas que rodean la justicia, conforme a un entendimiento de esta última como símbolo y esperanza.

2.1. *La ética*

Al hablar de ética se debe discutir acerca de sus raíces situadas en la filosofía griega, asociadas al término *ethos*, el cual está relacionado con el carácter o la costumbre (Cortina, 1997). La referencia a la ética es comprensible cuando se sitúa en su contexto originario, marcado por la predilección de los ejercicios de la razón, la reflexión, y la búsqueda de principios que permitan una representación situada del mundo (Jaeger, 1962). En este escenario se gesta la referencia al *ethos* como un área asociada a la vida, las decisiones y las costumbres del ser humano, que le permiten situar su ser ante las particularidades propias del individuo, la relationalidad y la vida en sociedad.

Con el reconocimiento de los orígenes conceptuales del *ethos*, se plantea una aproximación que considera que la actitud reflexiva, interrelativa y contemplativa, asociada a las costumbres y al carácter, es un elemento inherente a la naturaleza humana, y por ello puede percibirse de manera pragmática desde los orígenes mismos de la humanidad (López, 2002). Otros desarrollos conceptuales consideran que la ética "(...) es una rama de la filosofía, que se elabora con una metodología y una finalidad prácticas, y que su objeto de estudio es la conducta humana" (Rodríguez, 2010: 21).

En el fondo, la asociación de la ética a la filosofía es una oportunidad de reconocimiento de algunos de los sustentos que subyacen a la episteme de la ética, en el que la búsqueda constante de lo bueno y lo verdadero, la reflexividad y la razón son aspectos que la dotan de identidad y fundamento. En este horizonte las referencias a la ética no se pueden equiparar con las referencias a las normas, "(...) ni tampoco con el tratamiento que de tales normas y valoraciones podrían

hacer las ciencias, que procederían *intentio recta*: la ética se sitúa en el nivel reflexivo y autorreferencial del discurso filosófico” (Cortina, 2002: 29-30).

A pesar de que se asocie la ética a la filosofía (reconociendo que contiene una fuerte naturaleza filosófica porque se fundamenta en parámetros conceptuales y argumentativos (Cortina, 2000)), no se excluye que la misma tenga repercusiones o concreciones prácticas. Por ello, hay fuertes movimientos contemporáneos que buscan darle un sentido más práctico, por medio de elaboraciones como la bioética, las éticas aplicadas, las éticas empresariales o la ética de los negocios, entre otras (Pérez, Silva, Quintero, Rodríguez & Niño, 2019).

La ética se caracteriza también por “la aspiración de una vida cumplida bajo el signo de las acciones estimadas buenas” (Ricoeur, 2002: 241). En este contexto, la ética, en su operatividad, supone una parte activa de la reflexión humana dirigida a hacer inferencias, poner en consideración variables, estimar consecuencias y definir aquellas acciones que pueden operativizarse según las demandas del contexto, las oportunidades y las posibilidades de elección del individuo.

De ahí que la ética no se pueda deslindar de la persona, al tratarse de un acto racional de quien en su autonomía, libertad y deliberación busca orientar la acción con base en distintas variables que tienden a la búsqueda de lo bueno y pertinente en relación con las variadas posibilidades que preceden el acto. En este sentido, la ética se convierte en una búsqueda que se asocia a un camino que recorre el ser humano, quien, a partir de los avatares, tradiciones, culturas y demás elementos vitales, va configurando su manera de comprender el mundo y de vivirlo. En esta tarea de vivir, es donde se concretiza la parte operativa de la ética, la cual encuentra en los escenarios ofrecidos por la realidad del sujeto las diferentes posibilidades de ser y actuar.

2.2. La praxis

La praxis se asocia a una raíz griega tomada del verbo *prattein*, que en sus orígenes y contexto significaba el obrar propio de la naturaleza humana (Vigo, 2008). En este escenario, la praxis se puede asociar a la acción, es decir, una apuesta por la movilización que desemboca en el acto, de ahí que sea también un elemento constitutivo del ser huma-

no. En un sentido más profundo y bajo la reconstrucción teórica de algunos autores, la praxis cuenta con diversas características, como la relación con el actuar ético y un impacto en la realidad, de manera que “la praxis es práctica en la que se combina saber, actuar moral y hacer. Además, la praxis es necesariamente crítica de la realidad social injusta y por ello tiende a revocar toda forma de dominación” (Yurén, 2013: 12).

La autora australiana Shirley Grundy (1987) elabora una conceptualización y caracterización de la praxis, en la que destaca los siguientes cinco elementos esenciales:

1. Los elementos constitutivos de la praxis son la acción y la reflexión,
2. La praxis se desarrolla en lo real, no en un mundo imaginario o hipotético,
3. La realidad en la que tiene lugar la praxis es el mundo de la interacción: el mundo social o cultural,
4. El mundo de la praxis es el mundo construido, no el natural,
5. La praxis supone un proceso de construir un significado a las cosas, pero se reconoce que el significado se construye socialmente, no es absoluto (146-148).

En esta aproximación se presentan varias de las particularidades de la praxis. A partir de las mismas se puede inferir la necesidad de que el acto no se quede solo en la acción o en un obrar, sino que ha de ser precedido y amparado por la reflexión. Ello hace que la praxis sea una práctica premeditada e interpelada por la razón con un fuerte sentido práctico. Por lo tanto, se circunscribe a la realidad, la cual marca un contexto y un lugar de acción concreto, que cuenta con diversas dinámicas marcadas por las lógicas sociales y culturales, las cuales brindan sentido y significado a la acción.

Todas estas características complementan y robustecen la noción más básica y elemental de la praxis en torno al obrar y la acción, lo que permite establecer una tensión dicotómica respecto de la teoría, en cuanto que esta última constituye un elemento esencial de la comprensión de los fenómenos sociales, la cultura, la política y la economía, y se caracteriza por razonamientos de orden lógico y deductivo en constante búsqueda de comprensión de insumos, elementos y aspectos que posibiliten entender la realidad en un plano exclusivamente racional (Wiggershaus, 2009).

El mayor desafío que presenta esta tensión gira alrededor del equilibrio entre la teoría y la práctica (Rawls, 1995). En este ámbito radi-

ca un claro conflicto, porque son realidades opuestas que bien pueden ser complementadas y enriquecidas de manera mutua (Pérez, 2019). Para abordar el mismo, diversos teóricos proponen un ejercicio de conciliación amparado en el reconocimiento de la racionalidad, pero no en la exclusividad de la teoría, sino que a la luz de esta se pueda iluminar la acción. Esta aproximación se conoce como racionalidad práctica, y es entendida como un principio que guía las acciones humanas, parte del presupuesto de la racionalidad teórica, pero lo trasciende al constituir un sistema de creencias que emergen de la acción (Fernández, 2014).

La racionalidad práctica cobra fuerza cuando se comprende que los asuntos prácticos asociados a la realidad con frecuencia no pueden ser abordados o comprendidos desde la exclusividad de una racionalidad teórica, “puesto que el actuar humano está referido a principios propios los que, de alguna manera, son revelados por la «racionalidad práctica»” (Martínez, 2007: 316). De esta manera, este tipo de racionalidad acentúa nuevas y diversas dinámicas de comprender y actuar en la realidad circundante, por lo cual la práctica se constituye como un escenario de pesquisa en donde se gesta una razón situada (Nieto & Santamaría-Rodríguez, 2020).

En relación con lo anterior, Paul Ricoeur (2002: 252) relaciona la racionalidad práctica con la sabiduría práctica, la cual es “referida al juicio moral en situación, y para la cual la convicción es más decisiva que la regla misma”. Con estos elementos, se puede dimensionar la fuerza que alcanza la praxis para efectos de configuración de la realidad que circunda al individuo.

Con respecto a la articulación entre la ética y la praxis, es necesario abordar su interrelación y complementariedad. En este sentido, la ética refleja la intención subyacente al acto, la cual se caracteriza por ser razonada y dar cuenta de los fundamentos que posibilitan el desencadenamiento de la acción, con base en un ejercicio deliberativo que determina lo bueno y lo malo, o lo más pertinente respecto de la situación. De esta manera, la praxis es un elemento vital para la ética, pues sin ella, la ética, comprendida a partir de la exclusividad de la razón teórica, carecería de sentido y horizonte.

Así las cosas, la ética y la praxis plantean una relación que se complementa y posibilita desarrollos que van en procura del reconoci-

miento del acto reflexivo y la necesidad de la acción, porque una ética sin acción no tendría implicancia o efecto en la realidad circundante del individuo, quedando o situándose en preceptos u orientaciones especulativas, descontextualizadas o sin un sentido asociado a la realidad. Por ello, el filósofo australiano Peter Singer (2017: 206) expresa que “la ética es práctica, o no es verdaderamente ética. Si no es buena en la práctica, tampoco es buena en teoría”.

2.3. *Lo simbólico*

Los símbolos son un tipo de mediación que se da entre el hombre y la realidad que le rodea, constituyendo un sistema que caracteriza la manera como el intelecto humano conoce, en el cual se transita de la observación física de la realidad a la construcción de un universo simbólico (Cassirer, 1967). Para pensadores como Wittgenstein (1973) hay una clara diferencia entre el decir y el mostrar. Así, mientras lo primero está mediado por una racionalidad positivista (la ciencia que se dice), lo segundo supone la presentación de aquello que adquiere mayor relevancia en el campo de lo ético, lo estético y lo justo, es decir, el misterio, frente al cual no cabe el decir, sino que sólo aplica el mostrar (este misterio se desvela a partir del símbolo).

El papel de lo simbólico adquiere una especial relevancia en la medida que posibilita la generación de una esperanza, que, según Eco (1988), trasciende las fronteras biológicas y físicas, para abrirse al mundo de la utopía o los horizontes mediados por la práctica religiosa, el pensamiento filosófico, las manifestaciones artísticas o la institucionalidad. Lo anterior permite comprender que el símbolo imprime un carácter en cuanto representa y realiza una realidad externa a él.

Gadamer (2005) emplea la imagen de la *tessera hospitalis*, que es una tablilla que los hospederos fraccionaban por mitades, con el fin de reconocer a los huéspedes que les habían visitado cuando tiempo después regresaban y unían los fragmentos. Esta práctica permitía que un objeto material, como una tablilla, simbolizara un momento intangible ocurrido en el pasado, que se proyectaba en el presente en el momento en que el huésped retornaba a la hospedería. De este modo, “La *tessera hospitalis* es un resto de una vida vivida en otro tiempo, y atestigua con su existencia aquello a lo que se refiere, es decir, deja que el pasado se vuelva presente y se reconozca como válido” (Gadamer,

2005: 205). De esta manera, el símbolo se caracteriza porque realiza aquella realidad inmaterial que representa. En consecuencia, identificar una dimensión simbólica en la praxis ética significa trascender una simple remisión a la justicia, para hacer presente la justicia en su accionar (*repraesentatio*).

Dentro de la comprensión de Ricoeur (1995) el símbolo tiene una doble intencionalidad, pues desvela una realidad que puede ser leída desde su literalidad, pero también esconde una dimensión analógica que requiere un proceso hermenéutico de interpretación, comprensión y constitución de sentido. Por eso, los símbolos son “opacos, porque el mismo sentido literal, original, patente, está apuntando a otro sentido analógico, que no se nos comunica más que a través de él [...] esta opacidad constituye la profundidad misma del símbolo, que, como veremos, es inagotable” (Ricoeur, 1969: 252). En consecuencia, desde una perspectiva semántica, la simbología transita entre dos estudios, uno primario o literal y otro latente; para poder pasar del primer estadio al segundo, es necesario el uso de la analogía.

Lo anterior permite identificar dos niveles desde los cuales un sujeto se acerca al símbolo. El primero es la literalidad, es decir, aquello que se encuentra estructurado teóricamente y objetivamente. El segundo es denominado la analogía del símbolo y se entiende como ese punto de equilibrio que posibilita situar este primer aspecto en un diálogo con las voces y esperanzas que emergen de la experiencia de la praxis y la ética, operativizando de esta manera aquello que se es simbolizado.

Para comprender la dimensión simbólica, se parte de la literalidad (objetividad del símbolo), con el fin de propiciar un diálogo con su “opacidad” (subjetividad del símbolo). Este ejercicio analógico no busca identificar elementos de caracterización, sino de relación entre lo unívoco y lo equívoco, que se constituyen en formas de generar de sentido. Esta dialéctica, reconoce en primer lugar los significados que provienen del constructo teórico y objetivo. Sin embargo, requiere también de los significantes que son proporcionados por las subjetividades, las representaciones sociales y las esperanzas. Es el diálogo entre significado y significantes donde se consolida el sentido simbólico (Nieto, 2017; Nieto, 2019).

3. EL TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA DESDE LA ÉTICA, LA PRAXIS Y LO SIMBÓLICO

Una vez expuesto el horizonte epistemológico de análisis es momento de identificar y asociar su relación con la justicia. Para ello, se presenta inicialmente un escenario de reconocimiento alrededor de la justicia, para proseguir con su abordaje desde la ética y la praxis en cuanto aspectos complementarios, y finalizar estableciendo la conexión con lo simbólico.

Si bien la justicia tiene en cuenta sentidos institucionales que permiten interpelar la función de la JI y de la CPI, no se limita a las instituciones o a la justicia que deviene de las mismas, porque “el sentido de justicia no se agota en la construcción de los sistemas jurídicos que suscita” (Ricoeur, 2002: 245). De ahí que la justicia sea reconocida en su sentido social, como “la estructura básica de toda sociedad” (Rawls, 1995: 20). De esta manera, no se busca una comprensión cimentada en la exclusividad de las instituciones o elucubraciones filosóficas de orden teórico desarrolladas en torno al juicio sobre lo bueno o lo malo (como podría pensarse de una aproximación desde una perspectiva ética y simbólica). Por el contrario, la idea es analizarla también desde la praxis que supone el acto, ya que “algunos filósofos morales tratan los problemas de la ética de un modo abstruso pues se elevan al ámbito de la idealidad de los principios de justicia para acabar por no dar ninguna orientación aplicable a la realidad” (Linde, 2010: 44). De ahí que el mayor desafío este precisamente en poder interpelar la realidad.

En este contexto, la autora norteamericana Martha Nussbaum (2007) destaca que las teorías sobre la justicia social deben articular dos horizontes. El primero abstracto, que permite cierto grado de generalidad y otorga una fuerza teórica que no se reduce a asuntos casuísticos u ocasionales, sino que puede servir de guía y orientación para diversas y variadas situaciones de justicia. El segundo abocado al principio de realidad, que permite cierta sensibilidad con los problemas actuales y urgentes del mundo, de manera que los fundamentos teóricos posibilitem, o resistan, modificaciones o adecuaciones para dar respuestas efectivas a los mismos (Santamaría, Nieto y Pérez, 2020).

En este escenario, se puede percibir nuevamente la tensión entre los aspectos asociados a la teoría y a la práctica que se observaron en el anterior apartado, en tanto que plantear una dinámica de justicia en la exclusividad de una u otra, puede llevar a absolutismos que no se ajusten a las necesidades particulares, o que no reconocen principios u horizontes orientadores del acto. Es por ello que, a los efectos de este capítulo, se entiende la justicia como una construcción de orden social anclada en los principios de cooperación y relacionalidad, lo que significa en última instancia que no se puede hablar de justicia sin referirse a un otro respecto del cual se pueda operativizar. De esta manera, la justicia se sitúa en un plano en el que la ética, la praxis y lo simbólico adquieren sentido (Rahner, 1962).

En el ejercicio de reconocer al otro con el cual se comparte el acto de coexistencia, se pueden realizar ejercicios de cooperación y asociación que la hacen mucho más tolerable (Walzer, 1998). De esta manera, se puede pasar de un estado de naturaleza conflictiva y caótica, como lo presenta Hobbes (1980), a un estado donde la cooperación y los acuerdos sociales puedan garantizar ordenamientos en los que se cimienta la coexistencia.

A este respecto, el contractualismo realiza aportes importantes, aunque con algunas dificultades (Nieto y Rodríguez, 2017), sobre todo cuando se realizan desde una perspectiva de ordenamiento, enmarcados en ejercicios de gobernanza pública. No obstante, cuando los aportes del contractualismo se llevan a cabo desde una perspectiva ética o moral (Scanlon, 2003; Sandel, 2011), se encuentran diversos elementos que pueden favorecer las relaciones y la convivencia en el interior de las sociedades, al no otorgar una responsabilidad exclusiva sobre su ordenación al Estado (o a una institución concreta), y posibilita así diferentes dinámicas en el plano personal, interrelacional y comunitario.

Bajo esta perspectiva, los integrantes de una sociedad, en su ejercicio de libertad, autonomía y corresponsabilidad, asumen un papel de agentes, donde se les reconoce la posibilidad de un actuar no condicionado o regido por la exclusividad de las instituciones, normas o preceptos. Con ello se reconoce la posibilidad de un autogobierno, es decir, del empoderamiento que conlleva asumir una postura y un

papel respecto de uno mismo, los cuales no excluyen la posibilidad de poder pensar en el prójimo.

De ahí que el diálogo y las construcciones que se pueden asumir como integrantes de una sociedad respecto del otro (Habermas, 2000) son esenciales para cimentar responsabilidades mutuas. En este escenario es donde más fuerza ha de tomar la ética y la praxis, porque se posicionan ante el individuo que asume su responsabilidad reflexiva frente al acto (Pérez, 2018). No obstante, no se puede desconocer que, en la libertad humana, hay quienes, por distintas razones, no asumen su rol de actor y parte en los ejercicios de cooperación social.

En este contexto, cobra relevancia las instituciones, definidas “por su capacidad de hacer advenir un orden simbólico y de formar un tipo de sujeto ligado a este orden, de instituirlo” (Dubet, 2007: 40). Bajo esta acepción, la justicia se torna en una institución en tanto circunscribe ideales y búsquedas humanas, que, al no lograr por medio de la cooperación y el empoderamiento personal y social, adquiere un papel simbólico. Como afirma Dubet (2007) la institucionalidad de la Iglesia, la escuela, la familia o la justicia se inscribe en un orden simbólico porque instituyen una naturaleza social en la naturaleza individual.

De esta manera, se observa cómo empieza a articularse el engranaje en torno a la justicia, vinculando las perspectivas de la ética, la praxis y lo simbólico, que, a pesar de que son elementos que se fundan en el individuo, se proyectan de tal manera que otorgan una responsabilidad a las instituciones. Así, la ética y la praxis, al ser aspectos propios del actuar humano, demandan de la justicia que la misma esté referida a la reflexividad y operatividad que justifica la acción. Por su parte, lo simbólico sería la carga que recae de lo humano hacia esa justicia esperada que no siempre acontece.

Emerge así, de manera connatural a lo simbólico, la esperanza, entendida como parte de una utopía asociada a la representación de algo que se es esperado (Bloch, 2007) y que, así nunca llegue, siempre se aguarda, porque lo propio de la esperanza es esperar a que suceda aquello que es anhelado y soñado, hasta que pueda llegar. Como señala Cullen (2004: 197), esto sucede “porque hay alternativas, porque lo posible nos constituye y porque el bien y la justicia transforma la utopía en un compromiso”.

De este modo, lo simbólico es aquello que se espera, es lo que garantiza que, a pesar de que los individuos no son consecuentes ni con su sentido de corresponsabilidad anclado en la ética, ni con su concreción en sus actos, se tenga cierta tranquilidad y seguridad de que hay algo que puede restablecer los órdenes, rompiendo en cierto modo con ese estado de naturaleza conflictiva e interesada. En este escenario, la justicia, en su sentido social, alude a la importancia de las instituciones como contribuyentes del restablecimiento de estos órdenes esperados.

De esta manera, lo simbólico adquiere un sentido que se asocia, no tanto a la responsabilidad individual, sino a aquello que se espera de quienes pueden restablecer los órdenes o corregir o mediar ante el obrar equívoco o injusto. Con ello, la institución se vincula de manera real y contextualizada con el actuar humano, asumiendo y apropiando los principios y fundamentos éticos y prácticos para poder guiar y orientar las decisiones y búsquedas en torno a la justicia, sintiéndose corresponsable, y estando permeada por aquello que simboliza y que el individuo espera de ella.

4. LA JUSTICIA Y SU HORIZONTE ÉTICO, PRÁXICO Y SIMBÓLICO EN EL PLANO INTERNACIONAL

Ante la justicia como institución (Dubet, 2007) adscrita al apoyo o contribución del restablecimiento de ordenes sociales en el marco de los diferentes contextos, se puede reconocer que la perspectiva ética, práxica y simbólica no se asocia solo a individuos, sino que la institución, al ser integrada y operada por sujetos, reviste una carga y una responsabilidad que se asigna a su funcionamiento y que vincula de un modo u otro estas perspectivas de análisis (las cuales traspasan el plano de la individualidad y adquieren un sentido colectivo que enmarca los ideales de justicia, la responsabilidad y el actuar de esta justicia en el marco de las sociedades).

Ahora bien, ante este escenario, se puede extrapolar la responsabilidad del individuo a las instituciones, las cuales como parte de su función vital en las sociedades y los estados adquieren la posibilidad de ser y actuar según la ética y la praxis, adquiriendo así un orden simbólico en el marco de la sociedad. Esto implica que las institucio-

nes como la justicia, no solo simbolizan algo, sino que esperan una praxis efectiva y coherente con principios sociales en conformidad con lo ético.

No obstante, por diversas circunstancias, la justicia no siempre es operante en el marco de los órdenes sociales y en nombre del Estado. Esto implica, en muchos casos, de un modo u otro, una afectación tanto a la ética como a la praxis y a lo simbólico. A la ética y la praxis en cuanto que hay veces en que las instituciones de justicia no actúan bien, sea por falta de disposición o por acciones viciadas, lo que supone ir en contra de los principios racionales del actuar y de la operatividad consecuente. Y en lo simbólico, porque la praxis institucional requiere de la realización de aquello que se simboliza, en este caso la justicia.

De cara a esta posible situación, la posibilidad de cooperación internacional encuentra un lugar de acción, coadyuvando a los procesos de justicia que de un modo u otro se encuentran afectados por negligencia, falta de voluntad, vicio o inacción de las instituciones de justicia nacionales (Olasolo, 2012). Con ello, la justicia no es solo lo que los Estados pueden brindar a sus ciudadanos, sino que hay una comunidad internacional mucho más amplia que, en el marco del restablecimiento de órdenes sociales, puede contribuir y mediar en este tema.

Los apoyos que brinda la comunidad internacional a los distintos Estados en temas de justicia son múltiples. De ello dan cuenta variados antecedentes de comités de justicia y organizaciones que se gestan para apoyar diversos procesos, que no pueden abordar de manera plena los Estados por sí solos. Esto lleva a la organización, asociación y complementariedad de ordenes institucionales, en procura de garantías de derechos y deberes básicos sin importar la nacionalidad (Diez, 1994), lo cual constituye una posibilidad de asociación estratégica como respuesta a los fines de la justicia.

Un ejemplo de lo expresado se puede situar en el ECPI, el cual estipula que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes” (Preámbulo del ECPI). Con ello se reafirma la importancia de las jurisdicciones internas en la búsqueda de justicia, aun habiendo estancias internacionales que pueden apoyar la

función de juzgamiento, o que en alguna medida puedan contribuir al esclarecimiento de los crímenes internacionales ocurridos.

El preámbulo del ECPI establece también que la CPI “será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”, lo que implica que su creación y existencia no interferirá en las justicias nacionales, sino que antes bien la complementará en determinadas situaciones ante diversas circunstancias.

Fruto de lo anterior, las jurisdicciones nacionales cuentan con aliados o coadyuvantes internacionales de los procesos que se llevan a cabo en el ámbito interno. En este contexto, pareciera que se gesta una posibilidad de acción, o de hacer de esa justicia algo operante y real, que refleje de un modo u otro una praxis (es decir, una práctica razonada y consecuente con un actuar ético, basado en principios supremos orientadores de lo correcto y lo plausible en el orden de la conducta y la acción humana).

Con estos elementos, la JI se constituye en un faro de esperanza que emerge de la desolación y la desesperanza generada en un ambiente en el que la justicia local no consigue los resultados esperados, en donde se evidencia falta de voluntad o inacción estatal. Esto convierte a la JI en una nueva institución, que permite la revitalización de lo esperado, trayendo con ello consuelo y esperanza para quienes han sido víctimas.

5. CONSTITUCIÓN SIMBÓLICA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: TENSIONES ÉTICO-PRÁXICAS ENTRE LITERALIDAD Y ANALOGICIDAD

La creación en 1998 de una CPI de carácter permanente supuso la culminación de un proceso que duró más de un siglo, desde que fuera por primera vez propuesta en 1872 con el fin de que se investigaran, enjuiciaran y sancionaran las graves infracciones de la naciente regulación de los conflictos armados (Hall, 1998). Su creación reactivó la vacilante esperanza de las víctimas que veían con profundo escepticismo la acción de una justicia nacional que resultaba inoperante frente a los máximos responsables de los crímenes que más gravemente afectan a la sociedad internacional en su conjunto.

Desde entonces, pensar en una jurisdicción internacional de carácter penal que desarrolle su práctica de forma permanente y responda a una vocación de universalidad, con el compromiso de enjuiciar a los máximos responsables de crímenes internacionales, no es una utopía, sino que se constituye en una realidad operante que representa de un modo u otro una responsabilidad ética y una praxis concreta. Así, pese a las numerosas dificultades que ha enfrentado desde su creación en su operar, supone un importante paso adelante en la realización del anhelo, presente desde el final de la Segunda Guerra Mundial, de tener un tribunal internacional penal eficaz, que declare y aplique la responsabilidad internacional penal de aquellos dirigentes que instrumentalizan las estructuras (estatales y no estatales) que dirigen para la comisión de violencia sistemática o generalizada contra ciertos grupos humanos minoritarios o incluso contra amplios sectores de la población civil.

Con ello se finaliza además el proceso de constitución de una lógica integradora que reconoce una doble normatividad. Por un lado, una normatividad sustantiva que prohíbe a los sujetos incurrir en ciertos comportamientos que afectan especialmente a los valores centrales sobre los que se ha construido la sociedad internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial, consolidando así una perspectiva o comprensión ética que subyace a este acontecimiento histórico. Por otro lado, una normatividad adjetiva, que declara y aplica las consecuencias por no respetar las normas primarias, lo cual posibilita el reconocimiento de rostros concretos y responsabilidades visibles por los crímenes cometidos.

Sin embargo, aunque la aprobación del ECPI contó con una amplia mayoría de los Estados participantes en la Conferencia Diplomática de Roma, ya desde el mismo proceso de establecimiento de la CPI fueron palpables “las notables diferencias entre los distintos Estados en cuestiones tan importantes como la naturaleza jurídica del instrumento de creación de la CPI, el alcance y activación de su jurisdicción y las relaciones de la CPI con las jurisdicciones nacionales” (Olasolo, Carnero, Seoane & Carcano, 2018: 396). Estas diferencias provocaron el distanciamiento de la CPI de la mayor parte de grandes potencias (incluyendo tres de los cinco miembros del CSNU (China, EE.UU. y Rusia), todas las potencias nucleares excepto Francia y el Reino Unido y un buen número de potencias regionales (Arabia Sau-

dí, Indonesia, Irán, Turquía o Egipto). Como consecuencia, no fue posible adoptar un acuerdo multilateral de ámbito verdaderamente universal que garantizara plenamente la independencia de la CPI en materia de jurisdicción, recursos económicos y acción permanente. Por ello, desde sus primeras actuaciones, su capacidad de acción no se ha encontrado tanto en la relevancia de su intencionalidad fundacional, como en el aval proporcionado por la voluntad de los Estados parte (art. 13(a) y 14 ECPI), e incluso en ciertas ocasiones (como las relativas a las situaciones en Darfur (Sudán) y Libia) por el propio CSNU (art. 13(b) del ECPI).

En consecuencia, a pesar de que en la actualidad se tienen cuatro exámenes preliminares concluidos sin apertura de investigación², ocho exámenes preliminares en curso³, catorce situaciones bajo investigación⁴ y casi tres decenas de casos abiertos contra dirigentes de estructuras estatales y no estatales presuntamente responsables de crímenes internacionales (en más de la mitad de estos últimos se ha obtenido la captura o comparecencia de los imputados, lo que ha permitido finalizar siete juicios orales)⁵ (CPI, Oficina de Información Pública, Casos), no puede sorprender que las actividades de la CPI no hayan logrado hasta el momento tener el impacto esperado por la sociedad internacional (Casey, 2006; Escobar Hernández, 2000; Jiménez García, 1998; Olasolo, Carnero, Seoane & Carcano, 2018).

Esto obedece a la ausencia de voluntad política para crear una jurisdicción internacional penal que, junto a su impacto en el ámbito de lo simbólico, tenga una mayor capacidad de acción en su práctica para investigar, enjuiciar y sancionar de manera efectiva a los máximos responsables de crímenes atroces (Olasolo, 2003). La notable afecta-

² Corea del Norte/Corea del Sur, Flotilla Humanitaria, Honduras, Gabón, y Iraq/Reino Unido (CPI, Oficina de Información Pública, Casos).

³ Bolivia, Colombia, Filipinas, Guinea, Nigeria, Ucrania, y Venezuela I y II (CPI, Oficina de Información Pública, Casos).

⁴ Afganistán, Bangladesh/Myanmar, Burundi, CAR I y II, Costa de Marfil, Darfur (Sudán), Georgia, Kenia, Libia, Mali, Palestina, RDC y Uganda (CPI, Oficina de Información Pública, Casos).

⁵ La situación de los siete casos en los que se ha concluido el juicio oral por crímenes internacionales es la siguiente: una absolución firme, tres condenas firmes, dos casos en apelación y uno a la espera de sentencia en primera instancia; CPI, Oficina de Información Pública, Casos).

ción que esto puede suponer para los intereses de quienes disfrutan de una posición hegemónica en la sociedad internacional y de quienes ejercen un alto nivel de influencia, o incluso control, sobre las justicias nacionales es la razón última de esta situación. Por ello, como Peskin subraya (2008), no son pocos los Estados (algunos con un gran peso en la sociedad internacional) que han creado estructuras que limitan la actuación de la CPI, debido a la función que esta última desempeña como elemento central en la construcción de un imaginario social dirigido a poner fin a la impunidad de los máximos responsables de crímenes atroces.

Para diversos autores, el problema es particularmente grave en relación con aquellos máximos responsables que todavía siguen ejerciendo algún tipo de control sobre los Estados parte del ECPI que financian la propia actuación de la CPI, lo que provoca un mayor riesgo de impunidad, fruto de los mecanismos de control y presión que ejercen sobre su actuación (Ambos, 2013). Esto genera una evidente tensión entre lo que se espera de estos Estados (ética) y la manera en que se comportan en la práctica (praxis).

Además, como se ha observado con los reiterados incumplimientos de Chad, Malawi y Sudáfrica con sus obligaciones de cooperación con la CPI para la detención y entrega de Omar al Bashir (Jefe de Estado de Sudán hasta comienzos de 2020, Omar Al Bashir), esta tensión entre ética y praxis se puede extender también a la actuación de terceros Estados parte por influencia de los implicados. De hecho, la situación relativa a Al Bashir (que una década después de la emisión por la SCP I de dos órdenes contra el mismo todavía no ha sido entregado a la CPI), junto con las dificultades presentadas por la imputación por la CPI del presidente (Urumu Kenyatta) y el vicepresidente (William Ruto) de Kenia, han provocado importantes tensiones entre la CPI y la UA. Esto ha sido determinante para que a través del Protocolo de Malabo (2014) se creara una Sala Especial dentro de la Corte Africana de Derechos Humanos para la persecución penal de los crímenes internacionales que son objeto de la competencia de la CPI.

A la luz de lo hasta aquí señalado, es particularmente importante entender el alcance y limitaciones de las actuaciones penales por crímenes internacionales de las jurisdicciones nacionales. A este respecto, como señalan Olasolo & Galain (2018), es necesario subrayar que

desde la década de 1990 existe una amplia variedad de experiencias con relación a la responsabilidad que tienen los Estados de generar procesos investigativos, cuyos resultados puedan terminar en el enjuiciamiento y la sanción penal de los responsables de crímenes internacionales ocurridos en su territorio (Olasolo, 2017b). En particular, la experiencia de Ruanda ha demostrado la autonomía de la justicia nacional, que desarrolló más de 1300 casos que no fueron asumidos por el TPIR (Tirrell, 2014). Además, en América Latina se han desarrollado diferentes procesos, especialmente en relación con los máximos dirigentes de ciertas dictaduras militares, que, como es el caso de Augusto Pinochet en Chile, Jorge Videla en Argentina y Alberto Fujimori en el Perú, han sido condenados en sus respectivos países.

Así mismo, en el caso colombiano, más de “800 miembros del ejército y la policía han sido condenados, y varios miles están siendo investigados, por las ejecuciones extrajudiciales (conocidas como falsos positivos) de, al menos, 3000 civiles, que después hacían pasar por miembros de las FARC-EP” (Olasolo & Galain, 2018), aunque hasta la fecha no ha habido (ya sea en la jurisdicción ordinaria, o en la Jurisdicción Especial para la Paz creada a finales de 2016 por el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP) ni investigaciones ni enjuiciamientos contra los responsables políticos que aprobaron los criterios de promoción y ascenso en las fuerzas militares que fomentaron estos delitos.

A esto hay que unir las investigaciones, enjuiciamientos y condenas emitidas por la jurisdicción ordinaria de Colombia, la Jurisdicción Especial de Justicia y Paz (creada en 2005) y la propia Jurisdicción Especial para la Paz frente a Congresistas y gobernadores auspiciados por el dinero del narcoterrorismo paramilitar (Olasolo & Galain, 2018), así como contra integrantes y máximos responsables de los grupos paramilitares, las FARC-EP (hoy partido político) y el ELN (que continúa en la subversión) (Olasolo, 2017).

Consecuencia de lo anterior, Olasolo & Galain (2018: 103) subrayan que “el número de procesos penales por crímenes de *ius cogens* adelantados en cualquiera de estas jurisdicciones es superior a los que han tenido lugar en el conjunto de los tribunales internacionales penales y tribunales híbridos establecidos desde 1990”. Sin embargo, la mayor parte de estas actuaciones en el ámbito interno han enfrentado

una problemática común, que tiene que ver con la garantía de inmunidad que reciben los más altos representantes del Estado, lo que, en última instancia, ha supuesto que sólo han podido ser juzgados aquellos dignatarios que han perdido el poder porque han sido vencidos política o militarmente. De ahí que quienes estén en el ejercicio de su cargo, o blindados por los partidos políticos que los representan, permanezcan inmunes a la responsabilidad penal sobre las acusaciones o denuncias que pesan sobre ellos, lo que hace que las instituciones judiciales sean objeto de intensas presiones políticas y económicas que condicionan y dilatan los procesos.

Lo mismo sucede con las actuaciones nacionales que se llevan a cabo en virtud del principio de justicia universal, el cual resulta ser prácticamente inoperante en las jurisdicciones nacionales condicionadas políticamente por el accionar estatal que protege a quienes ostentan el poder (Olasolo & Galain, 2018; Olasolo, Martínez Vargas & Fernández Polanía, 2016).

Es por esta razón que, ante la falta de eficacia de las jurisdicciones nacionales frente a los máximos responsables que conservan su poder o influencia en las estructuras estatales, aparece como principal respuesta la dimensión simbólica de la CPI como esperanza de realización de justicia (incluso a pesar de las mencionadas limitaciones en su capacidad de actuación), caracterizada por: (a) constituir “una jurisdicción de última *ratio* que sólo puede activarse y ejercitarse ante la inacción, la falta de disposición o la falta de capacidad de las jurisdicciones nacionales” (Olasolo, 2012: 28); (b) tener el “mandato y fin último de terminar con la impunidad de los máximos responsables de aquellos delitos que más gravemente afectan a la Comunidad Internacional como el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra” (Olasolo, 2012: 27); y (c) rechazar, conforme al art. 27 del ECPI, la aplicación frente a la misma de toda pretensión de inmunidad por los actuales, o pasados, dirigentes estatales⁶.

⁶ La afirmación sin ambages por la jurisprudencia de la CPI de la existencia de un precepto consuetudinario que no admite inmunidades en relación con los crímenes de su competencia es, sin duda, un paso necesario para evitar que los máximos responsables de los Estados no parte puedan seguir amparándose bajo el velo de la soberanía y la autonomía estatal.

A pesar de quienes desde una mirada escéptica subrayan la ineficacia de la CPI, conviene recordar que, en realidad, la CPI resulta ser la más importante y casi única alternativa para generar procesos mediante los cuales se puede abrir una puerta a la justicia cuando esta es eclipsada en el ámbito nacional. De ahí, que la CPI constituya una auténtica “hoja de ruta” para viabilizar la posibilidad de declarar y aplicar la responsabilidad penal de aquellos máximos responsables de crímenes internacionales que encuentran protección en el ámbito interno (Cassese, 2008; Cryer, Friman, Robinson, & Wilmschurts, 2014; Gaeta, 2009; Schabas, 2010; Olasolo & Galain, 2018).

En este contexto, cada uno de los casos de la CPI puede ser entendido como un auténtico símbolo de la justicia desde dos perspectivas: (i) la realización operante de la justicia que representa esperanza; y (ii) el escenario analógico sujeto a hermenéutica y discusión.

Con relación a la primera, se requiere reforzar la lectura ascendente de la CPI. Así, en la literatura especializada en DIP y CPI existe una constante preocupación por el significado que tiene la CPI para los Estados que se abstuvieron de votar, votaron negativamente o abandonaron el ECPI (especialmente aquellos que hacen parte del CSNU), fomentando con ello una lectura descendente que analiza los múltiples obstáculos que dicha circunstancia ha generado en la actuación de la CPI. De esta manera, se ha dejado en un segundo plano la lectura ascendente de la CPI a partir de la esperanza de quienes desde abajo ven en la misma la única vía posible para tener justicia en medio de la ineficacia (e incluso cuan parálisis) de las jurisdicciones nacionales.

En este sentido, el símbolo trasciende las fronteras de los territorios, que en muchas ocasiones pareciera condicionar el destino de los pueblos y las problemáticas que allí se viven, para asumir prácticas éticas desde las que se mantiene la esperanza y se establecen vías jurídicas que, como explica Gadamer (2005) con la *tessera hospitalis*, atestiguan con su existencia aquello a lo que se refieren (en el caso de la CPI, la posibilidad de juzgar los crímenes internacionales que han desdibujado la dignidad de lo humano, y que, al trascender su territorialidad, hacen que se ponga el foco de atención en los máximos responsables de su comisión).

La segunda perspectiva ofrece se construye sobre la doble intencionalidad del símbolo expresada por Ricoeur (1995). Conforme a la

misma, se afirma, en primer lugar, que una lectura de la literalidad del actuar de la CPI refleja la preocupación de diferentes sectores académicos ante el peligro de su inoperancia y los obstáculos que desde la propia sociedad internacional se le crean. Este escenario permite pensar y problematizar su quehacer de otra manera, favoreciendo el tránsito de la práctica como *tecné* a la dimensión reflexiva de la *praxis*, lo que, además de mostrar los retos que enfrenta la CPI, constituye un acontecer ético comprometido con sus principios fundacionales.

La segunda lectura del símbolo propuesta por Ricoeur (1995) (que es la que esconde su dimensión analógica) desvela el sentido profundo que tiene la CPI para las víctimas, las comunidades vulnerables y todos los sectores que reconocen en esta un escenario en el que acontece la justicia con rostro humano (Nieto, 2020), tanto en la subjetividad de los máximos responsables de los crímenes, como en quienes han sufrido sus consecuencias.

Para finalizar, es importante resaltar la dimensión ética y práctica que la CPI adquiere, en tanto que, al ser tenida como una institución de justicia, se reviste de un carácter simbólico para muchas comunidades e individuos que han visto sus derechos vulnerados y su humanidad sofocada por la injusticia. De este modo, reclaman de la CPI un actuar coherente con sus principios y fundamentos, que no se puede deslindar de su responsabilidad ética y de acción en torno a aquello que simboliza: una luz de esperanza para reivindicar que se desvelen las injusticias y se incriminen y se sancionen a sus máximos responsables.

6. CONCLUSIONES

La reflexividad ética no excluye la concreción práctica, sino que se interrelaciona con esta al orientar las acciones que se operativizan para responder a las necesidades locales o globales. Esta dialéctica entre ética y práctica posibilita el desarrollo de acciones interpeladas por la razón, donde la teoría y la acción son parte de un todo.

La racionalidad práctica adquiere entonces una dimensión simbólica que se forma gracias a dos características: la literalidad teórica (unívoca) y la opacidad subjetiva (equívoca). Ambos extremos del símbolo se concilian gracias a la dimensión analógica que lo consti-

tuye, en la cual se genera el diálogo entre el significado del símbolo (objetividad teorizada) y su significante (experiencia de los sujetos). De esta manera, se posibilita que el símbolo adquiera un sentido que imprime carácter en cuanto realiza aquella realidad intangible que representa.

Con base en lo anterior, la justicia constituye un constructo social, que se desarrolla sobre los principios de la cooperación y relacionalidad, y dinamiza la vida en común. La justicia hace particular énfasis en el principio de responsabilidad sobre el propio bienestar y el del otro, tanto en la esfera de la autonomía de cada sujeto, como en la práctica de las instituciones. Estas últimas son, por tanto, garantes del cumplimiento de aquellos acuerdos primarios que posibilitan la vida en común y la dignidad humana, necesitando de la ética para hacer reflexivo su actuar. El símbolo vincula la institucionalidad con la esperanza real y contextual, haciéndola responsable de realizar la justicia.

Sin embargo, las jurisdicciones nacionales distan mucho de cumplir esta función en lo que se refiere a la investigación, enjuiciamiento y sanción de los crímenes internacionales cometidos en los territorios donde operan, lo que genera un gran escepticismo frente a las mismas. Ante esta situación, la JIP asume la responsabilidad simbólica de mantener la esperanza de los pueblos, las comunidades y los individuos en que será posible poner fin a la impunidad de los máximos responsables de los crímenes que han padecido.

La dimensión simbólica de la CPI se concretiza en una vocación universal comprometida con la persecución penal de los máximos responsables de los crímenes más graves para la sociedad internacional en su conjunto. Sin embargo, la voluntad política de ciertos Estados hegemónicos y de los dirigentes estatales que incurren en ese tipo de comportamientos han limitado sus actuaciones, lo que no le ha impedido, sin embargo, el desarrollo de su función simbólica, que busca promover la construcción de un imaginario social dirigido a poner fin a la impunidad de los máximos responsables de crímenes atroces.

En consecuencia, la fuerza de la praxis simbólica de la CPI trasciende las estructuras de los intereses políticos de ciertos Estados y de sus dirigentes, para promover una práctica coherente con la racionalidad ética, al mantener la esperanza de las víctimas, que reconocen

en la CPI la única alternativa real para promover la realización de la justicia, haciéndola real para sí y para los otros.

REFERENCIAS

Doctrina

- Ambos, K. (2013). *Treatise on International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Beuchot, M. (2015). *La hermenéutica y el ser humano*. Ciudad de México: Paidós.
- Bloch, E. (2007). *El principio esperanza*. Madrid: Trotta.
- Cassese, A. (2006). "Foreword to Symposium on the Twists and Turns of Universal Jurisdiction". *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4(3). Pp. 559-560.
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cassirer, E. (1967). *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Cortina, A. (1997). *El mundo de los valores. Ética y educación*. Bogotá: El Búho.
- Cortina, A. (2000). *Ética sin moral*. Madrid: Tecnos.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmschurts, E. (2014). *An introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cullen, C. (2004). *Perfiles ético-políticos de la educación*. Buenos Aires: Paidós Ibérica.
- Diez, M. (1994). *Las organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos.
- Dubet, F. (2007). "El declive y las mutaciones de la institución". *Revista de Antropología Social*, (14). Pp. 39-66.
- Eco, U. (1994). *Signo*. Bogotá: Letra e.
- Fernández, G. (2014). *Autoengaño y racionalidad práctica*. VI Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXI Jornadas de Investigación Décimo Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Escobar Hernández, C. (2000). "Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como institución internacional". *Revista Española de Derecho Militar*, (75). Pp. 171-204.
- Gadamer, H.G. (2005). *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme.

- Gaeta, P. (2009). "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?". *Journal of International Criminal Justice: Oxford Journals*, Vol. 7(2). Pp. 315-312.
- Grundy, S. (1987). *Producto o praxis del curriculum*. Madrid: Ediciones Morata.
- Habermas, J. (2000). *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Taurus.
- Hall, C.K. (1998). "The First Proposal for a Permanent International Criminal Court". *International Review of the Red Cross Archive*, Vol. 38(322). Pp. 57-74.
- Hobbes, T. (1980). *Leviatán*. Madrid: Editora Nacional.
- Jaeger, W. (1962). *Paideia: Los ideales de la cultura griega*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Jiménez García, F. (1998). "Dos proyectos para la humanidad: el Estatuto del Tribunal Penal Internacional y el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad". *Studia Carande: Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, (2). Pp. 89-126.
- Levinas, E. (2000). *La huella del otro*. Ciudad de México: Taurus.
- Kant, I. (1958). *La crítica del juicio*. Madrid: Librería General Victoriano Suárez.
- Linde, A. (2010). "Síntesis y valoración de la teoría sobre el desarrollo moral de Lawrence Kohlberg". *Ágora papeles de filosofía*, Vol. 29(2). Pp. 31-54.
- López Aranguren, J. (2002). La ética y la tarea de moralización. En Gómez Sánchez, C. (ed.), *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*. Madrid: Alianza Editorial. Pp. 267-282.
- Martínez, P. (2007). "Virtud y racionalidad práctica en la educación moral". *Veritas Revista de Filosofía y Teología*, Vol. 17 (2). Pp. 313-329.
- Nieto, J.A. (2017). "Hacia una didáctica del sentido. Didácticas emergentes de las prácticas pedagógicas de filosofía en tres escuelas católicas". *Revista Interamericana de Educación, Pedagogía y Estudios Culturales*, Vol. 10 (1). Pp. 173-195.
- Nieto, J. (2019). *Didáctica del Sentido*. Porth Louis: Editorial Académica Española.
- Nieto, J. (2020). *Desarrollo con rostro humano desde las prácticas educativas populares*. Bogotá: USTA.
- Nieto, J. & Rodríguez, J. (2017). "Del contractualismo igualitario al desarrollo humano diferencial: una perspectiva de justicia desde el enfoque de capacidades humanas en el proceso de retorno a la vida civil de desmovilizados en Colombia". *Hallazgos*, Vol. 14 (28). Pp. 83-104.
- Nieto J.A. & Pardo Rodríguez, J.P. (2018). "Desarme, desmovilización y reincorporación social en Colombia". *Revista de la Universidad de La Salle*, (75). Pp. 157-177.

- Nieto, J. & Santamaría-Rodríguez, J.E. (2020). “Metodologías emergentes para la investigación. Formación crítica del pedagogo investigador”. En Fontaines-Ruiz., T., Pirela, J., Almarza, Y. & Maza-Cordova, J. (ed.), *Convergencias y divergencias en investigación*. Quito: RISEI-OEI. Pp. 77-87.
- Nussbaum, M. (2007) *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Olasolo, H. (2003). *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. (2012). “Un análisis de la labor de la fiscalía de la CPI a la luz de la complementariedad”. *Tiempo de Paz*, (104). Pp. 26-42.
- Olasolo H. (2017). “La inseguridad jurídica de los acuerdos de paz a la luz del régimen jurídico internacional de los crímenes de *ius cogens* y la justicia de transición”. *Política Criminal*, Vol. 12 (23). Pp. 78-102.
- Olasolo, H. & Galaín, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal: atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Volumen 1*. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Pérez, J. (2018). *La utilidad del utilitarismo en cuestiones éticas. Análisis crítico reflexivo*. Porth Louis: Editorial Académica Española.
- Pérez, J. (2019). “El contractualismo como fundamento de implicación en cuestiones morales sobre la naturaleza y el ambiente”. *Revista Colombiana de Bioética*, Vol. 14(1). Pp. 69-82.
- Pérez, J., Silva, L., Quintero, L., Rodríguez, Y. & Niño, D. (2019). *La bioética como escenario de reflexión multidisciplinar*. Bogotá: Universidad El Bosque.
- Pérez, J., Nieto-Bravo, J., y Santamaría-Rodríguez, J. (2019). “La hermenéutica y la fenomenología en la investigación en ciencias humanas y sociales”. *Civilizar: Ciencias Sociales Y Humanas*, Vol. 19 (37). Pp. 21-29.
- Peskin, V. (2008). *International Justice in Rwanda and the Balkans. Virtual Trials and the Struggle for State Cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rahner, K. (1962). *Escritos de teología*. Madrid: Taurus.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Ricoeur, P. (1969). “La simbólica del mal”. En Ricoeur, P., *Finitud y culpabilidad*. Madrid: Taurus.
- Ricoeur, P. (1995). *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*. Ciudad de México: Siglo XXI.

- Ricoeur, P. (2002). “Ética y moral”. En Gómez Sánchez, C. (ed.), *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*. Madrid: Alianza Editorial. Pp. 241-255.
- Ricoeur, P. (2003). “La simbólica del mal”. En Ricoeur, P., *El Conflicto de las Interpretaciones*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, A. (2010). *Ética general*. Navarra: Ediciones de la Universidad de Navarra.
- Roth-Arriaza, N. (1995). *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- Schabas, W. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press.
- Sandel, M. (2011). *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debate.
- Santamaría-Rodríguez, J., Nieto, J. & Pérez, J. (2020). “Aproximaciones práctico-teóricas en Educación Popular. Trayectorias y metodológicas desde la sistematización de experiencias”. En Sañudo, L. & Ferreyra, H. (ed.), *Miradas y Voces de la investigación educativa III. Innovación educativa con miras a la justicia social. Aportes desde la investigación educativa*. Córdoba: Comucarte y Editorial Católica de Córdoba.
- Scanlon, T. (2003). *Lo que nos debemos los unos a los otros. ¿Qué significa ser moral?* Barcelona: Paidós.
- Seleme, H. (2003). “Equilibrio reflexivo y consenso superpuesto”. *Isonomía*, (18). Pp. 189-200.
- Singer, P. (2017). *Vivir éticamente: Cómo el altruismo eficaz nos hace mejores personas*. Barcelona: Paidós.
- Vigo Pacheco, A.G. (2008). “Praxis como modo de ser del hombre. La concepción aristotélica de la acción racional”. En Leyva Martínez, G. (ed.), *Filosofía de la acción: Un análisis histórico-sistemático de la acción y la racionalidad práctica en los clásicos de la filosofía*. Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana, Editorial Síntesis.
- Walzer, M. (1998). *Tratado sobre la tolerancia*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Wiggershaus, R. (2009). *La escuela de Fráncfort*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Wittgenstein, L. (1973). *Tractatus logico-philosophicus*. Madrid: Alianza.
- Yurén, T. (2013). “Ética profesional y praxis. Una revisión desde el concepto de agencia”. *Perfiles Educativos*, Vol. 35(142). Pp. 6-14.

Resoluciones, informes y otros documentos

- Comisión de Derecho Internacional (2014). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 66 periodo de sesiones*. Doc. Núm. A/69/10.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Cases*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/cases>

Capítulo 19
**LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA
COMO MEMORIA***

Héctor Olasolo
Andrés Sánchez Sarmiento
Antonio Varón Mejía

1. INTRODUCCIÓN

La historia muestra que la especie humana ha ejercido la violencia desde sus etapas más tempranas, reproduciéndose de manera inevitable, y dejando con ello innumerables relatos de enorme sufrimiento y opresión. Ante esta situación, autores como Nietzsche (2015) subrayan que la justicia debe dirigirse principalmente a satisfacer la necesidad de toda sociedad de mantener la paz social, dando prioridad a la superación del recuerdo de un pasado que genera más dolor y resentimiento, incluso si esto significa dejar insatisfechas las demandas de las personas y las comunidades victimizadas por la violencia. En consecuencia, ante las demandas de justicia de estas últimas, se afirma la necesidad de imponerles, implícita o explícitamente, su renuncia.

En contraposición, para Benjamin (2005: 23 *et seq.*), el sufrimiento y sinsentido de las vidas de las víctimas se convierte en el objeto

* El presente trabajo constituye una versión revisada y actualizada del publicado por Olasolo, H., Sánchez Sarmiento, A. & Varón Mejía, A. (2020). “El ámbito de aplicación de la justicia como memoria como parte de los fines del derecho internacional penal y la función de la Corte Penal Internacional”. En *Teoría y derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*. Vol. 28. Así mismo, hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos).

central de la justicia, que se dirige a reavivar, desde la reevaluación del pasado, la esperanza frente al olvido de quienes han sido condenados por la historia oficial de los vencedores. Con ello, se busca promover que las víctimas puedan reconstruirse del daño sufrido, superando así, pero no olvidando (Adorno 2006; Levi, 2005), la propia condición de víctima en la que les ha colocado la historia (Berón Ospina, 2019).

Si bien las raíces de esta última aproximación se remontan a filósofos como Cohen, Buber y Rosenzweig, que, desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se convirtieron en auténticos precursores de la denominada *Escuela de Frankfurt*, es Walter Benjamin (2005), quien nos ha dejado, a través de su alegoría del ángel caído de la historia, el concepto más elaborado de la justicia como memoria, entendida como una mirada al pasado que trata de atribuir sentido a lo que hasta entonces es considerado como despojo y olvido, mediante la revisión de lo que la memoria del vencedor oculta y justifica en detrimento de las víctimas (Olasolo, 2019).

Con base en la obra de Benjamin, Reyes Mate (2009; 2011) elabora los tres presupuestos básicos que caracterizan su propuesta de justicia como memoria: (i) el reconocimiento social como respuesta al daño político; (ii) la reparación, en la medida de lo posible, del daño personal sufrido por las víctimas, y la conservación de la memoria de lo materialmente irreparable; y (iii) la reconciliación. Las elaboraciones teóricas de Sobrino, Lévinas y Bartolomé Ruiz, y el desarrollo jurisprudencial del derecho de las víctimas a la verdad, permiten, a su vez, comprender mejor el sentido último de estos presupuestos.

La perspectiva de la justicia como memoria, y su triple dimensión de reconocimiento, reparación material e inmaterial y reconciliación, no es ajena a varios de los fines a los que se dirige el DIP. Sin embargo, se cuestiona la idoneidad de sus mecanismos de aplicación para su satisfacción. Del mismo modo, este cuestionamiento se extiende también a la función de la CPI, como puede observarse especialmente en relación con los casos contra Thomas Lubanga, Bosco Ntaganda, Mathew Ngudjolo, Germain Katanga, Jean Pierre Bemba, Ahmad Al-Mahdi y Dominic Ongwen, que son los únicos con respecto a los

cuales la CPI ha completado entre 2012 y 2021 sus primeros juicios orales¹.

A la luz de lo anterior, el presente capítulo aborda el concepto de justicia como memoria y sus presupuestos básicos (sección 2), así como las elaboraciones teóricas y jurisprudenciales (el derecho a la verdad) que permiten su mejor comprensión (sección 3). A continuación, se analiza si el DIP en general (sección 4), y la CPI en particular (sección 5), son mecanismos idóneos para realizar la perspectiva de la justicia como memoria, o si, por el contrario, esta última es ajena a los mismos. Una breve sección de conclusiones pone fin a este capítulo.

2. LA JUSTICIA COMO MEMORIA Y SUS PRESUPUESTOS BÁSICOS

Benjamin (2005) elabora su propuesta de justicia como memoria sobre la constatación de que las voces de los más desfavorecidos han sido reiterada y sistemáticamente silenciadas por la narrativa de los vencedores; aquella que comúnmente entendemos como *historia*. Para Benjamin (2005; 23 *et seq.*), los historiadores se han encargado de recopilar hechos y entenderlos como una sucesión de eventos que nos llevan al presente, de manera que lo que ocurrió en el pasado es visto, simplemente, como el camino para la consecución del progreso, entendido como fin último de la sociedad. De esta manera, tanto el pasado como el presente se valoran en función de la obtención en el futuro del anhelado desarrollo. Pero ¿qué esconde esta visión de la historia?

En sus tesis sobre la filosofía de la historia, Benjamin (2005) muestra la otra cara de la realidad: la del dolor, la opresión y la desesperanza de las víctimas de la historia y el progreso. En esta búsqueda del avance constante y continuo, la humanidad ha justificado el sacrificio de miles de millones, los cuales han sido enterrados y olvidados por la historia. Los vencidos han sido silenciados por la voz de los vencedores, que han escrito la historia a su antojo y han determinado qué

¹ En varios de ellos se han emitido además sentencias de primera instancia y apelación, y decisiones de determinación de la pena y establecimiento de las modalidades de reparación.

debe entenderse por progreso. La historia, en este orden de ideas, es un cúmulo de ruinas que esconde las voces de los caídos y las injusticias que se cometieron contra ellos. El olvido se convierte, de esta manera, en un proyecto político. Es así como el poder manipula la información y esconde la verdad para ejercer control social y político, e institucionalizar su versión. Este proyecto político, además, permite no solo el exterminio material de los vencidos, sino que genera su desaparición metafísica, porque, al final, nada queda de ellos (Benjamin 2005; Reyes Mate, 2009).

Ante esta situación, la memoria es salvación del pasado y del presente. Salvación del pasado porque gracias a la nueva luz podemos traer al presente aspectos desconocidos del pasado. La memoria de los vencidos da cuenta de una parte de la realidad que la historia omite: aquello que pudo haber sido y nunca fue. Escuchar las voces y los anhelos de cambio que no se materializaron es la única forma de garantizar la justicia a través del reconocimiento de la injusticia cometida contra quienes han sido olvidados por la historia. No se puede afirmar que se busca acabar con la impunidad cuando las injusticias del pasado son relegadas al olvido. Si las injusticias se olvidan, la impunidad prevalece, porque no hay forma de resarcir el daño causado ni de honrar a quienes lo padecieron. Sin memoria, la injusticia se olvida, por lo que pierde la capacidad de ser afrontada y superada (Benjamin, 2005; Reyes Mate, 2009; 2011).

La memoria también es salvación del presente porque gracias a su presencia el presente puede saltar sobre su propia sombra, es decir, puede librarse de la cadena causal que lo trajo al mundo, entendida como reiteración de la versión de quienes sistemáticamente han impuesto su visión de la historia. No se debe olvidar que las injusticias del presente son consecuencia de las injusticias del pasado, y que la memoria nos permite abordar el problema de fondo dando visibilidad a aquel sector de la sociedad que tiende a ser victimizado y tomando acciones para evitar que siga siendo atropellado. De esta manera, las víctimas dejan de ser un efecto colateral para pasar a ser piedra angular de la política, y al hacerse visibles nos dicen sobre qué sufrimientos, injusticias e hipotecas está construido el presente, obligándonos a hacernos cargo. Sólo así se puede vencer la injusticia estructural que nos ha acompañado durante toda la historia de la humanidad, porque si las voces de los caídos nunca son escuchadas, nunca podremos re-

sarcir el daño que se les ha causado ni hacerles justicia. Además, tampoco podremos impedir que esas mismas injusticias sean cometidas contra otros. Por tanto, la única manera de asegurar la consecución de una justicia verdadera y universal es a través de la memoria de los caídos, que experimentaron en carne propia el sufrimiento y la opresión. De esta manera, traer la memoria a nuestro presente nos permite modificarlo de tal forma que se pueda evitar la repetición de los actos injustos. No se trata, por tanto, de restaurar el pasado, sino de construir un presente a partir de las enseñanzas que podemos encontrar en el pasado (Benjamin 2005; Reyes Mate, 2009; 2011).

Reyes Mate recoge e interpreta los planteamientos de Benjamin y, a partir de ellos, elabora su propuesta de justicia como memoria. Para ello, cuenta con un referente histórico que Benjamin no pudo analizar, aunque de alguna manera lo auguró: los sucesos ocurridos durante el Holocausto nazi, y más específicamente, lo ocurrido en Auschwitz. Este referente histórico, que hizo plausible lo inimaginable, nos muestra hasta dónde puede llegar la crueldad del ser humano y permite darnos cuenta de lo injustificable del sufrimiento humano (Reyes Mate, 2011: 40).

Para Reyes Mate (2009; 2011), la única forma de conseguir la justicia universal es mediante la reconstrucción de la memoria de las víctimas de la historia a través del relato individual de aquellos que han experimentado el sufrimiento y la opresión, porque sólo así podemos dimensionar la gravedad de los actos inhumanos que aquejan a la humanidad y que son invisibilizados por las fuerzas políticas y económicas actuales para satisfacer y proteger sus propios intereses. Sólo una vez entendido el horror al que la humanidad ha sido sometida a lo largo de la historia, la memoria nos permitirá tomar acciones políticas que nos lleven a transformar la realidad en la que vivimos, adentrándonos así en un camino de verdadera búsqueda de la justicia.

Con base en lo anterior, Reyes Mate (2011: 231-232) requiere el cumplimiento de tres presupuestos básicos para poder llegar a alcanzar la justicia para las víctimas: (i) el reconocimiento social como respuesta al daño político; (ii) la reparación del daño personal en la medida de lo posible; y (iii) la consecución de la reconciliación. Los dos primeros se refieren al deber de las instituciones y de la sociedad de reconocer a las víctimas como parte de esta, aceptar públicamente

el daño que se les ha causado, reparar lo reparable y conservar la memoria de aquello que es materialmente irreparable. Por último, la reconciliación, en cuanto que paso final que se debe dar para conseguir una verdadera justicia, debe ser ese proceso que permita superar el daño mediante el perdón de las víctimas hacia sus victimarios, como respuesta al reconocimiento por estos últimos del daño causado y a su arrepentimiento.

3. APROXIMACIONES TEÓRICAS Y JURISPRUDENCIALES VINCULADAS A LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA COMO MEMORIA

3.1. *Las elaboraciones teóricas de Sobrino, Lévinas y Bartolomé Ruiz*

Estrechamente vinculadas al concepto de justicia como memoria y a sus presupuestos básicos, aparecen las elaboraciones teóricas de Sobrino (2016), Lévinas y Bartolomé Ruiz (2011). El primero resalta que para construir una sociedad más solidaria y justa es necesario esclarecer la verdad de quienes son sistemática y reiteradamente silenciados (a los que se refiere con la expresión, *el Pueblo Crucificado*), porque “vivimos en una cultura del encubrimiento, de la tergiversación y, a través de ello, vivimos eficazmente en la mentira. No solo existe la injusticia estructural, no solo la violencia institucionalizada —como se recalca en tiempo de Medellín—, sino que existe también el encubrimiento, la tergiversación y la mentira institucionalizada. Y se invierten muchos recursos en ello”. Esto muestra cómo el vencedor y el historicista cuenta su versión de la realidad para la consecución de sus propios intereses, mientras que la mayoría de las víctimas (consideradas como menos importantes) son poco o nada tenidas en cuenta (Sobrino, 2016; 73).

Para Sobrino (2016: 11-14), esta situación se produce también en el ámbito internacional, como se puede observar en la relevancia que se da a determinados hechos (por ejemplo, los atentados del 11 de septiembre de 2001) en contraposición con otros (la posterior intervención norteamericana en Afganistán) y la incidencia que esta situación tiene en la toma de decisiones políticas a nivel mundial. Así, si los

atentados del 11 de septiembre fueron una barbarie, lo sucedido en Afganistán (como lo ocurrido durante distintos gobiernos totalitarios en Latinoamérica) superaron la crueldad y el sufrimiento allí experimentados. Sin embargo, mientras la tragedia de Nueva York movió el *corazón* de la sociedad internacional (que llegó a justificar la declaración de guerra al terrorismo), las otras tragedias no motivaron a nadie a luchar contra sus causas. Esto nos deja ver la verdadera naturaleza de la realidad en la que vivimos: el mundo desarrollado impone los valores que toda la sociedad internacional debe luchar por alcanzar, mientras que los llamados países en vía de desarrollo tienen poca o nula relevancia a la hora de establecer las prioridades de la agenda internacional.

Ante esta situación, Sobrino (2016: 91-92) considera que “[l]legar a ser humano es, en definitiva, dar voz y palabra a la realidad, cuando esta es silenciada y oprimida, colaborar con sus balbuceos para que se conviertan en palabra clara”. En consecuencia, dar paso a la narrativa de los oprimidos es permitirles tener visibilidad, lo cual a su vez lleva a su reivindicación y promueve cambios estructurales que combatan el sufrimiento al cual han sido tradicionalmente sometidos. Se trata, por tanto, de recordar para *devolver realidad a las víctimas* y no condenarlas a la irrealidad definitiva. Para Sobrino (2016), al igual que para Benjamin (2005) y Reyes Mate (2009; 2011), solo de esta manera se puede conseguir la salvación entendida como la verdadera justicia universal.

En la consecución de este objetivo, Sobrino considera que la tragedia (concepto que también aplica a los casos de comisión de crímenes internacionales) tiene, debido a la empatía que genera, un inmenso potencial educativo. Así, siempre y cuando no pretendamos encubrir su verdad, nos introduce en la verdad de nuestro mundo y en nuestra propia verdad (nos permite reconocer el verdadero sufrimiento y nos deja ver que este no está supeditado al desastre, sino que está siempre presente). De esta manera, a diferencia del desconocimiento del sufrimiento que genera indiferencia, la tragedia proporciona una especie de *radiografía* de la realidad que nos permite entender quiénes son los que se encuentran en constante sufrimiento en nuestra sociedad, y hasta qué punto esta situación es fruto de la acción humana (como sucede con la crueldad y la barbarie que son congénitas a la comisión

de crímenes internacionales y afectan principalmente a quienes no tienen recursos).

En íntima conexión con la relevancia del reconocimiento social como presupuesto básico de la justicia como memoria, Lévinas, conocido por sus estudios sobre la alteridad (quién o qué es el *Otro* y cuál es el papel que juega en mi vida), afirma que el *Yo* ha de concebirse y entenderse a partir del rostro del *Otro* (solamente a partir de mi relación y reconocimiento del *Otro* puede el *Yo* llegar a ser). En consecuencia, es responsabilidad de cada uno reconocer al *Otro* (aceptando que es distinto y tiene otras necesidades y otra forma de entender el mundo) y proteger su identidad y libre existencia (al permitirle al *Otro* ser libre, me permito a mí mismo serlo; alcanzo mi libertad a través del reconocimiento de la alteridad) (Sztajnszrajber, 2016).

Esta responsabilidad por el *Otro* tiene su fundamento en que el *Otro* no puede satisfacer por sí mismo sus necesidades y nosotros somos los únicos que podemos ayudarle, de la misma manera que el *Yo* tiene también ciertas necesidades (diferentes, y tal vez menos gravosas) que sólo pueden ser satisfechas en función del *Otro*. Por esta razón, existe una relación (asimétrica) que nos conecta a los otros a través de las necesidades de cada uno, y que nos responsabiliza con los demás (Corres, 2012).

Lévinas se preocupa principalmente por aquellos a quienes la sociedad tradicionalmente ha segregado o marginalizado porque tienen una mayor necesidad de reconocimiento y aceptación. En este contexto, plantea una relación asimétrica dentro de la cual aquellos *Yoes* que sistemáticamente han tenido una posición más privilegiada se encarguen de reconocer a esos *Otros* que permanentemente han sido privados de ese reconocimiento. La responsabilidad que surge frente a estos últimos es incluso más importante que la responsabilidad de cada quién consigo mismo (Sztajnszrajber, 2016; Corres, 2012).

Pero ¿qué papel juega la memoria en todo esto? Si bien Lévinas no aborda la memoria como camino hacia la justicia, reconoce la importancia de apersonarse del pasado del *Otro*, al punto de considerar que somos incluso responsables por él. Así, para Lévinas, escuchar las voces del *Otro*, especialmente cuando tiene la condición de víctima, es un deber ético de todo *Yo*. De esa manera, como Mejía (2017: 21) subraya, “[l]a radicalidad de la ética Leviasiana se expresa en el

hecho de que el rostro se me impone sin que yo pueda permanecer haciendo oídos sordos a su llamada. Con esta metáfora auditiva procura hacer audibles la palabra, la voz, el grito del *Otro*, sobre todo de ese otro que tiene el rostro dolido de la víctima, Por eso, una vez que ha llegado a nuestros oídos es imposible que pueda olvidarle, que pueda dejar de ser responsable de su miseria”. En consecuencia, a pesar de no hablar expresamente de memoria, Lévinas se preocupa, como elemento central del reconocimiento del *Otro*, tanto por sus padecimientos pasados como presentes, lo que exige un ejercicio de escucha que nos lleve a entender el sufrimiento ajeno, para así poder afrontarlo y superarlo.

Finalmente, Bartolomé Ruiz (2011: 37; 48-49) pone el acento en la necesidad de atribuir a la dignidad de la vida humana la condición de criterio central de discernimiento entre las diversas lecturas de la historia, porque solo la memoria que defiende la dignidad humana tiene la legitimidad ética de ser justa. Según este autor, si bien el derecho se ha valido de la violencia para instituirse, generando una violencia *justa o legítima* a la luz del ordenamiento jurídico (el derecho legitima el recurso a la violencia por el Estado con el fin de combatir la violencia discrecional), esto no es aceptable en el campo de la ética, donde toda violencia (entendida como “un acto de significación intencional de destrucción estratégica del otro”) es un acto de injusticia, siendo inconcebible la “violencia legítima”.

Con base en lo anterior, Bartolomé (2011: 47-49) considera que la memoria, en cuanto que característica constitutiva del ser humano, es un vehículo ideal para luchar contra la violencia. Así, si bien todas las versiones de la memoria pueden tener pretensiones de verdad por el simple hecho de ser interpretaciones del pasado, el criterio de selección entre las mismas no puede ser otro que la promoción de la dignidad de la vida humana. Al aplicar este criterio a la pretensión de legitimación de la violencia como método útil para un fin justo, nos encontramos con que el rescate anamnético del dolor de las víctimas revela que su verdadero fin es la negación de la vida. De esta manera, la memoria, construida sobre la alteridad de las víctimas, se convierte en la vía más idónea para combatir la violencia y la injusticia, ya que permite rescatar el sufrimiento pasado, traerlo al presente para combatirlo, y así sanar las heridas olvidadas y prevenir los daños en la actualidad y en el futuro.

3.2. La construcción jurisprudencial de las dimensiones individual, social y reparatoria del derecho a la verdad por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Estrechamente relacionado con la concepción de la justicia como memoria, se encuentra también el derecho a la verdad, que constituye uno de los aspectos centrales de los procesos de transición y de las modalidades de reparación de las violaciones graves de derechos humanos (Ibáñez, 2014; Olasolo, 2019).

A nivel internacional, el desarrollo más completo del derecho a la verdad se encuentra en la interpretación jurisprudencial de los art. 8 y 25 de la CADH. Así, desde su primer caso, la Corte IDH ha afirmado el deber de los Estados de investigar la comisión de graves violaciones de derechos humanos. Además, en los casos de desaparición forzada, la Corte IDH ha subrayado también la obligación de los Estados de informar a los familiares de las víctimas sobre su paradero, o, en caso de fallecimiento, sobre el lugar en que se encuentran sus restos (Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, 1988).

Posteriormente, la Corte IDH ha señalado que el derecho a la verdad tiene también una dimensión colectiva en la medida en que la sociedad tiene el derecho a conocer las circunstancias en que se han llevado a cabo las violaciones graves de derechos humanos (caso Barrios Altos, 2001), para tenerlas en cuenta al forjar su legado como nación, prevenir los procesos de revisionismo histórico y evitar su repetición (Bachmann & Szablewska, 2015).

La Corte IDH ha hecho también énfasis en que el derecho a la verdad constituye una medida de reparación adecuada si se investigan los hechos del caso con el fin de identificar, juzgar y castigar a los responsables, y siempre y cuando los resultados de la investigación se hagan públicos para que la sociedad conozca la verdad (Corte IDH, caso Tibi, 2004). Con ello, la Corte IDH ha reconocido que, además de sus dimensiones individual y colectiva, el derecho a la verdad constituye también una forma de reparación (caso Moiwana, 2005).

De esta manera la Corte IDH ha acogido expresamente los distintos componentes del derecho a la verdad que la propia Com. IDH ha desarrollado en los casos relativos a Parada Cea y otros (1999),

Ignacio Ellacuría y otros (1999) y Monseñor Oscar Romero (2000), donde la Com. IDH hace especial énfasis en que el conocimiento de las circunstancias de la violación constituye una medida de satisfacción y una garantía de no repetición. Esta última constituye a su vez un objetivo primordial de todo proceso de transición (Galain Palermo, 2016).

4. ¿PUEDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA COMO MEMORIA TENER ALGÚN ÁMBITO DE APLICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL?

A la luz de lo anterior, surge la pregunta sobre si, considerando los fines a los que se dirige el DIP, la perspectiva de la justicia como memoria puede tener algún ámbito de aplicación en este.

Para responder a esta pregunta, conviene subrayar que, para una buena parte de la doctrina, entre los fines a los que se dirige el DIP se encuentran los siguientes: (i) el establecimiento de una narrativa histórica de la violencia sistemática o generalizada ocurrida; (ii) la prevención general negativa encarnada en la máxima “poner fin a la impunidad” (en particular, de los máximos responsables de crímenes internacionales); (iii) el hacer justicia a las víctimas mediante su participación en los procedimientos y su reparación; y (iv) la promoción de la reconciliación social.

Así, en primer lugar, el establecimiento de una narrativa histórica de lo acontecido que resista el paso del tiempo es visto por algunos autores como uno de los fines del DIP porque, por un lado, ofrece a los Estados medidas adecuadas para el fortalecimiento de la justicia y la implementación de medidas de no repetición y, por otro lado, promueve una JI que se prolongue en el tiempo, tanto para las víctimas que ya fueron, como para aquellas que se pretende salvaguardar en el futuro (Cassese, 1998; Drumbl, 2007; Osiel, 1997).

Para estos autores, los mecanismos de aplicación del DIP, y en particular los procesos penales, son una herramienta idónea para la reconstrucción histórica debido a que las pruebas presentadas son sometidas al escrutinio de órganos jurisdiccionales internacionales en el marco de un proceso contradictorio con todas las garantías, en el que se aplican normas estrictas sobre admisión de prueba en las actuacio-

nes judiciales, los derechos de la defensa, el principio de presunción de inocencia y el estándar probatorio “más allá de toda duda razonable” (Boon, Hafner, Huston & Rübesame, 1999; O’Connor, 1999; Scharf, 1999). Incluso, como Osiel (1997) señala, si fuera necesario, se podrían reestructurar los juicios orales para facilitar la creación de una narrativa histórica de lo sucedido que sea útil para la sociedad en el postconflicto.

Además, como Cryer, Friman, Robinson & Wilmshurst (2014: 32) subrayan, los elementos contextuales de los crímenes internacionales requieren que las partes presenten en los procesos penales elementos de prueba sobre los patrones de violencia o la situación de conflicto armado en que se produjeron los delitos imputados, lo que ha jugado una función muy relevante a la hora de combatir el negacionismo. Para Drumbl (2007), la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Krstic (02/08/2001) (en la que se buscó crear un registro histórico sobre lo sucedido para contrarrestar los intentos de negar la masacre de Srebrenica), y la caracterización como genocidio de la violencia en Ruanda por la jurisprudencia del TPIR, son dos buenos ejemplos en que se constata este impacto.

En segundo lugar, evitar que los dirigentes de instituciones estatales y organizaciones con capacidad para cometer crímenes internacionales infrinjan las normas internacionales penales como consecuencia del alto coste que su comisión ha tenido para otros dirigentes condenados, es para autores como Tadros (2011) otro de los fines del DIP (prevención general negativa).

En este sentido, la jurisprudencia del TPIY ha aceptado expresamente que la prevención general negativa constituye uno de los fines del DIP². Así mismo, el párr. quinto del preámbulo del ECPI afirma que los Estados parte están “decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes” (Akhavan, 2001). Del mismo modo, la SPI II de la CPI en el caso Katanga (23/05/2014: párr. 38) ha afirmado la importan-

² Así, la SA del TPIY en el caso Tadic se ha referido a la misma señalando que “es una consideración que legítimamente puede ser tenida en cuenta al determinar la pena”. Sin embargo, al mismo tiempo ha advertido que no se le debe conceder una “excesiva importancia”. *Vid.* TPIY, Tadic, 26/01/2000, párr. 48. *Vid.* también TPIY, Nikolic, 2/12/2003, párr. 89-90.

cia de disuadir a quienes pueden potencialmente pensar en cometer crímenes internacionales. En consecuencia, como Harhoff (2008) señala, si fuera posible fortalecer una cultura de responsabilidad de los máximos responsables, y si las jurisdicciones nacionales cumplieran con sus obligaciones de investigación, enjuiciamiento y sanción de los crímenes internacionales como los redactores del ECPI esperaban, entonces sería posible superar las críticas sobre la ineficacia de la función preventiva del DIP.

En tercer lugar, hacer justicia a las víctimas constituye también para una parte de la doctrina uno de los fines a los que se dirige el DIP. Así, Cryer, Friman, Robinson & Wilmshurst (2014) señalan que los procesos internacionales penales pueden generar en las víctimas el sentimiento de que se ha hecho justicia al ver a sus agresores sentados en el banquillo de los acusados y condenados a penas proporcionales a la gravedad del daño que sufrieron (la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Nikolic (2/12/2003) pone énfasis en que “el castigo debe por tanto reflejar las peticiones de justicia de las personas que —directa o indirectamente— han sido víctimas de los delitos”). Además, la comparecencia en calidad de testigo en los procesos penales desarrollados contra sus agresores puede ayudar también a generar en las víctimas la sensación de que se les ha hecho justicia, o al menos puede facilitarles el que puedan cerrar las heridas abiertas a raíz de la violencia sufrida (Cryer, Friman, Robinson, & Wilmshurst, 2014).

En este sentido, Harhoff (2008) subraya que la medida en que los procesos penales ayudan a restaurar la dignidad de las víctimas depende, entre otros factores, del alcance de su participación en los mismos. Sin embargo, recuerda que el TPIY y el TPIR no han sido siempre ejemplares en el tratamiento que han dispensado a víctimas y testigos. Sin embargo, como apunta Dwertmann (2010), hacer justicia a las víctimas a través de su participación en las actuaciones y una reparación justa constituye, sin duda, un aspecto importante de la función de la CPI.

En cuarto lugar, la promoción de la reconciliación social en el postconflicto a través de la provisión de un cierto sentido de justicia en los procesos por crímenes internacionales es para ciertos autores, como Cassese (1998) y Burke-White (2005), otro de los fines especí-

ficos del DIP, en cuanto que contribuye a establecer las condiciones previas para una paz estable y duradera. A este respecto, Harmon (2009) y Ohlin (2009) subrayan que existe una consolidada creencia de que la impunidad tiende a inspirar la comisión de crímenes internacionales en el medio y largo plazo, obstaculizando por tanto los procesos de paz³.

La aplicación, siquiera parcial, de la perspectiva de la justicia como memoria a través de la satisfacción de los mencionados fines del DIP es, sin embargo, cuestionada porque, si bien sus tres presupuestos básicos (reconocimiento, reparación material e inmaterial y reconciliación) se podrían ver en gran medida satisfechos si fuera posible conseguir el establecimiento de una narrativa histórica, la eliminación de la impunidad de los máximos responsables, el reconocimiento y reparación a las víctimas y la promoción de la reconciliación social, un amplio sector de la doctrina niega que el DIP se dirija a la consecución de estos fines.

Estos autores rechazan, en primer lugar, que uno de los fines del DIP sea la creación de una narrativa histórica porque, en su opinión, los procesos penales no están diseñados para determinar la memoria histórica, sino para dar cuenta de la responsabilidad penal del acusado. Así Minow (1998), Álvarez (1999) y Teitel (2000) subrayan que los procesos penales no son idóneos para esclarecer todos los hechos victimizantes, sino solo aquellos que son necesarios probar para lograr una condena. Por ello, es difícil abordar la historia de un cierto periodo de tiempo sin salirse de los límites impuestos por los procesos penales, cuyo objetivo último es establecer las responsabilidades individuales por los crímenes internacionales cometidos. Además, los ámbitos material, temporal y territorial de la jurisdicción de los tribunales internacionales penales suponen, en todo caso, que el relato

³ El CSNU ha dado ciertamente un espaldarazo a la conexión entre justicia y paz al crear el TPIY y el TPIR con la finalidad de favorecer la reconciliación y el retorno a la paz en la ex Yugoslavia y Ruanda. *Vid.* Res. 827 (1993) del CSNU.; Res. 955 (1994) del CSNU. Esta interconexión se ha visto reforzada en los casos: (i) Nikolic (18/12/2003, párr. 60); y (ii) Plavsic (27/02/2003, párr. 80), ambos ante el TPIY. En esta última decisión, se subrayó que “el reconocimiento y la plena divulgación de delitos graves es muy importante para establecer la verdad sobre los mismos. Esto, junto con la aceptación de la responsabilidad por los errores cometidos, promoverá la reconciliación”.

histórico que presenten en sus sentencias no pueda ser nunca completo, incluso si se admiten elementos de prueba relativos a hechos acaecidos fuera del marco temporal o territorial sobre el que ejercen su jurisdicción⁴.

Pero no sólo no es posible una reconstrucción fiel de todos los hechos constitutivos de crímenes internacionales y de la memoria de todas y cada una de las víctimas, sino que para algunos autores tampoco es aconsejable. En este sentido, Koskeniemi (2002) considera extraño que un órgano jurisdiccional actúe como árbitro entre las diferentes versiones históricas de los conflictos de larga duración en la que se cometen muchos de los crímenes internacionales, puesto que dichos conflictos no son fácilmente interpretables a través de los mecanismos de aplicación del DIP. De hecho, puede llegar incluso a ser contraproducente que los procesos penales se conviertan en una especie de debate político sobre la validez de las diferentes narrativas históricas que son presentadas, como parece haber sucedido en el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, si nos atenemos a lo manifestado por el juez Röling en su voto particular a la sentencia, en el que afirmó que, en ocasiones, se había distorsionado la historia por razones políticas (Röling, 1973: 600; Bloxham, 2001; Minears, 1971).

La prevención general negativa como fin del DIP tampoco está exenta de críticas. Así, en relación con el TPIY, se afirma que su creación no pudo poner fin a los crímenes internacionales cometidos en la ex Yugoslavia entre 1993 y 1995. Además, con carácter más general, una parte importante de la doctrina afirma lo siguiente: (i) los seres humanos evalúan racionalmente los costes y beneficios de cometer crímenes internacionales (Wippman, 1999: 174); (ii) la función preventiva de la norma penal tiene menor impacto en el marco de la macro-criminalidad, debido a las particularidades del contexto histórico en el que se cometen los crímenes internacionales y a las características propias de quienes perteneciendo a ciertas organizaciones los planean, ordenan y ejecutan⁵; (iii) la prevención general negativa es ineficaz frente a quienes actúan desde un ámbito institucional, puesto

⁴ Vid. TPIR, Nahimana, Barayagwiza & Ngeze, 03/12/03, párrs. 100-104.

⁵ Vid. TPIY, Kunarac et al., 12/06/2002, párr. 840, 843.

que son protegidos por “una fachada orgánica” que inevitablemente provoca el fracaso de las medidas de prevención y rehabilitación (de esta manera, la eficacia de la prevención general negativa en estos casos no depende tanto de la aplicación del DIP, sino de la necesaria reforma institucional que debe acontecer) (Roth-Arriaza, 1995; Malamud-Goti, 1990); y (iv) el DIP no tiene en la práctica efecto preventivo alguno (Farer, 2000; Golash, 2010; Mullins & Rothe, 2010; Fisher, 2012; Stahn, 2012), lo que para Ambos (2013) y Francis & Francis (2010) se debe a que, para que tuviera dicho efecto, sería necesario que los órganos jurisdiccionales que lo aplican fueran rápidos y efectivos en traer a los máximos responsables ante la justicia.

Autores como O'Connor (1999) ponen también en cuestión que el hacer justicia a las víctimas pueda constituir un fin del DIP, teniendo en cuenta que el énfasis de los tribunales internacionales penales en los máximos responsables hace improbable que muchas de las víctimas tengan la oportunidad de ver el enjuiciamiento y condena de sus agresores⁶. Así mismo, como recuerda Stover (2004), los relatos de las víctimas sobre lo que les ha supuesto la experiencia de testificar no son uniformes, de manera que, mientras que para algunas ha sido algo positivo que les ha servido de ayuda, para otras la experiencia ha sido ciertamente negativa. Además, la reparación a las víctimas a través de su restitución, compensación y rehabilitación es una característica propia del ECPI, que no es compartida por los demás tribunales internacionales penales.

Finalmente, la promoción de la reconciliación social es rechazada también como un fin del DIP por autores como Hayner (2001), quien afirma que no existe ninguna prueba empírica que demuestre plenamente la intuición esbozada por quienes la defienden. Además, ciertas sociedades nacionales como es el caso de España, Irlanda del Norte y Mozambique parecen haber superado la violencia del pasado sin procesos penales, aunque no faltan quienes como Wilson (2001) afirman que en estas sociedades no se ha producido una auténtica reconciliación. Así mismo, Drumbl (2007) afirma que la práctica del TPIY no ha sido coherente a la hora de considerar la reconciliación social

⁶ Sin embargo, reconoce esta autora, las jurisdicciones nacionales pueden jugar un papel muy importante en este ámbito. *Vid.* O'Connell (2005): 295.

como un fin del DIP. Finalmente, D'Amato (1994) y Ward (2004) nos recuerdan que numerosos autores han expresado serias dudas sobre la idoneidad de la aplicación del DIP para promover la paz y la reconciliación, llegando algunos incluso a sugerir que los procesos penales no hacen sino promover que las partes continúen con el conflicto hasta que una de las dos sea derrotada.

5. ¿PUEDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA COMO MEMORIA TENER ALGÚN ÁMBITO DE APLICACIÓN EN EL DESARROLLO DE LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL?

La controversia sobre si es posible satisfacer la perspectiva de la justicia como memoria a través de los mecanismos de aplicación del DIP, se extiende también al desarrollo de la función de la CPI. La principal diferencia estriba en que, mientras que dos de los cuatro fines del DIP abordados en la sección anterior (prevención general negativa y participación y reparación de las víctimas) aparecen expresamente recogidos como elementos centrales de la función de la CPI en su instrumento fundacional, el ECPI, los otros dos (reconstrucción de una narrativa histórica y reconciliación) no tienen este tratamiento.

5.1. La reconstrucción de una narrativa histórica de los hechos

La Asamblea de los Estados parte de la CPI, en su decimoprimer sesión celebrada en noviembre de 2012, subraya que la participación de las víctimas a lo largo de las distintas etapas del proceso ha de permitirles, entre otras cosas, contribuir al desarrollo de la función de la CPI en lo relativo a la reconstrucción de la narrativa histórica de la situación bajo análisis y al esclarecimiento de la verdad (CPI, AEP, 2012). En consecuencia, si bien todavía la jurisprudencia de la CPI no ha abordado de manera exhaustiva las cuestiones relativas a la participación de las víctimas en la reconstrucción histórica de los hechos y a su derecho al esclarecimiento de la verdad, esto no significa que en el futuro no vayan a ser abordadas de manera más comprensiva, puesto que los derechos de las víctimas tienen que ser desarrollados de manera paulatina por la jurisprudencia de la CPI (2012).

Además, autores como Vera (2018) presentan varios argumentos adicionales para afirmar que, a pesar del silencio del ECPI y de la jurisprudencia de la CPI, la reconstrucción de una narrativa histórica debe ser considerada como un aspecto importante de la función de la CPI. Así, conforme a los art. 54(1)(a) y 66 (3) del ECPI, la Fiscalía debe buscar de manera imparcial y comprensiva la veracidad de los hechos objeto de análisis mediante la investigación de todas las circunstancias que puedan inculpar, exonerar o atenuar la responsabilidad de los sospechosos. Así mismo, las SPI deben en todo caso analizar antes de dictar sentencia condenatoria o absolutoria si se han probado, o no, “más allá de toda duda razonable” los crímenes imputados a los acusados y su responsabilidad. Para Vera (2018), la aplicación conjunta de estas dos disposiciones implica que los órganos de la CPI deben tratar de buscar la verdad sobre los hechos ocurridos, de manera que aquello que se considere probado durante el juicio oral será lo más cercano a la verdad de los acontecimientos, lo que supone en última instancia un auténtico ejercicio de reconstrucción histórica.

Si bien los argumentos que acabamos de presentar han de ser tenidos en consideración, lo cierto es que no pueden obviar el hecho de que ni el ECPI, ni la jurisprudencia de la CPI, hayan entendido hasta el momento que la reconstrucción de una narrativa histórica constituye un elemento integral de la función de la CPI. Además, existen varios elementos adicionales que es necesario considerar a la hora de abordar esta cuestión.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que el cumplimiento práctico del mencionado deber de la Fiscalía conforme al art. 54(1) (a) del ECPI no está exento de controversias, siendo su alcance y el adecuado cumplimiento de las obligaciones de revelación de prueba a la defensa derivadas del mismo⁷ dos de los motivos más recurrentes de controversia en el desarrollo de las actuaciones procesales ante la CPI⁸.

⁷ Sobre el contenido y cumplimiento práctico de estas obligaciones ver: CPI, *Chambers Practice Manual* (2019).

⁸ *Id.* a modo de ejemplo, la solicitud de la Defensa de Alfred Yekatom para se declarase que la Fiscalía había violado sus obligaciones de revelación de prueba en el marco de las actuaciones de confirmación de cargos (CPI, Yekatom, 29/08/2019).

En segundo lugar, la aplicación del principio de presunción de inocencia y del estándar “más allá de toda duda razonable” no es algo específico de la CPI, sino que es común a otras jurisdicciones internacionales penales, así como a numerosos sistemas procesales penales nacionales. Además, las garantías que para la defensa se derivan del mismo, hacen que el epicentro del juicio oral en estos sistemas sea el debate probatorio contradictorio sobre los hechos materiales que constituyen los crímenes y las formas de responsabilidad específicamente imputadas a los acusados, lo que relega a un segundo plano el resto de las cuestiones fácticas objeto de estos procesos, incluyendo los elementos contextuales de los delitos imputados.

En tercer lugar, es importante tener en cuenta que, a excepción de los casos Bemba y Ntaganda, en la mayoría de los casos cuyo juicio oral ha finalizado para 2021, los actos de violencia imputados por la Fiscalía, confirmados por la Salas de Cuestiones Preliminares y objeto del juicio oral, son sólo una pequeña fracción de los crímenes de la competencia de la CPI presuntamente cometidos por los grupos armados dirigidos por los acusados⁹.

Finalmente, los siete casos mencionados pertenecen a líderes de grupos armados organizados que, o bien se enfrentaron a las fuerzas gubernamentales del país en el que operaban (Al-Mahdi y Ongwen)¹⁰,

⁹ El caso Lubanga se centra en el reclutamiento, alistamiento y utilización de niños soldados en las hostilidades por el grupo FPLC, brazo armado del UPC, durante el conflicto armado que tuvo lugar entre agosto de 2002 y diciembre de 2003 en el distrito de Ituri (RDC) y que enfrentó al UPC/FPLC frente a otros grupos como el FNI y el FRPI (todos ellos apoyados y financiados por Uganda, Ruanda y/o RDC en su lucha por el control de los recursos de Ituri). Los casos Ngudjulo y Katanga tienen por objeto la masacre en el pueblo de Bogoro el 23 de febrero de 2003 en el marco de la campaña de violencia contra la población civil llevada a cabo por los grupos FNI y FRPI entre febrero y marzo de 2003 en numerosos municipios del distrito de Ituri. El caso Al-Mahdi se basa en la destrucción de diez mausoleos y una mezquita que eran parte de Patrimonio Histórico de la Humanidad de la UNESCO durante la ocupación de Timbuktu (Mali) en 2012 por el grupo Ansar Eddine (movimiento asociado a Al Qaeda en el Magreb) y otros grupos afines. Finalmente, el caso Ongwen se centra en el ataque a cuatro campos de refugiados (Pajule, Odek, Lukodi y Abok) entre los muchos realizados en el Norte de Uganda por el LRA entre julio 2002 y diciembre de 2005.

¹⁰ Al Mahdi fue director del “hisbah” (una especie de policía religiosa) cuando el grupo Ansar Eddine y otros grupos afines tomaron el control de Timbuktu (Ma-

o bien entraron en conflicto con otros grupos armados organizados (Lubanga, Ntaganda, Ngudjolo, Katanga y Bemba¹¹). En consecuencia, y sin perjuicio de lo que se expondrá en las secciones siguientes, esto constituye por sí solo un indicio muy relevante de las grandes dificultades que parece experimentar la CPI para investigar y enjuiciar eficazmente a quienes actúan desde las instituciones del Estado mientras se mantienen en el poder.

5.2. Poner fin a la impunidad de los máximos responsables de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional

El preámbulo del ECPI establece expresamente que la CPI fue establecida como resultado, por un lado, de la constatación por los Estados firmantes de que “en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”, y por otro lado de su firme convicción de que “esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” y por lo tanto, en cuanto “crímenes más graves de

li) en 2012. Onwgen fue uno de los principales comandantes del LRA entre julio de 2002 y diciembre de 2005.

¹¹ Thomas Lubanga fue presidente y fundador del UPC y comandante en jefe de su brazo armado, las FPLC, en el periodo entre julio de 2002 y diciembre de 2003. Bosco Ntaganda fue el comandante adjunto de operaciones del grupo armado FPLC. Mathieu Ngudjolo y Germain Katanga fueron dirigentes de los grupos armados FNI y FRPI. Jean Pierre Bemba fue presidente y comandante en jefe del grupo armado de oposición, MLC (desde donde a mediados de 2003, a raíz del reparto de poder previsto en los acuerdos de paz firmados con el gobierno de la RDC, llegaría a alcanzar la vicepresidencia de la RDC, a lo que seguiría su exilio cuatro años después en Portugal en 2007 y posterior entrega por Bélgica a la CPI en 2008). En octubre de 2002 Bemba ordenó que unidades armadas del MLC acudieran desde la RDC en apoyo del entonces presidente de la RCA, Ange-Felix Patasse, para enfrentarse entre octubre de 2002 y marzo de 2003 a las fuerzas rebeldes lideradas por su ex jefe de Estado Mayor, el general Bozize, que se habían sublevado en su contra (y que lo acabarían derrocando tras el regreso a la RDC de las fuerzas del MLC en marzo de 2003). *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública, Bemba; CPI, Oficina de Información Pública, 03/2019. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública, 27/02/2015; 27/03/2017; 15/12/2017; 03/2019; 02/2020; CICC, Bemba; Human Rights Watch, (2003a; 2003b; 2003c).

trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, “no deben quedar sin castigo”, de manera que es necesario “poner fin a la impunidad de los autores [...] y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.

Fruto de lo anterior, los Estados firmantes decidieron, “a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras”, tomar dos tipos de acciones: (i) “adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que [los responsables] sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”; y (ii) “establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, de manera que, siendo “complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”, garantice “que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera”.

A la luz de lo anterior, es evidente, como Olasolo (2016) señala, que uno de los elementos centrales de la función de la CPI es la prevención de nuevos crímenes internacionales a través de la adopción de las medidas necesarias para poner fin a su impunidad mediante: (i) el reconocimiento de la responsabilidad internacional penal de quienes los hayan cometido; y (ii) la imposición de una sanción penal proporcional a su conducta.

En este mismo sentido, la SPI II de la CPI, en su decisión de determinación de la pena en el caso Katanga (23/05/2014: párr. 38), ha señalado expresamente que la disuasión (entendida como desmotivación de aquellos que podrían cometer crímenes similares) es uno de los fines de la pena, lo cual ha sido posteriormente reiterado en las decisiones de determinación de la pena en los casos Bemba (21/06/2016: 10, 11), Al Mahdi (27/09/2016: 66, 67) y Ntaganda (07/11/2019: 9,10).

Además, teniendo en cuenta que la CPI ha afirmado reiteradamente que sus actividades han de centrarse en los “máximos responsables” de los crímenes internacionales de su competencia (CPI, Kenia, 31/03/2010; Costa de Marfil, 3/10/2011; Fiscalía, 2003; 2007; 2010; 2013a; 2016a; 2016b), no se puede sino concluir que la prevención general negativa recogida en el preámbulo del ECPI, busca en particu-

lar evitar que los dirigentes de instituciones estatales y organizaciones con capacidad para llevar a cabo campañas de violencia sistemática o generalizada incurran en crímenes de la competencia de la CPI, como consecuencia del alto coste pagado por otros dirigentes condenados por la CPI (Tadros, 2011; Akhavan, 2001; Harhoff, 2008).

Sin embargo, a pesar de lo anterior, las actuaciones de la CPI desde la entrada en vigor del ECPI el 1 de julio de 2002 parecen dar en buena medida la razón a quienes afirman que el ECPI no ofrece a la CPI los instrumentos necesarios para llevar a cabo de manera eficaz su función de prevención general negativa, a la luz de su profunda dependencia de la financiación y cooperación de los Estados parte, y en particular de aquellos Estados cuyas situaciones y casos son objeto de investigación y enjuiciamiento por la CPI (Ambos, 2013; Farer, 2000; Francis & Francis, 2010; Golash, 2010; Mullins & Rothe, 2010; Fisher, 2012; Stahn, 2012).

De esta manera, como ya hemos visto, en sus casi 20 años de funcionamiento, la CPI apenas ha sido capaz de finalizar un puñado de juicios orales contra dirigentes de grupos armados no estatales de ámbito local o regional¹², por crímenes de la competencia de la CPI, que en la mayoría de los casos sólo representan una pequeña fracción de los crímenes internacionales cometidos por dichos grupos. Solo el grupo armado presidido por Jean Pierre Bemba (MLC) puede decirse que tiene un ámbito nacional en la RDC, habiendo ostentado además su presidente la posición de vicepresidente de la RDC (BBC, 2018).

Además, de los 20 casos restantes, 12 de ellos no han podido adelantarse debido a que los imputados no han sido detenidos y entregados a la CPI. Entre ellos se encuentran los casos contra importantes dirigentes estatales como Omar Al Bashir (ex presidente de Sudán)¹³, Saif Al Islam Gaddafi (ex primer ministro *de facto* de Libia)¹⁴ y Si-

¹² *Idem.*

¹³ Omar Hassan Ahmad Al Bashir, presidente de Sudán al momento en el que se profirió su orden de arresto. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública, Al Bashir.

¹⁴ Saif Al-Islam Gaddafi, primer ministro *de facto* en Libia al momento en el que se profirió su orden de arresto. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública, Gaddafi.

mone Gbagbo (esposa del ex presidente de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo)¹⁵.

Así mismo, si bien las diferentes Salas de la CPI han podido adelantar actuaciones contra otros dirigentes estatales, como Urumu Kenyatta (presidente de Kenia), William Ruto (vicepresidente de Kenia) y Laurent Gbagbo (ex presidente de Costa de Marfil), lo cierto es que en ninguno de estos casos ha sido posible concluir un juicio oral. Así, en el caso contra Kenyatta (13/03/2015), la Fiscalía de la CPI acabó retirando los cargos antes del inicio del juicio oral, debido, entre otras razones, a las dificultades encontradas por la negativa de varios testigos a viajar a la Haya para prestar declaración¹⁶. Por su parte, en los casos contra Ruto¹⁷ y Gbagbo¹⁸, las respectivas SPI de la CPI aceptaron las solicitudes de terminación del juicio oral de la defensa por inexistencia de un caso al que responder, las cuales fueron realizadas al finalizar la presentación de los elementos de prueba por la Fiscalía (Ruto y Sang, 05/04/2016; Gbagbo, 15/01/2019)¹⁹. Mientras que las partes no apelaron la decisión en el caso contra Ruto, en el caso contra Gbagbo y Blé Goudé la decisión fue apelada por la Fiscalía (CPI, Gbagbo & Blé Goudé, 01/02/2019; 17/10/2019), sin que la SA, tras decretar la libertad condicional de los dos acusados, se haya pronunciado hasta el momento.

En consecuencia, el único caso contra un alto representante del Estado que ha podido ser finalizado hasta el momento es el relativo a Jean Pierre Bemba, en su doble condición de presidente de un grupo armado organizado (el MLC) y vicepresidente de la RDC en el

¹⁵ Simone Gbagbo, primera dama de Costa de Marfil en el periodo 2003-2010. *Vid.* CICC, Simone Gbagbo; CPI, Oficina de Información Pública, 04/2018.

¹⁶ *Vid.* CICC, Kenyatta.

¹⁷ *Vid.* CICC, Ruto y Sang.

¹⁸ *Vid.* CICC, Gbagbo y Blé Goudé.

¹⁹ Para aceptar este tipo de solicitudes es necesario que la SPI considere que, aun cuando se consideren creíbles todos los elementos de prueba presentados por la Fiscalía, ningún juez razonable podría llegar a concluir la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Así, ante la debilidad del caso presentado por la Fiscalía, se considera que no existe un caso al que la defensa tenga que responder, y se da por concluido el juicio oral.

momento de ser arrestado y entregado a la CPI por las autoridades belgas en 2008²⁰.

Sin embargo, ni tan siquiera este caso ha estado exento de dificultades en cuanto que el acusado y varios miembros del equipo de la defensa han sido condenados por obstrucción a la justicia como consecuencia de la preparación del testimonio de varios testigos²¹. A lo que hay que añadir la polémica generada por la SA, que en una controvertida decisión de 3 votos contra 2 decidió revocar la sentencia condenatoria dictada por la SPI III, debido a presuntos errores procesales cometidos por considerar como parte de la campaña de pillaje, violencia sexual y asesinato presuntamente desarrollada por miembros del MLC en RCA entre octubre de 2002 y marzo de 2003, actos específicos de esta misma naturaleza que no habían sido expresamente recogidos en la decisión de confirmación de cargos (Bemba, 08/06/2018). Como resultado de lo anterior, Bemba regresó en 2018 a la RDC para continuar con su vida profesional como reconocido político nacional (BBC, 2018)²².

Ante esta situación, como ya adelantamos en la sección anterior, no se puede sino concluir que son notorias las dificultades experimentadas por la CPI para investigar y enjuiciar eficazmente a quienes actúan desde las instituciones del Estado mientras se mantienen en el poder, lo que, como Roth-Arriaza (1995) y Malamud-Goti (1990) han señalado, pone también en entredicho la idoneidad de la CPI para generar frente a los altos dirigentes estatales una auténtica prevención general negativa. En este sentido, la ausencia, en casi veinte años de funcionamiento de la CPI, de una sola decisión condenatoria frente a este tipo de dirigentes, hace que no sea realmente posible afirmar la existencia de una disuasión efectiva frente a quienes instrumentalizan las estructuras estatales que dirigen para recurrir a la comisión de crímenes de la competencia de la CPI.

²⁰ *Vid. supra*, n. 11.

²¹ *Idem*.

²² A su regreso a la RDC, Bemba pretendió aspirar al cargo de presidente de la República, pero su candidatura fue desestimada por un tribunal nacional (BBC, 2018).

5.3. La justicia para las víctimas a través de su participación en las actuaciones ante la Corte Penal Internacional y su reparación

Las disposiciones sobre participación de las víctimas en las actuaciones ante la CPI y sobre la reparación del daño sufrido mediante su restitución, compensación y rehabilitación son dos de los aspectos más característicos del ECPI, lo que ha llevado a autores como Vega (2006), Dwertmann (2010) y Pena (2013) a afirmar que la provisión de justicia para las víctimas es un elemento central de la función de la CPI. Según estos autores, el establecimiento de la CPI ha supuesto el paso de un sistema de DIP netamente retributivo (castigo al victimario) a uno restaurativo (búsqueda de la justicia para las víctimas), dirigido a reconocer la magnitud del daño causado a estas últimas y a conseguir su redignificación como resultado de sentirse escuchadas y tenidas en consideración²³. Para ello, ha sido necesario superar la tradicional concepción de que la condena de los responsables es suficiente para satisfacer los intereses de las víctimas, de manera que se haya podido poner el énfasis en la importancia que para la realización de las necesidades de las víctimas tiene su participación en las actuaciones y su reparación una vez que se ha dictado la condena (Vega, 2013).

Junto con la creación de la CPI, se han establecido también dos órganos independientes cuyo propósito esencial es velar por los derechos de las víctimas a lo largo del proceso y por su reparación y asistencia, a saber, la OPCV²⁴ y el TFV²⁵. La OPCV es la entidad encargada de facilitar la representación legal de las víctimas, ya sea por medio de la asignación directa de un representante legal, o financiando a los representantes particulares escogidos por las víctimas que deseen

²³ Si bien no en el marco de la CPI, autores como Van Ness & Strong (2002), Raye & Wamer (2007) y Maxwell (2007), entre otros, han descrito también las experiencias presenciadas en los encuentros entre víctimas y victimarios como espacios donde las relaciones sociales salen fortalecidas, escenarios de transformación personal y comunitaria, de aprendizaje y logro de entendimientos comunes sin entrar a definir de manera concreta las razones por las cuales esto sucede.

²⁴ Vid. los art. 43 y 68 del ECPI, las Reglas 87 y 88 de las RPP y las normas 8 y 81 de las Regulaciones de la CPI (2004).

²⁵ Vid. el art. 79 del ECPI y la regla 98 de las RPP.

participar en el proceso (CPI, OPCV, 2010). Por su parte, el TFV es un órgano independiente cuyo mandato tienen dos elementos principales: (i) reparar a las víctimas de crímenes internacionales reconocidas como tales en las actuaciones judiciales ante la CPI que finalizan con sentencia condenatoria; y (ii) brindar asistencia a las víctimas de las diferentes situaciones en las que se hayan cometido crímenes de competencia de la CPI, independientemente de que existan casos abiertos, procesos adelantados o condenas en firme con respecto a los mismos (CICC, TFV; CPI, TFV, Assistance mandate; Peschke, 2013).

Dada su novedad en el DIP, la cuestión relativa a la participación de las víctimas en las actuaciones fue uno de los temas de discusión más álgidos durante las negociaciones del ECPI, debido a que no todos los sistemas jurídicos nacionales atribuyen a las víctimas una posición procesal en sus procedimientos penales. Fruto de este debate se acordó que, conforme a lo dispuesto en el art. 68 (3) del ECPI, se permitiría a las víctimas intervenir en todas las etapas procesales mediante la presentación de sus “opiniones y observaciones”, siempre y cuando demostrasen un interés legítimo a estos efectos, y la Sala competente, además de asegurarse de que con ello no se afectarían los derechos del acusado, considere oportuna dicha intervención en las actuaciones de que se trate. De esta manera, se garantizó que, al menos formalmente, quienes cumplieran con la definición de víctima prevista en la regla 85 de las RPP tendrían la posibilidad de participar en todas las etapas procesales a través de las que se desarrolla el mandato de la CPI (Vega, 2006).

La reparación y/o asistencia a las víctimas también hace parte del componente de justicia que el ECPI les reconoce (CPI, AEP, 2012). Así, el derecho a solicitar reparación está consagrado en el art. 75 del ECPI, y es independiente del derecho de participación, de manera que las víctimas pueden decidir no participar a lo largo del proceso y aun así pueden solicitar a la SPI una reparación cuando el proceso haya finalizado mediante sentencia condenatoria por los crímenes que han padecido.

Como Balta, Bax y Letschert (2019) señalan, para que se ejecuten las reparaciones reconocidas en favor de las víctimas, que conforme al art. 75 del ECPI pueden tomar la forma de restitución, compensación y rehabilitación y tener una naturaleza individual, colectiva o mixta, es necesario que la SPI actúe en coordinación con el TFV, que deberá diseñar un plan por medio del cual se pretenda llevar a cabo

la reparación²⁶. Una vez que la Sala haya aprobado el plan del TFV, este último procederá a ponerlo en marcha para reparar directamente a las víctimas. Para ello, el TFV cuenta con los recursos obtenidos mediante el embargo judicial de los activos del condenado (que puede ser decretado cautelarmente tras la emisión de una orden de arresto o comparecencia según lo dispuesto en el art. 57(3)(e) del ECPI y lo reglamentado en la regla 99 de las RPP), pudiendo además utilizar, si el propio TFV lo considera oportuno, los aportes voluntarios de gobiernos o terceros, los recursos asignados por la AEP específicamente para reparaciones y los recursos obtenidos mediante multas o confiscaciones, previamente transferidos por la CPI al TFV, en cumplimiento con lo establecido en la regla 98 de las RPP y los capítulos II, III, IV y V de las Regulaciones del FFV (CPI, AEP, 2005).

Finalmente, es importante tener en cuenta que, conforme a la regla 98 de las RPP, solo existen reparaciones directas para las víctimas de los crímenes objeto de una sentencia condenatoria. En consecuencia, el resto de las víctimas de crímenes de la competencia de la CPI, incluyendo los casos en los que el acusado es absuelto (como el caso Bemba), sólo pueden beneficiarse de los proyectos de asistencia a víctimas que patrocina el TFV en ejercicio de su mandato asistencial, y cuya financiación proviene exclusivamente de contribuciones voluntarias de los Estados parte o de terceros. Como Peschke (2013) subraya, estos programas de asistencia pretenden brindar rehabilitación física, acompañamiento psicológico y apoyo material a las víctimas de crímenes internacionales, tratándose de medidas generales para las poblaciones afectadas, las cuales buscan contribuir a la superación del conflicto y a la mejora de las condiciones de vida de las comunidades victimizadas.

Sin embargo, a pesar de lo señalado, los mecanismos previstos en el ECPI y las RPP para la participación de las víctimas en las actuaciones ante la CPI y su reparación, adolecen de limitaciones muy significativas.

²⁶ Estos principios fueron recogidos en dos providencias proferidas en el caso Lubanga: en la decisión para establecer los principios a aplicar en las reparaciones de la SPI y en la decisión de apelación contra dicha decisión dictada por la SA (Lubanga, 07/08/2012 & 03/03/2015).

Así, en relación con la participación, es importante subrayar que el derecho de las víctimas a intervenir en las actuaciones ante la CPI no es ni absoluto, ni equiparable a la posición procesal de la Fiscalía y la Defensa, por lo que se reserva a estas últimas la calificación de “partes” en las actuaciones, en contraste con la consideración de las víctimas como meros “participantes” (*Human Rights Watch*, 2017).

Además, su ejercicio, que ha de llevarse a cabo a través de sus representantes legales, está supeditado a la aprobación por la Sala competente de sus solicitudes escritas de participación, para lo que, conforme a la regla 89 de las RPP, es necesario rellenar en primer lugar el formulario de reconocimiento de la condición de víctima, diseñado por la Unidad de Participación y Reparación a Víctimas de la Secretaría de la CPI (VPRS). Sólo una vez reconocida la condición de víctima por la Sala competente, procederá esta última a valorar las solicitudes de participación y a determinar el alcance de las observaciones y opiniones que las víctimas pueden presentar conforme al procedimiento establecido en las reglas 86 a 92 de las RPP. En consecuencia, el alcance y modalidades de la participación de las víctimas depende en última instancia del criterio de cada Sala, que puede tanto extenderla como limitarla significativamente (Vega, 2006), lo que, como Olasolo y Kiss (2010) han señalado, genera una notable incertidumbre jurídica en las víctimas, y afecta a su estrategia procesal, al no poder conocer de antemano el alcance y las modalidades de la participación que les serán permitidas.

Esta situación se vuelve, si cabe, más complicada por la reticencia de la mayoría de las Salas de la CPI (la SCP I en los casos Lubanga (28/07/2006) y Ngudjolo y Katanga (31/03/2008) es la principal excepción) a establecer de manera sistemática y con la suficiente antelación las modalidades de participación de las víctimas en las actuaciones (CPI, *Chambers Practice Manual*, 2019), de manera que los representantes legales puedan diseñar su estrategia procesal a la luz del alcance de su intervención. Ante esta reticencia, los representantes legales no tienen más remedio que presentar una solicitud de participación cada vez que desean intervenir en las actuaciones, lo que además de retrasar las actuaciones, fragmenta la participación de las víctimas, reduciendo la capacidad de impacto de estas últimas en el resultado final del proceso y en la narrativa resultante de los hechos considerados como probados en la sentencia (Olasolo y Kiss, 2010).

A esto hay que añadir además las dificultades que en materia de participación genera la distinción entre las víctimas de la situación, las víctimas del caso y las víctimas de los crímenes objeto de la condena (Vega, 2006). Las primeras incluyen a quienes se ven afectados por la comisión de crímenes internacionales en el marco de una situación bajo investigación de la CPI (Vega, 2006). Las segundas comprenden a quienes sufren daños como consecuencia de los hechos constitutivos de los crímenes imputados a los acusados (Vega, 2006). Finalmente, el último grupo corresponde a las víctimas de los crímenes por los que los acusados resultan finalmente condenados (Vega, 2006). Esa división hace que cada grupo de víctimas tenga un reconocimiento y unas posibilidades de intervención distintas a lo largo de las distintas fases procesales ante la CPI (Chambers Practice Manual, 2019).

Con respecto a la oportunidad de testificar en el juicio oral, si bien es cierto que la participación de las víctimas en las actuaciones puede incluir también esta modalidad, lo que les permite narrar directamente el sufrimiento que han padecido (Vega, 2006), no es menos cierto que, ante la imposibilidad de que todas las víctimas puedan actuar como testigos, corresponde a la Fiscalía determinar qué testimonios serán presentados ante la Sala correspondiente [algunas SPI han permitido excepcionalmente a los representantes legales de las víctimas proponer testigos adicionales, que han sido llamados a prestar testimonio como si se tratara de testigos llamados a instancia de la propia Sala conforme al art. 69(3) del ECPI (CPI, Chambers Practice Manual, 2019; Lubanga, 10/01/2008)]. Como consecuencia de lo anterior, y para poner un ejemplo, de las 5229 víctimas que fueron reconocidas como tales por la SPI III en el caso Bemba (21/03/2016: 16), sólo 5 tuvieron la oportunidad de testificar en el juicio oral; únicamente 2 de los 5 relatos aportados por las víctimas fueron tomados como evidencia, mientras que los otros 3 únicamente expresaron sus puntos de vista y sus preocupaciones, sin que esto se tomara como material probatorio (CPI, Bemba, 21/03/2016: 20).

La representación legal de las víctimas plantea también dificultades importantes en relación con la articulación de su participación en las actuaciones ante la CPI. Así, la primera contingencia a la que se enfrenta la CPI en este ámbito es la falta de financiación o déficit presupuestal para el pago a los representantes legales de las víctimas. Como señala *Human Rights Watch* (2017), la CPI no cuenta con un

apoyo financiero amplio destinado a la representación de las víctimas, lo que ha provocado la limitación del número de abogados encargados de asumir su representación. Además, debido a que la CPI no está en posición de financiar un representante legal individual para cada víctima, se ha tenido que diseñar en las reglas 90 a 92 de las RPP un sistema de representación común, conforme al cual se agrupa a amplios grupos de víctimas para que sean representadas por un mismo representante legal. Esto es causa de un buen número de problemas a la hora de lograr escuchar y transmitir las necesidades de cientos, o incluso miles, de víctimas a través del representante legal que les ha sido designado conjuntamente por la CPI (*Human Rights Watch*, 2017).

Además, dado que es imposible transportar a La Haya a todas las víctimas reconocidas dentro de un proceso ante la CPI, el representante legal deberá estar en constante movimiento entre el lugar donde residen las víctimas y la sede de la CPI, lo cual dificulta su labor. La jueza Van den Wyngaert (2012) ha manifestado expresamente su preocupación frente a esta situación, subrayando que, si bien la representación legal común es imperativa para poder garantizar la representación de un número de víctimas tan elevado como el de los crímenes de la competencia de la CPI, el hecho de que sean tantos sujetos representados por un mismo abogado y el que se encuentren en Estados diferentes hace ineficiente la comunicación de sus necesidades e intereses.

Finalmente, en lo que se refiere al derecho de las víctimas a la reparación, la principal limitación práctica en su aplicación consiste en que tanto las reparaciones directas individuales o colectivas como consecuencia de una sentencia condenatoria, como los proyectos de asistencia, dependen de que existan recursos suficientes para su financiación. De esa manera, como afirma Evans (2010: 108), una de las principales dificultades del TFV para cumplir con su doble mandato es su capacidad para recaudar fondos, especialmente teniendo en cuenta el gran número de víctimas que puede llegar a reconocer. En este mismo sentido, Moffett (2019) afirma que la financiación necesaria para llevar a cabo la implementación de los planes de reparación ha sido todo un desafío debido a que los recursos del TFV son limitados, los condenados alegan estado de indigencia y no hay cooperación internacional suficiente para su obtención.

Además, dado que se necesita una sentencia condenatoria que haga específicamente referencia a los crímenes sufridos, y teniendo en cuenta que la gran mayoría de los casos se refieren a una fracción de los crímenes cometidos por los grupos armados organizados dirigidos por los acusados, se puede afirmar que la gran mayoría de las víctimas de crímenes de la competencia de la CPI no recibirán nunca una reparación directa. A esto hay que unir que, conforme señalan Balta, Bax y Letschert (2019), los casos Lubanga²⁷, Katanga²⁸ y Al Mahdi²⁹

²⁷ Tras la sentencia de la SA de 1 de diciembre de 2014 (en la que se confirmó la condena contra Lubanga de 14 de marzo de 2012), la propia SA se pronunció el 3 de marzo de 2015 sobre los principios de reparación acordados por la SPI el 10 de julio de 2012. En dicha decisión, la SA consideró que la SPI debía encargarse de calcular el monto total por el que debía responder el condenado y solicitó un monitoreo permanente de la materialización de la reparación. El 15 de diciembre de 2017, la SPI determinó que Lubanga debía responder por 10,000,000 USD a causa de los crímenes por los cuales fue condenado. Esta decisión fue confirmada por la SA el 18 de julio 2019. El 4 de marzo de 2021, el TFV anunció que iniciaría el proceso de implementación de las reparaciones colectivas a favor de las víctimas del caso Lubanga, el cual debería tener una duración máxima de 5 años. En la actualidad, el proceso sigue en fase de reparación/compensación. *Vid.* Brodney & Regué (2019); CPI, TFV, Reparation Orders; CPI, TFV, 2021.

²⁸ Germain Katanga fue condenado por la SPI el 14 de marzo de 2014. Al desistir la defensa de su apelación, la sentencia quedó firme. El 24 de marzo de 2017, la SPI profirió la Orden de Reparación, la cual fue apelada por la defensa. La SA revisó la decisión en cuestión y el 8 de marzo de 2018 confirmó su contenido. El proceso, a la fecha, sigue en fase de reparación/compensación. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública, 08/03/2018(b); CPI, TFV, Reparation Orders.

²⁹ Al Mahdi fue condenado en primera instancia el 27 de septiembre de 2016. No hubo apelación. El 17 de agosto de 2017, la SPI profirió la Orden de Reparaciones. Esta decisión fue controvertida por la representación legal de las víctimas. El 8 de marzo de 2018, la SA confirmó, en gran medida, lo dispuesto por la SPI, atribuyéndole al condenado la responsabilidad sobre un monto aproximado de 2.7 millones de euros. El 20 de abril de 2018, el TFV presentó un borrador de plan de implementación de las reparaciones. No obstante, el 12 de julio de 2018 la SPI VIII solicitó un nuevo borrador, que fue posteriormente presentado. El 4 de marzo de 2019, la SPI VIII aprobó el plan de implementación actualizado (con algunas condiciones) y le ordenó al TFV que enviara actualizaciones sobre el avance del proceso de implementación cada 2 meses. El 21 de febrero de 2021, la SPI autorizó al TFV para que empezara a enviar actualizaciones del proceso de implementación cada 3 meses. En la actualidad, el proceso sigue en fase de reparación/compensación. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública, 08/03/2018(a); CPI, TFV, Reparation Orders; CPI, Al Mahdi, 04/03/2019; CPI, Al Mahdi, 17/02/2021.

muestran que son necesarios varios años desde que las sentencias condenatorias se convierten en firme hasta que se aprueban y comienzan a ejecutarse los planes de reparación propuestos por el TFV.

Así mismo, los proyectos de asistencia del TFV (único recurso al que tienen acceso las víctimas de crímenes de la competencia de la CPI que no son objeto de una sentencia condenatoria) adolecen también de una financiación extremadamente limitada para su ejecución, como consecuencia de que, según la regla 98(5) de las RPP, sólo se puede utilizar para financiar estos proyectos asistenciales los recursos del TFV provenientes de contribuciones voluntarias. Además, su proceso de ejecución es tan lento como el de las reparaciones directas, como muestra el caso Bemba, con respecto al cual, tras revocarse la sentencia condenatoria en junio de 2018, el TFV afirmó que implementaría un proyecto de asistencia para beneficiar a las comunidades afectadas por los crímenes cometidos por el MLC en la RCA (CPI, 2018), sin que hasta la fecha (más de dos años después) se haya llevado a cabo actuación alguna en este sentido.

5.4. La reconciliación social

El preámbulo del ECPI subraya en su párr. tercero que los crímenes internacionales de la competencia de la CPI suponen una amenaza “para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”. Esta referencia se corresponde con la consideración por una parte importante de la doctrina de que la preservación de la paz y la seguridad internacionales es el bien jurídico colectivo que se trata de proteger a través de la criminalización por la sociedad internacional de los comportamientos constitutivos de los crímenes de la competencia de la CPI (Ambos, 1999 y 2013; Luban, 2011; Werle, 2010; Olasolo, 2017).

Sobre esta base, y siguiendo en buena medida lo señalado por autores como Cassese (1998) y Burke-White (2005), Fatou Bensouda (2008), quien se ha desempeñado como Fiscal adjunta (2003-2012) y Fiscal (2012-2021) de la CPI durante casi dos décadas, considera que la reconciliación social es un paso previo necesario para garantizar una paz estable y duradera, que debe ser entendida a la luz de la justicia. En consecuencia, sin una justicia efectiva que permita judicializar y poner fin a la impunidad de los máximos responsables de los crímenes más graves para la sociedad internacional en su conjunto, no

es posible garantizar que las comunidades, pueblos y/o naciones en conflicto puedan verdaderamente llegar a la reconciliación, en cuanto que presupuesto básico para la consecución de la paz. De esta manera, para Bensouda (2008), la consecución de la reconciliación social depende de los siguientes factores: (i) la judicialización de los máximos responsables de crímenes internacionales; (ii) su neutralización a través de la acción de la justicia con el fin de impedir futuros delitos y conflictos; y (iii) la restauración de la confianza de las víctimas en la justicia, en el sentido de que estas solo podrán sentir que han sido reconocidas y reivindicadas si sus victimarios son llevados ante la justicia.

Sin embargo, a pesar de lo señalado por Bensouda, no se puede obviar el hecho de que ni el ECPI, ni la jurisprudencia de la CPI, han afirmado hasta el momento que la reconciliación social constituye un elemento integral de la función de la CPI. Además, existen dos elementos adicionales que es necesario considerar a la hora de abordar esta cuestión.

En primer lugar, la práctica de la CPI refuerza la posición defendida por aquellos autores que afirman que no existe ninguna prueba empírica que demuestre que la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de los crímenes internacionales favorezca la reconciliación social como paso previo hacia la consecución de una paz y estable y duradera. En este sentido, si bien es cierto que la investigación de la CPI en Uganda y su examen preliminar en Colombia, ha podido favorecer inicialmente que los representantes de los grupos armados organizados enfrentados a las fuerzas gubernamentales en ambos conflictos hayan decidido sentarse a la mesa de negociación (Kersten, 2016; Lanz, 2007: 8; Reilly, 2019: 72), no es menos cierto que la mayor parte de las actuaciones de la CPI en las últimas dos décadas no han llevado a procesos constatables de reconciliación social entre víctimas y victimarios o a procesos de paz entre los actores armados en conflicto; de hecho, en muchas ocasiones, como en el caso de Uganda, se termina afectando a los procesos de paz (Lanz, 2007: 9-12; Reilly, 2019: 72).

Así, los exámenes preliminares de la Fiscalía de la CPI sobre otras situaciones distintas a la situación en Colombia (incluyendo tanto los que actualmente se desarrollan sobre Bolivia, Guinea, Nigeria, Ura-

nia, Filipinas y Venezuela I y II, como los desarrollados en el pasado con respecto a la Corea del Norte/Corea del Sur, Flotilla Humanitaria, Gabón, Honduras, Iraq/Reino Unido) no permiten afirmar que hayan generado un efecto reconciliatorio significativo. Así mismo, este es también el caso en relación con las investigaciones de la Fiscalía de la CPI con respecto a situaciones distintas de la situación en Uganda (con independencia de que sean resultado de auto-remisiones de los Estados parte donde se han cometido los crímenes (RDC, CAR I y II, Mali y Palestina), de remisiones del CSNU (Darfur (Sudán) y Libia), o de la iniciativa de la Fiscalía (Kenia, Costa de Marfil, Georgia, Burundi, Myanmar y Afganistán)).

La misma situación se puede también observar en relación con los 27 casos actualmente abiertos. Así, frente a los 12 casos en los que no se han podido ejecutar las órdenes de detención y entrega emitidas por la CPI, ésta no ha podido avanzar en sus actuaciones debido a la insuficiente cooperación internacional para la captura de importantes líderes políticos y militares que mantienen, en buena medida, sus posiciones de poder (si bien algunos de ellos, como es el caso de Al Bashir, han acabado perdiendo dicha posición tras años de insistencia de la CPI) (CICC, 2017).

Finalmente, en relación con los 7 casos en los que se ha concluido el juicio oral, tres de ellos difícilmente pueden dar lugar a una reconciliación social porque las actuaciones de la CPI se limitan a los dirigentes de una de las partes en conflicto (Al Mahdi (Ansar Eddine), Bemba (MLC) y Ongwen (LRA)). Además, la revocación por la SA de la condena en primera instancia de Jean Pierre Bemba (que, además de ser fruto de una interpretación muy controvertida de la normativa procesal de la CPI, resulta incomprensible para las víctimas), ha hecho que este caso no sólo no haya promovido la reconciliación social, sino que, debido al descrédito que ha generado para la propia CPI (Hibbert, 2020) ha colocado a esta última en una situación todavía más difícil para poder promover en el futuro cualquier dinámica de reconciliación social.

En consecuencia, sólo quedaría por analizar si la CPI ha promovido de manera constatable la creación o el desarrollo de procesos de reconciliación social entre víctimas y victimarios, o de procesos de paz entre los actores armados en conflicto, en la única situación con

respecto a la cual la CPI ha emitido hasta el momento sentencias condenatorias contra dirigentes de varias de las partes enfrentadas en el conflicto que allí tuvo lugar entre julio de 2003 y finales de 2003. Nos referimos a la situación en el distrito de Ituri (RDC) en la que se enfrentaron, entre otros, los grupos armados organizados dirigidos por Thomas Lubanga y Bosco Ntaganda por un lado, y los comandados por Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui por otro.

Sin embargo, ni tan siquiera en el marco de esta situación se ha podido constatar un efecto reconciliatorio significativo entre las comunidades afectadas como consecuencia de las actuaciones de la CPI (Murithi & Ngari, 2011). Sin duda, no ha favorecido el posible impacto reconciliatorio de las actuaciones de la CPI el hecho de que no se hayan podido ejecutar los programas de reparación aprobados en los casos Lubanga y Katanga después de casi dos décadas desde la comisión de los crímenes, casi quince años desde el inicio de las actuaciones de la CPI y más de seis años desde que las sentencias condenatorias hayan adquirido firmeza.

En segundo lugar, no son pocos los autores que, siguiendo la posición D'Amato (1994) y Ward (2004), y a la luz del impacto de las actividades de la CPI en el desarrollo de los procesos de paz en Uganda y Colombia, han cuestionado seriamente que la investigación, enjuiciamiento y sanción por la CPI de los máximos responsables de crímenes internacionales sea un instrumento idóneo para promover la reconciliación y la paz (Malu, 2015; 2019; Keller, 2017; Souare, 2009: 384; Radosavljevic, 2008). Incluso no han faltado autores que van un paso más allá al afirmar que los procesos penales desarrollados por la CPI, o promovidos por esta última en el ámbito nacional, no hacen sino incentivar a que las partes continúen con el conflicto y la violencia hasta que una de las dos resulte vencida (Krcmaric, 2018).

De esta manera, si como veíamos al inicio de esta sección, un primer grupo de autores pone el acento en cómo las actuaciones de la CPI pueden contribuir a que los dirigentes de los actores armados en conflicto se sienten a negociar una salida al mismo, un segundo grupo hace hincapié en las dificultades que las propias actuaciones de la CPI suponen para la conclusión y ejecución de cualquier acuerdo de paz que pretenda poner fin al conflicto.

6. CONCLUSIONES

La perspectiva de la justicia como memoria considera que el sufrimiento y el sinsentido de las vidas de las víctimas son el objeto central de la justicia. Por ello, busca mirar al pasado para tratar de dar sentido a lo que es considerado como despojo y olvido, revisando lo que la memoria del vencedor oculta y justifica en detrimento de las víctimas. Para hacer esto eficazmente se requiere que tanto las instituciones, como la sociedad en su conjunto, las integren en el tejido social a través de su reconocimiento, admitan públicamente el daño que se les ha causado, reparen lo que es reparable, preserven la memoria de lo materialmente irreparable y favorezcan la reconciliación.

Varios de los fines a los que, según una buena parte de la doctrina, se dirige el DIP parecen a priori poder favorecer la consecución de estos objetivos. Este es el caso del establecimiento de una narrativa histórica de los hechos acontecidos, el reconocimiento de las víctimas a través de su participación en los procedimientos y la reparación del daño, la promoción de la reconciliación social entre víctimas y victimarios como paso previo hacia una paz duradera y estable, y la prevención general negativa resultante de declarar la responsabilidad internacional penal de quienes incurren en crímenes internacionales mediante la instrumentalización de las estructuras estatales y las organizaciones que dirigen. Sin embargo, un amplio sector de la doctrina niega que el DIP se dirija a la consecución de estos fines.

Esta misma controversia se observa en relación con la CPI. Así, a pesar de que la prevención general negativa y la participación y reparación de las víctimas aparecen expresamente recogidas en el ECPI como elementos centrales de la función de la CPI, las actuaciones de la CPI en las últimas dos décadas parecen dar, en buena medida, la razón a quienes afirman que el ECPI no atribuye a la CPI los instrumentos necesarios para su cumplimiento eficaz.

De esta manera, la profunda dependencia de la financiación y cooperación de los Estados parte, y en particular de aquellos Estados cuyas situaciones y casos son objeto de investigación y enjuiciamiento por la CPI, impide una eficaz prevención general negativa con respecto a los más altos representantes estatales. Así mismo, los mecanismos previstos en el ECPI y en las RPP en materia de participación y reparación de las víctimas adolecen de notables limitaciones, que, por un

lado, impiden a estas últimas tener un mínimo impacto en el resultado final de las actuaciones y en la narrativa resultante de los hechos considerados como probados en la sentencia, y, por otro lado, hacen que se requieran largos años de espera para aprobar y poner en marcha los planes de reparaciones propuestos por el TFV (cuya ejecución se ve también afectada por la ausencia de recursos para su financiación).

Además, en lo que se refiere a la reconstrucción de una narrativa histórica de los hechos y a la promoción de la reconciliación social, no sólo no se mencionan ni en el ECPI, ni en la jurisprudencia de la CPI, como elementos de su función, sino que existen importantes argumentos prácticos que cuestionan seriamente la idoneidad de la CPI para su consecución.

Como resultado, el ámbito de aplicación práctica de la perspectiva de la justicia como memoria a través de las actuaciones de la CPI es, en el mejor de los casos, ciertamente limitado. En consecuencia, si lo que se pretende es incrementar su grado de satisfacción, consideramos que es necesario recurrir (ya sea de manera complementaria o incluso alternativa) a otro tipo de mecanismos extrajudiciales, debido a la naturaleza estructural de los principales problemas que enfrenta su aplicación por la CPI.

REFERENCIAS

Doctrina

- Adorno, T. (2006). *Minima Moralia*. Madrid: Akal.
- Akhavan, P. (2001). "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?". *American Journal of International Law*, Vol. 95(1). Pp. 7-31.
- Álvarez, J.E. (1999). "Crimes of Hate/Crimes of State: Lessons from Rwanda". *Yale Journal of Law*, Vol. 24(2). Pp. 365-483.
- Ambos, K. (2013). *Treatise on International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Bachmann, S.-D. & Szablewska, N. (ed.). (2015). *Current issues in Transitional Justice: towards a more holistic approach*. Springer.
- Balta, A., Bax, M., & Letschert, R. (2019). "Trial and (Potential) Error: Conflicting Visions on Reparations Within the ICC System". *International Criminal Justice Review*, Vol. 29(3). Pp. 221-248.

- Bartolomé Ruiz, C.M. (2011). “Naturalización de la violencia y memoria de las víctimas. Aproximaciones y controversias entre W. Benjamin y Nietzsche”. En Bartolomé Ruiz, C.M.M. & Quinche Ramírez, M.F. (ed.), *Justicia, estados de excepción y memoria. Por una justicia anamnética de las víctimas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Pp. 31-52.
- Benjamin, W. (2005). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. Ciudad de México: Ed. Contrahistorias.
- Bensouda, F. (2008). *Justice, Reconciliation and the Role of the ICC*. Discurso presentado en Bruselas, Bélgica. Recuperado de International Idea: <https://www.idea.int/sites/default/files/speeches/Justice-Reconciliation-and-the-Role-of-the-International-Criminal-Court-ICC-PDF.pdf>.
- Berón Ospina, A.A. (2019). “La memoria como una propuesta de justicia”. En López, E.A., Niño Castro, Á. & Tovar González, L. (ed.), *Claves de la Justicia desde América Latina, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Volumen 6*. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 333-341.
- Bloxham, D. (2001). *Genocide on Trial: War Crimes Trials and the Formation of Holocaust History and Memory*. Nueva York: Oxford University Press.
- Boon, K., Hafner, G., Huston, J. & Rübesame, A. (1999). “A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgwood”. *European Journal of International Law*, Vol. 10. Pp. 108-123.
- Brodney, M. & Regué, M. (2019). “Five Procedural Takeaways from the ICC’s 18 July 2019 Lubanga Second Reparations Judgment”. *EJIL:Talk: Blog of the European Journal of International Law*. Recuperado de: <https://www.ejiltalk.org/five-procedural-takeaways-from-the-iccs-18-july-2019-lubanga-second-reparations-judgment/>
- Burke-White, W. (2005). “Complementarity in Practice: the International Criminal Court as part of a system of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo”. *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18(3). Pp. 557-590.
- Cassese, A. (1998). “Reflections on International Criminal Justice”. *The Modern Law Review*, Vol. 61(1). Pp. 1-10.
- Corres A.P. [UPNAjusco]. (2012). *Ética de la diferencia, según el pensamiento de Emmanuel Levinas*. Ponente: Patricia Corres Ayala [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=Tm4kRUPqLLM>
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmschurst, E. (2014). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- D’Amato, A. (1994). “Peace vs. Accountability in Bosnia”. *American Journal of International Law*, Vol. 88(3). Pp. 500-506.

- Drumbl, M.A. (2007). *Atrocity, Punishment and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dwertmann, E. (2010). *The Reparation System of the International Criminal Court: its Implementation, Possibilities and Limitations*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Evans, C. (2012). *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Farer, T.J. (2000). "Restraining the Barbarians: Can International Law Help?". *Human Rights Quarterly*, Vol. 22(1). Pp. 90-117.
- Fisher, K.J. (2012). *Moral Accountability and International Criminal Law: Holding Agents of Atrocity Accountable to the World*. Londres: Routledge.
- Francis, L.P. & Francis, J.G. (2010). "International Criminal Courts, the Rule of Law and Prevention of Harm: Building Justice in Times of Injustice". En May, L. & Hoskins, Z. (ed.), *International Criminal Law and Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 58-72.
- Galain Palermo, P. (2016). "A modo de conclusión". En Galain Palermo, P. (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*. Valencia: Tirant Lo Blanch. Pp. 399-415.
- Golash, D. (2010). "The Justification of Punishment in the International Context". En May, L. & Hoskins, Z. (ed.), *International Criminal Law and Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 201-223.
- Harhoff, F. (2008). "Sense and Sensibility in Sentencing—Taking Stock of International Criminal Punishment". En Greenwood, C. & McCormack, T. (ed.), *Law at War: The Law as It Was and the Law as It Should Be*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. Pp. 121-140.
- Harmon, M.B. (2009). "Plea Bargaining: The Uninvited Guest at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia". En Bassiouni, M.C., Doria, J. & Gasser, H.P. (ed.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Igor Blishchenko*. Leiden, Países Bajos: Martinus Nijhoff Publishers. Pp. 161-182.
- Hayner, P.B. (2001). *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*. Nueva York & Londres: Routledge.
- Hibbert, S. (2020). "The Bemba Acquittal: A Blow to the ICC's Legitimacy in a Time of Crisis". *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 34(1). Pp. 95-127.
- Ibáñez, J.E. (2014). *Justicia transicional y Comisiones de la verdad*. Instituto Berg.
- Keller, L.M. (2017). "The Continuing Peace with Justice Debate: Recent Events in Uganda and the International Criminal Court". *University of the Pacific Law Review*, Vol. 48(2). Pp. 265-289.

- Kersten, M. (2016). *The Great Escape? The Role of the International Criminal Court in the Colombian Peace Process*. Justice in Conflict. Recuperado de: <https://justiceinconflict.org/2016/10/13/the-great-escape-the-role-of-the-international-criminal-court-in-the-colombian-peace-process/>
- Koskenniemi, M. (2002). "Between Impunity and Show Trials". *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, 1-35.
- Krcmaric, D. (2018). "Should I Stay or Should I Go? Leaders, Exile, and the Dilemmas of International Justice". *American Journal of Political Science*, Vol. 62(2). Pp. 486-498.
- Lanz, D. (2007). "The ICC's Intervention in Northern Uganda: Beyond the Simplicity of Peace vs. Justice". *The Fletcher School of Law and Diplomacy*. Pp. 1-30.
- Levi, P. (2005). *Los hundidos y los salvados*. Barcelona: Aleph.
- Malamud-Goti, J. (1990). "Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?". *Human Rights Quarterly*, Vol. 12(1). Pp. 1-16.
- Malu, L.N. (2015). *The International Criminal Court and conflict transformation in Uganda*. ACCORD. Recuperado de: <https://www.accord.org.za/ajcr-issues/the-international-criminal-court-and-conflict-transformation-in-uganda/>
- Malu, L.N. (2019). "The International Criminal Court and the Peace Process in Uganda". En Malu, L.N., *The International Criminal Court and Peace Processes. Palgrave Studies in Compromise after Conflict*. Palgrave Macmillan. Pp. 93-121.
- Maxwell, G. (2007). "The Defining Features of a Restorative Justice Approach to Conflict". En Maxwell, G. & Liu, J. (ed.), *Restorative Justice and Practices in New Zealand: Towards a Restorative Society*. Wellington: Institute of Policy Studies. Pp. 5-28.
- Mejía Quintana, J. (2017). *Violencia, reconocimiento del otro e identidad*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Minears, R.H. (1971). *Victors' Justice*. Princeton: Princeton University Press.
- Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.
- Murithi, T. & Ngari, A. (2011). *The ICC and Community-Level Reconciliation: In-country Perspectives*. Johannesburgo: Institute for Justice and Reconciliation. Recuperado de: http://www.iccnw.org/documents/IJR_ICC_Regional_Consultation_Report_Final_2011.pdf.
- Nietzsche, F. (2015). *Consideraciones intempestivas*. Barcelona: Alianza.
- O'Connell, J. (2005). "Gambling with the Psyche: Does Prosecuting Human Rights Violators". *Harvard International Law Journal*, Vol. 46(2). Pp. 295-343.

- O'Connor, G.E. (1999). "The Pursuit of Justice and Accountability: Why the United States Should Support the Establishment of an International Criminal Court". *Hofstra Law Review*, Vol. 27(4). Pp. 927-977.
- Ohlin, J.D. (2009). "Peace, Security and Prosecutorial Discretion". En Stahn, C. & Sluiter, G. (ed.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Londres, Inglaterra: Martinus Nijhoff. Pp. 185-208.
- Olasolo, H. (2016). "Los fines del derecho internacional penal". *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Vol. 14(29). Pp. 93-146.
- Olasolo, H. (2017). *Derecho internacional penal, justicia transicional y crímenes transnacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch & Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional.
- Olasolo, H. (2019). "Justicia como memoria y derecho a la verdad frente a la política de silencio y olvido en El Salvador: Apuntes sobre la percepción de la figura de Óscar Arnulfo Romero y la experiencia de los diálogos intergeneracionales en las parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador". *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, Vol. 7. Pp. 10-30.
- Olasolo, H., Carnero Rojo, E., Seoane, D. B. & Carcano, L. (2018). "Balance de las actuaciones de la Corte Penal Internacional en su decimoquinto aniversario a la luz de su naturaleza y fines". *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Vol. 23. Pp. 186-208.
- Olasolo, H. & Galain Palermo, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal: atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Volumen 1*. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Osiel, M. (1997). *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*. Nuevo Brunswick, Nueva Jersey & Londres: Transaction Publishers.
- Pena, M. (2013). "Is the ICC Making the Most of Victim Participation?". *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7(3). Pp. 518-535.
- Peschke, K. (2013). "The Role and Mandates of the ICC Trust Fund for Victims". En Bonacker, T.S.C. (ed.), *En Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*. La Haya: T.M.C. Asser Press. Pp. 317-327.
- Radosavljevic, D. (2008). "Restorative Justice under the ICC Penalty Regime". *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 7(2). Pp. 235-255.
- Raye, B. & Roberts, A.W. (2007). "Restorative Processes". En Johnstone, G. & Van Ness, D.W. (ed.), *Handbook of Restorative Justice*. Devon: Willan Publishing. Pp. 211-227.

- Reilly, J. (2019). "The Prosecution Paradox: How the International Criminal Court Affects Civil War Peace Negotiations". *University of Nebraska - Lincoln*.
- Reyes Mate, M. (2009). *Medianoche en la historia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Reyes Mate, M. (2011). *Tratado de la injusticia*. Barcelona: Anthropos Editorial.
- Röling, B. (1973). "The Nuremberg and Tokyo Trials in Retrospect". En Bassiouni, M.C. & Nanda, V. (ed.), *A Treatise on International Criminal Law*. Springfield. Pp. 600 *et seq.*
- Roth-Arriaza, N. (1995). *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- Rothe, D.L. & Mullins, C.W. (2010). "Beyond the Juristic Orientation of International Criminal Justice: the Relevance of Criminological Insight to International Criminal Law and its Control". *International Criminal Law Review*, Vol. 10(1). Pp. 97-110.
- Scharf, M.P. (1999). "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court". *Cornell International Law Journal*, Vol. 32(3). Pp. 507-527.
- Simpson, G. (2004). "Politics, Sovereignty, Remembrance". En Mcgoldrick, D., Rowe, P. & Donnelly, E. (ed.), *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 420-443.
- Sobrinho, J. (2006). *Terremoto, terrorismo, barbarie y utopía*. San Salvador: UCA Editores.
- Souare, I.K. (2009). "The International Criminal Court and African Conflicts: The Case of Uganda". *Review of African Political Economy*, Vol. 36(121). Pp. 369-388.
- Stahn, C. (2012). "Between Faith and Facts: By What Standards Should We Assess International Criminal Justice?". *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25(2). Pp. 251-282.
- Stover, E. (2004). "Witnesses and the Promise of The Hague". En Strover, E. & Weinstein, H.M. (ed.), *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 104-120.
- Sztajnszrajber, D. [Canal Encuentro]. (2016). *Mentira la verdad IV: Emmanuel Lévinas, Totalidad e infinito - Canal Encuentro* [Archivo de video]. Recuperado de: <http://www.encuentro.ar/programas/serie/8023/8766?start=>
- Tadros, V. (2011). *The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Teitel, R.G. (2000). *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Van Ness, D.W. & Strong, K.H. (2002). *Restoring Justice*. Cincinnati: Anderson Publishing.

- Van den Wyngaert Hon, C. (2011). "Victims before International Criminal Courts: Some Views and Concerns of an ICC Trial Judge". *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 44(1). Pp. 475-496.
- Vega, P. (2006). "El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones". *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, (5). Pp. 18-41.
- Vera Sánchez, J.S. (2018). "¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable?". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 11. Pp. 101-127.
- Ward, I. (2004). *Justice, Humanity and the New World Order*. Aldershot: Ashgate Publishing Company.
- Wilson, R.A. (2001). *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wippman, D. (1999). "Atrocities, Deterrence and the Limits of International Justice". *Fordham International Law Journal*, Vol. 23(2). Pp. 473-488.

Jurisprudencia

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- CIDH. (27/01/1999). Caso Parada Cea y otros c. El Salvador., Informe Núm. 1/99. Citado como: CIDH, Caso Parada Cea y otros, 1999.
- CIDH. (22/12/1999). Caso Ignacio Ellacuría y otros c. El Salvador., Informe Núm. 136/99. Citado como: CIDH, Caso Ignacio Ellacuría y otros, 1999.
- CIDH. (13/04/2000). Caso Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdamez c. El Salvador, Informe Núm. 37/00. Citado como CIDH, Caso Monseñor Oscar Romero, 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Corte IDH. (29/julio/1998). Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, *Fondo*. Citada como: Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, 1988.
- Corte IDH. (07/09/2004). Caso Tibi c. Ecuador, *Objeciones preliminares, meritorio, reparaciones y costas*. Citada como: Corte IDH, caso Tibi, 2004.
- Corte IDH. (15/06/2005). Caso Moiwana c. Suriname, *Objeciones preliminares, fondo, reparación y costas*. Citad como: Corte IDH, caso Moiwana, 2005.

Corte Penal Internacional

República Centroafricana I

- CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"*, Doc.

Núm. ICC-01/05-01/08 A. 8 de junio de 2018. Citado como: CPI, Bemba, 08/06/2018.

CPI. [Sala de Primera Instancia III]. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute* Doc. Núm. ICC-01/05-01/08. 21 de junio de 2016. Citado como: CPI, Bemba, 21/06/2016.

República Centrafricana II

CPI [Sala de Cuestiones Preliminares II]. The Prosecutor v. Alfred Yekatom. *Public Redacted Version of "Decision on Disclosure and Related Matters"*. Doc. Núm. ICC-01/14-01/18-64-Red. 23 de enero de 2019. Citada como: CPI, Yekatom, 23/01/2019.

CPI [Sala de Cuestiones Preliminares II]. The Prosecutor v. Alfred Yekatom. *Second Decision on Disclosure and Related Matters*. Doc. Núm. ICC-01/14-01/18-163. 4 de abril de 2019. Citada como: CPI, Yekatom, 04/04/2019.

CPI [Sala de Cuestiones Preliminares II]. The Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona. *Decision on the 'Prosecution's Request to Vary the Decision on Disclosure and Related Matters'*. Doc. Núm. ICC-01/14-01/18-169. 10 de abril de 2019. Citada como: CPI, Yekatom y Ngaïssona, 10/04/2019.

CPI. [Defensa]. The Prosecutor v. Alfred Yekatom. *Public Redacted Version of Motion for Finding of Disclosure Violation and for Remedial Measures*. Doc. Núm.: ICC-01/14-01/18-301-Red. 29 de agosto de 2019. Citada como: CPI, Yekatom, 29/08/2019.

República de Costa de Marfil

CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé. *Judgement on the Prosecutor's appeal against the oral decision of Trial Chamber I pursuant to article 81(3)(c)(i) of the Statute*. Doc. Núm. ICC-02/11-01/15 OA14. 1o de febrero de 2019. Citada como CPI, Gbagbo y Blé Goudé, 01/02/2019.

CPI [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé. *Public redacted version of "Prosecution Document in Support of Appeal", ICC02/11-01/15-1277-Conf, 15 October 2019*. Doc. Núm. ICC-02/11-01/15-1277-Red. 17 de octubre de 2019. Citado como: CPI, Gbagbo & Blé Goudé, 17/10/2019.

CPI [Sala de Cuestiones Preliminares II]. *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*. Doc. Núm. ICC-02/11. 3 de octubre de 2011. Citada como: CPI, Costa de Marfil, 03/10/2011.

República Democrática del Congo

- CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute.* Doc. Núm. ICC-01/04-01/06 A 4 A 6. 1º de diciembre de 2014. Citada como: CPI, Lubanga, 1/12/2014.
- CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2.* Doc. Núm. ICC-01/04-01/06 A A 2 A 3. 3 de marzo de 2015. Citada como: CPI, Lubanga, 03/03/2015.
- CPI. [Sala de Primera Instancia I]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Decision on victims’ participation,* Doc. Núm. ICC-01/04-01/06. 18 de enero de 2008. Citada como: CPI, Lubanga, 18/01/2008.
- CPI. [Sala de Primera Instancia I]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute,* Doc. Núm. ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012. Citada como: CPI, Lubanga, 14/03/2012.
- CPI. [Sala de Primera Instancia I]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations,* Doc. Núm. ICC-01/04-01/06. 7 de agosto de 2012. Citada como: CPI, Lubanga, 07/08/2012.
- CPI. [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. Germain Katanga, *Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute.* Doc. Núm. ICC-01/04-01/07. 23 de mayo de 2014. Citada como: CPI, Katanga, 23/05/2014.
- CPI. [Sala de Primera Instancia VI]. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, *Sentencing judgment.* Doc. Núm. ICC-01/04-02/06. 7 de noviembre de 2019. Citada como: CPI, Ntaganda, 07/11/2019.
- CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares I]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo.* Doc. Núm. ICC-01/04-01/06. 28 de julio de 2006. Citada como CPI, Lubanga, 28/07/2006.
- CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares I]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo.* Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-228. 28 de julio de 2006. Citada como: CPI, Lubanga, 28/07/2006.

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares I]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylio. *Decision on the confirmation of charges*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06. 29 de enero de 2007. Citada como: CPI, Lubanga, 29/01/2007.

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares I]. The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0327/07 to a/0337/07 and a/0001/08*. Doc. Núm. ICC-01/04-01/07. 31 de marzo de 2008. Citada como: CPI, Katanga y Ngudjolo, 31/03/2008.

República de Kenia

CPI. [Sala de Primera Instancia V(A)]. The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang. *Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal*. Doc. Núm. ICC-01/09-01/11. 5 de abril de 2016. Citada como: CPI, Ruto y Sang, 05/04/2016.

CPI. [Sala de Primera Instancia V(B)]. The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta. *Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta*. Doc. Núm. ICC-01/09-02/11. 13 de marzo de 2015. Citada como: CPI, Kenyatta, 13/03/2015.

CPI [Sala de Cuestiones Preliminares II]. *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*. Doc. Núm. ICC-01/09. 31 de marzo de 2010. Citada como: CPI, Kenia, 31/03/2010.

República de Mali

CPI. [Sala de Primera Instancia VIII]. The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, *Judgment and Sentence*. Doc. Núm. ICC-01/12-01/15. 27 de septiembre de 2016. Citada como: CPI, Al Mahdi, 27/09/2016.

CPI [Sala de Primera Instancia VIII]. The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, *Decision on the Updated Implementation Plan from the Trust Fund for Victims*. Doc. Núm. ICC-01/12-01/15-324-Red. 4 de marzo de 2019. Citado como: CPI, Al Mahdi, 04/03/2019.

CPI [Sala de Primera Instancia VIII]. The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, *Decision on the Request of the Trust Fund for Victims to Submit Update Reports Every Three Months*. Doc. Núm. ICC-01/12-01/15-380. 17 de febrero de 2021. Citado como: CPI, Al Mahdi, 17/02/2021.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR [Sala de Primera Instancia I]. The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza & Hassan Ngeze. Caso Núm. ICTR-99-51-T. *Sentencing Judgment*. 3 de diciembre de 2003. Citada como: TPIR, Nahimana, Barayagwiza & Ngeze, 03/12/03.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- TPIY [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Dusko Tadic. Caso Núm. IT-94-1-A and IT-94-1-Abis. *Judgement in Sentencing Appeals*. 26 de enero de 2000. Citada como: TPIY, Tadic, 26/01/2000.
- TPIY [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac And Zoran Vukovic. Caso Núm. IT-96-23 & IT-96-23/1-A. *Judgement*. 12 de junio de 2002. Citada como: TPIY, Kunarac et al., 12/06/2002.
- TPIY [Sala de Primera Instancia]. The Prosecutor v. Radislav Krstic. Caso Núm. IT-98-33-T. *Judgement*. 2 de agosto de 2001. Citada como: TPIY, Krstic, 02/08/2001.
- TPIY [Sala de Primera Instancia]. The Prosecutor v. Biljana Plavsic. Caso Núm. IT-00-39&40/1-S. *Sentencing Judgement*. 27 de febrero de 2003. Citada como: TPIY, Plavsic, 27/02/2003.
- TPIY [Sala de Primera Instancia]. The Prosecutor v. Radovan Karadzic. Caso Núm. IT-9S-SI18-PT. *Decision on the Accused's Holbrooke Agreement Motion*. 8 de julio de 2009. Citada como: TPIY, Karadzic, 08/07/2009.
- TPIY [Sala de Primera Instancia I]. The Prosecutor v. Momir Nikolic. Caso Núm. IT-02-60/1-S. *Sentencing Judgement*. 2 de diciembre de 2003. Citada como: TPIY, Nikolic, 2/12/2003.
- TPIY [Sala de Primera Instancia I]. The Prosecutor v. Miodrag Jokic. Caso Núm. IT-01-42/1-S. *Sentencing Judgement*. 18 de marzo de 2004. Citada como: TPIY, Jokic, 18/03/2004.
- TPIY [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. Dragan Nikolic. Caso Núm. IT-94-2-S. *Sentencing Judgement*. 18 de diciembre de 2003. Citada como: TPIY, Nikolic, 18/12/2003.

Resoluciones, informes y otros documentos

- BBC. (2018). *Jean-Pierre Bemba 'Cannot Run for DRC President'*. 25 de agosto de 2018. Recuperado de BBC News: <https://www.bbc.com/news/world-africa-45305644>
- Braunschweiger, A. (2017). *Interview: Victims Need a Greater Say at ICC*. Recuperado de: <https://www.hrw.org/news/2017/08/29/interview-victims-need-greater-say-icc>
- Coalición para la Corte Penal Internacional (2017). *ASP 2017: State Cooperation Crucial for an Effective ICC*. 7 de noviembre de 2017. Recuperado de: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20171107/asp-2017-state-cooperation-crucial-effective-icc>
- Coalición para la Corte Penal Internacional (2018). *Jean-Pierre Bemba Gombo Acquitted by ICC Appeals Chamber*. 13 de julio de 2018. Recuperado

- de: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20180613/jeanpierre-bemba-gombo-acquitted-icc-appeals-chamber>
- Coalición para la Corte Penal Internacional (s.f.). *Germain Katanga*. Recuperado de: <http://www.coalitionfortheicc.org/cases/germain-katanga>
- Coalición para la Corte Penal Internacional (s.f.). *Jean Pierre Bemba (Bemba I)*. Recuperado de: <http://www.coalitionfortheicc.org/es/node/619>
- Coalición para la Corte Penal Internacional (s.f.). *Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*. Recuperado de: <http://www.coalitionfortheicc.org/es/node/652>
- Coalición para la Corte Penal Internacional (s.f.). *Mathieu Ngudjolo Chui*. Recuperado de: <http://www.coalitionfortheicc.org/cases/mathieu-ngudjolo-chui>
- Coalición para la Corte Penal Internacional (s.f.). *Simone Gbagbo*. Recuperado de: <http://www.coalitionfortheicc.org/simone-gbagbo>
- Coalición para la Corte Penal Internacional (s.f.). *Uhuru Kenyatta*. Recuperado de: <http://www.coalitionfortheicc.org/cases/uhuru-kenyatta>
- Coalición para la Corte Penal Internacional (s.f.). *Trust Fund for Victims*. Recuperado de: <http://iccnow.org/?mod=trustfund>
- Coalición para la Corte Penal Internacional (s.f.). *William Ruto and Joshua Sang*. Recuperado de: <http://www.coalitionfortheicc.org/cases/william-ruto-and-joshua-sang>
- Corte Penal Internacional. (2004). *Regulations of the Court*. Doc. Núm. ICC-BD/01-05-16. 26 de mayo de 2004. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RegulationsCourtEng.pdf>
- Corte Penal Internacional (2019). *Chambers Practice Manuals*. Noviembre de 2019. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/191129-chamber-manual-eng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Asamblea de Estados Parte (2005). *Regulations of the Trust Fund for Victims. Resolution ICC-ASP/4/Res.3*. 3 de diciembre de 2005. Recuperado de: <https://trustfundforvictims.org/sites/default/files/imce/ICC-ASP-ASP4-Res-03-ENG.pdf>
- Corte Penal Internacional. Asamblea de Estados Parte (2012). *Courts's Revised Strategy in relation to Victims*. Doc. Núm: ICC-ASP/11/38. 5 de noviembre de 2012. Recuperado de: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP11/ICC-ASP-11-38-ENG.pdf
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2003). *Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor*. 5 de septiembre de 2003. Recuperado de: <https://www.legal-tools.org/en/doc/f53870/>
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2007). *Policy Paper on the Interests of Justice. 1 de septiembre de 2007*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/IC-COTPIInterestsOfJustice.pdf>

- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2010). *Draft Policy Paper on Preliminary Examinations*. 4 de octubre de 2010. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf
- Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2013). *Policy Paper on Preliminary Examinations*. 1 de noviembre de 2013. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-policy_paper_preliminary_examinations_2013-eng.pdf
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2016a). *Draft Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*. 29 de abril de 2016. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=Draft-Policy-Paper-on-Case-Selection-and-Prioritisation>
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2016b). *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*. 15 de septiembre de 2016. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=policy-paper-on-case-selection-and-prioritisation>
- Corte Penal Internacional. Fondo Fiduciario para las Víctimas (2021). *FACTSHEET (4 March 2021) "Collective Reparations in the form of Services to Victims of the Crimes for which Thomas Lubanga Dyilo Was Convicted"*. 4 de marzo de 2021. Recuperado de: <https://www.trustfundforvictims.org/index.php/en/news/factsheet-4-march-2021-collective-reparations-form-services-victims-crimes-which-thomas>
- Corte Penal Internacional. Fondo Fiduciario para las Víctimas (s.f.). *Assistance Mandate*. Recuperado de: <https://www.trustfundforvictims.org/en/about/two-mandates-tfv/assistance>
- Corte Penal Internacional, Fondo Fiduciario para las Víctimas (TFV) (s.f.). *Reparation Order*. Recuperado de: <https://www.trustfundforvictims.org/en/what-we-do/reparation-orders>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Defensoría Pública de Víctimas (OPCV) (2010). *Representing Victims before the International Criminal Court - A Manual for Legal Representatives*. Diciembre de 2010. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/OPCV/OPCVManualEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública. (27/02/2015). *Case Information Sheet: Mathieu Ngudjolo Chui*. 27 de febrero de 2015. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/ChuiEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (15/03/2015). *Case Information Sheet: Uhuru Muigai Kenyatta (Kenyatta)*. 15 de marzo de 2015. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/KenyattaEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (22/03/2017). *Press Release: Bemba et al. Case: Trial Chamber VII Issues Sentences for*

- Five Convicted Persons*. 22 de marzo de 2017. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1287>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública. (27/03/2017). *Case Information Sheet: Germain Katanga*. 27 de marzo de 2017. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/publications/KatangaEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (15/12/2017). *Case Information Sheet: Thomas Lubanga Dylio*. 15 de diciembre de 2017. Recuperado el 7 de julio de 2020, de ICC: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/LubangaEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (20/03/2018). *Case Information Sheet: Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. 20 de marzo de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/Al-MahdiEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (8/03/2018a). *Press Release: Al Mahdi Case: Reparations Order Becomes Final*. 8 de marzo de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1363>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (8/03/2018b). *Press Release: Katanga Case: Reparations Order Largely Confirmed*. 8 de marzo de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1364>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (04/2018). *Case Information Sheet: Simone Gbagbo*. Abril 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/SimoneGbagboEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública. (13/06/2018). *Press Release: Following Mr Bemba's Acquittal, Trust Fund for Victims at the ICC Decides to Accelerate Launch of Assistance Programme in Central African Republic*. 13 de junio de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-TFVPR>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública. (09/2018). *Case Information Sheet: Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido*. Septiembre de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/Bemba-et-alEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (15/01/2019). *Press Release: ICC Trial Chamber I Acquits Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé from All Charges*. 15 de enero de 2019. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1427>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (8/03/2019). *Press Release: Bemba et al. Case: Appeals Chamber Issues Its Judgments on Verdict and Sentence*. 8 de marzo de 2019. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1362>

- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (03/2019). *Case Information Sheet: Jean-Pierre Bemba Gombo*. Marzo de 2019. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (17/11/2019). *Press Release: Bemba et al. Case: ICC Appeals Chamber Confirms Re-Sentencing Decision*. 17 de noviembre de 2019. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=PR1500>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (09/2019). *Case Information Sheet: Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*. Septiembre de 2019. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/gbagbo-goudeEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (02/2020). *Case Information Sheet: Bosco Ntaganda*. Febrero de 2020. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/NtagandaEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (03/2020). *Case Information Sheet: Dominic Ongwen*. Marzo de 2020. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/OngwenEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Al Bashir Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Al Mahdi Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi>
- Corte Penal Internacional Oficina de Información Pública (s.f.). *Bemba Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/car/bemba>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Cases*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/cases>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Gbagbo and Blé Goudé Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Gaddafi Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/libya/gaddafi>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Hussein Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/darfur/hussein>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Katanga Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/drc/katanga>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Kenyatta Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/kenya/kenyatta>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Lubanga Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Ngudjolo Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/drc/ngudjolo>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Ntaganda Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/drc/ntaganda>

- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Ongwen Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Preliminary Examinations*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/pages/pe.aspx>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Ruto and Sang Case*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/kenya/rutosang#13>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Situations*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). *Victims*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/about/victims>
- Federación Internacional por los Derechos del Hombre (FIDH) (2007). *Los derechos de las víctimas ante la CPI. Capítulo 7: reparación y el Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas*. 19 de julio de 2007. Citado como: FIDH, 2007. Recuperado de: https://www.fidh.org/IMG/pdf/10-manuel_victimes_CH-VII_ESP7.pdf
- Human Rights Watch (2003a). *Ituri: Bloodiest Corner of Congo - Who is Who - Armed Political Groups in Ituri*. Mayo de 2003. Recuperado de: <https://www.hrw.org/legacy/campaigns/congo/ituri/armedgroups.htm>
- Human Rights Watch (2003b). *Ituri: Bloodiest Corner of Congo. Background: Congo: War Is International, Not Local*. 3 de julio de 2003. Recuperado de: <https://www.hrw.org/legacy/campaigns/congo/ituri/ituri.htm>
- Human Rights Watch (2003c). *Ituri: Local Context - Armed Political Groups*. Recuperado de: <https://www.hrw.org/legacy/campaigns/congo/ituri/armedgroups.htm>
- Human Rights Watch. (2017). *Who Will Stand for Us? Victims' Legal Representation at the ICC in the Ongwen Case and Beyond*. 29 de agosto de 2017. Recuperado de: <https://www.hrw.org/report/2017/08/29/who-will-stand-us/victims-legal-representation-icc-ongwen-case-and-beyond>
- International Justice Monitor. (s.f.). *Thomas Lubanga*. Recuperado de: <https://www.ijmonitor.org/thomas-lubanga-background/>
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (1993). *Resolución 827 sobre el Tribunal (ex Yugoslavia)*. Doc. Núm. S/RES/827 (1993). 25 de mayo de 1993.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (1994). *Resolución 955 sobre el establecimiento de un tribunal internacional y aprobación del estatuto del Tribunal Penal Internacional*. Doc. Núm. S/RES/955 (1994). 8 de noviembre de 1993.
- Sandner, P. (2014). *Ansar Dine: Radical Islamists in Northern Mali*. En *Deutsche Welle*. Recuperado de: <https://www.dw.com/en/ansar-dine-radical-islamists-in-northern-mali/a-18139091>

Capítulo 20

LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LAS EMOCIONES

Emiliano Jerónimo Buis

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo, inmerso en un proyecto de investigación más amplio¹, me propongo analizar la importancia de la circulación afectiva (perspectiva de análisis novedosa dentro de las ciencias sociales) y aplicar este marco neuro-psicológico a la comprensión de los comportamientos de los distintos actores que intervienen en los procesos ante las instancias judiciales internacionales penales. Luego de analizar, genéricamente, la afectividad inherente al sistema de JIP en sus fundamentos históricos, se presentarán de modo particular algunos casos de estudio en el seno de la CPI para mostrar de qué modo, detrás de una aparente racionalidad argumentativa, existen fuertes improntas emotivas que condicionan el trabajo de los equipos de la fiscalía, la defensa y la representación de las víctimas, de los testigos y de los propios jueces.

En algún caso, explicaré cómo el plano afectivo permite identificar las agendas emotivas que justifican un determinado posicionamiento ante la comisión de crímenes graves, como ocurre con el *affective bias* de los magistrados. En otros casos, tratándose de situaciones que involucran hechos acaecidos en espacios geográfica y culturalmente lejanos, como ocurre con las investigaciones africanas de la CPI, será cuestión de advertir una construcción emotiva del “otro” basada en la

¹ Este trabajo se inició como parte de un proyecto DECyT (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina) titulado “*Las pasiones del derecho internacional: Improntas afectivas, emociones estatales y sentimientos políticos en la historia del ius gentium*” (DCT1407). Además, se inscribe en mi Plan de Investigación bienal de CONICET (Argentina) sobre la materialización de las emociones en la historia del DI.

incomprensión de las pautas sociales y en la necesidad de una empatía trans-civilizacional que permita llevar la justicia a un contexto local bajo parámetros universales. Finalmente, un último ejemplo permitirá identificar interesantes desarrollos referidos al sustrato emotivo cuando se trata de evaluar los alcances del arrepentimiento, el remordimiento o los pedidos de disculpas por parte de un acusado frente a los jueces.

Un planteo teórico sustentado ampliamente en el rol cultural de las emociones brinda herramientas capaces de explicar algunas particularidades del ejercicio de la JIP. Una mirada orientada desde los estudios de la psicología cognitiva, como la que propongo describir de modo amplio en la sección 2 de este trabajo, permite advertir entonces cómo, en un nivel macro, distinguir lo emocional lleva a reconocer implícitamente una toma de partido particular y subjetiva sobre los alcances y propósitos del DIP (sección 3). A su vez, en el nivel micro de los juicios en concreto, resulta evidente que en distintas instancias procedimentales la emotividad se manipula, de modo más o menos consciente, con determinados fines (sección 4). Con ello, se intenta concluir explicando en qué medida la circulación de afectos, que puede hallarse en distintos niveles e involucra a distintos agentes, resulta útil para comprender de modo más cabal el sustrato cultural que subyace en los procesos internacionales.

2. EL HORIZONTE DE ANÁLISIS: LA TEORÍA DE LAS EMOCIONES Y EL DERECHO

Dejando de lado el posicionamiento “biologicista” de Darwin (1872) y otros, quienes instalaron una visión orgánica, universalista, que percibía las emociones como naturales², las llamadas teorías culturales (o relativistas) han señalado la existencia de una construcción ideológica de las emociones que varía y se altera según la época, el

² Ekman (1982) ha trabajado sobre las emociones universales y sus expresiones faciales, que, en su opinión, se mantienen inalteradas. Buss (1994), por su parte, ha hecho hincapié en las experiencias transculturales comunes que se pueden identificar en cuanto a las vivencias afectivas.

lugar y una serie de variables que las condicionan³. Los gestos que visibilizan experiencias afectivas no serían meras manifestaciones que se repiten de un sitio a otro, porque sólo significan *en contexto* y están condicionados simbólicamente por las circunstancias.

Según las teorías cognitivistas más recientes, las emociones proveen juicios de valor sobre un “objeto” externo percibido; constituyen un proceso cultural, social y colectivo que no puede reducirse a la espontaneidad (Nussbaum, 2001; 2006)⁴. Están constituidas por lo menos por interacciones mutuamente transformadoras entre sistemas biológicos, físicos y socioculturales, puesto que a un primer sistema más intuitivo, automático, preconsciente e irreflexivo de la experiencia humana le sigue otro, más lento, reflexivo y gobernado por reglas (Khaneman, 2011: 211)⁵. Emoción y cognición son en realidad fenómenos complementarios, en la medida en que las emociones denotan racionalidad al tratarse de procesos inconscientes que se tornan conscientes (y normados socialmente bajo marcos regulatorios afectivos),

³ Acerca de la variación de las emociones en la historia, *vid.* Stearns (2000: 16-29).

⁴ Lutz (1988: 5) explica que, cimentadas en dinámicas de índole interpersonal, las emociones son productos sociales, constructos aprendidos y reforzados mediante interacciones culturales. *Vid.* también Hochschild (1983) y (2003) sobre la sociología de las emociones.

⁵ *Vid.* también McDermott (2004: 692). Las emociones abarcan experiencias socialmente significativas, que dependen de costumbres, usos e instituciones comunes (Fattah y Fierke, 2009: 70). Precisamente por esta característica, y siguiendo el modelo planteado por un análisis más profundo, me focalizo en este trabajo en las “emociones” y no en conceptos como “sentimiento” o “afecto” (Damasio, 1994, 127-163). Shouse (2005) traza una distinción entre “sentimiento” (*feeling*), que es una experiencia personal, “afecto” (*affect*) que es pre-consciente y desestructurado, y “emoción” (*emotion*), que siempre es un fenómeno social. *Vid.* también Thompson & Hoggett (2012: 2-3). Por su parte, algunos autores consideran que dentro de las emociones (es decir, excluyendo los afectos preconscientes) se pueden distinguir las emociones propiamente dichas (como disposiciones del ánimo) de los estados resultantes, más complejos y normados, que serían los “sentimientos” y tendrían una duración más prolongada. *Vid.* también Arias Maldonado (2016: 55). Cuando hable aquí de manifestaciones sentimentales y afectivas, me refiero siempre a etapas que desembocan en lo “emotivo” como resultado de procesos de socialización.

afectando las creencias y las percepciones de los individuos (Flückiger, 2009: 77; Clore, 1992: 133-163)⁶.

Frente a la concepción tradicional de que el ámbito del derecho representa un espacio signado por la racionalidad y desprovisto de emociones, la dimensión jurídica está plagada de consideraciones de carácter afectivo, que, muchas veces sin ser percibidas, permean sus fuentes (Bandes, 1999; Maroney, 2006; Bandes & Blumenthal, 2012). En efecto, el sustrato argumentativo del derecho no está exento de esta impronta emotiva. En efecto, tras abandonar el plano de la filosofía (a los que estuvieron confinados en los primeros tiempos), los nuevos estudios sobre las emociones, fuertemente anclados en el ámbito de la psicología, empezaron a poblar las reflexiones de las ciencias humanas y sociales, entre ellas el derecho. Nace así la llamada “teoría de las emociones”, que da cuenta de un fenómeno interdisciplinario que permite ver cómo éstas, muchas veces invisibilizadas, juegan un rol preponderante en la determinación de un sistema de normas, en la aplicación de las reglas a los hechos y, por supuesto, en el ámbito jurisdiccional en el que se determinan los alcances de la responsabilidad jurídica.

El DI no es en absoluto ajeno a este fenómeno, pero su naturaleza estado-céntrica (aún hoy una de sus características definitorias) ha dificultado que en él se distingan elementos afectivos. Además, el rol secundario que desempeñan los individuos como sujetos del sistema ha tornado incluso más sutil el impacto de las emociones en la negociación, aprobación y consolidación de sus normas⁷. Con el ingreso del “giro emotivo” en los estudios teóricos sobre el DI, es posible sostener que los avances del plano jurídico interestatal están más lejos de la instalación de una razón universal que de la subjetividad sentimen-

⁶ Las pasiones, entonces, constituyen requisitos imprescindibles para comprender el comportamiento o la conducta de los sujetos involucrados y, por lo tanto, para explicar el surgimiento de las reglas que condicionan sus acciones, como sostiene Frijda (1986).

⁷ Sólo algunos trabajos recientes en torno al ejercicio diplomático han comenzado a rescatar la trascendencia del manejo de las emociones para comprender el sustento antropológico de las negociaciones internacionales. *Vid.* Hall (2015); Markwica (2018) y Jones & Clark (2019).

tal de quienes, como diplomáticos, jueces o académicos, participan de su práctica, desarrollo e interpretación⁸.

Desde esta perspectiva, el objetivo de este capítulo es aplicar el marco conceptual de los estudios referidos a la dimensión de la afectividad, propio de las ciencias sociales, al caso concreto de la función desarrollada por la CPI. Este estudio se plantea en una doble dimensión, una más macro (referida al rol afectivo de la CPI en el panorama mayor de la evolución de las jurisdicciones internacionales penales), y otra más micro (focalizada en las emociones a las que se recurre dentro de cada uno de los procedimientos ante la CPI). Ambos planos, evidentemente, se articulan y brindan una imagen más amplia respecto de la conveniencia teórico-práctica de un estudio del DIP en clave emocional.

3. EL NIVEL MACRO: LAS EMOCIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

En el ámbito más general que he postulado, no es un dato menor la importancia de la dimensión emotiva latente en aquellos argumentos expuestos en el marco de la CPI para justificar su existencia y eficacia. A menudo, criterios de tipo afectivo han servido para sustentar posicionamientos estatales a favor y en contra de su creación (basados en la selectividad o en la universalidad, por ejemplo). Así como en muchos casos las emociones han funcionado para enarbolar la defensa de sentimientos locales y el rechazo de la internacionalización de la administración de justicia, en otros casos se ha pretendido persuadir emotivamente acerca de la necesidad de una paz global garantizada por órganos independientes, humanitarios y altruistas.

Los primeros ejemplos de instancias jurisdiccionales internacionales han sido atribuidos a motivaciones de venganza muy apartadas de la aparente racionalidad del ejercicio judicial. En efecto, el TMI (Nuremberg) y el TMILO (Tokio), creados por las Potencias aliadas vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, y luego los tribunales *ad*

⁸ Acerca de la importancia de una mirada emotiva en el ámbito de las RI se puede consultar, por ejemplo, Crawford (2000); Sasley (2001); Bleiker & Hutchinson (2008); Fattah & Fierke (2009); Moïsi (2010) y el volumen colectivo editado por Ariffin, Coicaud & Popovski (2016).

hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, establecidos por resoluciones del CSNU a comienzos de los noventa, dieron a entender para muchos que la imposición de penas en el plano internacional estaba inescindiblemente ligada al ejercicio de una discrecionalidad política con fuertes efectos sentimentales, generando la empatía de adeptos y el rechazo visceral de detractores⁹. A pesar de las profundas diferencias, en ambos momentos históricos se percibe una reacción semejante: frente a la “seriedad” racionalizante y a las buenas prácticas de las cortes domésticas, estas injerencias judiciales externas fueron percibidas como un acto de desmesura en manos de las Potencias hegemónicas.

La creación de la CPI en 1998, sin embargo, fue entendida en términos opuestos por sus promotores: en tanto su origen se remonta a un acuerdo entre Estados, fue por muchos percibida no como el resultado de una intervención desde fuera, sino más bien como el triunfo final de una justicia moderada susceptible de superar, con principios y garantías, la irracionalidad de la satisfacción o de la represalia. Así, a diferencia de los tribunales que la precedieron, la CPI ha sido descrita como una institución construida a partir de acuerdos diplomáticos sustentados en la legitimidad jurídica, el debido proceso y la complementariedad, acuerdos que dejan poco espacio a los excesos emotivos¹⁰.

Sin embargo, la selectividad de las situaciones y casos investigados por la CPI (hasta hace muy poco solo ocurridos en África) ha aca-

⁹ Las críticas a la manipulación intencionada de la JI con el objeto de promover actos vengativos han sido frecuentemente alzadas por doctrinarios de diversas banderas ideológicas, desde el realismo hasta el marxismo. *Vid.*, por ejemplo, las críticas acérrimas de Zolo (2006).

¹⁰ Para Cryer (2005: 228-229), la CPI representa un dramático paso adelante en la medida en que reduce la arbitrariedad mediante un régimen que por primera vez es permanente y multilateral. Por su parte, Bosco (2014: 3) recuerda que para algunos expertos la CPI ha sido, desde sus inicios, mucho más que un mecanismo para la sanción de los excesos de los conflictos: con ella se ha pretendido reemplazar la regla de la fuerza con la regla del derecho. De modo semejante, Simpson (2004: 51) aclara que se buscaba que la CPI superara lo “político”, a partir de la instalación de un sistema imparcial y no selectivo, muy alejado de la asimetría de los primeros ejemplos de JIP. Esta aparente “seriedad” objetiva con que la CPI ha sentado sus bases parece contraponerse a la profunda emotividad subjetiva de los representantes en la Conferencia Diplomática de Roma que, como señala Sadat (2016: 141-142), fueron presas de un gran entusiasmo y excitación al aprobarse el texto del ECPI.

rreado no pocas críticas desde perspectivas tradicionales diferentes, que han puesto el foco en su trasfondo profundamente político. Así, en una presentación hecha en la *World Conference for International Justice*, Hans Köchler (2009) mencionaba la politización de la JIP, considerando que la CPI estaba más interesada en instalar una venganza direccionada que en promover la justicia universal. Por lo demás, una lectura antropológico-cultural sobre los fundamentos de la CPI ha llevado a reconocer el impacto que su actividad ha tenido en las comunidades que han sido víctimas de la comisión de los crímenes investigados, así como el modo en que las víctimas han elaborado respuestas emocionales a las interpretaciones conflictivas de la JIP. Un estudio reciente sobre la identificación de estas respuestas emocionales colectivas concluye que, sobre la base de las experiencias culturales de violencia colonial y discriminación vividas por muchas de las comunidades afectadas que han estado bajo la lupa de la CPI, es muy frecuente el cuestionamiento de su pretendida “objetividad”¹¹.

El resultado de este contrapunto fue advertir que el fuerte componente político que ha caracterizado el funcionamiento de la CPI desde sus orígenes puede ser encarado en términos teóricos desde el horizonte exegético que ofrece el “giro afectivo”. Así, los Estados que han ratificado el ECPI confiaban en el establecimiento de un tribunal universal permanente como modo de castigar actos ilícitos que no era posible sancionar en el plano nacional. En cambio, aquellos Estados, como EE.UU. o Rusia, que se han opuesto a la entrada en vigor del ECPI y al funcionamiento de la CPI, consideran que la existencia de un tribunal con amplia competencia genera miedo entre los agentes del Estado (especialmente los miembros de las fuerzas armadas), que limitan su accionar ante los eventuales procesos en su contra (Bosco, 2014: 1)¹². La soberanía nacional enarbolada por estos Estados y sustentada en emociones como el temor o la sospecha se opondría

¹¹ Clarke (2019) se ha ocupado de estudiar las respuestas afectivas frente a la actuación de la CPI en las situaciones referidas a África; estas miradas sobre los alcances de la justicia cuestionan la “objetividad” de la labor judicial de la institución. Acerca de los serios problemas implicados en la percepción por parte de las comunidades afectadas de la selectividad discrecionalidad de casos por parte de la Fiscalía, *vid.* también Kotecha (2020).

¹² Acerca de las principales objeciones de estos y otros Estados respecto de la CPI, *vid.* Becker (2010).

entonces a la consagración de una justicia cosmopolita, que para los Estados parte está destinada a brindar una solución empática al sufrimiento humano de quienes carecen de herramientas para defenderse ante la comisión de crímenes internacionales.

4. EL NIVEL MICRO: LAS EMOCIONES EN LOS JUICIOS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

A la par del debate sobre los fundamentos “racionales” de la CPI como institución, se ha sumado en los últimos años una nueva vuelta en la discusión álgida entre justicia retributiva y restaurativa que caracteriza el ejercicio de la JI; esta vez como resultado de la necesidad de equiparar los roles de las víctimas y de los acusados en los tribunales internacionales penales. Este foco en los actores vinculados con las actividades de la CPI y su estudio desde la subjetividad individual de aquellos que de modo concreto experimentan el sistema (aspectos novedosos debido a que las sentencias sólo han comenzado a dictarse en los últimos años) reintroduce en otra clave la dimensión afectiva que rodea el funcionamiento de la CPI.

Así, puede observarse que el giro emotivo que ha permitido observar en términos estatales la consagración (o el rechazo) de los valores propios de la JIP en un nivel macro, debe ser complementado por una indagación en torno de las emociones individuales puestas en práctica en los casos concretos que se tramitan en el seno de la CPI. Este análisis, en mi opinión, complementa los trabajos ya analizados sobre el plano afectivo más macro de su función y actividades, en tanto conduce a identificar las emociones canalizadas a lo largo de las tramitaciones específicas que se llevan adelante en el seno de la CPI. Una postura capaz de dar cuenta de las sensibilidades inherentes al procedimiento ante la CPI permite percibir la imposibilidad de limitar a criterios objetivos la comprensión de los casos bajo investigación.

Con ese propósito, me centraré en tres experiencias judiciales específicas en las que el manejo emocional ha sido esencial, particularmente porque el acercamiento a los intereses de las víctimas se presentó como una estrategia afectiva clara: nos referimos a los casos de estudio proporcionados por los juicios contra Thomas Lubanga (ICC-01/04-01/06),

Dominic Ongwen (ICC-02/04-01/15) y Ahmad Al-Mahdi (ICC-01/12-01/15).

4.1. Género y participación activa: el horizonte de las emociones en el caso Lubanga

El caso Lubanga desembocó en la primera sentencia de la CPI. En la decisión dada a conocer en marzo de 2012, Lubanga fue condenado como coautor de crímenes de guerra (según el art. 8 del ECPI) por haber reclutado, alistado y utilizado activamente en las hostilidades a niños menores de quince años en el conflicto armado que tuvo lugar en el distrito de Ituri (RDC) entre setiembre de 2002 y agosto de 2003. Durante la tramitación del juicio, varios testigos detallaron la violencia sexual a la que los niños soldados fueron sometidos de modo regular (CPI, Lubanga, 14/03/2012: párrs. 890-895). Sin embargo, lo cierto es que la fiscalía consideró que estos actos no eran relevantes en conexión con el reclutamiento de niños soldados. En efecto, el Fiscal de la CPI en aquel momento, Luis Moreno Ocampo, había renunciado explícitamente a perseguir estos crímenes de violencia sexual, alegando motivos vinculados con la obtención de pruebas y el requisito de celeridad (Chappell, 2014: 187)¹³. La decisión fue altamente criticada; para muchos expertos, la ausencia de pruebas suficientes de este tipo de delitos no era tal (Pritchett, 2008; Smith, 2011). Esto motivó que, para remediar la omisión, en 2009 los abogados de las víctimas argumentaran que la SPI debía utilizar el procedimiento establecido por la norma 55 del Reglamento de la CPI para llevar a cabo una recaracterización legal de los cargos contra Lubanga, con el fin de incluir los crímenes de esclavitud sexual y tratos crueles e inhumanos. Esta decisión, sin embargo, fue rechazada en apelación, lo que fue rápidamente interpretado como un serio retroceso respecto de la justicia de género en el régimen establecido por el ECPI¹⁴.

¹³ Galain Palermo (2014: 391) sostiene que “no queda claro si la renuncia a la persecución se debió a que dichos crímenes no llegaron al umbral material para ser perseguidos o si se trató de una mera decisión de política criminal al no haber satisfecho el “interés de la justicia””. Sobre este último punto, *vid.* Vasiliev (2009: 642).

¹⁴ Merope (2011: 316-317) explica cómo en un primer momento el pedido fue exitoso, ya que la Sala notificó a las partes su intención de recaracterizar el crimen

A la hora de la sentencia, los jueces en el voto mayoritario tampoco hicieron referencia a la violencia sexual, sobre la base de que el art. 74(2) del ECPI no le permite a la Sala, por su propia iniciativa, decidir más allá de lo que le fue sometido a juicio por la fiscalía (CPI, Lubanga, 14/03/2012)¹⁵. Esta ausencia de alusiones a las violaciones generó, de nuevo, un profundo rechazo y hasta ciertas emociones de estupor entre las víctimas (Inder, 2011). La mirada subjetiva de las víctimas interesadas en visibilizar las agresiones sexuales encontró, sin embargo, cierto respiro en la opinión separada de la jueza Elizabeth Odio Benito, una conocida defensora de las causas de género, quien rápidamente aprovechó la ocasión de la sentencia para criticar con dureza la decisión unilateral de la fiscalía de excluir la violencia sexual del proceso (CPI, Lubanga, 14/03/2012: *Separate and Dissenting opinion of Judge Odio Benito*)¹⁶. Convertida en una suerte de portavoz de las víctimas y de gran parte de la comunidad internacional interesada en promover la perspectiva de género, Odio Benito sostuvo que la CPI estaba obligada a ofrecer una definición general del crimen de reclutamiento de niños soldados sin limitarse al alcance de los cargos elevados por la fiscalía. En su opinión, este deber se desprende del art. 21(3) del ECPI que, al momento de identificar las fuentes, obliga a los magistrados a aplicar e interpretar el ECPI, los EC y las RPP de manera “compatible con los derechos humanos internacional reconocidos” (CPI, Lubanga, 14/03/2012: *Separate and Dissenting opinion of Judge Odio Benito*).

Una lectura literal de la norma sugiere que los derechos humanos solo sirven a los efectos de evaluar que las fuentes utilizadas por los jueces no sean contrarias a los principios universalmente aceptados por la comunidad internacional (Bitti, 2009: 303; Pellet, 2002:

para incorporar la violencia sexual. Sin embargo, terminó siendo rechazado por la SA al determinar que dicha recharacterización no puede exceder los hechos delineados en los documentos que contienen los cargos confirmados.

¹⁵ Se trata del voto de los magistrados Adrian Fulford y René Blattmann. Muy diferente habría sido el caso si la Fiscalía hubiese incluido los crímenes de violación y esclavitud sexual de acuerdo con el art. 8 (2) (e) (vi) del ECPI (CPI, Lubanga, 14/03/2012).

¹⁶ Galain Palermo (2014: 424) concuerda que fue un error procedimental porque “[...] la Fiscalía debió haber perseguido a Lubanga por los crímenes de naturaleza sexual cometidos contra víctimas menores de edad de sexo femenino”.

1079-1082). Sin embargo, la jueza Odio Benito fue más allá de esta interpretación considerando que, al hablarse de participación activa, correspondía incluir la situación de aquellas niñas sometidas a violencia sexual. La protección de los menores de los horrores de la guerra no podía limitarse a las actividades militares en sí, sino que debía extenderse también a los daños que podían recibir de los miembros del grupo que los había reclutado de modo ilegal. Al recuperar en su sentencia los testimonios sobre violación y esclavitud sexual, incluyendo alusiones a infecciones de VIH y abortos, la jueza hizo referencia a los “efectos transgeneracionales” de estos crímenes, que son capaces de generar “un daño serio e irreparable a las víctimas y sus familias” (CPI, Lubanga, 10/07/2012).

Ha habido, de parte de los penalistas, un rechazo casi unánime de esta interpretación extensiva del art. 21(3)¹⁷. Algunos han sostenido, sobre la base del art. 22(2) del ECPI, que era contraria al principio del *nullum crimen sine lege* y que, aun en caso de ambigüedad, la definición del crimen debía ser interpretada a favor de Lubanga (*in dubio pro reo*) (Kurth, 2013: 422; Graf, 2012: 966). Otros han considerado que, basándose en normas de derechos humanos que no son vinculantes, se viola el principio de *lex certa* en contra de lo establecido en el art. 23 del ECPI (Días, 2014: 38). Se ha afirmado asimismo que, al intentar incluir la violencia de género, lo que Odio Benito hizo fue dejar de lado un análisis jurídico estricto para construir, en cambio, un discurso político dirigido más bien a los integrantes de la comunidad de ONG, que incluso podía ser comparado con las experiencias neopunitivistas latinoamericanas (Ambos, 2012: 137-138).

Desde este lugar, resulta particularmente relevante incluir la dimensión afectiva, en la medida en que permite interpretar las razones de los apoyos y rechazos que motivaron la decisión separada de la jueza Odio Benito. No interesa aquí explicar los párrafos de su escrito desde una mirada jurídica, sino traer a colación lo que implica el texto en su operatividad psicológica. Esta perspectiva deja entrever que opera en él una antítesis entre las expectativas de quienes postulan la interpretación estricta del accionar penal y aquellos que sostienen que los tribu-

¹⁷ Ya se había reconocido que el texto podía eventualmente dar lugar a “malos usos”. *Vid.* Sheppard (2010: 46-48) y Sluiter (2009: 466-467).

nales internacionales penales deben esforzarse por dar voz a quienes no han podido obtener justicia en sus ámbitos locales. En consecuencia, se deja entrever un debate subjetivo en torno de aquello que se espera de un magistrado a la hora de decidir en un ámbito internacional.

El modo en que ha sido leída la opinión de Odio Benito por parte de quienes han apoyado su posición y de sus retractores revela entonces que entre la sociedad civil, la fiscalía, la defensa, los representantes de las víctimas, los jueces y los especialistas del área puede haber interferencias respecto de sus expectativas e intercambios tácitos de percepciones, apreciaciones todas que configuran lo que se ha llamado “circulación afectiva” (Ross, 2014: 1). En efecto, los litigios ante la CPI pueden ser leídos como instancias de interacción entre una comunidad profesional en las que se comparten repertorios afectivos mediante miradas individuales y sociales sobre el propósito, el fundamento y la validez de un acto de administración de justicia.

El elemento emotivo en el planteo de Odio Benito, que deja de lado un estricto y objetivo legalismo penal para avanzar sobre consideraciones humanitarias, no es un caso aislado y puede rastrearse de modo concreto en la práctica de algunos jueces en el marco de los tribunales regionales sobre derechos humanos¹⁸. Quizás por ello no debe resultar llamativo que, en cierta medida, este intento afectivo por hacer evidente la necesidad de proteger a las niñas vulnerables se recupere, aunque de modo menos explícito, en la decisión posterior sobre reparaciones. Allí, la Sala dirá que para garantizar la efectiva reinserción social de las víctimas hay que erradicar toda forma de “victimización, discriminación y estigmatización” (CPI, Lubanga, 07/08/2012: párr. 240). Se trata de aceptar instancias de reparación

¹⁸ De hecho, existe en el ámbito internacional una interesante “circulación” de magistrados. En el caso de la jueza Odio Benito, antes de su designación en la CPI, integró el TPIY y en la actualidad ejerce la presidencia de la Corte IDH (s.f.). Un caso que puede también mencionarse, sobre todo por la fuerte impronta emotiva de sus opiniones separadas y disidentes, es el juez brasileño Antônio Augusto Cançado Trindade, quien luego de haber formado parte de la Corte IDH, hoy se desempeña en la CIJ (s.f.). Sería interesante para un eje de interpretación centrado en la teoría de las emociones, como el que aquí se propone, desarrollar una lectura de los avances doctrinarios de las jurisdicciones internacionales a partir de los papeles significativos de ciertas personalidades interesadas en postular lecturas originales, “humanitarias”, del orden jurídico.

simbólica, sumadas a medidas masivas de rehabilitación y compensación, teniendo en miras que estas resultan ser un componente básico para la pacificación social y para la reconciliación entre las víctimas, los autores y la sociedad en general (Galain Palermo, 2014: 430). Aparece aquí un vocabulario afectivo, entendido en términos de Magcagno & Walton (2014), que no estaba presente en el voto mayoritario sobre el fondo.

Este discurso afectivo vinculado con las cuestiones de género ha cargado las tintas sobre la importancia de que la JIP incluya alusiones explícitas a las violencias sexuales. Es por ello que, en gran medida, la decisión separada de Odio Benito despertó pronto un sólido apoyo en la doctrina de impronta feminista¹⁹. Así, por caso, se ha fundamentado que la apelación al art. 21(3) del ECPI obliga a la CPI a tomar en consideración la inmensa jurisprudencia de los tribunales en materia de derechos humanos en lo que hace a los avances en materia de género, incluyendo la adopción de los conceptos, elementos y criterios desarrollados al respecto²⁰.

La opinión separada de Odio Benito ha sido también interpretada como un esfuerzo para superar los silencios y la inacción (Chappell, 2014). El razonamiento de Odio Benito fue descrito como una toma de posición que empuja las fronteras, apelando a las sensibilidades de género y dejando al descubierto las frustraciones que muchos tuvieron a la hora de leer el fallo (Chappell, 2014: 193; Pallas, 2016: 42)²¹. No sólo entonces su lectura se convierte en un ejemplo de los alcances emocionales que puede transmitir la observación de una jueza, sino que además ha despertado en terceros posturas optimistas respecto del futuro de la justicia de género en la CPI y de su sensibilización. Esta

¹⁹ Según estos posicionamientos críticos, el DI ha ocultado e invisibilizado históricamente los crímenes de guerra asociados con mujeres (Charlesworth, 1999).

²⁰ De hecho, esta autora también aprovecha para criticar la decisión de la Fiscalía de excluir estos hechos de la investigación, al sostener que “el *interés de la justicia* se consideró desde la neutralidad del Derecho, que perpetúa condiciones de discriminación y exclusión por motivos de género, sin considerar los derechos e intereses de las víctimas” (Morales Cerda, 2015: 67). La emotividad, entonces, se opondría a esta “neutralidad” que se pretende elevar en la opinión mayoritaria como verdadero fin del ejercicio judicial.

²¹ *Vid.* también Odio Benito (2017: 3).

movilización afectiva de esperanzas (Pallas, 2016: 42)²² deviene pues un ejemplo claro que permite advertir el modo en que un magistrado puede desplegar la circulación de emociones en el seno de un tribunal internacional penal, tanto hacia los otros jueces y actores de la CPI, como hacia quienes miran el accionar judicial desde afuera con ilusiones particulares (incluyendo por supuesto las víctimas y sus familias).

4.2. La victimización social: el horizonte de las emociones en el caso Ongwen

El caso de Dominic Ongwen, acusado de haber cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad (CPI, Oficina de Información Pública, Ongwen), es también significativo, en la medida en que aquí una lectura de los alegatos permite advertir una manipulación del discurso basada en el hecho de que se trataba de un ex niño soldado víctima del conflicto armado en el que participó. Al momento en que se le acusó ante la CPI en diciembre de 2016, Ongwen revestía el cargo de comandante de brigada del Ejército de Resistencia del Señor (*Lord's Resistance Army*), un grupo armado insurgente enfrentado al gobierno de Uganda (CPI, Oficina de Información Pública, 03/2020). Los más de 70 cargos de acusación, que incluían delitos aberrantes como esclavitud sexual, uso de niños soldado, tortura y otros actos inhumanos como matrimonios forzados (CPI, Oficina de Información Pública, Ongwen; CPI, Oficina de Información Pública, 03/2020), fueron emotivamente relativizados por la defensa. El recurso consistió en alegar con detalle sus vivencias pasadas y sostener su incapacidad psicológica como consecuencia de una victimización infantil a la que se había sometido desde niño.

En efecto, la defensa sostuvo en la audiencia de confirmación de cargos que, cuando fue reclutado a la fuerza por el grupo armado 27 años antes, Ongwen era todavía un “niño inocente que carecía de la menor tendencia a la violencia o a la ilicitud” (CPI, Ongwen,

²² Engle (2014: 20) revisa las expectativas feministas respecto del caso y considera que, aunque justificadas, se ubican de modo incorrecto. En realidad, dirá que, al promover que en el futuro se consoliden nuevas prohibiciones con carácter de *ius cogens*, el caso Lubanga no constituye una denegación de justicia para las mujeres, sino que prepara el terrero para futuras victorias jurídicas feministas.

25/01/2016: 41, líneas 16-17). La estrategia retórica de la defensa consistió por tanto en identificar al propio demandado con sus víctimas. Al indicar que Ongwen creció en un ambiente de extrema brutalidad (CPI, Ongwen, 18/09/2018: 6, líneas 5-6), se pretendía generar una circulación de afectos con los jurados y los espectadores destinada a motivar un desplazamiento de las reacciones iniciales que despierta un individuo acusado de crímenes tan repugnantes.

A pesar de sus esperables diferencias con la defensa, la fiscalía de la CPI participó de modo directo en este tejido emotivo de persuasión. Siempre encabalgada entre el discurso sentimental vinculado con el acusado y aquel que caracterizaba al colectivo de las víctimas, la fiscalía a menudo trajo a colación un vocabulario afectivo referido a la gravedad de los cargos presentados, pero siempre intentando lograr un balance con la posición objetiva de quien necesitaba velar por su credibilidad institucional (CPI, Ongwen, 06/12/2016). En el caso que estudiamos, la fiscalía sostuvo en la declaración de apertura de la audiencia de confirmación de cargos que las personas que seguían el caso con interés podían “experimenta[r] sentimientos compartidos”, en tanto que estaban “horrorizadas” por los actos cometidos por Ongwen (actitud de rechazo), pero, al mismo tiempo, serían capaces de sentir compasión por quien no pudo escapar de un destino marcado desde la infancia (actitud de cercanía por comprensión) (CPI, Ongwen, 06/12/2016). En la frialdad de la SPI, alejada miles y miles de kilómetros de quienes sufrieron los ataques y ultrajes por parte de Ongwen, lo que se advierte es el debate por la inclusión de un plano afectivo sustentado en la efectividad de la conmiseración. En la construcción retórica de un victimario que se presentaba como víctima, se intentó difuminar la repartición habitual de roles en el procedimiento (Baines, 2009; Drumbl, 2016)²³.

Como resultado de lo anterior, el punto de partida del asunto judicial estuvo lejos de las pruebas documentales y se centró en el impacto de Ongwen como sujeto “activo” y “pasivo” de actos que lo definían. Es por ello que el asunto devino interesante, en tanto permite dar cuenta de la construcción de un *êthos* fundado en una argumentación

²³ Como sostiene Branch (2017: 24), lo habitual en la CPI es dejar bien en claro la distribución de papeles.

retórica de fuerte impronta afectiva que colocaba al defendido en un sitial semejante al de las víctimas de su accionar: se trató, para la fiscalía y la defensa, de ratificar o combatir los preconceptos de una opinión pública que tiende a identificar a los procesados ante instancias internacionales con criminales que carecen de empatía y actúan maliciosamente con cálculo y precisión racional.

Un segundo elemento que introdujo el plano afectivo en los debates técnicos en torno de los crímenes cometidos por Ongwen se refirió al plano espiritual. Tomando en cuenta el carácter cristiano del grupo insurgente del Ejército de Resistencia del Señor y el carácter casi omnipotente de su líder Joseph Kony, el abogado principal de Ongwen construyó un discurso en su declaración de apertura del juicio cimentado en la impronta anímica de su defendido: “Ongwen fue presa del Síndrome de Estocolmo y sentía que le debía su vida a Joseph Kony” (CPI, Ongwen, 18/09/2018: 21, líneas 15-17). El tenor afectivo de estas consideraciones es evidente, sobre todo si se tienen en cuenta las expresiones de otro de los abogados de Ongwen, Charles Acheleke Taku, al inicio del proceso: “El espíritu de Joseph Kony está presente en este tribunal justo ahora” (Ogora, 2018). Asimismo, a los efectos de demostrar la falta de planificación personal de sus actos, la defensa incluyó a dos testigos que alegaban ser mediums de espíritus (*ajwaka* en lengua acholi) y que contaban con la habilidad de comunicarse con el mundo suprasensible, a los efectos de explicar la particular vinculación del grupo con fuerzas externas que los inspiraban (APA News, 2019).

La arista emotiva de estas referencias es clara, porque presupuso por parte de los abogados de la defensa la explotación de la brecha cultural entre los jueces de la CPI y la comunidad local, imbuida en conceptos y valores ajenos a la idea de una justicia occidentalizada y universalizable (Nouwen & Werner, 2015)²⁴. Sin embargo, estos in-

²⁴ Baste decir, por ejemplo, que se han reconocido al menos cinco concepciones de la justicia entre las comunidades Acholi de Uganda y Sudán: la justicia como restablecimiento de relaciones, como fin de violaciones en curso, como rendición de cuenta y castigo, como ejercicio de redistribución y como igualdad. La existencia de una ceremonia particular (*mato uput*) en el norte de Uganda muestra cómo la idea de justicia se vincula allí con la reconciliación que implica beber de modo conjunto un trago amargo (Nouwen & Werner, 2015).

tentos por acrecentar la distancia entre las tradiciones locales y la cosmovisión cultural de la CPI, a partir del recurso a un relativismo normativo, no lograron surtir efectos por la constatación de que, en rigor de verdad, muchas de esas particularidades religiosas eran inaplicables a la realidad concreta de las víctimas de Ongwen²⁵.

En todo caso, lo relevante es que se intentó con la alegación de estas circunstancias afectivas eximir a Ongwen de responsabilidad penal, considerando que su situación de sumisión a la voluntad de Kony podía asimilarse a una enfermedad, deficiencia o intoxicación, que lo privaba de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o bien para controlar esa conducta a los efectos de no transgredir la ley, en términos del art. 31(1)(a) y (b) del ECPI.

La fiscalía, sin embargo, insistió frente a ello en la necesidad de que los jueces de la CPI examinaran los hechos “deshaciéndose de la emoción”, como es de imaginar en quienes deben ejercer una justicia imaginada como ciega. La tensión era evidente: el caso Ongwen permite dar cuenta de un contrapunto retórico entre la eficacia de una apelación emotiva, construida en cuantiosos niveles, y la consagración de valores neutrales que son los que *a priori* se esperan de la función judicial.

4.3. El arrepentimiento y el perdón: el horizonte de las emociones en el caso Al-Mahdi

El último caso de estudio que se incluye en este capítulo se refiere al asunto que involucró a Ahmad Al Faqi Al-Mahdi, miembro del movimiento armado Ansar Eddine, asociado con Al Qaeda en Mali, cuya orden de arresto fue emitida por la CPI a fines de 2015. Hacia 2012, Al-Mahdi era el jefe del órgano encargado de mantener los valores y la prevención de vicios dentro del movimiento. Su acusación se fundó en la comisión del crimen de guerra por el ataque directo contra bienes culturales, ya que entre junio y julio de 2012 destruyó 9 mausoleos y una mezquita en Timbukú (quizás los monumentos históricos

²⁵ Esto recuerda también a la opinión disidente del magistrado King en la CESL. Allí, siendo el juez local, realizó fuertes críticas en torno del tratamiento del rol místico de Allieu Kondewa en el fallo de Apelaciones del caso CDF (CESL, CDF, 28/05/2008).

y religiosos más conocidos del Magreb islámico). Entregado a la CPI en septiembre de 2015 por las autoridades de Níger, Al-Mahdi negoció con la fiscalía un acuerdo de reconocimiento de responsabilidad (CPI, Oficina de Información Pública, 20/03/2018).

El rol de las emociones en los alegatos del caso ha sido parcialmente estudiado por Bens (2017), quien se ocupó de trabajar en torno de la metáfora de la victimización de la propiedad cultural. En efecto, según la fiscalía y la representación de las víctimas, los mausoleos representaban una suerte de reflejo material (biológico, corporizado) de la imagen e identidad de Timbuktu (Bens, 2017; 2018). Al comienzo del juicio, el 22 de agosto de 2016, Al-Mahdi expuso un alegato en el que admitió su culpabilidad mediante una estrategia que también recurrió a un fuerte alcance sentimental (CPI, Al-Mahdi, 22/08/2016); en sus palabras, expresaba su profundo arrepentimiento y tristeza a los musulmanes indulgentes y clementes, expresando su devastación y remordimiento, mostrándose como “un hijo de Allah que perdió el rumbo en manos de espíritus malignos” y prometiendo que nunca más cometería de nuevo un delito semejante.

La dimensión persuasiva del perdón tuvo un efecto práctico; el juicio se dio por concluido dos días más tarde y Al-Mahdi fue condenado solo a nueve años de prisión, bajo la premisa de que el acto de empatía debía de ser un factor sustancial en la atenuación de la pena²⁶. La CPI enfatizó la promesa solemne de Al-Mahdi de que este sería el primer y último acto ilícito que cometería y que estaba dispuesto a aceptar la decisión de los jueces (CPI, Al-Mahdi, 27/09/2016: párr. 103). De hecho, estos rechazaron la petición de algunas de las víctimas al cuestionar que el sentimiento de empatía que el acusado demostraba hacia ellas fuese real (remarcando por ejemplo el hecho de que sólo había ofrecido al imam de la mezquita de Sidi Yahia financiar el remplazo de la puerta destruida) (CPI, Al-Mahdi, 27/09/2016: párr. 104). Así, aunque sus actos fueron tenidos por insuficientes para convencer a muchas víctimas que se sentían “humilladas” por la destrucción de la propiedad cultural (CPI, Brief by Ms. Karima Bennou-

²⁶ Acerca de los dilemas emotivos que se juegan en el perdón y el remordimiento cuando se trata de la comisión de crímenes internacionales, *vid.* Diggelmann (2016).

ne, 2017)²⁷, lo cierto es que la compasión jugó un papel considerable en la resolución del juicio.

Durante el proceso, la defensa del condenado nuevamente manipuló el sustrato afectivo al ocuparse del grado de afectación subjetiva de los pobladores locales: para los abogados, interesados en reducir el número de víctimas con derecho a resarcimiento, el daño psicológico derivado de la destrucción del patrimonio cultural sólo podía ser demostrado a través de una relación familiar directa entre quienes solicitaban la reparación del daño y los que fallecieron en el ataque contra los mausoleos (CPI, Al-Mahdi, 27/09/2016).

Sin embargo, la sentencia de primera instancia de la CPI, una vez más, balanceó el argumento de las emociones con consideraciones de índole más racional. Así, consideró el impacto comunitario del daño moral, que había sido minimizado por la defensa, en tanto sostuvo que no era posible demostrar que existiera una “conexión emocional” distinta respecto de los sitios destruidos según se tratara de aquellas personas que poseían a sus familiares sepultados (los “descendientes de los santos”) o el resto de la población que profesaba esa misma religión (CPI, Al-Mahdi, 17/08/2017: párr. 88); en todo caso, para la SPI, las reparaciones eran debidas colectivamente a la comunidad completa de Timbuktú (CPI, Al-Mahdi, 17/08/2017: párr. 86)²⁸. Además, en la orden de reparaciones, la Sala tuvo en cuenta el valor emotivo y simbólico de las edificaciones destruidas, determinando que su derribamiento transmitió un mensaje de terror y vulnerabilidad (CPI, Al-Mahdi, 17/08/2017: párr. 22). En función de esto, los jueces reconocieron que algunas víctimas de los crímenes consideraron que la reacción había resultado insuficiente y, como medida de satisfacción, ordenaron que se grabara el video del arrepentimiento y se difundiera en la lengua local para que los afectados pudieran tener acceso a su contenido (CPI, Al-Mahdi, 17/08/2017: párrs. 68-70).

Si las víctimas de crímenes internacionales necesitan sentir que las medidas judiciales se adoptan para ayudarlos a superar el trauma

²⁷ Este informe fue presentado en la etapa de reparaciones del caso.

²⁸ La decisión final fue tomada teniendo en cuenta la angustia emocional y los perjuicios sufridos por toda la comunidad de Timbuktú.

emocional (Karstedt, 2016: 50-55)²⁹, entonces la difusión de la imagen de un condenado arrepentido funciona como un dispositivo útil para sostener los esfuerzos de la justicia a través del efecto sentimental de la sentencia. En otras palabras, la eficacia en este caso de la medida de satisfacción se explicó por el hecho de que las víctimas suelen esperar de las decisiones judiciales ciertas consecuencias afectivas; en efecto, para que la justicia pueda asegurar la eficiencia de la sanción penal, es preciso incorporar actos destinados a la recuperación emocional posterior al sufrimiento, dirigidos a superar su condición de vulnerabilidad mediante una purgación de los efectos negativos de los crímenes cometidos.

A partir de esta dosificación del impacto simbólico emotivo del ejercicio judicial, el ejemplo permite volver a mis reflexiones respecto de la decisión separada de la jueza Odio Benito en el caso Lubanga, para mostrar también aquí cómo los jueces de la CPI (que a veces parecen mantenerse imperturbables y sólo sometidos a una subjetividad muy limitada) no descartan emociones como el odio, el disgusto, la compasión o la clemencia, a pesar de que muchas veces se trate de influencias subjetivas percibidas como contrarias a la labor aséptica que correspondería exigir de un magistrado internacional (Popovski, 2016: 198-199).

5. CONCLUSIÓN

Contrariamente a una imagen objetiva y positivista del derecho, el análisis particular de los distintos procedimientos ante la CPI muestra la importancia de identificar las percepciones que los distintos actores de cada juicio tienen de sí mismos y del resto. Si para la mirada cognitivista de la emotividad que consagran los estudios de la neuropsicología las identidades pueden definirse, en su contexto, a partir de los repertorios afectivos que cada cultura condiciona, resulta entonces productivo explorar los intercambios conscientes e inconscientes de emociones que se producen entre quienes, en este caso, participan

²⁹ Respecto de la importancia de considerar la satisfacción de las víctimas de crímenes internacionales en un marco más amplio de asistencia emocional, *vid.* también Doak (2011).

directamente en los procesos judiciales o bien los observan e interpretan.

En definitiva, en este entramado sentimental dinámico que involucra a múltiples actores con agendas propias, es posible advertir en términos retóricos que la dimensión emocional en el nivel micro deviene una herramienta teórica esencial para comprender la circulación de interacciones físicas y verbales del conjunto de personas involucradas en los casos ante la CPI (percepciones del acusado, la fiscalía, la defensa, los representantes de las víctimas, los testigos, las propias víctimas, los jueces y todos aquellos actores, como las ONGs o los doctrinarios y expertos que miran el fenómeno desde el exterior)³⁰.

El manejo individual del efecto emotivo y la circulación de narrativas afectivas destinadas a conseguir finalidades específicas en la CPI muestran el interés que subyace en la búsqueda de control de las experiencias subjetivas. Ya sea que se trate de visibilizar el sufrimiento de quienes padecen violencia de género, de asimilar al imputado a quienes resultan sus víctimas o de generar compasión entre los afectados, la gestión y administración del aparato de justicia por parte de la CPI, a pesar de su presumida objetividad, no son ajenas al universo de las emociones humanas. Todo ello, entonces, configura en un nivel macro la “educación sentimental” propuesta por las actuaciones de la CPI. Un estudio de dicha dimensión, como el que he intentado sugerir brevemente en estas páginas, deja en claro que, a pesar de la imagen racional que pretende dar en oposición a las experiencias de los tribunales internacionales que la precedieron, la CPI sigue dependiendo en su ejercicio de múltiples emociones en tensión, que están presentes (aunque a veces resulten invisibilizadas) desde las primeras investigaciones de cada situación hasta las sentencias y decisiones de reparación que ponen fin al proceso³¹.

³⁰ En este sentido, en mi opinión, la dimensión emotiva que se ha explorado en estas páginas puede complementar aquellas miradas ‘expresivistas’ que han sido recientemente propuestas en el marco de la JIP por Sander (2019), quien también se encarga de proveer reflexiones interesantes acerca de los modos de comprender las agendas específicas de los diferentes actores que participan de las tramitaciones judiciales.

³¹ Acerca de un análisis emotivo de la *performance* dramática de las representaciones de la JIP a partir de la noción aristotélica de *kátharsis*, *vid.* también Buis (2020).

REFERENCIAS

Doctrina

- Ambos, K. (2012). "The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues". *International Criminal Law Review*, Vol. 12(2). Pp. 115-153.
- Arias Maldonado, M. (2016). *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*. Barcelona: Página Indómita.
- Ariffin, Y., Coicaud, J.-M. & Popovski, V. (ed.). (2016). *Emotions in International Politics. Beyond Mainstream International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Baines, E. (2009). "Complex Political Perpetrators: Reflections on Dominic Ongwen". *Journal of Modern African Studies*, Vol. 47(2). Pp. 163-191.
- Bandes, S. (ed.). (1999). *The Passions of Law*. Nueva York: New York University Press.
- Bandes, S. & Blumenthal, J.A. (2012). "Emotion and the Law". *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 8. Pp. 161-181.
- Becker, S.W. (2010). "The Objections of Larger Nations to the International Criminal Court". *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 81(1-2). Pp. 47-64.
- Bens, J. (2017). "Sentimentalizing and Legal Language Affect and Emotion in Courtroom Talk". *Affective Societies*, 04 /17. Pp. 1-23.
- Bens, J. (2018). "Sentimentalising Persons and Things: Creating Normative Arrangements of Bodies through Courtroom Talk". *Journal of Legal Anthropology*, Vol. 2(1). Pp. 72-91.
- Bitti, G. (2009). "Article 21 of the Statute of the ICC and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC". En Stahn, C. & Sluiter, G. (ed.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. La Haya & Boston: Brill & Nijhoff. Pp. 285-394.
- Bleiker, R. & Hutchinson, E. (2008). "Fear No More: Emotions and World Politics". *Review of International Studies*, Vol. 34(1). Pp. 115-135.
- Bosco, D. (2014). *Rough Justice: The International Criminal Court in a World of Power Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Branch, A. (2017). "Dominic Ongwen on Trial: The ICC's African Dilemmas". *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 11. Pp. 30-49.
- Buis, E.J. (2020). "Aristotle in The Hague: Artistic Pleading and Emotional Theatricality in International Criminal Proceedings". *American Journal of International Law Unbound*, Vol. 114. Pp. 133-137.
- Buss, D. (1994). *The Evolution of Desire: Strategies of Human Mating*. Nueva York: Basic Books.

- Chappell, L. (2014). "Conflicting Institutions and the Search for Gender Justice at the International Criminal Court". *Political Research Quarterly*, Vol. 67(1). Pp. 183-196.
- Charlesworth, H. (1999). "Feminist Methods in International Law". *American Journal of International Law*, Vol. 93(2). Pp. 379-394.
- Clarke, K.M. (2019). *Affective Justice: The International Criminal Court and the Pan-Africanist Pushback*. Durham: Duke University.
- Clore, G.L. (1992). "Cognitive Phenomenology: Feelings and the Construction of Judgment". En Martin, L.L. & Tesser, A. (ed.), *The Construction of Social Judgments*. Hilldale: Psychology Press. Pp. 133-163.
- Crawford, N.C. (2000). "The Passion of World Politics. Propositions on Emotion and Emotional Relationships". *International Security*, Vol. 24(4). Pp. 116-156.
- Cryer, R. (2005). *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Damasio, A.R. (1994). *Descartes' Error. Emotion, Reason, and the Human Brain*. Nueva York: Harper Collins.
- Darwin, C. (1872). *The Expressions of Emotions in Man and Animals*, Londres: John Murray.
- Dias, L.A. (2014). "El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades". En *Letra*, Vol. 1. Pp. 20-46.
- Diggelmann, O. (2016). "International Criminal Tribunals and Reconciliation: Reflections on the Role of Remorse and Apology". *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14(5). Pp. 1073-1097.
- Doak, J. (2011). "The Therapeutic Dimension of Transitional Justice: Emotional Repair and Victim Satisfaction in International Trials and Truth Commissions". *International Criminal Law Review*, Vol. 11(2). Pp. 263-298.
- Drumbl, M.A. (2016). "Victims Who Victimize: Transcending International Criminal Law's Binaries". *Washington and Lee Legal Studies Paper*, (2016-2). Pp. 1-29.
- Ekman, P. (1982). *Emotions in the Human Face*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Engle, E. (2014). "The International Criminal Court and Lubanga: The Feminist Critique and Jus Cogens". *National Lawyers' Guild Review*, Vol. 71. Pp. 24-43.
- Fattah, K. & Fierke, K.M. (2009). "A Clash of Emotions: The Politics of Humiliation and Political Violence in the Middle East". *European Journal of International Relations*, Vol. 15. Pp. 67-93.

- Flückiger, A. (2009). "Pourquoi respectons-nous la soft law? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation". *Revue européenne des sciences sociales*, Vol. 47(144). Pp. 73-103.
- Frijda, N.H. (1986). *The Emotions*. Cambridge & Nueva York: Cambridge University Press.
- Galain Palermo, P. (2014). "Modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima". En Ambos, K., Malarino, E. & Steiner, C. (ed.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El caso Lubanga*. Bogotá: Cedpal Universidad Göttingen/Fundación Konrad Adenauer. Pp. 389-430.
- Graf, R. (2012). "The International Criminal Court and Child Soldiers: An Appraisal of the Lubanga Judgment". *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10(4). Pp. 945-969.
- Grewal, K.K. (2015). "International Criminal Law as a Site for Enhancing Women's Rights? Challenges, Possibilities, Strategies". *Feminist Legal Studies*, Vol. 23. Pp. 149-165.
- Hall, T.H. (2015). *Emotional Diplomacy: Official Emotion on the International Stage*. Ithaca: Cornell University Press.
- Hochschild, A. (1983). *The Managed Heart: Commercialization of Human Feeling*. Berkeley: University of California Press.
- Hochschild, A. (2003). *The Commercialization of Intimate Life: Notes from Home and Work*. Berkeley: University of California Press.
- Inder, B. (2011). "Reflection: Gender Issues and Child Soldiers – The Case of Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo". *Women's Initiatives for Gender Justice & Open Society Justice Initiative and International Justice Monitor*. Recuperado de: <https://www.ijmonitor.org/2011/08/reflection-gender-issues-and-child-soldiers-the-case-of-prosecutor-v-thomas-lubanga-dyilo-2/>
- Jones, A. & Clark, J. (2019). "Performance, Emotions, and Diplomacy in the United Nations Assemblage in New York". *Annals of the American Association of Geographers*, Vol. 109(4). Pp. 1262-1278.
- Karstedt, S. (2016). "The Emotion Dynamics of Transitional Justice: An Emotion Sharing Perspective". *Emotion Review*, Vol. 8(1). Pp. 50-55.
- Khaneman, D. (2011). *Thinking, Fast and Slow*. Nueva York: Farrar, Straus and Giroux.
- Köchler, H. (2009). "Global Justice or Global Revenge? The ICC and the Politicization of International Criminal Justice". *World Conference for International Justice. United against the Politicization of Justice*, Jartum, Sudán, 6 de abril de 2009. Recuperado de: <http://www.i-p-o.org/IPO-Koehler-ICC-politicization-2009.htm>

- Kotecha, B. (2020). "The International Criminal Court's Selectivity and Procedural Justice". *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 18(1). Pp. 107-139.
- Kurth, M.E. (2013). "The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber's Findings on Issues of Active Use, Age, and Gravity". *Göttingen Journal of International Law*, Vol. 5. Pp. 431-453.
- Lutz, C. (1988). *Unnatural Emotions. Everyday Sentiments on a Micronesian Atoll. Their Challenge to Western Theory*. Chicago & Londres: University of Chicago Press.
- Macagno, F. & Walton, D. (2014). *Emotive Language in Argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Markwica, R. (2018). *Emotional Choices: How the Logic of Affect Shapes Coercive Diplomacy*. Oxford: Oxford University Press.
- Maroney, T.A. (2006). "Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field". *Law and Human Behavior*, Vol. 30(2). Pp. 119-142.
- McDermott, R. (2004). "The Feeling of Rationality: The Meaning of Neuroscientific Advances por Political Science". *Perspectives on Politics*, Vol. 2. Pp. 691-706.
- Merope, S. (2011). "Recharacterizing the Lubanga Case: Regulation 55 and the Consequences for Gender Justice at the ICC". *Criminal Law Forum*, Vol. 22(311). Pp. 311-346.
- Moisi, D. (2010). *La géopolitique de l'émotion*. Paris: Flammarion.
- Nouwen, S. & Werner, W. (2015). "Monopolizing Global Justice: International Criminal Law as Challenge to Human Diversity". *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13(1). Pp. 157-176.
- Nussbaum, M. (2001). *Upheavals of Thought: the Intelligence of Emotions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nussbaum, M.C. (2006). *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz (edición original: Princeton, 2004).
- Odio Benito, E. (2017). "My Experience in Three International Tribunals". Presentation at Symposium Gender Based Violence and Human Rights: International Perspectives. Atria Institute on Gender Equality and Women's History, University of Amsterdam, Amsterdam, Países Bajos, 8 de diciembre de 2017. Recuperado de: https://s3-eu-central-1.amazonaws.com/atria-nl/wp-content/uploads/2017/12/04150606/my-experience-in_three-international-tribunals-elizabeth-odio-benito.pdf
- Pallas, J. (2016). "Hopeless Case or Cause for Hope? Lubanga, Katanga and Gender Justice in the ICC". *Seoul National University Journal of International Studies*, Vol. 1(1). Pp. 37-53.
- Paz Morales Cerda, N. (2015). "Ausencia de una perspectiva de género en la Corte Penal Internacional: una mirada al caso Fiscalía vs. Lubanga Dyi-

- lo". *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, Vol. 4. Pp. 65-85.
- Pellet, A. (2002). "Applicable Law". En Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J.R.W.D. (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. II. Oxford: Oxford University Press.
- Popovski, V. (2016). "Emotions and International Law". En Ariffin, Y., Coicaud, J.M. & Popovski, V. (ed.), *Emotions in International Politics. Beyond Mainstream International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 184-203.
- Pritchett, S. (2008). "Entrenched Hegemony, Efficient Procedure, or Selective Justice?: An Inquiry into Charges for Gender-Based Violence at the International Criminal Court". *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 17. Pp. 265-305.
- Ross, A.A.G. (2014). *Mixed Emotions. Beyond Fear and Hatred in International Conflict*. Chicago: University of Chicago Press.
- Sadat, L. (2016). "The International Criminal Court". En Schabas, W.A. (ed.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 137-154.
- Sander, B. (2019). "The Expressive Turn in International Criminal Justice: A Field in Search of Meaning". *Leiden Journal of International Law*, Vol. 32(4). Pp. 851-872.
- Sasley, B.E. (2001). "Theorizing States' Emotions". *International Studies Review*, Vol. 13(3). Pp. 452-476.
- Sheppard, D. (2010). "The International Criminal Court and 'Internationally Recognized Human Rights': Understanding Article 21(3) of the Rome Statute". *International Criminal Law Review*, Vol. 10(1). Pp. 43-71.
- Shouse, E. (2005). "Feeling, Emotion, Affect". *M/C Journal*, Vol. 8(6). Recuperado de: <http://journal.media-culture.org.au/0512/03-shouse.php>
- Simpson, G. (2004). "Politics, Sovereignty, Remembrance". En McGoldrick, D., Rowe, P. & Donnelly, E. (ed.), *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*. Oxford & Portland: Hart Publishing. Pp. 47-61.
- Sluiter, G. (2009). "Human Rights Protection in the ICC Pre-Trial Phase". En Stahn, C. & Sluiter, G. (ed.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. La Haya & Boston: Brill & Nijhoff. Pp. 459-476.
- Smith, K.O. (2011). "Prosecutor v. Lubanga: How the International Criminal Court Failed the Women and Girls of the Congo". *Howard Law Journal*, Vol. 54. Pp. 437-500.
- Stearns, P. (2000). "History of Emotions: Issues of Change and Impact". En Lewis, M. & Haviland-Jones, J. (ed.), *Handbook of Emotions*. Nueva York & Londres: Guilford Press. Pp. 16-29.

- Thompson, S. & Hoggett, P. (2012). "Introduction". En Thompson, S. & Hoggett, P. (ed.), *Politics and the Emotions. The Affective Turn in Contemporary Political Studies*. Londres: Continuum. Pp. 1-19.
- Vasiliev, S. (2009). "Article 68 (3) and personal interest of victims in the emerging practice of the ICC". En Stahn, C. & Sluiter, G. (ed.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. La Haya & Boston: Brill & Nijhoff. Pp. 635-690.
- Zolo, D. (2006). *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*. Roma: Laterza.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

- CPI. [Sala de Primera Instancia I]. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-2842. 14 de marzo de 2012. Citada como: CPI, Lubanga, 14/03/2012.
- CPI. [Sala de Primera Instancia I]. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06-2901. 10 de julio de 2012. Citada como: CPI, Lubanga, 10/07/2012.
- CPI. [Sala de Primera Instancia I]. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06. 7 de agosto de 2012. Citada como: CPI, Lubanga, 07/08/2012.
- CPI. [Sala de Primera Instancia VIII]. *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. Transcript of the admission of guilt, Doc. Núm. ICC-01/12-01/15-T-4-Red-ENG. 22 de agosto de 2016. Citado como: CPI, Al-Mahdi, 22/08/2016.
- CPI. [Sala de Primera Instancia VIII]. *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Judgment and Sentence. Doc. Núm. ICC-01/12-01/15. 27 de septiembre de 2016. Citada como: CPI, Al-Mahdi, 27/09/2016.
- CPI. [Sala de Primera Instancia VIII]. *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Reparations Order. Doc. Núm. ICC-01/12-01/15-236. 17 de agosto de 2017. Citada como: CPI, Al-Mahdi, 17/08/2017.
- CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*. Transcript of the confirmation of charges hearing, Doc. Núm. ICC-02/04-01/15-T-22-ENG. 25 de enero de 2016. Citado como: CPI, Ongwen, 25/01/2016.
- CPI. [Sala de Primera Instancia IX]. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*. Transcript of the Hearing of 18 September 2018. Opening Statements

- of the Defence, Doc. Núm. ICC-02/04-01/15-T-179-CONF-ENG. 18 de septiembre de 2018. Citado como: CPI, Ongwen, 18/09/2018.
- CPI. [Fiscalía]. The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of Trial in the case against Dominic Ongwen, Doc. Núm. ICC-02/04-01/15. 6 de diciembre de 2016. Citado como: CPI, Ongwen, 06/12/2016.
- Corte Especial para Sierra Leona
- CESL [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa. Caso Núm. SCSL-04-14-A. Judgement. 28 de mayo de 2008. Citada como: CESL, CDF, 28/05/2008.

Resoluciones, informes y otros documentos

- APA News (11 de enero de 2019). Ex-Warlord's ICC Case: Defence Witnesses Line Up to Testify. APA NEWS, Afence de Presse Africaine. Citado como: APA News, 2019. Recuperado de: <http://apanews.net/en/news/ex-warlords-icc-case-defence-witnesses-line-up-to-testify>
- Corte Internacional de Justicia (s.f.). Judge Antônio Augusto Cançado Trindade. Citado como: CIJ, s.f. Recuperado de: https://www.icj-cij.org/public/files/members-of-the-court-biographies/cancado_en.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (s.f.). Elizabeth Odio Benito (Costa Rica). Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/compos14/odio-benito.html>
- Corte Penal Internacional. (2017). Brief by Ms. Karima Bennoune, UN Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights. Expert Appointed by the International Criminal Court in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. 27 de abril de 2017. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2017_05022.pdf.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2018). Case Information Sheet: Ahmad Al Faqi Al Mahdi. 20 de marzo de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/Al-MahdiEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2020). Case Information Sheet: Dominic Ongwen. Marzo de 2020. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/OngwenEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (s.f.). Ongwen Case. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen>.
- Ogora, L.O. (2018). Spiritualism in the Trial of Dominic Ongwen: Myth or Reality? International Justice Monitor (IJMonitor). Recuperado de: <https://www.ijmonitor.org/2018/10/spiritualism-in-the-trial-of-dominic-ongwen-myth-or-reality/>.

III.2.2. Aproximaciones desde el derecho y las relaciones internacionales

Capítulo 21

LA PERSPECTIVA CONSTRUCTIVISTA *

Laura Mahecha Álvarez
María Paula López Velásquez
Mauricio Jaramillo Jassir

1. INTRODUCCIÓN

El constructivismo plantea que, en un mundo socialmente construido, la existencia de patrones, de relaciones de causa y efecto e incluso de los propios Estados, dependen de redes de significado y prácticas que los constituyen (Reus-Smit & Snidal, 2008). Como resultado, la sociedad internacional responde a las circunstancias propias del momento histórico en el que se encuentra, y conceptos tales como soberanía y paz y seguridad internacionales empiezan a distanciarse de la dinámica propia de la supremacía del Estado como sujeto preponderante en el DI.

Existen cuatro características principales del constructivismo que lo distinguen de otras aproximaciones teóricas a las RI. En primer lugar, el constructivismo es una alternativa al materialismo, que se basa en que el “significado de las cosas” es socialmente construido. En segundo lugar, brinda una perspectiva distinta sobre la creación de los intereses nacionales mediante su explicación social, y su análisis de la relación del Estado con los demás Estados a través de la política

* El presente capítulo hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos). Los coautores agradecen especialmente los aportes realizados por el Doctor Héctor Olasolo Alonso, Lucia Carcano Fernández y Vanessa Bonilla Tovar.

exterior. En tercer lugar, el constructivismo estudia la relación de los intereses nacionales con las estructuras internacionales (entendidas como instituciones internacionales) y los agentes que operan como actores en las mismas. Finalmente, ofrece una lectura diferente de la “anarquía internacional”, porque, mientras desde una perspectiva neorrealista se plantea la existencia de una anarquía a nivel internacional por la ausencia de instituciones legítimas de autoridad, para el constructivismo la anarquía no supone caos, sino que más bien puede significar un equilibrio entre Estados. De esta manera, como señala Waltz (1988), “[...] cada uno es igual [...]; ninguno tiene derecho a mandar; [...] en ausencia de agentes que tengan autoridad sobre todo el sistema, las relaciones formales de dominio y subordinación no llegan a desarrollarse”.

De esta manera, mientras para el realismo el “principio de autoayuda” en medio de la anarquía explica el por qué la seguridad es tan relevante, para el constructivismo la anarquía es producto de la intersubjetividad entre los agentes del sistema internacional. Por ello, ha de entenderse desde los conceptos de comunidad, jerarquía y rivalidad, que permiten una explicación social compatible con un estudio más integral de las RI (Keohane & Nye, 1977; Morgenthau, 1986; Reus-Smit & Snidal, 2008).

A estos efectos, el constructivismo incluye en su análisis “ideas” y “creencias”, lo que supone aceptar que los conceptos y las definiciones no son fijos, y que, por tanto, la realidad está en constante construcción y cambio dependiendo de las ideas y creencias de los actores (Theys, 2017: 37).

Así mismo, para el constructivismo, los conceptos de “identidad” e “intereses” son fundamentales porque los Estados pueden tener múltiples identidades construidas socialmente por medio de sus interacciones con otros actores. De esta manera, las identidades se construyen y determinan de acuerdo con la autopercepción que los sujetos de una determinada sociedad tienen de sí mismos y el modo en que son percibidos por los demás (Theys, 2017: 38). En consecuencia, las identidades de los sujetos de la sociedad internacional (sean Estados, instituciones o actores transnacionales) son “mutuamente constitutivas” (Wendt, 1992: 399) y materializan normas sociales, que son entendidas como estándares apropiados de conducta para aquellos

actores que tienen una cierta identidad; donde se va a considerar coherente que actúen de una determinada manera, ya que es lo que se espera de los mismos (Theys, 2017:38; Katzenstein, 1995:5).

Aunado a esto, y en vista de que las ideas y las practicas varían según el tiempo y el espacio, los patrones que en algún momento fueron sólidos y predecibles pueden cambiar. Por ejemplo, la soberanía es una institución social en el sentido de que un Estado solo puede ser soberano cuando es visto por los principales actores de su respectiva sociedad nacional, y por los Estados en la sociedad internacional, como un sujeto con derechos y obligaciones sobre un territorio y unos ciudadanos. Sin embargo, el significado de este concepto ha cambiado, como también lo han hecho los poderes y las identidades de los Estados (Reus-Smit & Snidal, 2008). Un escenario particular en el cual se puede observar esta evolución del concepto de soberanía es la JIP, donde la creación de un tribunal permanente con competencia sobre los crímenes considerados de mayor gravedad para la sociedad internacional rompe la dicotomía entre Estados y ciudadanos, según la cual los primeros ejercen de manera exclusiva la acción penal frente a los segundos.

La CPI nace como una conquista de la humanidad, conforme a la cual los más altos responsables pueden ser juzgados por los crímenes más graves para la sociedad internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra y agresión), sin que puedan ampararse en el tradicional sistema de inmunidades. Esta conquista es fruto de un largo camino para evitar la impunidad, como resultado de situaciones tan atroces como el Holocausto nazi, los crímenes cometidos por los japoneses en el sureste asiático y a lo largo del pacífico, la limpieza étnica en el territorio de la ex Yugoslavia y el genocidio en Ruanda. De esta manera, los Estados parte se han comprometido por medio del ECPI a acogerse a una jurisdicción internacional complementaria, que podría llegar a juzgar y sancionar los crímenes cometidos en su territorio o por sus nacionales. Además, con la creación de la CPI se ha materializado una cesión de soberanía, que fue discutida a fondo en la Conferencia Diplomática que dio lugar al ECPI en 1998, sin que ello haya menoscabado la necesidad de mantener la cooperación entre los Estados.

Con base en lo anterior, el presente capítulo busca analizar la CPI desde los lentes del constructivismo, para dar cuenta de cómo esta institución responde a una construcción social que nace de una necesidad de la sociedad internacional, pero se enfrenta a los intereses prevalentes de los Estados. De esta manera, tras analizar los aspectos centrales del constructivismo (sección 2), y de explicar cómo este último entiende la configuración histórica de la institución de la JIP en el sistema internacional (sección 3), se aborda la función de la CPI como exponente de la JIP (sección 4) y se analiza la situación en Afganistán con el fin de explicar de qué manera las dinámicas propias de una Potencia hegemónica que no es parte del ECPI (EE.UU.) influyen de manera directa en el desarrollo por la CPI de su función. Todo ello teniendo en cuenta que, como señalan Barnett & Finnemore (2004: 6), las instituciones internacionales, lejos de limitarse a simplemente complementar la conducta de los Estados o a ser actores subsidiarios, disponen de autoridad y poder para gestar en la realidad internacional cambios fundamentales.

2. PUNTO DE PARTIDA: EL CONSTRUCTIVISMO COMO HORIZONTE DE ANÁLISIS

Al abordar la JI en general, y la JIP en particular, se puede evidenciar la tensión entre la soberanía de los Estados como un factor constitutivo de la estructura internacional y el DI como ideal (Wendt, 1999). Sin embargo, desde una perspectiva constructivista, la justicia no es entendida como una contraposición entre los intereses de los actores del sistema internacional, sino que, al igual que los Estados y los demás actores del sistema, obedece a una identidad.

De esta forma se observa que las instituciones internacionales han sido clave para introducir categorías en el escenario global (entre las que sobresale el concepto de derechos humanos). Así, tal como señalan Barnett & Finnemore (1999: 699):

Nuestro argumento es que la autoridad legal y racional que cobija a las Organizaciones Internacionales les otorga un poder independiente de los Estados que las crearon y de igual forma canaliza ese poder en varias direcciones. Las burocracias por definición generan reglas, y en ese proceso también están creando un saber social.

Si bien la JIP, y en particular la CPI, no responden a una dinámica de protección por violaciones de derechos humanos, como si lo hacen el sistema universal y los tres sistemas regionales de protección, los crímenes internacionales consagrados en el art. 5 del ECPI tipifican graves violaciones de derechos humanos (si bien no toda violación es constitutiva de un crimen internacional, todo crimen internacional tiene que ver, en su esencia, con una grave violación de derechos humanos).

En lo que se refiere al concepto de soberanía, Wendt (1999) señala como este se desarrolló en torno al territorio, como se observa especialmente en aquellos Estados que enfrentan tensiones territoriales, como es el caso de Serbia, España, Israel y buena parte de los Estados del Sur global¹. No obstante, para ciertos actores de la sociedad internacional, como por ejemplo Sudán y Palestina (Sayigh, 1995; Hutton, 2014), el concepto de soberanía ha ido adquiriendo con el paso del tiempo otros matices, que tienen que ver con la justicia y la posibilidad de que se les reconozca su capacidad para administrar situaciones de inseguridad interna sin la interferencia de terceros. De esta manera, para estos actores no se trata solamente de que se les reconozca un territorio con fronteras definidas, sino que se les permita controlar sin injerencia internacional aquellas situaciones que sus respectivos gobiernos consideran como amenazas internas o externas. En esta nueva tensión sobre el contenido del concepto de soberanía, la manera en que se institucionaliza la JIP es percibida de diversas formas dependiendo de las realidades de cada Estado.

El alcance explicativo del constructivismo radica en entender que la política internacional no está determinada por estructuras objetivas, sino por hechos sociales, tales como el discurso, las normas, los principios, las ideas y los valores (Wendt, 1999; Onuf, 1989; Palan, 2004; Reus Smith, 2005). Específicamente, autores como Onuf (1989: 58) establecen que no hay primacía entre los diferentes actores del sistema internacional y el propio sistema como tal, puesto que “cada uno está constituido en y a través de las prácticas recurrentes”. De

¹ En sentido estricto, el territorio es uno de los elementos constitutivos del Estado, junto con la población permanente, el gobierno y la capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados. Todos estos elementos son esenciales para el ejercicio de la soberanía.

esta forma, agentes y estructura se constituyen recíprocamente. En otras palabras, a través del comportamiento se crea la realidad social internacional. Por tanto, el constructivismo implica un rompimiento respecto a las teorías tradicionales con las que se aborda la realidad y que están fuertemente permeadas por la idea de que todos los actores de la escena internacional son racionales y que su conducta se explica por el cálculo costo-beneficio en la toma de decisiones (Wendt, 1992).

La lógica de las teorías tradicionales asume que las variables determinantes del sistema internacional son básicamente materiales, por lo que realistas y liberales parten de la base de que los Estados y demás actores internacionales buscan beneficios. En contraste, el constructivismo se aleja del racionalismo porque considera que los agentes no son unidades racionales ni unitarias, y que, por el contrario, esa *realidad* está condicionada por los actos discursivos de los agentes, donde se impone la autopercepción de cada unidad y su interacción con las percepciones de los terceros (intersubjetividad).

En este sentido, Wendt se pregunta si en el caso hipotético en que Cuba y Canadá anunciaran una dotación de ojivas nucleares el resultado sería el mismo (dado que se trata de un aumento muy significativo de sus respectivas capacidades militares). Si la realidad estuviese determinada exclusivamente por la distribución del poder material, el resultado debería ser el mismo, porque ambos entrarían al exclusivo grupo de las Potencias nucleares (Wendt, 1999: 397). Sin embargo, la diferencia más relevante sería consecuencia directa de la distinta manera como terceros Estados interpretan a Cuba y a Canadá. Así, el primero es considerado por numerosos actores como un Estado que constantemente desafía las lógicas del sistema internacional, situación que no sucede con Canadá. En consecuencia, como se puede ver en este ejemplo relativo a la adquisición de armas nucleares, se observa que conceptos tales como *orden*, *seguridad*, *amenaza* y *anarquía*, lejos de representar una realidad inmutable, dada y material, reflejan una concepción del mundo construida por la forma en que los Estados se muestran y son percibidos, y la manera en que dichas representaciones inciden en el sistema.

Con base en lo anterior, Wendt (1999) enfatiza en cómo las ideas constituyen tanto la materialidad del sistema internacional como los conceptos de poder y estructura, afirmando que la función que se le

da a los distintos hechos sociales no tiene un contenido fijo, sino que se amolda a la interpretación que los agentes hacen de los mismos. En particular, en relación con la creación e interacción de las instituciones internacionales, el autor subraya que “el proceso por el cual los egoístas aprenden a cooperar es, al mismo tiempo, un proceso de reconstrucción de sus intereses frente a los compromisos compartidos con las normas sociales” (Wendt, 1992).

En cuanto a las instituciones, es importante mencionar que el concepto de institución va ligado al de régimen internacional, entendido como conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos (hechos sociales para el constructivismo) alrededor de los cuales las expectativas de los actores convergen en un área de las RI. En este sentido, las instituciones deben ser analizadas según dos dimensiones: (i) como el resultado de la interacción discursiva y de la construcción social que hacen los Estados; y (ii) como un factor de cambio de la identidad de estos últimos, pues se trata de una dinámica circular. De esta manera, los Estados van aceptando también una nueva forma de comportamiento (*comportamiento aceptado*) (Fehl, 2004; Wendt, 1999), conformado por valores, ideas y normas que surgen en el seno de las instituciones internacionales.

Bajo estos presupuestos, la idea de una JIP surge de la forma en que han ido cambiando las percepciones y significados sobre los conceptos de soberanía, responsabilidad de actores no estatales y lucha contra la impunidad. Por consiguiente, la CPI no debe analizarse aisladamente desde su funcionamiento actual, sino desde los procesos sociales que derivaron en su constitución (Slaughter *et al.*, 1998; Onuf, 2012; Sinclair, 2010; Rudolph, 2017).

Un escenario donde esto se puede evidenciar es el ánimo político generado con la creación de la CPI, y el recelo de los cinco miembros permanentes del CSNU por la creación de un organismo que pudiera socavar sus competencias sobre la determinación y manejo de las amenazas y quebrantamientos de la paz y los actos de agresión (Bergsmo, 2000). Sin embargo, el apoyo de la Unión Europea, de una buena parte de los Estados africanos y latinoamericanos y de numerosas ONG agrupadas en la CICC, permitió que se convocase la Conferencia Diplomática que llevó a la adopción del ECPI en 1998, y a su entrada en vigor el primero de julio de 2002 (Olasolo *et al.*, 2018).

Finalmente, conviene subrayar desde ahora que el peso actual del DIP en las RI no solo se explica por la creación de la CPI, puesto que la JIP se configura como un auténtico régimen internacional, el cual es aplicado por varias instituciones internacionales, entre las que se encuentra la CPI. A lo que hay que unir que, lejos de encontrar un consenso sobre el significado de la CPI, se observa una multiplicidad de percepciones y, por ende, una identidad fluida y difícil de definir.

3. CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL PENAL EN EL SISTEMA INTERNACIONAL

La JIP no debe entenderse limitada a las decisiones de los tribunales internacionales penales, sino que incluye también la estructura misma del sistema que se desarrolla por medio de interacciones entre Estados, y entre estos y otros actores internacionales (Malekian, 2014: 1). De esta forma, bajo el entendido constructivista de que los actores por medio de su comportamiento promueven el desarrollo de identidades y crean la realidad social internacional, es necesario analizar cómo la JIP ha ido construyéndose hasta llegar al establecimiento de la CPI.

La idea de una JIP surge de una nueva percepción del concepto de soberanía en aras de evitar la impunidad. Históricamente, la JIP ha evolucionado por medio de procesos que revelan la tensión entre los intereses de poder y riqueza de los Estados (como principales actores internacionales), y los valores morales y sociales comúnmente compartidos por la sociedad internacional (Bassiouni, 2009:271). En consecuencia, para comprender la CPI como exponente institucional de la JIP es necesario estudiar no solo su funcionamiento actual, sino también los procesos que la antecedieron y derivaron en sus normas, principios, valores e ideas.

En lo que Bassiouni denomina como la primera etapa histórica de la JIP, tres eventos son determinantes: (i) el juicio contra Conradin von Hohenstaufen en 1268², (ii) el juicio contra Peter von Hagenbach

² Conradin von Hohenstaufen, un noble alemán, fue juzgado y ejecutado en 1268 en Italia por transgredir los dictados Papales al atacar a un noble francés, y saquear y asesinar a ciudadanos italianos cerca de Nápoles. Algunos de estos crí-

en 1474³; y (iii) la derrota de las tropas de Napoleón por Austria, Inglaterra, Prusia y Rusia en 1813⁴. Estos tres eventos son relevantes ya que evidencian la naturaleza política de la JIP (Bassiouni, 2009).

Al finalizar la Primera Guerra Mundial, los Aliados buscaron enjuiciar a los dirigentes alemanes por iniciar la guerra y por los crímenes cometidos durante la misma. Así, el art. 227 del Tratado de Versalles (1919) establece la posibilidad de procesar al Káiser Wilhelm von Hohenzoller (Jefe de Estado de Alemania durante el conflicto). Esta referencia expresa al principio de responsabilidad internacional del individuo resultó siendo determinante para que, en 1945, se establecieran el TMI (Núremberg) y el TMILO (Tokio).

En los estatutos de estos dos tribunales es evidente que, para los Aliados, los individuos, sin importar el cargo que ostenten, pueden ser responsables por crímenes en contra de la paz, de guerra y de lesa humanidad (Rudolph, 2017: 2). Con ello se “levanta el velo” de la soberanía estatal, al prohibir conductas que, anteriormente, eran competencia exclusiva de los Estados en el ámbito interno, lo que genera una nueva relación entre los individuos y el Estado por un lado, y entre los Estados y la sociedad internacional por otro (Melandri, 2009: 534).

Si bien esto puede explicarse por el interés de los Aliados en preservar la paz y seguridad internacionales (lo que justificaría limitar, hasta

menes fueron considerados como crímenes contra las leyes de dios y del hombre (Bassiouni, 2009: 297 *et seq*).

³ En 1474, en Breisach (Alemania) fue juzgado Peter von Hagenbach, quien era un *condottiere* holandés (podría decirse que un mercenario) contratado por el Duque de Borgoña para formar un ejército que ocupara la ciudad de Breisach y cobrara impuestos a la población. Al oponerse a estos impuestos la población de Breisach, el Duque de Borgoña ordenó a von Hagenbach saquear, violar e incendiar la ciudad. Este ataque fue de tal magnitud que se consideró un crimen contra las leyes de Dios y del hombre. Durante el juicio se rechazó que el acusado exhibiera las órdenes del Duque, escudando a este último de su responsabilidad (Bassiouni, 2009: 298).

⁴ En 1813, los Aliados (Austria, Inglaterra, Prusia y Rusia) derrotaron las tropas de Napoleón en Leipzig (Alemania); meses después, Napoleón fue capturado y enviado a la isla de Santa Elena. Aun cuando los Aliados estaban interesados en juzgar a Napoleón, se consideró que este estaba casado con la hija del Emperador de Austria. Por lo tanto, se consideró que Napoleón no podría ser juzgado como un criminal común, así que se decidió solo exiliarlo (Bassiouni, 2009: 300).

cierto punto, el contenido de los conceptos de inmunidad y soberanía, anteriormente percibidos como sacrosantos) (Broomhall, 2004: 42), no es menos cierto que la idea de juzgar a los responsables de crímenes internacionales era entendida principalmente como la confirmación de que se había vencido en una guerra (Hirsch Ballin, 2019: 202). Esto no impidió a estos tribunales, sin embargo, sentar las bases para el futuro desarrollo y eventual establecimiento de un tribunal de carácter permanente que juzgara los crímenes internacionales de mayor gravedad.

Si bien los vencedores de la Segunda Guerra Mundial establecieron el TMI (Nuremberg) y el TMILO (Tokio), las tensiones políticas entre los bloques liderados por los EE.UU. y la URSS provocaron la Guerra Fría y detuvieron el proceso de desarrollo de la JIP hasta la década de 1990 (Huikuri, 2019: 6). Esta “parálisis” evidencia la relación y dinámica entre los intereses políticos de los Estados hegemónicos y el desarrollo de la JIP.

Finalizada la Guerra Fría, el siguiente desarrollo en el sistema fue el establecimiento del TPIY (1993), el TPIR (1994) y los tribunales híbridos. Con el establecimiento del TPIY por la Resolución 827 (1993) del CSNU se aseguró que los responsables de crímenes internacionales no pudieran escudarse detrás del concepto de soberanía (Rudolph, 2017: 3, 16). Sin embargo, al mismo tiempo, el hecho de que el CSNU estableciera el TPIY y el TPIR evidencia todavía rezagos de la “justicia de los vencedores”, porque ambos tribunales fueron establecidos por los Estados más influyentes en el CSNU (Rudolph, 2017: 3).

Los tribunales creados para situaciones regionales específicas, como el TPIY, el TPIR y los tribunales híbridos (la CESL, las SETC, y el TEL), han cumplido un rol fundamental en cuanto al enriquecimiento del régimen de la JIP, consolidando un cuerpo normativo tanto en lo sustancial como en lo procedimental (Scheffer, 2011). Las situaciones de crímenes atroces para los que fueron creados han tenido un impacto significativo en la mutación de los intereses de los Estados y demás actores internacionales, generando el desarrollo de nuevas identidades que se han visto reflejadas en el proceso de institucionalización que ha llevado a la creación de la CPI.

Si bien el proceso de establecimiento de la CPI puede rastrearse hasta el “código de crímenes internacionales” y “el estatuto para un

tribunal penal internacional”, adelantados por la CDI tras la Segunda Guerra Mundial, este proceso estuvo detenido hasta principios de la década de 1990, y solo concluyó con la aprobación del ECPI en el último día de la Conferencia Diplomática de Roma, el 17 de julio de 1998 (Olasolo *et al.*, 2018).

Esta Conferencia Diplomática ha sido la conferencia de codificación más grande de las Naciones Unidas hasta el momento (participaron 160 Estados, 17 organizaciones intergubernamentales, 14 agencias y fondos de las Naciones Unidas y 124 ONG) (Huikuri, 2019: 7). En la misma se pudieron distinguir claramente tres bloques de Estados: los Estados “amigos de la Corte” (*Like-Minded States* (LMS))⁵, el bloque formado por los miembros del CSNU (a excepción del Reino Unido) y el bloque de los Países No Alineados⁶.

Los LMS, que era la coalición más grande y organizada, buscaba que la CPI fuera establecida como una institución fuerte, independiente de los Estados y del CSNU (en particular, su Fiscalía) y efectiva. Además, argumentaban que la efectividad de la CPI debía surgir de una “obligación universal” de cooperar con la misma y de su autonomía para decidir sobre las situaciones en las que debía intervenir (Huikuri, 2019: 7). Los LMS lograron eliminar del borrador de ECPI el veto del CSNU sobre las investigaciones que la CPI adelantaría. Así mismo consiguieron que se aceptara la autonomía de la Fiscalía para iniciar las investigaciones. Todo ello muestra el interés de un número considerable de Estados en ceder parte de su soberanía en aras de hacer más efectivas las investigaciones de la CPI, lo que refuerza la capacidad del régimen internacional (Krasner, 1982).

El bloque de los miembros permanentes del CSNU tenía una visión diferente de la CPI. Al inicio de las negociaciones, estos Estados tuvieron que acostumbrarse a estar en igualdad de condiciones

⁵ La LMS estaba conformada por 60 Estados entre los cuales destacan Alemania, Países Bajos, Canadá, Australia, Argentina, Sudáfrica y todos los países de la Unión Europea (a excepción de Francia). A esta coalición también se unieron posteriormente la Coalición de las ONGs.

⁶ El Movimiento de los Países No Alineados es una agrupación de Estados que se formó con el propósito de conservar una posición neutral y no aliarse a ninguna de las superpotencias de la Guerra Fría como lo eran la antigua Unión Soviética y los EE.UU.

con otros Estados en los debates relacionados con los temas de paz y seguridad internacionales, que hasta entonces controlaban casi de forma exclusiva (Huikuri, 2019: 7; Benedetti & Washburn, 1999: 4; A/RES/50/46, 1995). Este bloque buscaba asegurar su control sobre la CPI al promover el reconocimiento de su derecho de veto sobre sus actuaciones. Además, se oponían a una Fiscalía independiente y a incluir dentro del ECPI el crimen de agresión. De esta forma, la CPI se asemejaría más a un tribunal *ad hoc* como el TPIY o el TPIR (Huikuri, 2019: 8; Benedetti & Washburn, 1999:18).

Finalmente, el bloque de los Países No Alineados buscaba una CPI que no estuviera bajo el control del CSNU, pero que fuera más débil que la propuesta por los LMS (Huikuri, 2019: 8; Washburn, 1999: 367). Este bloque promovió incluir el crimen de agresión, y que la CPI respetara la soberanía de los Estados, por lo que apoyó firmemente el principio de complementariedad (Huikuri, 2019: 8).

Es importante subrayar que los EE.UU. (Potencia hegemónica en la década de 1990) participaron en la Conferencia Diplomática con la delegación más grande con el fin de asegurarse que el ECPI se acomodara a sus intereses nacionales (Huikuri, 2019: 9; A/CN.4/L.488, 1993). Sin embargo, al no conseguir sus objetivos, rechazaron el texto final del ECPI, lo que los llevó a votar en su contra junto con China, Cuba, Irak, Israel, Yemen y Qatar. Como resultado, la adopción del ECPI es considerada por muchos como “una derrota diplomática de proporciones épicas” para los EE.UU. (Huikuri, 2019: 9; Brown, 2000: 66).

Con el establecimiento de la CPI, los Estados parte “ceden” ciertos aspectos de su soberanía porque la competencia para investigar y enjuiciar penalmente ha sido desde el siglo XVII uno de los poderes exclusivos de la soberanía estatal (Rudolph, 2017; Cryer, 2005: 985-987; Morgenthau, 1978). Por ello, Rudolph (2017) sugiere que el cambio hacia un modelo de responsabilidad internacional individual representa también, una transferencia notable de autoridad desde los Estados a las instituciones internacionales.

De esta manera, si bien los Estados han sido tradicionalmente reacios a ceder soberanía mediante la entrega de poderes jurisdiccionales a instituciones internacionales con capacidad de juzgar crímenes cometidos en su territorio o por sus nacionales, es por un acto de

soberanía estatal que se establece la CPI y se le atribuye jurisdicción (utilizándose por tanto la soberanía estatal para avanzar los propósitos de la JIP) (Cryer, 2005: 985).

Desde su creación, la CPI ha tenido en cuenta las normas internacionales creadas por otros tribunales internacionales penales que la antecedieron (Scheffer, 2011; Olasolo *et al*, 2018). Su establecimiento, unido a las actividades de estos otros tribunales, ha ido creando la idea de que a través de sus instancias es posible acercarse al ideal de justicia en materia de aplicación de la responsabilidad internacional individual.

Así mismo, con el establecimiento de la CPI se deja de lado la “justicia de los vencedores”, porque, debido a su carácter permanente y a que solo puede conocer de los crímenes cometidos después de su establecimiento, la CPI, a diferencia del TMI (Nuremberg) y del TMILO, el TIPY y el TIPR, no ha sido creada como respuesta de los vencedores para enjuiciar a los vencidos. Por el contrario, ha sido creada por un tratado internacional en el que los Estados soberanos, al hacerse parte, manifiestan su consentimiento para asumir las obligaciones allí recogidas⁷ (es importante, sin embargo, subrayar que el CSNU puede remitir una situación a la CPI cuando tenga conocimiento de que se ha cometido uno, o varios de los crímenes previstos en el ECPI, aun cuando estos hayan tenido lugar en Estados no parte del ECPI)⁸.

Además, la CPI se distingue también de los tribunales internacionales penales que la precedieron por ser la primera institución de la JIP que otorga extensos derechos a las víctimas en materia de participación en las actuaciones y reparación. La introducción del concepto de “justicia para las víctimas” resulta novedoso y constituye un claro ejemplo de una identidad del sistema internacional basada en valores como la justicia, los derechos de las víctimas y la reparación, que es

⁷ Sin embargo, autores como Mérgret (2015: 85) subrayan que aquellos tribunales internacionales penales que tienen aspiraciones universales, como la CPI, tienden a escapar de sus creadores para convertirse en instituciones que buscan realizar valores internacionales.

⁸ Ver el art. 13 del ECPI. Como ejemplo puede verse la situación en Darfur (Sudán) que fue referida por el CSNU a la Fiscalía de la CPI por medio de la Resolución 1593 (2005) en marzo de 2005. Igualmente, la situación en Libia fue referida por el CSNU a través de la Resolución 1970 (2011) en febrero de 2011.

ajena a la “justicia de los vencedores”. Esto no significa, sin embargo, que la CPI no haya sido acusada por la forma en que selecciona sus situaciones y casos de ser una institución al servicio de los Estados occidentales/europeos para dominar y “disciplinar” a los países no hegemónicos (principalmente africanos) (Huikuri, 2019: 14).

En todo caso, el proceso de institucionalización de la JIP, que se ha visto en cierto modo culminado con la creación de la CPI, demuestra la evolución de las identidades de los Estados, reflejando la construcción de nuevos valores que determinan el rumbo de gran parte de las instituciones internacionales (buena parte comprometidas con el orden liberal). Además, al haberse convertido la aplicación de la responsabilidad internacional individual en una obligación *erga omnes* (Cassese, 2003: 736), se observa la aparición de “nuevos” valores en el orden internacional. De esta forma, la CPI es uno de los resultados que surgen de comprender que el discurso sobre la soberanía estatal, entendida como inviolable, ha amparado tradicionalmente violaciones graves a derechos humanos, y que, en aras de la protección de otros valores fundamentales para la actual sociedad internacional, es necesario superarlo (Sadat, 2007).

4. LA FUNCIÓN DE LA CPI COMO EXPONENTE INSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL PENAL, SU RELACIÓN CON LOS ESTADOS Y SU IMPACTO EN EL CONCEPTO DE SOBERANÍA ESTATAL

Habiendo comprendido el desarrollo histórico de la JIP, que, en cierta medida, culmina con el establecimiento de la CPI, resulta necesario analizar la función de esta última como exponente institucional de la JPI. En este sentido, desde una perspectiva constructivista, su aspecto más destacado es la naturaleza complementaria de la CPI en relación con las jurisdicciones nacionales (para muchos la “piedra angular” sobre la que se construye el sistema del ECPI) (Melandri, 2009:535-536), porque permite comprender la relación entre la CPI y la soberanía estatal.

El carácter complementario de la CPI, que se contrapone con la primacía con la que los tribunales internacionales penales que la pre-

cedieron han estado investidos frente a las jurisdicciones estatales (Benzing, 2003), se encuentra consagrado en el preámbulo y en el art. 1 del ECPI. Conforme al mismo, las jurisdicciones nacionales tienen prioridad sobre la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes previstos en el ECPI, limitando la actuación de la CPI a aquellos escenarios donde las autoridades locales no actúan, o lo hacen con una evidente falta de disposición o de capacidad para el desarrollo de sus actuaciones (Delmas-Marty, 2006).

El art. 17 del ECPI recoge las circunstancias en las que se considera que un Estado, a pesar de haber iniciado sus actuaciones, no tiene la disposición o la capacidad para investigar y/o enjuiciar los crímenes internacionales cometidos en su territorio o por sus nacionales (Stahn, 2018; Triffterer & Ambos, 2016). Mientras el criterio de la falta de capacidad es de naturaleza preeminentemente objetiva porque se basa en hechos (como el colapso total o parcial del sistema judicial nacional), el criterio de la falta de disposición tiene un componente subjetivo mucho más marcado al requerir que las actuaciones nacionales se adelanten con: (i) el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal conforme al ECPI; (ii) un retraso injustificado; o (iii) falta de independencia o imparcialidad. Además, en estos dos últimos casos, el retraso o la falta de independencia o imparcialidad en las actuaciones internas ha de ser incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona afectada ante la justicia (Benzing, 2003).

La CPI tienen la facultad para decidir en última instancia si un Estado tiene, o no, la disposición y la capacidad para llevar a cabo sus actuaciones nacionales (para lo cual puede solicitar el examen de los procedimientos penales nacionales) (Melandri, 2009: 540). Sin embargo, el art. 19 del ECPI atribuye a los Estados afectados la facultad para impugnar la admisibilidad de situaciones y casos, favoreciendo así una relación compleja, interactiva y dinámica entre la CPI y los Estados.

El principio de complementariedad responde a varias razones. En primer lugar, reconoce que las autoridades nacionales están en mejor posición que la CPI para recolectar la evidencia necesaria y arrestar a los imputados. En segundo lugar, salvaguarda la “sostenibilidad” de la CPI, porque resulta inapropiado que esta última se vea desbordada de situaciones y casos, dadas sus limitaciones de infraestructura y

financieras. En tercer lugar, incentiva a los Estados para que ejerciten su jurisdicción respecto de los crímenes previstos en el ECPI. Finalmente, representa un compromiso entre el respeto por la soberanía estatal y la necesidad de promover la aplicación eficaz de la responsabilidad internacional individual (Philippe, 2006).

La tensión entre la JIP y la soberanía estatal se ve reflejada en los distintos aspectos del principio de complementariedad como principio rector de las relaciones complejas y multifacéticas entre la CPI y las jurisdicciones nacionales (Melandri, 2009: 532). Su desarrollo refleja un cambio en las últimas décadas en la concepción sobre la soberanía estatal, al haberse transformado en una idea de autoridad que no tiene un carácter absoluto y puede ser “cedida” (TPIY, Tadic, 02/10/1995: párrs. 55, 97; Melandri, 2009: 542).

Nagan & Hammer (2004: 31) argumentan por su parte que, en el DI contemporáneo, la idea de soberanía no es una cuestión vertical, sino que tiene un componente basado en la voluntad popular del que surge su legitimidad. De esta manera, al recogerse en el ECPI crímenes cometidos principalmente contra las personas, se convierte en una herramienta que protege el origen de la legitimidad de la soberanía. Además, para estos autores, el ECPI protege también la soberanía en el sistema internacional mediante la definición del crimen de agresión, que siempre se dirige contra la integridad e independencia territorial y política de Estados soberanos (Nagan & Hammer, 2004: 34). En consecuencia, los Estados parte no renuncian a su soberanía al atribuir jurisdicción a las instituciones de la JIP, como la CPI, sino que se limitan a cederla.

Al hacer esa cesión, los Estados parte se comprometen con la CPI a tener un diálogo y un trabajo constructivo que promueva el cumplimiento de su función (Melandri, 2009: 542). Del mismo modo, el ECPI motiva a los Estados parte a ejercitar su soberanía porque les reconoce prioridad para enjuiciar los crímenes cometidos en su territorio o por sus nacionales. De esta manera, internalizan el valor de investigar y enjuiciar crímenes internacionales, participan en el desarrollo de la costumbre internacional y se involucran directamente en la administración de la JIP, al participar, por ejemplo, en la nominación y la elección de jueces o votando en la Asamblea de los Estados parte (Melandri, 2009: 242-243). En consecuencia, se puede afirmar que la

CPI juega una función relevante en la mutación del significado del concepto de soberanía estatal.

Por otra parte, es importante subrayar que la CPI hace parte del sistema internacional, entrando a una esfera donde los intereses y los discursos son determinantes. Además, como el órgano de la CPI que tiene un mayor ámbito de discrecionalidad es la Fiscalía (al tener la potestad de decidir si solicita o no a la SCP la autorización para la apertura de una investigación o la emisión de una orden de arresto o de comparecencia), esta tiene la facultad de adoptar diferentes estrategias de actuación frente a los Estados.

Desde una “aproximación estrictamente jurídica”, se espera que la Fiscalía actúe de manera apolítica, y que la CPI examine la información sobre los posibles crímenes previstos en el ECPI con pocas referencias a las realidades que los rodean y a los intereses de las grandes Potencias. Según esta aproximación, el único rol de la Fiscalía es determinar si la CPI tiene jurisdicción material, personal, temporal y territorial, si los crímenes cometidos tienen la suficiente gravedad y si las jurisdicciones locales están adelantando investigaciones y enjuiciamientos sobre los mismos de forma adecuada. De esta manera, las dinámicas políticas del país, la región y la sociedad internacional sólo resultan relevante en tanto provean información sobre alguna de las cuestiones jurídicas arriba mencionadas, porque comprender el contexto político puede ayudar a la CPI a determinar, entre otras cosas, si actores clave actuaron con una “intención genocida” o se organizaron conforme a una cadena de mando (Bosco; 2013: 18). La política no debe, por tanto, ser tenida en consideración en ningún otro sentido.

En contraposición, una aproximación más pragmática acepta que la CPI puede ser dependiente del apoyo estatal, y que hay realidades diplomáticas que determinan si una investigación es factible o no de ser llevada a cabo. En consecuencia, la Fiscalía debería considerar estas realidades al momento de adoptar su estrategia de investigación, porque ignorar la necesidad que tiene la CPI de apoyo estatal podría debilitar su credibilidad (Bosco; 2013: 19).

Si bien esta última aproximación conlleva riesgos significativos, porque incorporar consideraciones políticas en decisiones que se supone se han de basar exclusivamente en criterios jurídicos implica que la CPI deje de ser imparcial (lo que podría afectar el sistema que

ha buscado desarrollar), al mismo tiempo, esta dinámica puede resultar en una “acomodación mutua” donde los Estados, incluyendo las grandes Potencias, pueden tolerar e incluso apoyar a la CPI (Bosco; 2013: 20). Esta acomodación puede verse en las primeras decisiones de la Fiscalía sobre la selección de las situaciones a investigar. Si bien la Fiscalía fue cautelosa para evitar las tensiones con las grandes Potencias, sentó al mismo tiempo precedentes que han sido fundamentales para futuras investigaciones.

En cuanto a las posibles estrategias de los Estados frente a la CPI, estas son determinadas por sus intereses nacionales y pueden resumirse en las tres siguientes: marginalización, control y aceptación (Bosco; 2013: 13). La primera supone fomentar que la CPI permanezca débil y eventualmente pierda relevancia. Esta estrategia, que puede implementarse por medios formales e informales (como evitar asignar o emplear recursos financieros que apoyen a las actuaciones de la CPI), ha sido adoptada por las grandes Potencias, como respuesta a una institución que no pueden controlar de forma directa, y que puede resultar inconveniente y peligrosa para sus intereses. Además, como Rudolph (2013: 3-6) ha argumentado, las ventajas de la CPI pueden considerarse muy difusas para competir con los “beneficios” de la soberanía estatal y de otros intereses nacionales.

En segundo lugar, los Estados pueden buscar controlar la CPI para tratar de atarla a una interpretación estricta de su mandato y evitar su interferencia con los intereses políticos y diplomáticos de los Estados afectados (Bosco, 2013: 14). La forma de control más evidente es mediante la posibilidad de los miembros permanentes del CSNU de instrumentalizar la facultad del CSNU para solicitar la suspensión por un plazo de al menos doce meses de las investigaciones y enjuiciamientos adelantados por la CPI⁹. Además, los miembros permanentes del CSNU pueden también utilizar la facultad de este organismo para referir situaciones a la Fiscalía de la CPI con el fin de que sean investigadas¹⁰, pudiendo de esta manera extender la jurisdicción de la CPI a crímenes cometidos en Estados no parte por sus

⁹ Vid. Art. 16 del ECPI.

¹⁰ Vid. Art. 13(b) del ECPI.

nacionales¹¹. En este sentido, conviene subrayar que, si bien las remisiones de situaciones por parte del CSNU han dotado de legitimidad a la CPI, esto no ha obligado a los miembros permanentes del CSNU a apoyar el trabajo de la CPI (Bosco, 2013: 21).

Finamente, los Estados, y en particular las grandes Potencias, pueden optar como tercera estrategia por aceptar una CPI que no pueden controlar, si llegan a la conclusión de que los beneficios de apoyar la institución superan los costos. La aceptación puede evidenciarse, por ejemplo, en las auto remisiones por ciertos Estados de aquellas situaciones que han tenido lugar dentro de su propio territorio nacional.

5. EL ANÁLISIS DE LA APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN EN LA SITUACIÓN EN AFGANISTÁN DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTRUCTIVISTA

El 20 de noviembre de 2017, la Fiscalía de la CPI presentó *proprio motu* ante la SCP II una solicitud de apertura de investigación en la situación en la República Islámica de Afganistán a causa de los crímenes previstos en el ECPI presuntamente cometidos en su territorio desde el 1 de mayo de 2003, o en el territorio de otros Estados parte desde el 1 de julio de 2002 con tal de que hubieran estado relacionados con los primeros (CPI, Oficina de Información Pública, 20/11/2017; CPI, Afganistán, 20/11/2017). La solicitud se refería, en particular, a los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos por: (i) los talibanes y sus grupos asociados; (ii) las fuerzas especiales afganas; y (iii) las fuerzas armadas de los EE.UU. y la CIA (CPI, Afganistán, 20/11/2017; CPI, Afganistán, 05/03/2020)¹².

En un primer momento, la SCP II negó el 12 de abril de 2019 la autorización de apertura de la investigación basándose en el art. 15(4) del ECPI, porque, según afirmó, “sin perjuicio del hecho que

¹¹ La situación en Darfur, Sudán fue referida por el CSNU, en marzo de 2005, por medio de la Res. 1593 (2005). La situación en Libia fue referida por el CSNU, en febrero de 2011, por medio de la Res. 1970 (2011).

¹² El art. 15 del ECPI permite a la Fiscalía abrir una investigación *motu proprio* sin necesidad que medie una remisión de situación por un Estado parte o por el CSNU; sin embargo, dicha investigación debe ser autorizada por una SCP.

todos los requisitos relevantes se cumplen tanto en lo que respecta a la jurisdicción como a la admisibilidad, una investigación sobre la situación de Afganistán no serviría los intereses de la justicia” (CPI, Afganistán, 12/04/2019). Sin embargo, el 5 de marzo del 2020, la SA de la CPI revocó esta decisión y autorizó la apertura de la investigación, al considerar que la SCP II había cometido un error en derecho al reinterpretar el criterio de los intereses de la justicia sin ceñirse a la solicitud de la Fiscalía (CPI, Afganistán, 05/03/2020: párrs. 23-46).

La apertura por la CPI de la investigación en relación con los posibles crímenes cometidos por las fuerzas armadas estadounidenses en Afganistán marca una ruptura con el posicionamiento hegemónico de los EE.UU. en la sociedad internacional, y brinda una perspectiva distinta al análisis de la JIP y de la paz y seguridad internacionales. Esta nueva perspectiva aborda la materialización de la aplicación de criterios jurídicos a conductas cometidas en el terreno (en particular, cuando son tan graves como las sucedidas en Afganistán). Además, la tensión creada entre los EE.UU. y la CPI pone en entredicho la capacidad que pueda llegar a tener esta última para desarrollar su investigación porque, si bien dicha relación siempre ha sido complicada, desde que la Fiscalía presentó su solicitud en 2017 se ha deteriorado mucho más.

En este sentido, conviene subrayar que desde la “derrota diplomática” sufrida por la delegación norteamericana en la Conferencia de Roma, los EE.UU. han solicitado reiteradamente que la jurisdicción de la CPI sea voluntaria, con el fin de preservar un concepto más absoluto de soberanía y de impedir que la CPI pueda ejercer su jurisdicción sobre los ciudadanos de Estados no parte, incluyendo los norteamericanos (Ochs, 2019). Debido al rechazo a esta propuesta, los EE.UU. han realizado múltiples esfuerzos por blindar a sus nacionales de cualquier acción de la CPI, concluyendo acuerdos bilaterales de inmunidad con más de cien Estados parte, bajo una interpretación extensiva del art. 98(2) del ECPI (a través de estos acuerdos, los EE.UU. han buscado garantizar que en el caso de que la CPI solicite a un Estado parte el arresto y entrega de algún nacional estadounidense presente en su territorio, dicho Estado se encuentre en la obligación de obtener la previa autorización del gobierno norteamericano para poder entregarlo a la CPI) (Schabas & Bernaz, 2011).

A esto hay que sumar los esfuerzos del anterior Consejero de Seguridad Nacional, John Bolton, quien siempre ha buscado minar la legitimidad de la CPI haciéndola ver como una amenaza al principio de no intervención y a la soberanía estatal, bajo el argumento de que cualquier persona podría llegar a ser juzgada por una “justicia extranjera ajena” (Al Jazeera, 2018). En consecuencia, desde el establecimiento de la CPI, los EE.UU. se han caracterizado por no apoyarla, a pesar de su papel preponderante en la creación de los tribunales internacionales penales que la han precedido (Bosco, 2013; Ochs, 2019).

Con respecto a la situación en Afganistán, concurren además otros elementos que es necesario destacar, puesto que la intervención norteamericana en este país desde 2003 ha marcado tanto puntos de continuidad como de ruptura en la definición del actual sistema internacional (David, 2013). Por un lado, la llamada “Guerra Global contra el Terrorismo”, que tuvo su inicio en Afganistán, ha supuesto la reafirmación por los EE.UU. de las respuestas armadas ante los desafíos a su seguridad nacional. Por otro lado, el posicionamiento de la agenda de “lucha contra el terrorismo” ha llevado a la proliferación de instituciones internacionales que buscan combatir el mismo, apareciendo así una nueva “etiqueta” para encubrir las prácticas hegemónicas constantes de los EE.UU. (David, 2013).

En consecuencia, la investigación de los actos cometidos por miembros de las fuerzas armadas norteamericanas e integrantes de la CIA supone una ruptura con la superioridad hegemónica de los EE.UU., elevando así la intensidad de su animadversión característica frente a las actuaciones de la CPI (el hecho de que la apertura de la investigación en la situación en Afganistán sea jurídicamente correcta a la luz del ECPI resulta irrelevante a estos efectos). En este contexto, los EE.UU. han respondido de manera directa en contra de la CPI, retirando las visas de los funcionarios encargados de la investigación (incluyendo, la de la propia Fiscal de la CPI), amenazando con congelar sus bienes en territorio norteamericano, y advirtiendo de las negativas consecuencias económicas que podría tener para cualquier Estado parte apoyar la investigación de la CPI (Ochs, 2019).

La creciente tensión en los EE.UU. y la CPI muestra cómo las relaciones e intereses propios de los Estados (ya sean parte o no del ECPI) tienen un impacto (dificultando o facilitando) en el ejercicio

por la CPI de su función de poner fin a la impunidad de los máximos responsables de los crímenes internacionales de mayor gravedad. De hecho, algunos autores afirman que la presión de EE.UU. se ha visto reflejada en ciertas decisiones adoptadas por los funciones de la CPI al momento de priorizar recursos, abrir investigaciones y cerrar casos (Poltronieri Rossetti, 2019).

De esta manera, se materializa la explicación dada por el constructivismo, según la cual, al retirar el telón jurídico de la CPI, se pueden ver las identidades propias de los sujetos que intervienen en el desarrollo del sistema del ECPI, que son influenciadas no sólo por sus actos, discursos e intereses, sino también por actores más poderosos que determinan su actividad en la escena internacional.

6. CONCLUSIONES

El constructivismo propone una lectura sobre la evolución del concepto de soberanía estatal que desafía la idea generalmente aceptada de que se trata de un principio inmutable. En consecuencia, permite explicar la profunda transformación experimentada por este concepto en las últimas décadas, especialmente por la presión cada vez más intensa para administrar justicia en situaciones donde se han cometido crímenes internacionales (de ahí que la CPI sea un referente particularmente relevante para entender esta evolución).

Al mismo tiempo, el constructivismo es una aproximación reveladora a la hora de estudiar aspectos del DI en la medida en que este refleja principios, valores, ideas y discursos que no son otra cosa que una construcción social de la realidad. Por ende, para entender la génesis, desarrollo, alcances y limitaciones de la JIP, y de la CPI como su principal exponente institucional, es indispensable su abordaje desde una óptica que sobrepase la lectura tradicional (realista o liberal) donde las decisiones racionales son el común denominador.

Para el constructivismo, la CPI es el resultado de la evolución del discurso acerca de la soberanía, que es particularmente observable en la forma en que los Estados han aceptado la alteración del paradigma político de la “justicia de los vencedores” para someterlo a criterios jurídico-internacionales. Esto ha supuesto que OI como la CPI hayan pasado a tener una mayor capacidad de acción en relación con

cuestiones (como la administración de justicia) que en el pasado eran competencia exclusiva de la soberanía estatal.

Si bien las teorías clásicas de las RI reconocen que las OI son creadas por los Estados, y, por ende, obedecen a sus intereses, los enfoques clásicos no pueden explicar las razones por las cuales siguen teniendo vigencia organizaciones que no sirven, o no se someten, a los intereses de los Estados (ya sea hegemónicos o periféricos) (Barnett y Finnemore, 1999: 703). Este es el caso de las OI de promoción y protección de los derechos humanos y de aplicación de la JIP. De esta manera, las instituciones de la JIP, como la CPI, gozan de autonomía según los términos del constructivismo y, por consiguiente, desempeñan un papel importante en la definición de la realidad internacional y en el surgimiento y permanencia de ciertos valores.

En este contexto, el principio de complementariedad responde a un concepto relativo de soberanía estatal que favorece la lucha contra la impunidad de los máximos responsables de los crímenes internacionales más graves (uno de los efectos más destacados de la tradicional definición de la soberanía estatal en términos absolutos ha sido precisamente la consolidación de dicha impunidad). El hecho de que el concepto de soberanía haya evolucionado de esta manera impacta en su relación con la JIP, lo que resulta determinante en la constitución de la estructura internacional.

La base de la interacción de la CPI con los Estados está determinada por el principio de complementariedad, que puede ser entendido como el compromiso que busca acomodar los intereses individuales y cooperativos de los Estados. De igual forma, la CPI ha reducido la tensión frente al ejercicio de la soberanía estatal, al haber sido creada por un acto soberano de los Estados parte y promover que estos últimos utilicen sus jurisdicciones nacionales para satisfacer los fines a los que se dirige la JIP. Además, si bien es la CPI la que determina en última instancia el contenido y aplicación del principio de complementariedad, hay siempre espacio para el diálogo con los Estados, al poder estos últimos impugnar, conforme al art. 19 del ECPI, la admisibilidad de situaciones y casos, lo que les confiere un cierto nivel de influencia en su aplicación.

Sin embargo, este desarrollo de la JIP se ve limitado en su aplicación práctica porque se mantienen las presiones (propias de las RI) de

los Estados (en particular, los Estados hegemónicos) sobre la CPI. Esto es resultado de que, con independencia de que compartan o no los fines de la JIP y la función de la CPI, sólo admiten su aplicación cuando no les generen ningún tipo de afectación a sus intereses nacionales, cómo refleja la actitud de los EE.UU. en relación con la apertura por la CPI de la investigación sobre la situación en Afganistán.

REFERENCIAS

Doctrina

- Barnett, M. & Finnemore, M. (2004). *Rules for the World: International Organizations in Global Politics*. Nueva York: Cornell University.
- Barnett, M. & Finnemore, M. (1999). "The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations". *International Organization*, Vol. 53(4). Pp. 699-732.
- Bassiouni, M.C. (2009). "Perspectives on International Criminal Justice". *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50(2). Pp. 269-232.
- Benedetti, F. & Washburn, J.L. (1999). "Drafting the International Criminal Court Treaty: Two Years to Rome and an Afterword on the Rome Diplomatic Conference". *Global Governance*, Vol. 5(1). Pp. 1-37.
- Benzing, M. (2003). "The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity". *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7. Pp. 591-632.
- Bergsmo, M. (2000). "Occasional Remarks on Certain State Concerns about the Jurisdictional Reach of the International Criminal Court, and Their Possible Implications for the Relationship between the Court and the Security Council". *Nordic Journal of International Law*, Vol. 69(1). Pp. 87-113.
- Bosco, D. (2013). *Rough Justice: The International Criminal Court in a World of Power Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Broomhall, B. (2004). *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Brown, B.S. (2000). "The Statute of the ICC: From The Hague to Rome and Back Again". En Sewall, S.B. & Kaysen, C. (ed.), *The United States and the International Criminal Court: National Security and International Law*. Lanham: Rowman & Littlefield.

- Cryer, R. (2005). "International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round?". *European Journal of International Law*, Vol. 16(5). Pp. 979-1000.
- David, C.P. (2013). *La Guerre et la Paix: Approches et enjeux de la sécurité et de la stratégie*. Paris: SciencesPo: Les Presses.
- Delmas-Marty, M. (2006). "Interactions between National and International Criminal Law in the Preliminary Phase of Trial at the ICC". *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4(1). Pp. 2-11.
- Hirsch Ballin, E. (2019). "The Value of International Criminal Justice: How Much International Criminal Justice can the World Afford?". *International Criminal Law Review*, Vol. 19(2). Pp. 201-213.
- Huikuri, S. (2019). *The Institutionalization of the International Criminal Court*. Londres: Palgrave Mcmillan.
- Keohane, R.O. (1993). "Institucionalismo neoliberal: Una perspectiva de la política mundial". En Keohane, R.O., *Instituciones internacionales y poder estatal: Ensayos sobre teoría de las relaciones internacionales*. Buenos Aires: GEL. Pp. 13-38.
- Keohane, R. & Nye, R. (2012). "Power and Interdependence Revisited". *International Organization*, Vol. 41(4). Pp. 725-753.
- Krasner, S.D. (1982). "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables". *International organization*, Vol. 36(2). Pp. 185-205.
- Malekian, F. (2014). *Jurisprudence of International Criminal Justice*. New-castle: Cambridge Scholars Publishing.
- Mérgret, F. (2015). "What Sort of Global Justice Is 'International Criminal Justice'?". *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13(1). Pp. 77-96.
- Melandri, M. (2009). "The relationship between state sovereignty and the enforcement of international criminal law under the Rome Statute (1998): a complex interplay". *International Criminal Law Review*, Vol. 9(3). Pp. 531-545.
- Morgenthau, H.J. (1986). "Elementos del poder nacional". En Thompson, K.W. (ed.), *Política entre las naciones: La lucha por el poder y la paz*. Buenos Aires: GEL. Pp. 143-189.
- Morgenthau, H.J. (1978). *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*. Nueva York: Alfred A. Knopf Inc.
- Sadat, L.N. (2007). "The International Criminal Court and Universal International Jurisdiction: A Return to First Principles". En Biersteker, T.J., Spiro, P.J., Sriram, C.L. & Raffo, V.I. (ed.), *International law and international relations: bridging theory and practice*. Londres: Routledge. Pp. 181-193.
- Nagan, W.P. & Hammer, C. (2004). "The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations". *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43. Pp. 141-187.

- Olasolo, H., Carnero Rojo, E., Seaone, D. & Carcano, L. (2018). "El limitado alcance de las actuaciones de la Corte Penal Internacional en su decimoquinto aniversario y sus posibles causas". En Olasolo, H., Buitrago Rey, N.E., Bonilla Tovar, V. & Canosa Cantor, J. (ed.), *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Volumen 4*. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional e Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 395-450.
- Ochs, S.L. (2019). "The United States, the International Criminal Court, and the Situation in Afghanistan". *Notre Dame Law Review*, Vol. 95(2). Pp. 89-100.
- Philippe, X. (2006). "The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How do the Two Principles Intermesh?". *International Review of the Red Cross*, Vol. 88(862). Pp. 375-98, 380-81.
- Poltronieri Rossetti, L. (2019). "The Pre-Trial Chamber's Afghanistan Decision". *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 17(3). Pp. 585-608.
- Rudolph, C. (2017). *Power and Principle*. Ithaca: Cornell University press.
- Rudolph, C. (2013). *Power, Interests, and International Institutions: Regime Complexes and the ICC*. San Francisco: Paper presented at the ISA Annual Convention.
- Sayigh, Y. (1995). "Redefining the Basics: Sovereignty and Security of the Palestinian State". *Journal of Palestine Studies*, Vol. 24(4). Pp. 5-19.
- Schabas, W. & Bernaz, N. (ed.). (2011). *Routledge handbook of international criminal law*. Londres: Routledge.
- Scheffer, D. (2011). "The International Criminal Court". En Schabas, W.A. & Bernaz, N. (ed.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*. Londres: Routledge. Pp. 67-84.
- Stahn, C. (2018). *A Critical Introduction to International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Theys, S. (2017). "Constructivism". En McGlinchey, S., Walters, R. & Scheinpflug, C. (ed.), *International Relations Theory*. Bristol: E-International Relations Publishing. Pp. 36-41.
- Triffterer, O. & Ambos, K. (ed.). (2016). *Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Munich: C.H. Beck.
- Washburn, J. (1999). "The Negotiation of the Rome Statute for the International Criminal Court and International Lawmaking in the 21st Century". *Pace International Review*, Vol. 11(2). Pp. 361-377.
- Waltz, K. (1988). "Órdenes anárquicos y equilibrios de poder". En Waltz, K., *Teoría de la política internacional*. Buenos Aires: GEL. Pp. 151-189.
- Wendt, A. (1992). "Anarchy is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics". *International Organization*, Vol. 46(2). Pp. 391-425.

Wendt, A. (1999). *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.

Jurisprudencia

Corte Penal internacional

- CPI [Sala de Apelaciones]. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. *Judgment on the appeal against the decision on the authorization of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*. Doc. Núm. ICC-02/17 OA4. 5 de marzo de 2020. Citado como: CPI, Afganistán, 05/03/2020.
- CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*. Doc. Núm. ICC-02/17-33 12-04-2019. 12 de abril de 2019. Citado como: CPI, Afganistán, 12/04/2019.
- CPI. [Fiscalía]. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. *Public redacted version of "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp*. Doc. Núm: ICC-02/17-7-Red 20-11-2017. 20 de noviembre de 2017. Citada como: CPI, Afganistán, 20/11/2017.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- TPIY [Sala de Apelaciones II]. Prosecutor v. Duško Tadić, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Caso No. IT-94-I-AR72, 2 de octubre de 1995, para 55, 97. Citado como: TPIY, Tadic, 02/10/1995.

Resoluciones, informes y otros documentos

- Colombia. Cancillería (2003). *Acuerdo entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de los Estados Unidos de América respecto a la entrega de personas de los Estados Unidos de América a la Corte Penal Internacional*. Recuperado de: <http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/US-17-09-2003.PDF>
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2007). *Policy Paper on the Interests of Justice*. 1 de septiembre de 2007. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/IC-COTPIInterestsOfJustice.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública. (29/01/2004). *Press Release: President of Uganda Refers Situation concerning the Lord's Resistance Army (LRA) to the ICC*. 29 de enero de 2004. Recuperado de:

- https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=president+of+uganda+refers+situation+concerning+the+lord_s+resistance+army+_lra_+to+the+icc Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (19/04/2004). *Press Release: Prosecutor Receives Referral of the Situation in the Democratic Republic of Congo*. 19 de abril de 2004. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=prosecutor+receives+referral+of+the+situation+in+the+democratic+republic+of+congo>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (07/01/2005). *Press Release: Prosecutor Receives Referral concerning Central African Republic*. 7 de enero de 2005. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp+prosecutor+receives+referral+concerning+central+african+republic>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (20/11/2017). *Press Release: The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, Requests Judicial Authorisation To Commence an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*. 20 de noviembre de 2017. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=171120-otp-stat-afgh>
- Estados Unidos de América. The President of the United States of America (2020). *Executive Order 13928 of June 11, 2020. Blocking Executive Order on Blocking Property of Certain Persons Associated with the International Criminal Court*. Recuperado de: <https://home.treasury.gov/system/files/126/13928.pdf>
- Hutton, L. (2014). *South Sudan: From Fragility at Independence to a Crisis of Sovereignty*. Clingendael, Netherlands Institute of International Relations. Recuperado de: <https://www.clingendael.org/sites/default/files/2016-02/South%20Sudan.pdf>
- Mali. Ministerio de Justicia (2012). *Carta dirigida a la fiscal jefe de la Corte Penal Internacional*. 13 de julio de 2012. Recuperado de: <https://legal-tools.org/doc/06f0bf/pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2005). *Resolución 1593*. Doc. Núm. S/RES/1593. 31 de marzo de 2005. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3803.pdf?view=1>
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2011). *Resolución 1970*. Doc. Núm. S/RES/1970 (2011). 26 de febrero de 2011. Recuperado de: [https://www.undocs.org/es/S/RES/1970%20\(2011\)](https://www.undocs.org/es/S/RES/1970%20(2011))
- The Guardian (abril 13, 2018). “Philippines: Duterte Threatens to Arrest International Criminal Court Prosecutor”. *The Guardian*. Recuperado de: <https://www.theguardian.com/world/2018/apr/13/philippines-duterte-threatens-to-arrest-international-criminal-court-prosecutor>. Citado como: The Guardian, 2018

Capítulo 22

A PERSPECTIVA DAS TEORIAS FEMINISTAS NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Fernanda Martins
Chimelly Louise de Resenes Marcon

1. INTRODUÇÃO

O depoimento de Clementine Nyinawumuntu, uma das vítimas das práticas genocidas em Ruanda, bem descreve o terror e os profundos impactos que a violência sexual provoca sobre a subjetividade e sobre as dinâmicas sociais, bem como demonstra como o corpo, durante boa parte da história ocidental, tem sido território de ocupação, violência e morte. Violações motivadas por uma cultura patriarcal que não só naturaliza a violência como, ao subalternizar o feminino, viabiliza sua prática e coloca diuturnamente mulheres em situações de risco tanto em tempos de guerra, quanto em momentos de paz.

Se Vigarello (1998) anota que a história do estupro coincide com a história da representação da feminilidade, a epistemologia feminista avança ao sublinhar, diante do alto predomínio de violações nos distintos conflitos armados¹ pulverizados em diversas porções do globo, que a violência sexual, em menor ou maior medida, constitui uma arma de guerra e uma ferramenta política para desumanizar, aterrorizar e desalojar populações em todo o mundo (Wood, 2009)².

¹ Na lição de Cassese, pode-se falar em existência de um “conflito armado quando se recorre ao uso da força armada entre Estados ou violência prolongada entre autoridades estatais e grupos armados organizados ou entre esses grupos dentro de um Estado” (Cassese, 2013: 66. Tradução livre).

² No mesmo sentido são as declarações de Pramila Patten em reunião junto ao Conselho de Segurança da ONU em 17 de julho de 2020, que, em relatório, documentou mais de 3 mil casos de violação sexual, dos quais 89% foram praticados contra mulheres e meninas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/>

Em casa, em centros de detenção, em campos de refugiados, em ataques contra civis ou em deslocamentos forçados, são os corpos feminizados os principais destinatários de tais violências. Numa primeira ótica de análise, as mulheres são consideradas alvos estratégicos para aterrorizar e debilitar o adversário ou sua comunidade. Como tal, são vítimas de agressões físicas, psicológicas e, predominantemente, sexuais; práticas essas generalizadas e sistemáticas, tanto de grupos militarizados, quanto dos próprios Estados. Não só como tática destinada a humilhar os homens do grupo inimigo, o que em determinadas comunidades étnicas possui um efeito simbólico expressivo, a violência sexual também é considerada um prêmio aos combatentes, atrelada à conquista do território, de modo que, além dos traumas físicos e psicológicos, às mulheres sobreviventes se impõe o estigma, perante sua comunidade, de conviver com gravidezes indesejadas e doenças sexualmente transmissíveis (Bassiouni; McCormick, 1996).

Sob um segundo viés, em razão da capacidade reprodutiva, os corpos de mulheres são também destinatários prioritários da violência, diante do intento genocida de operações de “limpeza étnica”. Em tais contextos, além de violações sexuais massivas, verifica-se um alarmante número de execuções extrajudiciais, principalmente de mulheres grávidas, e de abortos induzidos, perpetrados com o claro objetivo de dizimar toda uma minoria.

Embora se trate de uma realidade conhecida e reconhecida pelas instâncias locais e internacionais, os estupros representam ainda uma história de negação; uma paradigmática forma de violência especialmente dirigida contra as mulheres, que, por quase todo o século XX, permaneceu sombreada pelas guerras e conflitos armados, mal digerida como inevitável ou como decorrência inafastável dos momentos de terror que assombram o mundo.

Diante desse cenário, o presente artigo visa a investigar a violência sexual em conflitos armados e analisar o trajeto percorrido desde o modelo de impunidade até a criminalização da violência sexual pelo

TPI³. Para tanto, se abordará os fundamentos teóricos para pensar gênero e perspectivas feministas sobre a violência, seguido pela análise sobre a criminalização internacional da violência sexual, através dos antecedentes históricos, tensões e a mobilização feminista e, por fim, se buscará apresentar como o Tribunal Penal Internacional tem se manifestado sobre questões relacionadas à violência de gênero no tópico “Tribunal Penal Internacional e a justiça de gênero: novas perspectivas, velhas abordagens, persistentes ambivalências”.

2. A VIOLÊNCIA SEXUAL COMO INSTRUMENTO BÉLICO: PERSPECTIVAS FEMINISTAS SOBRE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Ao se tomar as perspectivas de gênero, ou como optamos aqui, perspectivas feministas sobre a violência, como ponto de partida para a presente análise, uma das direções que necessita ser colocada é a compreensão da categoria “mulheres” como “objeto” analítico. Apesar de se saber a importância da chamada “história das mulheres” para a redefinição das narrativas históricas e das próprias percepções da ciência, ou da importância que a própria concepção “mulheres” possui como “categoria de análise legítima” (Federici, 2019: 31), foi e é fundamental para o desenvolvimento de novas estratégias políticas a propositura de *gênero* como instrumento investigativo. Nesse sentido, ele deve ser tomado como possibilidade de releitura na formulação do pensamento, assim como deve servir para que as estratégias jurídico-políticas sejam repensadas, opondo uma resistência necessária à definição político-jurídico-social de “mulheres” e propondo perceber a vulnerabilidade à violência dos corpos a partir da percepção de *corpos gendrados*, ou seja, *feminizados*.

³ O presente artigo foi desenvolvido ao longo dos anos de 2019 e 2020, por isso, apesar das decisões proferidas nos meses de fevereiro e março de 2021, referentes a Ntaganda e a Ongwen, ambos os casos não nos servirão de base analítica. Adotamos essa posição, considerando que até o momento final da redação do trabalho não havia confirmação das decisões e que a análise metodologicamente cuidadosa —nos mesmos termos das demais aqui investigadas— exigiria reavaliar as etapas do trabalho e a própria condução argumentativa, o que se faz impossível nos termos de prazos editoriais.

Considerar gênero como instrumento móvel potencializado através das lutas feministas, teve e tem a capacidade de “virar do avesso” a arbitrariedade pela qual foi formulado ao assinalar corpos “normativos”. Isso implica compreender que o debate de formulação do conceito “gênero” exige levar a sério as contaminações que permitem tomar “gênero” como centro argumentativo e analítico. Para tanto, é necessário apontar desde já que “mulheres” é uma expressão que deve ser anunciada como limitadora pelas análises essencialistas ou ratificadoras das binaridades que formulam interpretação e intervenção dos e nos corpos.

A linha majoritária das leituras estabelecidas a “gênero” o constitui como conceito aditivo à diferença sexual (Fouque, A, 1990; 2004, Héritier, F., 1996, 2002). Esse conceito aditivo busca manter o sentido binário estabelecido aos sujeitos. Se no sistema da diferença sexual, o corte que define a separação de sentido é a genitália e o conjunto biológico marcado pelas categorias médico-jurídicas, na relação sexo-gênero o deslocamento sobre a diferença é o recorte que redispõe os sujeitos. Ou seja, não mais se reconhece exclusivamente a definição biológica “da natureza” como pressuposto de permanência, mas também que as identidades podem ser modificadas de acordo com o autorreconhecimento para além daquele definido no nascimento (ou antes) (Rubin, 1986: 97).

No entanto, o sistema sexo-gênero, apesar de avançar em relação às amarras do sexo como destino, não desvincula “gênero” das análises monolíticas previamente definidas pelas modalidades estabelecidas pelo “sexo”. O movimento realizado consiste em rejeitar o corte biológico sexual como definidor, mas ainda assim insiste numa planificação dos corpos “assimétricos” ou “diversos”, os quais buscarão se assimilar ao “feminino” e/ou ao “masculino”, mesmo que desconectados dos marcadores físicos de “fêmea” e “macho”. A materialização de um novo contorno aos debates da conformação dos corpos identifica invariavelmente os desdobramentos das atribuições sociais e das expectativas aos corpos “feminizados” ou “masculinizados” (Scott, 1995: 3).

Esses desdobramentos sobre a percepção daquilo que estabelece como “outro”, ou seja, “da noção relacional”, atravessam as disputas de narrativas e a própria cosmovisão ocidental. Não obstante exis-

tirem inúmeros tratados de diversas ordens que buscam assinalar as diferenças entre homens e mulheres (Collin; Pissier; Varikas, 2011) a própria formulação do pensamento e produção do conhecimento são explorados desde as definições desses recortes, inclusive, sendo estes dois elementos pontos indispensáveis para novas possibilidades da produção acadêmica feminista, construções legislativas e da constituição de novos saberes (Scott, 1994).

Pode-se, dessa forma, reconhecer que a naturalização da diferença não é tão concreta como se imaginava e sua variação é verificável em contextos históricos diversos. Isso significa que, nos debates feministas e de direitos das mulheres estabelecidos sob o marco do que difere “homem” e “mulher”, as concepções do corte biológico eram analisadas como reconhecimento do que havia de diverso entre os sexos. Todo um campo do conhecimento foi desenvolvido sob a “marca” da “diferença sexual”. Esses desdobramentos da análise da diferença insistem que as definições biológicas dos corpos indicam diferenças irrefutáveis que constituiriam não somente as atribuições físicas e destinos biológicos, mas também que definiriam todo um conjunto de regras estabelecidas aos corpos generificados.

O conjunto de características físicas e psíquicas constituídos desde uma soma definida através do sentido biológico estabelece relações, desejos, identidades e assim por diante. O reconhecimento de uma diferença inerente aos “machos” e “fêmeas” esteve compartilhado pelas reivindicações por direitos desde o pleito da igualdade, mas também, ganhando forma e operando através de inúmeras discussões, colocouse como irrenunciável nas estratégias feministas de defesa da diferença como substrato de equidade (Scott, 2005: 20-21).

Nesse sentido, a busca pela diferença sexual visou obter respostas sobre a eliminação da distribuição desigual de espaços e possibilidades políticas das mulheres, tomando os sentidos biológicos como definição. Essa formulação foi, em certa medida, absorvida pelo sistema sexo-gênero, em que as modalidades de compreensão da diferença se expandiram aos fatos sociais e a distribuição de papéis no interior das relações. Essa modificação, de maneira geral, significou uma ampliação de análise e inclusão de outros grupos e recortes advindos da expansão das vulnerabilidades implicadas nas posições hierárquicas de “gênero”.

Se a “história do pensamento feminista é uma história de recusa da construção hierárquica da relação entre masculino e feminino; nos seus contextos específicos é uma tentativa de reverter ou deslocar seus funcionamentos” (Scott, 1995: 19). Aqui se coloca como desejo exatamente deslocar os funcionamentos de opressão, mas também levar ao limite as relações que forjam essa distribuição desigual, ou seja, pensar sob o risco de perceber que a captura jurídica das expressões de gênero, num geral, ignoram como é sob essa mesma linguagem que a distribuição da violência insiste em se legitimar. Isto é, as práticas que hierarquizam gênero, como mecanismo de distribuição de violência, se conectam diretamente aos aparelhos normativos que traduzem a legitimidade dessa verticalização. Noutros termos, o próprio aparato institucional e suas normas jurídicas são instrumentos indispensáveis para que haja aparência legítima em impor violência sobre corpos vulneráveis a partir de conexões de precariedade que incidem desigualdades e que se expressam pelas narrativas desiguais nas tomadas de posição, ou como se demonstrará mais adiante nessa escrita, *nas tomadas de decisão*.

Os limites do reconhecimento, portanto, são afirmados enquanto mecanismo compartilhado pelas regras jurídicas já dispostas, evidenciando que o “domínio de exclusão do feminismo revela as consequências coercitivas e reguladoras dessa construção, mesmo quando a construção é elaborada com propósitos emancipatórios” (Butler, 2009: 23). Isso permite concordar com a afirmação de que “os sujeitos jurídicos são invariavelmente produzidos por via de práticas de exclusão e que são produzidos inevitavelmente enquanto reflexos do poder jurídico já previamente estabelecido pela estrutura jurídica da política” (Butler, 2016: 46).

Nesse sentido, o “domínio da exclusão” que marca as condições de aparição e os corpos que podem ser reconhecidos no campo do visível, sem implicação forçosa de violência a qualquer tempo, pode ser pensado como o centro do problema ético a ser enfrentado quando se toma gênero como categoria política central. Assim, pensar a condição precária como a “designação politicamente induzida na qual certas populações sofrem com redes sociais e econômicas de apoio deficientes e ficam expostas de forma diferenciada às violações, à violência e à morte” (Butler, 2016: 46) estabelece à presente escrita uma convocação que recusa desassociar gênero das condições de vulnera-

bilidade radical que marcam os processos de vitimização, em especial, nas hipóteses de exposição à violência em contexto transnacional.

A “distribuição desigual da violência imposta” ou o “enquadramento seletivo e diferenciado da violência”, exige atenção ao apelo à vida, aos sentidos da precariedade, ao luto desigual e à possibilidade de aparição no enquadramento definido pelas identidades disponíveis pela “estrutura jurídica da política”.

Os dados da realidade e da distribuição da violência de gênero são naturalizados como ocorrências das práticas democráticas ou do direito internacional validado. Isso significa dizer que o *enquadramento* dos olhares direcionados para as implicações forçadas de violência, como as violências sexuais, não reconhecem essas práticas “naturalizadas” como marcas de violência, tendo em vista que são observados como contingências do cotidiano das políticas estatais. Essa possibilidade de análise se estabelece no que Butler denomina de “eficácia do enquadramento” (Butler, 2016).

Nesse sentido, “a distribuição diferencial da condição de ser passível de luto entre as populações tem implicações sobre por que e quando sentimos disposição afetivas politicamente significativas” (Butler, 2016: 45). O luto aqui vem como um dispositivo político comum, o qual condiciona o sentido de vida à esfera de aparição e aos mecanismos específicos de poder mediante os quais a vida é produzida. Desde os estudos de gênero, a precariedade, a vida precária e a condição precária se entrecruzam como condições da imposição de violência. Essa distribuição diferencial da precariedade é uma questão material e perceptual, em que vidas não são consideradas potencialmente lamentáveis e, por conseguinte, valiosas, e são essas as vidas que são obrigadas a suportar a carga da fome, do subemprego, da privação de direitos legais, da exposição às violências —entre elas aquelas que podemos pensar como bélicas (Butler, 2016).

3. A CRIMINALIZAÇÃO INTERNACIONAL DA VIOLÊNCIA SEXUAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS, TENSÕES E A MOBILIZAÇÃO FEMINISTA

“Preteritamente aos últimos vinte anos, a violência sexual e outras experiências generificadas durante as guerras, embora lamentáveis,

foram plenamente ignoradas e menosprezadas como inescapáveis consequências bélicas” (Bensouda, 2014: 533). A afirmação de Fatou Bensouda, Procuradora-Chefe do TPI, além de fazer coro ao ceticismo nutrido por uma parcela da comunidade epistêmica feminista (Smart, 1999; Martins, 2020) em relação ao manejo do direito internacional em geral e do direito internacional penal em particular como ferramenta de promoção da justiça de gênero⁴, sumariza, em certa medida, a história de negação e impunidade, escrita ao longo do último século, pelas instâncias internacionais no trato da violência sexual infligida às mulheres nos conflitos armados (Chappell, 2011; Bensouda, 2014; Minkova, 2020).

Conquanto não sejam exclusividade do século XX, Odio-Benito anota que os confrontos do último centênio, além do agudo nível de violência, foram grifados por dois traços marcantes: o primeiro, pela vitimação da população civil e não combatente, integrada dramática e predominante por mulheres, crianças e idosos; o segundo, pelo uso tático da agressão sexual como instrumento de terror e de depuração étnica, empregado primordial, ainda que não exclusivamente, contra mulheres e meninas no âmbito nacional, regional e internacional (Odio-Benito 2004).

Para além das motivações socioculturais e concepções patriarcais, que subordinam e objetificam corpos, difundidas ao redor do globo, o recurso a essa modalidade específica de violência generificada não pode ser distanciado do silêncio oficial e da aparente permissividade com que tais expressões foram captadas pela comunidade internacional. Rememorando o berço do direito internacional humanitário, Askin sublinha a existência de um único dispositivo em todas as Convenções de Haia (1899 e 1907) que, numa redação deveras imprecisa, proibia, sob a rubrica de atos atentatórios à “honra familiar”, a agressão sexual (Askin, 2003).

⁴ Aqui entendida como a possibilidade de utilizar a persecução penal contra os perpetradores dessas violações, em especial contra lideranças que se utilizam da violência sexual como tática de guerra; de inibir a ocorrência desses crimes, de expressar reprovabilidade diante dessas condutas e de prestar auxílio, financeiro e psicológico, às respectivas vítimas (Chappell, 2011; Bensouda, 2014; Minkova, 2020).

A hesitação no enfrentamento direto e contundente dos crimes de gênero fez destes “crimes esquecidos” (Chinkin, 2009: 79) pela comunidade internacional. Tanto os conflitos coloniais (Garraio, 2016: 279-303.), quanto as duas grandes guerras foram cenários da instrumentalização da violência sexual para fins de combate; ilícitos contra os quais as instâncias internacionais dirigiram pouca ou nenhuma atenção, banalizando sua ocorrência, minimizando a gravidade de seus efeitos e, por conseguinte, tolerando sua perpetuação (Hayes, 2010: 129).

Em relação à Segunda Guerra Mundial, as evidências coletadas pelos tribunais constituídos para apuração dos crimes perpetrados durante o conflito confirmaram a prática reiterada de agressões sexuais pelas tropas aliadas e pelas forças do eixo. Segundo Askin (2004) e Wood (2009), o uso da violência sexual como tortura, a mutilação corporal (especialmente dos seios), os abortos induzidos e o estupro precedente ao assassinato de mulheres foram ações amplamente disseminadas durante as ocupações dos territórios na Ásia e na Europa. Experimentos voltados à esterilização forçada feminina foram realizados com regularidade em campos de concentração nazista, bem como estupros e escravização sexual perfizeram táticas adotadas pelo exército imperial japonês para “reconforto” de seus soldados após os combates (Bronwmler, 1975: 48).

Malgrado comprovadas tais violações, a análise desses crimes foi negligenciada pelos tribunais militares *ad hoc* de Nuremberg e do Extremo Oriente (Tóquio). Afora a absoluta exclusão das condutas levadas a efeito pelos aliados, já que ambas as cortes foram criadas excepcional e temporariamente para processar e julgar os oficiais perdedores/inimigos, e a expressa omissão do crime de estupro em ambos os estatutos dos tribunais, embora possível sua inferência como crimes contra a humanidade e crimes de guerra, as violências sexuais perpetradas pelo exército nazista não ensejaram acusações formais específicas, sendo examinadas, de forma implícita, nos crimes de tortura⁵. A seletividade conferida aos ilícitos é exemplificada por Askin

⁵ Copelon sugere que os estupros não foram objeto de formal e explícita acusação, em que pese integrarem parte das provas arregimentadas, porque as tropas aliadas eram igualmente responsáveis pelo uso da violência sexual contra meninas

(2003) a partir da completa ausência, num índice de 732 páginas relativo aos 42 volumes de transcrições do julgamento, de referências às palavras “mulher/es” e “estupro” e à locução “violência sexual”, em que pese fartamente documentados atos de estupro, escravidão sexual, tortura sexual, prostituição forçada, esterilização compulsória, aborto induzido, pornografia, mutilação sexual, nudez forçada e sadismo sexual.

Em contrapartida, o Tribunal Militar do Extremo Oriente julgou alguns crimes de agressão sexual, enquadrados como crimes de guerra convencionais pelo emprego de “tratamento desumano” e de “atos contrários à honra familiar”, concentrando sua atuação ao episódio conhecido como “Massacre de Nanquim” (Penachioni, 2017). Os estupros seriais e a escravização sexual de mulheres nas “estações de reconforto”, todavia, foram deliberadamente desconsiderados pela Corte, num reflexo intimamente ligado à compreensão da violência sexual, como uma ofensa de caráter privado num contexto patriarcal de poder (Copelon, 2000).

Mesmo o pós-guerra e as atrocidades com distintiva nota de gênero reveladas nos aludidos julgamentos, tampouco a articulação das nações para construção de um novo paradigma ético a balizar a ordem internacional e a inibir novas práticas atentatórias à dignidade humana, seja pelo aprimoramento do direito internacional humanitário, seja pela criação do direito internacional dos direitos humanos, não foram suficientes a proporcionar adequada resposta às violações de direitos que as mulheres experimentavam pelo simples fato de serem mulheres (Marcon, 2018).

As Convenções de Genebra (1949) bem representam a manutenção do espectro de tolerância sobre esses crimes de gênero em nível mundial. Dos 429 dispositivos que conformam as quatro convenções, apenas o artigo 27 da (IV) Convenção sobre a Proteção de Pessoas Civis em Tempo de Guerra previu o dever de proteção das mulheres contra o estupro, a prostituição forçada e outras violações que atentem contra sua honra e pudor. Na Declaração sobre a Proteção da Mulher e das Crianças em Estado de Emergência ou de Conflitos Armados, de

e mulheres; “um exemplo da banalidade do mal na cultura patriarcal militarizada”. *Vid.* (2002: 222).

1974, nenhuma referência explícita é registrada à violência sexual. E nos Protocolos Adicionais I e II das Convenções de Genebra, de 1977, dirigidos às vítimas de conflitos armados internacionais e não internacionais, respectivamente, um singular preceito é destinado a coibir os abusos sexuais (artigos 76 e 4º) (Askin, 2003).

Não se pode descurar que no direito internacional as normas abstratas ou concretamente consideradas muito dependem de quem as “diz” (Foucault, 2008). E, por muito tempo, mormente no seu momento fundacional, o direito internacional humanitário contou com a contribuição predominante de homens nos seus aportes teóricos e nos seus mecanismos de implementação. (Goldstone; Dehon, 2003: 123) Logo, não é surpreendente que, durante a maior parte do século XX, as mulheres não foram integradas à normatividade como plenos sujeitos de direitos e os crimes motivados pelo gênero não foram ponto de profunda preocupação pela comunidade internacional.

Daí, mesmo sendo mulheres e meninas as vítimas habituais de violações em tempos de guerra, os documentos regulamentadores dos conflitos armados, guiados pela perspectiva falocêntrica de seus autores e intérpretes, olvidaram a gravidade da questão, ao “minimamente incorporar, inadequadamente caracterizar ou solenemente deixar de tipificar tais crimes” (Askin, 2003: 295). No mais, os poucos dispositivos dedicados ao tema estavam dirigidos à proteção da mulher/mãe ou estavam direcionados à proteção da honra feminina ou de terceiros (do marido, da família, do grupo étnico e da nação) (Del Luján Flores, 2006); ou seja, eficazmente enquadrados aos padrões normativos da categoria “mulheres” assumida pelo direito internacional (Chappell, 2006).

A sacralização do corpo feminino —em especial pelo exercício da maternidade biológica e social de um grupo/povo e pela custódia masculina do desejo feminino— sustenta o imaginário político que assimila a agressão sexual como um atentado ao grupo social e as consequências dessa violência como desonra à comunidade/família de origem. Assim, porque mantidos inalterados os papéis e as representações clássicas atribuídas ao gênero, esses instrumentos —conquanto pretendam institucionalizar a proteção e preservação da integridade pessoal das mulheres— contribuem para o reforço das vulnerabili-

dades que expõem os corpos feminizados à violência (Lima Júnior, 2018).

A mudança de paradigma e a percepção das mulheres como sujeitos de direito e destinatárias de especial proteção advém com o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos (Marcon, 2008), especialmente com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, 1979), mas somente ganham destaque na agenda global na década de 1990, com a II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (Áustria, 1993), cuja Declaração e Plano de Ação expressamente positivam: “18. Os direitos humanos das mulheres e meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais [...]”. Reforçam a arquitetura protetiva internacional, dentre outros marcos, a Declaração para Eliminação da Violência contra as Mulheres (DEVAW, 1993), que, pela primeira vez, enuncia diferentes formas de violência contra as mulheres; a Plataforma de Cairo, decorrente da Conferência sobre População e Desenvolvimento (1994) e ainda a Declaração e Plataforma de Ação de Beijing, fruto da IV Conferência Mundial sobre as Mulheres (1995).

Este último encontro, ao elencar “os efeitos dos conflitos armados sobre as mulheres” dentre seus doze objetivos de atenção prioritária e estratégica, introduziu novos e ambiciosos compromissos internacionais que prestaram indelével contribuição à publicização e ao enfrentamento da violência de gênero. No documento, reconheceu-se que a paz está indissolúvelmente vinculada à igualdade entre mulheres e homens, os quais possuem percepções, experiências e vulnerabilidades distintas em contextos bélicos. Com base na premissa de que mulheres, para além de vítimas, são também sujeitos ativos em cenários de conflituosidade, a Plataforma de Beijing avançou ao convocar os Estados signatários a aumentar a participação feminina na tomada de decisões nos processos de solução de conflitos e de construção e manutenção de paz posteriores, a reduzir despesas militares excessivas e limitar a disponibilidade de armamento e, dentre outras obrigações, a proporcionar proteção, assistência e capacitação a mulheres refugiadas e deslocadas.

Esse fluxo normativo produtor de um sistema especial de direitos humanos, que percebe a violência de gênero como uma espécie de

violação da dignidade humana, porque manifestação das relações assimétricas de poder e instrumento essencial para a manutenção dessas iniquidades, não pode ser dissociado do protagonismo do movimento de mulheres e do ativismo feminista. Foram esses grupos, em todo o seu pluralismo, que estrategicamente ingressaram na arena internacional e impulsionaram, mediante alianças e convergências possibilitadas pela expansão democrática e pela participação civil nas diversas Conferências sobre as Mulheres promovidas pela Organização das Nações Unidas (ONU), a normatividade internacional para além do princípio da não-discriminação, inserindo a gramática da diferença e da inclusão aos direitos humanos e contribuindo para ressignificação do direito internacional sobre bases não patriarcais.

Mobilizando o direito como tática de resistência e, portanto, como espaço a ser produzido para articulação de visões e disseminação de estratégias alternativas e emancipatórias (Romany, 1993), essas organizações de mulheres envidaram esforços para desmistificar muitos dos estereótipos e preconceitos relacionados à violência sexual, enfatizando a necessidade de sua criminalização e de seu sancionamento no plano doméstico e internacional, cujos efeitos projetaram-se sobre o direito internacional humanitário (Goldstone; Dehon, 2003).

Assim, se até a década de 1990, “a violência sexual durante a guerra era, salvo raras exceções, largamente invisibilizada. Se não invisibilizada, era banalizada; se não banalizada, era considerada uma questão privada ou justificada como um inelutável produto do conflito, uma indispensável recompensa aos combatentes”, o engajamento feminista ao redor do globo evidenciou uma mazela por anos mantida sob as sombras no direito internacional. A politização do estupro e a instrumentalização da violência sexual como autêntica arma de guerra e de terror, amplamente noticiada pelos veículos de imprensa e denunciada pelas organizações de mulheres e de proteção aos direitos humanos mormente nos conflitos dos Balcãs e em Ruanda, foram determinantes para que a comunidade internacional finalmente iniciasse um processo de criminalização e punição de tais condutas (Copelon, 2000: 220).

Essa perspectiva integrou a análise dos fatos posteriormente submetidos ao crivo do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia (TPII), criado para julgar as graves violações de direitos du-

rante o conflito dos Balcãs em 1991 (Resolução n. 827, de 25 de maio de 1993, do Conselho de Segurança da ONU)⁶, e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), instituído para apurar responsabilidades pelas sérias violações das leis humanitárias internacionais perpetradas em território ruandês e em áreas vizinhas naquele mesmo ano (Resolução n. 955 do Conselho de Segurança da ONU) (Rogers, 2016; Askin, 2003)⁷.

Os trabalhos desenvolvidos em ambas as cortes desempenharam fundamental papel na criminalização internacional da violência sexual e dos crimes de gênero, pressagiando muitos dos avanços incorporados, em caráter permanente, pelo Tribunal Penal Internacional. Nos respectivos estatutos, ineditamente, o estupro foi listado como um crime contra a humanidade (art. 5º, g, do Estatuto do TPII e art. 3º, g, do Estatuto do TPIR) e como crime de guerra (art. 4º, e, do Estatuto do TPIR), o que autorizou uma pioneira e intensa investigação das diversas formas de violência sexual aplicadas em conflitos armados (Askin, 2004). Além disso, observou-se também progressos na legislação processual, especialmente em relação às regras probatórias para julgamento dos crimes de gênero e a medidas de proteção para salvaguarda do bem estar físico e psíquico de vítimas e testemunhas dos ilícitos (Goldstone; Dehon, 2003).

Todavia, foram os precedentes judiciais a maior contribuição prestada por esses tribunais à justiça de gênero. A partir do caso *Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*, submetido a julgamento pelo TPIR em 2 de setembro de 1998, pela primeira vez na história, crimes de estupro foram explicitamente reconhecidos como uma ferramenta de genocídio e um crime contra a humanidade.

⁶ Durante a guerra na antiga Iugoslávia, entre 10.000 e 60.000 mulheres, em sua maioria muçulmanas e croatas, foram vítimas de agressões sexuais por violadores sérvios, especialmente nos territórios do Kosovo e da Bósnia-Herzegovina, dado o intento de depuração étnica da prática (Rogers, 2016).

⁷ Estima-se que, durante os 100 dias do genocídio perpetrado no país (abril a junho de 1994), entre 250.000 e 500.000 meninas e mulheres de origem *Tutsi* sofreram algum tipo de violência sexual. Mutilações, assassinatos e estupros, em locais públicos e por grupos, eram práticas sistemáticas durante o conflito (Askin, 2003).

Embora a primeira acusação formulada contra o então prefeito da comunidade de Taba (Ruanda) não incluisse a violência sexual, a despeito das evidências documentadas nos autos, questionamentos formulados pela Juíza Navaethem Pillay às testemunhas demonstraram que atos de violência sexual não eram ofensas isoladas, mas sistemáticas naquele contexto e permitidas ou incentivadas pelo réu (TPIR, Akayesu, 02/09/1998)⁸. Por indicação da Corte, a investigação foi reaberta pela Procuradoria, o que culminou com a suspensão do julgamento e posterior aditamento da denúncia para inclusão de outras três acusações de estupro e outros atos de tratamento desumano como crimes contra a humanidade, além da expressa referência à violência sexual como crime de genocídio (Askin, 2004).

O primeiro grande legado deste julgamento diz respeito à conceitualização e enquadramento legal da violência sexual. Até então inexistente no direito humanitário internacional, o estupro foi definido como “a invasão corporal de natureza sexual praticada contra uma pessoa em circunstâncias coercitivas” e a violência sexual, como “qualquer ato de natureza sexual praticado contra uma pessoa em circunstâncias coercitivas” numa perspectiva ampla, flexível e não limitada descritivamente a determinadas condutas e a certos elementos corporais. (TPIR, Mucić *et al.*, 16/11/1998: 598)⁹. Tais compreensões, noutro contributo da sentença ao exame dos crimes de gênero, permitiram à Corte considerar a nudez forçada uma forma de violência sexual e de tratamento desumano e, como tal, um crime contra a humanidade, bem como os abusos sexuais, no contexto em que perpetrados, foram também assimilados como componentes fundamentais no processo de genocídio contra o povo Tutsi¹⁰.

⁸ Testemunhas relataram que Akayesu tinha conhecimento e encorajou, porque perpetrados na sua presença, atos de violência sexual, de tortura e assassinatos contra meninas e mulheres Tutsi refugiadas no *bureau commune*, local de acolhimento de pessoas perseguidas e deslocadas (TPIR, Akayesu, 02/09/1998).

⁹ A definição permitiu reconhecer a possibilidade de uso da violência sexual contra homens, como nos casos *Prosecutor versus Milić et al.* (Caso n. IT-95-9-A) e *Prosecutor versus Mucić et al.* (Čelibići, Caso n. IT-96-21-I) apreciados posteriormente pelo Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia (TPII).

¹⁰ O precedente influenciou outros julgamentos, como *Prosecutor versus Gacumbitsi* (ICTR-2001-64), *Prosecutor versus Muhimana* (ICTR-95-1B), *Prosecutor versus Niyitegeka* (ICTR-96-14), *Prosecutor versus Rukondo* (ICTR-2001-70)

De fato, o estupro e a violência sexual certamente constituem uma grave imposição de danos corporais e físicos as suas vítimas e são, segundo esta Câmara, uma das piores espécies de violência arbitrariamente imposta em razão do sofrimento que dela resulta. À luz de todas as evidências produzidas, a Câmara está convencida de que os estupros e as violências sexuais descritas nos autos foram exclusivamente praticadas contra mulheres da etnia *Tutsi*, muitas das quais foram submetidas a terríveis formas de humilhação pública, mutilações e estupros repetitivos, nas instalações do *Bureau Communal* ou outros locais públicos, frequentemente na presença de terceiros e muitas vezes por mais de um agressor. Os estupros resultaram na destruição física e psicológica das mulheres *Tutsi*, das suas famílias e das suas comunidades. A violência sexual foi parte integrante do processo de extermínio, sendo especificamente dirigida contra as mulheres *Tutsi* e visando tanto a destruição dessas vidas quanto a destruição de toda a etnia *Tutsi*. O estupro das mulheres *Tutsi* foi sistemático e perpetrado contra todas as mulheres *Tutsi* e tão somente contra elas como parte da propaganda de mobilização dos *Hutu* contra os *Tutsi*, as mulheres *Tutsi* foram apresentadas como objetos sexuais. Essa representação sexualizada da identidade étnica ilustra graficamente que as mulheres *Tutsi* foram sexualmente violentadas por simplesmente pertencerem à etnia *Tutsi*. A violência sexual foi um degrau no processo de destruição do povo *Tutsi* —destruição do espírito, da vontade de viver e da própria vida (TPIR, 1998: 731-732).

O caso *Prosecutor versus Mucic et al.*, mais conhecido como o caso da prisão Čelibići, constitui igualmente outro significativo precedente, que contou com a expertise da Juíza Elisabeth Odio-Benito no seu corpo de julgadores. Na sentença, pioneiramente, o estupro foi reconhecido também como um método de tortura e, portanto, um crime de guerra, além de firmada a possibilidade de responsabilização de superiores hierárquicos “não apenas por ordenar, instigar ou planejar a prática de crimes por intermédio de seus subordinados, mas

e *Prosecutor versus Rutaganda* (ICTR-96-30), pelo TPIR, em que a violência sexual restou qualificada como uma prática genocida contra grupos étnicos minoritários e, mesmo quando não tipificada como tal, foi compreendida como ferramenta de limpeza étnica, no caso *Prosecutor versus Krstić* (IT-98-33-A) (ONU, 2012).

por também deixar de adotar medidas de prevenção e de repressão às condutas ilegais de seus subordinados” (TPII, 1998a, par. 333).

Na espécie, o estupro coletivo e público de uma detenta e o estupro reiterado de outra prisioneira, inclusive durante o seu interrogatório, pelo acusado Hazim *Delić*, oficial da prisão, levaram a Corte a apreciar os fatos sob as normas da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (ONU, 1984) e a concluir que qualquer forma de violência sexual levada a efeito sob as condições referidas naquele documento encerra atos de tortura.

A Câmara de Julgamento considera o estupro de qualquer pessoa um ato desprezível que atinge o coração da dignidade humana e da integridade corporal. A condenação e a punição pelo crime de estupro torna-se ainda mais urgente quando é cometida por, ou mediante instigação de, um funcionário público ou com o consentimento ou aquiescência deste. O estupro impõe as suas vítimas severo sofrimento, tanto físico quanto psicológico. Os danos psicológicos das pessoas a quem o estupro é infligido podem ser exacerbados pelas condições sociais e culturais e podem ser particularmente agudos e duradouros. Além disso, é difícil imaginar circunstâncias em que o estupro, por, ou mediante instigação de, um funcionário público, ou com o consentimento ou aquiescência deste, possa ser praticado sem envolver, em alguma medida, propósitos punitivos, coercitivos, discriminatórios e intimidatórios. Na visão desta Câmara de Julgamento, tais objetivos são inerentes a situações de conflito armado (TPII, 1998: 495).

Em acréscimo, a Corte igualmente tomou em consideração que a tortura foi motivada por razões discriminatórias, já que a vítima apenas foi violentada por ser mulher, e foi um mecanismo mobilizado para impingir terror e intimidação sobre as demais detentas daquele ergástulo.

Mais adiante o Tribunal imputou responsabilidade ao comandante de fato da prisão, Zdravko *Mucić*, por atos praticados por seus subordinados, porquanto, “com seu conhecimento e poder de intervenção, absteve-se de prevenir ou de adotar medidas para prevenir, por fim ou reprimir violações das leis e costumes de guerra” (TPII, *Mucić*

et al., 16/11/1998: 335)¹¹. Não obstante adequadamente sublinhado que a convivência não pode ser presumida, a Corte pontuou que pode ser deduzida de elementos circunstanciais. E, no caso da violência sexual, nas palavras de Askin, não pode haver ilusões quanto ao alto risco a que mulheres e meninas estão expostas durante as guerras. “O perigo da violência sexual aumenta consideravelmente quando são separadas de suas famílias e custodiadas em centros de detenção sob a guarda de homens armados pertencentes a grupos opositores. Tal condição deixa meninas e mulheres excepcionalmente vulneráveis à exploração e ao abuso sexual” (Askin, 2003: 327).

Outro relevante contributo para a jurisprudência penal internacional foi oportunizado pelo julgamento do caso *Prosecutor versus Kunarac et al.* (TPII, Kunarac et al., 22/02/2001), que teve participação da Juíza Florence Mumba. Na hipótese, os acusados Dragoljub Kunarac e Radomir Kovač foram condenados por crimes contra a humanidade, numa conjugação inédita dos crimes de redução à condição de escravizado e de estupro (alíneas *c* e *g* do artigo 5º do Estatuto do TPII).

À semelhança dos “campos de reconforto” japoneses, militares sérvios, dentre eles os acusados, mantiveram muçulmanas e croatas em unidades de detenção em Foča, logo após a tomada da cidade. Nessas dependências, meninas e mulheres foram submetidas a sistemáticos estupros, coletivos e públicos, pelos oficiais do ergástulo. Algumas foram transportadas a outros logradouros, onde foram prostituídas, vendidas ou ainda mantidas em cárcere para a gratificação pessoal de soldados. Embora a Corte não tenha utilizado a expressão escravatura sexual —o que lhe rendeu críticas (Askin, 2003; Copelon, 2000)— enfatizou que os fatos demonstraram estarem a escravatura e os estupros inseparavelmente associados e que os acusados escravi-

¹¹ O entendimento foi retomado no caso *Prosecutor versus Anto Furundžija* (IT-95-17/1-T), em que a Corte, contando com a participação da Juíza Florence Mumba, condenou o acusado por um estupro e, por conseguinte, tortura e grave violação das Convenções de Genebra, ao interrogar uma mulher enquanto outros soldados a violentavam. Embora ausente qualquer contato físico com a vítima e inexistente relação de superioridade hierárquica com os perpetradores, a Corte entendeu que a presença do oficial facilitou e tornou possível a prática da violência sexual, responsabilizando-o também pela conduta (TPII, Furundžija, 10/12/2000).

zaram mulheres e meninas como meio para perpetuação da violência sexual (TPII, Kunarac et al., 22/02/2001).

Neste sentido, embora suscitada pela defesa de *Kunarac* a ausência de emprego de violência e outros meios de coerção para prática de atos sexuais com uma das vítimas, a Corte, valendo-se dos aportes teóricos do direito internacional e reforçando os termos da cláusula 96 das Regras de Procedimento e Prova do Tribunal, concluiu que, num contexto de escravização, onde as mulheres eram tratadas como propriedade pessoal dos militares, tinham sua liberdade constricta e eram constantemente intimidadas, não se pode deduzir livre manifestação de vontade ou genuíno consentimento da vítima para a prática sexual. Assim, a tônica conferida à autonomia sexual feminina permitiu modificar e reesquadrinhar o crime de estupro no direito penal internacional (Hayes, 2010).

Desse arcabouço jurisprudencial, duas questões merecem ser acen tuadas. A primeira refere à ênfase atribuída por esses tribunais (TPII e TPIR) —diagnosticada, desde logo, pela expressa menção em seus Estatutos—, à violência sexual, em suas diversas modalidades. Rompeu-se não apenas a barreira de crimes fadados ao esquecimento pelo direito internacional, como a jurisprudência superou uma visão moralista dessas violações, que as vinculava às noções de honra e pudor, para definir tais crimes como atentados à dignidade humana e à integridade corporal (Ruiz, 2002).

A segunda diz respeito à representatividade feminina e a concreta contribuição prestada por mulheres e por pessoas dedicadas aos estudos de gênero nos progressos registrados na compreensão e no enfrentamento da violência sexual durante os processos de tomada de decisão nos tribunais internacionais *ad hoc*.

Todos os paradigmáticos casos mencionados contaram com a efetiva atuação de investigadoras, especialistas, procuradoras e juízas, correlação que permite validar que “demandar a pluralidade de sujeitos na constituição de um saber já focal e local é incluir, em sua constituição, saberes também localizados”, o que, além de valorizar “subjetividades dissonantes na construção do conhecimento objetivo”, introduz “a importância do contexto advindo de marcadores sociais da diferença e das interpretações que dele partem” (Cipriani, 2012: 110-11).

Destarte, enquanto campo de produção de normas (abstratas e concretas), o discurso jurídico é um local estratégico para discussão de iniquidades, de modo que a participação ativa de novos sujeitos, na lógica da batalha por determinação de verdades, é fundamental para dotar essa narrativa de perspectiva de gênero, desestabilizando descrições homogêneas e hegemônicas (masculinas, eurocêntricas e brancas) e inserindo concepções, vivências e saberes diferenciados, o que constitui um importante passo na construção de uma justiça de gênero.

4. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A JUSTIÇA DE GÊNERO: NOVAS PERSPECTIVAS, VELHAS ABORDAGENS, PERSISTENTES AMBIVALÊNCIAS

A proliferação de conflitos armados, a derrubada de regimes ditatoriais e a constatação pelos tribunais *ad hoc* das graves atrocidades levadas a efeito nessas ambiências reacenderam a necessidade de se formatar mecanismos de garantia dos direitos humanos e de responsabilização pessoal por suas violações. A constituição de um tribunal penal internacional permanente, nesses termos, atenderia as críticas de ineficiência e de incapacidade sancionatória do sistema global de direitos humanos (Pimentel; Pandjarijian, 2000; Piovesan, 2011) e também de seletividade da jurisdição penal, já que o novo órgão conservaria —certa— autonomia do Conselho de Segurança da ONU e dos respectivos membros permanentes (Kirsch, 2004).

Para o movimento de mulheres e o ativismo feminista, a criação da Corte significava a oportunidade de inscrever o gênero na dogmática penal internacional e de ampliar a proteção jurídica à população feminina para além dos interesses e influências das nações de maior poder político e econômico. E, malgrado as resistências nos trabalhos preparatórios, tais grupos, em especial o WCGJ, conseguiram imprimir uma gramática sensível ao gênero ao Estatuto de Roma.

Aprovado em 17 de julho de 1998 em Roma (Itália), o tratado resultou na instituição de uma corte internacional permanente, o TPI, vigente desde 11 de abril de 2002. Com jurisdição vocacionada a julgar crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, o TPI representou, de maneira geral, um

degrau no processo de construção de uma justiça de gênero. “Foram codificados não apenas crimes sexuais e de gênero como parte da jurisdição da Corte, como também uma série de estruturas e procedimentos essenciais à asseguuração de que tais ilícitos e suas respectivas vítimas mantenham-se na ordem do dia e recebam o apropriado tratamento durante o curso do processo” (Copelon, 2000: 233).

O documento inovou ao incluir expressamente a violência sexual, nas suas diversas expressões —agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável— como um crime contra a humanidade (art. 7º, §1º, *g*) e/ou um crime de guerra (art. 8º, §2º, *b*, *xxii*, *e*, *vi*) (TPI, 1998). A tipificação de tais condutas como ofensas à justiça internacional removeu, em definitivo, a moralidade da tutela penal, representando um giro normativo das disposições anteriores do direito internacional humanitário e um aparente reforço à subjetividade feminina e ao enfrentamento da violência especialmente dirigida contra as mulheres pelo simples fato de serem mulheres (Chappell, 2006).

De fato, o Estatuto não define as condutas caracterizadoras de cada um dos ilícitos, à exceção da gravidez forçada. Porém, tais lacunas foram supridas pelos aportes contidos no documento “Elementos Constitutivos dos Crimes”, instrumento secundário que especifica detalhadamente os elementos objetivos e subjetivos dos delitos previstos no Estatuto de Roma, o qual, por força dos artigos 9º, §1º, e 21, §1º, *a*, do próprio Estatuto, deverá orientar a interpretação e a aplicação dos respectivos dispositivos pela Corte (TPI, 2011).

O recurso ao documento mostra-se deveras relevante no que toca à definição do crime de genocídio, porquanto silente o Estatuto sobre a utilização da violência sexual como ferramenta de extermínio de grupos étnicos, nacionais, religiosos ou racializados. Neste ponto, o texto complementar destaca que “causar graves danos à saúde física e mental de uma ou mais pessoas” compreende, ainda que não limitadamente, “atos de tortura, estupro, violência sexual ou outras formas de tratamento desumano ou degradante” (TPI, 2011).

Chappell aduz que a omissão normativa é justificada em razão de a sentença condenatória do caso Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu ser posterior à elaboração do Estatuto de Roma (2006). Todavia, uma

vez integrados à jurisprudência penal internacional, estabelecida está a possibilidade de diálogo e de empréstimos interpretativos dos precedentes lançados pelos TPII e TPRI em relação às matérias a serem submetidas ao crivo da Corte (TPI, Al Bashir, 12/07/2010: 25)¹².

Para além da violência sexual, o Estatuto também tipifica a violência por motivos de gênero como um crime contra a humanidade (art. 7º, §1º, *b*). Ato contínuo, o parágrafo terceiro do mesmo dispositivo estabelece que “o termo “gênero” abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado”.

A conceituação adotada, malgrado distante da proposta idealizada pelas feministas e das construções teóricas acerca do tema, exprimiu o consenso possível alcançado pela multiplicidade de agentes envolvida nas negociações de elaboração do documento¹³. Tal qual

¹² A propósito, com base no precedente do TPIR e nos informes do “Elementos Constitutivos dos Crimes”, o TPI expediu mandado de detenção em face de Ahmad Al Bashir pela existência de motivos razoáveis para acreditar que o investigado “praticou, por intermédio de outras pessoas, genocídio contra os grupos étnicos *Fur, Masalit e Zaghawa* em Darfur, no Sudão; valendo-se do aparato estatal, das forças armadas e da milícia *Janjaweed* causou intenso sofrimento físico ou mental aos membros desses grupos, por meio de estupros e outras formas de violência sexual, tortura e deslocamento forçado, com o propósito de exterminar tais grupos, em violação aos arts. 6(b) e 25(3)(a) do Estatuto de Roma” (TPI, Al Bashir, 12/07/2010: 25).

¹³ As referências ao “gênero” não estavam contidas no primeiro esboço do Estatuto de 1994 e foram incluídas pelo forte lobby de organizações não governamentais, entre elas a Women’s Caucus for Gender Justice, e de algumas delegações que tinham como estratégia a construção de um documento sensível ao gênero. Na Conferência de Roma em 1998, houve acordo parcial quanto ao uso da categoria “gênero”. A palavra foi excluída das disposições relacionadas à necessidade de observância de “equidade de gênero” e de prévia expertise em “violência sexual e de gênero” na seleção de juízes/as para composição da Corte (artigo 43, §9º), sendo substituída, respectivamente, pelos termos “sexo masculino e sexo feminino” como requisito de justa representatividade perante o Tribunal (art. 36, §8º, *a, iii*) e pela locução “violência contra as mulheres” para garantir a qualificação dos julgadores/as na apreciação da matéria (art. 36, §8º, *b*). Para manutenção do “gênero” noutros dispositivos, a solução consensual encontrada pelas delegações, diante da polarização das discussões, foi a mesma da Conferência de Beijing: a definição do seu significado no próprio corpo do texto normativo. Por meio dessa concessão, tornou-se possível a expressa menção ao “gênero” em nove passagens do Estatuto, inclusive na definição do crime de perseguição: art.

a IV Conferência sobre as Mulheres em Beijing (1995), o termo “gênero” foi capturado, durante os trabalhos preliminares, num conflito ideológico subversivo e inserido num projeto de (des)politização das relações entre homens e mulheres e de recusa a qualquer explicação de ordem sociocultural para justificar as vivências diferenciadas, as vulnerabilidades agravadas e as desiguais oportunidades de existência das mulheres no mundo (Amâncio, 2003). Daí a sua juridificação em termos nitidamente ambíguos, que desvelam as tensões e disputas narrativas circundantes ao debate e o distanciamento da semântica sociopolítica na qual epistemologicamente o “gênero” foi pensado, erigido e, evolutivamente, (res)significado.

Atentando para uma “ambiguidade construtiva”, Oosterveld (2005: 65) reconhece que a definição atribuída ao “gênero” parte de um falso binarismo biologizante, medida necessária para atender algumas delegações (em especial do Vaticano e da Liga Árabe) que se opunham à possibilidade de “interpretações questionáveis baseadas em visões de mundo que afirmam poder a identidade sexual ser reformulada indefinidamente para atender novos e diferentes propósitos” (Copelon, 2000: 237)¹⁴. Porém, a inserção ao final do texto da locução “do contexto da sociedade”, sustentada por organizações feministas e algumas delegações, permitiu reafirmar seu conteúdo so-

7º, §1º. Para efeitos do presente estatuto, entende-se por crime contra a humanidade [...]: *b*. “Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal” (Oosterveld, 2005)

¹⁴ Contudo, segundo Copelon, a tentativa de excluir qualquer espectro da orientação sexual e da identidade e expressões de gênero por força da conceituação adotada tende ao fracasso. “Primeiro, porque as palavras não apoiam a pretendida exclusão: mesmo a definição mais aceita de ‘gênero’ abrange necessariamente a discriminação lastreada no descumprimento dos papeis de gênero normativamente prescritos, seja no domínio doméstico, do trabalho ou da sexualidade. Segundo, é altamente questionável o argumento que eventual ambiguidade será resolvida em favor da discriminação, especialmente num estatuto que estabelece a mais alta instituição internacional de promoção de justiça universal. E, finalmente, como comentou a Juíza Rosalie Abella na noite passada, ‘o ódio que se expressa na perseguição deve ser condenado e punido como um crime contra a humanidade; do contrário o ódio ganha o dia’” (Copelon, 2000, p. 237).

ciológico e cultural, possibilitando aos/às julgadores/as tomarem em consideração uma ampla gama de marcadores sociais que compõem e distinguem a experiência humana e, por conseguinte, vulneram mais intensamente algumas existências. A redação acordada, porque flexível, não obsta a discussão das relações sociais e da repartição de responsabilidades, direitos, recursos e poder entre homens e mulheres, e entre elas próprias, consoante os processos de construção sociocultural de determinadas comunidades em dado momento histórico, afetados por atravessamentos de raça, classe, orientação sexual, origem, idade e outros marcadores identitários (Oosterveld, 2005), clivagens primordiais para a corroboração jurídica da distribuição desigual da violência.

Neste sentido, em que pese perdida uma oportunidade para adoção de um conceito preciso, direto e visionário, a inserção do “gênero” no texto final, especialmente num momento de eclosão de forças neoconservadoras, poderia ser, por si só, celebrada. Ademais, a positivação em si viabilizou aberturas cruciais para o desenvolvimento teórico do gênero tanto no direito internacional quanto na construção jurisprudencial, possibilitando novas abordagens e ampliando a responsabilidade do TPI no trato da questão.

E, com vistas a garantir que tais disposições não se convertam em enunciações meramente cosméticas ou alegóricas e a potencializar sua eficácia, o Estatuto, noutra contribuição à jurisdição internacional e numa aproximação com a ideia de representatividade por perspectivas (Young, 2000), fixou como requisitos necessários à composição do Tribunal a pluralidade e a qualificação do corpo judicante. Para tanto, a seleção dos/as integrantes da Corte deverá observar, somada à especialidade em violência contra as mulheres e crianças, equitativa representatividade geográfica e entre pessoas do sexo masculino e feminino (TPI, 1998, art. 36, 8º).

Ainda, a fim de aprimorar a atuação da Procuradoria na condução das investigações, na coleta e preservação da prova e no exame dos fatos, garantiu-se ao órgão a nomeação de assessores jurídicos especializados, dentre outras, nas temáticas de violência sexual ou de gênero. A auxiliar o exercício desse mister e a suplementar a compreensão da violência de gênero prevista no Estatuto, a Procuradoria desenvolveu, em 2014, uma “Política para Crimes Sexuais e Crimes de

Gênero” (Office of the Prosecutor, 2014), elaborada no âmbito do seu Planejamento Estratégico para 2012-2015, cujo Objetivo n. 3 previa: “ampliar a integração da perspectiva de gênero em todas as áreas de trabalho e continuar a destinar especial atenção aos crimes sexuais e de gênero e crimes contra crianças”.

O documento, ao tempo em que descreve o gênero como “uma construção social que se faz acompanhar de papéis, comportamentos, atividades e atributos assinalados a homens e mulheres, meninos e meninas [...] conforme os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”, entronizando a semântica formulada pela epistemologia feminista, conceitua crimes de gênero como aqueles “praticados contra uma pessoa, em razão do sexo e/ou dos papéis socialmente construídos de gênero” (Office of the Prosecutor, 2014).

Assim, para fins hermenêuticos, a violência de gênero não se limita a ofensas de cariz sexual, mas abrange todo e qualquer ataque contra uma pessoa baseado no gênero com o qual se identifica, o que não exclui a possibilidade de coexistência de motivações fundadas noutras relações de desigualdades, como religião, etnia, origem nacional, condição econômica, inclinação política.

Por sua vez, a violência sexual, forma paradigmática da violência de gênero, é definida como “atos físicos e não-físicos dirigidos às características sexuais de uma pessoa”. A norma estabelece ainda como requisitos para a configuração do crime, na esteira dos precedentes firmados pelo TPI e TPR, a prática de “um ato de natureza sexual contra uma pessoa, [...] mediante força, ameaça de força ou coerção, aqui entendido o medo da violência, coação, detenção, opressão psicológica, abuso de poder ou vantagem advinda de um ambiente coercitivo ou da incapacidade de manifestação de genuíno consentimento” (Office of the Prosecutor, 2014: 13).

Em atenção à transversalidade de gênero, o documento determina que os todos os crimes submetidos à jurisdição do TPI, não apenas aqueles dirigidos contra mulheres, sejam analisados por uma perspectiva de gênero, o que implica necessariamente um exame sobre “as diferenças e desigualdades entre homens e mulheres, meninos e meninas, e sobre as relações de poder e outras dinâmicas que firmam e moldam os papéis sociais de gênero e engendram preconceitos e estereótipos” (Office of the Prosecutor, 2014: 13).

Outra inovação advinda do Estatuto de Roma relaciona-se ao tratamento endereçado às vítimas e testemunhas dos crimes sob jurisdição do TPI. Diferentemente do TPII e do TPIR, em que a integração das vítimas nas ações penais ocorria sob a condição de testemunhas, o TPI admite sua participação no processo na qualidade de vítimas, isto é, pessoas que direta ou indiretamente sofreram alguma espécie de dano em consequência dos ilícitos submetidos à jurisdição da Corte (TPI, 1998). Ou seja, num aceno ao direito à verdade, previu-se a participação ativa da parte ofendida, devidamente representada por advogado/a, na persecução penal, assegurando-lhe o direito de ser ouvida perante as autoridades, de apresentar meios de prova, de postular medidas específicas (TPI, 2006: 42) e de formular argumentos e expressar opiniões acerca da matéria fática e jurídica, quando diretamente afeta ao seu interesse pessoal, tanto para o esclarecimento dos fatos e responsabilização dos infratores, como para busca de justa compensação.

Nesse ponto, o Estatuto assegura a consideração dos interesses das vítimas na abertura do inquérito (art. 53, §1º) e na condução das investigações pela Procuradoria (art. 54, §1º, *b* e §3º, *b*), além da manifestação de suas opiniões e preocupações perante o Tribunal (art. 68, §3º). Durante a ação penal, o documento garante proteção e respeito à privacidade das vítimas pelo juízo de instrução (art. 57, §3º, *c*) e de julgamento (art. 64, §2º, *e*, e §6º, *e*), que deverá zelar por sua segurança, bem-estar físico e psicológico, dignidade e intimidade. Autorizada, pois, a realização de atos processuais a portas fechadas ou produção de provas por meios eletrônicos ou outros meios especiais (art. 68), além de possibilitada a decretação de sigilo de sua identidade, inclusive perante a defesa e demais participantes do processo¹⁵, e atribuição de pseudônimo. Igualmente prevista a criação de uma “Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas”, no âmbito da

¹⁵ No caso *Prosecutor versus Lubanga Dylio*, ainda que ausente qualquer previsão legal a respeito do completo anonimato, das 129 vítimas, apenas 23 tiveram a sua identidade informada às partes e aos participantes do processo, numa interpretação combinada do artigo 68, §1º do Estatuto e da Regra n. 88 do Regulamento Processual (TPI, Lubanga, 15/03/2012). Entretanto, a Câmara Julgadora fixou que sendo chamada a testemunhar, deve a vítima abrir mão do anonimato em homenagem ao direito do acusado a um julgamento justo e imparcial (TPI, 2010b.)

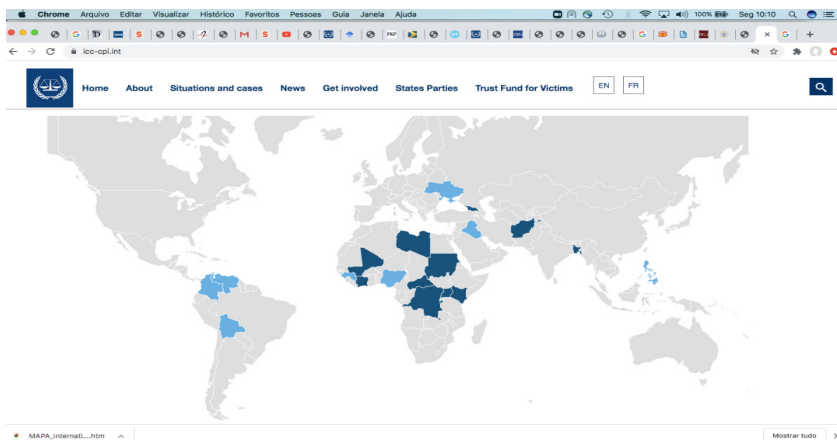
Secretária da Corte, com o fito de prover medidas de proteção e dispositivos de segurança e prestar assessoria e assistência especializada a vítimas de traumas, em especial de crimes de natureza sexual (art. 46, §6º). Uma vez julgada procedente a acusação, afirmado o direito de reparação em favor das vítimas pelos prejuízos, materiais e imateriais, experimentados por decorrência da prática criminosa (art. 75) (TPI, 1998).

Se até o outubro de 2008, segundo anotam Groenhuijsen e Browner, 960 pedidos de participação foram formulados por vítimas perante a Corte e apenas 126 desses obtiveram autorização; os dados coletados dos informes dos casos indicam que, nos últimos anos, essa integração foi largamente majorada, computando-se mais de 10.000 vítimas representadas nos casos submetidos à apreciação do TPI. Observa-se, ainda, que apenas três casos (*Prosecutor versus Al Mahdi*; *Prosecutor versus Germain Katanga* e *Prosecutor versus Lubanga Dyllo*) encontram-se em fase de reparação e compensação das vítimas.

Noutro viés, estão sob averiguação do Tribunal Penal Internacional situações relacionadas a 23 países. Dessas, 10 encontram-se sob análise preliminar dos fatos¹⁶ (Colômbia, Nigéria, Guiné, Iraque/Reino Unido, Ucrânia, Palestina, Venezuela, Bolívia e Filipinas) e outras 13 tiveram investigação admitida pela Corte (Afeganistão, República Democrática do Congo, Uganda, República Centro-Africana, Darfur/Sudão, Quênia, Líbia, Costa do Marfim, Mali e Geórgia, conforme a figura que segue:

¹⁶ Nesta etapa inaugural, por decisão da Procuradoria, por referência de um Estado-Parte ou do Conselho de Segurança da ONU ou por declaração de consentimento de Estado que não integre o tratado (art. 12, §6º, do Estatuto), as comunicações acerca da prática dos crimes sob a jurisdição do TPI são examinadas. Numa primeira fase, são verificadas a idoneidade das informações recebidas e a subsunção dos fatos aos crimes previstos no Estatuto. No momento subsequente, é realizada uma análise factual e jurídica dos fatos narrados, de modo a confirmar a existência de condições prévias ao exercício da jurisdição (art. 12) e a constatar a competência da Corte para julgamento dos crimes reportados. Na fase 3, o exame concentra-se na admissibilidade sob o prisma da complementaridade e gravidade, já que o TPI tem jurisdição exclusiva sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional e complementar às jurisdições penais nacionais. (art. 1º). Na sua derradeira etapa, o foco está na existência ou não de base legal satisfatória para prosseguimento da investigação, conforme art. 53 do Estatuto.

Figura 1. PAÍSES COM SITUAÇÕES SOB AVERIGUAÇÃO



Fonte: Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/>>. Acesso em 30 ago. 2020.

O conjunto, contudo, é deveras diminuto se considerado o universo de denúncias levadas ao conhecimento do TPI e os múltiplos relatos de atrocidades perpetradas em difusos pontos do globo marcados por disputas internas e conflituosidades regionais. Segundo Sylvia Steiner, juíza da Corte no período de 2003-2016, são apresentados cerca de 500 a 900 pedidos de investigações por ano à Procuradoria, dos quais mais de 90% são rejeitados. A título de ilustração, a magistrada refere que, no ano de 2019, 795 representações foram encaminhadas ao TPI, sendo que 754, isto é, 95% sequer alcançaram o crivo preliminar (Steiner, 2020).

O profundo abismo entre esses indicadores denota alguns aspectos a serem ponderados. Primeiro, o número alarmante de acionamentos do TPI está a indicar não só o caráter persistente das violações de direitos em contextos bélicos, mas também o crescimento do ativismo, especialmente exercido por organizações não governamentais, na promoção estratégica de litígios internacionais, e a maior visibilidade adquirida por esse *locus* especial de resolução de conflitos em razão da própria contribuição jurisprudencial dos tribunais *ad hoc* e do impacto gerado por tais produções.

Segundo, o baixo índice de abertura de procedimentos preliminares pode estar relacionado à baixa qualidade técnica das petições, em razão da frágil e/ou limitada atuação de entidades de defesa de direitos humanos em determinadas localidades, considerando a disfunção estrutural dos Estados em que ocorridas massivas violações de direitos, e aos rigorismos procedimentais e formalismos na apreciação das representações dirigidas ao TPI (Groenhuijsen; Brouwer, 2010; Guimarães & Miranda, 2012).

Sob esse prisma, interessante ter em atenção a existência de 6 situações, ainda em fase preliminar (Colômbia, Nigéria, Guiné, Iraque/Reino Unido, Ucrânia e Venezuela) e outras 9 em investigação (Congo, Uganda, República Centro-Africana, Sudão/Darfur, Quênia, Costa do Marfim, Mali, Myanmar/Bangladesh, Burundi) para apurar responsabilidades quanto à instrumentalização da violência sexual em conflitos armados, seja no contexto de crimes contra a humanidade ou crimes de guerra (Office of the Prosecutor, 2018). Tais ilícitos integram 70% das situações investigadas, o que permite atestar a persistência da instrumentalização da violência sexual como arma de guerra e o caráter inversamente proporcional entre a absorção das demandas e a impunidade em relação a essa espécie generificada de crimes.

Terceiro, a flagrante morosidade no processamento das demandas junto ao TPI em todas as suas fases. O cotejo dos dados extraídos do sítio eletrônico da Corte permitiu inferir uma média de 7 anos dedicados às averiguações preliminares pela Procuradoria, tempo esse é ampliado para 9 anos, nas hipóteses de investigações autorizadas pela Corte não submetidas a julgamento. Nos casos em que admitidas as acusações e processado o feito perante o TPI, a duração aproximada dos processos até seu encerramento definitivo, com julgamento de mérito, é de aproximadamente 4,7 anos.

Tais indicadores nos casos de agressão sexual ganham ritmos ainda mais lentos, verificando-se uma duração de 9,3 anos nos exames preliminares, alargado para 9,7 anos nas etapas pertinentes ao pré-julgamento e acrescido de outros 5,6 anos relativos ao processo penal propriamente dito. Curial mencionar que as situações há maior tempo sob apuração do TPI —dezesseis anos— fazem expressa menção à prática de estupros e outras formas de violência sexual nos conflitos armados, como as situações relativas à República Democrática

do Congo, à Uganda e à Colômbia, sendo que, a respeito da última, sequer há investigação autorizada em andamento ou caso levado a julgamento.

Esses índices estão a sinalizar a pouca eficiência do próprio sistema de persecução penal internacional, que se revela bastante complacente com a lentidão das jurisdições domésticas no processamento e sancionamento dos fatos (como as situações concernentes à Colômbia e Nigéria) e deveras impotente diante da ausência de cooperação de Estados-Partes, mormente na captura de investigados/as.

Em que pese 29% dessas situações tenham alcançado um deslinde, os desfechos não se mostram favoráveis à promoção de uma justiça de gênero, tal qual a esperada pelo movimento feminista quando da criação da Corte. De todos os casos levados à apreciação do TPI, nenhum —até o presente momento— ensejou a condenação definitiva dos responsáveis por crimes sexuais e baseados no gênero (TPI, Bemba, 21/03/2016; Bemba, 08/06/2018)¹⁷.

Como adverte Chappell, “uma coisa é criar normas para encorajar uma maior sensibilidade a questões de gênero, outra completamente diferente é dar concretude a tais preceitos” (2010: 492). E, conquanto se apontem falhas na atuação da Procuradoria em determinados casos (Women’s Initiatives for Gender Justice, 2012), não se pode tributar a um único órgão as fissuras sistemáticas do TPI no trato da violência de gênero.

Após 5 anos de funcionamento, o primeiro caso levado a julgamento coincidiu com a primeira investigação conduzida pela Procuradoria: o caso Prosecutor versus Lubanga Dylio (TPI, 17/01/06). O acusado era Presidente da UPC, um grupo insurgente do nordeste da República Democrática do Congo, cujas práticas, consoante documentado por organizações internacionais e não governamentais (Human Rights Watch, 2005), foram responsáveis por milhares de mortes, perpetradas mediante tortura, violência sexual, deslocamento

¹⁷ Não se olvida a recente condenação de Bosco Ntaganda pela Câmara de Julgamento. Porém, diante da interposição de apelação pendente de julgamento, a própria história do TPI —em especial no caso Bemba Gombo (TPI, Bemba, 21/03/2016; Bemba, 08/06/2018)— aconselha prudência sobre as construções teórico-argumentativas lançadas em sentença pendente de confirmação.

forçado e alistamento e recrutamento de crianças como combatentes e para prática de hostilidades. Contudo, a acusação restou circunscrita a esse último fato, tipificado no artigo 8º, §2º, e, vii, do Estatuto¹⁸.

A estratégia da Procuradoria, contudo, revelou-se desastrosa. A uma, porque a proposta de um julgamento célere centrado numa única acusação foi absolutamente aniquilada antes mesmo de o processo ter início, o que só ocorreu dois anos após a prisão do acusado. A duas, porque a recusa à inclusão de acusação específica, inclusive mediante aditamento, evidenciou certa inexperiência ou demasiada confiança face às prévias decisões exaradas no feito, que antecipavam a exclusão dos estupros, da escravização sexual e das gravidezes forçadas de “meninas soldados” do objeto de apuração da causa (TPI, Lubanga, 15/03/2012: 36).

Não se descure que a violência sexual integre o contexto em que os crimes de alistamento, recrutamento e engajamento ativo de meninos e meninas em atividades hostis por grupos armados são perpetrados, tampouco se olvida a ampla exploração pela acusação dessas nuances numa proposta de aprimoramento interpretativo do tipo penal, tal qual a realizada em relação ao genocídio no caso *Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*. Neste ponto, desde seus argumentos inaugurais, a Procuradoria enfatizou que meninas eram raptadas de suas famílias e transformadas em “esposas” dos soldados com certo prestígio no grupo, além de “meninas soldados” serem regularmente violentadas pelos comandantes da UPC, como meio de controle das relações sexuais do bando e, por consequência, do contágio por DSTs e HIV. Durante a instrução, 21 testemunhas, de um total de 25 arroladas pela acu-

¹⁸ Para algumas autoras, a estratégia de focar apenas num determinado delito significou uma gravíssima omissão da Procuradoria, especialmente quando havia farto material probatório quanto aos estupros e outras espécies de violência sexual praticados e característicos das ações do UPC em Ituri (Chappell, 2011; Minkova, 2020). Segundo a Procuradoria, essa abordagem foi estratégica. “Essa metodologia possibilita à Procuradoria realizar investigações rápidas e propor julgamentos expeditos ao mesmo tempo em que visa representar toda a criminalidade. Em princípio, os incidentes serão selecionados de modo a fornecer uma amostra que reflita as violações mais graves e as principais formas de vitimação. Às vezes, há interesses inconciliáveis que compelem a Procuradoria a se concentrar em apenas uma parte dos crimes perpetrados num conflito específico” (Office of the Prosecutor, 2006).

sação, fizeram referência categórica a esses fatos, de modo a extirpar qualquer desconhecimento ou surpresa sobre os elementos que fundamentavam a acusação em questão (Minkova, 2020). Uma das *experts* ouvidas pela Câmara, Radhika Coomaraswamy, Representante das Nações Unidas para Crianças em Conflitos Armados, sustentou que a expressão “participar ativamente” deveria ser interpretada no sentido de se maximizar proteção às meninas recrutadas, visto ser a satisfação sexual dos soldados a razão primária para o seu recrutamento. “A Corte deve incluir quaisquer atos sexuais, especialmente contra meninas, na sua interpretação do crime de “utilização” [de crianças em hostilidades] durante a guerra, visto que o uso de meninas, em particular, inclui a violência sexual” (TPI, Lubanga, 15/03/2012: 598).

No momento da sentença, contudo, a insistência pretensiosa da Procuradoria numa estratégia fadada ao insucesso e o formalismo exacerbado da Corte ao apegar-se no conceito legal do crime dissociado do substrato fático em que tais práticas ocorreram — e ocorrem — fizeram com que o TPI falhasse drasticamente na promoção de uma justiça efetivamente sensível ao gênero.

A propósito, é, neste sentido, o voto dissidente da Juíza Odio-Benito, para quem era dever da Câmara fazer um exercício hermenêutico, visto tratar-se de circunstância inerente a tais violações, para inserir a violência sexual como uma das expressões possíveis para a “participação ativa em hostilidades” de meninos e meninas capitulada na peça acusatória e classificável como um crime de guerra. Para a Juíza, com vasta experiência em crimes motivados pelo gênero e atuação prévia no TPII, “ao não inserir deliberadamente no conceito jurídico [...] a violência sexual e outras formas de maus-tratos a meninos e meninas, a maioria da Câmara torna um aspecto crítico deste crime invisível”. Essa invisibilidade “conduz à discriminação das vítimas de alistamento, recrutamento e utilização que sofrem sistematicamente os efeitos dessas violações como parte intrínseca do envolvimento com o grupo armado” (TPI, Lubanga, 15/03/2012: 16). Por fim, a magistrada também pontuou ser discriminatório excluir a violência sexual, que detém um nítido componente de gênero, da compreensão do recrutamento ilegal, uma vez que meninos e meninas são cooptados para o exercício de funções manifestamente distintas perante o grupo, sendo elas destinatárias prioritárias dos crimes de estupro, de escravização sexual e de casamento forçado.

Entretanto, a Câmara de Julgamento, por maioria, descartou expressamente as referências relacionadas à violência sexual em tais práticas, por considerar ausente sua descrição na peça acusatória, condenando o acusado Lubanga Dylio pelos crimes de “*recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades*” (art. 8, §2º, e, vii do Estatuto) na sua estrita e tradicional formulação. Dada a exclusão dos fatos, embora veementemente reconhecida sua ocorrência, as respectivas vítimas de crimes sexuais e de gênero não lograram êxito em obter justa reparação pelos danos experimentados em virtude da violência.

Outro importante caso submetido a julgamento teve como acusado Germain Katanga (TPI, 07/03/2014), momento em que, pela primeira vez na história do TPI, foram deduzidas explicitamente acusações por crimes de gênero, especificamente estupro e escravidão sexual. Segundo a denúncia, Katanga, então comandante da milícia Ngití em Walendu-Bindi *collectivité* (posteriormente chamada FRPI), teria sido um dos responsáveis pelo ataque a Bogoro, vila do grupo étnico Hema, situada na República Democrática do Congo, em fevereiro de 2003. Para a Corte (2014), “ele tinha inequívoca autoridade militar sobre a *collectivité*. Gestão, supervisão, segurança e garantia da ordem pública na *collectivité* eram funções atribuídas a ele, que era considerado uma figura com autoridade militar”. Ainda, o Tribunal considerou a existência de fortes evidências de que o acusado não só forneceu auxílio material (armas) como auxiliou a logística concernente à investida, reunindo-se com outros líderes locais (TPI, 2014: 1680).

Na ofensa, integrantes das milícias, fortemente armados, assassinaram aproximadamente 200 civis, destruíram casas e escolas, saquearam propriedades, estupraram e sequestraram meninas e mulheres, conduzindo-as aos seus campos de treinamento, onde foram sexualmente escravizadas¹⁹. Nos termos da decisão de confirmação

¹⁹ “As mulheres entrevistadas descreveram horríveis ataques, estupro individuais e coletivos e escravidão. Muitas delas foram violentadas na presença de familiares, incluindo seus filhos. Outras reportaram terem perdido a consciência dada a violência empregada e algumas, engravidaram. Grávidas, após os estupros, sofreram abortos e muitas padeceram com graves sequelas físicas e psicológicas em

das acusações, Katanga esteve presente nas proximidades de Bogoro pouco antes e durante o ataque e participou das comemorações de vitória após o término do confronto (TPI, Katanga, 30/09/2008: 557-558).

As evidências levaram a Corte a concluir que a população Hema, porque classificada como um grupo inimigo, foi perseguida, agredida e morta no ataque e que tais atos foram perpetrados por soldados da milícia Ngiti de Walendu-Bindi *collectivité* (TPI, Katanga, 07/03/2014: 849). Nesse sentido, por unanimidade, a Câmara de Julgamento considerou o acusado Katanga corresponsável por diversos crimes perpetrados durante a invasão de Borogo (assassinatos como crimes contra a humanidade e crimes de guerra; ataque contra população civil, destruição de propriedade inimiga e pilhagem como crimes de guerra).

Contudo, ao mesmo tempo em que firmaram sua convicção acerca do conhecimento e aquiescência do então comandante da milícia sobre os planos de assassinar civis e subtrair seus pertences, como forma de destruição do grupo inimigo, aparentemente os julgadores negligenciaram a histórica e recorrente utilização da violência sexual para os mesmos desígnios e, desviando da própria linha argumentativa, absolveram Katanga dessas acusações.

Para além da inédita —e criticada— mudança do modo de responsabilidade atribuído ao acusado na denúncia, o fracionamento operado pela Corte na análise de fatos praticados sob uma mesma conjuntura demonstram (a uma) o desconhecimento quanto ao uso de agressões sexuais como nota característica dos conflitos armados na região, mormente contra determinadas etnias; (a duas) a inconsistência na apreciação e valoração da prova colhida, pois suficiente para apontar a contribuição do acusado para a consecução de múlti-

virtude da agressão sexual. Muitas mulheres foram atacadas nas suas próprias casas. Muitas foram raptadas e escravizadas em campos comandados pela FNI. As entrevistadas nos contaram que, além do trabalho doméstico nesses locais, mulheres eram estupradas pelos integrantes das milícias e por oficiais de comando, ao serem designadas como suas ‘esposas’. Aquelas que tentavam escapar eram mortas. A FNI e FRPI invadiram vilas inteiras, onde seus integrantes pilharam, estupraram e sequestraram as mulheres daquelas comunidades” (Women’s Initiatives for Gender Justice, 2009).

plos crimes contra a população civil, mas insuficiente para atribuir-lhe responsabilidade pelas violências sexuais levadas a efeito nas mesmas condições de tempo e espaço²⁰; (a três) a relutância em se compreender os estupros e outras formas de violências baseadas no gênero como uma autêntica arma de guerra, reforçando-se o entendimento de tais condutas como crimes oportunistas e acidentais (Minkova, 2020; Korfält, 2015; Stahn, 2014).

Face à absolvição quanto aos crimes sexuais e de gênero, as vítimas de tais atrocidades não foram beneficiadas pelo juízo reparatório, porquanto limitado à responsabilização criminal fixada pela Corte.

Referidos precedentes, aliados à controversa cassação pela Câmara de Apelação da única condenação por crimes sexuais e de gênero imposta pela Corte ao acusado Bemba Gombo, suscitam fundadas dúvidas sobre a capacidade de o TPI proporcionar adequada resposta à violência motivada pelo gênero (Sácouto; Sellers, 2019; Minkova, 2020), especialmente em relação a acusados em postos de maior hierarquia e prestígio, os quais raramente ordenam, de modo pessoal e direto, a execução dos crimes ou estão fisicamente presentes durante a sua consecução²¹.

Os julgados brevemente abordados alertam para o quanto o gênero está profundamente enraizado na práxis judiciária. Não obstante o Estatuto de Roma tenha sido erigido para proporcionar reações adequadas às violências que vulneram os corpos gendrados, os casos levados ao conhecimento e apreciação do TPI recordam que a normatividade de gênero e a tradicional racionalidade do direito internacional, num regime de mútuo reforço, acabam por tornar os avanços positivados inócuos ou despidos de efeitos concretos substanciais. O

²⁰ A violência sexual restou devidamente evidenciada pelo testemunho de três vítimas diretas de estupro e de escravatura sexual, as quais declararam terem sido violentadas no dia do ataque e depois conduzidas aos campos militares da milícia Ngiti, onde então foram cerceadas de liberdade por algumas semanas e forçadas a executar atividades domésticas e a manter relações sexuais com os soldados repetidamente. A prova oral foi considerada convincente para demonstrar que o ataque à população civil e, portanto, um crime de guerra, de fato, aconteceu (TPI, 2014, par. 1663).

²¹ A mesma limitada construção a respeito da responsabilidade de líderes por condutas perpetradas por seus subordinados foi repisada no caso *Prosecutor versus Gbagbo e Blé Goudé*, ambos absolvidos da totalidade das acusações (TPI, 2019).

ideal de realização de uma justiça de gênero, infelizmente, ainda não ultrapassou a fronteira das boas intenções e das falsas promessas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A insistência, ao largo de quase um século, das críticas feministas ao direito, à normatividade e às interpretações aplicadas de gênero corrobora o significativo percurso desse movimento. As análises feministas ao evidenciarem simultaneamente que, por um lado, o direito falha brutal e recorrentemente em assegurar “respostas” pela violência praticada contra sujeitos vulneráveis, em especial, aqueles sujeitos que ocupam uma posição atravessada pelas diversas condições de precariedade, por outro, expõem que a cada nova “conquista” no âmbito das disputas normativas se inauguram oportunidades —geralmente não cumpridas— para que não se reincorpore a violência como algo naturalmente dado. Inclusive, são os estudos de gênero e as teorias feministas que reforçam a urgência de colocar em questão tudo aquilo que seja tomado como “naturalmente dado”.

No entanto, conforme se expôs, embora sejam práticas já globalmente conhecidas e que se repetem a cada novo episódio de intervenções bélicas localizadas, a violência de gênero nos conflitos armados ainda persiste nos tribunais internacionais, embora registrados alguns avanços, como debate jurídico secundário e como “efeito” inevitável da guerra. Isso implica dizer que, apesar da vastíssima produção de conceitos que ressignificam “justiça”, das incontáveis construções teóricas que permitem reinterpretações doutrinárias sobre os paradigmas dos direitos humanos e do direito humanitário, os quadros normativos em que o gênero se situa permanecem numa posição confortavelmente estável que dispensa o pronunciamento das autoridades judiciárias sobre a relação entre os corpos marcados pela incidência de violência e o silenciamento jurídico que reitera o local suplementar ocupado pelos corpos gendrados no interior da Justiça.

Para tanto, buscou-se apresentar como a violência sexual em conflitos armados foi atravessada historicamente pela omissão legislativa, passando pelos debates criminalizadores do TPI e como hoje é representada pela ausência de respostas práticas à “violência de gênero” como categoria jurídica. Nesse sentido, não se ignorou, tampouco se

negou os diversos exercícios desestabilizadores no âmbito do direito internacional, mas aqui o que se torna indispensável é sublinhar a relutância do Tribunal Penal Internacional, embora estrategicamente erigido para reagir às violações que têm no gênero sua nota distintiva, em compreender a violência sexual como um dispositivo bélico contra corpos feminizados e uma autêntica arma de “guerra contra as mulheres”.

Vale afirmar que o sentido prioritário que mobiliza as análises aqui propostas está em interpretar a possibilidade criativa de reconhecer gênero como potência subversiva das categorias de Justiça, desestabilizando os enquadramentos hegemônicos daquilo que é “justo” ou “injusto” como posição de anunciação do dito ou não dito. Assim, as convocatórias feministas, que permanecem produzindo denúncias às interpretações sobre o direito, insistem em “desmontar o binarismo público-privado”, ou todos os binarismos que circunscrevem as potencialidades transformadoras de gênero para além da qualquer rigidez.

Assim, ao se colocar as decisões e os procedimentos judiciais conectados a gênero sob lentes de aumento feministas, evidencia-se que as interpretações fornecidas a cada um dos casos não são consequências do “despreparo técnico” de agentes que atuam nesses feitos que orbitam na esfera internacional. Ao revés, trata-se de uma posição adotada que objetivamente percebe e naturaliza a violência de gênero como consequência da ocupação de territórios e subjugação de corpos e vidas.

Noutros termos, não se interpreta a ocupação e a subjugação como sinônimo da violência de gênero por compreendê-los indissociáveis, mas sim, interpreta-se a violência sexual como questão secundária por compreendê-la menos importante na gramática do direito humanitário.

ANEXO I

Figura 1. QUADRO ESQUEMÁTICO DAS SITUAÇÕES SOB APURAÇÃO JUNTO AO TPI

SITUAÇÃO	INÍCIO DA INVESTIGAÇÃO	VIOLAÇÕES*	CASOS				FASE DO PROCEDIMENTO
			VÍTIMAS AUTORIZ.	INÍCIO	ACUSADO	ACUSAÇÕES	
Colômbia	Junho/2004	art. 7, §1º, g (estupro e outras formas de violência sexual); art. 8º, §2º, e, vi e vii (estupro e outras formas de violência sexual, alistamento forçado de menores de 15 anos e participação em hostilidades); outros	—	—	—	—	Análise Preliminar Fase 3
Nigéria	Novembro/2010	art. 7, §1º, g (estupro e outras formas de violência sexual); outros	—	—	—	—	Análise Preliminar Fase 3
Guiné	Outubro/2009	art. 7, §1º, g (estupro e outras formas de violência sexual); outros	—	—	—	—	Análise Preliminar Fase 3
Iraque/Reino Unido	Fevereiro/2009 Maio/2014 (reabertura)	art. 8º, §2º, e, vi (estupro e outras formas de violência sexual); outros	—	—	—	—	Análise Preliminar Fase 3
Ucrânia	Abril/2014	art. 8º, §2º, e, vi (estupro e outras formas de violência sexual); outros	—	—	—	—	Análise Preliminar Fase 2
Palestina	Janeiro/2015	outros	—	—	—	—	Análise Preliminar Fase 2
Filipinas	Fevereiro/2018	outros	—	—	—	—	Análise Preliminar Fase 2
Venezuela	Fevereiro/2018	art. 7, §1º, g (estupro e outras formas de violência sexual); outros	—	—	—	—	Análise Preliminar Fase 1
Bolívia	Setembro/2020	outros	—	—	—	—	Análise Preliminar Fase 1

* O rol apresentado não é exaustivo e leva em consideração algumas das situações apuradas no procedimento segundo o atual estágio das diligências. Fonte: Dados brutos do TPI. Elaboração das autoras.

SITUAÇÃO	INÍCIO DA INVESTIGAÇÃO	VIOLAÇÕES*	CASOS				
			VÍTIMAS AUTORIZ.	INÍCIO	ACUSADO	ACUSAÇÕES	FASE DO PROCEDIMENTO
República Democrática do Congo	Abril/2004 (ICC-01/04)		366 (55 ouvidas)	Novembro/2009	Germain Katanga	art. 7, §1º, g (estupro e escravatura sexual); art. 8º, §2º, e, vi e vii (estupro, escravatura sexual, alistamento forçado de menores de 15 anos e participação em hostilidades); outros;	Absolvido, por maioria, dos crimes sexuais (Junho/2014)
			146 (63 ouvidas)	Janeiro/2009	Lubanga Dyilo	art. 8º, §2º, e, vii (alistamento forçado de menores e participação em hostilidades); outros;	Condenado (Novembro/2017)
			130	—	Callixte Mbarushimana	art. 7, §1º, g (estupro); art. 8º, §2º, b, xxii (estupro) e outros;	Encerrado (acusações rejeitadas em Dezembro/2011)
				—	Sylvestre Mudacumura	art. 8º, §2º, e, vi (estupro) e outros;	Foragido
			366 (55 ouvidas)	Novembro/2009	Ngudjolo Chui	art. 7, §1º, g (estupro e escravatura sexual); art. 8º, §2º, b, xxii (estupro); outros;	Absolvido (Fevereiro/2015)
			(102 ouvidas)	Setembro/2015	Bosco Ntaganda	art. 7, §1º, g (estupro e escravatura sexual); art. 8º, §2º, e, vi e vii (estupro, escravatura sexual e alistamento forçado de menores e participação em hostilidades); outros;	Condenado (Sob apelação)

SITUAÇÃO	INÍCIO DA INVESTIGAÇÃO	VIOLAÇÕES*	CASOS				
			VÍTIMAS AUTORIZ.	INÍCIO	ACUSADO	ACUSAÇÕES	FASE DO PROCEDIMENTO
Uganda	Julho/2004 (ICC-02/04)		41	—	Joseph Kony e Vincent Otti	art. 7, §1º, g (estupro e escravatura sexual); art. 8º, §2º, e, vi e vii (estupro e alistamento forçado de menores); outros;	Foragidos
			4065 (130 ouvidas)	Dezembro/2016	Dominic Ongwen	art. 7, §1º, g (estupro, escravatura sexual, casamento forçado); art. 8º, §2º, e, vii (estupro, escravatura sexual, alistamento forçado de menores e participação em hostilidades) e outros	Aguarda sentença
República Centro-Africana	Junho/2005 (ICC-01/05)		5229 (77 ouvidas)	Novembro/2010	Bemba Gombo	art. 7, §1º, g (estupro); art. 8º, §2º, e, vi (estupro); outros;	Absolvido por maioria (Junho/2018)
			13	Setembro/2015	Bemba et. al.	outros	Condenados (Setembro/2018)

SITUAÇÃO	INÍCIO DA INVESTIGAÇÃO	VIOLAÇÕES*	CASOS				
			VÍTIMAS AUTORIZ.	INÍCIO	ACUSADO	ACUSAÇÕES	FASE DO PROCEDIMENTO
Sudão/Darfur	Junho/2005 (ICC-02/05)		—	—	Abd-Al-Rahman	art. 7, §1º, <i>g</i> ; art. 8º, §2º, <i>e</i> , <i>vi</i> ; e outros;	aguarda confirmação da denúncia
			87	—	Abu Garda	outros	Encerrado (acusações rejeitadas em Abril 2010)
			12	—	Al Bashir	art. 6º, <i>b</i> (estupro e outros atos de violência sexual); art. 7, §1º, <i>g</i> ; outros	Foragido
			103	—	Abdalla Banda	outros	Foragido (acusação admitida)
				—	Ahmad Harun	art. 7, §1º, <i>g</i> (estupro); art. 8º, §2º, <i>e</i> , <i>vi</i> (estupro) e outros;	Foragido
				—	Muhammad Hussein	art. 7, §1º, <i>g</i> (estupro); art. 8º, §2º, <i>e</i> , <i>vi</i> (estupro) e outros	Foragido
Quênia	Novembro/2009 (ICC-01/09)		—	—	Osapiri Barasa	outros	Foragido
				—	Paul Gicheru e Kipkoech Bett	outros	Foragidos
			725	—	Muigai Kenyatta	art. 7, §1º, <i>g</i> (estupro); outros	Encerrado (acusações retridas pela Procuradoria) Março/2015
			628	—	Samoei Ruto e Arap Sang	outros	Encerrado (acusações rejeitadas em Abril/2016)
Líbia	Março/2011 (ICC-01/011)		—	—	Al-Werfalli	outros	Foragido
			—	—	Al-Islam Gaddafi	outros	Foragido
			—	—	Mohamed Khaled	outros	Foragido
Costa do Marfim	Outubro/2011 (ICC-02/11)		727 (82 ouvidas)	Janeiro/ 2016	Gbagbo e Blé Goudé	art. 7, §1º, <i>g</i> (estupro) e outros	Absolvidos por maioria (Janeiro/2019)
				—	Simone Gbagbo	art. 7, §1º, <i>g</i> (estupro) e outros	Foragida

SITUAÇÃO	INÍCIO DA INVESTIGAÇÃO	VIOLAÇÕES*	CASOS				
			VÍTIMAS AUTORIZ.	INÍCIO	ACUSADO	ACUSAÇÕES	FASE DO PROCEDIMENTO
Mali	Julho/2012 (ICC-01/12)		—	Julho/2020	Al Hassan	art. 7, §1º, g (estupro, escravatura sexual, casamento forçado); art. 8º, §2º, e, vi (estupro, escravatura sexual) e outros;	Em julgamento
			9 (3 ouvidas)	Setembro/2015	Al Mahdi	outros;	Condenado (Setembro/2016)
República Centro-Africana (II)	Maio/2014 (ICC-01/14)		1085	—	Alfred Yekatom e Edouard Ngaissona	outros	Acusações confirmadas, aguarda início do julgamento
Georgia	Outubro/2015 (ICC-01/15)		—	—	—	outros	Autorizada abertura de inquérito
Burundi	Outubro/2017 (ICC-01/17)		—	—	—	art. 7, §1º, g (estupro), outros	Autorizada abertura de inquérito
Myanmar/Bangladesh	Setembro/2018 (ICC-01/19)		—	—	—	art. 7, §1º, g (estupro e outros atos de violência sexual), outros	Autorizada abertura de inquérito
Afeganistão	2007 (ICC-01/17)		—	—	—	outros	Autorizada abertura de inquérito

REFERÊNCIAS

Doutrina

- Amâncio, L. (2003). “O gênero no discurso das ciências sociais”. *Análise Social. Lisboa*, (168). Pp. 687-714.
- Ambos, K. (2012). “Violência sexual nos conflitos armados e o direito penal internacional”. *Revista anistia política e justiça de transição*, (8). Pp. 400-439.
- Askin, K.D. (2003). “Prosecuting War Time Rape and Other Gender-Related Crimes Under International Law: Extraordinary Advances and Enduring Obstacles”. *Berkely Journal of International Law*, Vol. 21 (288). Pp. 288-349.
- Askin, K.D. (2004). “A decade of development of gender crimes in International Courts and Tribunals: 1993 to 2003”. *Human Rights Brief*, Vol. 11 (3). Pp. 16-19.
- Bassiouni, M.C. & McCormick, M. (1996). *Sexual violence: an invisible weapon of war in the former Yugoslavia*. Chicago: DePaul University.
- Bensouda, F. (2014). “Gender Justice and the ICC: progress and reflections”. *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 16 (4). Pp. 533-537.
- Brower, A.M. & Chu, S.K. (2009). *Men who killed me: Rwandan survivors of sexual violence*. Vancouver: Douglas & McIntyre.
- Brownmiller, S. (1975). *Against our will: men, women and rape*. Nueva York: Fawcett Columbine.
- Butler, J. (2009). *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira.
- Butler, J. (2016). *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Butler, J. (2019). “Atos performáticos e formação dos gêneros: um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista”. Em de Hollanda, H.B. (ed.), *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo.
- Cassese, A. et al. (2013). *Cassese’s International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Chappell, L. (2006). “Women’s Interests as Women’s Rights: Developments at the UN criminal tribunals and the International Criminal Court”. Em Chappell, L. & Hill, L. (eds.), *The politics of women’s interest: new comparative perspectives*. Londres: Routledge. Pp. 1-4.
- Chappell, L. (2010). “Gender and Judging at the International Criminal Court”. *Politics & Gender*, Vol. 6 (3). Pp. 484-495.
- Chappell, L. (2011). “Nested Newsness an Institutional Innovation: Expanding Gender Justice in the International Criminal Court”. Em Krook,

- M.L. & Mackay, F. (ed.), *Gender, Politics and Institutions: towards a feminist institutionalism*. Nueva York: Palgrave Macmillan. Pp. 163-180.
- Chinkin, C. (2009). "Gender-related Violence and International Criminal Law and Justice". Em Cassese, A. (ed), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 75-81.
- Cipriani, M. (2016). "Dos confrontos formais aos informais: desconstrução de papéis de gênero e representatividade feminina como instrumentos de equidade no campo do direito". Em Gostinski, A. & Martins, F. (ed.). *Estudos feministas: por um direito menos machista*. Florianópolis: Empório do Direito.
- Collin, F., Pisier, É. & Varikas, E. (2011). *Les femmes de Platon à Derrida: Anthropologie critique*. Paris: Dalloz.
- Copelon, R. (2000). "Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes Against Women into International Criminal Law". *McGill Law Journal*, Vol. 46. Pp. 217-240.
- David, E. (2016). "Artigo 9: Elementos dos Crimes". Em Steiner, S.H. & Brant, L.N.C. (ed.), *O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Del Luján Flores, M. (2006). "A violência de gênero no plano internacional". *Verba juris*, Vol. 5 (5). Pp. 245-276.
- Federici, S. (2019). *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante.
- Foucault, M. (2008). *Arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Fouque, A. (1990). *Lectures de la différence sexuelle*. Paris: des femmes.
- Fouque, A. (2004). *Il y a deux sexes: Essais de féminologie*. Paris: Gallimard.
- Garraio, J. (2016). "Perdidas na exposição?: desafiar o imaginário colonial português através de fotografias de mulheres negras". Em Ribeiro, A.S. & Ribeiro, M.C. (ed.), *Geometrias da memória: configurações pós-coloniais*. Lisboa: Afrontamento.
- Goldstone, R.J. & Dehon, E.A. (2003). "Engendering Accountability: Gender Crimes Under International Criminal Law". *New England Journal of Public Policy*, Vol. 19 (1). Article 8.
- Groenhuijsen, M. & de Brouwer, A.M. (2010). "Participation of Victims: Commentary". Em Klip, A. & Sluiter, G. (ed.), *Annotated Leading Cases Of International Criminal Tribunals: The International Criminal Court 2005-2007*. Cambridge: Intersentia. Pp. 273-280.
- Guimarães, B.F.R. & Miranda, J.I.R. (2012). "A participação das vítimas nos julgamentos do Tribunal Penal Internacional". *Direitos fundamentais e justice*, Vol. 6 (21). Pp. 176-196.
- Hayes, N. (2010). "Creating a Definition of Rape in International Law: The Contribution of the International Criminal Tribunals". Em Darcy, S. &

- Powderly, J. (ed.), *Judicial creativity at International Criminal Tribunals*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 129-157.
- Héritier, F. (1996). *Masculin/Feminin I: La pensée de la différence*. Paris: Odile Jacob.
- Héritier, F. (2002). *Masculin/Feminin II: La pensée de la différence*. Paris: Odile Jacob.
- Joseph, J.H. (2008). “Gender and International Law: How the International Criminal Court Can Bring Justice to Victims of Sexual Violence”. *Texas Journal of Women and the Law*, Vol. 18. Pp. 61-305.
- Kirsch, P. (2004). “A Corte Penal Internacional perante a soberania dos Estados. Tradução de Silvio Antunha”. Em Cassese, A. & Delmas-Marty, M. (ed.), *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole.
- Korfält, L. (2015). “Sexual Violence and the Relevance of the Doctrine of Superior Responsibility in the Light of the Katanga Judgment at the International Criminal Court”. *Nordic Journal of International Law*, (84). Pp. 533-579.
- Lima Júnior, A.T. (2018). *Guerra, paz e os corpos das mulheres: um olhar nativo sobre a Conferência de Beijing*. Brasília: IPEA.
- Marcon, C.L. de R. (2008). *Já que viver é ser [e ser] livre”: a devida diligência como standard de proteção dos direitos humanos das mulheres a uma vida sem violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Martins, F. (2020). *Feminismos criminológicos: heterot[r]opias da abolição*. 298 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- Minkova, L.G. (2020). “Incompatible) Visions of Justice? Personal Culpability and Gender Justice at the ICC”. *Politics & Gender*. Pp. 1-33.
- Odio-Benito, E. (2004). *Los derechos humanos de las mujeres, la justicia penal internacional y una perspectiva de género*. México, 9ª Conferencia Regional sobre la mujer de America Latina e Caribe, 10 a 12 de junho de 2004. Comunicação oral.
- Oosterveld, V. (2005). “The Definition of “Gender” in the Rome Statue of the International Criminal Court: a Step Foward or Back for the International Criminal Justice?”. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18. Pp. 55-84.
- Penachioni, J.B. (2017). *Violência sexual em conflitos armados e ataques generalizados ou sistemáticos: a criminalização pelo tribunal penal internacional*. 141 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- Pimentel, S. & Pandjarian, V. (2000). “Direitos humanos a partir de uma perspectiva de gênero”. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, Vol. 53 (1). Pp. 107-140.

- Piovesan, F. (2011) *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva.
- Rogers, S. (2016). "Sexual Violence or Rape as a Constituent Act of Genocide: Lessons from the *Ad Hoc* Tribunals and a Prescription for the International Criminal Court". *The George Washington International Law Review*, Vol. 48 (2). Pp. 265-314.
- Romany, C. (1993). "Women as *Aliens*: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law". *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 6 (87). Pp. 87-125.
- Rubin, G. (1986). "El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo". *Nueva Antropología*, Vol. VIII (30).
- Ruiz, M.R.O. (2002). "La prohibición y criminalización en derecho internacional de las violencias sexuales contra mujeres civiles en conflictos armados". *Boletín de La Facultad de Derecho de La Uned*, (19). Pp. 199-265.
- Sácouto, S. & Sellers, P. (2019). "The Bemba Appeals Chamber Judgment: Impunity for Sexual and Gender-Based Crimes?". *William & Mary Bill of Rights Journal*, (27). Article 2.
- Santos, B.S. (2003). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Scott, J.W. (1994). "Prefácio a Gender and Politics of History". *Cadernos Pagu*, Vol. 3. Pp. 11-27.
- Scott, J.W. (1995). "Gênero: uma categoria útil de análise histórica". *Educação & Realidade*, Vol. 20 (2).
- Scott, J.W. (2005). "O enigma da igualdade". *Estudos Feministas*. Vol. 13 (1). Pp. 11-30.
- Segato, R.L. (2017). *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Smart, C. (1999). *Law, Crime and Sexuality: Essays in Feminism*. Londres: Sage.
- Stahn, C. (2014). "Justice Delivered or Justice Denied? The Legacy of the Katanga Judgment". *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12 (4). Pp. 809-34.
- Vigarello, G. (1998). *História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Wood, E.J. (2009). "Violencia sexual durante la guerra: hacia un entendimiento de la variación". *Análisis Político*, (66). Pp. 3-27.
- Young, I. (2000). *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press.

Jurisprudência

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Caso Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C, n. 211.

Tribunal Penal Internacional

República Democrática do Congo

TPI. [Sala de Primera Instancia I] Prosecutor versus Lubanga Dyilo, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06 A 15 de março 2012. Citado como: TPI, Lubanga 15/03/2012.

TPI. [Sala de Primera Instancia II] Prosecutor versus Germain Katanga, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/07. A 7 março de 2014. Citado como: TPI, Katanga, 07/03/2014.

TPI. [Sala de Cuestiones Preliminares I]. Prosecutor versus Lubanga Dyilo, *Decision on the Applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, Doc. Núm. ICC-01/04 A 17 de janeiro de 2006. Citado como: TPI, Lubanga 17/01/2006.

TPI. [Sala de Cuestiones Preliminares]. Prosecutor versus Germain Katanga, *Decision on the confirmation of charges* Doc. Núm. ICC-01/04-01/07 A 30 de setembro de 2008. Citado como: TPI, Katanga, 30/09/2008.

República Centro Africana

TPI. [Sala de Apelaciones I]. Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba Gombo, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"* Doc. Núm. ICC-01/05-01/08 A. 8 de junho de 2018. Citado como: TPI, Bemba, 8/06/2018.

TPI. [Sala de Primera Instancia III]. Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba Gombo, *Corrigendum to Decision on the participation of victims in the trial and on 86 applications by victims to participate in the proceedings* Doc. Núm. ICC 01/05-01/08 A12 de julho de 2010. Citado como: TPI, Bemba 12/07/2010.

TPI. [Sala de Primera Instancia III]. Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba Gombo, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute* Doc. Núm. ICC-01/05-01/08. A 21 de março de 2016. Citado como: TPI, Bemba, 21/03/2016.

República de Sudán

TPI [Sala de Cuestiones Preliminares I]. Prosecutor versus Ahmad Al Bashir, *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*

Doc. Núm. ICC-02/05-01/09. A 12 Julho 2010. Citado como: TPI, Al Bashir, 12/07/2010.

República de Costa de Marfil

TPI. (2019). *Prosecutor versus Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*. ICC-02/11-01/15-T. Chamber's Oral Decision of 15 January 2019 on the 'Requete de la Defense de Laurent Gbagbo afin qu'un jugement d'acquittement portant sur toutes les charges soit prononce enfaveur de Laurent Gbagbo et que sa mise en liberte immediate soit ordonnee' and on the 'Blé Goudé Defence No Case to Answer Motion'. 15 de janeiro de 2019. Disponível em: < <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1427>> Acesso em 20 ago 2020.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR. [Sala de Primera Instancia I] *Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu, Judgement and opinion* Caso Núm. ICTR-96-4-T. A 2 de setembro de 1998. Citada como: TPIR, Akayesu, 02/09/1998.

Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia

TPII. [Sala de Primera Instancia I] *Prosecutor versus Mucić et. al., Judgement*. Caso Núm. IT-96-21-I. A 16 de novembro de 1998. Citado como: TPII, Mucić et al., 16/11/1998.

TPII. [Sala de Primera Instancia I] *Prosecutor versus Anto Furundžija, Judgement*. Caso Núm. IT-95-17/1-T. A 10 de dezembro de 2000. Citado como: TPII, Furundžija, 10/12/2000.

TPII. [Sala de Primera Instancia I] *Prosecutor versus Kunarac et. al., Judgement*, Caso Núm. IT-96-23/1-T. A 22 de fevereiro de 2001. Citado como: TPII, Kunarac et al., 22/02/2001.

Regulamentos, informes e outros documentos

Human Rights Watch. (2005). *Seeking Justice: The Prosecution of Sexual Violence in the Congo War*. Disponível em: <https://www.hrw.org/reports/2005/drc0305/>. Acesso em 20 ago 2020.

Organização das Nações Unidas (ONU). (1984) *Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm

Organização das Nações Unidas (ONU). (2012). *Review of sexual violence elements of the judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, and the Special Court of Sierra Leone in the light of Security Council Resolution 1820*. Department of Peacekeeping Operations. Disponível em:

- https://www.icty.org/x/file/Outreach/sv_files/DPKO_report_sexual_violence.pdf
- Steiner, S.H. (2020). Entrevista concedida a Ana Estela de Sousa Pinto. Tribunal Penal Internacional descarta mais de 90% dos pedidos de investigação. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 29 jul. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/07/tribunal-penal-internacional-descarta-mais-de-90-dos-pedidos-de-investigacao.shtml>
- Tribunal Penal Internacional (TPI). (1998). *Estatuto de Roma*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm
- Tribunal Penal Internacional (TPI). (2011). *Elements of crimes*. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>
- Tribunal Penal Internacional (TPI). Office of the Prosecutor. (2006). *Report on prosecutorial strategy*. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf
- International Criminal Court (TPI). Office of the Prosecutor. (2012). *Strategic Plan 2012-2015*. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Strategic-Plan-2013.pdf>
- Tribunal Penal Internacional (TPI). Office of the Prosecutor. (2014). *Policy Paper on Sexual and Gender Based Crimes*. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes--June-2014.pdf>
- Tribunal Penal Internacional (TPI). Office of the Prosecutor. (2018) *Report on Preliminary Examination Activities*. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=181205-rep-otp-PE>
- Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia (TPII). (1993). *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf
- Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia (TPII). (1994). *Rules of Procedure and Evidence*. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). (1994). *Statute of International Criminal Tribunal for Rwanda*. Disponível em: https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr_0.pdf
- Women's Initiatives for Gender Justice. (2012). *Legal eye on the ICC*. Disponível em: <https://4genderjustice.org/home/publications/eletters/legal-eye-on-the-icc-march-2012/>
- Women's Initiatives for Gender Justice. (2009). *Statement by the Women's Initiatives for Gender Justice on the opening of the trial against Katanga and Ngudjolo*, 23 November.

Capítulo 23

LA PERSPECTIVA DE LAS TEORÍAS FEMINISTAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Lina Caballero Martínez
Laura Quijano Ortiz
Cristina San Juan Serrano

1. INTRODUCCIÓN

Históricamente la violencia contra la mujer en el marco de los conflictos armados ha sido invisibilizada, catalogada como un daño colateral o como una conducta normal de guerra. Esto ha contribuido a mantener la desigualdad ante la ley, perpetuando el rol social asignado a la mujer de sumisión, indefensión y de ciudadano de segunda categoría, que no tiene la opción de acceder a los mismos derechos y protección de la que gozan los hombres. Esta invisibilización ha permitido que la VSx y la VBG se hayan proliferado en los contextos de conflicto, y que sus responsables suelen permanecer impunes.

El DIP no ha sido ajeno a estas realidades, y ha tenido una evolución positiva en la criminalización de ciertas conductas que antes escapaban al juzgamiento, culminando en la creación de una CPI que incorpora una perspectiva de género mucho más amplia que la de los TPIY/R. Si bien tiene aspectos por mejorar, esto ha supuesto un gran avance en los derechos de las víctimas y en materia de justicia de género.

En este capítulo se explicarán algunas de las principales teorías feministas para entender la concepción que tienen de la justicia y lo que buscan con la reivindicación de derechos; se abordará la evolución de la perspectiva de género desde los TPIY/R hasta la actualidad, y se analizará la implementación del mandato de género del ECPI en el funcionamiento de la CPI para evaluar su estado actual y lo que falta por mejorar desde las perspectivas feministas.

Considerando que el propósito de este capítulo es analizar la función de la CPI a partir del feminismo, y teniendo en cuenta la existencia de varias teorías feministas, más no de “un feminismo” único, se aplicará el método del *situated judgment* propuesto por Radin (1990), que consiste en utilizar una variedad de estrategias analíticas en lugar de una sola teoría. En este sentido, se utilizarán herramientas del feminismo liberal, del cultural, del radical, del posmoderno y del posestructuralista, así como del feminismo del tercer mundo, en la medida en que cada teoría se muestre útil para abordar un objeto de análisis específico¹.

Se espera así lograr identificar algunas preocupaciones que son pertinentes para las distintas perspectivas feministas, no sin antes aclarar que las opresiones que el feminismo señala siempre deben entenderse en una intersección con otros tipos de opresiones que surgen de la raza, la clase, la capacidad, la procedencia, la religión, la división norte-sur, entre otras.

2. EL HORIZONTE DE ANÁLISIS: LAS TEORÍAS FEMINISTAS

En esta sección se presentan brevemente las principales características de algunas vertientes del feminismo que han sido elegidas como punto de partida para el análisis que se propone adelantar en este capítulo.

El *feminismo liberal* es una forma individualista de teoría feminista que se caracteriza por la creencia en que hombres y mujeres deben tener los mismos derechos y oportunidades sin ningún tipo de discriminación, dado que por naturaleza ambos poseen las mismas capacidades intelectuales. En este sentido, las feministas liberales creen que la subordinación femenina se da por la existencia de un conjunto de restricciones, tanto en las costumbres como en las normas jurídicas, que oprimen a las mujeres y bloquean su entrada y éxito en el espacio público (Tong, 2018). La eliminación de estas restricciones, y su

¹ Se advierte, sin embargo, que esto se hace a costa de una cierta simplificación de las teorías feministas abordadas.

reemplazo por el principio de igualdad de oportunidades permitirá, según esta corriente, que hombres y mujeres participen de manera equitativa en las esferas públicas y políticas, accediendo en igualdad de condiciones a la educación, al mercado laboral y al mercado de bienes y servicios (Charlesworth & Chinkin, 2016).

El *feminismo cultural* proviene de Echos (1983), quien iguala la liberación de las mujeres con el desarrollo y la preservación de una contracultura femenina, es decir, defiende la exaltación del principio y los valores femeninos denigrando los de género masculino (Osborne, 1993). El feminismo cultural es la opinión de que existe una naturaleza o esencia femenina, y busca una valoración positiva de lo femenino, intentando revalidar atributos asociados a la femineidad y la construcción de su identidad cultural (Alcoff, 1988). Desde esta perspectiva se afirma que el punto de vista femenino comprende la naturaleza y la vida social mejor que el masculino, y que, si los valores femeninos predominaran, estaríamos frente a un mundo más pacífico, en el que habría más conciliación y mediación.

Por su parte, el *feminismo radical* surge como respuesta a ciertos aspectos del feminismo liberal y cultural que se consideran inadecuados por algunas mujeres. En primer lugar, y en relación con el feminismo liberal, las feministas radicales observan que la aproximación que insiste en que las mujeres y los hombres deben ser tratados con igualdad es inútil cuando las mujeres no están en la misma posición que los hombres a raíz de desventajas estructurales. En palabras de Lacey (1987:415-420), “el principio de la igualdad de oportunidades es inadecuado para criticar y transformar un mundo en el que la distribución de los bienes está estructurada de conformidad con el género”, y “el presupuesto de un mundo de individuos autónomos que comienzan una carrera o que toman decisiones de manera libre no tiene fuerza alguna contra el argumento de que los hombres y las mujeres simplemente están corriendo carreras diferentes”.

Además, es un presupuesto que implica el peligro de servir para legitimar las diferencias existentes, haciéndolas pasar como resultados de las distintas “elecciones libres” que hacen individuos supuestamente en condiciones de igualdad. La premisa de la igualdad, como observan las teorías feministas radicales, da a las mujeres acceso a un mundo construido por los hombres, en el que tienen que desenvolverse de acuerdo con los parámetros determinados por ellos. Como

resultado, no se considera una aproximación adecuada para afrontar la opresión.

Así mismo, se observa con preocupación frente al *feminismo cultural* cómo aceptar la existencia de una naturaleza o esencia femenina tiene como corolario un determinismo biológico, que indica a las mujeres cuál es su lugar y cuál es su rol. Por ello, para MacKinnon (1987: 39-45) “lo femenino” es definido por una cultura patriarcal, por lo que, si las mujeres afirman ser diferentes, cuando la diferencia implica dominancia, están afirmando las características de la impotencia².

En contraste con las teorías anteriores, el *feminismo postestructuralista* parte de la crítica de la visión binaria del mundo, de las dicotomías planteadas, como hombre/mujer, masculino/femenino, a partir de construcciones sociales, en donde siempre lo fuerte, lo público, lo racional se relaciona con lo masculino, mientras que lo débil, privado y sentimental con lo femenino (Zambrini, 2014). Estas dicotomías que separan al hombre y la mujer no son más que construcciones sociales que permiten a los hombres oprimir a las mujeres, por lo que una estrategia que se puede utilizar en el proceso de deconstrucción de la verdad en las diferencias sexuales es denunciar las dicotomías como simplistas, ya que dejan de lado las semejanzas entre sexos para enfocarse únicamente en las diferencias (Williams, 1990).

Por otro lado, el *feminismo posmodernista* parte de la crítica al modernismo, en el cual el conocimiento surge de unas ideas universales, de unos grandes relatos que dan origen al mundo moderno, todo, desde unas perspectivas de supremacía de occidente (Piedra Guillén, 2003). En contraposición, el feminismo posmodernista busca acabar con esa “historia única”, señalando que deben abordarse diferentes perspectivas individuales, por lo que debería ser a través del pragmatismo el método por el cual se construya el pensamiento. Una de sus críticas principales es que no existe un sujeto universal, una única visión, ni libertad, ni felicidad, por lo que hay una serie de diferencias que deben tomarse en cuenta; señala que, no se puede pensar el feminismo desde una sola perspectiva femenina, porque cada mujer es distinta en su raza, credo, lenguaje y cultura. La diferencia como

² Según MacKinnon, 1987: 39-45: “When you are powerless, you don’t just speak differently. A lot, you don’t speak”.

elemento esencial en el feminismo posmoderno, permite reconocer las diferencias entre las propias mujeres, lo que puede llevar a crear un espacio donde se puedan escuchar las voces de todas (De las Heras Aguilera, 2009).

Finalmente, nos referimos a los *feminismos del tercer mundo*; expresión que ha sido utilizada para referirse a aproximaciones feministas desarrolladas por mujeres del Sur Global o por mujeres de color en el norte. Estas mujeres han sido críticas de la aplicación irreflexiva de las teorías feministas occidentales en sus sociedades y sus comunidades, y particularmente del enfoque de igualdad de las corrientes liberales. Así mismo, han resaltado cómo, mientras el género y la clase son factores de opresión para las mujeres del Norte Global, las mujeres del tercer mundo son también oprimidas por cuenta del imperia-lismo y del racismo (Charlesworth & Chinkin, 2016: 46-47).

Los primeros movimientos feministas del tercer mundo estuvieron estrechamente relacionados con luchas nacionalistas y, más recientemente, se han concentrado en gran medida en la erradicación de la pobreza en sus sociedades. A este respecto, los feminismos del tercer mundo han señalado cómo la economía global perpetúa la pobreza y cómo el éxito económico de las naciones “desarrolladas” se ha erigido sobre la explotación de aquellas “en vías de desarrollo”. Con ello, se ha conformado una opresión adicional para las mujeres del tercer mundo, de la cual sacan provecho aquellas que conforman el primer mundo. Estas últimas, bajo esta línea argumental, deben en primer lugar reconocer su situación privilegiada, y sólo a partir de este reconocimiento y de entender el racismo y la explotación económica que sufren las mujeres del tercer mundo, estarían en condiciones de comprender mejor la opresión de género en el marco del capitalismo global (Charlesworth & Chinkin, 2016: 48).

3. LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DESDE LAS TEORÍAS FEMINISTAS

3.1. *El contexto en el que se crea la Corte Penal Internacional*

Los TPIY/R fueron un pilar fundamental para la estructuración de la CPI, permitiendo incluir en el ECPI crímenes que no fueron consi-

derados, e incluso ignorados, en los juicios del TMI (Nuremberg) y de TMILO (Tokio). Si bien eran escenarios y contextos distintos, existía un elemento común a todos los conflictos armados, la VSx descarnada en contra de las mujeres.

Los TPIY/R cambiarían radicalmente el tratamiento de la VSx en el ámbito internacional, incluyendo en sus estatutos la violación como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra respectivamente. Además, establecieron por primera vez a nivel internacional, a través de su jurisprudencia, el reconocimiento de crímenes que solo pueden sufrir las mujeres por su condición de mujer, como el embarazo forzado.

Estos tribunales desarrollaron a través de su jurisprudencia precedentes que trazarían el futuro de la CPI y el tratamiento que esta daría en materia de VSx y VBG. Entre los fallos históricos se encuentra el caso Akayesu, del TPIR, en el cual se sienta un precedente sobre la ausencia de consentimiento en contextos de coerción (TPIR, Akayesu, 02/09/1998); y el caso Kunarac, del TPIY, en el cual se determinó que las violaciones a un grupo de mujeres en un “burdel improvisado” constituyeron una forma de esclavitud (TPIY, Kunarac et al., 22/02/2001).

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995), así como el seguimiento al funcionamiento y jurisprudencia de los TPIY/R que habían hecho movimientos feministas y abogadas, consolidó redes feministas fuertes que aportaron sus conocimientos en la conformación del WCGJ, el cual influiría significativamente en el texto final que daría vida a la CPI, consiguiendo que sus principales propuestas fueras apoyadas por la Conferencia Diplomática de Roma en 1998 (Spees, 2003).

Uno de sus logros fue la inclusión de la violación y otros crímenes sexuales dentro del ECPI, dándoles por primera vez la connotación de graves violaciones con responsabilidad penal. De igual forma, logró: (i) definiciones de los crímenes y disposiciones sobre procedimiento y prueba acordes a una aproximación feminista y de género que se adaptara a las realidades de la guerra; (ii) la exigencia de una participación equitativa de género en la composición de la CPI en el art. 36(8) del ECPI, así como de expertos en varias materias como la violencia en contra de las mujeres; y (iii) la inclusión de la noción de género dentro del ECPI.

Esta perspectiva, sin embargo, no estuvo libre de oposición por parte de: (i) Estados cuyas delegaciones mostraron desinterés por el enfoque de género, que afirmaron que dichos asuntos no eran relevantes en relación con los elementos centrales del debate; y (ii) Estados que activamente se opusieron a la implementación de elementos propios del enfoque de género (el Estado Vaticano y algunos Estados de la Liga Árabe, entre otros), acompañados por ONG de corte conservador y religioso (Chappell, 2016).

El resultado fue un ECPI que ha sido considerado generalmente como progresista, que crea una CPI que tiene un mandato de justicia de género detallado y que promete servir para visibilizar la VSx en el mundo. Aunque no totalmente exento de aspectos problemáticos, la adopción del ECPI en 1998 fue recibida como una buena noticia por el feminismo (Chappell, 2016: 2), y la CPI fue percibida como una institución legítima por la participación de una variedad de actores en su diseño.

Sin embargo, el análisis que propone este capítulo requiere que se observe la evolución institucional de la CPI, y no solo su momento “fundacional”. Una institución que se erige en una sociedad patriarcal, así tenga como objetivo expreso la justicia de género, puede resultar funcionando de manera indiferente a esta (o incluso en su detrimento), porque, a pesar de que la institución se crea formalmente con nuevas normas, las reglas no escritas de las relaciones de poder siempre afloran. Como explica Charlesworth (2013: 32), siempre hay un riesgo de que las normas transformadoras, en cuanto al sexo y el género, sean vaciadas en su aplicación y terminen incluso reforzando el *status quo*.

Al mirar la CPI a través de un lente institucionalista, Chappell (2016: 18) explica cómo el género opera como un conjunto de normas y prácticas en y debajo de las instituciones, de manera que determina profundamente su diseño, sus acciones y sus resultados; y, cómo en el caso de la CPI, operan en esta los legados en materia de género del DI, el DP y el DIH.

Distintas autoras (Askin, 2003; Charlesworth & Chinkin, 2016; Chappell, 2016; Coral Díaz, 2015, entre otras) han observado en los legados del DI, y particularmente del DIH, los siguientes elementos: en primer lugar, las narrativas tradicionales que han representado a

las mujeres como madres, dependientes y como sujetos pasivos en los diferentes contextos, mas no como sujetos activos con personalidad jurídica propia. En segundo lugar, la consideración de la VSx como menos grave que otras atrocidades, al atribuírsele una naturaleza de violencia colateral inevitable en los conflictos. En tercer lugar, el tratamiento jurídico de la VSx como un crimen en contra del honor, que no protegía a las mujeres como seres humanos per se, sino a los hombres que eran ofendidos a través del daño causado a las mujeres que dependían de ellos. Junto a esto, la invisibilización de las experiencias de los hombres víctimas de VSx, porque la narrativa dominante es que solo las mujeres son objeto de esta violencia (Askin, 2003; Charlesworth & Chinkin, 2016; Chappell, 2016; Coral Díaz, 2015).

El quinto elemento es la existencia de un prejuicio sobre las mujeres, en torno a que fabrican denuncias falsas y son poco fiables como testigos. Además, el estereotipo de la doctrina de la “denuncia inmediata” (*fresh complaint doctrine*) ha provocado que se considere que la mujer realmente virtuosa (y, por tanto, la que dice la verdad) sea la que denuncia una agresión sexual de manera inmediata.

En adición a lo anterior, los crímenes de VSx han sido subaplicados debido a una serie de prejuicios, como (i) que son crímenes difíciles de investigar y judicializar; (ii) que sobre ellos es difícil obtener “evidencia confiable”; (iii) que las víctimas nunca quieren testificar; y (iv) que es muy difícil aplicar técnicas de investigación adecuadas. A esto hay que unir que, al abordarse judicialmente los crímenes de VSx, no existe, en la mayoría de los casos, un discurso de reconocimiento de la violencia patriarcal o del contexto de estereotipos de género que juegan un rol en lo acontecido (Askin, 2003; Charlesworth & Chinkin, 2016; Chappell, 2016; Coral Díaz, 2015).

Finalmente, ninguno de los cuatro CG (1949) conecta o hace referencia a la DUDH (1948), ni a las consecuencias de su grave violación. Ninguno incluye tampoco explícitamente los crímenes de VSx como grave violación, ni le atribuye responsabilidad penal, y lo mismo ocurre con el art. 3 común a los CG. Además, aunque el PA II (1977) tipifica la violación y la prostitución forzada, no lo hace como infracción penal, sino como actos contrarios al DIH que suponen una afrenta al “honor” de la familia o de la mujer, o en general, un atenta-

do contra el pudor (todo ello derivado de una concepción patriarcal de la honorabilidad de la familia y las mujeres).

3.2. La representación equilibrada de género en la Corte Penal Internacional

Corresponde ahora dirigir la atención a las personas que componen la esfera institucional de la CPI y por tanto ejercen su mandato. La representación hace referencia a la dimensión política compuesta por el “quién” y el “cómo” de la justicia, aspectos necesarios para el análisis del “qué”. Como explicó Fraser (2009), quién tiene el poder de deliberar en la justicia y en sus procesos, puede tener un impacto en lo sustancial.

El ECPI contiene un importante número de normas sobre representación que se pueden dividir en dos: aquellas dirigidas a un equilibrio de representación de los géneros en la conformación de los distintos órganos de la CPI (concebidos bajo una perspectiva binaria); y aquellas enfocadas en asegurar la presencia en la institución de conocimiento técnico en materia de VSx y VBG (Chappell, 2016: 30 y ss). Así, entre las primeras encontramos: (i) el art. 36(8)(a)(iii) del ECPI, que establece que, al seleccionar a los magistrados, los Estados parte tendrán en cuenta la necesidad de que en la composición de la CPI haya “una representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres”; y (ii) el art. 44(2) del ECPI, que extiende esta regla a la Fiscalía y la Secretaría de la CPI.

Por su parte, en el segundo grupo están: (i) el art. 36(8)(b) de ECPI, que establece que los Estados parte “tendrán también en cuenta la necesidad de que haya en la Corte magistrados que sean juristas especializados en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres o los niños”; y (ii) el art. 42(9) del ECPI, que contempla que “[e]l Fiscal nombrará asesores jurídicos especialistas en determinados temas como, por ejemplo, VSx, VBG y violencia contra los niños”.

La implementación de las normas sobre “representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres” fue satisfactoria en los primeros diez años de funcionamiento de la CPI porque siempre hubo un número de magistradas similar al de magistrados, así como se aseguró

su diversidad geográfica. Además, ha sido aplaudida la reciente elección de cuatro juezas candidatas entre los nuevos seis magistrados, regresando así las mujeres a ocupar la mitad de la bancada judicial en la actualidad (CPI, Oficina de Información Pública 10/03/2021). No obstante, continúa la preocupación entorno a la representación femenina en los altos cargos representativos de la CPI (WIGJ, 2018): Presidencia, Secretaría y Fiscalía, que son en su totalidad desempeñados por hombres, dada la reciente elección de Karim Khan como fiscal, y el nombramiento de Piotr Hofmański como nuevo presidente de la CPI.

La inclusión de magistrados y magistradas con experticia en VSx y VBG ha sido también exitosa desde el comienzo del funcionamiento de la CPI, pues más de la mitad de los jueces que componían las Salas en un momento determinado han tenido algún tipo de experticia en el tema (Chappell, 2016: 68-69). Por otra parte, también es de resaltar que la experticia en materia de género ha estado presente por medio de la figura de los *amicus curiae*, a través de los cuales la organización WIGJ ha presentado sus informes técnicos. Esta organización ha jugado un papel de acompañamiento a la CPI en materia de género, que resulta tan importante para su funcionamiento como el que jugó la WCGJ durante la negociación del ECPI.

La Fiscalía tampoco se ha quedado atrás. Así, en 2008, el Fiscal Moreno Ocampo nombró a Catharine Mackinnon como consejera especial sobre crímenes basados en género, nombramiento que fue celebrado por sectores feministas. Posteriormente, Fatou Bessouda nombró en dicho cargo a Brigid Inder, quien fue durante largo tiempo la directora ejecutiva de WIGJ (Chappell, 2016: 73).

Con respecto a la representación de las víctimas, se resalta el trabajo de la OPCV, que ha procurado promover una representación equilibrada de género entre las víctimas en los diferentes procedimientos. Sin embargo, al mismo tiempo, se ha visto como la Unidad de interacción con las comunidades (*Outreach*) ha tenido dificultades en lograr que las mujeres conozcan sobre la CPI y su mandato, lo que puede estar generando un subregistro de las víctimas mujeres (Chappell, 2016: 78).

Se puede observar entonces que, la implementación de las normas sobre representación en la CPI ha sido, en gran medida, satisfactoria,

constituyendo un cambio de dirección importante en materia de género en el DIP. Como resultado: (i) el poder decisorio no ha estado — exclusiva o principalmente— en cabeza de hombres; (ii) la presencia de mujeres ha dotado de legitimidad institucional a la CPI frente a las víctimas (que son mujeres y hombres) y frente al público; y (iii) se ha constituido una organización diversa, permitiendo la presencia de diferentes experiencias de género en la toma de decisiones. Sin embargo, es importante no desviarse de este camino, y continuar prestando particular atención a la representación en los cargos de liderazgo en la CPI.

3.3. El mandato de luchar contra la impunidad respecto de los crímenes de violencia sexual y basada en el género en la función de la Corte Penal Internacional

El feminismo ha analizado cómo la VSx y la VBG cumplen una función en el sistema patriarcal. El feminismo radical ve la VSx como un componente clave de la subordinación de las mujeres a los hombres, ubicándola en un marco teórico en el que se identifica como un síntoma y una herramienta del patriarcado. Según MacKinnon, la violación es un acto de dominancia que trabaja de manera sistemática para mantener una sociedad estratificada conforme al sexo, en la cual las mujeres tienen una posición desventajosa por ser objeto de la agresión sexual. Por ello, las teorías feministas radicales critican la perspectiva que describe la violación como una aberración y a los violadores como hombres subnormales. Por el contrario, el feminismo radical insiste en que la coerción sexual impregna la vida de las mujeres, y es un aspecto aceptado de los roles de género (Brenner, 2013).

El ECPI contiene una variedad de disposiciones que reconocen la VSx y la VBG. Esto se encuentra, principalmente, en los tipos penales, pero también en las normas procesales y en las regulaciones de la Fiscalía. En particular, el ECPI recoge la articulación más sofisticada de los crímenes de VSx y VBG, entre todos los tribunales internacionales penales (Chappell, 2016: 32), y conforma, junto con las RPP, la regulación más desarrollada hasta el momento en el ámbito del DIP en lo que se refiere a la práctica y valoración de la prueba de los delitos de naturaleza sexual (Delgado et al., 2016).

3.3.1. Las normas sobre violencia sexual y basada en el género

El feminismo ha sido crítico de los instrumentos del DIH por sus deficiencias en la definición y prohibición de la VSx, así como por su débil obligatoriedad, que ha perpetuado la impunidad en los crímenes sexuales y de género. El ECPI ha logrado, sin embargo, incluir y definir como graves estos crímenes, recopilando algunos avances logrados por los TPIY/R, e incluyendo otras conductas que nunca habían sido tenidas en cuenta. Con ello se busca castigar ciertas atrocidades que se han “naturalizado” en los conflictos armados y que históricamente han permanecido en la impunidad.

Un importante aporte del WCGJ ha sido la consecución de una definición neutra en género de los crímenes, como la definición de la violación recogida en el art. 7(1)(g) del ECPI. En ella se hace referencia al cuerpo de una persona, reconociendo que, en su mayoría, las víctimas de estos actos son las mujeres, pero sin excluir que la VSx hacia los hombres es también una realidad en los conflictos armados. Además, se presentó un amplio debate en torno al componente de coerción y a la ausencia de consentimiento al articular las normas probatorias de los delitos recogidos en el art. 7(1)(g) del ECPI, logrando que la definición de fuerza fuera lo suficientemente amplia para que todas las circunstancias coercitivas tengan cabida en esta, sin limitarse a la fuerza física o a la amenaza de muerte (Spees, 2003).

3.3.1.1. *La violencia sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra*

Gracias a la influencia del WCGJ, el ECPI recoge novedosos tipos penales de VSx (Halley, 2008). Así, entre los crímenes de lesa humanidad se contemplan la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” (art. 7(1)(g) del ECPI). Esta última acotación abre la posibilidad de perseguir otros crímenes sexuales no mencionados expresamente, lo que fortalece la capacidad de judicialización de la CPI.

Como crímenes de guerra, por otra parte, se encuentran la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de VSx que tam-

bién constituya una infracción grave de los CG o del art. 3 común a estos (apartados (b)(xxii) y (e)(vi) del art. 8(2) del ECPI).

En relación con la tipificación de estos crímenes, hay que anotar un aspecto positivo adicional, y es que el ECPI no asocia los crímenes de VSx con nociones como el honor, la dignidad sexual o la moral, categorías que tradicionalmente se han atribuido a las mujeres, y que solían considerarse intrínsecamente afectadas por las ofensas sexuales (Halley, 2008).

3.3.1.2. *La violencia sexual y basada en el género en la comisión de otros crímenes*

La definición de género incluida en el art. 7(3) del ECPI permite que varios crímenes puedan tener un alcance que antes no era concebido internacionalmente, como el crimen de persecución previsto en el art. 7(1)(h), que establece que dentro de los grupos que pueden ser perseguidos están los que tienen identidad fundada en motivos de género (Spees, 2003), siempre y cuando: (i) tengan relación con cualquier otro crimen de competencia de la CPI; y (ii) supongan una privación grave de los derechos fundamentales. Esto significa que la persecución en razón de la orientación sexual e incluso, con una interpretación amplia, en razón de la identidad de género según el contexto de la sociedad, pueda ser competencia de la CPI. Según Halley (2008), la inclusión de este crimen en el ECPI puede haber sido la victoria más importante del WCGJ.

De igual forma, el crimen de reclutamiento de menores de 15 años se ha interpretado jurisprudencial para extender la protección a las niñas menores de 15 años que han sido reclutadas para ser “esposas” o esclavas sexuales de los miembros de los grupos armados. Esto ha permitido adicionar cargos de crímenes sexuales a los responsables de su reclutamiento, como se refleja en el caso contra Bosco Ntaganda. En este caso, la Sala de Apelación determinó además que las niñas que habían sido reclutadas, y eran objeto de VSx, no podían estar participando activamente en las hostilidades y en consecuencia mantenían su protección como civiles dentro del conflicto (CPI, Ntaganda, 15/07/2017).

Respecto al crimen de genocidio, diferentes corrientes feministas han argumentado que el ECPI no recogió la jurisprudencia de los TPIY/R y su perspectiva de género, a lo que se une la ausencia de toda referencia en la Convención sobre el Genocidio (1951) a delitos específicos de género, como la violación y la agresión sexual.

En este sentido, conviene subrayar que el genocidio ha tenido un desarrollo importante a través de la jurisprudencia en los casos Akayesu (TPIR) y Milosevic (TPIR), donde se acusó y condenó a estos últimos por genocidio, al haber causado lesiones graves a la integridad física o mental a través de la VSx como parte de la campaña intencional para destruir a las personas de un grupo debido a su etnia, raza o religión (MacKinnon, 2006).

Sin embargo, a pesar de lo anterior, lo cierto es que el ECPI tiene la vocación de permitir la aplicación de su art. 6(b) cuando la CPI conozca de actos de VSx que forman parte de un plan para acabar con un grupo particular. Esto permite a la CPI calificar como genocidio algunas formas de VSx, de manera que, conforme al ECPI, esta última no se enmarca únicamente en los crímenes de lesa humanidad o de guerra, sino que puede ser concebida como un arma para la destrucción de un grupo en el marco de un conflicto.

En este sentido, la Fiscalía de la CPI (2014) ha afirmado expresamente que los delitos sexuales y de género cometidos con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, también pueden constituir actos de genocidio. La Fiscalía, basándose en la jurisprudencia del caso Akayesu, también apunta a que actos como los asesinatos, las lesiones corporales o mentales graves y la imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, pueden tener un elemento sexual y/o de género, y si se cometen con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, pueden llegar a ser constitutivos de genocidio.

De hecho, los graves daños físicos o mentales, y el posible estigma social asociado a la violación y a otras formas de VSx entre los grupos destinatarios, pueden causar un daño significativo e irreversible en las víctimas y sus comunidades, lo que supone que estos actos pueden ser un componente integral de la estrategia de destrucción aplicada a un

grupo determinado y, en tales circunstancias, puede surgir la responsabilidad penal por genocidio.

Sin embargo, y pese a dicho progreso, autores como Radhakrishnan destacan que: (i) se debe mirar más allá de los actos de VSx al analizar las experiencias de género de las mujeres, ya que durante un genocidio existe una gama mucho más amplia de delitos de género que los de naturaleza evidentemente sexual; y (ii) es importante aplicar un análisis de género para evaluar los elementos que constituyen la cadena de violencia genocida, y los elementos estructurales presentes cuando se produce un genocidio. Así mismo, Radhakrishnan apunta a que la destrucción o la prevención de la capacidad regenerativa de un grupo está asociada principalmente a las mujeres debido a su capacidad reproductiva. Sin embargo, los hombres y los niños rara vez se consideran agentes reproductivos, lo que demuestra la necesidad de un sólido estudio de género que incluya las experiencias de los hombres y los niños para el análisis del crimen de genocidio (Global Justice Center, 2018).

3.3.1.3. *Las normas procesales*

Desde el punto de vista procesal el ECPI recoge otros artículos que garantizan una perspectiva de género. En este sentido, el art. 68(1) del ECPI establece que la CPI debe adoptar medidas adecuadas para asegurar la seguridad, el bienestar y la dignidad de las víctimas y los testigos, y que para esto debe tener en cuenta algunos aspectos como si el crimen del caso entraña VSx o si ha sido cometido por razones de género.

El art. 68(2) del ECPI prevé, por su parte, que las Salas podrán hacer una excepción al principio del carácter público de las audiencias y decretar que parte del juicio se celebre a puerta cerrada, o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos, con el fin de proteger a las víctimas, a los testigos o a un acusado “en particular [...] en el caso de una víctima de violencia sexual”.

Por otra parte, las RPP también contienen disposiciones que reflejan una perspectiva de género. Particularmente, la regla 70 contempla los siguientes principios de la normativa probatoria aplicable a los casos de VSx: (i) el consentimiento no puede inferirse cuando la

fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o un entorno coercitivo hayan disminuido la capacidad de la víctima para darlo de manera voluntaria y libre; (ii) el consentimiento no puede inferirse en ningún caso cuando la víctima sea incapaz de darlo libremente; (iii) el consentimiento no puede inferirse del silencio o la falta de resistencia; y (iv) la credibilidad, honorabilidad o disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no puede inferirse de la naturaleza sexual de su comportamiento anterior o posterior.

Categoricamente, la regla 71 de las RPP establece que la CPI no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o posterior de la víctima o de un testigo. Además, la regla 72 prevé que, cuando se tenga la intención de presentar pruebas de que la víctima consintió en un supuesto crimen de VSx, o pruebas de su comportamiento, sus palabras, su silencio o su falta de resistencia, se deberá notificar a la Sala para que esta escuche, a puerta cerrada, las opiniones de las partes en el proceso, y decida si las pruebas tienen suficiente valor probatorio para ser admitidas en la causa.

3.3.1.4. *El mandato de la Fiscalía*

El art. 54(1)(b) del ECPI consagra que la Fiscalía debe investigar y enjuiciar los crímenes en una manera que “respete los intereses y circunstancias personales de las víctimas y los testigos, entre otros [...] el género”, y teniendo en cuenta “la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños”.

3.3.1.5. *La utilización del género como una circunstancia agravante*

La regla 145(2)(b)(v) de las RPP consagra como una circunstancia agravante en la comisión de un delito que este se haya cometido por un motivo que entrañe discriminación por uno de los criterios contenidos en el art. 21(3) del ECPI, entre los cuales está el género.

3.3.1.6. *La cláusula de no discriminación por género en el artículo 21(3) sobre interpretación del sistema de fuentes*

El art. 21(3) del ECPI contempla el derecho aplicable y establece que, al interpretarlo, no se podrá hacer distinción alguna basada en motivos como el género, la raza, el color, la religión, entre otros. Esta cláusula puede llegar a ser una herramienta fundamental para la búsqueda de la justicia de género en la CPI, como se verá más adelante.

3.3.1.7. *Reflexión final*

Con base en lo anterior, se puede concluir que el ECPI contiene normas que contribuyen a la aplicación de una perspectiva de género en la CPI. Sin embargo, es necesario revisar su efectividad, ya que como anotamos previamente, los legados patriarcales del género suelen permear las instituciones y operar como reglas informales que pueden llegar a vaciar de contenido las normas formales, ya sea a través de su inaplicación, o a través de una aplicación inadecuada.

3.3.2. **La aplicación del mandato de enjuiciar los crímenes de violencia sexual y basada en el género en el desarrollo de la función de la Corte Penal Internacional**

Rosemary Grey (2015) ha subrayado cómo, a pesar de los avances en normativa aplicable, materialmente, la función de la CPI no se ha alejado suficientemente del legado del DI en cuanto a la falta de reconocimiento del género y a la inacción frente a la VSx y la VBG. En su estudio sobre la evolución de los cargos por VSx y VBG, demostró cómo a pesar de que las SCP habían incluido 51 cargos de este tipo en sus órdenes de arresto y habían confirmado 20, ninguno de ellos había sido todavía objeto de una condena. De esta manera, en sus primeros 12 años, la CPI no había impuesto ni una sola condena por crímenes de VSx o VBG.

La primera condena por este tipo de crímenes tuvo que esperar hasta el 2016, cuando Jean Pierre Bemba fue sentenciado en primera instancia por violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra. Sin embargo, en el 2018, en sede de apelación, Bemba fue absuelto de todos los cargos (CPI, Bemba, 08/06/2018). Un año

después, Bosco Ntaganda fue encontrado responsable de violación y esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad y de guerra y sentenciado en primera instancia a 30 años de prisión. En marzo de 2021, la Sala de Apelación confirmó esta decisión, constituyendo, tras 19 años de funcionamiento, el primer veredicto en firme por crímenes de VSx y VBG en la CPI (CPI, Oficina de Información Pública, 30/03/2021).

Un mes antes (febrero de 2021), se había emitido la sentencia de primera instancia en el caso contra Dominic Ongwen, quien fue hallado culpable de 12 cargos por crímenes de VSx y VBG, incluyendo la violación, la esclavitud sexual y el embarazo y el matrimonio forzados (este último fue considerado como “otro acto inhumano”). Al momento de finalizar la redacción de este capítulo, se encuentra corriendo el término para la interposición del recurso de apelación contra dicha decisión (CPI, Oficina de Información Pública, 04/02/2021).

Fruto de lo anterior, se puede afirmar que, en los seis años que han seguido al estudio de Grey (2015-abril de 2021), dieciocho cargos por VSx y VBG han sido objeto de condena en primera instancia³, y cuatro han sido confirmados en apelación⁴ (otros cuatro fueron descartados: dos en apelación y otros dos en una etapa más temprana de las actuaciones)⁵ (CPI, Oficina de información pública, 2019, 2020). A estos hay que añadir, la inclusión de cuatro nuevos cargos de VSx

³ Caso Bemba: dos, año 2016 (violación como crimen de lesa humanidad y violación como crimen de guerra) (CPI, Oficina de Información Pública, 03/2019); Caso Ntaganda: cuatro, año 2019 (violación y esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad y violación y esclavitud sexual como crímenes de guerra) (CPI, Oficina de Información Pública, 02/2020); Caso Ongwen: doce, año 2021 (dos de matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad, dos de violación como crimen de lesa humanidad y dos como crimen de guerra, dos de esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y dos como crimen de guerra, embarazo forzado como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra (CPI, Oficina de Información Pública, 04/02/2021).

⁴ Caso Ntaganda: cuatro, año 2021 (violación y esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad y violación y esclavitud sexual como crímenes de guerra) (CPI, Oficina de Información Pública, 30/03/2021).

⁵ Caso Bemba: dos (en apelación 2018) (CPI, Oficina de Información Pública, 03/2019); Caso Gbagbo y Blé Goudé: dos (en 2019) (CPI, Oficina de Información Pública, 09/2019).

y VBG en las órdenes de arresto dictadas en este periodo⁶, y la confirmación de otros diez⁷.

Tabla 1. NÚMERO DE CARGOS DE VIOLENCIA SEXUAL O BASADA EN EL GÉNERO INCLUIDOS EN CADA ETAPA (2002-2021)

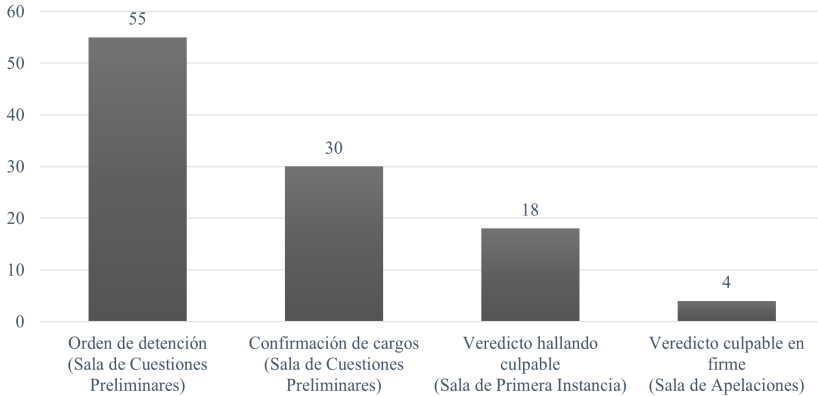


Tabla elaborada por las autoras.

La Fiscalía de la CPI ha tenido ciertas dificultades en la aplicación del mandato del ECPI sobre la VSx y VBG. De hecho, se ha dicho que los primeros años de la CPI estuvieron marcados por una falta de reconocimiento del género por parte del ente acusador (Chapell, 2016). Como un aspecto positivo se tiene que, en general, la Fiscalía ha intentado aplicar los crímenes de VSx y VBG del ECPI. Sin embargo, dada la discrecionalidad de la que goza, ha limitado su ámbito de actuación

⁶ Caso Al Hassan: cuatro, año 2018 (violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, y esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra) (CPI, Oficina de Información Pública, 07/2020).

⁷ Caso Al Hassan: cuatro, año 2019 (violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, y esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra) (CPI, Oficina de Información Pública, 07/2020); Caso Ongwen: cuatro, año 2016 (violación y esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad, y violación y esclavitud sexual como crímenes de guerra) (CPI, Oficina de Información Pública, 03/2020); Caso Yekatom y Ngaissona: dos, año 2020 (violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra) (CPI, Oficina de Información Pública, 17/03/2020).

principalmente a la violación, dejando de lado las otras formas de VSx y VBG. Además, ha tenido problemas incluso para impulsar los cargos por violación, en comparación con lo sucedido con otros cargos de distinta naturaleza. En consecuencia, se puede afirmar que la actuación de la Fiscalía no ha supuesto una contribución significativa en la lucha contra la impunidad que tradicionalmente ha cobijado a los responsables de crímenes de VSx y VBG (Chappell, 2016).

Esto no quiere decir, sin embargo, que las Salas no hayan sido también responsables de una insuficiente aplicación del extenso mandato de justicia de género recogido en el ECPI, como se verá a continuación.

3.3.2.1. *El caso contra Thomas Lubanga Dyilo*

El caso contra Thomas Lubanga, ex gobernador de facto del distrito de Ituri en la RDC y presidente y comandante en jefe de la UPC y las FPLC, es emblemático en cuanto a la invisibilización de la VSx y la VBG, y al consiguiente reforzamiento de la injusticia de género. El entonces Fiscal de la CPI, Moreno Ocampo, presentó cargos de crímenes de guerra por reclutamiento de niñas y niños menores de 15 años, pero no por VSx, a pesar de que la información disponible apuntaba a que esto último había impregnado toda la violencia de la que Lubanga era responsable. De hecho, WIGJ adelantó 31 entrevistas con testigos (que manifestaron estar dispuestos a cooperar con la Fiscalía si fuera necesario), de las cuales se concluyó que la VSx había sido un componente integral del ataque a la población civil y se identificó un patrón de violación, esclavitud sexual y tortura. Sin embargo, esta iniciativa no logró fruto alguno (WIGJ, Gender Report Card 2011; Chapell, 2016).

En esta misma línea se pronunció posteriormente la representación de las víctimas, que solicitó que la SPI modificara la tipificación jurídica de los hechos de conformidad con la norma 55 del Reglamento de la CPI, para incluir la esclavitud sexual. Esta solicitud fue aceptada por la SPI, pero denegada en sede de apelación.

La magistrada Odio Benito tuvo, tal vez, el rol más importante en materia de justicia de género en este caso. A través de sus entrevistas a testigos, logró consolidar evidencia sobre los diferentes tratamientos

que se aplicaban a los niños y a las niñas soldados, y la naturaleza explícitamente sexual y basada en el género de esta diferencia (Chappell, 2016: 113). De las 133 preguntas que hizo, 107 se relacionaron con la VSx y con la presencia de mujeres y niñas en los grupos armados (WIGJ, 2010: 132).

El Fiscal, en un intento de remediar el mal uso de su discrecionalidad, mencionó durante el juicio las experiencias de VSx de las niñas reclutadas, y finalizó invitando a la SPI a interpretar “participación activa” en las hostilidades de una manera amplia, de manera que incluyera el reclutamiento de niñas con fines sexuales o de matrimonio forzado (Chappell, 2016: 113).

Lo anterior, sin embargo, demostró ser un intento demasiado tardío de reparar la evidente omisión que cometió en la presentación de los cargos, y no tuvo éxito. La SPI estableció la responsabilidad de Lubanga por todos los cargos y, de hecho, mencionó que las niñas soldado estuvieron sujetas a VSx, pero que, como esta no formaba parte de los cargos, no podían incluirse consideraciones al respecto en la sentencia (CPI, Lubanga, 14/03/2012).

La magistrada Odio Benito, en un esfuerzo por implementar el mandato de justicia de género del ECPI, profirió una opinión disidente, en la que afirmó que la VSx fue un elemento intrínseco de la conducta punible. Así mismo, basándose en el art. 21(3) del ECPI que establece que la aplicación e interpretación del ECPI se debe aplicar sin distinción alguna basada en el género, afirmó que era discriminatorio excluir la VSx de la sentencia. Esto era así en su opinión porque se había demostrado que el género implica una diferencia en la victimización de los niños y las niñas, imponiéndoles su destino en la organización como escoltas o como esclavas sexuales.

3.3.2.2. *El caso contra Jean Pierre Bemba Gombo*

En el caso contra Jean Pierre Bemba, ex vicepresidente de la RDC y presidente del MLC, la Fiscalía presentó una amplia selección de crímenes de VSx, incluyendo los cargos de: (i) violación como crimen de lesa humanidad y de guerra; (ii) violación como tortura, crimen de lesa humanidad y de guerra; (iii) atentados contra la dignidad personal como crimen de guerra; y (iv) otras formas de violencia sexual

como crimen de lesa humanidad y de guerra. Sin embargo, la mayoría de estos cargos no pasaron la confirmación de cargos, de manera que al inicio del juicio oral solo se mantenían, junto a los cargos de homicidio y saqueo, los relativos a violación como crimen de lesa humanidad y de guerra (CPI, Bemba, 15/06/2009).

Chappell observó en 2016 como esto supone la inaplicación por parte de la SCP de los desarrollos recientes del DI en materia de VSx. Un ejemplo de esta situación es el rechazo de los cargos por otras formas de violencia sexual como crimen de lesa humanidad y de guerra. A pesar de que la CPI aceptó que había motivos fundados para creer que las mujeres habían sido forzadas a desnudarse para ser humilladas públicamente, la SCP consideró que estos actos no habían sido suficientemente graves en comparación con otros crímenes de VSx y VBG. De esta manera, la SCP no aplicó la jurisprudencia del TPIR en el caso Akayesu sobre desnudez forzada, que sostuvo que la VSx, incluyendo la violación y la desnudez forzada, podrían constituir crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra conforme al ETPIR.

Otra muestra de la falta de aplicación de los desarrollos del DIP en este caso fue el rechazo por la SCP de los cargos acumulativos presentados por la Fiscalía, que tenían la intención de reflejar de la mejor forma posible el amplio daño producido a través de VSx. Fruto de este rechazo, la SCP subsumió toda la VSx en los cargos de violación, argumentando que lo contrario pondría una carga desproporcionada sobre la defensa. WIGJ presentó un *amicus curiae* a este respecto, argumentando que los cargos acumulativos eran necesarios para capturar el grado del daño causado, y que esta era una práctica que ya había sido utilizada en otros tribunales internacionales penales, sin que esto hubiera implicado una vulneración de los derechos de la defensa. El argumento de la SCP, sin embargo, fue confirmado por la SA (Chappell, 2016). Además, en el año 2018, la condena inicial por violación fue revocada cuando Bemba fue absuelto de todos los cargos en sede de apelación (CPI, Bemba, 08/06/2018).

3.3.2.3. *El caso contra Germain Katanga*

El caso contra Germain Katanga, dirigente de las FRPI y coordinador de la distribución de armas para el ataque al municipio de Bogoro (RDC) en febrero de 2003, fue el primero en el que se presen-

taron cargos por crímenes de VSx, que incluyeron violación y esclavitud sexual. Sin embargo, el procesado fue absuelto de todos ellos y solo fue condenado por crímenes de otra naturaleza (CPI, Katanga, 07/03/2014).

Aunque la SPI no pudo establecer la responsabilidad de Katanga en relación con los cargos de VSx, sí determinó que se habían dado los elementos de la violación y la esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad y de guerra. Al hacerlo, produjo dos desarrollos importantes: por una parte, confirmó que la ausencia de consentimiento no necesita demostrarse positivamente en los casos de violación; por otra parte, clarificó los elementos de la esclavitud sexual, incluyendo expresamente en ella las situaciones en las que mujeres y niñas son forzadas a actuar como “compañeras sentimentales” de alguien, con quien se ven obligadas a desempeñar actos de naturaleza sexual (Stahn, 2014).

3.3.2.4. *El caso contra Muthaura y Kenyatta*

Una cuestión importante bajo la perspectiva de género es el tratamiento de la VSx en contra de hombres, la cual ha sido tradicionalmente invisibilizada. Al observar los casos que la Fiscalía ha presentado ante la CPI, se identifica que este tipo de violencia fue tratado inicialmente en el caso Bemba, en el cual la Fiscalía alegó que los hombres también fueron violados y tanto testigos como expertos rindieron testimonio sobre el impacto en la masculinidad y las relaciones de género en la comunidad. Sin embargo, este tipo de violencia no fue objeto de las etapas posteriores del caso.

En este sentido, el caso contra Muthaura y Kenyatta ha sido especialmente criticado en relación con la VSx sufrida por hombres. Así, si bien la Fiscalía intentó caracterizar la circuncisión forzada y amputación genital forzada en los hombres como VSx (argumentando que estos actos no solo buscaban atentar contra la integridad física, sino también contra la masculinidad e identidad de las víctimas), la SCP consideró que, como estos actos se dieron por motivaciones étnicas (tenían el objetivo de demostrar la superioridad cultural de una etnia sobre otra), no deberían ser considerados de naturaleza sexual (WIGJ, Gender Report Card, 2013: 72).

A pesar de lo anterior, la SCP confirmó un cargo de violación como crimen de lesa humanidad, que posteriormente, en el 2014, el ente acusador retiró junto con todos los demás cargos confirmados (CPI, Oficina de Información Pública, 13/03/2020).

3.3.2.5. *El caso contra Bosco Ntaganda*

Tras la sentencia de Lubanga, el Fiscal Moreno Ocampo presentó cargos contra uno de sus colaboradores más cercanos, Bosco Ntaganda, incluyendo esta vez cargos de VSx como crímenes de lesa humanidad y de guerra. Posteriormente, la Fiscal Bensouda adicionó otros, que incluían VSx en contra de niños y niñas reclutados por las FPLC, de las que Ntaganda fue jefe de operaciones adjunto (CPI, Oficina de Información Pública, 30/03/2021).

El 8 de julio de 2019, la SPI halló a Ntaganda culpable de violación y esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad y de guerra. Esta sentencia incluyó un desarrollo importante en el sentido de aclarar que la VSx al interior de un grupo armado puede constituir un crimen de guerra, dejando de lado la visión tradicional de que el DIH únicamente aplica a los actos que una de las partes del conflicto ha cometido en contra de la otra (CPI, Ntaganda, 08/07/2019). En marzo de 2021, esta decisión fue confirmada en sede de apelación, convirtiéndose en la primera condena firme de la CPI por crímenes de VSx y VBG (CPI, Oficina de Información Pública, 30/03/2021).

3.3.2.6. *El caso contra Dominic Ongwen*

Como ya se mencionó, en febrero de 2021 fue proferido el veredicto de primera instancia del caso *Ongwen*, a través del cual se le halló culpable de 12 cargos por crímenes de VSx y VBG: tortura, como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra; violación, como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra; esclavitud sexual, como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra; el crimen de lesa humanidad de esclavitud y el crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal. Así mismo, Ongwen fue hallado culpable por embarazos forzados y matrimonios forzados, como otros actos inhumanos que constituyen crímenes de guerra (art.7.1.k. ECPI). Esto último configuró un hito en la historia de la Corte, al ser la primera

vez que se profiere un veredicto en ese sentido desde su entrada en funcionamiento (CPI, Oficina de Información Pública, 04/02/2021).

3.3.2.7. *El caso contra Al Hassan*

De manera similar al caso *Ongwen*, en el caso *Al Hassan* se presentaron también cargos relativos al crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos con respecto al matrimonio forzado (en la orden de detención y posteriormente en la confirmación de cargos). Asimismo, el caso *Al Hassan* es fundamental por ser el primero en que un cargo por persecución por motivos de género llega a la etapa de juicio, teniendo en cuenta que, como ya se comentó, la inclusión de dicho criterio en el crimen de persecución es un desarrollo del ECPI, y que si bien en el 2010 en el caso *Mbarushimana* se había presentado un cargo al respecto, este no llegó a ser incluido en la confirmación de cargos (CPI, Oficina de Información Pública, 07/2020).

3.3.2.8. *Otros casos*

Además de los anteriores, en los siguientes casos se presentaron cargos de VSx o VBG, pero estos fracasaron por completo en alguna etapa: *Matheiu Ngudjolo Chui*, *Laurent Gbagbo* y *Charles Blé Goudé* y *Callixte Mbarishumana*.

Por último, también se han presentado cargos por crímenes de VSx o VBG en los casos contra *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *Al Hassan*, *Ahmad Muhammad Harun*, *Abdel Raheem Muhammad Hussein*, *Joseph Kony et al.*, *Sylvestre Mudacumura*, *Laurent Gbagbo* y *Alfred Yekatom* y *Patrice-Edouard Ngaissona*, los cuales se encuentran actualmente en curso, en distintas etapas.

3.3.2.9. *Reflexión final*

La Fiscalía ha mostrado ser consciente de los errores que ha cometido en los primeros años de funcionamiento de la CPI y de estar encaminada a no repetirlos, principalmente, desde la aplicación del Plan Estratégico de la Fiscalía para 2012-2015, que tuvo como fruto la publicación del documento de Política sobre Violencia Sexual y Basada en el Género. Este documento clarifica cuestiones reclamadas

por el feminismo, que incluyen entre otras: (i) la utilización de una aproximación dual a este tipo de violencia, es decir, a través de cargos de VSx y VBG, y evidenciando los aspectos de VSx y VBG en los cargos por otros crímenes; (ii) la implementación del crimen de lesa humanidad de persecución por motivos de género; (iii) la necesidad de demostrar que puede haber lugar a VSx sin que haya contacto físico (como en la desnudez forzada); y (iv) la importancia de implementar ampliamente la prohibición de discriminación por género del art. 21(3) del ECPI, entre otros.

En conclusión, si bien el ECPI contiene un amplio mandato de investigación y judicialización de crímenes de VSx y VBG, que hace del ECPI una norma verdaderamente progresista en cuanto al reconocimiento de la desigualdad, este mandato no ha sido aplicado satisfactoriamente. Es posible evidenciar que los legados patriarcales del género han permeado la función de la CPI en este sentido, haciendo que, una vez más, los crímenes de VSx y VBG no hayan sido investigados y judicializados efectivamente, y hayan sido relegados hasta ahora a un plano secundario, manteniendo al DI en el androcentrismo que lo ha caracterizado. En este escenario, es de suma importancia que la Fiscalía logre progresar en los aspectos que identificó en el documento de política mencionado, y que las Salas implementen plenamente los desarrollos que se han dado en el DIP en este campo. Los casos Ntaganda y Ongwen son, sin duda, un paso importante en esta dirección.

3.4. La redistribución de la justicia de género: ¿Es la Corte Penal Internacional una herramienta eficaz contra la opresión?

3.4.1. La perspectiva de género en la normativa de la reparación

El derecho a la reparación aparece recogido en los art. 75 y 79 del ECPI, las reglas 94 a 99 de las RPP, y en las regulaciones del FFV, siendo este último el órgano encargado, por un lado, de la implementación de las órdenes de reparación y, por otro, de los programas de asistencia para las víctimas (Chappell, 2016).

La reparación es una de las formas de hacer justicia, y, en consecuencia, puede decirse que, es uno de los fines de la CPI (Dwertmann, 2010). Así mismo, según se entiende en el art. 75 del ECPI, la repa-

ción incluye tanto la restitución como la indemnización y la rehabilitación a las víctimas y sus causahabientes.

Entender la perspectiva de género en las reparaciones es esencial para no perpetuar la inequidad de género en las sociedades, fomentar la no repetición de la VSx y lograr una paz sostenible (una de las principales consecuencias de la VSx y la VBG es romper el tejido social y destruir la identidad de la comunidad afectada). En este sentido, la Fiscalía (2014) ha subrayado que, a la hora de determinar las reparaciones, se debe de tener en cuenta un enfoque inclusivo del género, así como las repercusiones específicas de éste en el daño sufrido por las víctimas afectadas por los delitos. De ahí, que cada vez se extienda más el entendimiento de que las reparaciones incluyen a toda la comunidad, como ocurre por ejemplo cuando consisten en la construcción o rehabilitación de centros de salud o en el acompañamiento psicológico comunal. Es la combinación de diferentes configuraciones de elementos individuales y colectivos lo que hace efectivo un régimen de reparaciones apropiado, destinado a prevenir la repetición de la VSx y VBG después de un conflicto y a fortalecer la comunidad (Durbach, Chappell & Williams, 2017).

Durbach, Chappell & Williams (2017) han señalado que las reparaciones contenidas en las órdenes de reparaciones de las SPI y en los planes de reparación del FFV no deben reforzar las pautas preexistentes de discriminación basadas en el género, sino que han de dirigirse a su transformación, con miras a “desestabilizar las jerarquías y costumbres patriarcales y sexuales”.

Así, la dimensión transformadora de las reparaciones contempla no sólo atender las necesidades de rehabilitación y compensación de las víctimas, sino también reformar, y cuando sea necesario debilitar, las condiciones estructurales (económicas, sociales, políticas y culturales) e institucionales que favorecieron la VSx y VBG durante el conflicto. De esta manera, la su desaparición constituye una “garantía de no repetición” que “implica la necesidad de reformas estructurales e institucionales” (Durbach, Chappell, y Williams, 2017). En este sentido, la Fiscalía (2014) ha sostenido que, desde la perspectiva de género, se debe consultar con las víctimas para determinar cuál es forma de reparación más adecuada y efectiva en una comunidad concreta,

debiendo ser estas reparaciones transformativas, de manera que contribuyan a avanzar la igualdad de género.

Se evidencia, entonces, que integrar una perspectiva de género a las reparaciones, ofrece la oportunidad de reparar a las víctimas y transformar a la comunidad afectada. Sin embargo, esto enfrenta diferentes desafíos en la práctica, que dificultan el impacto positivo de las reparaciones en los casos de VSx o VBG.

3.4.2. Los desafíos desde la perspectiva de género para la aplicación de las reparaciones

Desde la perspectiva de género, las reparaciones de la CPI generan desafíos para su aplicación en la práctica. El principal desafío, conforme a la regla 98 de las RPP, consiste en que solo existen reparaciones directas (ya sean individuales o colectivas), para las víctimas de los crímenes objeto de una sentencia condenatoria firme, a lo que hay que sumar la dificultad práctica para la emisión este tipo de sentencias por crímenes de VSx y VBG. (Durbach, Chappell y Williams, 2017).

Una segunda dificultad se da desde la perspectiva material, y es la consecución de recursos suficientes de financiación que permitan al FFV cumplir con su mandato. Esto se complica en muchas ocasiones por el gran número de víctimas, directas e indirectas, y las habituales declaraciones de insolvencia de los acusados para hacer frente a sus obligaciones de reparación. Además, el FFV no tiene fondos asignados por el presupuesto anual de la CPI, y su mandato asistencial proviene exclusivamente de contribuciones voluntarias de los Estados parte o de terceros (Women 's Initiatives for Gender Justice, 2018).

En tercer lugar, la accesibilidad a los mecanismos de reparación necesita mejorar, porque el proceso de reparación dista de ser efectivo e incluso de manera sustancial. Esto puede llevarse a cabo mediante el reconocimiento de derechos procedimentales, la aplicación de procesos más transparentes que permitan el acceso a las reparaciones a las víctimas marginalizadas, discriminadas o que, por estigmatización, vergüenza o trauma, no han participado en el proceso y no han presentado solicitudes de reparación ante la CPI (Chappell, 2016).

Por último, la práctica en los casos Lubanga, Katanga y Al Mahdi muestra que son necesarios varios años desde que las sentencias

condenatorias son firmes, hasta que se aprueban y comienzan a ejecutarse los planes de reparación propuestos por el FFV. Esto genera desafección y sensación de falta de justicia entre las víctimas, cuyas expectativas se ven defraudadas (Chappell, 2016).

3.4.3. La aplicación práctica de la perspectiva de género en las reparaciones

Solo tres casos han llegado hasta el momento a la fase de reparación: Lubanga, Katanga y Al Mahdi, cuyas órdenes de reparación se emitieron entre mayo de 2017 (Katanga) y marzo de 2018 (Lubanga y Al Mahdi). Las actividades de ejecución siguen en curso en los tres casos (CPI, AEP, 2018). Por último, en marzo de 2021 se dio orden por la Corte de comenzar las reparaciones en el caso Ntaganda.

La sentencia del caso Lubanga dio lugar a que por primera vez en la CPI se iniciara el procedimiento de reparaciones en agosto de 2012. Dada la declaración de insolvencia del condenado, es el FFV el que en forma de servicios implementa las reparaciones colectivas simbólicas, incluyendo la construcción de tres centros comunitarios y el lanzamiento de un programa móvil con actividades para reducir el estigma y la discriminación de los/as ex niño/as soldados. El FFV brinda también rehabilitación física y psicológica, entrenamiento vocacional y actividades generadoras de ingresos (Coalition for the International Criminal Court). Sin embargo, para Durbach, Chappell & Williams (2017), se ha perdido la oportunidad de que la CPI genere en este caso un impacto transformativo que garantice la justicia de género a largo plazo en las comunidades afectadas, y desarrolle el potencial transformador de las medidas reparatorias. Posteriormente en 2021, se ha decretado la implementación de reparaciones colectivas, pero sigue careciendo de una consistente perspectiva de género en las reparaciones (CPI, Oficina de Información Pública 04/03/2021).

De igual manera, en el caso Katanga, el derecho a una reparación transformadora sigue estando críticamente fuera del alcance de las víctimas de delitos de VSx y VBG (Durbach, Chappell, y Williams, 2017). De este modo, como en el caso Lubanga, las víctimas de los crímenes por los que no han sido condenados los acusados no tienen acceso a las reparaciones. Esto sucede, entre otros, con los demandantes que afirmaron que sufrieron daños físicos y psicológicos como

consecuencia de la violación y la esclavitud sexual cometidas durante los ataques de la milicia dirigida por Katanga al municipio de Bogoro (RDC).

Señalando el mandato de asistencia del FFV, la SPI instó al Fondo a que tomara en consideración, siempre que fuera posible, los daños sufridos por las víctimas durante el ataque a Bogoro, en particular la VSx, aunque la excluyó del ámbito de la causa penal contra Katanga. El 25 de julio de 2017, el FFV presentó un proyecto de plan de ejecución de las reparaciones individuales y colectivas de conformidad con la Orden de Reparaciones dictada unos meses antes. En el borrador del plan, el FFV subrayó la importancia de la sensibilidad a las cuestiones específicas de género durante el proceso de identificación de canales para el acceso y admisión de las mujeres y las niñas a la reparación (garantizar la confidencialidad para acceder a los servicios ofrecidos por el FFV y evitar su estigmatización eran preocupaciones prioritarias del FFV). Además, el FFV subrayó que adoptaría las medidas necesarias para asegurar que las mujeres víctimas tuviesen el mismo acceso y mantuvieran el control sobre los beneficios que les correspondían (WIGJ, 2018).

Finalmente, en el caso Al Mahdi⁸, ex jefe de la policía político-religiosa en Timbuktu (Mali), la CPI ha desarrollado en mayor medida la perspectiva de género al aplicar las reparaciones que en los dos casos anteriores. Así, la SPI ha destacado la necesidad de adoptar un enfoque que tenga en cuenta las cuestiones de género para prevenir y combatir la destrucción del patrimonio cultural, así como para reparar los daños conexos sufridos. Más concretamente, con respecto a la protección y defensa del patrimonio cultural, la SPI ha señalado que un enfoque sensible al género es particularmente esencial, dado que las mujeres y las niñas pueden enfrentar riesgos específicos de género, discriminación y dificultades para acceder al patrimonio cultural. Además, la SPI ha subrayado la necesidad de reparaciones

⁸ Al Mahdi fue parte del movimiento Ansar Dine y jefe de la policía político-religiosa de Timbuktu (Mali), cuando Ansar Dine y sus aliados tuvieron el control en el norte del país en 2012. Se declaró culpable en 2016 de los crímenes de guerra de atacar edificios históricos y de importancia religiosa en Timbuktu, convirtiéndose así en la primera persona condenada por este tipo de crímenes en la CPI (WIGJ, 2018).

transformadoras, haciendo hincapié en que, en la medida de lo posible, deben aplicarse de una manera genérica y culturalmente sensible que no exacerbe (y de hecho aborde) cualquier situación preexistente de discriminación que impida la igualdad de oportunidades para las víctimas (WIGJ, 2018).

En el caso de Ntaganda, dada la reciente apertura del proceso de reparaciones, es difícil predecir cual será la práctica de la misma, pero merece destacar que la Sala emitió un auto reconociendo especialmente el sufrimiento de las víctimas de la VSx y de género y adoptando principios adicionales que deben guiar cada paso del proceso de reparación, incluyendo, entre otros, un enfoque inclusivo y sensible al género en las reparaciones, exigiendo que se dé la debida consideración y atienda las necesidades específicas de todas las personas, sin discriminación por razón de sexo o identidad de género (CPI, Oficina de Información Pública, 08/03/2021).

En consecuencia, se puede afirmar que todavía queda mucho camino que recorrer para que el proceso de aplicación práctica de las reparaciones en la CPI constituya un auténtico mecanismo de redistribución de la justicia y eliminación de la inequidad de género. Sin embargo, si se aplican de forma correcta, las reparaciones ordenadas por la CPI pueden llegar a tener un importante potencial transformador (como mecanismo para hacer frente a los delitos de VSx y VBG después de un conflicto) y pueden contribuir a promover la justicia de género en las comunidades afectadas en el largo plazo. El caso de Ntaganda abre una gran oportunidad para una mejora sustantiva de la perspectiva de género en las reparaciones, y sobre todo, puede marcar un importante punto de inflexión a ser continuado en las reparaciones decretadas para el caso de Ongwen que se determinarán a lo largo del 2021 (CPI, Oficina de Información Pública, 04/02/2021).

4. CONCLUSIONES

A lo largo de este capítulo, se ha observado como las distintas corrientes feministas han influenciado el ámbito jurídico de las RI, logrando avances importantes en la constitución de la CPI y su normativa.

Así mismo, se ha visto cómo, aunque en la actualidad el ECPI es progresista en materia de género, la CPI ha actuado de manera limitada, y en algunos casos ha sido indiferente, frente a la forma en que los conflictos exacerban e instrumentalizan la violencia patriarcal. En consecuencia, la jurisprudencia generada da la sensación de no estar totalmente comprometida con acabar con la impunidad de los crímenes en los que la desigualdad de género juega un rol determinante.

Si bien se ha logrado una adecuada aplicación de las normas sobre equilibrio de género en materia de elección de magistrados y altos cargos de la CPI, y además se ha garantizado la presencia efectiva de conocimientos técnicos sobre VSx y VBG, queda todavía pendiente la aplicación efectiva del mandato de la CPI en la lucha contra la impunidad de los crímenes de VSx y VBG.

El ECPI y su legislación complementaria contienen amplias herramientas para la consecución de este objetivo. Sin embargo, han tenido que pasar 19 años de funcionamiento de la CPI para obtener la primera condena firme por crímenes de VSx y VBG. Y eso que este tipo de violencia ha sido empleada masivamente en un número importante de las situaciones y casos examinados, investigados y enjuiciados.

Con respecto a las reparaciones, se han identificado en la práctica dificultades para cumplir su función de mecanismo de redistribución de la justicia de género. Como resultado, en los casos que están actualmente en fase de reparación no parece que se vaya a producir un verdadero efecto transformador de las comunidades afectadas.

Es cierto que la CPI es una institución joven y tiene todavía un largo camino por recorrer. Sin embargo, no es menos cierto que para explotar su potencial, la CPI deberá continuar con la línea de trabajo iniciada en 2015 por parte de la Fiscalía en relación con los delitos de VSx y VBG, y con la jurisprudencia desarrollada desde 2019 en los casos Ntaganda y Ongwen con respecto al reconocimiento de los delitos de género,

Para finalizar, conviene subrayar que la CPI tiene una importante capacidad para ser un tribunal que sirva como herramienta transformadora contra la opresión patriarcal. Sin embargo, para que pueda cumplir esta función, debe aplicar el mandato de justicia de género contenido en el ECPI de una manera mucho más efectiva que lo que ha ocurrido hasta el momento. De lo contrario, la CPI puede, a través

de sus actuaciones, llegar a vaciar de contenido las normas transformativas en materia de justicia de género que son parte integral de su normativa. Con ello, se reforzaría además el *statu quo* porque se crearía la apariencia de estar dando pasos en favor de la igualdad de género, cuando en realidad no se está produciendo este avance.

REFERENCIAS

Doctrina

- Alcoff, L. (1988). “Cultural Feminism versus Post-Structuralism: The Identity Crisis in Feminist Theory”. *Signs*, Vol. 13 (3). Pp. 405-436.
- Askin, K. (2003). “Prosecuting Wartime Rape and Other Gender- Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles”. *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21. Pp. 288 et seq.
- Bianchi, A. (2016). *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford: Oxford University Press.
- Bonilla Tovar, V., Bosdriesz, H., Caballero Martínez, L., Castillo Montilla, M., Canosa Cantor, J., Cabrales Villamizar, C., Jácome Romero, C., Mané Granados, C., Quijano Ortiz, L., Suárez Vargas, D., Wirken, S. (2016). “¿Se encuentran protegidas las esposas o compañeras menores de 15 años de los miembros de las partes en un conflicto armado no internacional frente a la violencia sexual ejercida por sus propias parejas o por otros miembros del grupo al que pertenecen?”. En Olasolo, H. (ed.), *Derecho internacional penal y humanitario. Estudios de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y el Instituto Iberoamericano de la Haya (Holanda)*. Valencia: Tirant Lo Blanch. Pp. 119-135.
- Braidotti, R. (1992). “The Exile, the Nomad and the Migrant. Reflections on International Feminism”. *Women’s Studies International Forum*, Vol. 15 (1). Pp. 7-10.
- Brenner, A. (2013). “Resisting Simple Dichotomies: Critiquing Narratives of Victims, Perpetrators and Harm in Feminist Theories of Rape”. *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol. 36 (2). Pp. 503-568.
- Chappell, L. (2016). *The Politics of Gender Justice at the International Criminal Court: Legacies and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.
- Charlesworth, H. & Chinkin, C. (2016). *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis*. Manchester: Manchester University Press.

- Coral Díaz, A. (2016). *Cuerpo femenino en transición: la construcción desde el discurso jurídico. Estudio de casos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- De las Heras Aguilera, S. (2009). “Una aproximación a las teorías feministas”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (9). Pp. 45-82.
- Delgado, D., Fajardo Cano, M., González Tamayo, N., León Hernández, H., Jaramillo, A., Miranda Leyva, V., Rodríguez, A. & Olano, C., (2016). “Aportes de la jurisprudencia internacional penal con respecto a la prueba de los crímenes de naturaleza sexual”. En Olasolo, H. (ed.), *Derecho internacional penal y humanitario. Estudios de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y el Instituto Iberoamericano de la Haya (Holanda)*. Valencia: Tirant Lo Blanch. Pp. 137-154.
- Durbach, A., Chappell, L. & Williams, S. (2017). “Foreword: Special Issue on ‘Transformative Reparations for Sexual Violence Post-Conflict: Prospects and Problems’”. *The International Journal of Human Rights*, Vol. 21 (9). Pp. 1185-1192.
- Dwertmann, E. (2010). *The Reparation System of the International Criminal Court: its Implementation, Possibilities and Limitations*. Nueva York: Martinus Nijhoff Publishers.
- Engle, K. (2019). “Feminist Governance and International Law: From Liberal to Carceral Feminism”. En J. Halley, P. Kotiswaran, R. Rebouché, & H. Shamir (ed.), *Governance Feminism: Notes from the field*. Minnesota: Minnesota University Press. Pp. 3-30.
- Fraser, N. (2009). *Scales of justice: reimagining political space in a globalizing world*. Nueva York: Columbia University Press.
- Grey, R. (2015). *Prosecuting Sexual and Gender Violence in the International Criminal Court: Something Old, Something New* (Tesis de doctorado). University of South Wales, Sydney, Australia.
- Gunning, I.R. (1992). “Arrogant Perception, World Travelling and Multicultural Feminism: The Case of Female Genital Surgeries”. *Columbia Human Rights Review*, Vol. 23 (2). Pp. 189-248.
- Halley, J. (2008). “Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-related Violence in Positive International Criminal Law”. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 30 (1).
- Heathcote, G. (2019). *Feminist Dialogues on International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hotelling, K. & Forrest, L. (1985). “Gilligan’s Theory of Sex-Role Development: A Perspective for Counseling”. *Journal of Counseling and Development*, Vol. 64 (3). Pp. 183-186.

- Khanna, V. (2017). "About Postmodern Feminism and the Law: Postmodern Feminist Critique of the Indecent Representation of Women (Prohibition) Act, 1986". *NALSAR Student Law Review*, Vol. XII. Pp. 59-72.
- Lacey, N. (1987). "Legislation Against Sex Discrimination: Questions from a Feminist Perspective". *Journal of Law and Society*, Vol. 14 (4). Pp. 411-421.
- MacKinnon, C. (2006). *Are Women Human? And Other International Dialogues*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- MacKinnon, C. (1987). *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Osborne, R. (1993). *La construcción sexual de la realidad. Un debate en la sociología contemporánea de la mujer*. Madrid: Cátedra.
- Paglia, C. (2017). "Free Women, Free Men: Sex, Gender, Feminism". En Paglia, C. (ed.), *Free Women, Free Men: Sex, Gender, Feminism*. Nueva York: Knopf Doubleday Publishing Group. Pp. 1-352.
- Piedra Guillén, N. (2003). "Feminismo y posmodernidad: entre el ser para sí o el ser para los otros". *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. IV (102). Pp. 43-55.
- Radin, M. (1990). "The pragmatist and the feminist". *Southern California Law Review*, Vol. 63 (6), 1699-1726.
- Ruiz-Giménez Arrieta, I. (2000). "El feminismo y los estudios internacionales". *Revista de estudios políticos*, (108). Pp. 325-360.
- Ritzer, G. (2007). "Structuration Theory". *Contemporary Sociology: A Journal of Reviews*, Vol. 36 (1). Pp. 84-85.
- Santa Cruz, L. (2017). *La igualdad liberal*. Santiago de Chile: Ediciones LYD.
- Smart, C. (1989). *Feminism and The Power of Law*. Londres: Routledge.
- Spees, P. (2003). "Women's Advocacy in the Creation of the International Criminal Court: Changing the Landscape of Justice and Power". *The University of Chicago Press of Journals*, Vol. 28 (4). Pp. 1233-1254.
- Sunstein, C.R. (1988). "Feminism and Legal Theory". *Harvard Law Review*, Vol. 101 (4). Pp. 826-848.
- Tesón, F.R. (1993). "Feminism and International Law: A Reply". *Florida State University College of Law Scholarship Repository*, Vol. 33 (647). Pp. 647-684.
- Thompson, D. (2001). *Radical Feminism Today*. Londres: Sage Publications Ltd.
- Tong, R. (2018). *Feminist Thought, Student Economy Edition: A More Comprehensive Introduction*. Boulder: Westview Press.
- Williams, J.C. (1990). "Feminism and Post-structuralism". *Michigan Law Review*, Vol. 88 (6). Pp. 1776-1791.

Zambrini, L. (2014). “Diálogos entre el feminismo postestructuralista y la teoría de la interseccionalidad de los géneros”. *Revista Punto Género*, (4). Pp. 43-54.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

República Centroafricana I

CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”*, Doc. Núm. ICC-01/05-01/08 A. 8 de junio de 2018. Citado como: CPI, Bemba, 08/06/2018.

CPI. [Sala de Primera Instancia III]. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute* Doc. Núm. ICC-01/05-01/08. 21 de junio de 2016. Citado como: CPI, Bemba, 21/06/2016.

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares II]. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *Decision on the Confirmation of Charges* Doc. Núm. ICC-01/05-01/08. 15 de junio de 2009. Citado como: CPI, Bemba, 15/06/2009.

República Democrática del Congo

CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, *Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Trial Chamber II entitled “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”* Doc. Núm. ICC-01/04-02/12 A. 7 de abril de 2015. Citada como: CPI, Ngudjolo, 07/04/2015.

CPI. [Sala de Primera Instancia I]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012. Citada como: CPI, Lubanga, 14/03/2012.

CPI. [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. Germain Katanga. *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/07. 7 de marzo de 2014. Citada como: CPI, Katanga, 07/03/2014.

CPI. [Sala de Primera Instancia II]. The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*. Doc. Núm. ICC-01/04-02/12. 18 de diciembre de 2012. Citada como: CPI, Ngudjolo, 18/12/2012.

CPI. [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, *Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”*. Doc. Núm. ICC-01/04-02/06 OA5. 15 de julio de 2017. Citada como: CPI, Ntaganda, 15/07/2017.

CPI. [Sala de Primera Instancia VI]. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, *Judgment*. Doc. Núm. ICC-01/04-02/06. 8 de julio de 2019. Citada como: CPI, Ntaganda, 08/07/2019.

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares I]. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Decision on the confirmation of charges*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/06. 29 de enero de 2007. Citada como: CPI, Lubanga, 29/01/2007.

CPI. [Sala de Cuestiones Preliminares I]. The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. *Decision on the confirmation of charges*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/07. 30 de septiembre de 2008. Citada como: CPI, Katanga y Ngudjolo Chui, 30/09/2008.

República de Kenia

CPI. [Sala de Primera Instancia V(B)]. The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta. *Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta*. Doc. Núm. ICC-01/09-02111. 13 de marzo de 2015. Citada como: CPI, Kenyatta, 13/03/2015.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR [Trial Chamber I]. The Prosecutor v. Akayesu, Caso Núm. ICTR-96-4-T, Judgment. 2 de septiembre de 1998.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY [Trial Chamber II]. The Prosecutor v. Kunarac et al., Caso Núm. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgment. 22 de febrero de 2001.

TPIY [Prosecutor]. The Prosecutor v. Milosevic, Caso Núm. IT-02-54-T, Amended Indictment. 22 de noviembre de 2002.

Resoluciones, informes y otros documentos

Coalición por la Corte Penal Internacional (s.f.). *Cases, Lubanga*. Recuperado de: <http://www.coalitionfortheicc.org/cases/thomas-lubanga-dyilo>

Corte Penal Internacional. Asamblea de los Estados Parte (2018). *Proyecto de presupuesto por programas para 2019. 17º período de sesiones*. Doc. No.: ICC-ASP/17/10. Recuperado de: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP17/ICC-ASP-17-10-ENG.pdf

Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2014). *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-policy-paper-on-sexual-and-gender-based-crimes--june-2014.pdf>

Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública. (15/06/2012). *Case Information Sheet: Callixte Mbarushimana*. 15 de junio de 2012. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/MbarushimanaEng.pdf>.

- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública. (27/02/2015). *Case Information Sheet: Mathieu Ngudjolo Chui*. 27 de febrero de 2015. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/ChuiEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (13/03/2015). *Case Information Sheet: Uhuru Muigai Kenyatta*. 13 de marzo de 2015. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/kenyattaEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (27/03/2017). *Case Information Sheet: Germain Katanga*. 27 de marzo de 2017. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/publications/KatangaEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (15/12/2017). *Case Information Sheet: Thomas Lubanga Dylio*. 15 de diciembre de 2017. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/LubangaEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (20/03/2018). *Case Information Sheet: Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. 20 de marzo de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/Al-MahdiEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (04/2018a). *Case Information Sheet: Joseph Kony and Vincent Otti*. Abril de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/KonyEtAlEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (04/2018b). *Case Information Sheet: Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. Abril de 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/albashirEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (04/2018c). *Case Information Sheet: Simone Gbagbo*. Abril 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/SimoneGbagboEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (04/2018d). *Case Information Sheet: Sylvestre Mudacumura*. Abril 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/mudacumuraEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (04/2018e). *Case Information Sheet: Abdel Raheem Muhammad Hussein*. Abril 2018. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/HusseinEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (03/2019). *Case Information Sheet: Jean-Pierre Bemba Gombo*. Marzo de 2019. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (2019). *Case Information Sheet: Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*. Septiembre

- de 2019. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/gbagbo-goudeEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (17/03/2020). *Case Information Sheet: Alfred Yekatom and Patrice-Edouard*. 17 de marzo de 2020. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/yekatom-nga%C3%AFsonaEn.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (06/2020). *Case Information Sheet: Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd–Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*. Junio de 2020. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/HarunKushaybEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (07/2020). *Case Information Sheet: Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*. Julio de 2020. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/al-hassanEng.pdf>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (04/02/2021). *Case Information Sheet: Dominic Ongwen*. 4 de febrero de 2021. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/OngwenEng.pdf>.
- Corte Penal Internacinal. Oficina de Información Pública. (04/02/2021). *Nota informativa: Dominic Ongwen declarado culpable de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos en Uganda*. 4 de febrero de 2021. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1564>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública. (04/03/2021). *Nota informativa. Caso Lubanga: la Sala de Primera Instancia II aprueba la aplicación de las reparaciones colectivas*. 4 de marzo de 2021. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1571>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública. (08/03/2021). *Nota informativa. Caso Ntaganda: la Sala de Primera Instancia VI de la CPI ordena reparar a las víctimas*. 8 de marzo de 2021. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1572>.
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (10/03/2021). *Nota informativa: seis nuevos jueces juran hoy en la sede de la Corte Penal Internacional*. 10 de marzo de 2021. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=PR1575#:~:text=The%20contributions%20of%20six%20judges,and%20Judge%20Raul%20Cano%20Pangalangan>
- Corte Penal Internacional. Oficina de Información Pública (31/03/2021). *Case Information Sheet: Bosco Ntaganda*. 31 de marzo de 2021. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/NtagandaEng.pdf>
- Global Justice Centre. (2018). *Beyond Killing: Gender, Genocide, and Obligations under International Law* (1). Recuperado de: <https://globaljusti>

- cecenter.net/blog/20-publications/briefs-and-white-papers/1009-beyond-killing-gender-genocide-and-obligations-under-international-law
- Odio Benito, E. (2010). “Los crímenes de violencia sexual en el derecho internacional penal de los siglos XX y XXI (el nuevo orden jurídico internacional a partir de 1945 y su ausencia de perspectiva de género)”. *United Nations Lecture Series*. Recuperado de: https://legal.un.org/avl/lis/Odio-Benito_CLP.html#
- Women’s Initiatives for Gender Justice. (2018). *Gender Report Card on the International Criminal Court*. Recuperado de: https://4genderjustice.org/ftp-files/publications/Gender-Report_design-full-WEB.pdf

Capítulo 24

LAS PERSPECTIVAS DEL POST-ESTRUCTURALISMO Y DE LA TEORÍA *QUEER*

Angie Katherine García Atehortúa
Jaime Andrés Contreras Fonseca
Nicolás Eduardo Buitrago Rey

1. INTRODUCCIÓN

La función de la CPI tras casi veinte años desde su establecimiento puede ser cuestionada y replanteada desde distintas aproximaciones teóricas y prácticas, incluso desde una medición del impacto social de sus acciones en el escenario internacional. La CPI, por su lugar central en la lucha contra la impunidad y el rol de reivindicación de los derechos de las víctimas, ha de desarrollar un papel preponderante en la transformación de los escenarios de violencia enfrentados por los sujetos intersexuales. Ello implica que debe ser partícipe de la construcción social de las identidades y el abordaje de las violencias, independientemente de la lógica binaria de los sexos y la matriz heterosexual del derecho.

En los últimos años, la CPI se ha enfrentado a escenarios que exigen el análisis de la violencia desde perspectivas que suponen cuestionar las concepciones heteronormativas de la sexualidad y el género. El 8 de noviembre de 2017, la Fiscalía de la CPI recibió una solicitud para abrir un examen preliminar sobre los crímenes que el Estado Islámico estaba cometiendo en contra de personas que se identifican o eran identificadas como sexualmente diversas en Irak y Siria¹ (Suhr,

¹ *Vid.* Suhr Valérie V. Rainbow Jurisdiction of the International Criminal Court? Gender-based Persecution of Gays, Bisexuals and Lesbians as a Crime Against Humanity, 3 de marzo de 2018. Véase en: <https://voelkerrechtsblog.org/rainbow-jurisdiction-of-the-international-criminal-court/>

2018). Asimismo, en el 2019, la Fiscalía comenzó una investigación sobre la situación en Bangladesh/Myanmar y uno de los aspectos bajo análisis es la violencia sexual sufrida por la comunidad Rohingya² (CPI, 2019). Al año siguiente, en el 2020, la CPI inició por primera vez un juicio oral por persecución basada en motivos de género en contra de Al Hassan³ (CPI, 2020). Estas actuaciones ponen a la CPI frente a la tarea de investigar los actos de violencia desde un enfoque alternativo a los dispositivos de sexo, género y sexualidad. Es aquí donde la CPI tiene una ventana de oportunidad para adoptar una visión más fluida y diversa de la sexualidad humana, y de la forma extender la protección a grupos que hasta ahora han permanecido invisibles.

En este escenario surgen interrogantes sobre el ámbito de aplicación de los crímenes internacionales cuando las víctimas son sujetos intersexuales, y particularmente sobre el alcance de la función que la CPI está llamada a desempeñar al abordar la violencia basada en género más allá de las visiones restrictivas de la sexualidad humana. A la luz de estas cuestiones, el presente capítulo estudia la función de la CPI desde las perspectivas del posestructuralismo y la teoría *queer*, partiendo de una crítica a la hegemonía heteronormativa del ECPI y de la práctica de la CPI.

En este sentido, conviene subrayar como el feminismo nos ha enseñado que, durante siglos, el DI ha sido un espacio patriarcal y violento, donde nadie habla de sexo, pero en el que siempre se regula; donde patrones hetero-patriarcales y occidentales de sexualidad humana han sido instaurados violentamente en los cuerpos sometidos a su dominio, especialmente sobre los que habitamos en el Sur Global. Así mismo, las teorías liberales y críticas del DI no han cuestionado la fuerza normativa de las categorías de género-sexo-sexualidad, im-

² Vid. CPI. Declaración del Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, previa autorización judicial para comenzar una investigación sobre la situación en Bangladesh / Myanmar. Noviembre 22 de 2019. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20191122-otp-statement-bangladesh-myanmar>

³ CPI. Alegatos de apertura, Caso: La Fiscalía vs. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, República de Mali. ICC-01/12-01/18-T-018-Red-ENG, julio 25 de 2020. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/12-01/18-T-018-Red-ENG>

poniendo mecanismos regulatorios que ejercen poder sobre el cuerpo intersexual (Butler 2005: 9; García León, 2017: 133; Suárez, 2019: 14). Es así como el andamiaje jurídico internacional ha logrado silenciar la diversidad sexual humana.

El DIP no es ajeno a esta situación porque dentro de sus formas los cuerpos sexualmente diversos no son sujetos de derechos, no se les nombra como tal, no se les protege; en últimas, sus vidas son irrelevantes. Como resultado, este capítulo busca problematizar la idea de una identidad estable y homogénea del dispositivo *sexo-género-(hetero)sexualidad* y reflejar las prácticas que perpetúan las categorizaciones que encierran a los individuos en identidades fijas e inmutables (Llamas, 1998). Con ello se pretende realizar un análisis crítico de la manera en que se presentan las normas, los mecanismos que las justifican y su incidencia en el DIP y en la práctica de los tribunales internacionales como la CPI.

Para esto, nuestra propuesta se desarrollará en cuatro puntos principales: (i) una exposición sobre la forma en que la sexualidad humana puede ser entendida a la luz de las propuestas de la teoría *queer* y algunas de sus relaciones con el posestructuralismo (sección 2); (ii) el papel del derecho y la justicia desde esta perspectiva teórica (sección 3); (iii) la forma en la que la JI puede tener cabida en este debate (sección 4); y (iv) la función que la CPI podría desarrollar (sección 5).

2. EL HORIZONTE DE ANÁLISIS: LA TEORÍA *QUEER* Y SU MÉTODO

El punto de partida para este trabajo son las discusiones teóricas que se han dado sobre los conceptos de identidad, identificación y sexualidad. En particular, la discusión sobre si la sexualidad humana es un fenómeno exclusivamente natural, o si puede ser moldeada y hasta cierto punto gobernada por instituciones sociales. Por las razones que expondremos en las páginas que siguen, nos apartamos de la idea de la existencia de identidades fijas de género y sexualidad (Bhikhu, 2008). Por el contrario, nos inclinamos por una visión fluida que ve estas categorías a partir de la interacción de factores históricos, culturales, raciales y de género, que inciden en la forma en la que la

persona se entiende como sujeto. Esta postura tiene actualmente su mayor desarrollo bajo el nombre de teoría *queer* (Vidarte, 2005).

Las dinámicas sociales llevan a la división de las personas en diferentes categorías (por ejemplo, hombres y mujeres, negros y blancos o nacionales y extranjeros). Esto implica el acceso a determinados privilegios o lugares sociales preferentes cuando se pertenece al grupo indicado, o la condena a la abyección, la discriminación o la violencia, en caso contrario (Halley, 1985; Jaramillo y Alonso, 2008). Sin embargo, a lo largo de nuestras vidas no se nos identifica como parte de un solo grupo (Rutter-Jensen, 2012), sino de varios, lo que lleva a que nuestro cuerpo se convierta en un escenario de intersecciones (Creenshaw, 1989; La Barbera, 2016). Además, las fronteras que se han trazado para delimitar las categorías de personas parecen ser inestables, contradictorias y frágiles.

En lo que concierne a la sexualidad, esas dinámicas sociales se han articulado alrededor de las prácticas que se relacionan con los conceptos de sexo, género y sexualidad, para hacer una serie de calificaciones y clasificaciones de las personas conforme a sus preferencias sexuales, a los actos que en el sexo realizan y a los patrones de género con los que se identifican. Fruto de esas interacciones (que se encuentran mediadas por disciplinas como la medicina, el psicoanálisis, la filosofía, la antropología, la sociología y el derecho) se generan las categorías que hoy conocemos como parte del acrónimo LGBTIQ+.

Sobre esto, Foucault (2002) explicó como a través de diversos mecanismos de ejercicio de poder se produce un discurso sobre el sexo, que al circular sobre los cuerpos administra y gestiona la sexualidad humana. Por ello, rechaza la idea de que la sexualidad se haya reprimido en las sociedades occidentales, puesto que se encuentra en constante configuración gracias a los esfuerzos de las instituciones y las prácticas sociales (Foucault, 2002: 38-39).

Lo anterior se da de una forma bastante tangible. Así, la familia, la religión, la escuela, la pedagogía, la psicología y la psiquiatría son algunas de las instituciones y disciplinas desde donde estos discursos son vertidos sobre los cuerpos humanos. Al respecto, Rubin sostiene que “[l]as formas institucionales concretas de la sexualidad en cualquier momento y lugar dados son productos de la actividad humana. Están, por tanto, imbuidas en los conflictos de interés y la maniobra

política, tanto los deliberados como los inconscientes. En este sentido, el sexo es siempre político, pero hay periodos históricos en los que la sexualidad es más intensamente contestada y más abiertamente politizada” (Rubin, 1989: 114).

Rubin se preocupa por la forma en que las instituciones, estatales y no estatales, se articulan para castigar y disciplinar cualquier tipo de “desviación” de la sexualidad. Estas ocultan que las identidades sexuales son creaciones culturales que obedecen a contextos y coyunturas específicas. Así, la sexualidad no puede ser entendida desde una perspectiva puramente biológica, sino sociocultural (Rubin, 1989: 131). En consecuencia, sostiene que la regulación social de la sexualidad está diseñada para evaluar jerárquicamente los actos sexuales, y las identidades. Esto trae como efecto la relegación de los cuerpos diversos a la abyección y la ilegitimidad.

De este modo, para condenar al gay, la lesbiana o al bisexual a ese lugar es necesario antes de que se crearan estas identidades. Así, el deseo sexual entre personas del mismo sexo ha estado sujeto a diferentes tipos de escrutinio, castigo y permisiones a través del tiempo, de las sociedades y de las culturas, llevando su enfoque de análisis desde la perspectiva de los actos al de las identidades (Byrne, 2008).

Este marco conceptual puede ser también utilizado desde la perspectiva de la intersección de la sexualidad y el género. En este sentido, el feminismo lleva décadas denunciando y estudiando la subordinación de las mujeres a los hombres en las dinámicas culturales, lo que tradicionalmente las ha relegado a lo privado, donde son gobernadas y reciben un trato desigual (Sherry, 1974; Rosaldo, 1974; Merry, 2009).

En la actualidad, el concepto de género es la principal herramienta teórica para aproximarse a este campo. Esto implica que las diferencias entre hombres y mujeres son producidas principalmente a través de procesos culturales y no por diferencias biológicas innatas. El concepto sexo pasa por tanto a referirse a la biología, mientras que el género describe las expectativas culturales sobre cómo hombres y mujeres deben actuar (Jaramillo, 2000).

Los roles de género conllevan una *heterosexualidad obligatoria* para las mujeres, por lo que la experiencia y existencia del amor y el sexo entre ellas se ha visto “aplastada, invalidada, obligada a ocul-

tarse y a disfrazarse” (Rich, 1996: 18). Al respecto, Rich retoma las propuestas de MacKinnon para defender que las mujeres han aprendido a acoplarse a un mundo en que se les obliga a comportarse como heterosexuales y a ser los objetos del deseo masculino (MacKinnon, 1979). Ello implica “auto-percibirse” como presa sexual. De esta forma, la invitación que se hace es cuestionar tanto la supuesta naturaleza o predisposición de las mujeres a tener deseo sexual por los hombres como la heterosexualidad como institución (Rich, 1996: 35-36).

La heterosexualidad presupone que existe una identidad fija que antecede al género, al sexo, y que sólo puede ser de dos clases: masculina o femenina. Además, presupone también que el mundo está dividido entre homosexuales y heterosexuales. Sin embargo, el nacimiento de las aproximaciones *queer* al género y a la sexualidad humana han mostrado la inestabilidad y contradicciones propias de estos binarismos. En este sentido, Butler cuestiona la existencia de un sexo biológico fijo y antecedente al género. Como resultado, el problema para la autora es la identificación de cuando el sexo deja de ser sexo para convertirse en género (Butler, 1990).

En consecuencia, el género se encuentra en una constante construcción. Así, el nombrar a los sexos es crearlos (Butler, 1990). Esto no implica negar la diferencia biológica entre los cuerpos, específicamente hablando de genitales. Por el contrario, a lo que lleva es a cuestionar que la posesión o ausencia de esos rasgos determinen la identidad sexual de un individuo.

En últimas, lo normativo se disfraza de natural mediante la constante repetición de diversos *actos performativos* (Butler, 1999). El género siempre es un hacer, una constante repetición, pero no desarrollada por un sujeto que preexiste, sino uno que se va construyendo a la par este proceso. Así, la teoría queer permite ampliar el campo de estudios sobre la masculinidad (Minello, 2002; Guttman, 1998; Nuñez, 2015; Viveros, 2002) y la feminidad, la orientación sexual (Sedwick, 1998) y la identidad de género.

Estas aproximaciones a la identidad permiten abrir nuevas alternativas sociopolíticas (poniendo en tela de juicio lo normal y lo natural), que terminan delimitando el espacio para lo anormal y antinatural (Seidman, 1993). Así, examinar la forma en la que se crean y se repro-

ducen los discursos sobre la sexualidad humana es un estudio sobre el ejercicio del poder de representación en los cuerpos (Nuñez, 2015).

En conclusión, la sexualidad tiene dinámicas discursivas y *performativas* (actuantes) que la constituyen en diferentes espacios sociales. Esto se da a muchos niveles y escenarios durante la vida de las personas, por lo que cada espacio social puede contar con su forma particular de incidir sobre los cuerpos.

Estas técnicas de formación pueden ser de diferentes clases. Por un lado, las punitivas, como las sanciones penales por “crímenes” relacionados con actos de sodomía, o como las sanciones disciplinarias impuestas por comportamientos no permitidos en un contexto institucional. Estas técnicas punitivas pueden incluso ser: (i) de tipo violento (Gómez, 2005), como las agresiones sexuales que sufren algunas mujeres trans en las calles de Latinoamérica, por el simple hecho de identificarse como tal; o (ii) no punitivas, como el lugar de privilegio social del que gozan las parejas heterosexuales que optan por el matrimonio.

Además, este tipo de dinámicas, como la forma en la que rige el DIP, pueden presentarse en cualquier contexto social, así como en los lugares más específicos como el ámbito de una vivienda familiar, una escuela o una cárcel. En últimas, podemos ver como esta regulación social de la sexualidad termina siendo un proceso fragmentado y localizado, dado que no se hace desde un único espacio disciplinario, sino que se trata de un proceso en que participan diferentes instituciones sociales de todo tipo.

3. EL TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL DESDE EL HORIZONTE DE ANÁLISIS: PARTICULAR ATENCIÓN A LA CRÍTICA DESDE LA TEORÍA *QUEER* A LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. *Primera aproximación*

En las RI, las figuraciones específicas de la “homosexualidad” y del “homosexual” permiten cuestionar modos de organización y regula-

ción de la política nacional, regional e internacional (Weber 2016b: 21). A su vez, son relevantes para el DI en la medida en que el análisis de estas figuraciones muestra como la sexualidad funciona como uno de sus principios organizacionales (Otto, 2017), lo que se sucede también en el DIDH y el DIP.

En el campo de las RI se ha estudiado la forma en la que se ha entendido la homosexualidad y al homosexual desde la teoría *queer* (Weber, 2016a: 11). Las figuraciones del homosexual se han estudiado a partir de conceptos propios de las RI como el posestructuralismo y su visión del hombre soberano (Weber, 2016b), o a partir de los fenómenos que ocurrieron en diversos lugares. Concretamente, se ha estudiado cómo en la época victoriana en Inglaterra la homosexualidad era entendida como una sexualidad “desviada” o “perversa”, opuesta a la heterosexualidad “normal” (Hoad, 2000). Así mismo, se ha analizado el discurso de Barack Obama al referirse a la homosexualidad como “lo LGBT”, es decir, en términos de derechos humanos que han de extenderse a las poblaciones LGBTIQ+ a lo largo del mundo (Langlois, 2015: 28-34). Por su parte, en Europa se ha estudiado como el entendimiento de la homosexualidad varía a lo largo del tiempo de “normal” a “desviada”, debido a la instrumentalización del término por los líderes europeos de acuerdo con su visión progresista o tradicionalista sobre el tema (Weber, 2016a: 13). Los casos de Rusia (Thomas, 2012) y la Unión Europea (Wilson, 2013) han sido objeto de análisis en este sentido.

En relación con el DI, se ha analizado cómo ciertas OI, incluyendo el CSNU (Stern, 2016; Paige, 2017), la AGNU, el CDH (D’Amico, 2015), el Consejo Europeo (Thiel, 2015) y la CPI (Barrera Moore, 2017; Olasolo, Buitrago & Bonilla, 2020), así como el DIDH, se aproximan a la homosexualidad. Además, se ha criticado la hetero/homonormatividad del reconocimiento de los derechos LGBTIQ+. En este sentido, D’Amico (2015: 56) plantea que con el DI actual no habrá éxito a nivel mundial en la protección de derechos LGBTIQ+ porque los instrumentos “universales” de derechos humanos crean condiciones necesarias, pero no suficientes, para su éxito. Así mismo, para Langlois (2015: 27), las instituciones de DIDH pueden ser emancipadoras, pero a la vez pueden constreñir la libertad, generar inequidad y reforzar la injusticia, ya que el DIDH establece límites normativos, mientras que lo *queer* se caracteriza por ser antinormativo.

En este orden de ideas, el estudio de los derechos LGBTIQ+ ha aparecido de forma reciente en el DI y las RI. Así, los estudios en DI han recalcado la ausencia de un ámbito universal de los derechos LGTBIQ+ y la hetero/homonormatividad de las normas y estándares existentes. Por su parte, en las RI se han identificado figuraciones de la homosexualidad, y críticas a la utilización de los derechos LGBTIQ+ en los discursos de Estado. En ambos campos, la teoría *queer* ha servido de lente crítico que ha permitido identificar las falencias de los sistemas de protección del DIDH, y las oportunidades de mejora que pueden tener los distintos ordenamientos jurídicos. Pese a estos avances, la cuestión se encuentra notablemente subexplorada en relación con el DIP y la función de la CPI.

Desde un punto de vista teórico, existen dos formas de entender la teoría *queer* en el DI y las RI. La primera, consiste en la búsqueda de la igualdad de derechos entre personas heterosexuales y no heterosexuales, lo que incluye, entre otras cuestiones, la eliminación de la homosexualidad como un crimen y el matrimonio igualitario. La segunda, implica la utilización de la sexualidad como categoría primaria de análisis para hacer visible un orden heterosexual que se entiende como normal en la sociedad, en el Estado-nación y en el DI (Otto, 2007).

En este orden de ideas, la teoría *queer* no está diseñada solamente para las personas *queer* (es decir, la población LGBTIQ+) porque, más allá de analizar cómo el género, la sexualidad y la heterosexualidad organizan jerarquías en lo que se considera normal en la sexualidad y la intimidad, esta teoría trata de desafiar la misma idea de lo que se considera “normal”. Además, la teoría *queer* no aplica solamente a la esfera privada, porque al ser una teoría de la deconstrucción revela la estructura que sostiene la realidad social. Finalmente, analiza la “heteronormatividad” del DI, es decir, la heterosexualidad institucionalizada, que comprende a las instituciones, la cultura y la ideología a través de las cuales la heterosexualidad se impone como la forma de intimidad idealizada (Buss, 2007).

Con base en lo anterior, se puede afirmar que la teoría *queer* no se enfoca exclusivamente en el DIDH. De hecho, cuando los autores de esta teoría abordan la tensión entre la globalización y la diversidad de identidades sexuales, manifiestan que no es lo mismo el discurso

que afirma que “los derechos gay son derechos humanos”, a lo que propone la teoría *queer* al sugerir no “reificar” la categoría gay a nivel histórico y social, sino que se entienda la sexualidad como producto de la modernidad occidental (Gross, 2007).

Además, desde un punto de vista metodológico, el análisis de las diferentes figuraciones de la homosexualidad y el homosexual (normal o perverso, individual o colectivo) muestran que al colocar estos conceptos en su núcleo metodológico, el método de la teoría *queer* en las RI hace mucho más que agregar la (homo)sexualidad a este campo de estudio, porque puede ser aplicado como categoría de análisis al actual cuerpo normativo del DI (Otto, 2017: 5-6), permitiendo así la articulación del estudio de las RI y el DI. En consecuencia, esta teoría ofrece formas de mapear fenómenos tan diversos como el colonialismo, los derechos humanos y la formación de Estados y comunidades internacionales, que brindan representaciones de la política internacional muy diferentes a las que surgen en otras metodologías de investigación (Weber, 2016b: 23).

En este sentido, conviene destacar que la noción de *figuración* de Donna Haraway se construye sobre el concepto de *performatividad* (en el sentido de “actuante o en acción”) de Judith Butler. Así, para Haraway, las figuraciones son imágenes en acción que pueden ser habitadas; emergen de ensamblajes de discursos y materiales semióticos que condensan imaginarios difusos sobre el mundo en imágenes y las formas específicas (Haraway; Randolph, 1997: 11; Weber, 2016b: 28). De esta manera, para Haraway, la figuración implica el empleo referencias semióticas (tropos) que combinan conocimientos, prácticas y poder para dar forma a cómo se mapean las palabras y cómo se entienden las cosas reales con esas palabras (Weber, 2016b: 28; Haraway; Randolph, 1997: 11).

Con base en lo anterior, Haraway establece cuatro elementos a través de los cuales las figuraciones toman formas específicas, estos son las referencias semióticas (tropos)⁴, las temporalidades (raíces tem-

⁴ Los tropos son referencias materiales y semióticas que hacen referencia a cosas reales y cómo las entendemos. (Weber, 2016b: 29). Están constituidos por choques que generan cambios de rumbo o desviaciones en la “mentalidad literal” (Haraway; Randolph, 1997: 11).

porales que se van progresivamente transformando)⁵, las acciones⁶ y los *worldings*⁷, que inciden en las diversas maneras en las que puede concebirse la homosexualidad y el homosexual (Weber, 2016b:28) (Haraway; Randolph, 1997:11).

Al mismo tiempo, la propuesta de análisis desde la teoría *queer* es que no se parta de *logoi* singulares, sino plurales. Los *logoi* plurales permiten entender la homosexualidad como normal y/o perversa (Weber, 2016b: 39). La descripción de los *logoi* plurales viene de Ronald Barthes y su descripción de la regla “y/o” (*and/or* en inglés) (1974: 76-77). Para este autor, mientras que la regla “una de las dos” (*either/or* en inglés) opera de acuerdo con lógicas binarias (lo que fuerza la elección en el significado del texto, por ejemplo, entre hombre o mujer), la regla y/o excede la lógica de los binarios, ya que expresa pluralidad. Bajo esta última lógica, un sujeto está tanto en una cosa como en la otra, y simultáneamente puede ser una y la otra, tal y como ocurre con las personas trans o los travestis⁸. Por consiguiente, bajo esta perspectiva no hay una reducción tradicional a las dicotomías de sexo, género y sexualidad, introduciéndose numerosas pluralidades en el discurso, lo que genera una lógica *queer* (Weber, 2016b: 40).

⁵ Haraway se refiere a las temporalidades en términos del realismo cristiano occidental. Así, las temporalidades hacen referencia a una relación con el tiempo, en cómo las figuraciones poseen raíces temporales y progresivamente se van transformando (Haraway; Randolph, 1997: 9-11). De esta manera, la figuración del homosexual depende mucho de dónde se está (lo que se ve por ejemplo en el legado colonial sobre la homosexualidad en occidente, o en el entendimiento actual del homosexual como el LGBTQ titular de derechos humanos) (Weber, 2016b: 29-30).

⁶ Para Haraway las figuraciones, que no son estables, son imágenes *performativas* (actuales) que pueden ser habitadas. Estas imágenes a través de su repetición, bajo determinadas circunstancias se convierten en imágenes habitables de uno mismo o de otros. (Weber 2016b, 31-32)

⁷ *Worlding* es la forma en la que se mapea el universo de conocimiento, práctica y poder. Las diferentes formas en las que se concibe al homosexual son productos de tipos de poder, cuerpos y placeres al definir normas y reglas (Weber, 2016b: 33).

⁸ Weber (2016b) realiza un profundo análisis sobre Conchita Wurst (ganadora del concurso Eurovisión en 2014) y su figuración como normal y/o perversa y desarrollada y/o subdesarrollada.

Finalmente, desde el postestructuralismo, existe un análisis de la homosexualidad a través de la figura del *statecraft as mancraft*, desarrollada por Ashely (1989), con respecto a cómo la figuración de la normalidad / perversión de la homosexualidad incide en el concepto de “el hombre soberano” (Weber, 2016b: 38). Lo que afirman los postestructuralistas sobre la soberanía es que se refiere a aquellas prácticas que intentan crear un agente en cuyo nombre gobierna una comunidad política, atribuyendo a ese agente legitimidad y autoridad (Weber, 2016b: 3). Como resultado, desde las RI se ha sostenido que la relación entre sexualidad y soberanía se relaciona en la forma en la que las subjetividades sexualizadas como el “homosexual” o el “trans” están estrechamente relacionadas con la noción de orden o anarquía a nivel nacional e internacional. En otras palabras, las personas con sexualidades diversas implicarían una figura contraria a la del hombre soberano (Weber, 2016b: 4).

Si se superpone el análisis de Foucault y de Haraway con el postestructuralismo de Ashely, lo que se observa con más claridad es cómo los Estados intentan congelar los significados de “homosexual” cuando entran en juegos internacionales de “poderes y placeres” (Foucault, 1980: 48; Weber, 2016b: 34). Así pues, a partir de los planteamientos de Ashley, Weber (2016b) afirma que “es imposible entender la formación de los estados soberanos modernos y los órdenes internacionales sin entender cómo una versión particular del “hombre soberano” se inscribe como la base necesaria de un Estado soberano y cómo este procedimiento de *statecraft as mancraft* produce un ordenamiento de las relaciones internacionales”.

3.2. La crítica *queer* a los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos

Al no existir una aproximación *queer* al DIP o un texto dedicado a estudiar un proceso de “*queering international criminal law*”, adquiere particular importancia para el propósito de este trabajo la crítica inicial que la teoría *queer* realiza al DIDH.

En este sentido, conviene subrayar como el sistema universal de protección de derechos humanos se ha dirigido principalmente a la protección de los derechos de las personas homosexuales. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha decidido sobre casos

respecto de la criminalización de la homosexualidad (Comité de Derechos Humanos, Caso Toonen, 1994: 8.3), y sobre pensiones a parejas homosexuales (Comité de Derechos Humanos, Caso X, 2005: 7.2-7.3).

Por su parte, en el sistema europeo existen múltiples sentencias en las que se ha abordado principalmente la protección de derechos de personas homosexuales y trans, incluyendo el matrimonio de parejas del mismo sexo (TEDH, Caso Shalk y Kopf, 2010; Caso Hämäläinen, 2014), su inscripción si fueron celebrados en el exterior (TEDH, Caso Orlando, 2017b), el reconocimiento de la maternidad o la paternidad cuando hay cambio de género, y el reconocimiento del derecho de las personas a identificarse abiertamente como gais, lesbianas o cualquier otra minoría sexual (TEDH, Caso de Bayev, 2017a), entre otros.

En cuanto al sistema interamericano, la mayoría de los fallos versan sobre temas de derechos de homosexuales, tales como el reconocimiento de derechos pensionales entre parejas del mismo sexo y discriminación por orientación sexual. De hecho, la mayoría de las peticiones presentadas a este sistema han sido realizadas por hombres y mujeres homosexuales (ocho (8) hombres homosexuales, cinco (5) mujeres lesbianas y tres (3) mujeres trans⁹ han realizado peticiones contenciosas ante la Comisión IDH, de las cuales solo tres casos han acabado llegando a la Corte IDH)¹⁰ (Corte IDH, caso Freire, 2016; caso Duque, 2016; caso Atala, 2012).

La crítica de la teoría *queer* a los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos se centra en la homo/

⁹ Vid. Para efectos del presente artículo se tuvieron en cuenta peticiones admitidas y procedimientos de solución amistosa. Así, la CIDH ha admitido casos contra El Salvador (Informe No. 73/16), Venezuela (Informe No. 66/16), Honduras (Informe No. 64/16), Brasil (Informe No. 11/16), Chile (Informes No. 30/15 y No. 42/08), Perú (Informe No. 99/14) y Colombia (Informes No. 150/11 y No. 71/99). Los procesos de solución amistosa han sido dos con el Estado Chileno (Informe No. 81/09 y Caso P-946-12). Para efectos del presente artículo no se tuvieron en cuenta la concesión de medidas cautelares a personas LGBTQ.

¹⁰ No se tuvo en cuenta la concesión de medidas provisionales a personas LGBTQ. Las decisiones que ha tomado la Corte IDH respecto de estos Estados han sido El caso Atala Riffo y niñas c. Chile (2012), el Caso Duque c. Colombia (2016a) y el Caso Flor Freire vs. Ecuador (2016b)

heteronormatividad¹¹(Duggan, 2003: 50). Esto implica dos componentes: primero, que las organizaciones de derechos humanos que participan en los procesos de creación de normas sobre derechos LGBTIQ+ hacen parte principalmente del movimiento de liberación de gais y lesbianas; segundo, que estas organizaciones buscan obtener derechos que equiparen a los heterosexuales con los homosexuales, por lo que se dejan de lado sexualidades e identidades distintas a las que suelen ser representadas por los movimientos sociales *mainstream* de liberación gay o LGBTIQ+ (DeFilippis, 2015).

Así pues, si bien los sistemas de protección de los derechos han desarrollado un marco de protección de los derechos de las personas trans y homosexuales a través de sus fallos contenciosos, presentan todavía problemas de hetero/homonormatividad, así como de entendimiento binario de la sexualidad (que impide que los derechos LGBTIQ+ vayan más allá de una mera equivalencia con los derechos de las personas heterosexuales). Esto no quita, sin embargo, para que pueda resaltarse como elemento positivo su consideración de la homosexualidad, y del homosexual, como normales y, por tanto, como personas titulares de derechos humanos. Con ello, se han eliminado dentro de sus fallos toda referencia al carácter perverso de la homosexualidad, lo cual es particularmente destacable en el sistema interamericano.

Sin embargo, con respecto a este último en particular, se hacen desde la teoría *queer* dos precisiones importantes. Primero, al esclarecer conceptualmente qué es la población LGBTIQ+, ha impuesto como proyecto de derechos humanos determinadas epistemologías respecto del sexo y la sexualidad, es decir, qué se entiende por lesbiana, gay, bisexual, transgénero, intersexual o *queer* (Thoreson, 2011: 16). Segundo, a pesar de presentar avances significativos en la protección de los pueblos indígenas en la región, no ha establecido ningún diálogo entre las visiones *queer* y las poscoloniales, toda vez que lo *queer* es considerado como una visión occidental de lo internacional. En consecuencia, es necesario poner fin a esta dinámica para que se

¹¹ Duggan (2003: 50) se refiere a la homonormatividad como una nueva política neoliberal sexual que no cuestiona los supuestos e instituciones heteronormativas dominantes, sino que las defiende y la sostiene, mientras promete la posibilidad de un electorado gay desmovilizado y un público privatizado y despolitizado en la domesticidad y el consumo.

contemplan las sexualidades “antisistémicas” LGBTIQ+, y se entre en diálogo con las mismas (Sjoberg, 2015: 167-168).

Finalmente, en lo que respecta a otros organismos internacionales, Paige (2017) ha analizado desde la teoría *queer* cómo el entendimiento de las sexualidades de una manera binaria y heteronormativa ha ocasionado que el CSNU haya invisibilizado en su actuación a las personas sexualmente diversas como víctimas de violencia sexual. Dentro del CSNU no ha sido posible que la violencia sexual sea considerada como una amenaza a la paz y seguridad internacionales, puesto que Rusia y China consideran que este tema es competencia de otros órganos de la ONU. Además, la utilización de un lenguaje en el que se entiende a los hombres como perpetradores y a las mujeres como víctimas de la violencia sexual (de una manera binaria) ha impedido tanto la protección de otras categorías de víctimas (tales como, los hombres, las personas transexuales o las personas transgénero), como la adopción de medidas sancionatorias frente a sus victimarios, que no son necesariamente hombres (Paige, 2017).

4. EL ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DESDE LAS PERSPECTIVAS POSESTRUCTURALISTA Y *QUEER*

Como se ha mencionado anteriormente, las perspectivas posestructuralista y *queer* buscan reivindicar la sexualidad humana y la expresión de género en toda su diversidad y fluidez, más allá de los confines dualistas de la heterosexualidad, la homosexualidad y el binomio hombre/mujer. Bajo estas dos perspectivas teóricas, el propósito de este acápite es analizar en primera instancia el impacto de estos presupuestos teóricos en la función de la CPI, y a su vez, intentar dilucidar el rol que está llamada a desempeñar para desafiar las estructuras hegemónicas binarias, y reivindicar el reconocimiento material de los sujetos con sexualidad diversa en la JI.

Con el fin de entender la posición de la CPI frente a los crímenes internacionales cometidos contra aquellos sujetos con identidades sexuales y de género *queer* no estereotipadas, en primer lugar, abordaremos el examen de las disposiciones del ECPI, particularmente la definición de género recogida en su art. 7(3). En segundo lugar, ana-

lizaremos la actual política sobre crímenes sexuales y por motivos de género de la Fiscalía de la CPI y su incidencia en el tratamiento de casos con víctimas de género o sexo no conforme.

En el ECPI no existe ninguna disposición que incluya de manera explícita como sujeto de protección a las personas con identidad de género u orientación sexual no binaria. Una primera aproximación a un análisis de la perspectiva de la sexualidad incorporada en el ECPI es a través de la definición de género recogida en el art. 7(3) que prevé que “[...] se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad”. Y agrega que, “[e]l término “género” no tendrá más acepción que la que antecede”.

Como se deduce de su contenido, el concepto de género es limitado a lo masculino y lo femenino, adoptando así una perspectiva heteronormativa de la expresión “género”, que en principio excluye los sujetos que expresan identidades sexuales y de género no binarias. Para autores como Triffterer & Ambos (2016: 293), el art. 7(3) reconoce la existencia del sexo biológico y hace alusión a los roles asumidos “en el contexto de la sociedad”, por lo que parte solamente de los dos roles socialmente asumidos como masculino y femenino por el hombre y la mujer respectivamente. De hecho, Cerone & Bricker sugieren que la redacción final del artículo 7 (3) del ECPI parece estar dirigida a evitar que el término “género” pueda ser interpretado como inclusivo de la categoría de orientación sexual (2005: 42). De esta manera, la definición de género sería el resultado de las negociaciones entre Estados con posiciones encontradas, en las que finalmente tuvo prevalencia la visión conservadora de género construida desde la perspectiva biológica y binaria hombre/mujer (Sengupta, 2003: 32). Sin embargo, Kritz señala que, si bien la referencia a “los dos sexos, masculino y femenino” resultó ser una concesión hecha a la coalición conservadora, la expresión “dentro del contexto de la sociedad” entraña la incorporación de una definición de género tan fluida como fuese posible. (2014: 1-38).

En todo caso, la definición de género del art. 7(3) del ECPI supone un retroceso en el entendimiento de este concepto desde el punto de vista sociológico, que va más allá del biológico (Oosterveld, 2005). En este sentido, Dolan (2015) y Stahn (2019), consideran que el género

en términos binarios de lo femenino y lo masculino implica una exclusión artificial de los sujetos intersexuales, o con género u orientación sexual no conforme. En este mismo sentido, Olasolo *et. al.* (2020: 374) subrayan que la redacción del art. 7(3) del ECPI no es lo suficientemente amplia para deducir *prima facie* que es posible extenderla a las personas con identidades de género no binarias.

Sin embargo, no faltan autores, como Boot, que subrayan que la definición de género no es excluyente porque reconoce, por un lado, la existencia del sexo biológico y, por otro lado, acepta las diferencias construidas entre los géneros “en el contexto de la sociedad” (2016: 293). Así, si bien el art. 7(3) del ECPI excluye sujetos intersexuales, de acuerdo con esta autora, ello no impide la aplicación de los criterios de interpretación del art. 21 del ECPI, entre los que se encuentran los “tratados aplicables, principios y normas del derecho internacional”, lo que podría dar lugar a extender la protección a otras categorías no incluidas taxativamente en la definición (2016: 293).

En cuanto al contenido de los crímenes internacionales, algunos autores como MacKinnon (2013: 105-122), Boot (2016: 293) y Barrera Moore (2017: 1288) consideran que el crimen de lesa humanidad de persecución previsto en art. 7 (1)(h) y (2)(g) del ECPI, podría ser la vía más adecuada para proteger a la comunidad LGBTIQ+¹². Por su parte, Barrera Moore (2017) y Boot & Hall (2016: 293) consideran que la orientación sexual y la identidad de género pueden incluirse como “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”. Incluso, Bassiouni advierte sobre la necesidad de extender la competencia *ratione materiae* de la CPI en relación con los crímenes de lesa humanidad, para incluir la persecución contra personas en razón de su orientación sexual o su

¹² Según los EC, el crimen de lesa humanidad de persecución ocurre cuando: “(1) el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional; (2) el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad; (3) la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; y (4) la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”.

discapacidad (2011: 14). No obstante, otros autores subrayan que el estándar de la cláusula general “motivos universalmente reconocidos” implica una exigencia demasiado alta para incluir aspectos de identidad de género (Edwards, 2001). Además, su inclusión podría resultar contraria al principio de legalidad (Cryer, 2014: 206).

Si bien a nivel doctrinal existen discrepancias en la interpretación de la definición de género y en su aplicación en relación con los crímenes internacionales (Olasolo *et al.*, 2020: 374), lo cierto es que ninguna de las interpretaciones esbozadas concilia los postulados de la teoría *queer* y el posestructuralismo, ya que estas propuestas interpretativas tienen como base una concepción heteronormativa y binaria de la sexualidad humana, y dejan de lado sexualidades e identidades más allá de las consagradas por el *mainstream* de liberación gay o LGBTIQ+. En este sentido, no solo la falta de una definición más amplia de género, sino la ausencia de criterios concretos para fundar la existencia del crimen de lesa humanidad de persecución contra sujetos *queer* o con sexualidad no estereotipada, denota la lógica binaria de los sexos y la matriz eminentemente heterosexual del DIP.

Desde una perspectiva práctica, un primer intento de extender el alcance del concepto de género se dio a través del *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*. Este documento fue adoptado en el 2014 por la Fiscalía de la CPI como respuesta a las críticas recibidas por la ausencia de condena a Germain Katanga por los crímenes de lesa humanidad y de guerra de violación y otras formas de violencia sexual (CPI, Katanga; Ngudjolo, 28/07/2010). En un intento por ampliar el concepto de género del art. 7(3) del ECPI, el documento enfatiza que el mismo se refiere a los dos sexos (masculino y femenino), y agrega que su “[...] definición reconoce la construcción social del género, así como los correspondientes papeles, comportamientos, actividades y atributos asignados a las mujeres y los hombres y a las niñas y los niños (CPI, 2014: 3-4).

Además, este documento conceptualiza el sexo, el crimen sexual, el crimen basado en género, la perspectiva de género y el análisis de género partiendo de las categorías dualistas universales de hombre/mujer. Tanto la adición, como la definición de estos conceptos, no ayudan a la deconstrucción de las categorías naturalizadas de sexo,

género y sexualidad; al contrario, pone de manifiesto la continuidad de las dimensiones heteronormativas del ECPI.

No obstante, el documento parece proponer una perspectiva mucho más amplia al abordar el art. 21(3) del ECPI, cuando señala que “la aplicación e interpretación del ECPI deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como, entre otros, el género u ‘otra condición’” (CPI, 2014: 16). En la misma línea, el documento menciona entre los factores de interseccionalidad “la orientación sexual y las demás condiciones o identidades que pueden dar lugar a múltiples formas de discriminación y desigualdades sociales” (CPI, 2014: 17). La inclusión de la orientación sexual y de una cláusula abierta para diversas identidades representa una ventana de oportunidad para darle cabida a sujetos y violencias que hasta ahora han permanecido invisibilizadas como consecuencia del dispositivo sexo-género heteronormativo.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que, hasta la fecha, la jurisprudencia de la CPI no ha tenido todavía la oportunidad de pronunciarse sobre la definición de género recogida en el art. 7(3) del ECPI, o sobre su posición frente al crimen de lesa humanidad de persecución. Ante este silencio, la CPI, y particularmente la Fiscalía, tienen la oportunidad de cuestionar su aproximación a las categorías dualistas de hombre/mujer y heterosexualidad/homosexualidad en la aplicación e interpretación del ECPI. En este sentido, desde la práctica investigativa y judicial, tanto la Fiscalía, como las Salas de la CPI tienen un potencial transformador, puesto que pueden desafiar las estructuras hegemónicas binarias del DIP a través del enfoque que adopten frente a las situaciones bajo investigación, y la manera como delimiten los problemas jurídicos en decisiones que tengan un efecto sobre la diversificación o la restricción de la sexualidad humana y las expresiones identitarias de género.

Para lograr el potencial transformador, es necesario dar pasos afirmativos para desafiar determinados preconceptos como la dinámica del agresor masculino y la víctima femenina, la violencia caracterizada desde la lente de los papeles familiares y culturales y la atracción erótica limitada a individuos del sexo opuesto (heterosexualidad obligatoria). En este sentido, Phillipa Paige (2018: 97) señala que la inclu-

sión de hombres como víctimas potenciales en la primera resolución del CSNU dedicada a abordar la violencia sexual, fue un paso muy importante hacia un lenguaje y políticas más inclusivos y diversos. Asimismo, Durham & O'Byrne (2010: 49) indican que reconocer la responsabilidad internacional penal de las mujeres implica superar las construcciones sociales y culturales de estas últimas como inocentes, inherentemente pacíficas e incapaces de cometer tales atrocidades.

Son precisamente estas construcciones sociales y culturales las que niegan que la violencia sexual pueda tener lugar contra víctimas masculinas. De esta manera, la renuencia a enfrentar los paradigmas binarios de la sexualidad puede explicarse por la prevalencia de la homofobia, que impulsa la creencia de que la violencia sexual feminiza a la víctima, subrayando en quien la sufre su posible orientación homosexual por encima de su condición de víctima de violencia sexual (Sivakumaran, 2005: 48).

Desde una perspectiva *queer* y postestructuralista, la ausencia de un abordaje de la violencia sexual que involucra personas que no pueden ser clasificadas como cisgénero puede entenderse como un resultado directo de la invisibilidad que enfrentan aquellos individuos que no encajan dentro de los géneros binarios normalizados. A su vez, la resistencia puede ser explicada como una manifestación del miedo a socavar las estructuras sociales heteronormativas (Shepherd & Sjoberg, 2012: 11; Otto, 2013: 82).

En este contexto, la Fiscalía y las Salas de la CPI están llamadas a participar en discusiones sobre las distintas modalidades de violencia con el fin de contemplar y proteger la diversidad y fluidez de la sexualidad humana, y de reconocer a los sujetos con identidades no estereotipadas. Así las cosas, desde un enfoque crítico de la definición de género incorporada en el ECPI, se debería ampliar el universo de víctimas las víctimas masculinas y las víctimas de la comunidad LGBTIQ+, así como confrontar la dinámica perpetradores masculinos/víctimas femeninas para darle cabida a otras dinámicas que van en contravía de los tradicionales códigos culturales.

Esto es especialmente relevante en la actualidad, ya que tanto la Fiscalía como la CPI se enfrentan a la oportunidad de cambiar el paradigma heteronormativo característico del ECPI. Por ejemplo, si se decidiera abrir una investigación preliminar por los crímenes cometi-

dos por miembros del Estado Islámico contra personas que se identifican, o que eran identificadas, como sexualmente diversas, la Fiscalía y la CPI se verían avocadas a abordar la violencia contra sujetos sexualmente diversos como un fenómeno fluido, no encasillado dentro de los límites heteronormativos. Lo mismo resulta aplicable a la investigación sobre la violencia sexual sufrida por la comunidad Rohingya y al juicio oral por el crimen de lesa humanidad de persecución por motivos de género en contra de Al Hassan. En estas situaciones y casos se pondrá, sin duda, a prueba la capacidad de la Fiscalía y de las Salas de la CPI para romper los confines binarios de sexo-género-sexualidad, repensar los patrones culturalmente arraigados de violencia género, y adoptar prácticas inclusivas que disminuyan el número de víctimas silenciadas y contribuyan a la lucha contra la impunidad.

5. CONCLUSIONES

El DIP y el ECPI no solo reflejan, si no que participan en la configuración y delimitación de los conceptos de sexo, género y sexualidad, perpetuando la lógica binaria de los sexos y la matriz heterosexual del DI. De esta manera, no solo se coarta las diversas expresiones de la sexualidad humana, sino que, además se deja a los sujetos sexualmente diversos desprovistos de protección.

El análisis de la función de la CPI desde los postulados de la teoría *queer* y el posestructuralismo busca visibilizar las injusticias intrínsecas de las estructuras hegemónicas binarias, y en particular en la hetero-patriarcal basada en el binarismo de género. En esta línea, es posible emprender una crítica del DPI como dispositivo que privilegia a todo sujeto heterosexual y cisgénero que cumple con los estereotipos de género tradicionalmente concebidos.

Muestra de ello es la ausencia de toda disposición en el ECPI que incluya de manera explícita como sujeto de protección las personas con identidad de género u orientación sexual no binaria. Asimismo, el art. 7(3) del ECPI incorpora una definición de género delimitada a lo masculino y femenino, manteniendo presente la hegemonía heteronormativa del ECPI y la exclusión de los sujetos que expresan identidades sexuales y de género no binarias.

La CPI, como uno de los principales operadores dentro de este sistema, ha mantenido una posición pasiva en la búsqueda de soluciones a la crítica *queer* y posestructuralista. Si bien, la jurisprudencia de la CPI no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre su posición respecto de la definición de género contenida en el ECPI, el Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género de la Fiscalía parece presentar una ventana de oportunidad para desafiar los roles de género impuestos por el binomio masculino-femenino.

Ante el silencio prevalente, tanto la Fiscalía como las Salas de la CPI tienen el potencial de transformar el marco ideológico heteronormativo que discrimina activamente a todo aquel que lo desafíe. Para ello, es necesario dar pasos más firmes para apartarse de determinados preconceptos en la fenomenología criminal, como, por ejemplo, la dinámica del agresor masculino y la víctima femenina o la violencia caracterizada desde la lente de los papeles familiares y culturales.

En este mismo sentido, la CPI está llamada a participar en discusiones dirigidas a identificar y proteger la diversidad y fluidez de la sexualidad humana, y a reconocer a los sujetos con identidades no estereotipadas. El panorama actual de la CPI, y en particular las solicitudes presentadas ante la misma para investigar los crímenes contra las personas sexualmente diversas en Irak y Siria y contra la comunidad Rohingya en Myanmar, así como el juicio oral en curso en el caso Al Hassan por el crimen de lesa humanidad de persecución por motivos de género, representan oportunidades para poner en práctica una aproximación mucho más fluida a los dispositivos de género, sexo y sexualidad.

Esto significaría, en última instancia, que las críticas esbozadas durante las últimas décadas desde la teoría *queer* y posestructuralista, además de visibilizar a quienes no encajan dentro de los géneros binarios normalizados, habrán finalmente tenido un impacto en promover su protección a través del DIP.

REFERENCIAS

Doctrina

- Barrera, C. (2017). "Embracing Ambiguity and Adopting Propriety: Using Comparative Law to Explore Avenues for Protecting the LGBTIQ Popu-

- lation Under Article 7 of the Rome Statute of the International Criminal Court”. *Minnesota Law Review*, Vol. 101 (2). Pp. 1287-1330.
- Barthes, R. (1974). *S/Z*. Nueva York: Hill and Wang.
- Bassiouni, M.C. (2011). *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Boot, M. (2016). “Paragraph 3: Definition of Gender”. En Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court observers’ notes, article by article*. Munich, Portland & Baden-Baden: C.H Beck - Hart - Nomos.
- Borrillo D., Seffner F. & Rios R. (2018). *Derechos sexuales y derecho de familia en perspectiva queer*. Porto Alegre: Editora da UFCSPA.
- Buss, D.E. (2007). “Queering International Legal Authority”. *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, Vol. 101. Pp. 122-125.
- Butler, J. (1988). “Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory”. *Theatre Journal*, Vol. 40 (4). Pp. 519-531.
- Butler, J. (1990). “Variaciones sobre sexo y género”. En Sánchez, A. (ed.), *Teoría Feminista y Teoría Crítica, Ensayos sobre la política de género en las sociedades de capitalismo tardía*. Valencia: Ediciones Alfons el Maganinim.
- Butler, J. (1999). *El género en disputa*. Madrid: Paidós.
- Butler, J. (2005). “Regulaciones de género”. *La Ventana*, Vol. 3 (23). Pp. 7-35.
- Cerone, J. & Bricker, J (2005). “Homosexuals”. En Shelton, D.L. (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. Farmington Hills: Thomson Gale.
- Cheung, J.M.Y., Bartlett, D.J., Armour, C. L., Laba, T.L. & Saini, B. (2018). “To Drug or not to Drug: A Qualitative Study of Patients’ Decision-Making Processes for Managing Insomnia”. *Behavioral Sleep Medicine*, Vol. 16 (1). Pp. 1-26.
- Creshaw, K. (1989). “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. *The University of Chicago Legal Forum*. Pp. 139-167.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E. (2014): *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- D’Amico, F. (2015). “LGBT and (Dis)United Nations: Sexual and Gender Minorities, International Law, and UN Politics”. En Lavinias Picq, M. & Thiel, M. (ed.), *Sexualities in World Politics, edited by Manuela Lavinias Picq and Markus Thiel*. Nueva York: Routledge.

- DeFilippis, J.N. (2015). *A Queer Liberation Movement? A Qualitative Content Analysis of Queer Liberation Organizations, Investigating Whether They are Building a Separate Social Movement*. Portland: Portland State University.
- Dolan, C. (2014). "Letting Go of the Gender Binary: Charting New Pathways for Humanitarian Interventions on Gender-Based Violence". *International Review of the Red Cross*, Vol. 96. Pp. 485-501.
- Durham H. & O'Byrne, K. (2010). "The Dialogue of Difference: Gender Perspectives on International Humanitarian Law". *International Review of the Red Cross*, Vol. 92 (877). Pp. 31-49.
- Edwards, G.E. (2001). "International Human Rights Law Challenges to the New International Criminal Court: The Search and Seizure Right to Privacy". *Yale Journal of International Law*, Vol. 26. Pp. 323-412.
- Feindel, A.T. (2005). "Reconciling Sexual Orientation: Creating A Definition Of Genocide That Includes Sexual Orientation". *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 13. Pp. 197-226.
- Fone, B. (2008). *Homofobia: Una Historia*. Ciudad de México: Océano.
- Foucault, M. (2002). *Historia de la Sexualidad. La voluntad del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- García, J.E. & García, D.L. (2017). "Sujetos intersexuales y matriz heterosexual: Los cuerpos que le importan a la jurisprudencia colombiana; Una lectura queer". *Latin American Research Review*, Vol. 52 (1). Pp. 124-137.
- Gómez, M.M. (2008). "Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia". En Cabal, L. & Motta, C. (ed.), *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, Center for Reproductive Rights & Ediciones Uniandes. Pp. 19-55.
- Guttman, M. (1998). "Traficando con hombres: la antropología de la masculinidad". *La Ventana, Revista de estudios de género*, (8). Pp. 245-286.
- Haraway, D.J. & Lynn, M.R. (1997). *Modest Witness Second Millennium. Female Man Meets OncoMouse: feminism and technoscience*. Nueva York: Routledge.
- Heathcote G. (2015). "Feminist Perspectives on the Law on the Use of Force". En Weller, M. (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 114 et seq.
- Hoad, N. (2000). "Arrested Development Or The Queerness Of Savages: Resisting Evolutionary Narratives Of Difference". *Postcolonial Studies: Culture, Politics, Economy*, Vol. 3 (2). Pp. 133-158.
- Jaramillo, I.C. (2000). "Estudio preliminar". *West, Robin. Género y Teoría del Derecho*. Pp. 25-60.
- Jaramillo, I. & Alfonso, T. (2008). *Mujeres, Cortes y medios. La reforma judicial del aborto*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Editorial Uniandes.

- La Barbera, M. (2016). "Interseccionalidad, un "concepto viajero": orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea". *Interdisciplina*, Vol. 4 (8). Pp. 105-122.
- Langlois, A.J. (2015). "Human Rights, LGBTQ Rights, and International Theory". En Lavinias Picq, M. & Thiel, M. (ed.), *Sexualities in World Politics. How LGBTQ claims shape International Relations*. Nueva York: Routledge.
- Shepherd, L. & Sjoberg, L. (2012). "Trans- Bodies in/of War(s): Cisprivilege and Contemporary Security Strategy". *Jindal Global Law Review*, Vol. 101 (1). Pp. 79-82.
- Llamas, R. (1998). *Teoría torcida. Prejuicios y discursos en torno a la "homosexualidad"*. Madrid: Siglo XXI.
- Mackinnon, C.A. (2013). "Creating International Law: Gender and Leading Edge". *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol. 36 (1). Pp. 105-122.
- MacKinnon, C.A. (1979). *Sexual Harassment of Working Women: A case of Sex Discrimination*. New Haven: Yale University Press.
- Merry, S.E. (2009). *Gender Violence*. Nueva York: Wiley-Blackwell.
- Minello M. (2002). "Masculinidades un concepto en construcción". *Nueva Antropología*, Vol. XVIII. Pp. 11-30.
- Núñez, G. (2015). *Sexo entre Varones. Poder y resistencia en el campo sexual*. Ciudad de México: UNAM, PUEG, IIS, CIAD y El Colegio de Sonora, México.
- Olasolo, H., Buitrago, N. & Bonilla, V. (2020). "El tratamiento de la población LGTBIQ en el artículo 7 (1)(h) del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de la definición de "género" y del estándar "otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional". *Polít. Crim.* Vol. 15 (29). Pp. 362-385.
- Oosterveld, V. (2005). "The Definition of Gender in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice". *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18. Pp. 55-84.
- Ortner, S. (1974). "Is Female to Male as Nature is to Culture". En Rosaldo, M. & Lamphere, L. (ed.), *Women Culture and Society*. Standford: Standford University Press. Pp. 67-87.
- Otto, D. (2007). "Taking a Break from Normal: Thinking Queer in the Context of International Law". *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, Vol. 101. Pp. 119-122.
- Otto, D. (2013). "Transnational Homo-Assemblages: Reading "Gender" in Counter-Terrorism Discourses". *Jindal Global Law Review*, Vol. 4 (2). Pp. 79-82.
- Otto, D. (2017). "Introduction: Embracing Queer Curiosity". En Otto, D. (ed.), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*. Nueva York: Routledge.

- Paige T.P. (2017). "The Maintenance of Heteronormativity". En Otto, D. (ed.), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks* (pp. 91-10). Nueva York: Routledge.
- Paige, T.P. (2017). "The Maintenance Of Heteronormativity". En Otto, D. (ed.), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks* (pp. 91-10). Nueva York: Routledge.
- Parekh, B. (2008). *A New Politics of Identity. Political Principles for an Interdependent World*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- Rich, A. (1996). "Heterosexualidad obligatoria y existencia lesbiana". *DUODA Revista dEstudis Feministes*, (11). Pp. 13-37.
- Rosaldo, M. (1974). "Woman, Culture and Society: A Theoretical Overview". En Rosaldo, M. & Lamphere, L. (ed.), *Women Culture and Society*. Standford: Stanford University Press. Pp. 17-43.
- Rubin, G. (1989). "Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad". En Vance, C. (ed.), *Placer y Peligro: Explorando la sexualidad femenina*. Madrid: Revolución. Pp. 113-190.
- Rutter-Jensen, C. (2012). *Temblores. Notas sobre sexo, cultura y sociedad*. Bogotá: Ediciones B.
- Sandesh S. (2005). "Male/Male Rape and the "Taint" of Homosexuality". *Human Rights Quarterly*, Vol. 27 (4). Pp. 1274-1306.
- Sedgwick, E. (1998). *La epistemología del armario*. Barcelona: Ediciones de la Tempestad.
- Seidman, S. (1993). "Identity and Politics in a "Postmodern" Gay Culture". En Warner, M. (ed.), *Fear of a Queer Planet. Queer Politics and Social Theory*. Minnesota: University of Minnesota. Pp. 105-142.
- Sengupta, J. (2003). "How the UN can Advance Gay Rights". *Gay & Lesbian Review Worldwide*, Vol. 10 (6).
- Sjoberg, L. (2015). "Conclusion: LGBTQ Politics/Global Politics/International Relations". En Lavinias Picq, M. & Thiel, M. (eds), *Sexualities in World Politics*. Nueva York: Routledge.
- Stahn, C. (2019). *A Critical Introduction to International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Suárez B. (2019). "Feminismos lesbianos queer: ¿utopía o distopía feminista?". *Investigaciones Feministas*. Pp. 9-26.
- Suhr V. (2018). *Rainbow Jurisdiction of the International Criminal Court? Gender-based Persecution of Gays, Bisexuals and Lesbians as a Crime Against Humanity*. Völkerrechtsblog International Law and International Legal Thought. Recuperado de: <https://voelkerrechtsblog.org/de/rainbow-jurisdiction-of-the-international-criminal-court/>
- Thiel, M. (2015). "Transversal and Pluralistic Politics in the European Union's Anti-Discrimination Policy: LGBTQ Politics Under Neoliberalism". En

- Lavinias Picq, M. & Thiel, M. (ed.), *Sexualities in World Politics*. Nueva York: Routledge.
- Thomas, K.L. (2012). "We're Here, We're Queer, Get Used to It: Freedom of Assembly and Gay Pride in Alekseyev v. Russia". *Oregon Review of International Law*, Vol. 14. Pp. 473-507.
- Thoreson, R. (2011). "The Queer Paradox of LGBTI Human Rights". *Interalia: a journal of queer studies*, Vol. 6. Pp. 1-27.
- Triffterer, O. & Ambos, K. (2016). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*. Munich: C.H Beck - Hart - Nomos.
- Vidarte, F.J. (2005). *Teoría Queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas*. Madrid: Egales Editorial.
- Viveros, M. (2002). *De quebradores y cumplidores: Sobre hombres, masculinidades y relaciones de género en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Weber, C. (2016a.) "Queer Intellectual Curiosity as International Relations Method: Developing Queer International Relations Theoretical and Methodological Frameworks". *International Studies Quarterly*, Vol. 60 (1). Pp. 11-23.
- Weber, C. (2016b.) *Queer International Relations: Sovereignty, Sexuality and the Will to Knowledge*. Oxford: Oxford University Press.
- Wilson, A.R. (2013.). *Why Europe is Lesbian and Gay Friendly (and Why America Never Will Be)*. Albany: SUNY Press.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte IDH. (24/ noviembre/2017). Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la CADH). *Opinión Consultiva OC-24/17*. Citada como: Corte IDH, Opinión consultiva 24/17, 2017.
- Corte IDH. (31/ agosto/2016). Caso Flor Freire c. Ecuador, *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Citado como: Corte IDH, caso Freire, 2016.
- Corte IDH. (26/febrero/2016) Caso Duque c. Colombia, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Citado como: Corte IDH, caso Duque, 2016.

Corte IDH. (21/noviembre/2012) Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, *Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Citado como: Corte IDH, caso Atala, 2012.

Corte Penal Internacional

CPI. [Sala de Apelaciones]. Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, *Sentencia sobre la apelación del Sr. Germain Katanga contra la decisión oral de la Sala de Primera Instancia II*, Doc. Núm. ICC-01/04-01/07 OA 10 A 28 de julio de 2010. Citado como: CPI, Katanga; Ngudjolo, 28/07/2010.

Resoluciones, informes y otros documentos

Corte Penal Internacional. Fiscalía. (2014). *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*. Junio de 2014.

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad (2013). *Resolución*. Doc. Núm. S/PV.6984.

Parte IV
CONCLUSIONES

Capítulo 25

CONCLUSIONES*

Héctor Olasolo
Mario Iván Urueña-Sánchez
Andrés Sánchez Sarmiento

1. INTRODUCCIÓN

Como señalamos en el capítulo 1, el presente volumen ha analizado la función de la CPI desde distintas aproximaciones teóricas pertenecientes a cuatro disciplinas: filosofía, teología, RI y DI. Para ello, se ha dividido en dos partes principales. Mientras en la Parte II del volumen se ha abordado la función de la CPI desde perspectivas de análisis que adoptan la modernidad y sus subjetividades, distinguiéndose entre las que se construyen con base en el positivismo jurídico (capítulos 2 y 3) y aquellas otras que se desarrollan sobre otros referentes teóricos (capítulos 4 a 8), en la Parte III se ha estudiado la función de la CPI desde las aproximaciones que denuncian la modernidad y sus subjetividades (capítulos 9 a 24).

La Parte III se ha subdividido a su vez en dos grandes bloques. En el primero, se ha analizado la función de la CPI desde dos ejes de análisis interdisciplinarios que son transversales a las cuatro disciplinas de referencia en el presente volumen: (i) los estudios críticos (capítulos 9 a 13); y (ii) las aproximaciones histórico-contextuales subalternas (capítulos 14 a 17). En el segundo, se ha estudiado la función de la CPI desde otras perspectivas teóricas que son importantes para com-

* El presente capítulo hace parte de los proyectos de investigación: (a) “La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional” (2019-2020), cofinanciado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos); y (b) “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el IIH (Países Bajos).

prender ciertos aspectos de su contenido. Para ello, se han agrupado en dos secciones según la disciplina de la que provienen: aproximaciones desde la filosofía y la teología (capítulos 18 a 20), y aproximaciones desde las RI y el DI (capítulos 21 a 24).

Para facilitar la claridad en la exposición, el presente capítulo de conclusiones sigue esta misma estructura con el fin de: (i) exponer las principales conclusiones alcanzadas en cada capítulo desde la correspondiente aproximación teórica; para a continuación (ii) buscar continuidades y discontinuidades entre los resultados a los que llegan las perspectivas de análisis que componen cada sección; y finalmente (iii) reflejar como la comparación entre las diferentes secciones muestra una vocación por redefinir la forma de comprender la función de la CPI.

2. LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DESDE APROXIMACIONES TEÓRICAS QUE ADOPTAN LA MODERNIDAD Y SUS SUBJETIVIDADES

2.1. *Aproximaciones positivistas*

Como analizamos en el capítulo 1, el estudio de la CPI desde las perspectivas de análisis tradicionales se caracteriza por desarrollarse con base en los cuatro presupuestos siguientes sobre el DI y el DIP, que se aceptan como plenamente probados y no pueden ser cuestionados: (i) su esencia es el voluntarismo de los Estados que son quienes definen la producción de las normas jurídicas internacionales (condenando así a la irrelevancia a los actores subestatales o sociales) (Estado-centrismo); (ii) su objeto de estudio se limita a las interacciones sustantivo-normativas, procesales e institucionales entre los actores de la sociedad internacional (excluyendo las reflexiones sobre el deber ser de su conducta moral); (iii) su método de estudio es el descriptivo-analítico con base en los conceptos y las categorías tradicionales del análisis jurídico-internacional; y (iv) las contradicciones entre la regulación jurídica y el comportamiento de los actores de la sociedad internacional solo pueden ser abordadas dentro de unos límites claramente definidos y utilizando los mencionados conceptos y categorías.

Con base en lo anterior, Quesada & Rocha inician esta sección presentándonos en el capítulo 2 un primer análisis de la función de la CPI desde el positivismo jurídico, en el que concluyen que para el DIP y el ECPI la función principal de la CPI es la lucha contra la impunidad, cuyo cumplimiento viene de la mano con la consecución de toda una serie de fines que incluyen la retribución, la prevención, el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y la salvaguarda y reparación de los derechos de las víctimas de los crímenes previstos en el ECPI (genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra y agresión), que son los más graves para la comunidad internacional.

Junto con el aspecto retributivo del castigo penal, Quesada & Rocha hacen énfasis en la finalidad preventiva de la CPI, que se dirige, por un lado, a generar una conciencia jurídica universal al reafirmar las normas y valores sociales protegidos por la definición de los crímenes previstos en el ECPI (prevención general positiva), y por otro lado a disuadir a los dirigentes de entidades estatales y no estatales (potenciales máximos responsables) que puedan sentirse tentados de incurrir eventualmente en los mismos (prevención general negativa). Además, si atendemos a los bienes jurídicos protegidos por estos crímenes, comprobamos que tienen en común el hecho de tener doble dimensión individual y colectiva, donde esta última se encuentra caracterizada por la salvaguarda de la paz y seguridad internacionales.

Acogiendo el denominado “positivismo ético” o “blando” (que requiere junto a normas “buenas” tribunales comprometidos con su aplicación), las autoras consideran que para el eficaz cumplimiento de su función, la CPI necesita el pleno compromiso de quienes integran sus órganos (Presidencia, Salas, Fiscalía, Secretaría y FFV) con los ideales de creación y consolidación de las normas de lucha contra la impunidad establecidas en el ECPI, porque de lo contrario no es posible desarrollar esta lucha de manera efectiva. Además, las autoras subrayan que la CPI, a través del principio de complementariedad, ha de buscar incentivar a los Estados parte del ECPI para que cumplan con su responsabilidad primaria de investigar y enjuiciar los crímenes recogidos en el ECPI. Para ello, la CPI, principalmente a través de su Fiscalía, ha de fomentar el fortalecimiento de las capacidades de las instituciones judiciales nacionales, otorgándoles asistencia y soporte técnico de manera proactiva.

Gálvez & Bazaco complementan en el capítulo 3 la exposición de Quesada & Rocha, haciendo particular énfasis en cómo la impunidad se consolida a través de los obstáculos para el acceso a los archivos y la destrucción sistemática de amplios conjuntos documentales. Por ello, según exponen, para que la CPI pueda luchar de manera efectiva contra la impunidad, es indispensable consolidar y reforzar en el DIP, y en el sistema del ECPI, las recomendaciones y los principios sobre los archivos como garantes de los derechos de las víctimas, para desde allí promover su recepción y aplicación en las jurisdicciones nacionales. Esto permitiría también, según los autores, construir canales de comunicación y diálogo entre dos comunidades profesionales (juristas y archiveros) que han convivido de espaldas durante décadas a pesar de compartir un fin común, y que todavía no han sido capaces de compartir sus experiencias sobre la contribución de los archivos a la lucha contra la impunidad (radiografiar cómo ha evolucionado esta compleja relación puede ayudar a responder muchos de los interrogantes sobre los avances y retrocesos del DIP).

Para Gálvez & Bazaco, esta estrategia está ya dando sus frutos en el archivo del MICT, que se ha convertido en el primer gran archivo global contra la impunidad. Por ello, en su opinión, el siguiente paso es convertirlo en un “Registro de la Memoria del Mundo como Patrimonio Documental de la Humanidad”, porque una de las mejores garantías para hacer frente al negacionismo, al revisionismo histórico y a los discursos de odio en sociedades como la ex Yugoslavia, es la conservación permanente y el acceso a los documentos que testimonian la brutalidad y la falta de humanidad de numerosos regímenes estatales en el siglo XX y en lo que llevamos de siglo XXI.

Con base en lo anterior, Gálvez & Bazaco concluyen que un aspecto central de la función de la CPI, en cuanto que primer tribunal internacional penal de carácter permanente, es realizar una adecuada gestión documental (sin la que no es posible investigar y enjuiciar de manera eficaz a los máximos responsables), dejando el menor espacio posible a la interpretación de sus principales elementos. De ahí, la importancia del interés que la CPI ha mostrado sobre esta cuestión en los últimos años, lo que le ha llevado a regularla administrativamente y a crear una unidad específica para velar por su correcta aplicación.

Al observar el contenido y los elementos principales sobre los cuales se sustentan los dos capítulos que integran esta primera sección de la Parte II, se observan una serie de confluencias y diferencias entre los mismos. Por un lado, comparten una pretensión racionalista en su abordaje de los problemas de la CPI. Una pretensión que exalta la proliferación de instituciones y reglas para su funcionamiento más eficaz y eficiente. En ese contexto, el suministro de información hacia los actores involucrados no solamente favorece el cumplimiento de la función de la CPI, sino que garantiza la expresión de las intenciones de estos actores, promoviendo con ello el fortalecimiento de un esquema de cooperación y multilateralismo capaz de cubrir parcialmente los vacíos que presenta la arquitectura de la sociedad internacional.

Por otro lado, si bien ambos capítulos se construyen con base en el positivismo y toman a la CPI como unidad y nivel de análisis, adoptan distintos enfoques a la hora de dar cuenta de sus órganos internos, su desempeño y los principios orientadores de su acción en el cumplimiento de su función. Estas diferencias muestran la existencia de múltiples racionalidades en el análisis de la función de la CPI con base en el positivismo jurídico, y ofrecen un panorama más amplio de su integración en el actual orden liberal internacional.

2.2. Aproximaciones no positivistas

Como señalábamos en el capítulo 1, existe un interés por entender la función de la CPI a través de marcos teóricos que van más allá de los estudios basados en el positivismo jurídico. Esto se debe a dos razones principales. En primer lugar, la importancia de estudiar los fines del DIP y la función de la CPI desde perspectivas de análisis que superen los siguientes problemas presentados por la concepción del DI y el DIP como un simple conjunto de normas o reglas: (i) favorecer la instrumentalización del DI y el DIP por las elites político-jurídicas de los Estados, al considerar a estos últimos la unidad exclusiva de análisis y reducir así de manera significativa la heterogeneidad característica del DI y el DIP contemporáneos; (ii) promover el desconocimiento de la construcción normativa del DI y DIP, privándolos así de su carácter dinámico y de su capacidad para abordar de manera eficaz los crecientes desafíos de la sociedad internacional; y (iii) priorizar el análisis vertical del DI y el DIP, lo que fomenta un occidentalismo totalizante

y subestima la función de las normas culturales particulares y las interacciones domésticas en su producción, aplicación y evolución. En segundo lugar, la cada vez más evidente estrecha interrelación entre los fines del DIP y la función de la CPI, por un lado, y diversas áreas de investigación en otras disciplinas como la filosofía, la teología y las RI, por otro lado.

La decisión de alejarse del positivismo jurídico provoca la necesidad de buscar otros referentes teóricos que se pueden dividir en dos grupos principales. Por un lado, los que construyen sus marcos de análisis desde la modernidad y sus subjetividades, como ocurre con las perspectivas de la teoría de la elección racional y la gobernanza, la justicia y el constitucionalismo globales (capítulos 4 a 8). Por otro lado, aquellos que se basan en la denuncia de la modernidad y sus subjetividades (capítulos 9 a 24).

López Velásquez, Vargas & Garzón inician el análisis del primer grupo en el capítulo 4 dedicado al estudio de la función de la CPI desde la racionalidad económica de la TER, que se sustenta en la idea fundamental de que los agentes, a la luz de las restricciones con las que operan, buscan maximizar sus utilidades y reducir sus pérdidas. En consecuencia, para la TER, los Estados se comportan racionalmente cuando identifican cuáles son sus intereses y actúan de conformidad con los mismos, lo que a su vez significa que sólo cumplen con el DI cuando es en su interés (el DI no puede por tanto asumir que los Estados tienen una preferencia por cumplir con sus obligaciones internacionales, sino que por el contrario debe ofrecerles razones para que cumplan con las mismas). Además, las OI, como la CPI constituyen una manifestación del poder de los Estados, por lo que los intereses de los Estados miembros se reflejan en su diseño institucional y en las actividades de sus órganos para cumplir con los fines recogidos en sus instrumentos constitutivos. Esto permite explicar las condiciones bajo las cuales los Estados deciden actuar para satisfacer directamente sus intereses o adoptan medidas alternativas para establecer OI.

Sobre la base de lo anterior, los autores subrayan que, para la TER, las OI como la CPI buscan con frecuencia satisfacer BPG, que se caracterizan por su no rivalidad (su disfrute por un Estado no afecta a los niveles de disfrute de los demás) y no exclusión (no es posible evitar que un Estado pueda disfrutar el bien sin asumir costos). Así

mismo, los principales BPG recogidos en el ECPI (la salvaguarda de la paz y la seguridad internacionales a través de la lucha contra la impunidad y la rendición de cuentas de los máximos responsables de los crímenes previstos en el ECPI) pertenecen a la categoría de BPG de “esfuerzo agregado” porque: (i) se necesita para lograr su satisfacción sumar las contribuciones de los Estados parte en materia de detención y entrega de los sospechosos, cooperación para la obtención de los elementos de prueba, pago de las cuotas presupuestarias para su sostenimiento financiero y legitimación de la organización; (ii) no todas las contribuciones tienen la misma relevancia, siendo de particular importancia las contribuciones de los dos Estados parte que son también miembros permanentes del CSNU; y (iii) algunos de los Estados parte más débiles no realizan aportaciones (en particular, aquellos cuyos más altos representantes son objeto de investigación y enjuiciamiento por la CPI).

En este contexto, López Velásquez, Vargas & Garzón consideran que se generan incentivos para que algunos Estados parte, operando de forma racional, consideren la posibilidad de aprovechar sus ventajas sin tener que asumir ningún costo, convirtiéndose así en Estados polizones, como ocurre, por ejemplo, con respecto a las contribuciones estatales al FFV. Como resultado, dependiendo de las circunstancias, los Estados parte pueden decidir contribuir a la consecución de los BPG previstos en el ECPI y fomentar con ello la eficacia preventivo-disuasiva de la CPI, o pueden optar por convertirse en Estados polizones.

Así mismo, con respecto a la eficacia preventivo-disuasiva de la CPI, los autores nos recuerdan que existen dos clases de potenciales máximos responsables de los crímenes previstos en el ECPI: los dirigentes que ordenan su comisión y aquellos que omiten su deber de prevenir y sancionar a sus subordinados por haber incurrido en los mismos. Como quienes pertenecen al primer grupo obtienen un mayor beneficio por su comisión, son los integrantes del segundo grupo los que están en disposición de realizar un análisis costo-beneficio más equilibrado, y quienes, por tanto, representan un supuesto más probable de disuasión efectiva por la CPI. Es por ello que el hecho de que las primeras condenas de la CPI se hayan limitado a individuos que pertenecen a grupos armados organizados no estatales (a pesar de las múltiples alegaciones de crímenes internacionales cometidos por

funcionarios gubernamentales), ha generado un desincentivo entre los altos representantes estatales de la región del África Subsahariana, que han comprendido que pueden optar “racionalmente” por incurrir en este tipo de conductas, ya que su coste (entendido como el riesgo de ser investigados y sancionados por la CPI) puede ser descartado.

En este contexto, López Velásquez, Vargas & Garzón subrayan que la CPI debería diseñar estrategias para tratar de minimizar este tipo de situaciones, dado que los Estados parte y las personas penalmente responsables son sujetos racionales que actúan conforme a un análisis costo-beneficio.

Cuenca & Lages abordan en el capítulo 5 el estudio de la función de la CPI desde la perspectiva de la gobernanza global, entendida como proceso de toma de decisiones complejo, que se lleva a cabo mediante la continua interacción entre los diferentes niveles de gobernanza existentes en la sociedad internacional (local, regional, nacional e internacional). Supone, por tanto, un debilitamiento del poder de los Estados (constituyendo un límite a la soberanía estatal) y se manifiesta en la participación pública y privada de nuevos actores en la toma conjunta de decisiones sobre la gestión de asuntos de interés común. Entre estos nuevos actores destacan las OI, que han contribuido al proceso de gobernanza global mediante la creación de sistemas normativos funcionalmente interconectados con el derecho nacional, y han promovido transformaciones importantes hacia modelos menos formalizados y centralizados en la adopción e implementación de decisiones internacionales.

En este contexto, los autores subrayan la aspiración de la CPI a tener un papel importante en la gobernanza global con el fin de acabar con la impunidad de los máximos responsables de los crímenes previstos en el ECPI, contribuyendo así a su prevención y a la salvaguarda de bienes jurídicos esenciales para la comunidad internacional como la paz y seguridad. De este modo, la función de la CPI no se limita a la investigación y enjuiciamiento, sino que incluye también el impulso de procesos a nivel nacional a través de su régimen de complementariedad y de los mecanismos de cooperación con los Estados parte y otras OI (en particular, la ONU). Como resultado, la CPI tiene el potencial de desencadenar importantes cambios políticos y jurídicos a nivel nacional y proporcionar incentivos y apoyo a los Estados

parte para que cumplan con sus obligaciones de persecución penal de los crímenes recogidos en el ECPI, lo que permite medir su éxito o fracaso más allá de los casos tramitados ante la CPI, con base en los efectos que la aplicación del régimen de complementariedad haya podido tener en los procesos de gobernanza nacional, en el fortalecimiento institucional de los sistemas judiciales nacionales y en la promoción del estado de derecho a nivel nacional e internacional.

Sin embargo, en la práctica, el impacto de la CPI se ha visto limitado por las múltiples dificultades y obstáculos que ha enfrentado desde su creación, y que según Cuenca & Lages no parece que vayan a desaparecer en el corto plazo (de hecho, de su capacidad para enfrentarlos depende su credibilidad y su consolidación como un actor relevante en la gobernanza global). Entre estos, los autores destacan tres factores. En primer lugar, el limitado número de Estados que han ratificado el ECPI, lo que puede generar la percepción de que la CPI no es un verdadero actor global o no tiene la capacidad para tener un impacto global (la actuación del CSNU, según lo previsto en el ECPI, no ha paliado esta situación). En segundo lugar, la falta de cooperación de los Estados parte, que ha limitado notablemente la capacidad de la CPI para desarrollar sus investigaciones y enjuiciamientos (la situación en Kenia es un buen ejemplo de cómo desde las más altas esferas del Estado se ha tratado de instrumentalizar a la CPI para favorecer intereses políticos, lo que ha puesto en entredicho la capacidad de la CPI para investigar y enjuiciar a los más altos representantes del Estado mientras siguen ocupando su cargo o se mantienen en el poder. En tercer lugar, las críticas recibidas por la Fiscalía de la CPI en relación con su estrategia de selección y priorización de casos, que ha provocado que la práctica totalidad de los casos que la CPI ha concluido hasta el momento se hayan dirigido contra dirigentes de grupos armados no estatales operativos en el continente africano.

A pesar de lo anterior, los autores subrayan que no se puede desconocer que la intervención de la CPI ha generado también efectos positivos en algunas situaciones y casos, como sucedió inicialmente con la apertura de la investigación en la RDC en 2004 (que incentivó a las autoridades nacionales para adoptar medidas que fortalecieran la capacidad de su sistema judicial nacional). Así mismo, la situación en Colombia ha mostrado también el potencial de los exámenes preliminares para incentivar la actuación de las autoridades nacionales

y fortalecer el estado de derecho y las instituciones judiciales internas (desde 2004, la Fiscalía de la CPI ha venido interactuando con las autoridades nacionales colombianas en aplicación del principio de complementariedad positiva).

Además, para Cuenca & Lages, a esto hay que unir la destacable contribución de la sociedad civil a las actividades de la CPI, representando cada una de las condenas una victoria del estado de derecho global frente a la impunidad, y generando entre dirigentes estatales y no estatales la percepción de asumir un cierto riesgo de acabar ante la CPI si se cometen los crímenes previstos en el ECPI.

Izquierdo & Ugalde analizan en el capítulo 6 la función de la CPI desde la perspectiva de la justicia global, la cual, partiendo de una visión cosmopolita de la sociedad internacional y del DI, y considerando que la primera se encuentra integrada por una pluralidad de actores (más allá de los Estados) que conforman una auténtica “comunidad global de seres humanos”, analiza la estructura del orden global institucional y su capacidad para satisfacer las necesidades e intereses humanos. De esta manera, adopta un concepto de justicia que sitúa a la persona humana y a su bienestar en el centro de atención de sus consideraciones (trasladando así el énfasis desde los Estados hacia los individuos como sujetos activos, y no solo pasivos, del acontecer *global*). Como resultado, los seres humanos son responsables por las consecuencias que sus conductas tengan sobre otros individuos alrededor del mundo (responsabilidad internacional individual), y al mismo tiempo son titulares de derechos humanos fundamentales de validez universal que son exigibles ante las instituciones del modelo de justicia global.

Como Izquierdo & Ugalde subrayan, la diferencia entre la JI y la justicia global reside en que la primera se concentra en las relaciones entre los Estados, mientras que la segunda lo hace en las relaciones entre los individuos de diferentes Estados. Por ello, las cuestiones relativas a la justicia nacional y a la justicia global deben tratarse de manera conjunta (en lugar de abordarse por separado como hacen las aproximaciones clásicas a la JI). Esto se justifica también por otras dos razones. En primer lugar, en un mundo globalizado las decisiones adoptadas por cada Estado tienen importantes consecuencias en los demás. En segundo lugar, una perspectiva global afecta necesariamente

te la manera en que se imparte la justicia nacional porque cuestiona las creencias morales y las políticas idiosincráticas existentes dentro de cada Estado.

Con base en lo anterior, Izquierdo & Ugalde por un lado, y López, Olano Azpiroz & Sánchez Sarmiento por otro, analizan en los capítulos 6 y 7 la función de la CPI desde dos de las principales manifestaciones de la teoría de la justicia global. Los primeros nos explican cómo, con el nacimiento del DIP, la JI ha visto una expansión de su objeto y ámbito de aplicación, porque, si bien se construye todavía principalmente en torno al Estado como protagonista de las RI, se ha desarrollado un sistema de atribución de responsabilidad internacional “individual” por la comisión de crímenes atroces que afectan a la humanidad. Esto constituye un avance fundamental tanto con respecto a la relevancia de los seres humanos al realizar valoraciones morales sobre la justicia, como a las posibilidades de las víctimas, incluso cuando sus propios Estados han facilitado, consentido o impulsado la comisión de los crímenes contra de su población.

Desde este marco de análisis, Izquierdo & Ugalde consideran que la CPI, en cuanto que primer tribunal internacional penal de carácter permanente y de alcance potencialmente universal, supone la consolidación de un sistema de JIP centrado en el individuo como sujeto de derechos y obligaciones y un paso firme hacia un sistema de justicia global. Además, la jurisdicción complementaria de la CPI representa la posibilidad tanto de reducir la impunidad por crímenes atroces, como de reparar a las víctimas cuando los Estados con jurisdicción sobre los mismos no pueden o no quieren investigar y enjuiciar genuinamente a los “máximos responsables” de su comisión.

Sin embargo, como los autores subrayan, la CPI actúa en un sistema internacional cuyo principal protagonista sigue siendo el Estado. Por ello, la función que la CPI está llamada a desempeñar se ve afectada porque los Estados no solo mantienen el control sobre si sus ciudadanos tienen acceso a la jurisdicción complementaria de la CPI, sino que, incluso cuando deciden aceptar la jurisdicción de la CPI mediante la ratificación del ECPI, mantienen un control evidente sobre cuestiones de gran importancia para que la CPI pueda cumplir su función de manera efectiva, independiente e imparcial. Desde la aprobación del presupuesto de la CPI hasta la cooperación en la eje-

cución de las órdenes de arresto y entrega, los Estados se mantienen como jugadores clave en el desarrollo de las actuaciones de la CPI. En consecuencia, ante las dinámicas geopolíticas que giran a su alrededor, Izquierdo & Ugalde concluyen que la CPI no es todavía una institución de alcance global, que permita dar una respuesta de esta naturaleza a un problema global como la impunidad de los máximos responsables de la comisión de crímenes que atentan contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Además, en su opinión, el actual clima político que enfrenta la CPI elimina cualquier posibilidad de avance en este sentido en el corto plazo.

López, Olano Azpiroz & Sánchez Sarmiento abordan en el capítulo 7 la función de la CPI desde una segunda manifestación de la teoría de la justicia global que pone su acento en la universalidad de los derechos económicos, afirmando la necesidad de reconocer ciertos deberes de promoción y protección de los mismos en el orden jurídico internacional para garantizar la libertad real de las personas, e identificando los problemas que se pueden derivar de dar prioridad absoluta a los derechos civiles y políticos.

Si bien esta perspectiva ha sido asumida hace décadas por el DIDH, y a pesar de la estrecha relación entre el DIDH y el DIP, hasta la aprobación del ECPI, la relevancia para el DIP de las graves violaciones a los derechos humanos se ha enfocado principalmente en los derechos civiles y políticos, habiendo quedado tradicionalmente fuera del ámbito de los crímenes internacionales las graves violaciones a los derechos económicos. Según López López, Olano Azpiroz & Sánchez Sarmiento, al omitir los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales que han precedido a la CPI la dimensión económica de los crímenes internacionales, se ha generado un déficit de atención frente a: (i) los diferentes actores económicos y sus intereses en los conflictos armados y en otras situaciones de violencia sistemática o generalizada; y (ii) la incidencia de las condiciones socioeconómicas y de las violaciones a los derechos económicos en los conflictos armados. Esto ha impedido abordar de manera efectiva desde el DIP las realidades económicas que propician e intensifican el conflicto y la violencia. En consecuencia, para abordar esta situación, los autores afirman la necesidad de superar en la aplicación del DIP, y en el desarrollo de la función de la CPI, los enfoques que dan prioridad absoluta a los derechos civiles y políticos.

Según López López, Olano Azpiroz y Sánchez Sarmiento, esta visión se encuentra implícita en el ECPI y en el resto de la normativa aplicable por la CPI por dos razones principales. En primer lugar, ciertas violaciones graves de derechos económicos pueden ser constitutivas de genocidio y crímenes de lesa humanidad y de guerra. En segundo lugar, los derechos económicos forman parte de los estándares de derechos humanos internacionalmente reconocidos, que, según el art. 21(3) del ECPI, constituyen un criterio central de interpretación del ECPI y de sus instrumentos complementarios. En consecuencia, un aspecto central de la función de la CPI es promover: (i) el abordaje con la debida profundidad de las realidades económicas que propician e intensifican los conflictos armados y los crímenes que más gravemente afectan a la comunidad internacional; (ii) la visibilización de que las infracciones graves de las normas del DIDH que recogen los derechos económicos constituyen crímenes de la jurisdicción material de la CPI; y (iii) la investigación, enjuiciamiento y sanción de sus máximos responsables. Además, si bien los autores reconocen que ni el contenido del art. 21(3) del ECPI, ni el papel de los derechos humanos (incluidos los económicos) en el cumplimiento de la función de la CPI, han sido todavía explicitados por su jurisprudencia, no es menos cierto en su opinión que esta situación debe cambiar en los próximos años si la CPI aspira a cumplir íntegramente su función.

Abello-Galvis, Arévalo-Ramírez & García-Matamoros finalizan esta sección con su análisis en el capítulo 8 de la función de la CPI desde la perspectiva del constitucionalismo en el DI, la cual aboga por la introducción de principios constitucionales en la organización y funcionamiento de la sociedad internacional. Según los autores, dos son las principales manifestaciones de este tipo de constitucionalismo: el constitucionalismo internacional y el constitucionalismo global. El primero, heredero del modelo westfaliano de sociedad internacional, busca dotar a los Estados de poderes “constituyentes” para que ellos construyan una estructura supraestatal como expresión de un poder “constituido” que aborde cuestiones como la justicia y la cooperación interestatal y la solución pacífica de controversias (necesidades de la sociedad internacional que se corresponde con intereses estatales). El segundo, estrechamente relacionado con la teoría de la justicia global, promueve que el modelo estado-céntrico debe ser paulatinamente

superado para ubicar al ser humano en el centro de la producción normativa y aplicación del sistema jurídico global.

Los autores subrayan que se pueden observar en el actual ordenamiento jurídico internacional ciertos elementos que reflejan una creciente tendencia hacia el constitucionalismo global. En primer lugar, la relativización del principio del consentimiento estatal para la adquisición y cumplimiento de obligaciones internacionales. En segundo lugar, la universalización de nuevos principios jurídicos, como los derechos humanos y la responsabilidad internacional individual. En tercer lugar, el fortalecimiento de la ejecutoriedad de ciertos tratados multilaterales. Finalmente, la multiplicación de organizaciones y tribunales internacionales como mecanismos de solución de controversias internacionales y el efectivo sometimiento de los Estados a sus procedimientos. Todo esto, afirman los autores, son prueba de un progresivo desplazamiento del principio de soberanía estatal por estos nuevos pilares del ordenamiento jurídico internacional que limitan su contenido y relevancia.

En este contexto, Abello-Galvis, Arévalo-Ramírez & García-Matamoros consideran que la CPI es expresión de un modelo mixto, porque, si bien ha sido creada por los buenos oficios del constitucionalismo internacional a través de la acción de los Estados parte, la concepción de la justicia que encarna y su aspiración de universalidad le llevan a cumplir su función a través del modelo de constitucionalismo global, dando cada vez mayor relevancia al ser humano en sus actuaciones y objetivos. En particular, los autores identifican en el ECPI, en las legislaciones nacionales adoptadas para su implementación, y en la actividad de la CPI en relación con las situaciones de Sudán y Kenia y el caso Lubanga tres aspectos del constitucionalismo global que les permiten concluir que este constituye un principio orientador de la función y actuación de la CPI, y de su interacción con los Estados parte, las personas investigadas y las víctimas (lo que no significa que las actuaciones de la CPI para asistir a las víctimas, o situar a los seres humanos en el centro de su acción, no puedan verse en ocasiones limitadas debido al modelo mixto en el que opera).

En primer lugar, la CPI es tanto para los Estados como para los individuos una institución con la que interactúan de forma vertical en el marco de sus competencias, debido a los poderes de carácter

constitucional (control de los actos de los Estados y judicialización de los imputados) que la CPI ejerce frente a los mismos, lo que se refleja especialmente en la aplicación del principio de inmunidad de los jefes de Estado por la jurisprudencia de la CPI.

En segundo lugar, la naturaleza de la CPI como OI y como tribunal permanente de un régimen especializado (elemento central de un constitucionalismo global que aboga por la institucionalización de los regímenes jurídico-internacionales específicos como es el caso del DIP) encarna valores centrales del constitucionalismo global como: (i) la representatividad; (ii) el sistema de pesos y contrapesos entre sus órganos; (iii) el sistema de control de unos órganos sobre otros; y (iv) una estructura funcional que permite aplicar criterios típicos de los regímenes constitucionales como la imparcialidad y la actuación reglada de sus órganos. Estas características internas de la CPI hacen que actúe “constitucionalmente”, legitimándola frente al resto de instituciones de la sociedad internacional y ante los destinatarios de sus actuaciones (Estados e individuos).

Finalmente, para el constitucionalismo global, las obligaciones internacionales que reflejan los principios esenciales de la sociedad internacional deben superar los límites establecidos por la soberanía y el consentimiento estatales para convertirse en normas primarias de jerarquía superior que son vinculantes para todos los Estados. En este sentido, los autores observan que el ECPI y la jurisprudencia de la CPI han dotado al DIP de características propias del constitucionalismo global porque ha contribuido a construir un marco normativo que se ha convertido en parámetro de constitucionalidad del derecho doméstico (ya sea como normas *erga omnes*, de *ius cogens* o supraconstitucionales según sea el caso), incluso más allá de la voluntad legislativa de los Estados.

Al analizar los cinco capítulos que conforman esta segunda sección de la Parte II se observa que comparten una visión en red de la función y la actuación de la CPI en una sociedad internacional globalizada. Una red que convoca tanto a actores como a reglas y principios del DI y del DIP en su configuración.

Con respecto a los actores, se puede observar que mientras el constitucionalismo global hace hincapié en la relación de la CPI con los Estados y los individuos (relegando con ello la participación de otros

actores), las perspectivas de la gobernanza y la justicia globales apuestan por abrir la gama de opciones hacia actores menos convencionales e incluso menos evidentes con los cuales la CPI puede entablar una interrelación.

Así mismo, junto a los actores, los cuatro capítulos abordan toda una serie de reglas y principios del orden jurídico internacional (incluyendo la estrecha relación entre el DIP, por un lado, y el DIDH y el resto de los principios constitucionales que informan el DI, por otro) que deben ser tenidos en consideración por el agenciamiento de la CPI para desarrollar de manera más eficaz su función.

Finalmente, también se puede apreciar como los cuatro capítulos, si bien conservan ciertos matices respecto de los actores, normas y principios implicados, coinciden en ofrecernos una perspectiva de la CPI de abajo hacia arriba tanto en el análisis de la pléyade de actores intervinientes en la actual sociedad internacional como en la construcción de los diferentes regímenes jurídicos internacionales contemporáneos, y en especial el DIP. De esta manera, todos ellos, si bien se alejan de las aspiraciones del positivismo jurídico, no rompen definitivamente con sus presupuestos epistemológicos.

Al analizar los cinco capítulos que conforman esta segunda sección de la Parte II se observa que comparten una visión en red de la función y la actuación de la CPI en una sociedad internacional globalizada. Una red que convoca tanto a actores como a reglas y principios del DI y del DIP en su configuración.

Con respecto a los actores, se puede observar que mientras la TER hace énfasis en cómo los Estados parte de la CPI actúan movidos por una evaluación racional sobre la mejor manera de alcanzar sus propios intereses, el constitucionalismo global hace hincapié en la relación de la CPI tanto con los Estados, como con los seres humanos (relegando ambas aproximaciones la participación de otros actores). Por su parte, las perspectivas de la gobernanza y la justicia globales apuestan por abrir la gama de opciones hacia actores menos convencionales e incluso menos evidentes con los cuales la CPI puede entablar una interrelación.

Así mismo, junto a los actores, los cinco capítulos abordan toda una serie de reglas y principios del orden jurídico internacional (incluyendo la estrecha relación entre el DIP, por un lado, y el DIDH

y el resto de los principios constitucionales que informan el DI, por otro), y de criterios para su interpretación (incluyendo la racionalidad económica y la relevancia de los derechos económicos, sociales y culturales), que deben ser tenidos en consideración por el agenciamiento de la CPI para desarrollar de manera más eficaz su función.

Finalmente, también se puede apreciar como los cinco capítulos, si bien conservan ciertos matices respecto de los actores, normas y principios implicados, coinciden en ofrecernos una perspectiva de la CPI de abajo hacia arriba tanto en el análisis de la pléyade de actores intervinientes en la actual sociedad internacional como en la construcción de los diferentes regímenes jurídicos internacionales contemporáneos, y en especial el DIP. De esta manera, todos ellos, si bien se alejan de las aspiraciones del positivismo jurídico, no rompen definitivamente con sus presupuestos epistemológicos.

3. LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DESDE APROXIMACIONES TEÓRICAS NO POSITIVISTAS QUE DENUNCIAN LA MODERNIDAD Y SUS SUBJETIVIDADES

Como hemos visto, la decisión de alejarse del positivismo jurídico provoca la necesidad de buscar otros marcos teóricos de análisis, que se pueden dividir entre los que adoptan la modernidad y sus subjetividades (abordados en la sección anterior), y los que las denuncian para, con base en sus propias percepciones de la sociedad internacional y del DI, construir mundos alternativos que promuevan el cambio. La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, las perspectivas posestructuralistas, posmodernas y poscoloniales, así como el marxismo y el neogramscismo, constituyen los ejes orientadores de este segundo grupo de aproximaciones teóricas, desde las que se ha abordado la función de la CPI en los capítulos 9 a 24. Para la exposición de sus principales conclusiones, nos centramos primero en los resultados de los dos ejes interdisciplinarios de análisis que son transversales a las cuatro disciplinas objeto del presente volumen (estudios críticos: capítulos 9 a 13; y aproximaciones histórico-contextuales subalternas: capítulos 14 a 17), para a continuación pasar a exponer las conclusiones alcanzadas

desde otras perspectivas teóricas filosófico-teológicas (capítulos 18 a 20) y de RI y DI (capítulos 21 a 24).

3.1. Ejes interdisciplinarios de análisis

3.1.1. La función de la Corte Penal Internacional desde los estudios críticos

El primer eje interdisciplinar desde el que se ha analizado la función de la CPI es el de los estudios críticos, que se dirigen a promover el análisis de nuevas corrientes de pensamiento y a expandir el horizonte del conocimiento a través de la exploración de nuevos paradigmas. La inescindible relación entre derecho y política y la prevalencia de los seres humanos por encima de la entidad abstracta del Estado como unidades de análisis facilitan la comprensión de los fines del DIP y de la función de la CPI más allá de las matrices de pensamiento que han dominado la teoría y la práctica jurídicas hasta el momento. Las perspectivas del horizonte utópico, el principio misericordia-liberación, el marxismo, la Escuela de Helsinki y el idealismo social son un buen ejemplo de este fenómeno.

Olasolo, Ana & Baquero estudian en el capítulo 9 la función de la CPI desde un horizonte filosófico-utópico, conforme al cual el largo y tortuoso camino que ha llevado al desarrollo del DIP y a la creación de la CPI, es considerado como un proceso impulsado por ese optimismo militante que empuja el accionar comprometido del individuo esperanzado hacia una transformación social que reafirma y promueve la realización de la dignidad humana. En consecuencia, como los fines del DIP en general, y la función de la CPI en particular, están estrechamente relacionados con la utopía social del camino hacia la liberación y reafirmación de la dignidad humana, es posible comprender la función de la CPI en clave social, superando con ello el reduccionismo característico de quienes tratan de encontrar su contenido en el ECPI y en sus instrumentos complementarios.

Por ello, los autores afirman que la CPI excede su propia estructura espacial e histórica y se posiciona como una institución que, desde un ejercicio independiente de la justicia, debe velar por la protección de la humanidad mediante la afirmación absoluta y la promoción de la realización de la dignidad de cada uno de los seres humanos que

integran la comunidad internacional, en aras de favorecer su transformación hacia aquel mundo mejor con el que sueña. Con base en lo anterior, y ante la constatación de la ineficacia de la CPI para desarrollar aspectos centrales de su función que son instrumentales para la liberación y reafirmación de la dignidad humana (lo que ha llevado al paulatino declinar de su apoyo político en la comunidad internacional), el principio esperanza nos recuerda que, a pesar de todo, y sin perjuicio de todas las dificultades experimentadas, no se puede desconocer que hoy en día las actuaciones de la CPI incluyen una decena de exámenes preliminares en curso, un número algo superior de situaciones bajo investigación, y en torno a una treintena de casos abiertos contra dirigentes de uno o varios de los actores involucrados en nueve de las situaciones bajo investigación.

Además, a pesar de la “descorazonadora” realidad que viven actualmente la CPI y el resto de los mecanismos de aplicación del DIP, Olasolo, Ana & Baquero subrayan que el horizonte utópico los sitúa ante un espejo en el que se refleja su constitución como un espacio cuya potencialidad como “pro-yecto” coherente entre su origen y sus fines marca el camino que debe tener el presente. Como resultado, la esperanza se hace consciente y se reconoce como acción para la concretización de ese utopismo proyectado que se encuentra en las raíces más profundas del proceso de creación del DIP y de la CPI. De esta manera, a pesar de la ineficacia mostrada por la CPI hasta el momento y la pérdida de gran parte del capital político con el que contaba hace dos décadas, mantiene una razón de ser que ha de impulsarla a desarrollar su actividad con un optimismo militante desde sus principios rectores de justicia.

López Saavedra & Pinto abordan en el capítulo 10 la función de la CPI desde la perspectiva teológica del principio Misericordia-Liberación, que promueve la superación de una concepción divina que contrapone el Dios privado de unos pocos que lo tienen todo y el Dios de muchos que no tienen nada, para acoger la experiencia del Dios universal, que en ningún caso legitima la violencia de una sociedad sobre otra o de los gobernantes sobre el pueblo, sino que sufre con el que sufre y se alegra con el que deja atrás condiciones poco dignas, al tiempo que alienta a compartir con los demás. En consecuencia, como señalan los autores, el cristianismo no es una invitación a vivir despreocupado por la situación del otro en el mundo, sino a “tener ojos

para el otro” (su dolor y sufrimiento me interpelan), manteniendo el enfoque en la pobreza para transformarla porque las cosas no deberían ser así y tienen que cambiar. Dios es, por tanto, el motor utópico de aquello que se anhela para el mundo, y por ese motivo se actúa desde ahora para hacerlo real en los acontecimientos de la historia.

Desde esta perspectiva, la comprensión de la justicia requiere, según los autores, una lectura estructural de la historia y de la sociedad, porque esta es la única manera de ampliar el horizonte de análisis crítico hacia las condiciones de violencia y marginación que sostienen los órdenes injustos. Con base en este tipo de análisis estructural, se afirma la existencia de una estrecha conexión entre la responsabilidad de (i) los Estados y organizaciones (lo público) en su doble condición de promotores de las estructuras que ejecutan los crímenes contra la humanidad y de garantes de su reparación; y (ii) los seres humanos, en su doble condición de víctimas y victimarios, según sea el caso. En consecuencia, es el Estado, o la organización de que se trate, quien promueve la estructura que se termina concretando en el individuo ejecutor, haciendo así posibles las condiciones de sistematicidad necesarias para la configuración de este tipo de delitos. Así mismo, las víctimas individuales también se configuran como tales en su condición de pertenencia a un grupo determinado.

Para López Saavedra & Pinto, la concepción de la CPI como un actor que simboliza los nuevos mundos que es posible construir desde las heridas de la propia historia tiene múltiples consecuencias. En primer lugar, reconoce el potencial de la CPI como interlocutor válido con los Estados, a fin de interpelarlos a que no incurran, o pongan fin, a las actuaciones que atentan contra la humanidad. En segundo lugar, recuerda a los Estados sus obligaciones para con sus nacionales y con la comunidad internacional, con el fin de reconstruir sus tejidos sociales y reparar a las víctimas. En tercer lugar, promueve que la CPI juegue un papel importante en acabar con el anonimato de los Estados y de las estructuras no estatales, lo que a su vez permite centrar la atención en los individuos concretos en cuanto víctimas y victimarios, con el fin de promover la justicia y la paz (es necesario por tanto superar el falso dilema entre justicia y paz porque la primera es *conditio sine que non* para la segunda, ya que una justicia entendida más allá del castigo penal como dimensión de lo humano ofrece la posibilidad de garantías procesales para las partes, el desmantelamiento de las

estructuras que favorecen la sistematicidad de los crímenes, la reparación integral y las garantías de la no repetición). En cuarto lugar, permite superar la comprensión de la CPI como un simple mecanismo de aplicación del ECPI, evitando con ello los riesgos inherentes a esta última concepción con respecto a que la CPI: (i) pueda ser considerada como un nuevo elemento de opresión hegemónica, debido a la creación de nuevos colonialismos que provocarían que los Estados parte denunciasen el ECPI por considerar que la actuación de la CPI es demasiado invasiva; y (ii) pueda limitar su actuación a un conjunto de recomendaciones discrecionales sin la fuerza vinculante necesaria para generar las transformaciones indispensables.

Back & Osório estudian en el capítulo 11 la función de la CPI desde la perspectiva del marxismo, subrayando que la mirada crítica que se ofrece desde el materialismo histórico permite alcanzar la plenitud del objeto, evitando así el riesgo de “encarcelar” el análisis de la función de la CPI en la jaula de acero del tecnicismo jurídico. De esta manera, al incluir en el estudio del derecho elementos de política y economía, se levanta el velo de la pureza, revelando un horizonte eclipsado por una tradición ius-positivista dominante.

Para los autores, la CPI es uno de los muchos ejemplos que pueden observarse en un DI ius-positivista que se caracteriza por el desconocimiento de las consecuencias sociales, políticas y económicas de la aplicación de sus normas. En consecuencia, para entender la verdadera función de la CPI y dejar de alimentar concepciones irracionales y falsas expectativas, es necesario analizar su sistema normativo en conexión con la realidad, porque solo la comprensión de esta última permitirá su transformación.

Con base en lo anterior, Back & Osório afirman que, si bien la entrada en vigor del ECPI ha creado una base jurídica para abogar por el castigo de los crímenes más graves para la comunidad internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra y agresión), su práctica parece repetir los estándares de “justicia de los vencedores” de los tribunales internacionales penales que precedieron a la CPI. Así, para los autores, los criterios de selectividad de la Fiscalía y la dificultad de acceso a la CPI para los Estados del Sur Global y sus nacionales, son, entre otras, características que corroboran la reproducción de un estándar inquisitivo de DIP, que acaba siendo únicamente aplicado

a los dirigentes de los países periféricos, mientras que los máximos responsables de los países centrales se encuentran protegidos frente a su responsabilidad internacional individual. Además, el sistema del ECPI se limita a analizar la responsabilidad penal sin entrar en ningún momento a discutir las causas políticas, sociales y económicas de las dinámicas de violencia masiva, cuya eliminación es el único camino para generar cambios estructurales en el sistema internacional.

Para acabar esta sección, Urueña-Sánchez, Dermer-Wodnický & Hernández-Cortés abordan en los capítulos 12 y 13 la función de la CPI desde las perspectivas de la Escuela de Helsinki y el idealismo social. Mientras la primera entiende que el DI está conformado tanto por las ideas como por las prácticas de los abogados que lo aplican, el idealismo social presenta una predilección por las ideas y por cómo estas pueden construir las relaciones sociales. Esto hace, según los autores, que, si bien ambas perspectivas subrayan la importancia de la relación entre derecho y política, la forma en que abordan esta relación varía notablemente. Así, mientras la Escuela de Helsinki adopta un pesimismo antropológico que sujeta el ámbito de lo jurídico a las relaciones preexistentes del poder político (sujeción a “la ley del imperio” en lugar de al “imperio de la ley”), el idealismo social aboga por un “camino a la redención” que requiere quitarle importancia a lo económico y restaurar la política en su función fundamental de producir valores, ideas y prácticas para la comunidad internacional.

Según Urueña-Sánchez, Dermer-Wodnický & Hernández-Cortés, tanto la Escuela de Helsinki como el idealismo social han dado buena prueba de problematizar a la CPI como sujeto. Así, mientras la Escuela de Helsinki es categórica en presentar a la CPI como un instrumento de la hegemonía de los Estados poderosos y de los individuos que los representan (convirtiéndose, por tanto, en una valiosa herramienta para posicionar sus valores), el idealismo social alcanza a entrever una luz de esperanza hacia el buen orden social por medio de las ideas que la CPI representa, y por tener esta última el potencial de convertirse en una alternativa a la “insociedad” (caracterizada por la avaricia, el egoísmo y la maldad de las élites que instrumentalizan al Estado). Esto repercute en discrepancias significativas sobre la posibilidad de que la CPI pueda contribuir a crear un mundo alternativo al presente. Así, mientras que para la Escuela de Helsinki no son las ideas e intereses generales los que pueden generar el cambio en el DI,

el DIP y el ECPI, sino los proyectos, intereses y ambiciones de los juristas que los crean y aplican, el idealismo social confía en que la conciencia de la sociedad (“revolución de la mente”), plasmada en la actuación de la CPI, pueda modelar la realidad circundante como forma de llegar al “buen gobierno” a pesar de los intereses de las élites.

Sin embargo, a pesar de estas discrepancias, Urueña-Sánchez, Dermer-Wodnicky & Hernández-Cortés subrayan que ambas perspectivas coinciden en que la auténtica unidad de análisis no son los Estados, sino ciertos individuos particulares (los abogados internacionalistas para la Escuela de Helsinki y las élites para el idealismo social), lo que permite un debate que va más allá de la responsabilidad internacional del Estado y de sus agentes y se centra en el concepto de responsabilidad internacional penal de los individuos. Sobre esta base, la prevalencia de las ideas y de su capacidad creadora frente al poder instrumentalizador de las élites (idealismo social), y la conjugación de estas con las prácticas de los abogados que cotidianamente intentan hacer valer la agenda de los Estados a los que representan (Escuela de Helsinki), ofrecen una variada gama de posibilidades analíticas a quienes están interesados en comprender las dinámicas del DIP y la función de la CPI.

Del estudio de los cinco capítulos que conforman el primer eje interdisciplinar de análisis (estudios críticos), se puede afirmar que todos ellos comparten una aproximación al mundo exterior en general, y al lugar ocupado por la CPI en particular, que rompe abiertamente con la tradición positivista y empirista de la ciencia para dar espacio a ópticas constitutivas que se caracterizan por ser esencialmente interpretativas, y por concebir a los hechos y los valores como elementos inescindibles al abordar el objeto de estudio (ontología y epistemología se convierten así en dos caras de una misma moneda). De esta manera, los estudios críticos nos ofrecen una amplia variedad de perspectivas de análisis que tienen en común su rechazo de la neutralidad y del aparente naturalismo del positivismo y del empirismo para hacer una apuesta por la transformación social.

En este contexto, el horizonte filosófico-utópico, el principio Misericordia-Liberación y el idealismo social subrayan que la CPI podría ser partícipe activa de esta transformación al plasmar las aspiraciones del cuerpo social y la búsqueda de justicia, anteponiendo el bienestar

de las comunidades humanas a los intereses de los Estados y de sus elites. En contraste, para el marxismo y la Escuela de Helsinki, la CPI no está en condiciones de jugar esta función porque se configura como un actor legitimador del estatus quo hegemónico y de la voluntad de los Estados del centro por someter a los países periféricos. En consecuencia, según estas dos últimas perspectivas de análisis, la función de la CPI no es otra que neutralizar los reclamos de los subalternos al “garantizar” justicia por los crímenes más abominables de la humanidad (cometidos por señores de la guerra y dirigentes de la periferia), al tiempo que permite avanzar sin contratiempos la agenda de los poderosos Estados occidentales, cuyos dirigentes no tienen que temer el tener eventualmente que responder ante la CPI.

En todo caso, sea con la CPI como aliado o como obstáculo, las distintas aproximaciones teóricas de los estudios críticos nunca pierden de vista la posibilidad de cambio social, ya sea desde una teleología de la historia (incluso utopista), ya sea desde la praxis humana y el valor aspiracional del derecho. De esta manera, si bien el debate entre las mismas permite contemplar la riqueza, la complejidad y la diversidad que comprende el abordaje de los fines del DIP y de la función de la CPI (brindando una lectura muy sugestiva del papel de la CPI en el sistema internacional contemporáneo), su valoración de la CPI está en última instancia marcada por el contraste. Por ello, su principal desafío radica precisamente en la ponderación ontológica entre materialismo e ideacionalismo con el fin de evitar acabar haciendo apología del orden establecido (y de sus instituciones) como resultado de discursos que opaquen la crítica a sus prácticas más que cuestionables.

3.1.2. La función de la Corte Penal Internacional desde las aproximaciones histórico-contextuales subalternas

El segundo eje interdisciplinar de análisis está conformado por las aproximaciones histórico-contextuales subalternas, que incluyen la perspectiva hermenéutica histórico-contextual bíblica, la aproximación del Poscolonialismo y el Sur Global y las perspectivas de las teorías del tercer mundo y del pluralismo jurídico emancipador, caracterizadas todas ellas por: (a) subrayar la importancia de analizar la realidad de cada sociedad desde sus particularidades histórico-econó-

micas y político-sociales; y (b) rechazar la división artificial promovida por los estudios clásicos de RI y DI entre: (i) las sociedades civilizadas, estables y superiores moral, política, económica y socialmente de los que califican como países desarrollados, del primer mundo o del Norte Global; y (ii) las sociedades incivilizadas, inestables, subdesarrolladas e inferiores de los que denominan países en desarrollo, del tercer mundo o del Sur Global.

Santamaría-Rodríguez & Botero abordan en el capítulo 14 la función de la CPI desde una perspectiva hermenéutica histórico-contextual bíblica, que tiene como epicentro el significado del concepto de justicia recogido en los textos bíblicos del antiguo y del nuevo testamento con base en la experiencia de la relación del Pueblo de Israel y de la sociedad rural de Galilea con su Dios, lo que permite comprender mejor el contenido de los criterios provenientes de la tradición judeocristiana para calificar una determinada acción como justa.

Los autores ponen de manifiesto la dialéctica entre el horizonte histórico-contextual de la justicia con base en la tradición bíblica judeocristiana y la justicia que se ejerce a través de la aplicación del DIP por la CPI. El primero presenta como elemento central el actuar de Dios en la historia a favor de su pueblo, y la exigencia de conversión ante la estructura de pecado y opresión que se ha apoderado de este último (la acción de los profetas y su manifestación definitiva en la persona de Jesús reflejan este concepto de justicia en su predicación, sus denuncias y sus anuncios de liberación-salvación). En contraste, el DIP y su aplicación por la CPI ponen un especial énfasis en una justicia centrada en la aplicación de las penas a los máximos responsables de los crímenes previstos en el ECPI, y en el desarrollo de una estrategia de promoción de una conciencia universal frente a su comisión.

Como resultado de esta relación dialéctica, los autores subrayan que desde el marco de análisis histórico-contextual bíblico se observa la necesidad de que la JIP: (i) asuma que las normas no son suficientes por sí mismas para la aplicación de la justicia porque deben, tanto estar imbuidas de un criterio de humanidad que responda a los contextos y situaciones que dicen proteger, como ser operativas frente a las realidades que afectan a la dignidad y la vida humanas; y (ii) adopte un carácter profético e histórico, que tenga como eje principal de acción la realidad del “otro” en su vulnerabilidad y victimización,

y actúe desde una perspectiva del amor-caridad al prójimo bajo el principio de la compasión y misericordia reflejado en la acción de Dios en favor de Israel.

Para Santamaria-Rodríguez & Botero, dos aspectos resultan especialmente problemáticos de la concepción en el DIP y su aplicación por la CPI: (i) la excesiva centralidad de la pena y de los victimarios en detrimento de la realidad de las víctimas (lo que con frecuencia genera la revictimización de estas últimas); y (ii) las distintas tensiones ideológicas, políticas y diplomáticas que limitan la independencia de la CPI en el desarrollo efectivo de sus actuaciones. Por ello, es necesario concentrar los esfuerzos en dos ámbitos en particular. Por una parte, garantizar la independencia y autonomía de la CPI en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes previstos en el ECPI. Por otra parte, reequilibrar la excesiva atención dada al victimario en detrimento de las víctimas, de manera que la CPI desarrolle la capacidad de promover procesos estructurales de carácter restitutivo en favor de estas últimas.

Cárdenas, Pontón Serra, Prieto-Ríos & Suárez Vargas analizan en el capítulo 15 la función de la CPI desde la perspectiva del poscolonialismo y el Sur Global. Conforme a la misma, se afirma que la artificial dicotomía promovida desde los estudios clásicos de RI y DI entre un “Norte Global” desarrollado y un “Sur Global” subdesarrollado (o en vías de desarrollo) no hace sino reflejar cómo los Estados, las sociedades y los dirigentes pertenecientes al primero se han encargado de privilegiar sus intereses (los del mundo occidental) y dominar aquello que han considerado como menos desarrollado (los territorios y las sociedades que en el pasado fueron sus colonias). Estas dinámicas, que se remontan a siglos de dominación, impiden que exista una auténtica igualdad en la sociedad internacional y en las sociedades humanas contemporáneas.

Como los autores señalan, en este contexto, los aliados vencedores de la Segunda Guerra Mundial establecieron el TMI (Nuremberg) y el TMILO (Tokio) con el fin de que, a través de los mismos, su relato se convirtiera en la “historia oficial” de la guerra y en el dominador de la conciencia de vencedores y vencidos. Por ello, mientras se juzgaba el impacto de la ideología de supremacía racial de los dirigentes de los Estados del Eje, no se abordaron ni la extrema violencia del colo-

nialismo europeo (en particular, en las colonias de Francia y el Reino Unido), ni la sistemática subyugación de nativos y afroamericanos en los EE.UU. Lo mismo sucedió con los efectos de las bombas atómicas lanzadas sobre Hiroshima y Nagasaki. Por ello, no es de sorprender que estos tribunales no hayan tenido una buena acogida entre los Estados del Sur Global.

A pesar de esta situación, los autores observan como numerosos Estados africanos, latinoamericanos y caribeños mostraron en la década de 1990 su apoyo a la CPI porque el ECPI recoge principios de igualdad y justicia que se apartan de la lógica “Norte-Sur”, y ofrecen un escenario para abordar con mayor eficacia los problemas propios de estas regiones, en un momento en que las líneas de subordinación propias de esta lógica comenzaban a desdibujarse y a ser enfrentadas con cierta eficacia.

Sin embargo, los propios autores señalan que estas expectativas han durado poco y se han convertido a lo largo de la última década en desilusión y desinterés, cuando no en oposición. Esto ha sido debido, entre otras cosas, a: (i) el retraso en la tramitación de las actuaciones de la CPI; (ii) la falta de transparencia y legitimidad en los criterios utilizados por la Fiscalía de la CPI para seleccionar situaciones y casos (lo que parece haber favorecido los intereses de ciertos Estados, generando la percepción de que las decisiones de investigar y enjuiciar, o de no hacerlo, con respecto a ciertas situaciones y dirigentes involucrados en las mismas, obedecen principalmente a presiones políticas externas); (iii) la concentración de la mayoría de las investigaciones de la CPI en los países del Sur Global (en particular, en los Estados africanos); y (iv) una mayor incidencia de la esperada del CSNU en las actuaciones de la CPI (en particular, en relación con las situaciones de Darfur (Sudán) y Libia). La decisión emitida el 12 de abril de 2019 por la SCP II de la CPI, en la que se rechaza la solicitud de la Fiscalía para iniciar una investigación en Afganistán, ha profundizado estas críticas, debido a que parece responder a los intereses de los EE.UU. y de otros miembros de la OTAN que se encuentran involucrados en esta situación.

A la luz de lo anterior, Cárdenas, Pontón-Serra, Prieto-Ríos & Suárez-Vargas consideran que la revocación de esta última decisión por la SA de la CPI el 5 de marzo de 2020, si bien constituye un paso

importante en la búsqueda de justicia en la situación en Afganistán, no parece que pueda tener la capacidad de revertir la percepción de la CPI por los Estados del Sur Global como un instrumento neocolonial, conforme al cual la JIP continúa limitándose a aplicar los criterios de justicia del “Norte Global” a los dirigentes del “Sur Global” (especialmente, cuando su actuación no se ajusta a sus intereses).

En consecuencia, según los autores, para que la CPI pueda tener éxito en revertir esta percepción es necesario que: (i) adopte un nuevo discurso institucional y un nuevo lenguaje jurídico que contribuyan a la descolonización del DIP, en particular en lo que se refiere a la selección de situaciones y casos; (ii) asuma un mayor compromiso con los intereses de quienes han sido históricamente oprimidos, sin ceder ante las presiones de quienes cuentan con el poder político, económico y militar en la sociedad internacional; (iii) fomente la cooperación entre Estados y OI; (iv) garantice mayor transparencia en la determinación y aplicación de los criterios para la apertura de investigaciones y casos; y (v) promueva una mayor representatividad de las víctimas.

Rodríguez & Loyo analizan en el capítulo 16 la función de la CPI desde las denominadas teorías del tercer mundo (TWAIL), que consideran que el tardío acceso a la soberanía por tres cuartas partes de los Estados de la actual sociedad internacional es la causa principal de las desigualdades que actualmente sufren bajo la globalización, debido a que el proceso de descolonización y el acceso a la soberanía durante la segunda mitad del siglo XX no alteró de modo significativo los sistemas de poder existentes con anterioridad.

Para los autores, esta situación se observa particularmente en el ámbito económico porque fueron las principales metrópolis las que generaron gran parte de la deuda que dejaron a los nuevos Estados independientes (frenando así su desarrollo económico). Así mismo, también se manifiesta en el ámbito jurídico porque las condiciones en las que se concretaron los procesos de globalización dejaron en desventaja a estos Estados, que tuvieron que operar conforme a unas normas jurídico-internacionales en cuya construcción no habían participado (un buen ejemplo de esta situación es el concepto de libertad acogido en el DI, que ampara la coerción estructural que ciertas OI ejercen sobre dichos Estados, que no tienen el poder suficiente para oponerse a este intervencionismo). Como resultado, nos encontramos

ante una sociedad internacional regida por el pensamiento occidental, que determina tanto los modelos de poder y distribución de recursos en el ámbito internacional como el contenido y aplicación del DI.

En este contexto, Rodríguez & Loyo consideran que la raigambre europea del DI ha condicionado su eficacia, mostrándose incapaz de preservar un sistema homogéneo de bienestar social, favoreciendo amplias bolsas de pobreza y grandes desigualdades entre los Estados del Norte Global y del Sur Global, lo que ha venido aderezado por supuestas intervenciones humanitarias, ataques directos a su soberanía (revestidos de una falsa defensa de los intereses de la comunidad internacional) y un continuo expolio de sus recursos naturales, promovido y amparado por las principales organizaciones económicas a nivel internacional.

En consonancia con lo anterior, la justicia ofrecida por el DIP a través de instituciones como la CPI tampoco tiene para los autores un alcance global. Así, si bien es cierto que su alcance siempre va a ser limitado (es imposible investigar y enjuiciar a todos los posibles responsables por los crímenes recogidos en el ECPI), no es menos cierto que la CPI ha seleccionado hasta el momento situaciones cometidas en Estados que no tienen gran influencia internacional, y cuya investigación y enjuiciamiento cuenta normalmente con el beneplácito de los Estados más influyentes en la comunidad internacional, porque la CPI depende en gran medida de su cooperación para poder desempeñar su función. Además, resulta llamativo que, hasta la fecha, no se haya condenado a ningún alto dirigente estatal.

Por todo ello, Rodríguez & Loyo afirman que existen razones objetivas que avalan las críticas de las TWAIL a la función que viene desempeñando la CPI, para cuya superación constituye un primer paso ineludible investigar, enjuiciar y sancionar a los máximos responsables de los crímenes previstos en el ECPI cometidos fuera del continente africano (los numerosos elementos de prueba que apuntan a la responsabilidad de los dirigentes de ciertas grandes Potencias demandan sin duda la atención de la CPI). Además, si bien el inicio de los exámenes preliminares en Palestina e Iraq y de las investigaciones en Afganistán y Georgia reflejan un primer paso en esta dirección, no está claro hasta qué punto la CPI tendrá la capacidad y la indepen-

dencia necesaria para garantizar una JIP con alcance global, o continuará estando al servicio de las Potencias hegemónicas.

Back, Osório & Villarraga finalizan esta sección abordando en el capítulo 17 la función de la CPI desde el pluralismo jurídico emancipador, que, como el resto de manifestaciones del pluralismo jurídico, rechaza la idea de que los Estados se conviertan en el centro unitario del poder político y en la fuente de la que surge toda la producción jurídica, y acepta la coexistencia en un mismo espacio socio-político de múltiples manifestaciones normativas y mecanismos de creación de derechos y resolución de conflictos, que pueden ser o no reconocidos por las normas estatales e interestatales (complementándolas o superponiéndose a las mismas). Con base en lo anterior, lo característico del pluralismo jurídico emancipador es la expresa aceptación de que la normatividad puede surgir también de la democratización de los mecanismos de creación y aplicación del derecho, la interculturalidad y la pluralidad de instituciones y actores sociales. Esto supone reconocer a los movimientos sociales y a sus prácticas participativas como garantes de la legitimidad de las nuevas formas normativas extraestatales desarrolladas para satisfacer sus demandas y necesidades básicas fundamentales.

Como los autores señalan, tanto la globalización como la localización están causando una fuerte crisis en los Estados nacionales y en su papel de promotores del bienestar de la sociedad. En consecuencia, una reestructuración mundial en torno a las comunidades representa un terreno favorable para el desarrollo del pluralismo jurídico emancipador porque obliga a replantear las funciones, el alcance y los límites de las estructuras estatales. En este contexto, las luchas y movilizaciones de las víctimas de los derechos humanos y de sus familiares han encontrado una respuesta en los tribunales internacionales de movilización social, que, además de romper con el positivismo estatal e interestatal, constituyen un buen ejemplo de que las respuestas punitivas a veces no son las mejores cuando se trata de violaciones masivas de los derechos humanos. Estos tribunales, afirman los autores, no buscan el mantenimiento del orden establecido, sino la emancipación de quienes están sometidos a una normatividad represiva y la redefinición del proceso de construcción del discurso jurídico. Su existencia es, por tanto, un claro reflejo de que la aplicación de la justicia no se

agota en los tribunales y las instancias estatales o interestatales, sino que se extiende a la acción colectiva de los individuos.

En lo que se refiere específicamente a la CPI, Back, Osório y Villarraga señalan que las prácticas de justicia comunitaria, entendidas como una expresión del pluralismo jurídico emancipador, tienen un campo de acción amplio en el ámbito de la responsabilidad civil y la reparación a las víctimas. La propia CPI ha subrayado en el caso Katanga que, en la medida de lo posible, las reparaciones deberían reflejar las prácticas y costumbres locales, propias de la cultura de la población afectada, con la excepción de aquellas que puedan ser discriminatorias, excluyentes o perjudiciales para los derechos de las víctimas. Esto significa que los modelos de reparación propios de las prácticas de justicia comunitaria pueden ser ejecutados mancomunadamente con la CPI (especialmente con el FFV en ejecución de su doble mandato de reparación y asistencia).

Para los autores, esta es la consecuencia de entender que los modelos de justicia comunitaria desarrollados en Estados como Ruanda (tribunales de justicia Gacaca cuya importancia para la reconstrucción del tejido social ha sido ampliamente reconocida por las víctimas) y Uganda (la cultura Acholi cuenta con un proceso tradicional llamado Mato Oput, donde la víctima y el victimario se encuentran para desarrollar una ceremonia de reconciliación en la que el victimario no solo admite su autoría fáctica de los hechos de violencia, sino que repara a sus víctimas a través de métodos tradicionales, como la entrega de animales), si bien no se rigen por normas jurídicas predefinidas, se enfocan en la reparación a las víctimas, la reconstrucción de los hechos, la reconciliación y la reinserción de los victimarios en sus comunidades.

Sin embargo, Back, Osório & Villarraga subrayan que en lo que respecta a la responsabilidad penal en estricto sentido, la regulación e interpretación del principio de complementariedad por la CPI no acepta todavía que las prácticas de justicia comunitaria tengan los elementos suficientes para que puedan justificar la inhibición de la CPI y garantizar los derechos de las víctimas. Así, la Fiscalía de la CPI ha afirmado reiteradamente que, en aplicación del principio de complementariedad, los procesos de judicialización bajo prácticas de justicia comunitaria no son argumento suficiente para que la CPI de-

je de desarrollar sus actuaciones penales sobre ciertas situaciones y casos. En consecuencia, el pluralismo jurídico emancipador no tiene realmente campo de acción, y es muy improbable que se declare la inadmisibilidad de una situación o de un caso, si las actuaciones de las jurisdicciones nacionales, o sus respectivas alternativas jurídicas, no incluyen judicializaciones penales. Por ello, para los autores, se mantiene en este ámbito el reto relativo al reconocimiento jurídico y al respeto de las prácticas que no responden con exactitud a las características propias del modelo jurídico penal occidental Estado-centrista.

Del estudio de los aspectos centrales sobre los cuales se sustentan los cuatro capítulos que conforman el eje interdisciplinar de análisis relativo a las aproximaciones histórico-contextuales subalternas, se observa que todos ellos comparten la siguiente crítica a la modernidad (sobre todo a la modernización) y a las subjetividades nacionales y sociales que esta ha dejado a su paso: la producción de identidades binarias por ciertas comunidades que se arrojan para sí un discurso de superioridad (desarrolladas, civilizadas y cultas) y una posición de dominio económico, político, militar y cultural, frente a otras comunidades con las que han establecido relaciones asimétricas y a las que califican de manera peyorativa como no desarrolladas, incivilizadas e incultas. Esto también es aplicable al pluralismo jurídico emancipador que contrapone las élites jurídico-políticas estatales con los movimientos sociales.

Según las distintas perspectivas expuestas, la prolongación de este discurso en el tiempo y su proyección en las prácticas de dominación, han coadyuvado a la instauración de un sistema internacional inequitativo, injusto y antidemocrático. Por ello, adoptan una construcción epistemológica “desde abajo” con la que buscan denunciar esas relaciones asimétricas desde sus procesos históricos y sus contextos. Al hacer esto, desvelan prácticas hegemónicas y neocoloniales que han sido naturalizadas por los promotores del discurso dominante y sus colaboradores. Una denuncia comprensiva que integra al pueblo judío hace más de dos mil años, a las sociedades actualmente establecidas en la mayor parte de África, América Latina y Asia, y a numerosas comunidades con prácticas participativas que dan lugar a formas normativas extraestatales en los cinco continentes.

En cuanto a sus diferencias, resulta llamativo el contraste entre el énfasis en la persecución de los pueblos por sus creencias religiosas y sus cosmogonías realizado por la perspectiva del horizonte histórico-contextual bíblico, frente al énfasis en el menosprecio derivado de ocupar una posición relegada, ya sea en el ámbito estatal (pluralismo jurídico emancipador), ya sea en el concierto internacional (perspectivas del poscolonialismo y el Sur Global, y de las TWAIL). Sin embargo, a pesar de estas diferencias, es particularmente relevante que todas estas visiones hacen del elemento de subordinación una práctica de resistencia. Una invitación a desafiar un estatus quo determinado por una cierta comprensión de los procesos históricos, los contextos y las ideas y prácticas dominantes, que pueden ser objeto de deconstrucción para dar lugar a otros resultados más equitativos y democráticos.

Finalmente, en lo que se refiere a la función de la CPI, mientras desde el pluralismo jurídico se subraya que la CPI acepta las prácticas de justicia comunitaria no discriminatorias en el ámbito de la reparación a las víctimas y las rechaza en materia de la responsabilidad penal, las otras tres perspectivas de este segundo eje interdisciplinar de análisis comparten su consideración de la CPI como una institución que, si bien recoge teóricamente en el ECPI principios de igualdad y justicia que se apartan de las lógicas de dominación arriba señaladas, en la práctica no tiene la suficiente independencia para aplicar estos principios, prestar mayor atención a la restauración de las víctimas (limitando así la centralidad de las penas y el papel de los victimarios) y evitar coadyuvar al mantenimiento de un sistema internacional inequitativo, injusto y antidemocrático.

Sin embargo, se puede observar al mismo tiempo un marcado contraste entre tres últimas perspectivas en lo que se refiere a su percepción de la capacidad de la CPI de adoptar las medidas necesarias para corregir esta situación. Así, la aproximación hermenéutica histórico-contextual bíblica ofrece un tono más positivo sobre la capacidad de la CPI para reducir la excesiva atención dada al victimario y promover procesos estructurales de carácter restitutivo en favor de las víctimas. Por el contrario, las perspectivas del poscolonialismo y el Sur Global y de las TWAIL son completamente escépticas con respecto a la capacidad de la CPI para dejar de ser un instrumento neocolonial que aplique los criterios de justicia

del Norte Global o primer mundo a los dirigentes del Sur Global o tercer mundo, particularmente, cuando la actuación de estos últimos no se ajusta a los intereses de los primeros.

3.2. *Aproximaciones desde marcos teóricos disciplinares*

3.2.1. Aproximaciones desde la filosofía y la teología

Tras exponer las conclusiones alcanzadas en los dos ejes de análisis interdisciplinar desde los que se ha estudiado la función de la CPI, se aborda en las dos secciones siguientes la función de la CPI desde otras perspectivas filosófico-teológicas y de RI y DI que son relevantes porque ayudan a identificar algunos aspectos significativos de esta función. Para ello, presentamos en esta sección las conclusiones alcanzadas por las perspectivas filosófico-teológicas que hacen énfasis en el símbolo (capítulo 18), la memoria (capítulo 19) y las emociones (capítulo 20) como elementos propios de la función de la CPI.

Pérez Vargas, Nieto & Olasolo inician esta sección abordando en el capítulo 18 la función de la CPI desde la perspectiva del horizonte ético, práxico y simbólico. Según los autores, la reflexión ética orienta las acciones prácticas con las que se responde a las necesidades locales y globales, las cuales pueden adquirir a su vez una dimensión simbólica. Desde esta perspectiva, la justicia se define como un constructo social que dinamiza la vida en común y la responsabilidad sobre el propio bienestar y el del otro (tanto en la autonomía de cada sujeto como en la práctica de las instituciones), para ser garante del cumplimiento de aquellos acuerdos primarios que posibilitan la vida en común y la dignidad humana (necesitando de la ética para hacer reflexivo su actuar). A la luz de lo anterior, la función del símbolo es vincular la institucionalidad con la esperanza real y contextual, haciéndola por tanto responsable de realizar la justicia.

Sin embargo, las instituciones nacionales que tienen el mandato de juzgar los crímenes cometidos en sus territorios generan un escepticismo mediado por su inoperancia, por lo que, para los autores, es necesario que la JIP asuma la responsabilidad simbólica de mantener la esperanza de los pueblos y realizar lo que las jurisdicciones nacionales no han logrado. Es en este contexto, en el que las lógicas y particularidades de los Estados desdibujan o imposibilitan la aplicación

de la justicia nacional, en el que la perspectiva del horizonte ético, práxico y simbólico analiza la función que desempeña la CPI como manifestación de la JIP.

Desde esta perspectiva, la actuación de la CPI concretiza simbólicamente una vocación universal comprometida con la investigación, enjuiciamiento y sanción de los máximos responsables de aquellos crímenes que afectan de manera más grave los valores centrales sobre los que se construye la comunidad internacional (aunque la voluntad política de ciertos Estados hegemónicos obstaculiza el pleno desarrollo de sus actuaciones, esto no impide que cumpla con la responsabilidad que imprime su dimensión simbólica). En consecuencia, para Pérez Vargas, Nieto & Olasolo, un aspecto central de la función de la CPI es que constituye un símbolo de realización de responsabilidades frente a los señores de la impunidad, que evitan responder por los crímenes internacionales cometidos a través del control del poder que ostentan en el ámbito interno (máximos responsables que actúan desde el Estado o en connivencia con el Estado), o como consecuencia de la debilidad y limitado alcance de los sistemas de justicia nacionales (máximos responsables que actúan desde organizaciones al margen del Estado), lo que provoca que las jurisdicciones nacionales se vuelvan en gran medida inoperantes. De esta manera, la fuerza de lo simbólico trasciende las estructuras de los intereses políticos de los Estados, para mantener la esperanza de las víctimas que reconocen en la praxis simbólica de la CPI la única alternativa real para realizar la justicia.

Olasolo, Sánchez Sarmiento & Varón analizan en el capítulo 19 la función de la CPI desde la perspectiva de la concepción de la justicia como memoria. Como señalan los autores, la historia muestra que la especie humana ha ejercido la violencia desde sus etapas más tempranas, reproduciéndose de manera inevitable y dejando con ello innumerables relatos de enorme sufrimiento y opresión. Ante esta situación, los autores explican cómo, mientras algunos subrayan que la justicia debe dirigirse principalmente a satisfacer la necesidad de toda sociedad de mantener la paz social, dando prioridad a la superación del recuerdo de un pasado que genera más dolor y resentimiento (incluso si esto significa dejar insatisfechas las demandas de las personas y las comunidades victimizadas por la violencia), otros afirman que el sufrimiento y sinsentido de las vidas de las víctimas se convierte en

el objeto central de la justicia, que debe dirigirse a reavivar, desde la reevaluación del pasado, la esperanza frente al olvido de quienes han sido condenados por la historia oficial de los vencedores (se busca de esta manera promover la reconstrucción del daño sufrido por las víctimas, para que con ello puedan superar, sin olvidar, la condición de víctima en la que les ha colocado la historia).

Según Olasolo, Sánchez Sarmiento & Varón, quienes pertenecen a este segundo grupo acogen un concepto de justicia como memoria, que supone una mirada al pasado para tratar de atribuir sentido a lo que hasta entonces es considerado como despojo y olvido, mediante la revisión de lo que la memoria del vencedor oculta y justifica en detrimento de las víctimas. De esta manera, se requiere que tanto las instituciones, como la sociedad en su conjunto, integren a las víctimas en el tejido social a través de su reconocimiento, admitiendo públicamente el daño que se les ha causado, reparando lo que es reparable, preservando la memoria de lo materialmente irreparable y favoreciendo la reconciliación.

Como los autores señalan, varios de los fines del DIP pueden favorecer la consecución de estos objetivos. Este es el caso del establecimiento de una narrativa histórica de los hechos acontecidos, el reconocimiento de las víctimas a través de su participación en los procedimientos y la reparación del daño, la promoción de la reconciliación social entre víctimas y victimarios como paso previo hacia una paz estable y duradera, y la prevención general negativa resultante de declarar la responsabilidad internacional penal de quienes incurrir en crímenes internacionales mediante la instrumentalización de las estructuras estatales y las organizaciones no estatales que dirigen. Sin embargo, a pesar de la relación entre los fines del DIP y el concepto de justicia como memoria, se cuestiona la idoneidad de los mecanismos de aplicación del primero para la satisfacción del segundo.

Este mismo cuestionamiento se extiende también a la CPI porque, a pesar de que la prevención general negativa y la participación y reparación de las víctimas son expresamente recogidos en el ECPI como elementos centrales de la función de la CPI, sus actuaciones en las últimas dos décadas parecen dar la razón, en buena medida, a quienes afirman que el ECPI no atribuye a la CPI los instrumentos necesarios para su cumplimiento eficaz. Así, para Olasolo, Sánchez Sarmiento &

Varón, los casos contra Thomas Lubanga, Bosco Ntaganda, Mathew Ngudjolo, Germain Katanga, Jean Pierre Bemba, Ahmad Al-Mahdi y Dominic Ongwen (únicos casos ante la CPI cuyo juicio oral ha finalizado hasta el momento) son un claro reflejo de esta situación.

De esta manera, la profunda dependencia de la CPI de la financiación y cooperación de los Estados parte, y en particular de aquellos Estados cuyas situaciones y casos son objeto de investigación y enjuiciamiento por la CPI, impide una eficaz prevención general negativa con respecto a los más altos representantes estatales. Así mismo, los mecanismos previstos en el ECPI y en las RPP en materia de participación y reparación de las víctimas adolecen de notables limitaciones, que, por un lado, les impiden tener un mínimo nivel de impacto en el resultado final de las actuaciones y en la narrativa resultante de los hechos considerados como probados en la sentencia, y, por otro lado, hacen que se requieran largos años de espera para aprobar y poner en marcha los planes de reparaciones propuestos por el FFV (cuya ejecución se ve también afectada por la ausencia de recursos para su financiación). Además, en lo que se refiere a la reconstrucción de una narrativa histórica de los hechos y a la promoción de la reconciliación social, no sólo no se mencionan en el ECPI y en la jurisprudencia de la CPI como parte de su función, sino que existen importantes argumentos prácticos que cuestionan seriamente la idoneidad de la CPI para su consecución.

Como resultado, para Olasolo, Sánchez Sarmiento & Varón, el ámbito de aplicación práctica en la CPI del concepto de justicia como memoria es muy limitado. En consecuencia, consideran que, si lo que se pretende es incrementar su grado de satisfacción, resulta necesario recurrir (ya sea de manera complementaria o incluso alternativa) a otro tipo de mecanismos extrajudiciales.

Para concluir esta sección, Buis aborda en el capítulo 20 la función de la CPI desde la perspectiva de la teoría de las emociones. Como indica el autor, la circulación afectiva (novedoso marco de análisis dentro de las ciencias sociales) y la neuro-psicología tienen mucho que aportar a la comprensión de los comportamientos de los distintos actores que intervienen en procesos ante tribunales internacionales penales. Con base en lo anterior, el autor estudia la afectividad inherente a la creación del sistema de JIP, para luego analizar los casos Lu-

bangá, Ongwen y Al Mahdi ante la CPI, con el fin de demostrar cómo, detrás de una aparente racionalidad argumentativa, existen fuertes improntas emotivas que condicionan el trabajo de la Fiscalía, la Defensa, las víctimas, los testigos e incluso los propios jueces de la CPI.

Para Buis, el plano afectivo permite identificar ciertas agendas emotivas que justifican un determinado posicionamiento ante la comisión de crímenes internacionales (este es el caso del *affective bias* de los jueces). Así mismo, tratándose de situaciones que involucran hechos acaecidos en espacios geográfica y culturalmente lejanos (como ocurre con las investigaciones de la CPI sobre situaciones en África) se observa una construcción emotiva del “otro” basada en la incomprensión de las pautas sociales y en la ausencia de una empatía trans-civilizacional. Además, se puede observar la importancia de las emociones al evaluar los alcances del arrepentimiento, el remordimiento y las solicitudes de perdón de los acusados. En consecuencia, una adecuada comprensión del rol cultural de las emociones brinda herramientas capaces de explicar algunas particularidades en la aplicación del ECPI.

Sobre esta premisa, Buis pone el acento en el hecho de que el análisis de las actuaciones ante la CPI muestra la importancia de: (i) identificar las percepciones que quienes participan en las mismas (o las observan e interpretan) tienen de sí mismos y del resto de actores involucrados; y (ii) explorar los intercambios físicos y verbales, conscientes e inconscientes, de emociones que se producen entre quienes, en este caso, intervienen directamente en los procesos judiciales (o bien los observan e interpretan). De este modo, el manejo individual del efecto emotivo y la circulación de narrativas afectivas destinadas a conseguir finalidades específicas en la CPI muestran que, ya se trate de invisibilizar el sufrimiento de quienes padecen violencia de género (caso Lubanga), de asimilar al acusado a sus víctimas (caso Ongwen), o de generar compasión entre los afectados (caso Al-Mahdi), la administración de justicia por la CPI no es ajena a las emociones humanas. Como resultado, a pesar de la imagen racional que se pretende instalar en la CPI, Buis considera que el ejercicio práctico de la función de la CPI es siempre dependiente de múltiples emociones en tensión, que están presentes (aunque a veces resulten invisibilizadas) desde las primeras investigaciones de cada situación hasta la aplicación de las medidas de reparación.

En consecuencia, en vista de lo hasta aquí expuesto, se puede afirmar que las tres perspectivas filosófico-teológicas que integran esta sección dejan a un lado las perspectivas materialistas y las prácticas tradicionales del DI para dar paso a la ponderación de factores ideacionales en la valoración de la función de la CPI. De esta manera, los elementos ético-práxicos, simbólicos, emocionales y de reconstrucción de la memoria, relegados, cuando no excluidos, en los estudios clásicos de DI, permiten una lectura alternativa de la función de la CPI y de sus actuaciones en las situaciones y casos desarrollados hasta el momento.

En la secuencia de los tres capítulos se observa una transición que comienza con la relevancia de la actuación simbólica de la CPI (entendida como símbolo de realización de justicia), que supera las estructuras de los intereses políticos de los Estados y mantiene la esperanza de las víctimas como única alternativa real para acabar con la impunidad de quienes ostentan el poder en el ámbito interno o se aprovechan de la debilidad y el limitado alcance de los sistemas de justicia nacionales.

Estrechamente relacionado con el plano de lo simbólico se encuentra, como segunda parada de esta transición, el ámbito de la reconstrucción de la memoria, entendida como mirada al pasado que busca resignificar a las víctimas desvelando lo que la historia imperante oculta en su perjuicio. Si bien las potencialidades de la función de la CPI son notables, múltiples factores limitan su contribución práctica, por lo que, si se busca incrementar su grado de satisfacción, parece necesario recurrir también a otros mecanismos extrajudiciales.

Como destino final de esta transición se encuentra el plano de las emociones de los actores involucrados en el desarrollo de la función de la CPI. Si bien este plano ha existido siempre, se aprecia una fuerte resistencia a reconocer su influencia en la forma en la que la CPI desarrolla su función, con el fin de preservar una pretendida imagen racional en su actuar. Sin embargo, aunque algunos así lo puedan desear, lo cierto es que las emociones no van a desaparecer, por lo que este esfuerzo de invisibilización no hace sino distorsionar el análisis de la función de la CPI, al tratar de relegar a la irrelevancia un factor que es ciertamente importante para su comprensión.

3.2.2. Aproximaciones desde el derecho y las relaciones internacionales

Presentadas las conclusiones alcanzadas por las aproximaciones filosófico-teológicas, abordamos en esta sección los aportes de cuatro perspectivas de análisis provenientes de las RI y el DI, que son especialmente significativas por las nuevas comprensiones que plantean sobre ciertos aspectos de la función de la CPI. Nos referimos al constructivismo (capítulo 21), las teorías feministas en las RI (capítulo 22) y en el DI (capítulo 23) y el posestructuralismo y la teoría *queer* (capítulo 24).

Mahecha, López Velásquez & Jaramillo analizan la función de la CPI desde el constructivismo, que considera que las RI y el DI están conformados por principios, valores, ideas y discursos, entendidos como una construcción social de la realidad. En consecuencia, como señalan los autores, el constructivismo presenta los siguientes rasgos distintivos: (i) tiene como premisa la construcción social de la realidad y del conocimiento; (ii) da particular importancia en su análisis a las ideas y creencias porque considera que los conceptos y las definiciones no son fijos, debido a que la realidad está en constante construcción y cambio dependiendo de las ideas y creencias de los actores; (iii) considera que los conceptos de interés e identidad son también conceptos fundamentales, que se construyen y determinan de acuerdo con la autopercepción que los sujetos de una sociedad tienen de sí mismos y el modo en que son percibidos por los demás integrantes de la misma (de ahí su carácter mutuamente constitutivo); (iv) explica los intereses estatales como fruto de las relaciones que los Estados tienen con los otros integrantes de la sociedad internacional, y aborda su relación con las estructuras internacionales (instituciones internacionales) y con los agentes que actúan en las mismas; (v) estudia las múltiples dimensiones que puede tener la identidad estatal, como consecuencia de sus diversas interacciones con otros actores de la sociedad internacional; y (vi) analiza cómo las identidades pueden materializar normas sociales, entendidas como estándares apropiados de conducta para aquellos actores que tienen una cierta identidad.

Con base en lo anterior, Mahecha, López Velásquez & Jaramillo señalan cómo, al variar las ideas y las prácticas con el tiempo y el espacio, los patrones consolidados en el pasado pueden cambiar. Esto

se observa claramente en relación con la evolución del concepto de soberanía estatal, que, a diferencia de la naturaleza inmutable que le atribuyen las posiciones mayoritarias en las RI y el DI, presenta en las últimas décadas una profunda transformación a causa de la presión cada vez más intensa para administrar justicia en aquellas situaciones en las que se han cometido crímenes internacionales.

De esta manera, según señalan los autores, para el constructivismo, la CPI es el resultado de la evolución del discurso acerca de la soberanía, cuya prueba más palpable es el modo en que los Estados han aceptado el cambio del paradigma político de la “justicia de los vencedores” por una serie de criterios jurídico-internacionales, otorgando con ello a las OI una mayor capacidad de acción en materias como la administración de justicia que en el pasado eran competencia exclusiva de la soberanía estatal. Por esta razón, si bien las teorías clásicas de las RI reconocen que las OI son creadas por los Estados y obedecen a sus intereses, no son capaces de explicar los motivos por los que se siguen manteniendo ciertas organizaciones que no sirven, o no se someten, a los intereses estatales, como ocurre en particular con los mecanismos de aplicación del DIP, cuya continuidad demuestra que sus instituciones gozan de autonomía según los términos del constructivismo, y desempeñan un papel importante en la definición de la realidad internacional y en el surgimiento y permanencia de ciertos valores.

Como resultado de lo anterior, Mahecha, López Velásquez & Jaramillo subrayan que la CPI refleja un concepto relativo de soberanía estatal, que, por un lado, impide que los máximos responsables de los crímenes que más gravemente menoscaban los valores fundamentales de la sociedad internacional puedan ampararse en el tradicional sistema de inmunidades, y, por otro lado, promueve a través del principio de complementariedad que los Estados utilicen sus jurisdicciones nacionales para satisfacer la finalidad principal de la CPI: la investigación y el enjuiciamiento de los máximos responsables de los crímenes previstos en el ECPI.

Esto genera una cierta tensión entre la CPI y los Estados, que, sin embargo, se ve limitada por el hecho de que la CPI ha sido establecida por un acto soberano de los Estados parte y porque, a través del principio de complementariedad, se abre un espacio de diálogo

entre la CPI y los Estados (si bien la CPI tiene la última palabra, se les permite a aquellos impugnar la admisibilidad de situaciones y casos, confiriéndoles de esta manera un cierto nivel de influencia). Con ello, se favorece la lucha contra la impunidad de los máximos responsables de los crímenes recogidos en el ECPI, contrarrestando uno de los efectos más importantes de la definición de la soberanía estatal en términos absolutos, que ha sido precisamente la consolidación de dicha impunidad.

Sin embargo, como Mahecha, López Velásquez & Jaramillo señalan, el desarrollo de la función de la CPI se ha visto hasta el momento muy limitado en su aplicación práctica porque se mantienen las presiones (propias de las RI) de los Estados (en particular, de las grandes Potencias), que, con independencia de que estén o no de acuerdo con los fines del DIP y la función de la CPI, sólo admiten su realización cuando no se vean afectados sus intereses nacionales. Esta situación se encuentra perfectamente reflejada en la actitud de los EE.UU. en relación con la apertura de la investigación sobre la situación en Afganistán, que muestra cómo las dinámicas propias de una Potencia hegemónica que no es parte del ECPI (EE.UU.) pueden influir de manera directa en las actividades de la CPI y en el grado de eficacia en el desempeño de su función.

Las perspectivas feministas en las RI (capítulo 22) y en el DI (capítulo 23) identifican el sistema patriarcal de opresión sobre el cual se han construido gran parte de las sociedades contemporáneas y sus aparatos institucionales. Así mismo, revelan cómo la sociedad internacional, lejos de ser ajena a este fenómeno, tiene sus cimientos en conceptos e ideologías que privilegian al hombre sobre la mujer, razón por la cual no es posible hablar de instituciones y OI sin denotar que han sido permeadas por la desigualdad de género.

Con base en lo anterior, Martins & Marcon (capítulo 22) y Caballero, Quijano & San Juan (capítulo 23) afirman que, durante gran parte de la historia occidental, el cuerpo ha sido un territorio de ocupación, violencia y muerte, debido a una cultura patriarcal que no solo naturaliza la violencia, sino que, al subordinar lo femenino, hace factible su práctica y pone cotidianamente a las mujeres en situaciones de riesgo tanto en tiempos de paz como de guerra. De esta manera, si bien la violencia constituye una herramienta política y un arma

de guerra para deshumanizar, aterrorizar y desalojar a poblaciones en todo el mundo, los cuerpos feminizados son los principales receptores de esta violencia en el hogar, en los centros de detención, en los campos de refugiados, en los ataques a civiles y en los desplazamientos forzados.

Martins & Marcon hacen particular énfasis en que las mujeres son consideradas objetivos estratégicos para aterrorizar y debilitar al oponente o a su comunidad, por lo que son víctimas de prácticas generalizadas y sistemáticas de agresiones físicas, psicológicas y, principalmente, sexuales, realizadas tanto por las fuerzas estatales como por los grupos armados organizados que se les oponen. Así mismo, la violencia sexual es también utilizada como una táctica destinada a humillar a los hombres del grupo enemigo (lo que en determinadas comunidades étnicas tiene un efecto simbólico muy significativo), y como un premio para los combatientes (vinculado a la conquista del territorio). Todo ello hace que, junto a los traumas físicos y psicológicos, a las mujeres sobrevivientes se les imponga el estigma de vivir con embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual. Además, en el caso de operaciones genocidas o de “limpieza étnica”, los cuerpos de las mujeres son también blancos prioritarios por su capacidad reproductiva, por lo que existe un número alarmante de ejecuciones extrajudiciales (sobre todo de mujeres embarazadas) y abortos inducidos, cometidos con el claro objetivo de diezmar al grupo étnico, racial, nacional o religioso objeto del ataque.

En este contexto, las autoras de ambos capítulos afirman que, si bien esta es una realidad conocida por organismos nacionales e internacionales, la violencia sexual contra las mujeres continúa representando una historia de negación, que durante casi todo el siglo XX ha permanecido oculta frente a otras consecuencias de la guerra, llegando a ser considerada como una consecuencia inevitable de los conflictos armados. Esta invisibilización ha permitido que los crímenes sexuales se hayan normalizado sobre todo en los contextos de guerra, considerándolos como un arma y una forma de “demostrar” poder sobre el adversario, y transformando a las mujeres en trofeos de guerra o en “territorios” que pueden ser invadidos y apropiados por el enemigo. Con ello se ha contribuido a mantener la desigualdad de la mujer ante la ley y su estatus de ciudadano de segunda categoría, perpetuando la función social de sumisión al hombre que se le

ha asignado, y privándola de la posibilidad de acceder a los mismos derechos y garantías de los que gozan los hombres.

Ante esta situación, Caballero, Quijano & San Juan señalan cómo los movimientos feministas han luchado incansablemente por la igualdad de los derechos de las mujeres ante la ley y por poner fin a la impunidad de las graves violaciones de derechos que sufren sistemáticamente en todos los contextos sociales. Con el paso del tiempo, estos movimientos han logrado promover a nivel nacional e internacional una mayor protección de las mujeres y la inclusión de la perspectiva de género en diversos instrumentos internacionales, que reconocen en la actualidad que hay situaciones que dañan exclusivamente a las mujeres por el hecho de ser mujeres. Por ello, como plantea el feminismo situado, el estudio de la función de la CPI requiere utilizar las herramientas del feminismo liberal, del cultural, del radical, del posmoderno y del posestructuralista, así como del feminismo del tercer mundo, en la medida en que sean útiles para su análisis.

El DIP ha experimentado también una evolución positiva en la criminalización de ciertas conductas, lo que ha culminado con la aprobación del ECPI, que, según Caballero, Quijano & San Juan, incorpora una perspectiva de género mucho más amplia que las de los tribunales internacionales penales que lo precedieron, y que, con todas sus imperfecciones, ha supuesto un gran avance en los derechos de las mujeres que son víctimas de crímenes internacionales. De esta manera, el ECPI ha puesto fin a décadas de ausencia de referencia expresa en el DIH y el DIP a la violencia sexual y a la violencia basada en género. Además, teniendo en cuenta que el 65% de los Estados son parte del ECPI, la CPI puede jugar también un papel esencial como agente de cambio para influir positivamente en la deconstrucción de las visiones patriarcales de justicia y de género, y de lo que significa, en un mundo dominado por hombres, ser mujer. De esta manera, como las autoras señalan, la CPI tiene la capacidad de convertirse en precursora de nuevos cambios en el ámbito del DIP y en áreas tan diversas como las relativas al papel de la mujer en la sociedad y a su acceso y representación en los niveles de toma de decisiones.

Sin embargo, si bien desde 1990 se ha recorrido un importante camino para tratar de superar la impunidad de la violencia sexual, Caballero, Quijano & San Juan consideran que, hasta el momento,

la CPI no ha atendido numerosas cuestiones planteadas por los movimientos feministas. En este mismo sentido, Martins & Marcon afirman que, al analizar desde una perspectiva feminista el tratamiento del género en las actuaciones de los tribunales internacionales penales, y especialmente en la CPI, se observa una tendencia institucional a percibir y naturalizar la violencia de género como consecuencia de la ocupación armada de los territorios y el sometimiento de los cuerpos y las vidas, que, según las autoras, nada tiene que ver con una presunta “falta de preparación técnica” de los funcionarios internacionales que intervienen en las actuaciones. De esta manera, ocupación y sometimiento no se interpretan como sinónimos de violencia de género, sino que la violencia sexual se sigue interpretando como un tema secundario en la gramática del DIP.

Como resultado, si bien la CPI es una institución joven con un largo camino por recorrer, Caballero, Quijano & San Juan subrayan la necesidad de que deje de contribuir al mantenimiento del patriarcado y evolucione en tres ámbitos principales: (i) la definición del concepto de género; (ii) la aplicación efectiva de su mandato de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de violencia sexual y de violencia basada en género; y (iii) el recurso a las medidas de reparación como mecanismo de redistribución de la justicia y eliminación de la desigualdad de género.

Con respecto al primero, la ambigüedad del concepto de género recogido en el ECPI requiere que la CPI lo desarrolle jurisprudencialmente y promueva una concepción internacional común y feminista del género (lo que solo se puede conseguir con una posición activa, constante y compartida de todos los órganos de la CPI). En relación con el segundo, se puede constatar que tras casi veinte años desde la entrada en vigor del ECPI ha sido necesario esperar al 30 de marzo de 2021 para que la CPI emitiera su primera condena firme por violencia sexual basada en género (caso Ntaganda), a pesar de que este tipo de violencia ha sido empleada masivamente en numerosas situaciones y casos ante la CPI. De esta manera, tras el desafortunado comienzo con el caso contra el ex gobernador *de facto* de la provincia de Ituri (RDC), Thomas Lubanga, y la absolución por la SA del ex Vicepresidente de la RDC, Jean Pierre Bemba (ambos también líderes de sendos grupos armados organizados, UPC/FPLC y MLC), la CPI necesita reforzar el trabajo iniciado por la Fiscalía en 2015 con respecto a los

crímenes de violencia sexual y de violencia basada en género, y rectificar los errores del pasado para que la igualdad y la justicia de género se conviertan en auténticos pilares de sus actuaciones. Finalmente, en tercer lugar, la CPI tiene que superar las dificultades que ha encontrado en la práctica para utilizar todas las posibilidades que ofrecen las medidas de reparación como mecanismo de transformación de las sociedades, empoderando a las víctimas y asegurando la no repetición de dichos crímenes.

En consecuencia, de no adoptarse estas medidas, las autoras de los capítulos 22 y 23 nos alertan de la posibilidad de que la CPI pueda llegar a vaciar de contenido las normas transformadoras en materia de justicia de género previstas en el ECPI, reforzando el estatus quo al crear una mera apariencia de que se está avanzando hacia la igualdad de género.

Buitrago, Contreras & García Atehortúa analizan en el capítulo 24 la función de la CPI desde el posestructuralismo y la teoría *queer*, que ponen de manifiesto cómo las aproximaciones clásicas del DI no han cuestionado la fuerza normativa de las categorías de género-sexualidad, imponiendo mecanismos regulatorios que ejercen poder sobre los cuerpos intersexuales. De esta manera, el DI ha logrado silenciar la diversidad sexual humana.

Para los autores, el DIP no es ajeno a esta situación porque en el mismo los cuerpos sexualmente diversos no son nombrados, no son sujetos de derechos y no se les protege, lo que hace que su existencia sea irrelevante. El ECPI no solo refleja, sino que participa en la configuración y delimitación de los conceptos de sexo, género y sexualidad, perpetuando la lógica binaria de los sexos y la matriz heterosexual del DI y el DIP. Ejemplo de esta situación es el art. 7(3) del ECPI que incorpora una definición de género limitada a lo masculino y femenino, confirmando de este modo la hegemonía heteronormativa en el ECPI y la exclusión de los sujetos que expresan identidades sexuales y de género no binarias. Con ello, el ECPI no solo coarta las diversas expresiones de la sexualidad humana, sino que, deja a su vez a los sujetos sexualmente diversos desprovistos de protección.

Sin embargo, como Buitrago, Contreras & García Atehortúa subrayan, debido a la posición central de la CPI en el sistema internacional de lucha contra la impunidad y en la satisfacción de los derechos

de las víctimas, esta podría desempeñar un papel fundamental en la transformación de los escenarios de violencia enfrentados por los sujetos intersexuales, promoviendo que las identidades y el abordaje de las violencias se construya socialmente al margen de la lógica binaria de los sexos y la matriz heterosexual del DI.

No obstante, según los autores, para ello es necesario dejar a un lado la posición pasiva que la jurisprudencia de la CPI ha tenido en esta materia hasta este momento y dar pasos adelante para: (i) apartarse de determinados preconceptos de la fenomenología criminal, como la dinámica del agresor masculino y la víctima femenina, el análisis de la violencia desde la perspectiva de los roles familiares y culturales, y la visión reduccionista que limita la atracción sexual a individuos del sexo opuesto; y (ii) promover el reconocimiento y protección de la diversidad y la fluidez de la sexualidad humana.

En este sentido, las solicitudes presentadas ante la CPI para investigar los crímenes contra las personas sexualmente diversas en Irak y Siria y contra la comunidad Rohingya en Myanmar, así como el juicio oral en curso contra Al Hassan por el crimen de lesa humanidad de persecución por motivos de género, constituyen para Buitrago, Contreras & García Atehortúa buenas oportunidades para poner en práctica una aproximación mucho más fluida a los dispositivos de género, sexo y sexualidad. Además, el documento publicado recientemente por la Fiscalía de la CPI recogiendo su política sobre crímenes sexuales y por motivos de género parece presentar también una ventana de oportunidad para desafiar los roles de género impuestos por el binomio masculino-femenino.

Al estudiar las perspectivas de análisis aplicadas en los cuatro capítulos que conforman esta última sección de la Parte III, se puede afirmar que comparten una visión descentralizada del poder en la sociedad internacional y del DI. Sobre esta premisa, centran su análisis en la multiplicidad y la complejidad de las RI y el DI, dejando en un segundo plano el estudio de su jerarquía y aplicación (la preferencia por el estudio de estos dos últimos aspectos es característico de las principales corrientes de las RI y el DI). En consecuencia, los cuatro capítulos van más allá de las epistemologías de (de arriba hacia abajo o de abajo hacia arriba), para presentar un análisis multinivel en el cual las normas, las ideas, los valores y las prácticas discursivas

pueden construir socialmente identidades y subjetividades, muchas de las cuales son rechazadas por el discurso y/o el régimen jurídico dominante.

Sin embargo, se observan también en estos cuatro últimos capítulos notables diferencias en su forma de entender la sociedad internacional. Así, mientras el constructivismo da valor a la coconstitución entre normas y regímenes jurídicos, las perspectivas feministas, el posestructuralismo y la teoría *queer* hacen lo propio con las prácticas de poder y la resistencia que generan. Dicho de otro modo, mientras el constructivismo adopta la vía de la codeterminación entre agentes, y entre ellos y la estructura (institución internacional), las demás perspectivas se detienen a diseccionar las subjetividades que son producidas por las estructuras discursivas dominantes, las cuales categorizan y normalizan todo intento que amenace desviarse de lo que tales estructuras buscan preconfigurar.

Estas diferencias se traducen a su vez en diferentes formas de entender la función de la CPI como actor relevante de la sociedad internacional. Así, mientras el constructivismo pone el acento en las constantes dificultades experimentadas por la CPI, tanto para aplicar el concepto relativo de soberanía estatal recogido en el ECPI como para desarrollar su función de investigación y enjuiciamiento de los máximos responsables de los crímenes previstos en el ECPI, como consecuencia de las presiones realizadas por los Estados (en particular, las grandes Potencias) para que no se vean afectados sus intereses nacionales, desde las perspectivas feministas se afirma la importancia de que la CPI desarrolle el potencial que tiene su función con el fin de servir como herramienta frente a la opresión contra la mujer por el patriarcado. Para ello, es necesario que la jurisprudencia promueva una concepción internacional común y feminista del género, la persecución penal efectiva de los crímenes de violencia sexual y de violencia basada en género, y la utilización de medidas de reparación para fomentar la redistribución y eliminar la desigualdad de género.

Finalmente, el posestructuralismo y la teoría *queer* afirman que el ECPI asume la lógica binaria de los sexos al incorporar una definición de género limitada a lo masculino y femenino, que excluye y deja desprotegidos a los sujetos con identidades sexuales y de género no binarias. Sin embargo, debido a la relevancia internacional de la CPI

en la lucha contra la impunidad y en la satisfacción de los derechos de las víctimas, dejan abierta la puerta para que la jurisprudencia de la CPI se aparte de ciertos preconceptos y reconozca y proteja la fluidez de la sexualidad humana, lo que sin duda promovería la transformación de los escenarios de violencia que sufren los sujetos intersexuales.

En definitiva, al abordar la función de la CPI como objeto de estudio, las aproximaciones teóricas abordadas en esta sección permiten adentrarse en el modo en el que las estructuras a diferentes niveles se co-constituyen y articulan, ofreciendo además la opción de entender las subjetividades producidas por la modernidad más allá de la concepción unidimensional y binaria del individuo.

4. VISIONES PLURALES QUE REFLEJAN LA VOCACIÓN POR REDEFINIR LA FORMA DE COMPRENDER LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El presente trabajo ha analizado la función de la CPI desde diversas aproximaciones teóricas pertenecientes a la filosofía, la teología, las RI y el DI. Así mismo, ha abordado su objeto de estudio tanto desde perspectivas de análisis que adoptan la modernidad y sus subjetividades (con independencia de que se construyan con base en el positivismo jurídico o se alejen del mismo), como desde marcos teóricos que las denuncian, para desarrollar propuestas de transformación de la sociedad internacional y del DI. En consecuencia, su aplicación para responder a la cuestión sobre la función de la CPI ha generado una notable diversidad en lo relativo a su contenido y principales elementos.

Cada una de las perspectivas desde las que se aborda la función de la CPI en este trabajo plantea un escenario propio, lo que refleja las visiones plurales que existen en la actualidad sobre la misma, y hace inútil cualquier intento de buscar una cierta uniformidad en la forma de entender la función de CPI en su triple condición de OI, primer y único tribunal internacional de carácter permanente que aplica el DIP, e institución central del actual sistema de JIP.

Ante esta situación, se ha tratado de facilitar la comparación entre las distintas comprensiones de la función de la CPI con el fin de determinar los elementos en común y las diferencias entre las mismas. Pa-

ra ello, se ha organizado la presentación de las diversas perspectivas teóricas abordadas según sus presupuestos conceptuales y métodos de análisis, dividiendo la obra en partes y secciones bien definidas y seleccionando dos ejes interdisciplinarios de análisis. Además, en el capítulo de conclusiones se ha buscado identificar las continuidades y discontinuidades entre las aproximaciones teóricas abordadas en cada una de las secciones.

Esto no ha sido, sin embargo, óbice para que, en última instancia, la heterogeneidad y la pluriformidad en la forma de entender la función de la CPI se hayan convertido en las características más destacables de una investigación interdisciplinaria que ha procurado aplicar los conceptos y métodos propios de cada una de las disciplinas involucradas, partiendo con respecto a cada perspectiva de análisis de las premisas conceptuales sobre las que ha sido construida.

Con base en lo anterior, y asumiendo un auténtico compromiso de diálogo entre disciplinas, se ha buscado brindar al lector la oportunidad de comparar interpretaciones alternativas sobre el contenido y elementos de la función de la CPI y su desarrollo a través de sus actuaciones en las situaciones y casos procesados hasta el momento, ofreciendo así una amplia óptica de análisis para quienes están interesados en su estudio comprensivo. Con ello se refleja la decidida vocación del amplio equipo interdisciplinario que durante los últimos tres años ha llevado a cabo la investigación presentada en esta obra por redefinir los límites sobre la forma de comprender a un actor internacional relativamente joven y novedoso, y con innegables aspiraciones de universalidad, como la CPI. El desarrollo de esta vocación se ha visto, sin duda, favorecido por el acompañamiento realizado por el IIH y, en particular, por su *Red de Investigación Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*





www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com