

La banalidad de la justicia internacional

William A. Schabas ^{1†}

La justicia penal internacional ha crecido cíclicamente este último siglo, con períodos de desarrollo intensos, interrumpidos por lapsos de inactividad algo extensos. Este artículo se pregunta si nos encontramos en otro período de estancamiento. La Corte Penal Internacional no ha logrado estar a la altura de sus expectativas; pero el verdadero desafío lo representa la disminución del entusiasmo respecto de la Corte en África. Esto se explica en base a la deferencia que esta ha mostrado en relación con el Consejo de Seguridad y su inhabilidad o reticencia a tomar casos difíciles que amenacen a Estados poderosos. En su mejor y más inspiradora faceta, la justicia internacional demuestra que es capaz de confrontar a los ricos y poderosos, y no sólo a los débiles y marginados. La justicia penal internacional necesita otro momento “Pinochet”.

Palabras clave: derecho penal internacional, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Núremberg, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad, Pinochet.

I. Introducción

Aunque se sumasen todos los recientes reveses que ha tenido la justicia penal internacional, todavía estamos a años luz de donde nos

^{1†} William Schabas es uno de los expertos más reconocidos a nivel mundial en materia de genocidio y derecho penal internacional. Es profesor de derecho internacional en Middlesex University en Londres, profesor de derecho penal internacional y derechos humanos en Leiden University en los Países Bajos, y profesor emérito de derechos humanos de la National University en Irlanda. Ha publicado decenas de artículos y numerosos libros sobre justicia internacional.

encontrábamos veinte años atrás. Es muy fácil olvidar lo frágil que parecía toda la iniciativa a comienzos de los noventa, cuando el difunto Antonio Cassese tomaba el timón del recientemente establecido Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY). El trabajo apenas había comenzado cuando ya se presentaban los primeros traspies. El primer fiscal renunció luego de algunos meses en el puesto y sin haber hecho prácticamente nada. Durante más de un año no hubo ningún sospechoso bajo custodia. Académicos destacados se quejaron y denunciaron el probable fracaso de la iniciativa, debido a un marco legal inadecuado basado en figuras penales cuyas definiciones habían sido copiadas y pegadas de la década del cuarenta. Cuando la paz en la ex Yugoslavia parecía estar cerca, algunos de los principales sospechosos, incluyendo Slobodan Milosevic, fueron convocados a los Estados Unidos, como invitados del gobierno, para formar parte de las negociaciones. Creado con la oposición del gobierno ruandés, el segundo tribunal —el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)— pareció enfrentarse a insuperables obstáculos en cuanto al acceso a los sitios del crimen. Prácticamente no hubo actividad de la justicia penal internacional a nivel nacional. El principal caso de jurisdicción universal de la época, Imre Finta en Canadá, había terminado en absolucón.

Resultaba difícil en ese entonces percibir que el vaso estaba medio lleno y que los progresos emocionantes no estaban lejos. Ciertos individuos extraordinarios, como Antonio Cassese, Richard Goldstone y Louise Arbour eligieron invertir algunos de los mejores años de sus carreras en este proyecto, mientras que otros se mantuvieron apartados, enfocándose en otras áreas, convencidos de que la justicia penal internacional era un callejón sin salida. El punto aquí es que la enumeración de una serie de reveses no necesariamente demuestra la existencia de una crisis o prueba que la ola haya pasado de su cresta. También es cierto que las olas tienen cresta y rompen. La historia muestra un patrón cíclico en cuanto a la justicia penal internacional. Después de la Primera Guerra Mundial, se produjo una ráfaga inicial de bastante actividad, marcada por las disposiciones del Tratado de Versalles y del Tratado de Sévres, y rematada por el significativo pero inadecuado Juicio de Leipzig. Esto fue seguido por dos décadas de estancamiento, durante las cuales algunos académicos —Pella, Donnedieu de Vabres, Lemkin— mantuvieron la llama encendida. Las cosas revivieron dramáticamente en los cuarenta, pero la idea de que el

espíritu de Núremberg y Tokio continuaría a través de un tribunal permanente, estipulado en el artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, flaqueó ante la atmósfera estéril de la Guerra Fría. El proyecto cobró fuerza una vez más en los noventa, y ha superado incluso las expectativas más optimistas; sin embargo, no puede descartarse que haya otro período de calma a la vuelta de la esquina. Por ello, nos corresponde reflexionar sobre las adversidades contemporáneas, para entender sus causas y evaluar sus soluciones, si existiesen.

II. El decepcionante desempeño de la CPI

¿Debería ser una sorpresa para alguien, que algo del brillo de la Corte Penal Internacional (CPI) se haya desgastado y que los Estados dejen entrever su descontento, por ejemplo, ejerciendo presión sobre su presupuesto? La Corte ni siquiera ha estado a la altura de sus propias expectativas. En el comienzo, en 2004, el primer presupuesto propuesto para la oficina del fiscal sostuvo que “en 2005, la oficina planea llevar a cabo un juicio completo, comenzar un segundo y continuar con dos nuevas investigaciones”.² Un diagrama de flujos ideado por la Corte, basado en los planes del Fiscal y en las evaluaciones de los jueces, indicó que el primer juicio ante la Corte iba a terminarse en agosto de 2005.³ Al día de hoy, casi una década después, se ha producido tan solo una sentencia*. Quizás pronto se aproxime una segunda, de Germain Katanga, pero esto se debe únicamente a que los jueces del tribunal reconfiguraron sus imputaciones luego de varios meses de deliberaciones.⁴ De los catorce casos que el Fiscal ha llevado ante la audiencia de confirmación, cuatro han sido rechazados. Si a esto se le suma la absolución de Ngudjolo y el colapso de la causa contra Muthaura,⁵ se obtiene un promedio menor al 60% en cuanto al accionar del Fiscal. Esta cifra resulta muy pobre cuando se la compara con las tasas de absolución de otros tribunales penales internacionales,

² Draft Programme Budget for 2005, ICC-ASP/3/2, 26 de julio de 2004.

³ Ibid., pág. 49.

⁴ Decisión relative a la mise en ŷuvre de la norme 55 du Reglement de la Cour et prononcant la disjonction des charges portées contre les accusés, Katanga (ICC-01/04-01/07), Segunda Sala de Juicio, 21 de noviembre de 2012.

⁵ Decisión sobre el retiro de cargos contra Muthaura, Muthaura and Kenyatta (ICC-01/09-02/11), Quinta Sala de Juicio, 18 de marzo de 2013.

incluyendo el Tribunal Militar Internacional, el cual tuvo un promedio del 14%.⁶

Este decepcionante desempeño puede explicarse sobre la base de un número de razones; aunque quizás ninguna sea suficiente por sí sola. Algunos sugieren que esto se debe a la competencia de la Oficina del Fiscal, aunque esta esté constituida y liderada por experimentados profesionales, muchos de los cuales han demostrado sus habilidades en tribunales ad hoc. ¿Por qué es que resultaron tan exitosos en un esquema, pero frustrantemente ineficaces en el nuevo ambiente de la CPI? Se torna cada vez más evidente que existe algo respecto de la CPI que la distingue profundamente de los tribunales ad hoc. Posiblemente, tal y como dijo alguna vez James Crawford —el arquitecto del enfoque más conservador propuesto por la Comisión de Derecho Internacional—, el mundo no estaba listo para el proyecto radical que emergió de la Conferencia de Roma en 1998. La decepción actual puede ser explicada por expectativas irreales provenientes de la euforia de fines de los noventa, cuando la justicia penal internacional en general, y la CPI en particular, parecían imparables.

III. La política de la justicia penal internacional: Estados Unidos y África

Si es que la historia sirve de algún tipo de guía, los declives cíclicos de la justicia penal internacional del pasado pueden explicarse principalmente por factores políticos. Las dificultades técnicas, que sí las hubo, jugaron un rol muy secundario. Es un poco trillado descartar los esfuerzos al final de las dos guerras mundiales como un ejercicio de la “justicia del vencedor”; pero no es posible negar que ambos contaban con entusiastas y detractores. Los logros en Núremberg y Tokio fueron alabados en Estados Unidos y en parte de Europa. En India, por otro lado, el juez Radha Binod Pal desestimó los procesamientos japoneses por considerarlos poco más que un neocolonialismo cínico. Los latinoamericanos fueron igualmente escépticos acerca de los logros en Núremberg y se movilizaron para que los nuevos instrumentos de derechos humanos incluyeran estrictas provisiones respecto de las

⁶ A. Smeulers, B. Holsa and T. van den Berg, ‘Sixty-Five Years of International Criminal Justice: The Facts and Figures’, 13 *International Criminal Law Review* (2013) 7-41, pág. 20.

persecuciones retroactivas a fin de prevenir la repetición de los juicios post bélicos.

El compromiso global con la justicia internacional y especialmente con la CPI puede estar exagerado. En el nivel del Consejo de Seguridad, sólo dos miembros permanentes son también Estados parte del Estatuto de Roma. Sin embargo, el Consejo puede lograr unanimidad para activar la Corte, como lo hizo con la Resolución de 1970 referente a Libia. No ha llegado a un acuerdo en relación con Siria o Sri Lanka por la obvia razón de que los intereses estratégicos de uno o más miembros permanentes entran en juego. Sin embargo, el problema no reside exclusivamente en Rusia y China. Estados Unidos e incluso Gran Bretaña y Francia no dudarían en invocar el veto si estuvieran involucradas partes del mundo que les resultasen sensibles.

De aquellos días vertiginosos de la década pasada parecen sobresalir dos características: África había aceptado a la justicia internacional con sorprendente entusiasmo y Estados Unidos parecía empeñado en destruir a la CPI. Todo eso ha cambiado. África se encuentra cada vez más desmoralizada, mientras que Estados Unidos se ha convertido en uno de los promotores más aficionados. ¿Será posible que este cambio explique el malestar que hoy parece afligir a la justicia internacional?

A veces es realmente difícil recordar lo inesperado que resultó el compromiso africano en relación con la CPI. Muchos participantes de la Conferencia de Roma asumieron que la institución sería establecida por un número relativamente chico de países del Norte, con poco apoyo del Sur. Ese es el motivo por el cual, por ejemplo, durante la Conferencia de Roma hubo una gran insistencia en que la jurisdicción de la Corte se basase en la universalidad. Cuando el compromiso final emergió basándose en la territorialidad y nacionalidad, muchos creyeron que ello condenaría a la Corte al fracaso, ya que raramente los Estados en situación de conflicto habrían de plegarse. El paradigma para esos Estados fue el continente africano. Del mismo modo, había una gran preocupación de que el requisito mínimo de sesenta Estados para la entrada en vigor del Estatuto de Roma resultase inalcanzable. Simplemente no había suficientes democracias benignas en Europa para llegar a sesenta, y no existía expectativa alguna de apoyo general a la Corte desde otro lugar del mundo.

Luego, sorprendentemente, las ratificaciones comenzaron a llegar en grandes números. Los países en África con conflictos del presente o del

pasado reciente parecían infectados de entusiasmo por la Corte: Sierra Leona, Burundi, República Democrática del Congo, Uganda, Nigeria y la lista continúa. Quienes habían insistido con la jurisdicción universal y con un mínimo de veinte Estados para la Conferencia de Roma no habían imaginado nunca tal desarrollo. Y mientras que la ola de apoyo hacia la Corte avanzaba, la administración de Bush aullaba por una Corte con un Fiscal fugitivo que sólo podía domesticar empleando los términos inciertos del artículo 16.

Es importante entender por qué, contrariamente a las predicciones en Roma, los Estados africanos fueron tan entusiastas sobre la Corte. Frustrados por la inhabilidad de otras organizaciones internacionales para manejar las preocupaciones del complicado continente, giraron hacia un nuevo experimento que no parecía estar caracterizado por la dialéctica tradicional de norte-sur, ricos-pobres, primer mundo-tercer mundo, grandes potencias y todos los demás. La Corte se mostraba genuinamente igualitaria en cuanto a su estructura y profundamente justa en su concepción. Para evitar la confrontación directa, se le había asignado al Consejo de Seguridad un rol aparentemente marginal, a través de los artículos 12 y 16.

En 1994, cuando se había establecido el TPIR, existía una sensación de que el Consejo de Seguridad estaba avergonzado frente a la sugerencia de que actuaba con estándares dobles. Si un año antes había actuado en la ex Yugoslavia, ¿cómo podría no responder de forma similar ante la mayor manifestación de genocidio desde el Holocausto? En aquel momento frecuentemente se decía que el Tribunal de Ruanda nunca se hubiese establecido si no fuera por el *fait accompli* del Tribunal de Yugoslavia. La indiferencia por los problemas africanos dejaría de existir una vez que la CPI entrase en funcionamiento. Con la activación de las primeras situaciones, en Uganda y en la República Democrática del Congo, parecía que finalmente la Corte iba a dedicar a África la atención que se merecía.

Mientras tanto, la perspectiva de los Estados Unidos sobre la Corte comenzó a evolucionar. Los legisladores en Washington estaban cada vez más cómodos con una institución que parecía respetuosa de sus sensibilidades. La pesadilla de un fiscal irresponsable, es decir un activista por los derechos humanos con una agenda anti-americana, ya no parecía realista. Nunca sabremos cuánto de esto se debió a señales silenciosas que Moreno Ocampo envió a los Estados Unidos, pero

gracias a Wikileaks existe una pista escrita. “Ocampo dijo que estaba observando las acciones de las fuerzas británicas en Irak— lo cual... llevó a que un fiscal británico del TPIY casi se cayera de su silla”, decía un mensaje a Washington sobre una de sus misiones. “Privadamente, Ocampo dijo que desea desistir de los asuntos en Irak (es decir, no investigarlos)”.

Las actividades iniciales de la Corte en África fueron muy apreciadas. Estaba claro que esta era una institución que no ignoraría el continente. Como muchos lo han notado, las primeras situaciones de la Corte fueron el resultado de una auto-remisión. Esto confirma la naturaleza consensual de las persecuciones, aunque existían ciertas preocupaciones de que se tratasen de investigaciones parciales, dirigidas más a rebeldes que al gobierno oficial. En 2005, el Consejo de Seguridad se involucró al remitir la situación de Darfur. Si bien existía una preocupación global general sobre el conflicto que estaba experimentando Sudán, el foco sobre Sudán no provino de África en sí, sino de la administración Bush. El proceso que condujo a remitir a Darfur a la Corte comenzó en Washington durante la campaña electoral de 2004, bajo la iniciativa de Bush y Powell. Inicialmente, no existía ningún signo particular de descontento en África siempre que la Corte centrara su atención sobre los ministros y líderes de la milicia.

El punto de inflexión llegó en julio de 2008 cuando el Fiscal anunció su intención de procesar al presidente Bashir por genocidio. Cuando los líderes africanos sugirieron que esto podría alterar el delicado proceso de paz, el Fiscal les contestó que ese no era realmente su problema y que el artículo 16 del Estatuto de Roma estipulaba el mecanismo apropiado para tratar la cuestión. Estados Unidos indicó que invocaría su veto para evitar la implementación del artículo 16. Ahora el ciclo había terminado y la labor de la Corte estaba constreñida a las prioridades del Consejo de Seguridad, con todo lo que ello conlleva, incluyendo el veto.

El sueño de una nueva institución que fuera independiente del viejo sistema, en la cual todos los Estados jugasen un rol igualitario y cuyo trabajo estuviese dirigido por un fiscal genuinamente independiente e imparcial, parecía echarse a perder. Esto se parecía cada vez más a “la misma y vieja historia”. De hecho, fue un gran error por parte del Fiscal sugerir que el artículo 16 era la manera correcta para solucionar el asunto. El artículo 16 fue una fea concesión, propuesta durante las

negociaciones con el objetivo de acumular el apoyo de Gran Bretaña como parte de un paquete de compromisos. La mayoría de los Estados africanos, ciertamente la vasta mayoría de los no alineados, probablemente hubiesen preferido un Estatuto donde el artículo 16 (y su gemelo malvado, el artículo 13) fuesen omitidos por completo. En un paquete de justicia internacional holístico, coherente y de principios no queda lugar para la deferencia al Consejo de Seguridad.

IV. La inequidad de la justicia penal internacional

Uno de los grandes momentos determinantes de la justicia internacional de estos tiempos fue el arresto de Augusto Pinochet, en Londres en octubre de 1998. Al ocurrir sólo unos meses después de la adopción del Estatuto de Roma, envió el mensaje de que incluso los amigos de los más poderosos podrían ser castigados si estaba en funcionamiento un sistema de justicia imparcial y genuinamente independiente. Pinochet no era un oscuro tirano africano. Él era un íntimo amigo de Margaret Thatcher, había llegado al poder a través de un golpe de estado y lo había conservado por muchos años con la complicidad de Washington. Quince años después, la justicia penal internacional se está enfocando en los parias globales, como Charles Taylor, Saif Gaddafi y Hissene Habré. Los amigos de los ricos y poderosos no son vistos por ningún lado. Ya no hay más “Pinochets” en el estrado. La CPI encuentra pretextos técnicos y poco convincentes para evitar lidiar con casos difíciles como las atrocidades británicas en Irak, la Operación Plomo Fundido y la construcción continua de asentamientos en la Ribera Occidental.

Otros tribunales, como la Corte Internacional de Justicia, se han enfrentado a desafíos de credibilidad similares. En su mejor cara, la CIJ ha demostrado ser capaz de condenar a los Estados más poderosos. En su primer caso contencioso, Canal de Corfú, la Corte sostuvo —unánimemente— que el Reino Unido había violado la soberanía de Albania. En un famoso párrafo explico:

La Corte sólo puede considerar el presunto derecho de intervención como una manifestación de una política de fuerza que en el pasado ha dado lugar a los abusos más serios y que, cualesquiera sean los defectos actuales de la organización internacional, no puede tener lugar en el derecho internacional. La intervención puede ser aún menos admisible dada la forma particular que tomará aquí, ya que por la naturaleza de las

cosas, estaría reservada a los Estados más poderosos y fácilmente podría dirigirse hacia la perversión de la administración de justicia internacional en sí misma.⁷

Luego, en los sesenta, la Corte produjo una gran decepción cuando pareció darle la espalda a la ocupación sudafricana en Namibia.⁸ Recuperó su ritmo en 1985, cuando condenó a los Estados Unidos por apoyar a los insurgentes en Nicaragua. Este era el momento Pinochet de la Corte. Alentados por Nicaragua,⁹ los Estados que previamente habían sido indiferentes a la CIJ comenzaron a aceptar su jurisdicción obligatoria y a retirar las reservas que habían hecho con respecto a las cláusulas compromisorias en los tratados, tales como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

En su mejor faceta, la justicia internacional es capaz de obligar a los Estados e individuos más poderosos a comportarse de acuerdo a las mismas reglas que estos mismos Estados e individuos insisten en aplicar a los pequeños y débiles. Este proyecto sólo nos inspira realmente cuando se muestra capaz de estos desafíos.

Existe un gran entusiasmo respecto a que finalmente se aplique la justicia internacional sobre Hissene Habré, quien enfrenta un juicio en Senegal de conformidad con los claros términos de la Convención contra la Tortura. Bélgica, heroica, fue un catalizador para el proceso. Sin embargo, la tortura también fue utilizada descaradamente por Estados Unidos en el período 2001-2008; siendo incluso glorificada de alguna manera en las películas de Hollywood y las series de televisión. El Presidente Obama, a quien admiramos por muchas razones, incluyendo una política que inequívocamente rechaza la tortura, simplemente se encoge de hombros y dice que no sería recomendable la persecución criminal de aquellos responsables por los abusos del pasado. ¿Por qué Bélgica no insiste con que los líderes americanos como Rumsfeld y Cheney sean extraditados para ser sometidos a juicio, como lo hizo con la pequeña Senegal? Los africanos tienen un punto cuando afirman que este es el último grito del Rey Leopoldo. ¿Por qué ha de lucharse contra

⁷ CIJ, Caso Canal Corfú (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Albania), 9 de abril de 1949, ICJ Reports (1949), 4 et seq., pág. 35.

⁸ CIJ, Casos relativos al África Sudoccidental (Segunda Fase), 18 de julio 1966, ICJ Reports (1966), 6 et seq.

⁹ CIJ, Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), 27 de junio de 1986, ICJ Reports (1986), 14 et seq.

la impunidad en Senegal —con mucho aliento americano, e incluso apoyo financiero— pero ignorarla en Washington?

V. El riesgo de la mediocridad

En esta reflexión colectiva de “adversidades” probablemente resulte fuera de lugar contemplar un colapso total análogo al que ocurrió en las décadas del veinte y del cincuenta. La justicia internacional parece haberse vuelto una característica demasiado importante del sistema internacional. El verdadero peligro es que se vuelva cada vez más mediocre. Desde un órgano vibrante y dinámico, lleno de potencial para alterar el orden posterior a la Segunda Guerra Mundial, y leal a un puñado de Estados poderosos; la CPI ahora se ha vuelto muy deferente al orden establecido. Si bien en general no opera bajo un mandato directo del Consejo de Seguridad, esto puede ser más ilusorio que real, ya que nunca se sale de la zona de confort de los miembros permanentes.

El hecho de que los Estados grandes y ricos parezcan haberse cansado de la justicia internacional no ha de ser la preocupación primaria. De hecho, el hecho de que tengan ciertas dudas respecto a su compromiso con la justicia internacional, manifestándolas en medidas tales como recortes de presupuesto para la Corte, puede ser tomado como un indicador positivo en lugar de una señal de que existen problema. La verdadera preocupación debería ser la pérdida del entusiasmo en relación a la Corte por parte de África y el Sur. Inevitablemente, la banalidad de la justicia internacional también promoverá apatía y desafección en la sociedad civil, cuyo empuje ha sido tan importante para la justicia penal internacional las dos décadas pasadas. En este momento la justicia internacional necesita más Augustos Pinochets y menos Hissenés Habrés.