



La Corte Penal Internacional (CPI) y la internacionalización del derecho penal

Julio González Zapata

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad de Antioquia. Correo electrónico:
juliogzapata@yahoo.com

Resumen

Probablemente no hay hoy ninguna institución que goce de un mayor prestigio, que genere más expectativas, que logre atraer por igual a la izquierda y a la derecha, que la Corte Penal Internacional. Muchos vislumbran y le apuestan a ella como la esperanza de que finalmente se acabarán las injusticias en el mundo, que todos los delincuentes van a ser correctamente castigados, que se desterrará la impunidad de la tierra, que la verdad y la justicia resplandecerán como en un nuevo siglo de las luces, que los tiranos no podrán dormir tranquilos y que los pueblos no serán jamás sojuzgados. Otros ven en ella una especie de Comisaría Internacional, en la cual se pueden ventilar todas las diferencias con los oponentes políticos y hasta con los gobernantes de otros países.

Tengo muy serias dudas sobre tantas promesas. La Corte Penal Internacional tiene unos orígenes, una conformación, está presa en una lógica de un exacerbado optimismo punitivo y se ha construido en un contexto tan adverso a las libertades y garantías, que creo que no permite albergar tales expectativas. Este escrito se propone, precisamente, acercarse un poco a sus orígenes, sus propósitos y sobre todo señalar el contexto en el que ha surgido, con el fin de evaluar lo que podemos esperar de ella y hasta dónde son fundadas esas expectativas.

Palabras Clave: Derecho Penal; Corte Penal Internacional; internacionalización del derecho penal; derecho penal internacional.

La Corte Penal Internacional (CPI) y la internacionalización del derecho penal

*“El engaño, vestido de aporía, consiste en presentar al poder penal, ese viejo y conocido violador de los derechos humanos, como remedio para las violaciones de los derechos humanos”.*¹

Su origen

Los orígenes más cercanos de la Corte Penal Internacional (CPI) hay que buscarlos inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial. Como es sabido, las potencias triunfadoras en la Segunda Guerra Mundial realizaron los juicios penales de Núremberg y Tokio a algunos de los personajes más representativos de las potencias vencidas. Estos juicios estuvieron signados por bastantes dudas acerca de su legalidad y su legitimidad pues no existía una norma previa que creara esos tribunales, que definiera los delitos, los procedimientos y las penas. Tal vez el hecho de que fueron los vencedores los que hicieron los juicios y que las atrocidades de los vencidos fueran tan repugnantes, lo que silenciaron estos pequeños “detalles”, escandalosos, sin embargo, para cualquiera con una precaria formación jurídica. La constatación de tantas atrocidades, de millones de cadáveres y de víctimas degradadas más allá de los límites de la degradación, hicieron pasar a un plano secundario los cuestionamientos de esa rendición de cuentas impuesta a los vencidos, ahora ya no vestidos con trajes de fatiga, sino con togas.

Prácticamente terminados esos juicios, se empieza a hablar de la posibilidad de crear una corte internacional permanente que se ocupara de algunos delitos que se consideren especialmente graves y que evitara los problemas de legitimidad de los tribunales de Núremberg y Tokio. Este propósito fue silenciado durante muchos años por efectos de la guerra fría. Después de la caída del muro de Berlín y sobre todo, a partir de la guerra de los Balcanes y las masacres de Ruanda –cuando supuestamente termina la Historia y empezamos una era de un mundo único–, se aceleraron los trabajos para la constitución de dicha Corte, que finalmente se concretan en 1998, con la firma del Tratado de Roma, para juzgar los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión. Mi propósito no es, sin embargo, describir en qué consiste la CPI, cuáles son sus competencias, cuáles los procedimientos que debe seguir y las penas que puede imponer, sino diseñar el panorama en el cual fue creada y los efectos que ha producido en el entendimiento de ciertas instituciones penales y, al final, mostrar una pequeña muestra de sus resultados.

Un punto de partida: primero los derechos y después las penas

Ante las atrocidades y la tragedia que significó la Segunda Guerra Mundial, se empezaron a diseñar algunos instrumentos internacionales y constitucionales, que tenía por objeto limitar el poder punitivo de los Estados y, correlativamente, que les garantizaran a todos

¹ Pastor, Daniel R. *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*. En: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coordinadores). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Edisofer, B de F., Buenos Aires, pág. 519

los habitantes de la tierra un mínimo de derechos que deberían ser respetados por todos los Estados. Estos instrumentos son básicamente la declaración de los derechos humanos, realizada por las Naciones Unidas en 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la consagración de los derechos fundamentales, en gran parte de las Constituciones de Occidente, tomando como ejemplo la Constitución de Bonn de 1949. Regionalmente se suscribieron algunos tratados y convenios que tenían ese mismo sentido: limitar el poder punitivo de los Estados a partir del reconocimiento de unos derechos de los individuos que serían de obligatorio acatamiento por los Estados, como la Convención Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, vinculante para los países de América.

Pero este reconocimiento de derechos fue rápidamente combinado con unos tratados que buscaban un efecto contrario: obligar a los Estados a criminalizar ciertas conductas, como por ejemplo, la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,² Convención Única sobre Estupefacientes,³ Convenio contra Terrorismo y Extorsión con Trascendencia Internacional,⁴ Convención contra la Tortura⁵, Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción,⁶ Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicio a la aviación civil internacional, complementario del convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil.

Como puede verse, entonces, después de la Segunda Guerra Mundial se presenta un movimiento de doble sentido: por un lado se reconocen derechos a las personas y por otro, se obliga a los Estados a penalizar a sus súbditos, so pena de incurrir ellos mismos, a su vez, en sanciones internacionales.

A partir de la caída del muro de Berlín, este propósito punitivo se incrementaría y casi se dejaba en el olvido cualquier idea de proteger al ciudadano que se viera involucrado en un proceso penal. Como veremos más adelante gran parte de ese auge punitivo empieza a surgir a partir de una nueva sensibilidad sobre las víctimas.

El optimismo punitivo

La euforia y las esperanzas que despierta la CPI, hacen parte de un fenómeno socio-cultural de alcance mundial que podríamos denominar *optimismo punitivo* y que podríamos dibujar de la siguiente manera: Después de que la teoría de la *reacción social* en los años sesenta, la *criminología crítica* en los setenta y el *abolicionismo* en los ochenta, hicieran una crítica demoledora del derecho penal, hasta el punto de considerarlo un problema social en sí mismo, hoy el derecho penal reaparece con una fuerza inusitada; ahora se le atribuyen nuevas funciones, no cesan de descubrirse nuevos campos sociales donde el derecho penal tendría que hacer su entrada triunfal, se le reconceptúa como un instrumento de guerra y se le dota de instrumentos de persecución alérgicos, en su misma concepción, a los más elementales derechos fundamentales; se desvirtúa completamente

² Adoptado por Colombia mediante la Ley 67 de 1993.

³ Adoptado por Colombia mediante la Ley 613 de 1974.

⁴ Adoptado por Colombia mediante la Ley 195 de 1995.

⁵ Adoptado por Colombia mediante la Ley 70 de 1986.

⁶ Adoptado por Colombia mediante la Ley 970 de 1995.

la función del proceso penal y la relación entre el delito y la pena, hasta el punto, de que la pena no depende del delito sino de la conducta procesal observada por el investigado y el mismo proceso, a la mejor manera kafkiana, se convierte en un castigo. La víctima adquiere un papel protagónico y aparece ahora como el centro de la preocupación y sus derechos minimizan o hasta anulan, los de los procesados y condenados; se invierten y pervierten principios básicos del derecho penal; el principio de que no hay pena sin delito se transmuta en que no hay delito sin pena (es decir, ningún delito puede quedar impune), se proclama la imprescriptibilidad de ciertos delitos, se niega el principio del non bis in ídem (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho), se reniega de la prohibición de aplicar leyes penales desfavorables en forma retroactiva, etc.⁷ Tal vez una de las más inquietantes preocupaciones frente a este panorama, es que recibe una gran aceptación social y política.

Este optimismo punitivo opera a partir de estas premisas: *El “descubrimiento” de nuevos campos sociales, a los que se pretende enfrentar con los instrumentos del derecho penal.* La revolución informática, la difusión de sustancias estupefacientes, las manipulaciones genéticas, el trasplante de órganos, la irrupción del SIDA, la necesidad de protección del medio ambiente, la criminalidad económica, el crimen organizado y el terrorismo, la pretensión de mantener los niños fuera de cualquier “contaminación” sexual, y desde luego, las violaciones a los derechos humanos, permiten que el derecho penal deje de ser un instrumento para reaccionar ante daños y se convierta en factor para la prevención de riesgos. En el centro de este fenómeno está, por supuesto, la asunción del concepto de *sociedad de riesgo*, lo que ha traído como consecuencia inmediata para el derecho penal, adelantar la barrera de protección de los bienes jurídicos y por este camino el delito ha dejado de ser una conducta que produce resultados dañinos a los bienes jurídicos, para, en su lugar, diseñarse como un artefacto para prevenir peligros abstractos, que se suponen afectan las condiciones de supervivencia de la sociedad. Ese peligro, como normalmente no se conoce en toda su extensión, se presume y en algunos casos, se deduce estadísticamente. “No busca exactitud sino probabilidad, no habla de ‘causa’ y ‘causalidad’ sino de otro tipo de conexiones menos exigente (factores, variables, correlaciones, etc.).”⁸

Se le atribuyen nuevas funciones al derecho penal. La tensión entre modernidad y postmodernidad, se ha reflejado en el derecho penal, modificando profundamente sus funciones declaradas; “El derecho penal ya no debe (o ya no debe únicamente) castigar, sino *infundir confianza* a la colectividad e incluso *educarla*; siendo así, estas funciones de *tranquilización* y de *pedagogía* no pueden más que provocar una extensión del ámbito que debe ser cubierto por el derecho penal.”⁹ Estas nuevas funciones que se le atribuyen al derecho penal, lo sitúan, paradójicamente, en un estadio premoderno, porque como lo dice Luigi Stortini, se vuelven a confundir el derecho y la moral y, entonces, el derecho

⁷ Sobre este punto se puede ver: Sánchez Silva, Jesús María (2008). *¿Nullum crimen sine pena? Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor.* En: *Cuadernos de Derecho Judicial VIII, 2007.* Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 327-361.

⁸ García-Pablos De Molina, Antonio. *Tratado de criminología. (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen).* Op. cit. pág. 37.

⁹ Stortini, Luigi (2003). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo. El análisis de la Escuela de Frankfurt.* Arroyo Zapatero, Luís, Neuman, Ulfrid y Nieto Martín, Adán (coords.). Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, pág. 16.

penal se ve necesariamente avocado al autoritarismo: “...porque [se] confía en el derecho penal y a un instrumento coercitivo una misión pedagógica que contradice la naturaleza de ese instrumento, situándolo más en una lógica autoritaria que en una tolerante y democrática.”¹⁰ Se ha llegado a ver en el castigo, inclusive, un componente importante de un nuevo orden democrático.¹¹

De esta manera, “[...] el derecho penal deja de ser un medio de protección de la libertad, para convertirse en un medio de uso técnico y tecnológico en función de cualquier interés político o político-partidista”,¹² así, a veces, se invoquen valores superiores como la civilización o la humanidad entera.

El soporte de este ambiente punitivo podría explicarse por varios factores que a veces actúan con cierta independencia y en otras, reforzándose mutuamente.

1. La idea de que existe una criminalidad internacional que podría afectar eventualmente a todos los Estados y que por lo tanto, todos deberían colaborar en su persecución. Las drogas, el terrorismo, el tráfico de armas, el tráfico de personas, la pornografía infantil, son algunos de los temas recurrentemente invocados en esta cruzada punitiva.
2. Las dictaduras del Cono Sur en Latinoamérica, había aceptado devolver los gobiernos a los civiles expidiendo previamente leyes de *perdón* y *olvido*, o leyes de *punto final*, por medio de las cuales garantizaban que los crímenes que habían cometido, no fueran investigados y obviamente tampoco castigados. Es decir, se autoindultaron y autoamnistiaron.
3. Esas leyes produjeron algunas reacciones en la llamada comunidad internacional y esa reacción básicamente suponía que deberían ser investigados y sancionados esos crímenes y como consecuencia empieza a hablarse de unos estándares internacionales de *justicia*, entendiéndolo esta como *castigo* desnudo, de obligatorio cumplimiento para todos los Estados.
4. Con este objeto se empieza a hablar de justicia transicional, en la cual se afirmaba que el precio que podían pagar las sociedades por la paz no podía ser el de la negociación absoluta de la justicia y que por lo tanto es necesario, una sanción que puede ser moderada pero que aliente a los criminales a entregarse a la justicia y de esta manera facilitar el retorno a la democracia. Es una idea un poco extraña la de una democracia que dependa del castigo.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 14.

¹¹ “Por eso, dentro de un proceso transicional como aquél por el que podría pasar Colombia, con algunas excepciones, el castigo se hace exigible, no sólo porque produciría la condena pública de tales comportamientos, sino porque el nuevo orden social y democrático que se construiría a través de la transición implicaría la total exclusión de los mismos y encontraría en el respeto de los derechos humanos su fundamento básico.” Uprimny Yepes, Rodrigo y Saffón Sanín, María Paula (2006). *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*. En: *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Ediciones Anthropos. Bogotá. pág.132

¹² Aponte Cardona, Alejandro (2006). *Guerra y Derecho Penal de Enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. Nota al pie. pág.146

5. Todo esto se concreta en un verdadero movimiento global sobre verdad, justicia, reparación y no repetibilidad de los hechos.

¿De qué estamos hablando cuando hablamos de la CPI?

Cuando hablamos de la Corte Penal Internacional, estamos hablando de derecho penal y cuando hablamos de derecho penal aludimos al mecanismo de control social formal más drástico, más invasivo, más doloroso, más problemático y que actúa, como la ha demostrado la *criminología crítica*, de una manera desigual, discriminatoria y selectiva. Resulta iluso, por lo menos, pensar que la justicia penal porque este globalizada e internacionalizada, se ocupe de delitos graves y tenga especial justificación en las víctimas, vaya a operar de una manera diferente.

Sobre los límites del derecho penal para resolver problemas, no ha advertido el inolvidable maestro Alessandro Baratta:

Es necesario ser conscientes de la imposibilidad de controlar sólo con la intervención represiva sobre los comportamientos individuales de las personas físicas –más allá de los cuales la justicia penal de un estado de derecho no puede ir–, conflictos que tienen como sujetos y modalidades organizaciones y sistemas complejos de acciones, antes que individuos y comportamientos singularizables, que tienen relación con formas ilegales de extracción y acumulación de los recursos, cuyos usufructuarios pueden estar bien lejos de los autores, como sucede, por ejemplo, en el caso de operaciones ilegales de grandes sociedades nacionales y multinacionales.¹³

La radiografía de cómo opera el derecho penal cuando lo hace a nivel internacional, la ha hecho Daniel R. Pastor, con estas palabras:

[...como] los hechos que busca castigar son gravísimos, se ha generado internacionalmente una “incultura penal” en el sentido de que estamos ante una comprensión del poder punitivo contraria a la cultura penalista vigente: en el sistema internacional el fin justificaría los medios, de modo que si esos hechos gravísimos no pueden ser penados adecuadamente, dado que no pueden quedar impunes serían penados de cualquier manera y a toda costa.¹⁴

Y nos insiste el profesor argentino:

El poder penal internacional parte, eufórica e insólitamente, de la idea de que la pena es algo maravilloso y no algo peligroso, destructivo, desafortunado y fracasado (aunque siempre inevitable: “amarga necesidad”), que es lo que piensa de la pena la cultura jurídica moderna, motivo por el cual la tratamos con múltiples controles y suma desconfianza.¹⁵

¹³ Baratta, Alessandro (2004). *La vida y el laboratorio del derecho* (1988). *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam. B de F.*, Buenos Aires, pág. 51

¹⁴ Pastor, Daniel R. *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*. Op. cit. pág. 488

¹⁵ *Ibidem*, pág. 490

Las condiciones para el surgimiento de la Corte Penal Internacional: el desmoronamiento del Estado nacional y la guerra perpetua

La Corte Penal Internacional nace en un momento de debilitamiento de los Estados nacionales y su lógica contribuye a su debilitamiento: “En otras palabras, los Estados encuentran [en el avance del derecho internacional de los derechos humanos] cada vez mejores directrices y mayores restricciones para el diseño de su política de paz, de sus estrategias de guerra y de sus modelos de transición.”¹⁶

Pero ese debilitamiento del Estado nacional, se parte, retóricamente, de la idea que son entidades iguales, y que todos los habitantes de la tierra comparten los mismos valores y tienen la misma “humanidad”.

Obviamente, que nadie, más allá de una proclamación retórica, asume esto con seriedad. Hoy más que nunca los Estados están debidamente clasificados, jerarquizados y ordenados. Algunos pueden violar con toda la soberbia imaginable y valiéndose de cualquier artimaña, las normas internacionales y a otros se les controla en sus más mínimos detalles a través de bloqueos militares, presiones económicas y chantajes diplomáticos. A nombre de la humanidad se declaran y ejecutan guerras preventivas, con fundamentos falaces. ¿Qué nos hace pensar que un instrumento como el derecho penal, que ha sido siempre selectivo, discriminatorio y desigual, pueda mutar súbitamente de naturaleza simplemente porque se le declare universal o internacional y porque su aplicación se haga por un tribunal internacional único, lejano y ajeno? Ahora lo que ocurría entre individuos dentro de los estados, ocurrirá entre estados y grupos de estados. Las pruebas están a la vista: algunos se reservan el derecho de certificar a otros y de calificar quién es terrorista o quién no lo es.¹⁷

Y obviamente no podríamos olvidar aquí la guerra universal contra el terrorismo, intensificada a partir de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 y que ha producido lo que José Ángel Brandariz García llama “la guerra global permanente” en la cual se hacen indistinguibles lo interior y lo exterior,¹⁸ y que le permite afirmar que “quizás la característica más relevante de los conflictos bélicos del presente es la progresiva indiferenciación de los planos –político y militar– de gestión de la seguridad y los conflictos.”¹⁹

La reinención de las víctimas: las astucias de una estrategia

Uno de los tópicos más recurrentes en la literatura jurídico-penal y criminológica de las dos últimas décadas, es la víctima. Ese actor olvidado por lustros, sino por siglos, por el discurso penal, hoy reaparece con una fuerza inusitada. Pero no podemos caer en la ingenuidad de suponer que ahora se les convoca para restituirle sus derechos,

¹⁶ Botero, Catalina; Restrepo, Esteban (2006). *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia*. Rodrigo Uprimny (Dir.). *Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá. pág. 51

¹⁷ También se habla de “potencias del mal” o de estados inviábiles.

¹⁸ Brandariz García, José Ángel (2007), *Política criminal de la exclusión. el sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-nación*. Editorial Comares, Granada, pág. 201

¹⁹ *Ibidem*, pág. 205

restablecerles la voz inmemorial y violentamente silenciada sino para otros fines como nos advierte David Garland:

Si las víctimas fueron alguna vez el resultado olvidado y ocultado del delito, ahora han vuelto para vengarse, exhibidas públicamente por políticos y operadores de los medios masivos de comunicación que explotan permanentemente la experiencia de la víctima en función de sus propios intereses.²⁰

El mismo autor señala cómo este interés de ninguna manera transparente hacia la víctima ha modificado sustancialmente el sistema penal: Ahora, [...], el sistema de justicia penal se afana a reinventarse a sí mismo como una organización de servicios dirigidos a los individuos víctimas del delito, más que como una mera agencia de aplicación de la ley.²¹

Pero probablemente la instrumentalización más descarada es que ahora la víctima se invoca para hacer aparecer como legítimo el derecho penal:

La euforia por la víctima se ha convertido en la más delirante euforia por el derecho penal. Si la década del setenta vivió el interés por el delincuente, su readaptación, tratamiento, curación, y todo intento criminológico, legislativo y judicial no era más que la expresión de un interés etiológico dirigido al individuo infractor, el actual movimiento por la víctima²² parece expresar el descontento del nada funciona,²³ transformando el sistema penal hasta el punto de convertirlo en “una ideología de la punición infinita.” La estructura básica del proceso penal y el derecho penal material se han llenado con los contenidos propios de una victimología que piensa el castigo como expresión última de satisfacción para las víctimas, las cuales, a su vez, vienen siendo la principal estrategia de legitimación de los Estados penales contemporáneos.²⁴

Debería, para anticiparme a posibles malentendidos, aclarar que la crítica a la utilización de las víctimas, no significa, de ninguna manera, minimizar su dolor ni negar sus derechos; parte precisamente de la estrategia de relegitimación del derecho penal es hacer creer que el mundo de las víctimas y sus victimarios, debe mirarse en blanco y negro, tal como lo advierte Garland: el juego de suma cero que existe entre unos y otros asegura que cualquier demostración de compasión hacia los delincuentes, cualquier mención de sus

²⁰ Garland, David (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo, ed. Gedisa, Barcelona, pág. 241

²¹ *Ibidem*, pág. 207

²² La preocupación por la víctima se ha considerado por algunos autores como un contragolpe contra la preocupación resocializadora de la política criminal europea y anglosajona de los años 60 y 70. En este sentido ver: Hirsch, H J., *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. De los delitos y de las víctimas*. Maier, J. B (1992), (comp.), Ad Hoc, Buenos Aires.

²³ Como resultado de una serie de investigaciones criminológicas R. Martinson publica en 1974: *What Works? -Questions and answers about prison reform*, artículo que contiene el desencanto del *nada funciona* (Nothing Works), expresión que caracterizará el abandono de la criminología basada en el ideal resocializador y su reemplazo por todas las corrientes conservadoras de *mano dura* en el tratamiento del delito. Al respecto ver Garland, David (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa, Barcelona; ANITUA, Gabriel Ignacio (2006), *Historias de los pensamientos criminológicos*, Editores del puerto, Buenos Aires.

²⁴ Valencia Mesa, David Enrique (2009). *Subjetividad y prácticas penales*. Trabajo presentado para optar al título de abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. pág. 59. Sin publicar.

derechos, cualquier esfuerzo por humanizar su castigo, puede ser fácilmente considerado un insulto a las víctimas y sus familias.²⁵

Lo que se quiere decir, básicamente, es que esta nueva lógica punitiva supone que la única manera de satisfacer a la víctima es encontrar un culpable y castigarlo. A esta lógica prácticamente le es extraña una modesta preocupación por la prevención de tantas víctimas anunciadas.

¿Qué tienen en común la justicia penal nacional y la justicia penal internacional?

La justicia internacional no escapa, como decía, a las características que precisamente suscitaban las críticas al que parecía ya moribundo derecho penal: secuestra el conflicto, es selectiva, discriminatoria y desigual, es altamente instrumentalizado, no tiene prácticamente ninguna posibilidad de cumplir las promesas que lo animan (verdad, justicia y reparación), además, recorre el camino que ha caracterizado el derecho penal: es decir, empieza como una institución excepcional, después se normaliza y finalmente, ofrece un espacio para la crítica mucho menor que el derecho penal que conocíamos.

1. *Secuestra el conflicto.* Si el *abolicionismo* e inclusive quienes no lo comparten admiten que el derecho penal secuestra el conflicto entre la víctima y el victimario, en favor del poder punitivo estatal, la justicia internacional lo hace en nombre de la comunidad internacional: “Dicho en otros términos, la resolución de los conflictos armados no –es por ser ellos domésticos– de competencia exclusiva de los países afectados”²⁶. Esto nos plantea, nuevamente, la ya vieja discusión sobre el sentido de la soberanía nacional pero sobre todo, en esta época de globalización nos suscita la preocupante pregunta de si ya los países (y sobre todo los más débiles) han perdido, en términos de Nils Christie, la “propiedad” de sus conflictos. La justicia internacional hoy, hay que repetirlo, busca castigar a algunos culpables, no resolver los conflictos. Por lo tanto, deja incólumes las estructuras que producen las víctimas en las cuales se justifica.

2. *Es igualmente selectivo, discriminatorio y desigual.* El subsuelo que ha alentado la justicia internacional ha sido la creación de la Corte Penal Internacional. Los países más poderosos y más proclives a cometer delitos graves contra otros pueblos, no han suscrito el Tratado de Roma que creó la Corte Penal. Estados Unidos ha forzado a muchos países a firmar tratados por los cuales se comprometen a no entregar sus soldados o sus ciudadanos a la Corte Penal Internacional y otros países, por el contrario, se ven forzados –por presiones políticas o económicas– a firmarlo. También es conocido como los criminales de algunos países son reclamados por otros (caso Pinochet), pero no se tocan a quienes han sido sus mentores, inspiradores y financiadores.

3. *Es altamente instrumentalizable.* La justicia internacional ya sido utilizada para conseguir otros propósitos muy diferentes a la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación. “En la Serbia actual, por ejemplo, se están desarrollando algunos juicios internos por los crímenes de guerra, pero esto sucede únicamente porque la Unión Europea ha dejado en

²⁵ Garland, David. *La cultura del control*. Op. cit. pág. 241

²⁶ Rettberg, Angélica (2005). *Reflexiones sobre la relación entre construcción de paz y Justicia transaccional*. En: Rettberg, Angélica (Comp.). *Entre el perdón y el perdón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Universidad de los Andes, Bogotá, pág. 6

claro que dicho país jamás formará parte de la Unión Europea si no enfrenta en forma más seria a los criminales de guerra que aún continúan en la sombra. Con una amenaza parecida los Estados Unidos se han opuesto a la integración de Serbia a la Organización Mundial del Comercio.”²⁷

4. *No tiene ninguna posibilidad de cumplir las promesas que lo animan.* Más que una respuesta a la verdad, la justicia y la reparación, puede convertirse en un poderoso instrumento para perfeccionar la tarea de globalización económica a través de la extorsión diplomática y financiera sobre los países más débiles. La justicia internacional tendrá todas las dificultades para establecer la verdad que tienen los procesos penales dentro de la justicia nacional. No es raro que se tenga que contentar, como siempre, con lo que está en los autos. Por otro lado, ¿cómo podemos estar seguros de que ahora sí podamos llegar a criterios seguros e indiscutibles para determinar la proporción entre delito y pena? La tramitación de un problema como los que afronta la justicia internacional opera con mecanismos que individualizan lo que es por naturaleza colectivo: guerras civiles, dictaduras, conflictos armados o insoportables condiciones de avasallamiento político, económico o cultural. Obviamente, la justicia internacional se enfrenta a las insolubles irracionalidades de la pena: ¿Qué cantidad de pena es razonable y proporcional?

5. *Recorre el camino que ha caracterizado el derecho penal.* Es decir, tiene todos los trazos de lo que la doctrina ha dado en llamar **derecho penal de emergencia**:²⁸ se postula para resolver una situación crítica o coyuntural y rápidamente coloniza todas las instituciones del derecho penal. De hecho, el Estatuto de Roma prevé la posibilidad de que en el futuro se incluyan más delitos en la competencia de la CPI.

6. *Ofrece espacio de crítica mucho menor que el derecho penal que conocíamos.* “Hay una significativa pérdida en el vocabulario desde el cuál hacer cualquier crítica, puesto que en el discurso expandido de la justicia internacional, el Derecho de la Guerra se ha fusionado con el Derecho de los Derechos Humanos. El cambio fue, entonces, inevitable: aproximadamente quince años después del fin de la guerra fría, estamos siendo testigos de la normalización de la justicia transicional, como se ha visto en la actual expansión del Derecho Humanitario hacia contextos normales en tiempos de paz.”²⁹ Cualquier crítica se asume como un irrespeto a las víctimas, un desprecio a la humanidad y una complacencia intolerable con los criminales.

Pero puede argumentarse, al contrario, que la justicia internacional ha propiciado una incultura penal que ha arrasado algunos de los principios más importantes del derecho penal y por lo tanto ha cortado en seco el proceso civilizador que estos principios intentaron construir durante siglos. No sobra recordar que un derecho penal contenido,

²⁷ Osiel, Mark J (2005). *Respuestas estatales a las atrocidades masivas*. En: Rettberg, Angelika (comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Universidad de los Andes, Bogotá, pág. 76

²⁸ Pérez Toro, William Fredy y otros (1997). *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*. Biblioteca Jurídica Diké, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín.

²⁹ Ruti G. Teitel. *Genealogía de la Justicia Transaccional*. En: http://www.publicacionescdh.uchile.cl/libros/18ensayos/teite_Geneologia.pdh. Consulta hecha el 17 de agosto de 2007.

limitado y racional no es una garantía sólo para los delincuentes sino la barrera que tienen todos los ciudadanos contra los abusos del poder.

Algunos datos

El tratado de Roma no ha sido suscrito por países como Estados Unidos, Rusia, China, India, y gran parte de los países árabes. Es decir, que no se aplicará en los países que no sólo concentran la mayor parte de la población mundial sino de los países con más poder político, económico y militar y que, han cometido los mayores atropellos contra otras naciones. Hoy, la clientela de la Corte Penal Internacional está compuesta por algunos personajes de países periféricos: Congo, República Centroafricana, Uganda y Sudán. Estos pocos datos son suficientes para demostrar, si era necesario, el carácter selectivo de la justicia internacional y permite vislumbrar a quiénes se les seguirá aplicando.

Para terminar quisiera invocar, como casi siempre lo hago, a Michel Foucault, que a pesar de que físicamente nos dejó hace veintiséis años nos legó algunas herramientas para comprender que el derecho no es el apaciguamiento de la política ni el término de la guerra; al contrario, nos advirtió: “La ley no es pacificación, porque detrás de la ley la guerra continúa encendida y de hecho hirviendo dentro de todos los mecanismos de poder, hasta de los más regulares. La guerra es la que constituye el motor de las instituciones y del orden: la paz, hasta en sus mecanismos más íntimos, hace sordamente la guerra.”³⁰

³⁰ Foucault, Michel (1992). *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Trad. Alfredo Tzveibely. Madrid, Las ediciones de la Piqueta. pág. 59

Referencias bibliográficas

Anitua, Gabriel Ignacio (2006). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Editores del puerto, Buenos Aires.

Aponte Cardona, Alejandro (2006). *Guerra y Derecho Penal de Enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. Nota al pie. pág.146

Baratta, Alessandro (2004). *La vida y el laboratorio del derecho (1988). Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam. B de F., Buenos Aires, pág. 51*

Botero, Catalina; Restrepo, Esteban (2006). *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia*. Rodrigo Uprimny (Dir.). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá. pág. 51

Brandariz García, José Ángel (2007), *Política criminal de la exclusión. el sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-nación*. Editorial Comares, Granada, pág. 201

Foucault, Michel (1992). *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Trad. Alfredo Tzevebely. Madrid, Las ediciones de la Piqueta. pág. 59

García-Pablos De Molina, Antonio. *Tratado de criminología. (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*. Op. cit. pág. 37.

Garland, David (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo, ed. Gedisa, Barcelona, pág. 241

Garland, David (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa, Barcelona.

Hirsch, H J. *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. De los delitos y de las víctimas*. Maier, J. B (1992), (comp.), Ad Hoc, Buenos Aires.

Osiel, Mark J (2005). *Respuestas estatales a las atrocidades masivas*. En: Rettberg, Angelika (comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Universidad de los Andes, Bogotá, pág. 76

Pastor, Daniel R. *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*. En: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coordinadores). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Edisofer, B de F., Buenos Aires, pág. 519

Pastor, Daniel R. *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*. Op. cit. pág. 488

Pérez Toro, William Fredy y otros (1997). *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*. Biblioteca Jurídica Diké, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín.

Rettberg, Angélica (2005). *Reflexiones sobre la relación entre construcción de paz y Justicia transaccional*. En: Rettberg, Angélica (Comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Universidad de los Andes, Bogotá, pág. 6

Ruti G. Teitel. *Genealogía de la Justicia Transaccional*. En: http://www.publicacionescdh.uchile.cl/libros/18ensayos/teite_Geneología.pdh.

Sánchez Silva, Jesús María (2008). *¿Nullum crimen sine pena? Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor*. En: *Cuadernos de Derecho Judicial VIII, 2007*. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 327-361.

Stortini, Luigi (2003). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo. El análisis de la Escuela de Frankfurt*. Arroyo Zapatero, Luis, Neuman, Ulfrid y Nieto Martín, Adán (coords.). Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, pág. 16.

Uprimny Yepes, Rodrigo y Saffón Sanín, María Paula (2006). *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*. En: *¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Ediciones Anthropos. Bogotá. pág.132

Valencia Mesa, David Enrique (2009). *Subjetividad y prácticas penales*. Trabajo presentado para optar al título de abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. pág. 59. Sin publicar.