
Corte Penal Internacional: Prevención y complementariedad

Luis Martí Mingarro

Arbor CLXXV, 691 (Julio 2003), 1171-1188 pp.

1.— El curso de la historia revela la trayectoria del ser humano, generador del progreso, que simultanea la proyección de luz y esperanza sobre el futuro con su propia capacidad para cometer atrocidades sin límites. En las situaciones de violencia colectiva la imaginación más desbocada apenas alcanza a entrever hasta dónde se puede llegar en esto de la criminalidad generada bajo las tensiones de las guerras, en el marco de las contiendas civiles (¿por qué se llamarán civiles las más inciviles de las conmociones sociales?) en el ámbito de las luchas nacionalistas, en el caldo de cultivo de las pasiones colectivas más abyectas. Y todo ello no pocas veces disfrazado de los propósitos más nobles, y hasta enmascarado en proclamaciones libertadoras.

Claro es que no nos vamos a engañar: esas abyecciones criminales son —han sido— frecuentemente maquilladas por la historia según el signo del vencedor. El ganador de guerras, el protagonista de invasiones, en sí mismas repudiables, difícilmente va a evitar la tentación de arrojar sobre el vencido la vergüenza de los excesos y el oprobio de las crueldades por todos cometidas. Así ha sido siempre.

Nuestra civilización a pesar de su avanzada y acreditada finura ha producido una trayectoria de autoalimentación de la violencia en las situaciones críticas. En el trágico Siglo XX que acaba de terminar, junto a la acumulación más desgarradora de conductas criminales de exterminio ha germinado en buena hora el propósito de embridar uno de los cuatro caballos apocalípticos, poniendo nombre y tratando de encauzar la represión de tan espeluznantes muestras de criminalidad.

2.— Ningún individuo, ningún grupo social, ningún conjunto de identidad se encuentra solo en el mundo. Bajo un necesario impulso moral, lo menos que podemos hacer es respetarnos los unos a los otros como individuos y como grupos. Más cercano a la tierra que ese impulso moral, a veces ausente, está el dispositivo del derecho, que disciplina y articula el debido respeto interindividual e intergrupar. Sólo desde el derecho es posible construir sólidamente la paz, tanto en el ámbito estatal, más maduro, como en el complejo tablero internacional. El mundo no va a mejorar por sí solo y bien claro está que nunca lo ha hecho, a pesar de la frecuencia con que afloran utopías y sueños. Los progresos han nacido, y esta es una constante histórica, de esfuerzos y actitudes creativas, positivas, revolucionarias y, no pocas veces, de confrontaciones sangrientas. La denuncia de desigualdades, el combate dialéctico contra la injusticia impulsa y provoca avances sociales y políticos; pero sólo el derecho los consagra —generalmente «*ex post*»—, lo que no pocas veces llega después de sangrientas luchas y violentas turbulencias. En la medida en que la esencia del derecho es precisamente la renuncia a la violencia en la solución de los conflictos, el derecho ha de superar toda confrontación y acoger en paz la denuncia y corrección de las conductas patológicas, de las enfermedades sociales, de las fiebres del poder.

Lo jurídico arrastra históricamente el reproche de llegar después de los hechos, de ser medicina terapéutica, de no tener capacidad de anticipación. Mucho hay de eso; pero también es verdad que, aunque sea «*ex post*», el derecho ayuda a fraguar ordenadamente, y esto sí que es constructivo, los proyectos sociales y civilizadores que cambian el mundo. Esos cambios el derecho los interpreta, los consolida y los constituye en avances a los que luego ya nunca renuncia la civilización.... aunque a veces los desconozca y olvide. Los acontecimientos que ha vivido la humanidad en el pasado Siglo XX son la mejor prueba de cuanto queda dicho, pues en ese tiempo se han sucedido y alternado esperanzas y plenitudes democráticas, progresos económicos y sociales, deslumbradores avances técnicos y científicos y guerras cruentas, matanzas infernales, oscuras y téticas represiones.

3.— Aunque la firma en julio de 1998 del Tratado de Roma por el que se constituye la Corte Penal Internacional no puede lavar los pecados gravísimos de las civilizaciones que han intentado convivir y avanzar en ese Siglo XX, su entrada en vigor tiene cierto sentido de *catarsis* en la medida en que consagra un propósito hasta entonces intermitente y en cierta medida, sólo en cierta medida, difuso.

La creación de la CPI implica desde luego un propósito de enmienda en uno de los males que impregnan la historia: la impunidad de los responsables de inefabables crímenes de ilimitada crueldad.

El propósito de lucha contra la impunidad no es nuevo; pero es evidente que en el ámbito internacional las manifestaciones concretas de ese propósito han sido siempre insuficientes, dispersas y, lo que es peor, ineficientes.

La impunidad surge cuando tras la comisión de acciones infames sus autores no han de soportar el correlativo reproche jurídico que por sus acciones merecen.

Para evitar esa impunidad en el marco del conjunto civilizador de nuestro tiempo es necesario que concurran importantes presupuestos que, por no darse antes, han dado lugar a esa impunidad. Sin una ley previa que defina la ilicitud de las conductas en relación con bienes jurídicos específicamente protegidos (*principio de legalidad penal*); sin una adecuada definición de la competencia de la Corte; sin una exigible esencialidad de la Corte misma como *auténtico Tribunal de Justicia*; sin la garantía de la igualdad ante la ley; y sin el reconocimiento de la plenitud de derecho de defensa, no es posible hablar de justicia penal internacional. Y por lo tanto cualquier escenificación de una supuesta justicia que no cumpla con los más exigentes cánones creados por la civilización para el pronunciamiento de condenas que hagan efectivo el reproche penal, no se lucha contra la impunidad sino que se hace un remedo de castigo, más enraizado en la venganza¹ que en la reparación jurídica del mal causado.

4.— No se puede desconocer que la inmensa mayoría de los crímenes hoy tipificados en el Tratado de Roma de 1998 derivan, se conectan de manera más o menos cercana, se enmascaran o germinan en el ámbito de la acción política. Así lo ha descrito magistralmente Kirchheimer quien entiende que se denomina político a algo cuando «se piensa que se haya relacionado en forma particularmente intensa con los intereses de la comunidad». Y aunque este autor se ha ocupado del «*empleo del procedimiento legal para fines políticos*» solo en referencia al Estado, muchas de sus conclusiones son igualmente aplicables a un sistema de represión jurídica, de justicia, que se articule en el ámbito internacional. El mismo tratadista así lo reconoce cuando afirma que si bien el juicio político del Siglo XIX era un asunto meramente nacional, el proceso político del Siglo XX tiene lugar dentro de una estructura de periodos de germinación política de base internacional. La internacionalización de causas locales o nacionalistas ha sido útil a quienes las promovían, y en la medida en la que hayan

sido causas victoriosas ahora todo el mundo las comprende y no considera siquiera que tengan algo reprochable; pero muchos de los procesos políticos de los Siglos XIX y XX no resistirían el más mínimo análisis a la luz de un enjuiciamiento criminal ajustado a los cánones. Lo que sucede es que la imprescriptibilidad de tales crímenes es una característica añadida y bastante nueva y por tanto entre la condición victoriosa de los agentes, la prescripción jurídica de sus acciones y el olvido deliberado de las sombras que oscurecen esas conductas, ahora pueblan las plazas del mundo occidental con sus esculturas de bronce. Las de los perdedores, si llegaron a erigirse, habrán sido, sin duda, derribadas.

Todas estas reflexiones vienen al caso en el momento en el que el Tratado de Roma de 1998, ya vigente, pone sobre el tapete un nuevo planteamiento que debe permitir luchar contra la impunidad desde el derecho y conforme al esquema de sus conquistas civilizadoras.

5.— Quiero en estas notas señalar dos aspectos de la creación de la Corte Penal Internacional que tienen, a mi juicio, muy específica significación en el momento presente, porque hacen posible que la esperanza despertada por la constitución de la CPI se convierta en una realidad, incluso de apariencia más sobria y modesta de lo pensado por sus impulsores, pero de eficacia reconocida y consistente.

Un ilustre penalista español ² ha descrito con brillantez cómo nuestro mundo de hoy desliza sus sistemas de control jurídico en una constante *huída hacia el derecho penal*. La ciencia penal ha venido denunciando esta deriva, por medio de la cual se intenta dar solución a conflictos de la más variada índole acudiendo de manera impropia y hasta extravagante al derecho penal. Esa huída termina por desnaturalizar la propia y necesaria rotundidad del derecho penal, pues si se abre en exceso el abanico de bienes jurídicos protegidos por él; y además se quebranta el principio de intervención mínima atrayendo a la solemnidad penal conductas que son reparables en otros ámbitos jurisdiccionales, lo que se termina por conseguir es la dilución de sus efectos, la generalización del reproche penal hacia demasiadas conductas; y por tanto la ineficiencia del mismo.

Afortunadamente en el ámbito internacional esa marcha hacia la persecución penal de las conductas que merezcan un reproche penal de tan alto porte ni ha tomado ni debe tomar esas características de una «huída». Todo lo contrario. Debe tratarse de una ordenación penal consistente, autolimitada ³ y sin vocaciones de extensión que estropeen o deterioren las relaciones internacionales con una inoportuna generalización de «lo penal» que degrade o aborte el despegue de la CPI.

Porque lo cierto es que ese despegue no es nada fácil. Por un lado las expectativas que ha desplegado su constitución no pueden ni deben ser defraudadas. Y de otra parte, esas expectativas sólo están fundadas si se ordenan a la represión, con un marchamo de gran pureza jurídica, de los crímenes y delitos que por su importancia y trascendencia tengan las características necesarias para desencadenar el funcionamiento de la Corte.

Yo creo que los redactores del Tratado han cuidado mucho estos extremos, conscientes de que, aunque hablamos mucho de un mundo sin fronteras, tal cosa no termina de ser toda la verdad. Las fronteras existen porque existen los Estados, y los Estados perviven porque son ámbitos de ejercicio de soberanía asumidos por los ciudadanos que los habitan. Las actuales tibiezas, las flexibilizaciones, y las superaciones reales del concepto de soberanía son parciales, concretas y específicas; y desconocer esto sería volver a dar saltos estériles hacia la nube blanca de la utopía del gobierno universal. También la historia da pruebas de que esos poderes supuestamente universales no remedian las tentaciones de la tiranía y el ejercicio abusivo del poder.

6.— Así que, volviendo la vista con realismo hacia el específico mundo en el que el Tratado ha nacido y ha de ser aplicado, los redactores del mismo y los gobernantes de los países que hasta ahora lo han suscrito y ratificado han articulado un sistema de justicia deseable y posible; un sistema asumible; que ahora hay que hacer funcionar.

En alguna otra ocasión me he referido a ciertos aspectos operativos de la CPI que, como es natural, requerían antes y requieren ahora mi específica atención cual es el ejercicio del derecho de defensa en las causas que allí hayan de emprenderse.

Quiero sin embargo anotar en este momento algunas específicas aportaciones que el Tratado ha hecho a la justicia universal por el solo hecho de haberse suscrito y ratificado, haciendo posible su entrada en vigor. Me estoy refiriendo al efecto de *prevención general* de la específica delincuencia que el Tratado tipifica; y a la positiva influencia que la entrada en vigor del Tratado ha tenido para potenciar el funcionamiento interno de los sistemas de justicia de cada Estado en cuanto a la persecución de este tipo de delitos, consolidando así la propia trayectoria democrática de tales Estados.

Parto de una convicción personal que me gustaría que el tiempo venidero confirme: la entrada en vigor del Tratado ha de estar modificando conductas no sólo en los tiranos de presente y de futuro que ante hipotéticas ulteriores persecuciones penales, es decir ante la supresión teórica de la impunidad real, están adaptando sus tra-

vectorias a parámetros de actuación que les permitan eludir en el futuro tales persecuciones. Hay por tanto un efecto preventivo que ya está en juego y del que nos debemos sentir esperanzadamente satisfechos. La actual actitud de Argentina, reconsiderando globalmente sus anteriores políticas de amnistía y olvido, y sustituyéndolas por la eficaz impartición de Justicia, revela que también las democracias reciben ese impulso vivificante, aunque en este supuesto probablemente haya sido mérito de la Audiencia Nacional de España la provocación del cambio.

7.— Es cierto que se podría decir que los delitos que ha tipificado el Tratado de Roma ya estaban definidos en normas internacionales que por estar articuladas en sendos Tratados tenían fuerza de obligar en muchos Estados. Tan cierto es eso como que tales normas penales no habían producido hasta el momento el efecto ejemplarizante que se espera de toda codificación penal. Creo sinceramente que ese déficit de eficacia preventiva se debía a la ausencia de un sistema de justicia internacional, puesto que la simple norma, cuando no se cuenta con un adecuado dispositivo para su aplicación y exigencia de responsabilidades, para poco sirve.

Para ese gran maestro del derecho que fue don Jaime Guasp, el proceso, todo **proceso**, es una institución a través de la cual se *actúan* las pretensiones de las partes, y su finalidad esencial es el mantenimiento de una paz justa en la comunidad. Este efecto pacificador, común a todas las clases de procesos, tanto civiles como penales, toma especial relevancia en el área del proceso criminal porque en él se *actúan* pretensiones fundadas en la norma penal, que por su propia naturaleza concierne a relevantes infracciones y perturbaciones de orden social.

De esa manera el **proceso** se constituye en la clave a través de la cual lo que las leyes mandan o dicen se hace realidad, toma vida en el cuerpo social y pacifica la situación conflictiva que, antes del proceso, el mero mandato de la ley no había conseguido evitar por sí mismo.

Sin un órgano jurisdiccional ante el que llevar el conflicto, la aportación del derecho, de la ley, como voluntad ordenadora queda o puede quedar esterilizada; lo que en el derecho penal toma especialísima relevancia porque en su ámbito se encarna la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal que sólo puede ser desencadenada mediante la imposición de la pena, a través de un juicio público con todas las garantías. Nos recuerda Jescheck que sólo el derecho penal tiene la fuerza definitiva para «superar el caos en el mundo y contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad».

La ley penal al tipificar conductas que han de provocar el efecto represor, desarrolla su fuerza configuradora de las costumbres señalando al conjunto de los miembros de la comunidad las pautas jurídicas para su comportamiento, lo que permite alcanzar un «efecto preventivo general» y ejemplarizante. Según esa idea de la «prevención general» la pena es un medio para prevenir futuros delitos.

Esta finalidad preventiva («*ne peccetur*») en el área del Tratado Penal Internacional contiene los tres ingredientes exigibles⁴ para su eficacia: por un lado permite a los seres libres definir su comportamiento futuro teniendo a la vista el **pronóstico cierto de la punibilidad**; por otra parte la **efectiva proporcionalidad** del castigo anunciado genera una conducta alternativa de evitación del delito; y por fin la **adecuada difusión de la norma penal**, toma un valor moralizante que puede, en algunos casos, corregir las tendencias a la criminalidad de los más inclinados a ella. Este efecto esencial de generar aversión moral hacia el delito debe sin duda reducir, por la sola presencia institucional de la CPI, las tasas de criminalidad penal internacional.

8.— Sería ciertamente deseable, y probablemente ya sea real, que el Tratado de Roma haya alcanzado esa fuerza configuradora de las conductas, añadiendo un elemento de reflexión, y consiguiente contención, a quienes se encuentren en trance de emprender los crueles y dañosos caminos de la criminalidad internacional.

Mas tal *fuerza configuradora de conductas* no ha llegado de improviso, pues no debemos olvidar que la CPI se entronca en un doble proceso histórico e ideológico definido por la universalización de los derechos humanos y la paulatina, trabajosa y débil, pero real, trayectoria de democratización en la que se encuentran muchos Estados que hasta la fecha estaban gobernados por sistemas más o menos totalitarios, lo que está suponiendo la evolución del «mapamundi» hacia una mayor y más generalizada coloración democrática.

Sea como fuere y a pesar de contar con ese nada despreciable viento a favor, lo cierto es que el efecto preventivo de la Ley Penal Internacional no estaba funcionando en los ya largos años transcurridos desde que se inició el avance de tipificación de estas conductas delictivas.

Como ha recordado la doctrina⁵, fue un jurista polaco, R. Lenkin quien ya en 1933 presentó a la Sociedad de Naciones una propuesta de convenio internacional para prohibir las ejecuciones masivas. Cuando aquel foro de la Sociedad de Naciones, en el ámbito del palacio construido en Ginebra y decorado por el pintor español José María Sert, recibía la propuesta de Lenkin ya entonces refugiado, como tantas veces le había sucedido en la historia a los polacos, no faltaban precedentes

sobre crímenes internacionales muy concretos que, sin embargo, no habían dado carácter y cuerpo doctrina a ese derecho penal internacional.

Por ejemplo, la piratería era perseguible por todos los Estados, lo cual anticipa de alguna forma más un supuesto de jurisdicción universal, donde todos pueden enjuiciar a todos, que un precedente de jurisdicción internacional en manos de un solo órgano jurisdiccional. Cita la doctrina una resolución de 1820 en la que el Juez Story en *United States v. Smith* se expresa así:

*«El common law reconoce y castiga la piratería como un delito, no contra sus propias leyes y códigos, sino **contra el derecho de las naciones** (que forma parte del common law), como un delito contra el **derecho universal de la sociedad**; el pirata es considerado, pues, como un enemigo de la raza humana... La práctica generalizada, observada por todas las naciones civilizadas, de castigar a todas aquellas personas, ya sean nacionales o extranjeras, que han cometido este delito contra cualesquiera otras con las cuales tienen relaciones amistosas, es una prueba definitiva de que el delito en cuestión depende no de las disposiciones de tal o cual código nacional, sino del derecho de las naciones, tanto por lo que se refiere a su definición como a su castigo. (United States v. Smith 5 Wheaton 153 en Bishop [1953] 1962, pág. 266).»*

Aunque en el mundo sajón es preeminente la referencia a Hugo Grotius, es natural que a un jurista español le traiga positivas resonancias esta cita en la que parecen escucharse ecos de la doctrina del Padre Vitoria sobre el derecho de gentes. Sólo muchos años después de la transcrita resolución, en 1958 un convenio de Ginebra llegó a definir los actos de piratería como delito internacional, al que pronto hubo que empezar a asimilar la piratería aérea.

Durante los Siglos XVIII y XIX, sin jurisdicción internacional, fueron madurando definiciones de delitos transnacionales, como la violación de la inmunidad diplomática o la esclavitud.

Sin embargo fue a partir de la Primera Guerra Mundial cuando se empezaron a dar pasos concretos en los que se dibujaba la necesaria síntesis de una tipificación de delitos internacionales y una exigibilidad de responsabilidad personal por su comisión, cual sucedió en el Tratado de Versalles (ya se habla de *crímenes de guerra* y *crímenes contra la paz*); en el Convenio germano polaco relativo a la Alta Silesia; y en el desarrollo de organizaciones especializadas en el estudio y persecución de crímenes internacionales muy específicos, como la trata de blancas y el tráfico clandestino de drogas y narcóticos o terrorismo.

En estos balbuceos andaba la comunidad internacional, aún no vacunada de los males imperialistas, nacionalistas, expansionistas y

de hipócritas tolerancias y connivencias⁶ cuando la Segunda Guerra Mundial convulsionó a las naciones y arrolló millones de vidas, muchas de las cuales no fueron segadas por los actos de la guerra, más o menos convencionales, sino por actos directos de exterminio.

Un cierto propósito de la enmienda cristalizó en Nuremberg si bien con déficits de calidad jurídica que, lejos de hacer buenos a los criminales allí condenados, proyectaba sombras sobre la juridicidad del sistema represor empleado aproximándolo, por su unilateralidad, a las formulaciones históricas de la venganza de vencedores sobre vencidos. Los juicios políticos del «*sucesor*» al «*sucedido*» como los ha llamado Kirchheimer.

9.— Entre lo precaria que resultaba la paz de 1945 y la conmoción que habían producido las crueldades de la conflagración esta vez el propósito de la enmienda no quedó olvidado. La Guerra Fría dificultó el camino de construcción de la jurisdicción penal internacional pero no arrumbó el propósito. Ello hizo posible que se produjeran supuestos de importante afirmación de esa trayectoria:

a) La Asamblea General de las Naciones Unidas reafirmó los principios establecidos en Nuremberg, en virtud de resolución aprobada el 21 de noviembre de 1947. A petición de la propia Asamblea, se preparó por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas un Código de Crímenes contra la Paz y la Humanidad en 1954, basado principalmente en los principios de Nuremberg.

b) La Asamblea General adoptó, en 9 de diciembre de 1948, el Convenio sobre el Genocidio, que entró en vigor el 12 de enero de 1951.

c) La Conferencia de Ginebra adoptó el 12 de agosto de 1949, el Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, el Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar y el Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra, todos los cuales prohíben la comisión de una serie de actos mencionados en los cargos tercero y cuarto del proceso de Nuremberg, especialmente en una disposición común (artículo III), que fija unos niveles mínimos de conducta, aun para aquellos conflictos que no tengan carácter internacional. Fue ratificado por numerosos Estados.

d) El gobierno de la República Federal Alemana prosiguió procesos contra las personas acusadas de haber cometido crímenes de guerra dentro del territorio de su jurisdicción.

e) El proceso y ejecución, por parte de Israel, de Adolf Eichmann por su participación en los crímenes de genocidio contra los judíos y

los miembros de otras minorías durante la segunda guerra mundial, no como beligerante victorioso ni como Estado con jurisdicción territorial, sino en nombre de una jurisdicción universal, para castigar unos crímenes internacionales que, en este caso, tenían como objetivo exterminar al pueblo judío. Si bien se ha criticado la forma espectacular en que se llevó a cabo la captura, en territorio argentino, de Eichmann por parte de agentes al servicio de Israel, y algunos de los aspectos del proceso que le fue seguido, lo cierto es que tal acción constituye un importante precedente para el derecho penal internacional.

Sin embargo, hasta febrero de 1965 sólo sesenta y siete naciones habían suscrito el Convenio sobre Genocidio, y se avanzaba poco en su persecución, y menos aún se detectaba el benéfico efecto que podría haberse esperado del factor de prevención que toda norma penal conlleva.

Y es que el diseño era sin duda incompleto pues al faltar la jurisdicción que aplicara tales normas los protagonistas tentados de incurrir en estas conductas no encontraban en las pírricas⁷ convenciones que se venían suscribiendo un factor real de reprochabilidad que les llevara a abstenerse de delinquir o al menos a minimizar o paliar la profunda gravedad de sus actuaciones.

Ello hizo posible que florecieran las vesánicas actuaciones de dictadores y rebeldes, de militares y guerrilleros, de represores y revolucionarios que dieron el salto inaceptable hacia la más cruel línea de exterminio de aquellos quienes consideraban sus enemigos⁸. Salvo la Europa que aún sangraba en el recuerdo de la Guerra Mundial y América del Norte, ninguna latitud del globo terráqueo quedó libre de esa epidemia, que siempre puede rebrotar.

10.— Conviene analizar en este momento el valor añadido que, a efectos de la prevención general aporta la creación de la CPI hasta convertirla en una realidad que hasta ahora no había cuajado.

El Profesor Prieto Castro publicó en 1936 la traducción española de la obra de Goldschmidt «*Derecho Procesal Civil*», publicación que cuenta con una tan preciosa cuanto breve introducción de don Niceto Alcalá Zamora y Castillo en la que se resalta cómo el Profesor Goldschmidt, en coincidencia con Carnelutti, aunque por caminos diferentes, hicieron dar al derecho procesal un giro que ha resultado importantísimo. La naturaleza jurídica del proceso pasó a ser explicada de una forma nueva y más satisfactoria, superadora de la teoría de la *relación jurídico-procesal*. La cuestión es que la *relación jurídico-procesal* no termina de cerrar la comprensión del proceso en la medida en que su carácter triangular (dos partes y un juez) contiene, desde luego,

elementos sinalagmáticos entre las partes a un mismo nivel; pero no contempla adecuadamente la posición jurídica del vértice superior que es de quien imparte justicia. Para Carnelutti, como siempre brillante, la clave es que las partes no están relacionadas por un simple haz de derechos y obligaciones sino *por poderes y cargas derivadas del carácter instrumental del proceso*. Por eso concluía Goldschmidt que no podía hablarse en el proceso de relación jurídica sino de *situación de derecho*.

De aquella evolución han surgido muy sensibles avances en el derecho procesal; y muy principalmente la posibilidad de extender su disciplina armónica a todas las clases de procesos, lo que incluye la ordenación sistemática del cuadro garantista en el derecho penal. Años después en 1986 Prieto Castro publicó un libro de título poco usual: *Derecho de Tribunales*, en el que ordena muchas intuiciones generalmente sentidas y no siempre demostradas. La actividad jurisdiccional y la actividad legislativa, separadas desde hace más de 250 años de la mano de la doctrina de Montesquieu⁹ se encarna en el proceso de una manera ya irreversible. La voz del legislador crea la norma, y la jurisdicción produce, «actúa»¹⁰ el orden jurídico, soluciona y resuelve el conflicto y establece la paz que es la finalidad de unos y de otros.

Esa concurrencia armónica que a través del proceso se produce entre legislación y jurisdicción es la que, por el carácter coactivo de las decisiones de los jueces genera el verdadero efecto de prevención general, la auténtica posibilidad de que alguien deje de emprender el camino delictivo, sabedor de que no quedaría impune la conducta que mereciera el reproche criminal.

Esta es, creo yo, una aportación esencial que el tratado constitutivo de la CPI y su entrada en vigor pueden desarrollar para evitar al menos una parte significativa de las conductas criminales que aunque definidas desde hace tiempo en Convenciones internacionales, en el Tratado se tipifican **contando ya por primera vez y con carácter simultáneo con el órgano de poder separado e independiente que enjuicia: la CPI**.

11.— La construcción del orden jurídico de la modernidad recibe del Tratado constitutivo de la CPI una aportación adicional que ha de producir, en mi entender, extraordinarias sinergias en la necesaria carrera hacia la preservación de los derechos humanos mediante el enjuiciamiento criminal de los delitos tipificados en dicho Tratado.

El preámbulo del Tratado establece que en la CPI será *complementaria* de las jurisdicciones penales nacionales; y los artículos 17 a 20, articulan el dispositivo adecuado a tales fines, en desarrollo de

ese propósito, que el propio Estatuto declara compatible con «*el deber de todo Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*»... y que «*. hay que adoptar medidas en el plano nacional*».

Hasta el momento los análisis que he podido examinar sobre este tema¹¹ ponen especial y acertado énfasis sobre el diseño técnico de este desarrollo, en base al cual la competencia para enjuiciar los casos en los que se imputen estos delitos se atribuya bien a la CPI bien a los Tribunales de un Estado. Es esa una materia muy relevante en la medida en que los juristas (profesores, fiscales, abogados, expertos y jueces) han de poner toda su ciencia y profesionalidad al servicio de un buen funcionamiento de la Corte, lo que empieza por una buena definición competencial.

12.— Hay, sin embargo, una perspectiva de este principio así llamado de complementariedad sobre la que me gustaría aportar algunas observaciones.

He de empezar por alguna reserva terminológica porque aunque el Tratado, en tanto ley, tiene la última palabra, y su última palabra ha sido definir como complementaria la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales, yo creo que ese tema no es meramente nominalista y merecerá en el futuro mayor atención. Porque la realidad es que en castellano, y según la primera acepción de nuestro Diccionario de la Real Academia Española lo *complementario es lo que sirve para completar o perfeccionar alguna cosa*. Y en la jurisdicción los complementos o perfeccionamientos resuenan más como parches para defectos o insuficiencias de difícil corrección que como definición de la articulación de las relaciones o posiciones entre dos Tribunales que, cuando la asumen, tienen plenitud de competencia.

Esta calificación de complementariedad aparece como una buena solución política de cara a la obtención de un texto convencional más que como una buena definición técnica. Pero este es un problema que sin duda será exhaustivamente contemplado algún día y que desde luego puede esperar. Como ha esperado entre nosotros, y habrá de seguir esperando, el tema de la Audiencia Nacional que, desde luego, no es complementaria de los órganos jurisdiccionales de ámbito territorial menor y que en todo caso, de la mano de arriesgadas y voluntaristas decisiones, ha desempeñado un rol brillante y positivo en el impulso y promoción de un sistema de justicia internacional al que luego me he de referir.

13.— Por encima de cuestiones de apariencia semántica, que para mí no lo son, la llamada complementariedad es un resorte esencial

no sólo para el éxito de la CPI; sino para la difusión del mensaje contra la impunidad y la asunción de dicho mensaje en los ámbitos de los Estados en los que la competencia natural habría sido la llamada a impartir justicia sobre los crímenes que el Tratado ahora tipifica normativamente¹².

Si antes he mencionado el valor ejemplarizador de la definición de los delitos, con todo su valor de «*prevención general*», ahora me estoy refiriendo a la función que la constitución de la CPI tiene como espejo de justicia y móvil dinamizador para los Estados y sus órganos jurisdiccionales.

Yo creo que ha sido excepcionalmente hábil la Convención de Estados que redactó el Tratado al utilizar la existencia de la Corte como un modelo, al par que señuelo, para las jurisdicciones estatales. Esa doble función irradia eficacia por todos lados con una espléndida relación calidad-precio. En primer lugar la constitución de la Corte opera como referente necesario para constatar que no va a haber impunidad actuando como un faro de aquellos que en otros tiempos daban luz a los marineros en aguas procelosas. La comunidad internacional avisa, mediante la construcción formal y material de la CPI, de que se acabaron las conductas impunes. De otro lado este aviso, luminoso y consistente, da la oportunidad a los Estados navegantes en esos revueltos mares para corregir su propio rumbo asumiendo el enjuiciamiento de los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio (el de agresión está pendiente de desarrollo) quedando en tal caso la CPI en un papel testimonial. No es un testimonio vacío porque su presencia en la escena institucional contiene un mensaje por sí mismo eficiente: hay un sistema de justicia internacional que operará si no operan las justicias estatales.

Tiene este diseño una especialísima virtud que yo no quiero dejar de subrayar. Y es que no se trata sólo de un gesto de respeto a la soberanía de cada Estado, que no sería poca cosa porque ya he dicho en otro momento que lo de «mundo sin fronteras» es muy relativo. Es que se trata sobre todo de un gesto políticamente valiosísimo cual es el de dar a los Estados que se hayan podido ver convulsionados por situaciones en las que hayan estado presentes tan nefandas conductas delictivas, la oportunidad de curar, con arreglo a derecho, sus propias heridas.

Me parece que, cuando se habla de la justicia, hay que huir de los planteamientos maniqueos en los que voces más o menos autorizadas y justificadas pontifican y definen sobre lo bueno y lo malo. La mayor parte de las veces la historia nos demuestra que los crímenes de genocidio, guerra o lesa humanidad, no se generan espontáneamente por el invento, la improvisación o la inspiración de una determinada

y concreta persona. No es infrecuente que sean fruto de rebeldías, conmociones sociales en cuya génesis están muchas veces aspiraciones de igualdad; situaciones de opresión; acerbas formulaciones religiosas; y profundos y ancestrales sentimientos de raza o nacionalidad. Así que no vale, en el estadio actual de la civilización, conformarnos con soluciones como la formulada por Bernardo Ruccellai¹³ frente a Savonarola: *descarguemos los males de la ciudad sobre el monje y librémonos de todos ellos*.

14.— Hay en el Tratado una norma competencial (artículo 5º.1) que reproduce la expresión del artículo 1º y de algunos de los propósitos que aparecen en el preámbulo. Me refiero a la calificación, más bien ponderación previa de los crímenes que puede examinar la Corte y en los que han de concurrir en todo caso tres características: que estén en el repertorio de las tipificaciones de los apartados a, b y c del artículo 1º; que sean crímenes en los que concorra la valoración previa de *más graves*; y finalmente que tengan *trascendencia para la comunidad internacional* en su conjunto. Se construye así un repertorio de tamices previos para definir y asumir la propia competencia que requieren una toma de posición a la que ha de añadirse luego una adicional valoración, especialmente objetivada, que es la de si el Estado que tenga jurisdicción «puede y quiere» llevar a cabo el enjuiciamiento de la cuestión.

Queda así en manos de la CPI un proceso selectivo de doble finalidad: por un lado la capacidad para resaltar la gravedad de las conductas sometidas a reproche y su trascendencia internacional, y de otra parte la valoración sobre la disposición, actitud y aptitud para asumir el enjuiciamiento de que se trata por parte del Estado básicamente competente.

Ya anticipé que no intento en estas notas una aproximación a los dispositivos técnicos arbitrados en el Tratado para alcanzar tales objetivos. Lo que me importa en este momento es subrayar el alcance público y social, y por tanto político, que tiene esa medida.

En realidad se trata de una cierta capacidad de elección de los casos, coordinada con la evaluación objetiva de la capacidad del Estado inicialmente competente para asumir su enjuiciamiento. Es obvio que no es usual que un órgano jurisdiccional pueda «elegir el caso». Este excepcional supuesto no entraña una irrestricta capacidad de elección, pues tampoco sería asumible jurídicamente que un Tribunal de primera o única instancia tuviera tanto arbitrio como para decidir libremente, cuando asume o rechaza los casos que recibe.

El proceso selectivo que el Tratado atribuye a la Corte no es discrecional y está objetivamente delimitado de tal manera que excluya

la siempre temible libre selectividad por parte de un Tribunal, que bajo un sistema de autoselección amplio podría convertirse en todo menos en un juez «natural» predeterminado por la ley. No debemos olvidar la terrible memoria de los «tribunales de excepción» del nivel nacional.

15.— El impacto de este diseño toma especial valor al operar sobre el proceso de democratización global, sobre la deseable marea democratizadora que a su vez requiere la actualización del concepto de soberanía. No podemos olvidar que la jurisdicción -el Poder Judicial- resulta, con el Poder Legislativo, el doble pilar de la soberanía, «*iurisdatio*» y «*iurisdictio*»; «*dar*» y «*decir*» la Ley. De ahí que toda Constitución moderna, como necesariamente resultó en el caso español, reserva de forma expresa a esos dos poderes (el ejecutivo no es más que una mera proyección de los otros), una vinculación directa con el pueblo del que emanan tales potestades.

Esa vinculación de la jurisdicción al concepto mismo de soberanía, si bien es cierto que entraña el mayor obstáculo a una proclamación de una justicia universal, como reconoce prácticamente toda la doctrina al considerar siempre de forma restrictiva la capacidad de sobrepasar el marco específico de la soberanía territorial, permite, sin embargo, incorporar un nuevo valor añadido: la exigencia desde esa nueva «*comunidad internacional*», definitivamente articulada sobre realidades nacionales asentadas en el principio democrático, de una renovada acción en pro de la justicia. Es decir, cada vez son más los países que han emprendido, en su propia sede jurisdiccional, la lucha contra la impunidad derivada de su pasado conflictivo, persiguiendo eficazmente esas conductas horribles que abochornan a la humanidad en su totalidad, configurada ya como sociedad universal y moderna. Ahora bien, esta persecución se ha de hacer, como ya planteaba Quintano Ripollés, allá donde la causa obtenga la «*mejor comprensión judicial a la par que una más eficaz ejemplaridad*», es decir, en su sede natural. En argumentos de esta misma estirpe hemos basado, en otro trabajo, nuestra posición sobre el ejercicio del derecho de defensa ante la CPI.

La Corte se asienta así en ese vértice del sistema y su eficacia se deriva de su capacidad para construir esa función ejemplarizante en el mundo moderno, definitivamente asentado, como decimos, en una voluntad democratizadora.

La Jurisdicción de la Corte se presenta de esta manera con el carácter «*complementario*» que le atribuye el Tratado. El concepto va más allá de la mera «*subsidiariedad*» donde se articula la mecánica ordinaria de la jurisdicción en la búsqueda de esa justicia plena que entraña la eficaz capacidad de «*protección de todos los derechos e intereses legítimos*»,

como proclama nuestra Constitución y que en la esfera de lo penal se convierte en ese «juzgar o hacer posible que otros juzguen» que expulsa del sistema, como ya se dijo, todo margen de impunidad.

16.— Hemos mencionado la función educadora, formativa y creadora de opinión y de esperanzas que la CPI significa. El principio de complementariedad viene a configurar esas tareas con una mecánica eficaz. De un lado ayuda a los Estados a encontrar por sí mismos las vías adecuadas para promover los debidos procesos en la lucha contra la impunidad, reforzando su calidad democrática sin menoscabo de la vinculación de la idea de jurisdicción a la voluntad real del pueblo, y de otro lado sirve de aviso a esos últimos tiranos recalcitrantes. Advertencia justiciera constante que hace de esa Justicia Internacional, junto a la natural de todos los pueblos, el brazo -largo brazo- de una justicia de efecto universal, aunque técnicamente se articule bajo la forma de engranajes complementarios.

Por eso, el principio de complementariedad resulta una necesidad de la función ejemplarizadora. Deja en manos de esa misma Justicia Internacional la definición del caso «*en interés de la justicia*» que se persigue. El verdadero detonante de ese *interés* no puede ser otro que ese potencial de ejemplaridad que configura el caso. De nuevo el Estatuto resulta de una claridad meridiana: «*la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional*». La carga semántica no está tanto en la gravedad, sino en que de ella se siga la *trascendencia para la comunidad internacional*.

17.— La CPI, es cierto, no está únicamente concebida contra los agentes¹⁴ de los Estados terroristas y «canallas» que todavía quedan en el mundo; pero tenemos que recordar que es ahí donde debe actuar fundamentalmente, pues es ahí donde la justicia requiere ese plus de asistencia que todavía no puede encontrar en la propia voluntad de sus pueblos. En cambio, respecto a aquellos otros países donde el sistema sí ha funcionado, donde la vocación de progreso existe, donde los procesos democráticos se han asentado de una manera u otra, ahí la Corte puede y debe apoyarles en su capacidad de enjuiciamiento para que definitivamente encuentren el camino hacia la democracia, también en su vertiente judicial; y esto lo hará no interfiriendo en el proceso de ejercicio de una justicia auténticamente emanada del pueblo.

Deducida esta finalidad y convertida en objetivo propio de Naciones Unidas en tanto en cuanto sede de la Asamblea que dio nacimiento a la CPI, los objetivos de la CPI no son ya sólo el enjuiciamiento de los casos definidos en el artículo cinco, sino también esa acción en pro de la democratización de los pueblos en el marco del Estado de

Derecho, lo que supone, hemos dicho, el reforzamiento de sus jurisdicciones nacionales, sede principal y natural de ese proceso de enjuiciamiento que depure las responsabilidades históricas de cada país.

Con ello la Corte, a través de sus principios definitorios, aporta con su sola existencia y su acción virtual, su plus a los procesos democratizadores de muchos de estos pueblos, objetivo, además, de la propia Carta de N.U., y evita, a un mismo tiempo incurrir en un nuevo colonialismo, que debe evitarse siguiendo los rumbos de dar ejemplo y formar en todos la convicción sobre los valores democráticos. La CPI tiene ahí un rol emblemático.

Notas

¹ En alguna ocasión me he referido a esa componente «*vindictiva*» del derecho ènal. Por todos, Richard A. Posner: «...*en las más tempranas formas y manifestaciones de la Ley, del derecho, la venganza muestra claramente al aire libre las raíces de la norma*».

² El Profesor Gonzalo Quintero Olivares.

³ La reciente derogación por Bélgica de sus planteamientos de «*jurisdicción penal universal*» sería buen ejemplo.

⁴ Según las brillantes formulaciones del citado Jescheck.

⁵ Por todos, Ortiz de la Torre.

⁶ Es obvio que las «contemplaciones» en el trato con Stalin y Hitler han dado una muy mala cosecha de tragedias, que acaso no hubieran germinado igual en caso de mayor firmeza democrática. Y ya durante la Guerra Fría, llamábamos sin rubor «mundo libre» a las más crueles dictaduras, y «democracias sociales» a las mayores burlas del Estado de Derecho en los satélites de la URSS.

⁷ Según el Diccionario de la Real Academia Española, pírrica era una danza que *imitaba un combate* en la antigua Grecia. Por eso mantengo el calificativo, metáfora de imitación.

⁸ En esto de no dar ni agua al enemigo político, no hay nada demasiado nuevo. Hasta en los países más avanzados se utilizan torcida y ocasionalmente, los tipos penales de «*traición, sedición o subversión*». Sólo el imperio de los derechos humanos va desterrando estas calificaciones jurídicas cuando se usan como coartada para la represión.

⁹ «Es una experiencia eterna que todo hombre que posee poder tiende a abusar de él (...); la virtud misma tiene necesidad de límites (...); para que no se pueda abusar de él es preciso que, por la disposición de las cosas, el Poder contenga al Poder (...); cuando en la misma persona o en el mismo organismo la potestad legislativa está unida a la ejecutiva, ya no hay libertad, pues es de temer que (...) se hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente (...); si la potestad de juzgar está unida a la legislativa, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario; y si va confundida con la potestad ejecutiva, el Juez podría tener la fuerza de un opresor (...); todo se perdería si el mismo hombre o el mismo órgano ejerciese los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de

juzgar sobre los delitos o las disceptaciones entre particulares». MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*.

¹⁰ Según la terminología de Guasp, ya citado, en expresión que, como es sabido, nunca habría sido acogida por Prieto Castro. Y viceversa.

¹¹ Por todos, Concepción Escobar Hernández.

¹² Ya he dicho antes que la tipificación de los crímenes que ahora acoge el Tratado se ha anticipado a la constitución de la propia CPI en cincuenta años, bastante estériles en cuanto a prevención y condena de estos delitos.

¹³ Citado por Kirchheimer.

¹⁴ Recordemos que en la C.P.I. se depuran responsabilidades penales individuales. El Art. 25.1 del Estatuto dice así: «1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales».