

**LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
Y EL DERECHO A LA DEFENSA**
Un análisis teórico

Fernando OLIVÁN
Profesor Titular de la Universidad
Rey Juan Carlos de Madrid

La aprobación del Convenio de Roma de 1998 y con él, el establecimiento de una Corte Penal Internacional permanente ha sido uno de los acontecimientos más radicales en el desarrollo del Derecho moderno. Y utilizo el concepto de radical en su sentido más pleno, en su competencia de extraordinario y revolucionario, pero también y sobre todo en su sentido metafórico, como fenómeno que apunta a la misma raíz del Derecho, al menos del Derecho tal y como lo entendemos en nuestro mundo cultural y jurídico.

Hoy día se habla con frecuencia de globalización. Cultura, economía, el mismo estilo de vida y los sentimientos se globalizan. La aldea global que nos anunciara MC LUHAN se ha hecho una realidad que lleva a que, en medio de la selva —cualquiera y, como no, también en cualquier selva urbana— se tarareen las mismas canciones, se siga la vida de los mismos personajes y se entusiasme la gente por los goles de equipos de fútbol cuya sede, Madrid, Barcelona, La Plata o Manchester quizá ese mismo entusiasta tenga dificultad de poner en el mapa. Como era lógico, el Derecho también ha entrado de lleno en este proceso. Sin embargo su mecánica ha sido distinta. No podía ser de otra manera, de ahí los retos que todavía nos presenta un proyecto de justicia universal como el que se desprende del establecimiento de esta Corte.

La reflexión que propongo en este artículo se centra justamente ahí, en el análisis de este proceso y del papel que por ello le corresponde a la abogacía. También ahí se cuelan algunas consecuencias. De entrada la lucha que esto ha deparado entre distintos modelos de organización de esa defensa y, sobre todo, el gran despertar de la abogacía iberoamericana que, de la mano de la UIBA, se ha convertido en líder del proceso.

La Corte Penal Internacional aparece así como un más y un menos de una denominada Justicia Universal. La Corte se instaura en un proceso complejo que, sin embargo, podemos rastrear desde inicios del siglo XXI. El datar en estas fechas el proceso no es, sin embargo, neutro, pues con ello la hacemos coincidir con el mismo desarrollo de dos acontecimientos que aparentemente resultan antagónicos respecto a esa universalización de la justicia: el triunfo del nacionalismo y con él, el principio de las nacionalidades, y la consolidación del liberalismo y la organización de los Estados modernos bajo las exigencias democráticas.

El siglo XXI y posteriormente el siglo XX constituyen de esa manera el marco de una profunda contradicción jurídica. De entrada el definitivo asentamiento del Derecho en sede de soberanía nacional o popular, es decir, en el principio de que toda justicia emana del pueblo, sujeto básico de la soberanía de Estados independientes e iguales. Pero por otro lado el desarrollo de una conciencia del límite que encuentra en los conceptos “Hombre” y “Humano” la sede de una nueva concepción de la soberanía. El Derecho internacional humanitario y, ya en el siglo XX, el desarrollo moderno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos devienen los antecedentes positivos más remotos de la Corte.

El proceso no fue casual, por el contrario, está estrechamente ligado a los propios acontecimientos de la historia. Las guerras napoleónicas, extrapolación del modelo revolucionario, incorporaron de forma sistemática a la nación en el esfuerzo militar de las guerras. La “leva en masa” convierte a la guerra en un asunto nacional. Es la nación y no tal o cual dinasta, el nuevo protagonista de los conflictos armados. De ello se derivarán consecuencias absolutamente novedosas. De entrada un modelo de guerra que, ya con el perfeccionamiento técnico del siglo XX, abocará a la “guerra total”, es decir, la guerra sin límites negación absoluta del Derecho. En expresión de CLAUSEWITZ, el punto de equilibrio militar se desplaza al mismo corazón de la sociedad. Con ello será la misma sociedad el objetivo fundamental de la batalla. Ya no hay diferencia entre el ejército y la nación, el ejército termina siendo la nación en armas. El resultado no se dejó esperar, la sociedad, su cultura, sus hombres y mujeres por el mero hecho de serlo, devienen objetivo militar.

Las guerras de Napoleón III y, sobre todo, la guerra Franco Prusiana fueron los primeros ensayos de este modelo y no podemos olvidar que

es justamente ahí donde, tras el espectáculo horroroso del la post-batalla de Solferino. Henri Dunand funda el movimiento internacional de Cruz Roja y, con ello, el nacimiento definitivamente positivo del *ius in bello*, es decir, los principios mínimos de humanidad que deben reinar en medio del combate. La Guerra de Secesión Americana, el horror y la estupidez de la Guerra de Crimea y los propios fenómenos revolucionarios que tanto convulsionaron Europa, dejaron una estela de horror que promoverá esa gran obra legislativa —ya definitivamente obra de legislador internacional— que es el denominado “Derecho de Ginebra” y “Derecho de La Haya”.

Surge así el proceso de tipificación de unos comportamientos anti-jurídicos que constituirán los denominados “crímenes de guerra”. El mayor esfuerzo, quizá, para borrar uno de los principales huecos de la razón jurídica.

Sin embargo, y pese a todos estos esfuerzos, el siglo xx conoció, al menos en dos momentos, el más alto grado de violencia y destrucción jamás desarrollado. La Primera Guerra Mundial llegó a movilizar a millones de soldados. El uso de las nuevas tecnologías militares como la ametralladora, la alambrada de espinos, el tanque, la aviación y los submarinos, convirtió los frentes militares en auténticos cementerios y cuando por fin terminó —pese a continuar en algunos de sus puntos— había acumulado la mayor carnicería humana conocida por la historia. Al horror de los muertos hubo, además, que añadir el horror de los desplazamientos humanos, los exilios de millones de personas, la destrucción de sociedades enteras y el inicio de los genocidios modernos. Se culmina, así, el proceso que se inicia con la modernidad y que, sin embargo, llegará a simas aún más profundas.

La magnitud de los números impedía cualquier consideración individual, no cabía duda ya, la guerra era un hecho colectivo donde, además, resultaba difícil definir normas y límites. Era la misma guerra la que debía quedar fuera de toda opción política, había que convertir a la misma guerra en un hecho delictivo en sí. Como expresó Liddle HART, el gran tratadista de la estrategia moderna, la escalada de los medios termina arrastrando siempre toda posibilidad de equilibrio.

Así, junto al esfuerzo definido por el instrumental jurídico del *ius in bello*, se empezó a desarrollar todo otro empeño de regular el *ius ad bellum*. Viejo empeño, es verdad, y que ya encontró antecedentes en la obra de Grocio y la Escuela de Salamanca, en esa inspiración erasmista de Vitoria y sus discípulos. Estructuras como el Pacto Briand-Kellog que, aunque sin articulación de sanciones, sirvió para un generoso avance hacia el rechazo de la guerra como marco antijurídico por antonomasia. La Sociedad de Naciones, así como numerosas constituciones,

ahí está el ejemplo de la nuestra de la República, vinieron a prohibir la guerra y a punir su declaración en los mismos códigos penales.

Con ello se configura el primer escenario: la condena jurídica, aunque todavía no netamente penal, de una violencia militar que había quedado siempre al margen del Derecho. De entrada la acción antijurídica dentro de esa guerra, por su exceso, su crueldad, su sadismo, pero también el hecho mismo de la guerra, en cuanto instrumento antijurídico de la acción política internacional.

La guerra rompe con la idea misma de Derecho, su capacidad de pacto y compromiso, la vinculación a unas reglas, el principio de paz que entraña toda idea jurídica. De ahí nacerá el crimen de agresión —en la terminología consolidada en el Convenio de Roma, o esa “conspiración para la guerra” que tipificaría el proceso de Nuremberg y sobre el que se articularon las más graves condenas.

Pero con esto sólo hemos apuntado a los fundamentos ideológicos pero todavía no a las mecánicas sobre las que se establece la Corte. La experiencia histórica, pasada y presente —y aquí el presente toma formas que recordará la historia— nos demuestra la dificultad de hacer efectivo el Derecho en medio del acontecimiento del combate. De entrada porque siendo un hecho social, implicando como implica a toda la sociedad, resulta difícil juzgar acontecimientos que nos son tan cercanos. PASCAL lo plantea de una forma que no deja de ser inquietante:

«¿Por qué me matas? ¡Qué pregunta! ¿No vives al otro lado de esa agua? Si vivieses a este lado, amigo mío, yo sería un asesino y sería injusto matarte de esta manera. Pero como vives del otro lado, soy un héroe, y ello es justo. ¡Una justicia extraña que está delimitada por un río! Lo que es verdad en un lado de los Pirineos, es error en el otro».

El crimen se percibe de manera distinta desde un borde o desde otro. Lo que para unos es un gesto criminal para otros es la muestra de su heroísmo. También la modernidad está plagada de ejemplos. A esto se añade otro factor de complejidad: la guerra implica necesariamente a las más altas jerarquías de la sociedad. Es ahí donde nace la chispa que luego incendiará el campo de batalla. Es más, sin ese poquito de fuego, posiblemente no se conseguiría la victoria. Una comunión perfecta entra la jerarquía y su pueblo que termina promoviendo la identificación —en medio del esfuerzo militar— entre uno y otro. Ahí, pese a la calidad de las tipificaciones de los crímenes, termina resultando imposible el juicio y condena de estos actos. Los responsables de la matanza de May Lay a duras penas pisaron la cárcel. Es ahí donde surge la idea de una jurisdicción universal o internacional, ya hablaremos de las dife-

rencias, que, desde la distancia, desde fuera de ese círculo de “unión sagrada”, tenga capacidad de promover la justicia e imponer las penas.

Quizá el antecedente remoto sea esa figura doliente de Napoleón en el duro destierro de Santa Elena, pero más cercano fue el intento de enjuiciamiento del Kaiser Guillermo, refugiado en Holanda tras la Gran Guerra, pero sobre todo los procesos de Nuremberg y Tokio y, ya tras la Guerra Fría, los Tribunales *ad hoc* para los crímenes de guerra de Yugoslavia y Ruanda o los más recientes de Sierra Leona y quizá próximamente, en Camboya, Timor e Irak. Jurisdicción internacional que aplicando un Derecho internacional penal inspirado en esa doble construcción del Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los Derechos Humanos, venía a proclamar a la persona en su calidad de ser humano como depositario natural del Derecho.

No es tampoco extraño que el gran impulso de este juego viniera justamente tras la II Guerra Mundial, catástrofe social que terminó dejando en pañales los horrores de su antecesora. ¿O terminaron siendo una única guerra como sostiene NOLTE en su interesante obra sobre la “Guerra civil europea” ?

Pero nuevamente surge la reflexión desde el Derecho y todos estos procesos no terminan de quitarse un cierto tufillo. No es casual que estos juicios famosos se hayan iniciado siempre tras una guerra y, lo que es más inquietante, hayan terminado sentando siempre en el banquillo de los acusados a los derrotados en esas mismas guerras.

Las interpretaciones no faltan y algunas sirven a nuestro argumentario. Se ha dicho y no careciendo de razón, que para el otro bando, el bando ganador, sobraba la competencia jurisdiccional en sede nacional. Como sostenía el gran maestro QUINTANO ROPILLÉS, es ahí donde la causa obtiene la «mejor comprensión judicial a la par que una más eficaz ejemplaridad», es decir, ahí, reconoce nuestro autor, se encuentra su sede natural.

En definitiva, la función pacificadora del proceso, en expresión de ese otro gran maestro que fue GUASP, toma especial relevancia en el proceso criminal porque en él “se actúan” —y remarco la expresión— pretensiones fundadas en la norma penal que por su propia naturaleza concierne a relevantes infracciones y perturbaciones del orden social. El Derecho aparece como pacificador de conductas que, a través del proceso, adquieren su expresión social. Por eso, es el orden social que ha quedado destruido por la guerra el más necesitado de reconstrucción internacional, reconstrucción innecesaria y posiblemente inconveniente en el caso de las sociedades que salieron triunfantes. La verdad es que

no faltaron procesos penales en sede militar y civil contra los crímenes de guerra y de otro tipo perpetrados por las tropas aliadas.

¿Qué me interesaba remarcar aquí? Pues justamente esta concepción del acto judicial. En el proceso es necesaria la actuación de las partes, es decir, la implicación y sometimiento —necesariamente voluntario— a las normas configuradoras de la jurisdicción. De lo contrario no hay proceso, como no es proceso en modo alguno, por más que teatralice sus formas, el acto que interpretan ese grupo de encapuchados que, autoproclamándose tribunal de tal o cual pueblo, deciden “ajusticiar” a algún desgraciado al que han secuestrado. Justamente esa es la estrategia que intenta seguir un procesado como Milosevic, negando jurisdicción al tribunal para la ex-Yugoslavia, o como hizo Bulgakov frente al tribunal nazi que le juzgó por el incendio de Reichstag.

Un tribunal no reconocido no es un tribunal. La debilidad del sistema es que requiere, incluso, el reconocimiento por parte del justiciable, lo que entraña específicas mecánicas, resueltas sin embargo, y con radical calidad, en los sistemas democráticos.

Las jurisdicciones nacionales no tienen aquí ningún problema. Ya desde sede constitucional se proclama. “La justicia emana del pueblo”, como dice nuestra Carta Magna en su art. 117. Con ello no hay duda, esa justicia emana también de las partes en cuanto partes integrantes de ese pueblo, pueblo constituido, además, como también deja dicho el texto constitucional, “por todos cuantos lo integran”, extendiendo este valor a toda la sociedad donde se ejerce jurisdicción. De esta manera el principio de soberanía conecta perfectamente la acción de la justicia con la misma idea de nación. Pero, claro, aquí es donde está el problema.

La crisis surge justamente ahí, como decimos, al pasar desde tribunales nacionales a tribunales que articulan su jurisdicción en sede internacional, en este punto la vinculación de la acción de la justicia con la voluntad popular pierde su inmediatez y se disuelve. Es curioso que el caso del Tribunal Internacional de Tokio para los crímenes cometidos en la guerra del Pacífico durante la II Guerra Mundial cerrara este punto de quiebra haciendo retornar la jurisdicción a una sede nacional. Como es sabido, la apelación contra la instancia internacional era vista en sede del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Pese a lo retorcido del mecanismo, terminaba teniendo su lógica, en esa sede nacional la conexión entre jurisdicción y soberanía popular estaba fuera de toda duda, indefinición que, sin embargo, dejó siempre abierta la sala de Nuremberg.

En los Tribunales *ad hoc* la quiebra se ha vuelto a sentir. No podemos olvidar que estos tribunales surgen no por un acto soberano como

pueda ser un Convenio o Tratado internacional, sino directamente del seno del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. La vinculación de estas instancias con la idea de soberanía popular quedaba radicalmente destruida. La herida estaba abierta y era necesario suturarla, éste fue el gran empeño de la Convención de Roma para el Tribunal Permanente.

El Convenio de Roma para el establecimiento de la Corte Pernal Internacional se enfrentaba, así, a todos estos retos: reconstruir la capacidad enjuiciatoria de esos países recorridos por estas “más graves crisis internacionales”, promover la pacificación de sociedades recorridas por las guerras, hacer del Derecho internacional protector de los derechos humanos una referencia constante en la acción de la política, depurando eficazmente, además, los comportamientos infractores de ese orden internacional que se sometiesen a su jurisdicción.

La finalidad preventiva la conseguía justamente gracias a esa ejemplaridad que debe alcanzar por su carácter universal. Aquí la Corte va más allá que una mera justicia internacional ya que su labor ejemplificante, como ya está sucediendo con los Tribunales *ad hoc*, se expande entre todos los países, con especial intensidad entre los que padecen graves convulsiones internacionales. El reto era conseguir también desarrollar los otros fines y hacer de la Corte una auténtica jurisdicción.

Dos son los mecanismos básicos para ello: los mecanismos de “complementariedad” y de “ejemplaridad” y a los que se suma, como ya hemos apuntado, la importancia radical del instituto de la defensa. Esta finalidad preventiva (*ne peccatur*) en el área del Derecho penal internacional contiene los tres ingredientes exigibles para su eficacia: por un lado permite a los hombres, como seres libres, definir su comportamiento futuro teniendo a la vista el pronóstico cierto de su 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 adquiere un valor moralizante que termina no sólo corrigiendo conductas sino provocando otras nuevas más acordes con la exigencia del Derecho. Con ello la sola presencia de la Corte ha supuesto ya un éxito consolidado ya que la ineficacia crónica de los Derechos Humanos ha cambiado de signo deviniendo un Derecho efectivo. Pero, como decimos, esto no es suficiente.

No voy a volver sobre las consecuencias jurídicas de la mecánica del factor de “complementariedad”, clave para comprender la potencialidad de este nuevo instituto de justicia, pero sí me interesa ahora sacar de ahí sus últimas consecuencias.

La Corte debe servir, como decimos, para promover además la justicia de cada país, en especial de aquellos que han visto destruida su

capacidad de enjuiciamiento. Como venimos diciendo desde el principio es ahí, en ese marco de la jurisdicción natural, donde se asienta el concepto de justicia en los sistemas democráticos. Ahora bien, esta promoción de la justicia entraña la consolidación y creación en su caso de mecanismos eficaces de colaboración entre el sistema de justicia de cada uno de los países concernidos con el sistema creado por el Convenio de Roma, prueba de fuego de la superación de la crisis que motivó la actuación —ese conocer— de la Jurisdicción internacional. Los procesos nacionales deben ser, por lo tanto, una realidad paralela a esa acción internacional y unos y otros deberán alimentar su propio afán de justicia. Una justicia desarrollada ya como depuración propia del conflicto social. Mecánica compleja y difícil pero que será la auténtica piedra de toque que defina el triunfo del modelo.

¿Cuál será el nexo de unión de todo este complejo sistema? Personalmente me inclino a considerar que aquí se abre un magnífico reto para la abogacía. El abogado, representante del acusado, actúa en su nombre incorporándole definitivamente al proceso. Acusación y defensa, actuando en ese necesario equilibrio de armas, recrean el acto de soberanía básico que hace de ese actuar un auténtico juicio. Por eso no es casual que el acto de rebeldía de un Milosevic haya sido el rechazo de toda asistencia jurídica. El abogado es, por lo tanto, la instancia que incorpora el procesado al proceso, por eso no es un mero instrumento técnico cuyo único valor sea su exquisito control de los mecanismos procesales. Esto es necesario para su trabajo lógicamente, pero no es suficiente. Principios como los de “confidencialidad”, “independencia”, “libertad”, etc., reflejan la necesaria disponibilidad del letrado para promover los derechos de su representado.

Pero esto sólo lo conseguirá un sistema abierto de defensa. Un sistema que no pretenda cerrar el ejercicio profesional a un grupo internacional de expertos a los que necesariamente haya que acudir como únicos letrados concernidos por el sistema de la Justicia internacional. Si, por la creación de sistemas de exclusión o por la dejadez de los abogados nacionales, no se rompiera ese círculo vicioso, me temo que la Corte Penal Internacional vería menoscabada su función clave. Para eso es imprescindible la más plena incorporación de la profesión al proyecto de la Corte y, en este aspecto, tengo la satisfacción de poder decir que la abogacía iberoamericana ha superado y con nota el examen.