

# La función de la Corte Penal Internacional y las teorías críticas del derecho internacional

## The Function of the International Criminal Court and the Critical Theories of International Law

MARIO URUEÑA-SÁNCHEZ\*  
Universidad del Rosario (Colombia)

MÍRIAM DERMER-WODNICKY\*\*  
Universidad La Gran Colombia (Colombia)

CLARA HERNÁNDEZ-CORTÉS\*\*\*  
Universidad del Rosario (Colombia)

**Resumen:** Este artículo busca analizar la función de la Corte Penal Internacional (CPI) desde el horizonte analítico de los estudios críticos y los aportes particulares de la Escuela de Helsinki y el idealismo social. Para dar alcance a este objetivo, se comparan los principales postulados de ambas perspectivas sobre el concepto de justicia internacional penal (JIP), en general, y hacia la actuación de la CPI en su tiempo de vigencia, en particular. La metodología utilizada es la de un análisis documental con una fuerte inclinación hacia textos de corte teórico y doctrinal.

**Palabras clave:** Corte Penal Internacional, Escuela de Helsinki, idealismo social, teorías críticas, derecho internacional

**Abstract:** This article seeks to analyze the function of the International Criminal Court (ICC) from the analytical horizon of critical studies and the particular contributions of the Helsinki School and social idealism. To achieve this objective, the main postulates of both perspectives are compared towards the concept of international criminal justice (ICJ), in general, and towards the performance of the ICC in its time of validity, in particular. The methodology used is that of a documentary analysis with a strong inclination towards texts of a theoretical, doctrinal and jurisprudential nature.

**Key words:** International Criminal Court, Helsinki School, social idealism, critical theories, international law

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad del Rosario (Colombia), con estudios de doctorado en Ciencia Política (énfasis en Relaciones Internacionales) por la Universidad de Quebec, Montreal (Canadá). Magíster en Geopolítica y Seguridad Global por la Universidad de Roma «La Sapienza» (Italia). Polítologo por la Universidad Nacional de Colombia. Profesor e investigador de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Código ORCID: 0000-0002-8040-6240. Correo electrónico: mario.uruenas@urosario.edu.co

\*\* Doctoranda en Derecho por la Universidad del Rosario. Magíster en Ciencia Política por la Universidad de Quebec. Polítologa por la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigadora de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad La Gran Colombia, Bogotá. Código ORCID: 0000-0001-8749-9024. Correo electrónico: miriam.dermer@ugc.edu.co

\*\*\* Internacionalista y abogada por la Universidad del Rosario. Joven investigadora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Código ORCID: 0000-0001-9204-0824. Correo electrónico: ehc25@hotmail.com

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES Y FUNCIÓN DE LA CPI EN EL ORDEN MUNDIAL ACTUAL.- II.1. FUNCIÓN Y LUGAR QUE OCUPA LA CPI EN EL ORDEN INTERNACIONAL ACTUAL.- III. LOS ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS APORTES DE LA ESCUELA DE HELSINKI Y EL IDEALISMO SOCIAL.- III.1. LA ESCUELA DE HELSINKI.- III.1.1. LA PROBLEMÁTICA DEL SISTEMA INTERNACIONAL ACTUAL.- III.1.2. REPRESENTACIÓN DEL DERECHO Y SU FUNCIÓN.- III.1.3. PROPUESTA DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL E INTERNACIONAL.- III.2. EL IDEALISMO SOCIAL.- III.2.1. LA PROBLEMÁTICA DEL SISTEMA INTERNACIONAL ACTUAL.- III.2.2. REPRESENTACIÓN DEL DERECHO Y SU FUNCIÓN.- III.2.3. PROPUESTA DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL E INTERNACIONAL.- III.3. EL DIÁLOGO ENTRE DOS VISIONES CRÍTICAS.- III.4. LA COMPRESIÓN DE LA JIP DESDE LA ESCUELA DE HELSINKI Y EL IDEALISMO SOCIAL.- III.4.1. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO Y LOS FINES DE LA JIP PARA LA ESCUELA DE HELSINKI.- III.4.2. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO Y LOS FINES DE LA JIP PARA EL IDEALISMO SOCIAL.- IV. LA FUNCIÓN DE LA CPI DESDE LA ESCUELA DE HELSINKI Y EL IDEALISMO SOCIAL.- IV.1. LA CPI COMO UN PROYECTO POLÍTICO HEGEMÓNICO EN EL ORDEN MUNDIAL.- IV.2. VALORES E IDEALES DE LA CPI EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD DIFERENTE.- V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas han significado un desafío para los postulados tradicionales del derecho internacional en varios frentes. Dos de ellos tienen que ver con las perspectivas para su entendimiento y con la multiplicación de actores que hacen parte del sistema. Por un lado, las visiones positivistas (no solamente desde la óptica de la filosofía del derecho, sino también de aquellas que pueden tener un compromiso claro hacia el empirismo y la cientificidad) ofrecen marcos explicativos que han coadyuvado a la constitución del orden internacional actual con sus virtudes y defectos. Virtudes para crear un andamiaje institucional de inspiración liberal comprendido por una pléyade de organizaciones e instancias con un cierto grado de competencia y fuerza vinculante otorgada por los Estados que las conforman. Y debilidades en tanto esas organizaciones e instancias se han mostrado incapaces de cumplir satisfactoriamente con los cometidos para los cuales fueron instituidas, mientras que dicha incapacidad ha conducido a la perpetuación de un sistema injusto, desigual y antidemocrático. Esta es condición suficiente para indagar acerca de otras formas posibles de pensar el mundo, al derecho y a las relaciones humanas en su conjunto. Entre la variedad de opciones disponibles, se escogió para este artículo trabajar sobre dos visiones críticas con argumentos interesantes, los cuales valen una discusión profunda: la Escuela de Helsinki y el idealismo social.

La multiplicación de actores del sistema internacional ha puesto la lupa en los alcances y limitaciones de aquellos actores, sobre todo, en los cuales se depositaron las esperanzas de un mundo pacífico donde

la dignidad humana fuera preservada a toda costa. Uno de esos actores sobre los que dicha esperanza ha sido de particular interés es la Corte Penal Internacional (CPI). Su instauración en el tránsito hacia el presente siglo, la promesa subyacente de un tribunal permanente para arrogarse la competencia sobre los peores crímenes contra la humanidad y la ilusión de erigirse como una entidad supraestatal, capaz de hacer prevalecer la seguridad humana sobre la seguridad nacional, fueron argumentos de peso para tomar con optimismo las funciones que adelantaría el naciente tribunal.

Hoy, casi dos décadas después de la entrada en vigor de su tratado constitutivo, parecen ser más las inquietudes que las certezas que se tienen respecto al funcionamiento del tribunal. La tendencia a convertirse, de una parte, en un instrumento de las potencias occidentales para hacer prevalecer su agenda sobre los Estados más débiles del orbe puede ser contrapuesta, de la otra parte, a su ideario de hacer justicia a aquellos individuos a quienes sus Estados arrojaron con mantos de impunidad mientras les negaban esa misma justicia a sus víctimas. Es por ello que cabe preguntarse: ¿cuál es la interpretación que tienen la Escuela de Helsinki y el idealismo social respecto de la función de la CPI?

El objetivo de este artículo se dirige, entonces, a analizar la función de la CPI desde el horizonte analítico de los estudios críticos y los aportes de la Escuela de Helsinki y el idealismo social. Para dar alcance a este objetivo se comparan los principales postulados de ambas perspectivas hacia el concepto de justicia internacional penal (JIP), en general, y hacia la actuación de la CPI en su tiempo de vigencia, en particular. La metodología utilizada es la de un análisis documental con una fuerte inclinación hacia textos de corte teórico y doctrinal.

Este artículo consta de tres secciones. La primera sección presenta un panorama de los antecedentes y la función de la CPI en el orden internacional actual. La segunda sección realiza un debate entre las dos perspectivas de referencia, partiendo desde sus postulados principales, su visión del sistema internacional actual, su percepción del derecho y sus propuestas de un mundo alternativo para, luego, enfocarlo al concepto de JIP y atar las visiones ofrecidas por cada perspectiva en relación con su factibilidad en el mundo real. Finalmente, la tercera sección utiliza los insumos teóricos y conceptuales identificados para entender el rol que ha desempeñado la CPI en la configuración del derecho internacional contemporáneo.

311

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONALTHE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

## II. ANTECEDENTES Y FUNCIÓN DE LA CPI EN EL ORDEN MUNDIAL ACTUAL

Con anterioridad a la constitución de la CPI como un tribunal internacional encargado de juzgar a individuos por su responsabilidad en la comisión de los crímenes internacionales más graves, el escenario de discusión para su conformación permanente estuvo enmarcado en un juego de intereses políticos, económicos y de *statu quo*. Numerosos Estados argumentaron que un tribunal internacional penal afectaría gravemente su soberanía e iría en contravía de sus intereses nacionales. La falta de homogeneidad ideológica entre los Estados y los altos costos económicos que conllevaría su mantenimiento fueron otros de los argumentos esgrimidos contra su establecimiento (Hernández, 2002, p. 481).

Solo tras la finalización de la Guerra Fría en 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas encargó a la Comisión de Derecho Internacional la redacción del borrador del estatuto de un tribunal internacional penal de carácter permanente. La Comisión tuvo listo el documento en 1994 y al año siguiente se creó un Comité Preparatorio para dar seguimiento a las discusiones y debates sobre el mismo, lo que eventualmente llevaría a la aprobación del Estatuto de la CPI (ECPI) el 17 de julio de 1998, por ciento veinte votos a favor, siete en contra (Estados Unidos, Israel, China, Irak y Qatar, entre otros) y veintiún abstenciones (Rocha, 2018, p. 6).

En la discusión sobre la conformación de la CPI se pueden resaltar dos temas fundamentales: a) la relación entre su jurisdicción y las jurisdicciones nacionales; y b) la obligación de los Estados de cooperar con la CPI (Fernández de Gurmendi, 2000, p. 88). En cuanto al primer tema, el principio de complementariedad entraña que la CPI no tiene primacía sobre los sistemas nacionales y no tiene como función sustituir a las jurisdicciones nacionales, de manera que solo ejercerá jurisdicción cuando los Estados no actúen o sus actuaciones adolezcan de falta de disposición o de capacidad (Hernández, 2002, p. 484).

Una de las principales cuestiones que se plantearon durante la negociación del ECPI fue definir los criterios que permitirían la intervención de la CPI porque esta no podría tener amplias facultades, ya que limitaría el papel de los Estados, pero tampoco un papel muy restrictivo porque entonces no podría actuar y su creación sería poco útil (Fernández de Gurmendi, 2000, p. 89). La solución vino dada por el principio de complementariedad de la jurisdicción de la CPI frente a las jurisdicciones nacionales, que aparece recogido en el artículo 1 del ECPI y supuso un punto intermedio entre quienes promovían que la CPI no fuera irrelevante o meramente residual, y aquellos otros Estados que preferían limitar el papel de la CPI argumentando que los sistemas

nacionales podrían desarrollar mejores procesos de investigación y enjuiciamiento, y que la CPI no debería por tanto actuar en casos de demora, colapso o fallas intermitentes de los sistemas nacionales de justicia, sino solo en casos de inexistencia o colapso generalizado de los mismos (p. 90).

La segunda cuestión, relativa a la obligación de cooperación con la CPI para garantizar su adecuado funcionamiento, es esencial porque sin la cooperación de los Estados afectados no es posible arrestar a los imputados, recoger el material probatorio, tomar los testimonios de las víctimas o ejecutar las sentencias, entre otras cosas (Fernández de Gurmendi, 2000, p. 90).

Un tercer aspecto relevante en las negociaciones fue la definición de los crímenes sobre los cuales la CPI tiene competencia material, que según el artículo 5 del ECPI son aquellos «más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión). Si bien se debatió también la posibilidad de incluir el terrorismo, los crímenes contra las Naciones Unidas y el tráfico de drogas, no se llegó a un acuerdo sobre su definición y ámbito de aplicación, por lo que solo se pudo alcanzar el compromiso de recomendar que se aborde su posible inclusión en el ECPI en futuras Conferencias de Revisión de este estatuto.

En cuanto al crimen de agresión, su definición fue objeto de múltiples controversias centradas en torno al papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su determinación. Los miembros permanentes del Consejo defendieron que la CPI solo pudiera ejercitar su competencia cuando el Consejo afirmara que, efectivamente, había existido un acto de agresión, pero la mayoría de los Estados no estuvo de acuerdo con que se supeditara el ejercicio de la competencia de la CPI a la previa decisión del Consejo, dada la importancia de salvaguardar la independencia de la CPI como organismo internacional autónomo en acuerdo al artículo 2 del ECPI (Hernández, 2002, p. 485).

Como resultado, el artículo 5(2) del ECPI solo recoge una referencia a que el mismo se incluye en la competencia material de la CPI, pero señala que esta no podría ser ejercitada hasta que se acordara en el futuro su definición, elementos y aplicación. De esta manera, hubo que esperar hasta la Conferencia de Revisión del ECPI, celebrada en Kampala el año 2010, para lograr un acuerdo que solo entró en vigor el 17 de julio de 2018. Además, según Koh (2010), los intereses vitales de los Estados Unidos se vieron protegidos por el resultado de las negociaciones porque

la Corte no puede ejercer jurisdicción sobre el crimen de agresión sin una decisión posterior que tendrá lugar luego del 1° de enero de 2017. El Fiscal no puede acusar a nacionales de Estados que no son parte, incluyendo a los estadounidenses, por un crimen de agresión. Ningún

313

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONALTHE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

estadounidense puede ser procesado por agresión en tanto Estados Unidos se mantenga como Estado no parte. Y en el evento de convertirse en Estado parte, aún se mantendría la opción de marginar a nuestros compatriotas de los procesos por agresión (Scheffer, 2012, p. 223).

En relación con el crimen de genocidio, la definición adoptada es la contenida en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. No hubo, por tanto, acuerdo para ampliar la definición con el fin de incluir grupos protegidos adicionales a los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos (Human Rights Watch, 1998, p. 2); aunque en el comunicado de prensa del 25 de marzo de 1996, relativo a los trabajos del Comité Preparatorio, se mencionó que algunos Estados realizaron esta propuesta de ampliación y que otros consideraban que debía tratarse al definir la categoría de los crímenes de lesa humanidad (ICC Preparatory Committee, 1996, p. 12). Asimismo, tampoco se aceptó la propuesta de los Estados Unidos en cuanto a incluir el requisito de «sistemático y generalizado» en la definición del crimen de genocidio, porque el mismo era característico de la definición de los crímenes de lesa humanidad (1999, p. 12).

En relación con los crímenes de lesa humanidad, la discusión versó sobre diferentes elementos de su definición. Un punto importante fue analizar si el ataque debía ser generalizado o sistemático, como se acabó recogiendo en el artículo 7 del ECPI; o si, por el contrario, debían concurrir ambos requisitos.

Finalmente, en relación con los crímenes de guerra, se evaluó en particular qué armas eran prohibidas y cuáles no (incluyendo la discusión sobre las armas nucleares), adoptando en gran medida las disposiciones ya recogidas en el derecho de La Haya y Ginebra. Además, se rechazó la propuesta de la Liga Árabe, China e India de que solo se tuvieran en cuenta los crímenes cometidos en conflictos armados internacionales (Human Rights Watch, 1998, p. 2).

## II.1. Función y lugar que ocupa la CPI en el orden internacional actual

Actualmente, la CPI ha venido enfrentando diversas situaciones que han puesto en duda su función, el cumplimiento de su labor y su imparcialidad, entre otros desafíos. Esta Corte sigue enfrentando la aceptación o rechazo de los intereses políticos de los Estados, que entienden que su participación en este tribunal internacional obedece a sus agendas internas y al mantenimiento de sus intereses y del *statu quo* internacional.

En octubre de 2016, tres países africanos decidieron retirarse de la CPI a través de la denuncia del Estatuto de Roma (Burundi, Sudáfrica y Gambia, a pesar de que hasta el momento solo se haya concretado la

salida del primero). Los argumentos de los países africanos consistieron en afirmar que la CPI no era imparcial y estaba muy sesgada frente a las situaciones y casos pertenecientes a África, desconociendo que en otras latitudes y Estados también era necesaria la intervención de la Corte (Cerda, 2017, p. 128).

Yoweri Museveni, presidente de Uganda, para la posesión de su quinto periodo en el año 2016, llamó a la Corte «montón de gente inútil», logrando que ciertos diplomáticos occidentales se retiraran. Museveni se ha expresado de esta manera debido a las demoras en el juicio contra Joseph Kony y los abusos cometidos por el Ejército de Resistencia del Señor (Cerda, 2017, p. 128).

Por su parte, el caso referente al expresidente Omar al Bashir ha generado uno de los puntos de mayor molestia e inconformidad de los países africanos con la Corte. La situación en Darfur, Sudán, remitida por el Consejo de Seguridad R/1593/2005 (Resoluciones y Decisiones del Consejo de Seguridad, 2005), ha sido una prueba de que la falta de cooperación de los Estados para lograr llevar a cabo los procedimientos de la CPI es un gran obstáculo en el cumplimiento de la función de la Corte.

Desde el año 2009 se han dictado dos órdenes de arresto en contra del expresidente, pero no ha sido posible ponerlo bajo custodia de la Corte debido a la falta de cooperación de algunos Estados en los que se ha alojado, pues no ha sido transferido a la jurisdicción de la CPI (CPI, s.f.a). Actualmente, el expresidente se encuentra en Sudán para ser judicializado, tras ser arrestado por el ejército de Sudán. El 21 de julio de 2020 se iba a llevar a cabo el juicio local correspondiente por el golpe de Estado de 1989, pero este se suspendió porque no contaba con el espacio ni las condiciones necesarias para llevarse a cabo (Amaya, 2020). Este juicio nacional sigue pendiente indefinidamente, así como los procedimientos ante la CPI por los cargos de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio (CPI, 2018).

Al Bashir, tras la orden de arresto emitida por la CPI, afirmó que la Corte era un instrumento neocolonial de occidente para la represión de la libertad y soberanía africana. A su vez, Muamar el Gadafi también sostuvo que sus actuaciones y el descontento hacia la CPI eran un intento antiimperialista y anticolonialista de las naciones menos fuertes en contra de las grandes potencias. Paul Kagame, presidente de Ruanda, acusó a la CPI en 2010 de esclavista y colonialista, lo cual iba en contra del principio de autodeterminación de los pueblos y justificaba la no ratificación del Estatuto. A su vez, Uhururu Kenyatta, presidente de Kenia, al saber que sería investigado por crímenes en contra de la oposición, reconoció que la CPI es selectiva y politizada (Campos & Lozano, 2018, p. 15).

315

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONALTHE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

En Burundi, tras la decisión del Parlamento de denunciar el Estatuto, uno de los parlamentarios (Gabriel Ntisezerana) afirmó que la CPI es «un instrumento político utilizado por poderes para eliminar a quienes quieren el poder en el continente africano» (Cerda, 2017, p. 130). Esta es la respuesta de este Estado a la apertura del Examen Preliminar sobre la Situación en Burundi del 25 de abril de 2016 por parte de la CPI (s.f.b). En esta decisión de Burundi se puede evidenciar que la pertenencia o no a la CPI y su funcionamiento dependió de cómo los intereses del Estado estaban alineados con los intereses y actuaciones de la Corte. En el momento en que esta se convirtió en una amenaza a causa de la apertura de las investigaciones, la salida fue la retirada del Estado frente al Estatuto de Roma.

Sidiki Kaba, en calidad de presidente de la Asamblea de Estados parte durante el quinceavo periodo de sesiones de este órgano, realizado en noviembre de 2016, afirmó que

Hoy, un fuerte sentimiento de injusticia atraviesa el continente africano en el que muchos países perciben a la Corte Penal Internacional como la expresión de un imperialismo judicial que quiere castigar a sus dirigentes panafricanos. En los últimos años, esta percepción viene provocando una tensión casi permanente en las relaciones entre África y la Corte Penal Internacional. Esto ha derivado en una crisis que hay que contener rápidamente desde la retirada de tres Estados: Burundi, Sudáfrica y Gambia (CPI, 2016, p. 8).

Por otro lado, la vocación de universalidad pretendida por la conformación de una corte con las características de la CPI ha sido duramente criticada debido a la no participación de Estados poderosos que no se han adherido como Estados Unidos, China, Rusia, India o Israel. Con la falta de presencia y adhesión de estos Estados, pareciera que se abriera paso a la «impunidad frente a las actuaciones y crímenes cometidos por sus nacionales» (Cerda, 2017, p. 132). La situación bajo investigación relativa a Georgia es un claro ejemplo de las tensiones que se producen en el marco del funcionamiento de la estructura de la CPI, donde por un lado se tiene a un Estado parte del Estatuto y, por el otro, a un Estado no miembro como Rusia. El ministro de Relaciones Exteriores de Rusia afirmó en el año 2016 que

Lamentablemente la Corte no ha cumplido con las expectativas de convertirse en un verdadero tribunal internacional independiente y acreditado. El trabajo de la Corte se ha caracterizado [...] como ineficaz y unilateral en diferentes foros, incluyendo la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad. Cabe destacar que durante los 14 años de trabajo de la Corte se han emitido sólo cuatro sentencias [...] la iniciativa de la Unión Africana que ha decidido desarrollar

medidas para una retirada coordinada de los Estados africanos es comprensible (p. 24).

Recientemente, respecto de la situación en Afganistán, la Corte nuevamente se enfrentó a una lucha interna por la apertura o no de la investigación correspondiente a esta situación. El 12 de abril de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares II rechazó la solicitud de la Fiscalía para iniciar la investigación por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en Afganistán. Los jueces decidieron que la apertura de la investigación iría en contra de los intereses de la justicia. La Sala, integrada por Antoine Kesia-Mbe Mindua, Tomoko Akane y Rosario Salvatore Aitala, consideró que el escenario político en Afganistán se había modificado desde la apertura del Examen Preliminar en 2006 hasta la actualidad y a partir de la falta de cooperación con la Fiscalía, que llevó a que no se logre una investigación exitosa y a que se priorizaran los recursos para actividades de la CPI con mayores oportunidades de éxito (CPI, 2019a, p. 8).

Como era de esperarse, esta decisión generó múltiples reacciones en el escenario internacional y al interior de la Corte. Cuatro expresidentes de la Asamblea de Estados Parte de la CPI, tras analizar la decisión en contra de la apertura de la investigación, se pronunciaron y afirmaron que esta «es una forma de decirle a Estados Unidos que tiene razón, que como han bloqueado todo, la investigación no es posible» y que, según Moreno Ocampo (en ese entonces, fiscal de la Corte), «los jueces están brindando impunidad a los sospechosos que pueden ejercer suficiente poder político para afectar la cooperación de Estados Partes relevante» y han «transformado una consideración política en un requisito legal», como si fuera «una nueva regla del Estatuto de Roma» (Morales, 2019, p. 9). Cabe precisar que nunca en la CPI se había expuesto la falta de cooperación como un argumento válido para la no apertura de una investigación.

Esta decisión de no apertura fue apelada y, el 5 de marzo de 2020, la Sala de Apelaciones decidió autorizar la apertura de la investigación respecto de la situación en Afganistán. Esta Sala consideró que al examinar «intereses de la justicia» se debe hacer únicamente un análisis de la base fáctica de la posible comisión de los crímenes señalados y de la existencia de casos potenciales que puedan estar bajo la jurisdicción de la Corte (CPI, 2020, p. 11).

Con base en las consideraciones previas, desde este artículo se juzga pertinente hacer una valoración de esta función y del papel de la CPI en el orden mundial actual, más allá de la dogmática o de los discursos de los detractores o reivindicadores de este tribunal; una valoración cuya originalidad radica en recurrir a dos perspectivas críticas del derecho internacional: la escuela de Helsinki y el idealismo social. Se trata, pues,

317

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONALTHE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

de perspectivas con similitudes y divergencias sustantivas que brindarán contraste a la lectura que se hará de la función de la CPI y su lugar en el mundo.

### III. LOS ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS APORTES DE LA ESCUELA DE HELSINKI Y EL IDEALISMO SOCIAL

Aunque la Escuela de Helsinki y el idealismo social suelen ser rotulados en la categoría de «enfoques críticos» sobre el derecho internacional, existen entre ellas diferencias sustantivas que ameritan un ejercicio inicial de valoración. En ese sentido, si bien ambos proyectos intelectuales recaen en el trabajo de un hombre en cada caso (Martti Koskenniemi para la Escuela de Helsinki y Philip Allott para el idealismo social) y en la influencia que han tenido en los últimos años en distintas comunidades académicas que han replicado sus ideas, ambos se han erigido como postulados teóricos de referencia.

Junto con las coincidencias al identificar las carencias en la forma como ha sido desarrollado el derecho internacional y en su papel dentro de la configuración del sistema internacional vigente, también se observan importantes distinciones al momento de comparar un proyecto con otro. Por ende, este apartado del capítulo presenta los aspectos centrales de cada una de estas perspectivas desde: a) la problemática del sistema internacional actual, b) la representación del derecho y su función, y c) la propuesta de transformación social e internacional. Con esta base, se propone a continuación una discusión entre sus puntos centrales y sus lugares de discrepancia respecto del campo de investigación, así como de su aspiración de transformación social e internacional.

#### III.1. La Escuela de Helsinki

Como fue señalado previamente, la perspectiva teórica que ha sido bautizada de este modo es inspirada en gran medida por el proyecto intelectual de Martti Koskenniemi, profesor de la Universidad de Helsinki. Aunque su obra forma parte en buena parte de los denominados estudios críticos legales internacionales (CILS, por sus siglas en inglés), autores como Andrea Bianchi (2016, pp. 171-175) la consideran una suerte de desdoblamiento hacia una visión independiente de estos. Dicho desdoblamiento es patente a partir de la publicación de su libro *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (2004b), que se desmarca de otras monografías célebres del mismo tratadista (enmarcadas más propiamente en los CILS), como *From Apology to Utopía: The Structure of International Legal Argument* (1989), por su énfasis en el derecho internacional como una síntesis entre pensamiento (político) y acción (política). Dicho de otro modo,

para esta versión de Koskenniemi el derecho internacional es el resultado indivisible de teoría y práctica jurídicas internacionales.

Respecto a esta concepción del derecho internacional, resulta interesante la ubicación de su origen moderno en el grupo humano inscrito al Institut de Droit International de Gante (Bélgica) hacia el año de 1873, idea contraria a la incesante discusión sobre si ese origen proviene de la Escuela de Salamanca sobre el derecho de gentes o de los iusnaturalistas modernos. La razón para desligarse de esta discusión y plantear un origen alternativo radica en que Koskenniemi concibe a los miembros del mencionado instituto no como filósofos, sino como hombres de práctica que pensaron el derecho como progreso social. Además, el contraste hecho en el texto entre la Estado-céntrica tradición alemana y la antropocéntrica tradición francesa del derecho internacional acrecienta la relevancia de entender al derecho internacional desde la política de la profesión. Por ello, Koskenniemi (2002) concibe en última instancia al derecho internacional como «lo que los abogados hacen de él».

### III.1.1. La problemática del sistema internacional actual

Al indagar por los principales cuestionamientos hechos por Koskenniemi a la forma en que la práctica del derecho internacional se lleva a cabo por quienes la ejecutan, es inevitable encontrarse con el concepto de «gestionalismo». El gestionalismo puede ser definido como un matriz mental profesional, el cual imagina al derecho internacional como un modo particular de experticia técnica. Este término se funda en el presupuesto de que el discurso dominante del derecho internacional es objetivo y neutro en la medida en que está sujeto a las directrices del método científico (Bianchi, 2016, p. 175).

Los exponentes de este discurso terminan naturalizando los resultados que arroja el sistema jurídico internacional como aquellos que se ajustan al rigor de este método, lo que no deja espacio para cuestionar presupuestos como la afirmación de que «el Estado pueda, después de todo, ser concebido como un sujeto jurídico en un sistema donde sus posesiones territoriales se entiendan como su propiedad, sus tratados como sus contratos y su diplomacia como un sistema de administración legal» (Koskenniemi, 2007, p. 1).

No obstante, Koskenniemi (2007), lejos de compartir esta postura, señala que el gestionalismo, en tanto una estrategia para privilegiar el devenir cada vez más técnico en el ejercicio del derecho, es responsable de varios problemas contemporáneos a los que se enfrenta la disciplina y el mundo actualmente, como la marginalización, la ausencia de fuerza normativa y la sensación de que las costumbres diplomáticas están en la base de todo lo que está mal con el sistema (p. 2).

319

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONALTHE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

A pesar de escudarse en «la experticia técnica» y la «neutralidad» propia del método científico, según Koskenniemi el gestionalismo no puede ocultar que detrás suyo existen intereses creados dispuestos a privilegiar a ciertos actores o valores que ocupan posiciones hegemónicas en las instituciones dominantes. Al cumplir un propósito claro e inclinarse por estos actores y valores, por un lado, pero al presentarse ante los destinatarios de su discurso como un saber neutral, por el otro lado, el gestionalismo termina convertido en un discurso legitimador del *statu quo*, favoreciendo a unos y neutralizando a otros (Bianchi, 2016, p. 177).

En este contexto, los intereses creados hacen del abogado una pieza del engranaje que acaba siendo instrumentalizada por este. Esta instrumentalización no es, sin embargo, algo dado naturalmente, sino que es producto de «una renegociación constante en vistas del cálculo presente» (Koskenniemi, 2007, p. 26). Para ilustrar esta dificultad, el autor utiliza el ejemplo del nacionalismo alemán (y de otros países) del siglo XIX. Mediante este ejemplo, Koskenniemi retrata a la nación alemana como un concepto «conflictivo, indeterminado y abierto» (p. 26), lejos de cualquier pretensión de homogeneidad transmitida por los discursos dominantes. De tal manera, la visión gestionalista alemana fue permeada por estas contradicciones, inclusive en la fase imperialista propia de finales de ese siglo.

Habiendo desvelado la ilusoria neutralidad del gestionalismo, Koskenniemi (2004a) vislumbra en el sistema internacional una pugna entre sus actores por posicionar una agenda en contraposición a la agenda de otros actores que antagonizan frente a esa intención, la cual es trasladada a los actos del lenguaje. Dicha pugna es condensada por el autor bajo el concepto de «disputa hegemónica», la cual es definida como «el proceso por el cual los actores internacionales rutinariamente se desafían los unos a los otros al invocar reglas y principios jurídicos sobre los cuales han proyectado significados que apoyan sus preferencias y socavan las de sus oponentes» (p. 199).

La lucha desencadenada por esta pugna debe ser entendida bajo el objetivo de que las partes en disputa pretenden convertir su visión particular de cualquier asunto en la visión integral del mismo, dando la apariencia de que su preferencia es la preferencia universal. En el ámbito universal, el proceso que llevó a la aprobación en 1974 de la Resolución N° 3314 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (y a la definición del concepto de «agresión») refleja esta disputa. Allí, el eje de la discusión se centró en determinar las formas lícitas e ilícitas de coerción en el escenario en que cada solución propuesta afectaba la posición de los Estados involucrados en la negociación (Koskenniemi, 2004a, p. 199).

La problemática del sistema internacional actual para Koskenniemi versa entonces sobre la forma en que un proceso irregular y contradictorio, como lo es la constitución del gestionalismo, lleva a una dialéctica de poder/resistencia entre los actores del sistema y a un encubrimiento de esas relaciones en el nombre de la naturalización de una técnica jurídica que se presenta como neutral y objetiva.

### III.1.2. Representación del derecho y su función

Fiel a su visualización del derecho internacional como una combinación de acción y práctica política, Koskenniemi (2007) va más allá de considerar a este campo de estudio como un conjunto de reglas e instituciones, y también lo observa como una «tradición y un proyecto político» (p. 1). Así, el profesor finlandés comienza por considerar al derecho internacional como un «proceso de articulación de preferencias políticas en argumentos jurídicos, los cuales no pueden ser desligados de las condiciones de disputa política dentro de las cuales fueron construidos» (2004a, p. 197).

Esta perspectiva se aleja de la lectura tradicional del derecho internacional como un conjunto estable de demandas normativas, independiente de las relaciones de poder, y lo ubica como un aspecto de la disputa hegemónica, una técnica para articular reclamaciones políticas en términos de deberes y obligaciones jurídicas. De esta manera, el derecho internacional se encuentra también afectado por la proyección de preferencias particulares como universales. Asuntos como el uso de la fuerza, el derecho a la paz, los derechos humanos, el comercio y la globalización han sido marcados por las estrategias subyacentes de proyección de preferencias.

Pero el derecho internacional no se queda únicamente en el ámbito de la disputa hegemónica, ya que contiene en su lenguaje facetas utópicas al separar a los actores políticos de sus preferencias idiosincráticas para crear el mundo internacional como una comunidad jurídica (Koskenniemi, 2004a, p. 197). Por ello, en vez de un instrumento de disputa, el derecho internacional para Koskenniemi es un campo de tensiones entre actores, valores y concepciones, siendo las más relevantes las tensiones existentes entre universalismo y particularismo, y entre formalismo y dinamismo (Shaw, 2008, p. 64).

La tensión entre universalismo y particularismo conlleva al desafío de la fragmentación. Para dar solución a este desafío, los abogados internacionalistas, especialmente los de tradición europea, han postulado comprender al derecho internacional en términos constitucionales, excluyendo de su análisis cualquier valoración de la diplomacia y la política, e interpretando al sistema jurídico internacional como una jerarquía de reglas e instituciones (para lo cual recurren a fórmulas de inspiración latina como *ius cogens*) (Koskenniemi, 2007, p. 15).

En contraste con esta aspiración de constitucionalización del derecho internacional, su evolución dista de entrever una unidad del sistema. Lo anterior debido a la ampliación de la agenda internacional, que se ha traducido en que, ante la necesidad de enfrentar problemas contemporáneos como los relacionados con la economía, los derechos humanos, el medio ambiente, la criminalidad organizada y la seguridad internacional, se prolonguen viejos principios e instituciones. La receta ha sido la especialización en ramas como el derecho de los negocios internacionales, el derecho internacional ambiental, el derecho internacional penal o el derecho internacional de la seguridad. Las cuestiones acerca de la competencia sobre un asunto específico, o el sesgo que se impondrá sobre los demás, abren el espacio para la imposición de unos expertos y unas instancias que se basan en su poder para validar sus posturas (Koskenniemi, 2007, pp. 4-6). Es así como la fragmentación termina por volverse una disputa por la hegemonía institucional.

Sumada al problema de la fragmentación y sus contradicciones inherentes, la tensión entre formalismo y dinamismo también guarda relación con la incapacidad de los nuevos regímenes jurídicos internacionales de establecer un control vertical. Si los regímenes jurídicos fueran capaces de garantizar un control político, esta situación estaría resuelta. No obstante, incluso en aquellos regímenes fundados en la producción normativa formal del derecho internacional (frecuentemente a través del mecanismo del tratado multilateral), estos terminan por inclinarse hacia un *ad hocismo* contextual que finalmente refuerza la posición de los expertos funcionales. De esa manera, y al igual que con las normas de aspiración universal, aquellas con intención de formalidad terminan por convertirse en normas demasiado exclusivas o demasiado inclusivas, en oposición al deseo del legislador (Koskenniemi, 2007, p. 9).

### III.1.3. Propuesta de transformación social e internacional

Sobre la base de las problemáticas del sistema internacional en general y del derecho internacional en particular, Koskenniemi retoma su concepción de este último como un proyecto político que repercute en las dimensiones práctica, política y moral.

En primer lugar, al ser el derecho internacional «lo que los abogados hacen de él» y al intentar reconstruir la política de la profesión, Koskenniemi pretende crear conciencia sobre la necesidad de una sensibilidad compartida de la profesión. En *The Gentle Civilizer of Nations* (2004b), el autor hace un ejercicio de reconstrucción de la historia intelectual de la profesión de los abogados internacionalistas con el objeto de ilustrar el estudio de esta disciplina con un sentido de movimiento histórico y lucha política que permea hasta el plano personal de sus protagonistas. Su aspiración respecto al derecho internacional contemporáneo

323

(que, a diferencia de lo que pregonan algunos de sus colegas, no se limita a transformar su vocabulario para facilitar la coordinación de la gobernanza global a través del empirismo de la ciencia política) es la de redimir este saber en tanto proyecto político. Al tomar este camino, se buscaría un doble efecto. Por un lado, se lograría «el desarrollo de una sensibilidad profesional que se siente como en casa en todos los regímenes, pero que no está presa en ninguno de ellos [...] dando voz a los que no están representados en las instituciones del régimen» (2007, p. 29). Por el otro lado, «[p]olitizar la gobernanza significa repensar la actividad de las instituciones expertas no como la producción técnica de decisiones predeterminadas por alguna lógica anónima, sino como elecciones de hombres y mujeres bien ubicados en varios lugares donde ocurre el poder» (p. 29).

La reinención de la práctica de los abogados internacionalistas pasaría entonces por desenmascarar las relaciones de poder insertas en los regímenes jurídicos internacionales, incluso en escenarios de poder menos reconocidos. Este acto de desenmascaramiento permitiría identificar los intereses y valores de los productores normativos internacionales. Así, la posibilidad de «romper y conectarse» coadyuvaría la deconstrucción narrativa del régimen para narrarlo de nuevo, apoyado en la perspectiva de los marginados (Koskenniemi, 2007, p. 29).

En segundo lugar, el valor del derecho internacional como un proyecto político ayudaría a reemplazar la naturalización del particularismo europeo (o la perspectiva de la potencia hegemónica de turno) como la visión global preferente. Por ello, en este punto se hace importante la promoción de los valores de una cultura de resistencia al poder. Al rescatar el valor de lo político en el derecho internacional, Koskenniemi retoma la postura de autores como Carl Schmitt y Hans Morgenthau para hablar de «la ley del imperio» en vez del «imperio de la ley» (Bianchi, 2016, p. 178). La proyección de una visión particular como la visión global conlleva la imposición de una agenda específica para el derecho internacional, menospreciando problemas más importantes del orden mundial (como la pobreza). Ante este contexto, la cultura de la resistencia al poder exige que los opositores sean miembros de una comunidad jurídica y, por ende, política. Esta reclamación puede llevar a una auténtica universalización de los intereses particulares de los actores hacia la pertenencia a una comunidad política cuya lucha se daría en el nombre de «cualquiera en mi posición»; es decir, hacia el cosmopolitismo y la solidaridad (Koskenniemi, 2004a, pp. 213-214). Cumpliendo esto, se prescribe que «el poder debe ser limitado, los poderosos deben rendir cuentas y los débiles deben ser protegidos» (Koskenniemi, citado en Bianchi, 2016, p. 179).

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONALTHE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

En tercer lugar, centrar su propuesta en la práctica y en el oficio del derecho da la impresión de distanciar a Koskenniemi de la visión teleológica de la historia de Immanuel Kant; sin embargo, el profesor finlandés exalta el proyecto de la razón crítica del filósofo prusiano para transformar a la profesión en una práctica de moralidad política. A pesar de ello, a diferencia de Kant, Koskenniemi apunta a los proyectos, intereses y ambiciones concretas de los individuos como aquellos que elaboran el derecho internacional, en contraste con sus ideas y proyectos abstractos y temporales (Bianchi, 2016, p. 178).

La reivindicación de Kant viene, por tanto, por el lado de recuperar al derecho internacional como portador de la idea de regulador de la comunidad internacional, independiente de los intereses o deseos particulares, que regresa a la moral como el eje de su actuar. En palabras de Koskenniemi,

este es el proyecto cosmopolita de Kant correctamente entendido: no un estado final o un programa de partido, sino un proyecto de razón crítica que mide el estado de cosas actual desde la perspectiva de un ideal de universalidad que no puede reformularse en una institución, una técnica de gobierno, sin destruirlo. El destino del derecho internacional no es una cuestión de volver a emplear a un número limitado de profesionales para tareas más rentables, sino de restablecer la esperanza para la especie humana (2007, p. 31).

### III.2. El idealismo social

Al igual que ocurre con la Escuela de Helsinki, la perspectiva del idealismo social recae principalmente en la obra de un autor: Philip Allott. El, para algunos, encriptado estilo de escritura de Allott ha llevado a que otros autores, como Iain Scobbie, faciliten la labor de hacer que sus textos sean algo más comprensibles. El objetivo de esta perspectiva podría resumirse en «cambiar fundamentalmente la organización social del mundo, cambiando fundamentalmente las ideas sobre las que se basa la organización social del mundo» (Scobbie, 2011, p. 168). Para Scobbie, los rasgos principales del idealismo social de Allott se limitan a

la convicción de la capacidad de la mente humana para trascenderse a ella misma en su pensamiento, de tomar control sobre el futuro humano, de escoger ese mismo futuro, de hacer el futuro humano conforme a nuestros ideales, a nuestras mejores ideas de lo que somos y de lo que podemos ser (p. 168).

#### III.2.1. La problemática del sistema internacional actual

En Allott, el divorcio entre el Estado y la sociedad ha creado un escenario internacional que él denomina «insociedad», un escenario en el cual la avaricia, el egoísmo y la maldad se han erigido como los valores

centrales. En la insociedad, el Estado y las elites que lo dirigen —en su nombre— se imponen sobre los individuos a los que dicen representar. Inspirado en el ideario de Emer de Vattel, filósofo suizo del siglo XVIII, Allott subraya que esta realidad es aceptada por parte de los dirigentes políticos y administrativos, y también por las clases dominantes en general de Europa occidental. Esto por cuanto les permite tener más control de la conformación de la realidad social, «incluida la autoconcepción teórica de la sociedad y la formación de la realidad mucho más allá de los límites territoriales de Europa occidental» (Scobbie, 2005, p. 303). Esta clase dominante se ha jactado de poder hablar entre sí y competir entre sí a través de las fronteras estatales, siempre con la satisfacción de estar a salvo dentro de sus autónomos sistemas estatales internos.

Para Allott, es esta clase dominante —o las elites en tanto agentes que provocan la desconexión entre la dimensión doméstica de la vida social y la insociedad— la que provoca la «maldad» padecida en la sociedad internacional contemporánea. Si bien la imposición del Estado al cuerpo social es un elemento capital de la insociedad, esto no se traduce directamente en que el Estado sea necesariamente una entidad del mal. El Estado, por el contrario, tiene un papel importante para facilitar la interacción y la reconciliación de los individuos, la organización social y el interés común. Más bien, son las elites las que han hecho del Estado una entidad jerárquicamente superior y hasta opuesta a otros espacios del poder político y del interés privado. En la maldad de la insociedad, las elites hacen del Estado una entidad externa, carente de cualquier preocupación por hacerse democrática o de ser orgánica con su sociedad. Esta combinación genera que el mundo regido por esta forma de Estado y por sus elites priorice «propósitos relacionados con la supervivencia y prosperidad de cada una de esas sociedades estatales en lugar de la supervivencia y prosperidad de una sociedad internacional de toda la raza humana» (Scobbie, 2011, pp. 180-183).

La insociedad como expresión de la ausencia de correspondencia entre los individuos y las organizaciones constituidas deja a su paso un rompecabezas cuya composición necesita ser reorganizada. Para lograr esta reorganización, la disposición de las piezas del rompecabezas en la actual autoorganización del sistema internacional debe tomar como referencia los campos del orden público (relativo a la posibilidad de un sistema de derecho universal), la diplomacia y la guerra, la política territorial, la relación entre lo nacional y lo internacional, el derecho internacional público y la factibilidad de instaurar valores universales (Allott, 1999, pp. 40-42).

La reconfiguración de este rompecabezas pasa, de igual manera, por lo que Allott denominó la «insanta trinidad». Esta trinidad involucra a: a) la sociedad y el modo en el cual la capacidad de autocreación del

hombre puede ser aprovechada para la cooperación entre humanos, b) el Estado pensado en términos de una relación orgánica con la sociedad para moldearla en el ámbito de lo público, y c) la nación y su facultad para crear una identidad única (Allott, 1992, pp. 239-240).

Al abrir la opción de autocreación del hombre, de la sociedad y del sistema internacional se busca abordar los obstáculos a los que este último ha hecho frente: a) la degradación de los valores universales, b) la hegemonía de la economía, c) la pobreza de la política, d) la pobreza de la filosofía y e) la tiranía de lo real (Allott, 1999, pp. 47-50).

### III.2.2. Representación del derecho y su función

De conformidad con la marcada predilección ontológica de Allott por el ideacionalismo (al afirmar que la sociedad no existe más que en la mente humana), el autor considera al derecho como una de las tres dimensiones en las cuales las sociedades se autoconstituyen junto con las ideas y las prácticas. Para el autor,

el derecho no es solo un medio de restricción social, sino también el medio más confiable de liberación social, ya que, al distribuir el poder social en forma de poder legal, establece los límites legales del poder social. El derecho también encarna valores sociales cuya función es controlar el contenido sustantivo y procesal del derecho (Scobbie, 2011, p. 186).

El derecho, en consecuencia, se desliga de su acepción como un sistema de reglas jurídicas para asociarse a un sistema de relaciones jurídicas que crean una realidad legal paralela en la cual se le da significado jurídico al lenguaje, estatuto personal a las personas y carácter jurídico a los eventos humanos y naturales. En Allott, el derecho es un intermediario entre el poder y las ideas; es la encarnación de las dinámicas sociales persiguiendo un ideal, una moral erigida como un propósito a nivel sistémico (Scobbie, 2011, pp. 186-187).

Según Allott, el papel del derecho en una sociedad es el de insertar el interés común entre los miembros de una sociedad en vez de ser el portavoz de los discursos que los Gobiernos esperan escuchar. El derecho es entonces el portador del interés propio de una sociedad, el cual, aunque puede estar en conflicto con los intereses individuales de sus miembros, armoniza con sus intereses en tanto miembros de una sociedad. El interés común no se limita, por lo tanto, únicamente a la sumatoria de intereses particulares. Está formado en la intersección entre lo real y lo ideal, en la medida en que la sociedad responde a su situación presente y potencial a la luz de sus continuos propósitos, valores y teorías (Allott, 1999, p. 36). Así, el derecho es simplemente una manera de vislumbrar las relaciones sociales, en tanto una aplicación de la conciencia y del poder de la mente humanas para determinar el destino de los asuntos humanos (Scobbie, 2005, p. 306). Es decir, es la forma sistemática de organización

del intercambio social, estableciendo redes de relaciones jurídicas entre seres humanos, quienes son designados para actuar en beneficio de los fines sociales (Allott, 1992, p. 226).

En particular, el derecho internacional es aquel autoconstituido para toda la humanidad y contiene tres niveles sistémicos: a) el derecho internacional constitucional, que brinda a las personas jurídicas la capacidad de actuar como partes en las relaciones jurídicas internacionales y determina las relaciones sistémicas entre los otros dos niveles, a la par que las relaciones horizontales entre los derechos estatales; b) el derecho internacional público, el cual es la parte del derecho internacional que regula la interacción del dominio subordinado de lo público y el dominio de lo internacional público; y c) el derecho de las naciones, cuyo ámbito de acción es el de la regulación de las relaciones sociales entre los individuos que conforman una comunidad concreta. En este esquema, el derecho internacional público es producto de la combinación del derecho internacional constitucional y del derecho de las naciones (Allott, 1999, pp. 37-38).

Más aún, para Allott el derecho y el derecho internacional no solamente se autoconstituyen en los niveles de análisis espaciales y analíticos, sino también en los temporales. Esta autoconstitución entre temporalidades se enfoca en tres tipos de análisis: a) cómo fue la sociedad en el pasado, con sus necesidades y obligaciones (constitución jurídica); b) cómo es la sociedad en el presente, como actualidad y como acción (para ello se requiere estudiar la cotidianidad de los individuos que la componen, considerando la sumatoria e integración de las actividades que llevan a cabo para perseguir sus propios objetivos) (constitución real); y c) cómo puede ser la sociedad en el futuro, como una aspiración que debe guiar su desarrollo por venir (constitución ideal) (Scobbie, 2011, p. 174).

Cada una de estas constituciones cumple una función respecto a la sociedad de que se trate. Así, en palabras de Allott (1992),

la función de la constitución jurídica es llevar la estructura y el sistema de la sociedad de su pasado a su futuro [...] La función de la constitución real es promulgar la voluntad social en el presente mediante la cual la sociedad logra sus objetivos sociales en relación con la especificidad y complejidad infinitas y únicas de lo actual [...] La función de la constitución ideal es llevar a la sociedad a convertirse en la sociedad imaginada por sus objetivos y sus valores sociales, para dar a una sociedad dada una idea de su yo posible (p. 225).

La transición de estas tres constituciones percibe al derecho como aquel que establece futuros posibles para la sociedad conforme a sus teorías, valores y propósitos. El derecho es, por ende, un proceso de coconstitución permanente de desarrollo entre las fuerzas sociales que lo

327

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONALTHE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

crean mediante sus percepciones y los eventos sociales que este genera por medio de su aplicación (Scobbie, 2005, p. 307). De esta manera, el derecho internacional encuentra su lugar en la autoconstitución de la sociedad internacional como parte esencial de la autocreación y el autoperfeccionamiento de la especie humana (Allott, 1999, p. 50).

### III.2.3. Propuesta de transformación social e internacional

Para Allott, hay claridad en que la revolución inicia en el plano de la mente humana. Al ser la sociedad internacional, y consecuentemente el derecho internacional, la creación de su conciencia, los individuos y la humanidad han de tomar responsabilidad sobre la misma. Como protagonistas de esta revolución, son los individuos en lugar de los Estados los llamados a determinar el contenido sustantivo del derecho internacional (Scobbie, 2005, p. 313).

El derecho internacional en la actualidad está sustentado en casi todos sus aspectos en el desorden, la incoherencia y la contención, lo que produce un dolor que ha llevado a la sociedad al borde del colapso mental. Dolor que al ser lamentado da la bienvenida a la posibilidad de cambio, a rehacer el derecho internacional y, con él, a reestructurar a la sociedad humana hacia un nuevo orden (Allott, 1992, p. 246). Como agentes de cambio hacia ese nuevo orden se requerirá de

Abogados que estén dispuestos y sean capaces de hacer posible la constitución social de una realidad humana verdaderamente universal dentro de la cual la humanidad pueda querer y actuar en el presente para transformar su pasado en futuro, que es la potencialidad del ser humano autocreador (Allott, 1992, p. 252).

Además de la reivindicación del derecho como escenario para visualizar otros mundos posibles, Allott prescribe otros frentes de acción en los cuales se debe intervenir para revertir la actual insociedad internacional y alcanzar la eunomía (buen orden social), que busca «reimaginar el mundo humano proponiendo un nuevo ideal de sociedad internacional, la sociedad de toda la humanidad, la sociedad de todas las sociedades» (Allott, 1992, p. 252).

La eunomía está asociada a un proyecto utópico integral, el cual «incluye la tarea de volver a concebir la forma en que formamos nuestras ideas, nuestros valores y nuestros propósitos» (Scobbie, 2011, p. 170). Asimismo, junto con los proyectos eunómicos y utópicos está el eusófico, centrado en reimaginar lo universal; es decir, la religión. Como la primera fase del proyecto de transformación social, la eunomía es la reconstrucción de la estructura del derecho internacional y de las relaciones internacionales basada en el poder de las ideas para estructurar y reestructurar el mundo. Son las ideas las que tienen la potestad de cambiar las instituciones y el

mundo humano, y con ellas el futuro humano hacia la supervivencia y la prosperidad (2005, pp. 301-303).

Respecto a los obstáculos para conseguir esto, Allott sintetiza su propuesta en lo que se ha dado en llamar «el camino a la redención». Este camino postula una reedición del proyecto intelectual de la Ilustración y de los temas pendientes que necesitan ser revisitados. El autor prescribe como su plan general: a) bajarle el perfil a la primacía de lo económico; b) restaurar la política a su función fundamental y dignificada de producir valores, ideas y prácticas para la sociedad internacional; c) empoderar a la filosofía como un medio para trascender el actual estado de la cuestión en el campo internacional; y d) imaginar nuevos futuros, demostrando que el actual no es necesario ni ineludible (Bianchi, 2016, p. 255).

### III.3. El diálogo entre dos visiones críticas

Por lo visto en las páginas anteriores, la escuela de Helsinki y el idealismo social hacen parte de los denominados estudios críticos del derecho internacional. Aunque ello pudiese evidenciar una serie de confluencias respecto a la percepción compartida de estas corrientes, también es clara la persistencia de discrepancias entre ambos proyectos intelectuales. De un lado, la Escuela de Helsinki entiende al derecho internacional como ideas, pero también como prácticas de los abogados que lo aplican. Por ello, las obras de Koskenniemi contienen una combinación de historia de las ideas y biografías de abogados internacionalistas con el fin de rescatar el origen del derecho internacional desde las labores prácticas de sus protagonistas. No ocurre lo mismo con la visión del mundo del idealismo social, la cual incluye una clara orientación hacia el ideacionalismo, orientación que implica la predilección por las ideas y por cómo estas pueden construir las relaciones sociales. Las estructuras son entendidas entonces como conjunciones de intereses e ideas puestas de presente por determinados actores del sistema jurídico internacional.

Un elemento común entre ambas perspectivas es la importancia de la relación entre derecho y política; no obstante, es cierto que el papel de lo político varía ostensiblemente de una perspectiva a la otra. Así, la Escuela de Helsinki parte de tomar en consideración el pesimismo antropológico de autores como Schmitt y Morgenthau con el fin de sujetar el ámbito de lo jurídico a las relaciones preexistentes del poder político (esta es una de las principales razones por las cuales Koskenniemi formula el cambio de paradigma del «imperio de la ley» a «la ley del imperio»). Por el contrario, en el idealismo social el «camino a la redención» requiere, además de bajarle el perfil a lo económico, restaurar a la política su función fundamental y dignificada de producir valores, ideas y prácticas para la sociedad internacional.

329

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL

THE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

Este papel de lo político en relación con lo jurídico devela una de las discrepancias sustantivas entre una y otra perspectiva: la posibilidad de un mundo alternativo al presente. Así, el idealismo social vislumbra una «revolución en la mente», que preconiza una humanidad autoconstituida que puede aspirar a un «buen gobierno» (eunomia) mediante el moldeamiento de la realidad circundante por parte de la conciencia de la sociedad (teleología explícita de la sociedad internacional). De este modo, se da el paso de la constitución real (la sociedad actual) a la constitución ideal (la manera en que la sociedad se mira a sí misma como potencialidad hacia el futuro). En contraste, para la Escuela de Helsinki, si bien la posibilidad de reconfigurar el proyecto del derecho internacional es algo latente (y para ello formula una propuesta crítica), se separa de la teleología kantiana al señalar al derecho internacional como un producto de proyectos, intereses y ambiciones de individuos concretos, en vez de ser el resultado de ideas e intereses generales.

Finalmente, una diferencia significativa entre ambas perspectivas se encuentra el agenciamiento de sus unidades de análisis. Para el idealismo social, la figura de la «maldad» es encarnada por las elites dominantes. Además, la insociedad del Estado se encuentra desconectada de la dimensión doméstica de la vida social, haciendo que el bienestar de los individuos sea buscado en sociedades autocontenidas. Esta insociedad, lejos de ser una condición natural, es el resultado del proyecto insolidario de las elites dominantes y de su instrumentalización del derecho. Por el contrario, para la Escuela de Helsinki la crítica se dirige hacia el establecimiento de una verdad histórica a través del posicionamiento de unos valores provenientes de instituciones que ocupan posiciones dominantes en el sistema internacional.

Sin desmedro de lo recién anotado, se debe resaltar que ambas escuelas tienen una confluencia sustantiva en el tema de las unidades de análisis. A pesar de hacer alusión al papel de los Estados (hegemónicos en un caso y no explícitamente determinados en el otro), la auténtica unidad de análisis se compone de individuos particulares, bien sean las elites para el idealismo social o los abogados internacionalistas para la Escuela de Helsinki. Esa confluencia abre la puerta a un debate que va más allá de la responsabilidad internacional del Estado y de sus agentes: el de la responsabilidad internacional de los individuos.

#### III.4. La comprensión de la JIP desde la Escuela de Helsinki y el idealismo social

Para Olasolo (2016), la JIP se dirige a tres grupos de fines principales. Por un lado, la salvaguarda de los bienes jurídicos individuales y colectivos protegidos frente a los crímenes internacionales (entre estos últimos destacan la paz y seguridad internacionales, y la dignidad humana).

En segundo lugar, la JIP tiene como función el establecimiento de una narrativa histórica de lo acontecido. Frente a la JIP existen dos posiciones encontradas en la doctrina académica: por una parte, aquellos autores que consideran que a través de la JIP se puede establecer la narrativa o el registro de los crímenes con el paso del tiempo<sup>1</sup>; por la otra, un segundo grupo de autores —entre los que se encuentra Koskenniemi— que niegan que este sea un fin de la JIP. Así, para este último, la JIP y la responsabilidad internacional del individuo se muestran insuficientes para establecer la verdad histórica. En ese sentido, Olasolo (2016) señala:

como Martti Koskenniemi recalca, resulta extraño que un órgano jurisdiccional actúe como árbitro entre las diferentes versiones históricas de los conflictos de larga duración en que se cometen muchos de los crímenes internacionales, pues esos conflictos no son fácilmente interpretables mediante la aplicación del DIP (p. 107).

Finalmente, el tercer grupo de fines de la JIP tiene que ver con la promoción de la reconciliación en el postconflicto. Esta función plasma otra tensión en la doctrina existente que oscila entre la JIP y la paz. Así, de un lado, una serie de autores consideran que la JIP puede facilitar la reconciliación social, consolidando las bases para una paz duradera; y, del otro, autores como Hayner «recuerda[n] que no hay ninguna prueba empírica que demuestre plenamente la intuición esbozada por los [autores del primer grupo]» (citado en Olasolo, 2016, p. 109).

Uno de los grandes aportes de las teorías críticas aquí analizadas consiste en replantear los fines de la JIP. A pesar de que la Escuela de Helsinki es más decidida en sus señalamientos al acusar a la JIP como un proyecto político cuya narrativa es impuesta por los poderes hegemónicos, tanto esta como el idealismo social plantean visiones que entrevén la posibilidad de cambiar las ideas y/o prácticas que han determinado el devenir de la sociedad internacional. En consecuencia, ello replantearía los fines a los que se dirige la JIP.

#### III.4.1. La responsabilidad internacional del individuo y los fines de la JIP para la Escuela de Helsinki

Para Koskenniemi (2002, p. 35), la JIP se muestra como una tendencia propia del orden hegemónico actual. Esto se ilustra mediante el apoyo tanto ideológico como financiero de los patrocinadores occidentales al Tribunal Permanente Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) y las ventajas judiciales obtenidas de ello. Acciones como la negativa de la Fiscalía del TPIY a abrir una investigación por los bombardeos de la Organización del Tratado del Atlántico Norte en Kosovo en 1999 son la demostración de este sesgo hegemónico. Para el autor finlandés, la JIP

1 En este grupo de autores se encuentran Antonio Cassese, Mark J. Osiel y Mark A. Drumbl (Olasolo, 2016).

es, por tanto, una estrategia débil y vulnerable para lidiar con las grandes crisis. Entre más se insiste en su carácter técnico, más patente se hace su intención de imponer una narrativa sobre otra, haciendo evidente la manera en que sus casos sirven para ratificar la hegemonía sobre la cual se asienta este aparato de justicia. En consecuencia,

todo tribunal se encuentra entre la difícil elección de aceptar algunos hechos como se conocen comúnmente y la construcción de hechos a partir de lo que las técnicas de procedimiento revelan. Aquí, la fina línea entre la justicia, la historia y la manipulación se convierte en invisible (Koskenniemi, 2002, p. 35).

La Escuela de Helsinki hará entonces una crítica frontal a la responsabilidad internacional del individuo, que ha sido el fundamento del derecho internacional penal (DIP) y de la visión hegemónica de la JIP. El autor plantea un conjunto de cuestionamientos al castigo individual, así como al establecimiento de la verdad con intenciones didácticas. En cuanto al castigo, existe una tensión inherente relacionada con el peligro de que este tipo de enjuiciamientos se conviertan en «juicios-espectáculo», los cuales, por su propia metodología, terminan exaltando la figura del acusado en vez de procurar darle dignidad a las víctimas. Citando palabras de Arendt sobre el ahorcamiento de Göring, «a veces una tragedia tiene tal magnitud que el castigo individual no es suficiente dada la dimensión de los crímenes cometidos» (citada en Koskenniemi, 2002, p. 2). Esta dimensión de espectáculo de la responsabilidad internacional del individuo puede ser constatada en los tribunales de Núremberg, el juicio de Milosevic ante el TIPY, el proceso de Eichmann ante la Corte Suprema de Israel, y los juicios de Klaus Barbie y Maurice Papon en Francia.

Con respecto a las intenciones didácticas, este tipo de procesos busca ofrecer una rendición de cuentas sobre el pasado y enseñar a las generaciones más jóvenes sobre los peligros de las políticas particulares; sin embargo, el impacto de esta función se ha visto obstaculizado por la poca información sobre sus efectos. En ese sentido, Koskenniemi brinda dos ejemplos. El primero, relacionado con el impacto didáctico del tribunal de Núremberg en Alemania, que fue tratado por la doctrina alemana de la postguerra como un tribunal de ocupación en lugar de un tribunal internacional, lo que promovió que se mostrara el sesgo hegemónico del que habla la Escuela de Helsinki frente a la justicia penal. Como consecuencia, la población alemana no lo apoyó porque, para 1952, solo el 10 % tenía una visión positiva del mismo (Koskenniemi, 2002, p. 11).

El segundo ejemplo que plantea Koskenniemi (2002, p. 13) es el de la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación (TRC, por sus

333

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONALTHE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

siglas en inglés). El aporte de esta Comisión en su sentido didáctico también ha sido controvertido, porque solo el 17 % de los sudafricanos encuestados creen que el proceso ha tenido un efecto positivo, mientras que dos terceras partes de los encuestados consideran que las relaciones interraciales se deterioraron después de la instauración de la Comisión.

Continuando con sus reparos frente a la JIP, Koskeniemi (2002) considera que los juicios por genocidio o crímenes contra la humanidad tienen menos que ver con la responsabilidad internacional del individuo que con el establecimiento de la verdad sobre los hechos. Esto es debido a que se requiere el establecimiento de la verdad para iniciar la curación entre las víctimas o la restauración de su dignidad; no obstante, la JIP no es un sistema adecuado para alcanzar este fin porque en los procesos por crímenes internacionales se problematiza la verdad porque «muchos tipos de verdad pueden escucharse en los juicios penales» (p. 6).

Así, para Koskeniemi la primera diferenciación que se puede hacer en torno a la verdad es la que se da entre la verdad histórica y la verdad jurídica. Si bien es cierto que entre estos dos tipos de verdad hay relaciones, persisten problemas de interpretación difíciles de solucionar en el nivel internacional, dadas las inquietudes sobre su debilidad en los procesos jurídicos para enfrentar los grandes eventos de la política internacional. Es acá donde se encuentra otra de las críticas de la Escuela de Helsinki a los fines de la JIP, justicia que no solo no colabora con la resolución de los grandes conflictos del sistema internacional, sino que mina los propios procesos de paz y reconciliación al no apoyarse en la verdad histórica o contextual.

Esta verdad contextual se opone a la verdad individual, configurándose así otra de las críticas de Koskeniemi (2002) al concepto de responsabilidad internacional del individuo. Según el autor, la primera es la única que puede retar la visión hegemónica de la JIP debido a que «el significado de los eventos históricos generalmente excede las intenciones o las acciones de los individuos particulares y sólo puede comprenderse desde las causas estructurales como desde las necesidades económicas o funcionales, o desde una lógica más amplia institucional» (p. 14).

Para el autor, la JIP no está equipada para contextualizar «las sociedades normales criminales» porque ello significaría convertir el proceso «en una lección histórica, y la disputa en el fondo, un debate político sobre la plausibilidad de las interpretaciones históricas» (Koskeniemi, 2002, p. 17). Sin embargo, es esta contextualización lo que resulta ciertamente relevante porque, como el propio Koskeniemi subraya, «la memoria es una evaluación crítica, una interacción con el pasado desde el recuerdo y la experiencia personal, una memoria que mira al pasado,

pero se abre al futuro, preparado para la transgresión, posiblemente la reconciliación» (p. 35).

#### III.4.2. La responsabilidad internacional del individuo y los fines de la JIP para el idealismo social

Desde la perspectiva del idealismo social, su teleología de la historia conlleva una percepción más optimista del derecho y la justicia en la cual el derecho sirve como un vehículo para insertar el interés común de la sociedad en el comportamiento de sus miembros. El derecho establece, por tanto, futuros posibles para la sociedad, de acuerdo con sus teorías, valores y propósitos. Por ello, para Allot, el mensaje principal tiene que ver con

La búsqueda incesante de lo ideal, de lo aspiracional [...] la mente humana tiene el poder de crear el futuro imaginado, lo que debería ser, y luego usando la razón para implementarlo [...] el derecho tiene la labor de cambiar la realidad social, la historia, la conciencia humana y el sentido de responsabilidad (Scobbie, 2011, p. 175).

En este orden de ideas, se puede considerar que el idealismo social también hace una crítica a la responsabilidad internacional del individuo y replantea los fines de la JIP en lo relativo a la función del lenguaje en su construcción. Así, el principal cuestionamiento que el idealismo social le plantea a la JIP es que el Estado está divorciado de la sociedad a la que le da su expresión formal.

Para Allot, la concepción de las elites sobre las relaciones intra e interestatales proporciona los fundamentos filosóficos de un mundo gobernado y adaptado a los intereses de los Estados, o mejor a los intereses de las elites, en detrimento de las necesidades de la humanidad (Scobbie, 2011). Como resultado, el derecho internacional que margina a la humanidad está lejos de ser lo que debería ser; es decir, un

derecho como institución central de la sociedad, una actividad central de la conciencia, del individuo y lo social. En circunstancias normales esto aliena al derecho internacional de jugar el rol en la realización de la eunomia —el buen orden de una sociedad auto-organizada— (Allot, citado en Scobbie, 2011, p. 183).

Sin embargo, es importante señalar que Allot diferencia el legalismo del derecho. En su perspectiva, el legalismo es la ley pervertida y es una característica de la insociedad internacional actual. El derecho es diferente al legalismo porque juega un rol importante en la revisión de esta insociedad. Así, según Scobbie (2011),

el derecho es la perspectiva para la realización del ideal del interés general. Allot argumenta que la sociedad se constituye en tres dimensiones —como ideas, como prácticas y como ley—, pero en el

proceso de su co-constitución, el derecho transforma las ideas en prácticas mientras asegura la continuidad social y el cambio (p. 186).

Es en ese proceso de coconstitución en el que se puede pensar en las posibilidades del derecho.

Allot considera que la sociedad internacional puede ser realizada desde la relación directa con la conciencia individual al ser esta la que debería ser la responsable del contenido del derecho. Con esa esperanza, este autor propone la continuidad entre la moralidad de la sociedad nacional y la internacional, lo que no excluye la realización del mal como posibilidad contingente de la conciencia corrupta y ligada con los intereses privados (Scobbie, 2011, p. 187). El mal público no puede, por lo tanto, ser atribuido a los individuos, ya que ese tipo de mal es social y sistemático, en coherencia con los sistemas sociales (la conciencia está formada por las elites y cuando se adopta es seguida por las masas, idea inicialmente formulada por Arendt en su informe sobre Adolf Eichmann).

En consecuencia, Allot, al igual que Koskeniemi, es reacio a concebir una idea de la JIP, pero por otras razones. Para el primero, «las causas y los efectos del mal social permanecen, así como el precio humano, pero la indignación moral se empaña por la farsa de la retribución penal» (citado en Scobbie, 2011, p. 193). De esta manera, para el idealismo social, la responsabilidad del individuo puede reproducir la insociedad en la sociedad internacional porque no realiza las potencialidades del derecho, sino que las evade. Sin embargo, el idealismo social es más optimista que la Escuela de Helsinki al entrever la renovación del derecho y de la sociedad internacional como algo posible mediante la revolución de las mentes de los seres humanos. En palabras de Allot (2011),

la noción de lo ideal nos permite transformar las sociedades, y tenemos el deber moral de garantizarnos un mejor futuro [...] el puente entre el pasado y el futuro nos lleva al presente, que es el pivote para influenciar la jugada entre lo actual y lo potencial. Vivir en el presente conlleva responsabilidades, el límite permanente de escoger el futuro (p. 185).

La principal reformulación del idealismo social a los fines de la JIP tiene que ver con la reformulación de la verdad histórica desde la potencialidad del lenguaje como constructo de la verdad. Tanto la historia como el lenguaje son temas centrales en el trabajo de Allot porque, desde su perspectiva,

El lenguaje construye el mundo. El mundo humano es un mundo de palabras. Sin embargo, hay limitaciones en la capacidad de comunicación que limitan, por lo tanto, las posibilidades de construir la realidad social. Al tomar conciencia del lenguaje como medio reflexivo, no neutral, también se puede ver mejor el papel de la verdad y el valor que juega

335

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONALTHE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

como eje estructural en la fabricación de la realidad humana (Scobbie, 2011, p. 173).

Consecuentemente, el lenguaje puede ser utilizado de manera ambivalente, sesgada, limitada, como un reproductor del mal, pero también como una revelación de la potencialidad de ser un constructo para formular un orden moral potencial o ideal.

#### IV. LA FUNCIÓN DE LA CPI DESDE LA ESCUELA DE HELSINKI Y EL IDEALISMO SOCIAL

Todos los elementos resaltados en la sección anterior, que reflejan el encuentro entre la tradición, el proyecto político y las pretensiones, aspiraciones y expectativas no solamente de los Estados, sino principalmente de los seres humanos individuales, son puestos de presente en esta sección en torno a una unidad de análisis: la CPI. Al ser el único tribunal permanente de ámbito universal que se sustenta en el presupuesto de la responsabilidad internacional individual frente al conjunto de la humanidad, la CPI se perfila como un escenario de interacción idóneo para observar la capacidad de entendimiento ofrecida por las dos perspectivas teóricas puestas en escena en este artículo.

##### IV.1. La CPI como un proyecto político hegemónico en el orden mundial

Desde la perspectiva de la Escuela de Helsinki se puede observar que, a partir de las discusiones presentadas durante las negociaciones del ECPI, se pone de manifiesto una connotación política que obedece a los intereses y agendas de los Estados participantes. Además, si bien la intención inicial era lograr una aceptación universal de la CPI, esto no sucedió porque varias de las grandes potencias del momento, como China y Rusia, entre otras, no estaban a favor de su creación a pesar de haber asistido a Roma (Cryer *et al.*, 2010, p. 171).

Por otro lado, a través de la mencionada situación en Afganistán, se hace patente que el escenario de las decisiones de la CPI corresponde a una interacción de los Estados por intereses políticos que se reflejan en las dinámicas internas de toma de decisión de la Corte. Como lo expuso la escuela de Helsinki, estos escenarios jurídicos, que a primera vista parecen ser neutrales, constituyen un campo de tensiones entre actores, valores e intereses. De igual manera, es posible vislumbrar que se intenta esconder en argumentos jurídicos las preferencias políticas de los Estados que ven en el rol de la Corte una oportunidad para sobresalir o priorizar sus intereses en el escenario internacional o la consolidación de un gobierno interno en contra de la oposición, como ha sucedido en

Costa de Marfil o Sudán. La CPI se convierte así en una herramienta jurídica y política para limitar derechos, actuaciones o movimientos que van en contra del gobierno de turno o de lo que se entiende como la oposición.

Por lo tanto, cuando los intereses políticos de los Estados no están alineados con los fines y procedimientos de la Corte, los Estados deciden denunciar el Estatuto porque consideran que es una amenaza a su soberanía y una contradicción con el deseo de universalidad de la Corte. Lo anterior se convierte en una práctica de formalismo versus dinamismo en la que el Estado se adhiere o actúa conforme al contexto e interés del momento (como se observó con Burundi, Sudán, Sudáfrica, etc.). De igual manera, no se puede hablar de paz, seguridad y bienestar cuando las grandes potencias del mundo no hacen parte de la CPI.

No es un secreto que quienes definen el tablero político internacional son aquellos Estados que tienen la capacidad de agenciamiento e intervención en los distintos foros internacionales de toma de decisión. Estados como China, Rusia y Estados Unidos sin duda tienen injerencia en las agendas políticas y jurídicas internacionales, e incluso las agendas nacionales de diversos países han estado o siguen estando dentro de su zona de influencia. En ese escenario, la CPI se convierte en un aliado o un enemigo. Un aliado en la medida en que las decisiones y discusiones estén alineadas con el interés nacional y se pueda influir de manera indirecta en las decisiones y foros, como lo hizo Estados Unidos en las discusiones sobre la definición del crimen de agresión sin ser Estado miembro del Estatuto de Roma. Un enemigo en caso de que este tribunal opte por investigar a aquellos que ostentan el poder político, pero que pueden ser investigados y sancionados a través de alguno de los mecanismos de jurisdicción y competencia establecidos por la CPI.

El rol de los jueces es otro punto que se resalta desde la escuela de Helsinki en la medida en que son estos quienes deciden y personifican los valores e intereses dispuestos en el Estatuto de Roma y las posiciones políticas y jurídicas de los Estados. Retomando el ejemplo de la decisión de apertura de la investigación en la situación de Afganistán, se tienen dos decisiones contradictorias: la de la Sala de Cuestiones Preliminares II y la de la Sala de Apelaciones. Claramente se observa, tanto en las decisiones principales como en las opiniones disidentes, que de una misma disposición jurídica «neutral» se pueden proferir interpretaciones y decisiones distintas a través del manejo de conceptos ambiguos como «intereses de la justicia» o la ampliación de las disposiciones normativas, como la inclusión de la cooperación o no con la Fiscalía como un elemento indispensable para la autorización de una investigación. En definitiva, son los jueces quienes están llamados a valorar y apoyar los

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL

THE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

finés originales de la CPI, o a ampliar su interpretación y aplicación a favor de intereses políticos internacionales y nacionales.

#### IV.2. Valores e ideales de la CPI en la construcción de una sociedad diferente

Desde un análisis de la función de la CPI a través de la visión del idealismo social de Allott, los fines y valores protegidos y extendidos por la Corte son un claro reflejo del poder de las ideas y las prácticas. De esa forma, la creación de una sociedad eunómica parece posible desde la propuesta creada y desarrollada por la CPI desde su formación y creación.

Sin desconocer los intereses políticos de los Estados en la creación de la CPI, esta Corte también nace como el deseo de integrar y formar una nueva sociedad capaz de entender que el conflicto y la comisión de los más graves crímenes internacionales no pueden quedar impunes, que es necesario observar que la paz y la seguridad son valores necesarios para lograr una convivencia adecuada, y que la consolidación de un buen orden social es posible, reimaginando el mundo y la sociedad internacional.

El Estatuto de la CPI establece en su Preámbulo sus fines y función. Esta corte permanente busca que la comisión de los más graves crímenes de trascendencia internacional no quede impune pues estos son una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de toda la humanidad. Con la creación de la CPI se promueve que se adopten medidas nacionales e internacionales para la prevención y el castigo de estos crímenes, logrando lazos de cooperación para que la justicia pueda actuar efectivamente. El propósito de la CPI se refuerza con lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas (1945), sobre todo al reafirmar que los Estados deben abstenerse de recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza en contra de otro Estado y que es una corte «de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998).

El contexto en el cual se decide conformar esta Corte era uno marcado por el fin de la Guerra Fría tras cuatro décadas y los entonces recientes conflictos en la ex-Yugoslavia (1991-1995) y Ruanda (1994), entre otros, que evidenciaban que la sociedad internacional debía proteger y restablecer unos valores mínimos de convivencia y respeto por la dignidad y los derechos mínimos de las personas en todo el mundo (Felter, 2020, p. 17). Como se observó en las disposiciones del Preámbulo del Estatuto de Roma, a través de la CPI se busca crear una sociedad menos violenta que rechace los actos que destruyen a la humanidad y que se

creen mecanismos que permitan una sociedad mejor. El juez Sang-Hyun Song (2018) afirmó que

El sistema del Estatuto de Roma puede ayudarnos a avanzar hacia un mundo más seguro en el que las personas de todo el mundo puedan vivir y prosperar en paz. Sin embargo, esta no es una tarea exclusiva del sector de la justicia; es un objetivo que solo se puede lograr con el fortalecimiento simultáneo de la democracia, el desarrollo y el estado de derecho (p. 25).

A través de la CPI se ha logrado que las jurisdicciones nacionales adopten estándares de protección y se generen mecanismos de prevención de sucesos violentos a nivel interno (Song, 2018). Esta Corte ha promovido que los Estados parte cumplan con sus obligaciones *erga omnes* en cuanto a investigar, perseguir y sancionar a los perpetradores de los crímenes de su competencia, disminuyendo la impunidad y cumpliendo una función de prevención de la comisión de nuevos sucesos o crímenes (Jessberger & Geneuss, 2012, pp. 1087-1090).

En el artículo 40 del Estatuto de Roma, la independencia de los jueces/magistrados es el punto clave. Como se analizó con anterioridad, para el idealismo el rol de los abogados y de los jueces tiene una gran preponderancia en la medida en que son los individuos llamados a determinar el contenido sustantivo del derecho internacional. Entonces, a través del Estatuto, se reconoce que los jueces deben desempeñar de la mejor manera posible sus funciones desde una visión independiente y compatible con los fines y valores de la Corte. En la medida en que se dé una aplicación adecuada de las disposiciones normativas, la impartición de justicia será más transparente y transformadora de la sociedad. Asimismo, en el artículo 45 se reafirma que

antes de asumir las obligaciones del cargo de conformidad con el presente Estatuto, los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario y el secretario adjunto declararán solemnemente y en sesión pública que ejercerán sus atribuciones con toda imparcialidad y conciencia (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, p. 4).

En otro sentido, la CPI tiene un sistema de valores relacionados con la reparación a las víctimas en el cual se mencionan los principios de reparación, restitución, indemnización y rehabilitación, como se observa en el artículo 75 del Estatuto. Entonces, para fortalecer el acompañamiento a las víctimas, en el artículo 79 se establece la creación de un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de los crímenes competencia de la Corte. Este fondo fiduciario ha llevado a cabo diversos programas para las víctimas y sus familias (Trust Fund for Victims, 2018, p. 6). Con los años, se ha venido fortaleciendo la posición

339

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONALTHE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

de las víctimas en los procedimientos ante la Corte, incluso cuando no se les ha reconocido como testigos (Song, 2018, p. 23).

## V. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que el objetivo de este artículo es el de analizar la función de la CPI desde el horizonte analítico de los estudios críticos y los aportes de la Escuela de Helsinki y el idealismo social, puede aseverarse que este ha sido cumplido en buena medida. A pesar de compartir el rótulo de «visiones críticas» del derecho internacional, tanto la Escuela de Helsinki como el idealismo social han dado prueba de problematizar a la CPI como actor desde diferentes posturas. Mientras la primera visión es categórica al caracterizar al tribunal como un instrumento de la hegemonía de los Estados poderosos y de los individuos que los representan, la segunda alcanza a entrever una luz hacia la eunomia por medio del ideario que representa y por tener el tribunal el potencial de convertirse en una alternativa a la insociedad.

La discusión entre ambas visiones también arrojó como resultado la posibilidad de contemplar la riqueza que comprende el abordaje de los estudios críticos del derecho internacional. Lejos de ser asemejadas como idénticas, estas dos visiones permitieron admirar la complejidad y diversidad de tales estudios. La prevalencia de las ideas y del poder creador de las mismas hacia las instituciones que guían a la comunidad internacional, en un caso; y la conjugación de estas con las prácticas de los abogados que cotidianamente intentan hacer valer la agenda de los Estados a los cuales apoderan en oposición a sus colegas de otros lugares, en el otro, terminan por ofrecer una gama de posibilidades analíticas a aquellos interesados en comprender las dinámicas del derecho internacional actual. No obstante, la inescindible relación entre derecho y política, y la prevalencia de los individuos por encima de la entidad estatal abstracta como unidades de análisis, facilitan el entendimiento del derecho internacional más allá de las matrices de pensamiento que han dominado la teoría y práctica jurídicas internacionales hasta el momento.

El haber tomado a la CPI como objeto de estudio también resultó una elección interesante al ver que, lejos de ser una entidad monolítica o uniforme, este tribunal exhibe las contradicciones y luchas propias de la arquitectura del sistema internacional. De un lado, su compromiso con la efectiva búsqueda de la responsabilidad internacional de aquellos individuos que han perpetrado o permitido los más atroces crímenes contra la humanidad por encima del interés nacional de las grandes potencias le ha costado incluso el apoyo de estas al ejercicio de sus funciones y a sus competencias. Del otro lado, las sombras de duda sobre la sobrerrepresentación de casos y situaciones africanas en contraste con lo ocurrido en otras regiones alientan los discursos nacionalistas

que acusan a la Corte de ser un instrumento neocolonial. Gracias al análisis realizado aquí se tuvo la oportunidad de confrontar las dos caras de la CPI, en particular, y de los regímenes jurídicos internacionales, en general.

Por último, el desafío de lo debatido en este capítulo para futuras investigaciones interesadas en proseguir por este camino radica justamente entre la ponderación ontológica entre materialismo e ideacionalismo en los estudios críticos del derecho internacional. Si bien las dos visiones estudiadas brindaron una lectura muy sugestiva del papel de la CPI en el sistema internacional contemporáneo, la valoración que puede hacerse de este tribunal terminó marcada por el contraste más que por la correspondencia. Ello podría significar la variedad de lecturas propias de los estudios críticos para acercarse a un fenómeno desde una multiplicidad de enfoques que enriquezca su apreciación; sin embargo, dicha variedad podría acabar por convertirse en pretexto para hacer apología del orden establecido (y de sus instituciones) al remitirse exclusivamente a sus discursos idealistas, opacando la crítica a prácticas cuestionables, a la vez que se exaltan los valores universales y democráticos contenidos en la letra muerta del papel.

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL

THE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

## REFERENCIAS

Allott, P. (1992). Reconstituting Humanity: New International Law. *European Journal of International Law*, 3(2), 219-252.

Allott, P. (1999). The Concept of International Law. *European Journal of International Law*, 10(1), 31-50.

Amaya, A. (2020). La primera audiencia contra el expresidente sudanés Omar al-Bashir es aplazada tras iniciar el juicio. *France24*. <https://www.france24.com/es/20200721-sudan-omar-albashir-golpe-estado>

Bianchi, A. (2016). *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford: Oxford University Press.

Campos, F., & Lozano, N. (2018). *La Corte Penal Internacional: dos debates internacionales, un embate político. Derechos Fundamentales a Debate*. Jalisco: Comisión Estatal de Derechos Humanos. [http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista\\_No8/ADEBATE-8-art1.pdf](http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No8/ADEBATE-8-art1.pdf)

Cerda, C. (2017). Incidentes y riesgos de involución en la Corte Penal Internacional. *Revista Criminalidad*, 59(2), 125-138.

Conferencia de Prensa del Departamento de Estado. (2010, 5 de junio). *Observaciones de Koh y Rapp en el compromiso de Estados Unidos con la Corte Penal Internacional y el resultado de la Asamblea de Estados Partes de la CPI*.

Corte Penal Internacional (CPI). (s.f.a). *Situation in Darfur, Sudan*. ICC-02/05. [https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2020\\_01127.PDF](https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2020_01127.PDF)

Corte Penal Internacional (CPI). (s.f.b). *Situation in the Republic of Burundi*. ICC-01/17. <https://www.icc-cpi.int/burundi>

Corte Penal Internacional (CPI). (2016, 16 de noviembre). *Declaración del Presidente de la Asamblea de los Estados Partes, Sr. Sidiki Kaba, decimoquinto período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes*. La Haya. [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP15/ASP15-Opening-Statement-PASP-SPA.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/ASP15-Opening-Statement-PASP-SPA.pdf)

Corte Penal Internacional (CPI). (2018). *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Case Information Sheet*. <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/albashirEng.pdf>

Corte Penal Internacional (CPI). (2019a, 12 de abril). *ICC judges reject opening of an investigation regarding Afghanistan situation* [comunicado de prensa]. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1448>

Corte Penal Internacional (CPI). (2019b, 12 de abril). *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Pre-Trial Chamber II*. ICC-02/17. [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019\\_02068.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02068.PDF)

Corte Penal Internacional (CPI). (2020, 5 de marzo). *Afghanistan: ICC Appeals Chamber authorizes the opening of an investigation* [comunicado de prensa]. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1516>

Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmshurst, E. (2010). *Genocide. An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2da ed., pp. 208-209). Cambridge University Press.

Felter, C. (2020, 25 de junio). *The Role of the International Criminal Court. Council on Foreign Relations*. <https://www.cfr.org/backgrounder/role-international-criminal-court>

Fernández de Gurmendi, S. (2000). La creación de la Corte Penal Internacional. *Relaciones Internacionales*, 9(19), 85-96.

Hernández, A. (2002). La Corte Penal Internacional: fundamentos y características. *Derecho PUCP*, (55), 437-517. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200201.019>

Human Rights Watch. (1998, 1 de diciembre). *Las Disposiciones Claves del Estatuto de la Corte Penal Internacional*. <https://www.hrw.org/es/news/1998/12/01/las-disposiciones-claves-del-estatuto-de-la-corte-penal-internacional>

ICC Preparatory Committee. (1996, 25 de marzo). *Preparatory Committee for establishment of international criminal court discusses definitions of 'genocide', 'crimes against humanity'* [comunicado de prensa L/2762]. <https://www.legal-tools.org/doc/651005/pdf>

ICC Preparatory Committee. (1999, 22 de febrero). *Comments on the proposal submitted by the United States of America concerning terminology and the crime of genocide (PCNICC/1999/DP4)*. <https://www.legal-tools.org/doc/86b874/pdf>

Jessberger, F., & Geneuss, J. (2012). The many faces of the international criminal court. *Journal of International Criminal Justice*, 10(5), 1081-1094. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqs070>

Koskenniemi, M. (1989). *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press.

Koskenniemi, M. (2002). Between Impunity and Show Trials. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 6, 1-36.

Koskenniemi, M. (2004a). International law and hegemony: a reconfiguration. *Cambridge Review of International Affairs*, 17(2), 197-218. <https://doi.org/10.1080/0955757042000245852>

Koskenniemi, M. (2004b). *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press.

Koskenniemi, M. (2007). The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. *The Modern Law Review*, 70(1), 1-30.

May, L. (2005). *Crimes against Humanity: A Normative Account*. Cambridge: Cambridge University Press.

Morales, D. (2019, 28 de abril). Oleada de críticas a la CPI por el rechazo a investigar la guerra de Afganistán. *CPI Afganistán*. Agencia EFE. <https://www.efe.com/efe/america/mundo/oleada-de-criticas-a-la-cpi-por-el-rechazo-investigar-guerra-afghanistan/20000012-3963124>

Naciones Unidas. (1998, 17 de julio). *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional*. Acta final. Roma. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/241/88/PDF/N9824188.pdf?OpenElement>

Olasolo, H. (2016). Los fines del derecho internacional Penal. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 14(29), 93-146. <https://doi.org/10.11144/javeriana.il14-29.fdiip>

Rocha, M. (2018). *Evolución del Derecho Internacional Penal de Nuremberg y Tokio a la Corte Penal Internacional: Sentando las bases de la Justicia Internacional* (pp. 1-53). Instituto de Investigaciones Estratégicas de la Armada de México.

Scobbie, I. (2005). Slouching towards the Holy City: Some Weeds for Philip Allot. *European Journal of International Law*, 16(2), 299-313. <https://doi.org/10.1093/ejil/chl18>

Scobbie, I. (2011). 'The holiness of the heart's affection': Philip Allot's theory of Social Idealism. En A. Orakhelashvili (ed.), *Research handbook on the theory and history of international law* (pp. 168-195). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd.

Scheffer, D. (2012). El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Política criminal*, 7(13), 209-229. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v7n13/art06.pdf>

Shaw, M. (2008). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

LA FUNCIÓN DE  
LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL  
Y LAS TEORÍAS  
CRÍTICAS DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL

THE FUNCTION OF  
THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT  
AND THE CRITICAL  
THEORIES OF  
INTERNATIONAL  
LAW

Song, S. (2018, 17 de julio). *Past achievements and future challenges of the ICC. Keynote Speech for the 20th Anniversary of the Rome Statute*. La Haya. <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20a-ceremony/20180717-sang-speech.pdf>

The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation. (2016). *Statement by Russian Foreign Ministry N. 2111-16-11-2016*.

Trust Fund for Victims. (2018, 18 de noviembre). *Assistance Programmes. The Trust Fund for Victims*. <https://www.trustfundforvictims.org/en/what-we-do/assistance-programmes>

### Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Carta de las Naciones Unidas (ONU, 26 de junio de 1945). <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (ONU, 9 de diciembre de 1948). <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI, 17 de julio de 1998). [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Resolución N° 3314 (ONU, 14 de diciembre de 1974). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5517.pdf>

Resoluciones y Decisiones del Consejo de Seguridad (ONU, 2005). <https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/INF/60>.

Recibido: 19/04/2021

Aprobado: 09/08/2021