

APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL. ENTRE LA UNIVERSALIDAD Y LA FRAGMENTARIEDAD

Carlos Humberto Cascante Segura

Profesor de Derecho Internacional Público en la Escuela de
Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional

Resumen: Desde una perspectiva histórica, el artículo analiza la instrumentalización del principio de responsabilidad subjetiva en el Derecho Internacional Público. Este proceso se ha realizado mediante la creación de una serie de tribunales internacionales, los que han tenido mayor o menor éxito. Asimismo, se estudian los discursos que conformaron el proceso de negociación del Estatuto de Roma, mediante el cual se estableció la Corte Penal Internacional.

Palabras clave: Derecho Internacional Penal, responsabilidad internacional, responsabilidad internacional subjeti-

va, tribunales penales internacionales, Corte Penal Internacional.

Abstract: From a historical perspective, the paper analyzes the principle of subjective responsibility in public international law. This process was done by creating a series of international tribunals, which have had varying degrees of success. It also discusses the discourses on the negotiating process of the Rome Statute, by which the International Criminal Court was established.

Keywords: International Criminal Law, international responsibility, subjective

responsibility, international criminal tribunals, International Criminal Court.

Presentación

La jurisdicción penal internacional constituye en la actualidad un tema de debate en las disciplinas del Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales. El componente central de la discusión es establecer las potestades de la sociedad internacional para sancionar ciertas conductas, consideradas lesivas para el género humano, las cuales se encuentran en contradicción abierta con el componente de soberanía del Estado en este tipo de temas. En tal sentido, realizar algunos apuntes sobre la evolución histórica de los tribunales internacionales es, en suma, un análisis del cambio de algunas estructuras ideológicas de la sociedad internacional en el transcurso de los últimos doscientos años.

En este proceso, la propuesta de la creación de una Corte Penal Internacional (CPI) realizada en 1989 y su posterior aprobación, el 17 de julio de 1998, mediante el Estatuto de Roma, representa un paso fundamental en la transformación de las estructuras jurídicas tradicionales, pues establece

un sistema internacional de sanciones, distinto a los sistemas jurídicos nacionales. En tal sentido, la CPI es un órgano jurisdiccional penal permanente, cuyo propósito consiste en juzgar a individuos acusados de la comisión de los siguientes crímenes contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: el delito de genocidio, los crímenes de guerra, lesa humanidad y agresión. Desde su entrada en vigencia, en el 2002, en la CPI se siguen un total de diez casos, para las situaciones de conflicto armado en Congo, Sudán, Uganda y la República Centroafricana, cuyos contenidos reflejan el conflicto jurídico y político establecido líneas atrás.

No cabe duda que, junto con las expectativas de justicia y respeto a los Derechos Humanos que han nacido con la CPI, también se ha generado un interesante campo de estudio en el Derecho Internacional Penal. En este sentido, este artículo pretende analizar el problema de los tribunales penales desde una perspectiva histórica, mediante la determinación de los problemas generales ligados a ese tipo de justicia a lo largo de los siglos XIX y XX. En tal sentido, se analizarán los distintos proyectos de formación de tribunales penales internacionales, los

discursos político-jurídicos sobre los cuales se fundamentaron, sus críticas y resultados. Con ese fin, hemos dividido esta investigación en tres grandes apartados, el primero referente a los esfuerzos de establecimiento de un órgano jurisdiccional anterior a la Segunda Guerra Mundial, el segundo atinente a los tribunales "ad hoc" creados con posterioridad a este conflicto bélico y el tercero está dedicado al proceso de negociación y redacción del Estatuto de Roma.

1. Algunos conceptos jurídicos previos. De la responsabilidad objetiva internacional a la responsabilidad subjetiva internacional

¿Cómo afectó la posmodernidad al fenómeno jurídico internacional? Posiblemente, la transformación más relevante ha sido la introducción de dos componentes fundamentales en el Derecho Internacional Público. En primer término, la incorporación de la responsabilidad subjetiva al concepto de responsabilidad internacional y, en segundo lugar, el establecimiento de un órgano jurisdiccional encargado de determinar dicha responsabilidad. Estas transformaciones han sido el producto de una restricción del uso de la fuerza en los conflictos armados y de la protección del individuo

por la sociedad internacional, es decir, por la consolidación del Derecho Internacional Humanitario y luego de los Derechos Humanos.

Hasta principios del siglo XX, el Derecho Internacional Público se consideraba un conjunto de normas que regulaban las relaciones entre los Estados. Por tal motivo, el individuo se conceptualizaba como un objeto del Derecho Internacional, que no participaba de la formación de este y simplemente se constituía en un receptor de algunas normas en razón de su relación con el Estado (Pérez-León, 2008, pp. 601-605). Desde esta perspectiva, la responsabilidad internacional siguió un paradigma de responsabilidad objetiva, es decir, los actos que lesionen obligaciones jurídicas internacionales son achacables a la personalidad jurídica del Estado, pero no a las personas que ocupen cargos de representación del Estado en el ámbito internacional (Carrillo Salcedo, 1984, pp. 136 y ss.).

De forma paulatina, a finales del siglo XIX, el Derecho Internacional empezó a desarrollar áreas en las cuales se incorporó el principio de responsabilidad subjetiva. Este principio implica que las consecuencias de la violación de normas jurídicas

internacionales pueden ser imputadas directamente a los individuos. En otros términos, las personas que ocupen puestos de dirección en las estructuras estatales responden por los actos realizados en sus cargos, si estos lesionan ciertas normas del Derecho Internacional Público.

El predominio de la responsabilidad objetiva condujo a la formación de tribunales internacionales dirigidos a resolver las disputas entre Estados. Tales fueron los casos de los tribunales arbitrales, la Corte Internacional Permanente, del Sistema de la Liga de las Naciones, y la Corte Internacional de Justicia, del Sistema de Naciones Unidas. Con la incorporación de la responsabilidad internacional subjetiva, la sociedad internacional inició un proceso de la conformación de tribunales internacionales, donde el componente fundamental ha sido la participación de los individuos. Esta participación se da como imputados, acusados de infringir normas jurídicas internacionales, o como víctimas de dichas violaciones. Ejemplos claros de este nuevo tipo de jurisdicción son: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tribunales militares de Núremberg y Tokio, los tribunales “ad hoc” y la Corte Penal Internacional.

2. Antecedentes lejanos de la responsabilidad penal internacional

La práctica de crear tribunales “ad hoc” para juzgar los actos que en la actualidad denominamos “crímenes de guerra” o “delitos de lesa humanidad” no resulta nueva. Aparentemente, el primer tribunal “ad hoc” para juzgar delitos de un enfrentamiento bélico tiene su origen en el año 1474, cuando un grupo de jueces de algunas ciudades que conformaban el Sacro Imperio Romano, entre ellas Alsacia, y otras de Austria, Alemania y Suiza se reunieron para juzgar a Peter von Hagenbach (Magoto, 2009, p. 5).

Von Hagenbach había sido comisionado por el duque de Borgoña, Carlos “el Temerario”, conocido por sus enemigos como Carlos “el Terrible”, para tomar el control de la ciudad de Breisach, localizada al sureste del actual territorio alemán, en el Alto Rin. Von Hagenbach instauró un régimen de terror, el cual se caracterizó por

“[...] la arbitrariedad, brutalidad y terror a fin de reducir la población de Breisach al sometimiento total. Los homicidios, las violaciones, la imposición ilegal de impuestos y la confiscación arbitraria de

la propiedad privada se volvieron prácticas generalizadas. Todos estos actos violentos se cometían también contra los habitantes de los territorios vecinos, y afectaban igualmente a los mercaderes suizos en su camino hacia la feria de Francfort” (Greppi, 2002, pp. 531-532).

Tras la caída de Carlos “el Temerario”, se ordenó la detención de von Hagenbach, quien fue remitido a un tribunal integrado por una liga de ciudades-estado, quienes le imputaban los delitos de homicidio, violación, perjurio y otros actos contrarios a las “*leyes de Dios y de los hombres*” (actos a los cuales en la actualidad se les denominan delitos de “lesa humanidad”). El encartado señaló en su defensa que el tribunal no tenía competencia para juzgarlo, pues la única autoridad que se encontraba sobre él era el duque de Borgoña, y los “*soldados debían total obediencia a sus superiores*”. El tribunal no prestó atención a dichos argumentos, por lo que lo declaró culpable y ordenó su ejecución (Hall, 1998, p. 65).

La historia de Peter von Hagenbach parece un hecho aislado, pues durante los siglos XVI, XVII y XVIII, la práctica de constituir este tipo de tribunales no se encuentra registrada, sino que el Estado vencedor, mediante su

sistema judicial interno, realizaba los juicios correspondientes. Para el siglo XIX, la transición a la modernidad trajo consigo cambios en la estructura del Estado, la aparición de la producción industrializada de bienes manufacturados y la construcción del concepto de la nación provocaron transformaciones en el campo militar. La guerra pasó de pequeños ejércitos a grandes armadas, que en períodos de enfrentamiento militar aumentaban el número de soldados y la efectividad del armamento. Las guerras napoleónicas cambiaron la concepción de la guerra, que se transformó de un enfrentamiento de caballeros y nobles a un esfuerzo nacional, lo que terminó por masificarla (Hobsbawn, 1964, pp. 35-40). Tal situación determinó el surgimiento de mecanismos para evitar las guerras generalizadas, entre ellos, la Conferencia de Versalles y la necesidad de establecer convenios relativos al establecimiento de normas que regulasen tanto el uso de la fuerza como la violencia empleada en las acciones bélicas (Magoto, 2009, pp. 4-5).

En este contexto, surgen el moderno Derecho Internacional Humanitario impulsado por el Comité Internacional de Cruz Roja, mediante la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1864, y la firma del *Convenio de*

Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña. Dicho cuerpo normativo establecía una serie de comportamientos tipificados como actos punibles. Sin embargo, estos comportamientos ya no se encontraban regulados por leyes o costumbres internas e independientes de cada Estado, sino por tratados internacionales multilaterales (Hall, 1998, p. 67). No obstante, la ejecución del Convenio, así como el juzgamiento por el incumplimiento quedaron en manos de cada Estado, de forma que serían los tribunales internos quienes procesarían a sus nacionales por la violación de dichas normas (Magoto, 2009, p. 6).

La guerra franco-prusiana de 1870 demostró la fragmentariedad del Derecho Internacional. Durante el transcurso y una vez cesados los enfrentamientos, las violaciones a las recién creadas normas no fueron sancionadas. Por tal motivo, en la reunión del Comité Internacional de Cruz Roja celebrada en enero de 1872, Gustave Moynier –miembro fundador del CICR– presentará una propuesta para la integración de un órgano jurisdiccional internacional permanente para juzgar las violaciones al Convenio de Ginebra de 1864. Dicha iniciativa fue publicada

en el *Bulletin International des Sociétés de secours aux militaires blessés* bajo el título de *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Geneve*. Como modelo de su propuesta, Moynier adoptó la estructura del tribunal arbitral establecido en Ginebra el año anterior, de conformidad con el Tratado de Washington del 8 de mayo de 1871, para resolver las reclamaciones de Estados Unidos contra el Reino Unido por los daños que a la flota estadounidense había causado el corsario confederado *Alabama*, y que dictaría su laudo el 14 de septiembre de 1872 (Magoto, 2009, p. 7).

La propuesta Moynier se presentaba como un proyecto de tratado internacional multilateral, el cual constaba de diez artículos, de los cuales los tres primeros se encontraban dirigidos a determinar las pautas de organización y composición del tribunal. Los siguientes siete se referían a normas de procedimiento y financiamiento del tribunal.

Moynier pretendía crear un órgano jurisdiccional de carácter no permanente, pues solo entraría a funcionar en el momento de iniciarse hostilidades bélicas entre dos partes signatarias de este (artículo 1). El tribunal estaría integrado por cinco “árbitros”, dos de los

cuales serían electos por las partes beligerantes, los otros tres serían electos por tres Estados signatarios, los cuales a su vez fueron electos por medio de sorteo realizado por el presidente de la Confederación Suiza (artículo 2). Los “árbitros” definirían los procedimientos a seguir en el proceso, la sede del tribunal y la duración de sus funciones (artículo 3).

El tribunal únicamente podría actuar a instancia de parte y por los hechos que le eran sometidos, sobre los cuales debía realizar una investigación respetando el principio de contradictorio en tal proceso y con la colaboración de todos los Estados firmantes (artículo 4). Posterior a la investigación, el tribunal dictaría una sentencia e impondría, en caso de culpabilidad, las sanciones correspondientes apegadas a un convenio paralelo que definiría estas, igualmente se previó la posibilidad de cobrar los daños causados a las víctimas (artículos 5 y 7). La ejecución de la sanción, así como el cobro de los daños civiles, correspondían al Estado nacional del sentenciado (artículos 6 y 7). La sentencia, al igual que cualquier otra resolución de interés, debía ser notificada a todos los Estados firmantes, para que estos la tradujesen y publicasen en su medio de comunicación oficial (artículo 8).

Los gastos de operación del tribunal, los cuales se destacaban los honorarios de los “árbitros”, serían financiados en partes iguales por los países beligerantes. El tribunal debía dar un informe contable de todos los gastos en los cuales incurriera, el cual debía publicarse de forma amplia entre los Estados signatarios (artículo 9).

El proyecto no fue acogido por la sociedad internacional. Se argumentaron entre otras cosas, la falta de capacidad para someter ante el tribunal a los militares infractores de los crímenes de guerra y la preeminencia de otros métodos para alcanzar los mismos fines, como la divulgación masiva de las obligaciones provenientes del Convenio de Ginebra. De tal forma, ante la falta de apoyo técnico-jurídico ningún gobierno tomó en serio la propuesta Moynier, la cual se discutió nuevamente en el Instituto de Derecho Internacional en Cambridge en 1895. Empero, nunca se presentó una iniciativa intergubernamental para llevar a cabo la constitución de un órgano internacional con dichas características (Hall, 1998, p. 71).

Como puede apreciarse, la propuesta Moynier si bien adolecía de ciertos errores estructurales, sí refleja uno de los argumentos centrales que se encuentran dentro del discurso

que sostiene la conformación de una jurisdicción penal internacional: la necesidad de evitar la impunidad de una serie de delitos. Cabe resaltar que Moynier estaba influido por la tendencia dominante en su época en el campo jurídico internacional, la cual se centraba en intentar resolver los conflictos internacionales por la vía del arbitraje y copió tal modelo, por ende, no pensó realmente en un órgano permanente. Asimismo, la creación del tribunal se enfocaba solo en las infracciones del naciente Derecho Internacional Humanitario, el Estatuto de Roma retoma dicha idea (posiblemente sin inspirarse en la propuesta Moynier) y la amplía hacia otros ámbitos.

3. Jurisdicción penal internacional en la "Era de las Catástrofes". La justicia del vencedor

La primera mitad del siglo XX ha sido denominada por el destacado historiador británico Eric Hobsbawm como la "Era de las Catástrofes". Con esta expresión, Hobsbawm establece que, durante el período comprendido entre 1914 y 1945, los mecanismos de control político y económico creados durante el siglo XIX por la sociedad

internacional para evitar las guerras generalizadas fracasaron. Incluso, los intentos de modificación y adaptación del sistema internacional que se pretendieron establecer mediante las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 fueron insuficientes. De tal forma, la incorporación de nuevos actores (Estados Unidos, Alemania y Japón), la expansión de las necesidades económicas de todas las viejas y nuevas potencias, así como la lógica de la supervivencia que se introdujo en las ideologías de la época, generaron un período de convulsión, con dos cruentas conflagraciones internacionales y la caída del sistema económico existente. Los enfrentamientos militares del siglo XX emplearon al máximo los procesos de generalización y masificación de la guerra, iniciados en el siglo XIX, por lo que se produjo entre ambas guerras un estimado de 70 millones de muertos, 10 millones en la Primera Guerra Mundial y 60 millones en la Segunda Guerra Mundial (Hobsbawm, 1999, pp. 12-26). La "Era de las Catástrofes" terminó por transformar por completo el sistema internacional establecido en Versalles e instaurar uno nuevo; en el campo jurídico implicó el fortalecimiento de la protección internacional de los Derechos Humanos y un proceso

de formalización forzosa del Derecho Internacional Público. Dicha formalización implicaba la transformación de las costumbres en tratados escritos y el establecimiento de mecanismos de coerción para la aplicación de tales normas.

En este panorama de catástrofes, los primeros intentos de crear una jurisdicción penal internacional tenían un carácter de revancha y dominación, en síntesis: una justicia de vencedores, que no se distanciaba en mucho de lo ocurrido en Breisach siglos atrás. La primera tentativa tuvo lugar al finalizar la Primera Guerra Mundial, dirigida a condenar las actuaciones como jefe de Estado del Káiser Guillermo II de Alemania, así como el establecimiento de la Corte Internacional Permanente, la cual contaría con una sala dedicada a este tipo de asuntos. La segunda, concluida la Segunda Guerra Mundial, con la conformación de los tribunales militares de Núremberg y Tokio.

Tras la Primera Guerra Mundial, la idea de establecer responsabilidades subjetivas por los actos contra las obligaciones del Derecho Internacional Humanitario, cometidos dentro de las actividades bélicas, cobró renovada fuerza. De tal forma, una vez concluida la guerra, las potencias triunfantes constituyeron la “Comisión para el es-

tablecimiento de Responsabilidades de los Autores de la Guerra y el establecimiento de Penas”. Esta Comisión inició un trabajo de investigación sobre posibles violaciones a las normas de paz y protección de individuos dentro de los conflictos bélicos establecidos en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907. Pese a las objeciones de los miembros estadounidenses y japoneses de la Comisión, el reporte de la mayoría estableció la necesidad de crear normas relativas a la responsabilidad penal de las autoridades del gobierno alemán en el armisticio por firmarse en 1919 (Mago, 2009, p. 19).

De tal forma, el artículo 227 del Tratado de Versalles establecía una acusación directa contra el Káiser Guillermo II de Hohenzollern. El citado numeral señalaba lo siguiente:

“Las potencias aliadas acusan públicamente a Guillermo de Hohenzollern, por falta suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”.

Por tal motivo, surgió la idea de crear un tribunal “ad hoc” para el juzgamiento del líder alemán; dicho tribunal especial estaría compuesto por jueces designados por Estados Unidos,

Reino Unido, Francia, Italia y Japón. Para tomar su decisión, el tribunal debería *“guiarse por los más altos designios de política internacional, con miras a reivindicar las obligaciones solemnes de los compromisos internacionales y la validez de la ética internacional”*. Aunque, el juzgamiento en cuestión no se realizó debido a la oposición de los Países Bajos, cuyas autoridades se negaron a entregar al gobernante germano (Greppi, 2002, p. 535).

Asimismo, los artículos 228 y 229 del Tratado de Versalles establecían el derecho por parte de las potencias aliadas de enjuiciar a los individuos responsables de “violaciones de las leyes y costumbres de la guerra”. En este sentido, el numeral 228 estipulaba que:

“el Gobierno alemán reconoce el derecho de las Potencias aliadas y asociadas a someter a los tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra. Por lo tanto, el Gobierno alemán tenía la obligación de entregar a “todas las personas acusadas”, a fin de que un tribunal militar aliado pudiera juzgarlas. Se disponía que, en caso de que un individuo fuese declarado “culpable de actos crimi-

nales contra nacionales de más de una de las Potencias aliadas y asociadas”, podía constituirse un tribunal internacional”.

Normas similares fueron establecidas en el tratado de paz firmado por Turquía y los serbios. Pues la Comisión había llegado a la conclusión de que el gobierno turco había cometido actos de genocidio en contra del pueblo armenio, años atrás. No obstante, en ninguno de los dos frentes se contaba con la capacidad de instalar un tribunal con las características necesarias para entablar los procesos correspondientes. Igualmente, las divisiones internas dentro de la Comisión fueron el preámbulo de las diferencias que sobre el nuevo sistema internacional debía establecerse tras la guerra.

Otra de las consecuencias de la Primera Guerra Mundial, y como parte del plan de 14 puntos del presidente estadounidense Wilson, consistió en la formación de la Corte Permanente Internacional de Justicia dentro del marco de la Sociedad de Naciones. Al redactarse el Estatuto de la Corte Permanente, el grupo de juristas encargado de elaborar dicho documento emite una resolución en la cual los artículos 3 y 4 establecen:

“Artículo 3: La Alta Corte de Justicia Internacional deberá ser competente para juzgar crímenes que violan el orden público internacional o el Derecho universal de las Naciones, llevados a ella por la Asamblea o el Consejo de la Sociedad de Naciones.

Artículo 4: La Corte tendrá el poder para determinar la naturaleza del crimen, fijar la pena y decidir los medios apropiados para ejecutar la sentencia. Deberá formular sus propias reglas de procedimiento”.

Se argumentó, en ese momento, que al entregarse tales competencias a un órgano internacional se eliminaría la posibilidad de que el Estado responsable por su Derecho Interno de juzgar a un acusado por tales crímenes se sustrajera de tal obligación, ya sea por la ineficiencia de su aparato de justicia o por la falta de voluntad para juzgar a determinados sujetos. Con lo cual se produciría –de acuerdo con los redactores de la propuesta– un efecto preventivo, al compeler a los posibles violadores de normas del Derecho Internacional Humanitario con la amenaza de un castigo por sus acciones (Salmon Garate, 2001). Como señalaremos más adelante, este argumento se convirtió en un componente esencial en los discursos a favor de la creación de la Corte

Penal Internacional. Sin embargo, los problemas que enfrentó la Sociedad de Naciones dentro del sistema internacional impidieron que la Corte Internacional Permanente ejerciese tales funciones.

Finalmente, dentro de este período debe destacarse la iniciativa del gobierno francés en octubre de 1934, posterior al asesinato del Rey Alejandro de Yugoslavia y el Primer Ministro francés Louis Barthou, de crear un tratado internacional de lucha contra el terrorismo. El proyecto fue estudiado por un Comité de Expertos de la Sociedad de Naciones y fue firmado por la mayoría de los miembros de este organismo el 16 de noviembre de 1937. El proyecto contaba con dos convenciones: la primera denominada “Convención para la prevención y represión del terrorismo”, y la segunda, “Convención para la creación de una Corte Penal Internacional”. Según los acuerdos de la segunda de las citadas convenciones, las partes firmantes tendrían la facultad de transferir el juzgamiento de las conductas tipificadas por la primera convención a la corte que se planeaba crear. No obstante, con el comienzo de la Segunda Guerra Mundial se evitó que las disposiciones en cuestión entraran en vigor (Salmon Garate, 2001).

Un panorama diferente se produjo tras la Segunda Guerra Mundial.

Desde el punto de vista geopolítico e histórico, ambos enfrentamientos constituyen una unidad, de la cual surgieron una serie de potencias vencedoras. De forma que, al finalizar la Primera Guerra Mundial, las potencias vencedoras no contaron con el dominio completo sobre las potencias derrotadas. Por el contrario, la Segunda Guerra Mundial se planteó de forma que las potencias ganadoras lograron establecer un dominio completo sobre el territorio y la estructura estatal de las perdedoras. En este sentido, los Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y la Unión Soviética controlaron por completo el territorio y la administración del Imperio Alemán; mientras que en solitario, los Estados Unidos administraron la estructura de Japón. Esta situación político-militar brindaba las facilidades necesarias para el establecimiento de los tribunales de guerra de Núremberg y Tokio. En efecto, permitió la detención de las más altas autoridades de los gobiernos y su sometimiento a un proceso judicial.

El debate sobre la conformación de estos procesos jurídicos inició previamente a la finalización del conflicto, pese a que con anterioridad a 1943, la mayoría de cuadros de mando aliado convenían en la idea de la realización de juicios sumarios, para evitar

dar publicidad y convertir en víctimas a los líderes de los países perdedores (Overy, 2003, pp. 1-5). Incluso, en el caso de Japón, en 1943 se pensaba que bastaba una rendición incondicional de ese país, sin siquiera analizar el tema de responsabilidades personales (Hizakazu, 2009, p. 26).

Las pruebas de la existencia de un holocausto a gran escala y la muerte de Hitler favorecieron un cambio de perspectiva, que permitió acordar ciertos puntos que las potencias aliadas habían empezado a discutir en 1943, con la Declaración de Moscú. Entre ellos se encontraban la connotación militar que debía tener el tribunal y el número reducido de autoridades que serían juzgadas por este, igualmente, se llegaron a los acuerdos necesarios para establecer las conductas que deberían ser juzgadas por el tribunal y el establecimiento de tribunales internos para juzgar a criminales menores bajo la supervisión de las potencias triunfadoras (Overy, 2003, p. 10).

Así la situación, los gobiernos de Estados Unidos, Reino Unido, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el gobierno provisional de Francia firmaron el 8 de agosto de 1945, el Estatuto de Londres para el establecimiento del Tribunal Militar Internacional, más

adelante fue suscrito por Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Honduras, India, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Polonia, Uruguay y Venezuela (Nuremberg Trial Proceedings Vol. 1. Charter of the International Military Tribunal, 2005). Asimismo, el 2 de diciembre de 1945, se promulgó la Ley 10 del Consejo de Control de Berlín, que reguló el mecanismo de aplicación del acuerdo internacional en el territorio alemán, también establecía con más claridad las penas que se aplicarían, a saber, la pena de muerte, la prisión perpetua o temporal, la multa, la confiscación y la pérdida de derechos (Portilla Gómez, 2008, pp. 213-214). Debido a que el primer juicio se desarrolló en la ciudad de Núremberg, a esta corte se le ha denominado el Tribunal de Núremberg.

La Carta de Londres establecía 7 principios básicos sobre la responsabilidad penal, que fueron posteriormente aceptados de forma general en 1950 por dictamen de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en concordancia con las instrucciones que para tal efecto brindó la Asamblea General de las Naciones Unidas. En síntesis, los principios son los siguientes:

a) Cualquier persona que cometa actos que constituyan un

crimen bajo las leyes internacionales será responsable y por consiguiente sujeta a castigo.

b) El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales.

c) El hecho de que una persona que ha cometido un acto que constituye un crimen bajo las leyes internacionales, sea jefe del Estado o un oficial responsable del gobierno, no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales.

d) El hecho de que una persona actúe bajo las órdenes de su gobierno o de un superior no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales, siempre que se demuestre que tenía posibilidad de actuar de otra forma.

e) Cualquier persona acusada de un crimen bajo las leyes internacionales tiene el derecho de un juicio justo ante la ley.

f) Los crímenes que se enumeran a partir de aquí son castigables como crímenes bajo las leyes internacionales:

1. Guerra de agresión:

(i) La planificación, preparación, iniciación o comienzo de una

guerra de agresión, o una guerra que viole los tratados internacionales, acuerdos o promesas;

(ii) La participación en un plan común o conspiración para el cumplimiento de cualquiera de los actos mencionados en (i).

2. Crímenes de guerra, concebidos como las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra que incluyen, pero no están limitadas a asesinato, trato inhumano o deportación como esclavos o para cualquier otro propósito de la población civil de un territorio ocupado, asesinato o trato inhumano a prisioneros de guerra, a personas sobre el mar, asesinato de rehenes, pillaje de la propiedad pública o privada, destrucción injustificada de ciudades, pueblos o villas, o la devastación no justificada por la necesidad militar.

3. Crímenes contra la humanidad: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra.

g) La complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la

humanidad tal y como fueron expuestos en los Principios VI, es un crimen bajo las leyes internacionales.

Los juicios se celebraron entre el 20 de noviembre de 1945 y el 1 de octubre de 1946. Fueron sometidas un total de veintiuna personas y siete organizaciones criminales. De estas, diez fueron condenadas a muerte por ahorcamiento, siete fueron condenadas a penas de prisión que fueron desde la cadena perpetua hasta diez años, tres fueron absueltas y una se suicidó durante el proceso. Adicionalmente, se celebraron los juicios subsecuentes y muchos Estados realizaron juicios internos contra militares alemanes (De Zayas, 1990, p. 234).

Por otro lado, con la Proclama del general Douglas MacArthur del 19 de enero de 1946, comando supremo de las fuerzas aliadas en el Extremo Oriente, compuesto y dirigido en su mayor parte por los Estados Unidos, pero con el apoyo de China, Francia, la URSS, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, India y Países Bajos, se constituyó el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente. El Tribunal juzgó a un total de veintiocho personas, siete de las cuales fueron condenadas a muerte por ahorcamiento, dieciséis a cadena perpetua y dos a prisión de veinte años. No

obstante, MacArthur aplicó una amnistía general y al emperador Hirohito se le concedió un régimen de inmunidad (Hizakazu, 2009, p. 27).

La organización de ambos tribunales se basó en el Estatuto de Londres. Este establecía la existencia de una Fiscalía fuerte, integrada por representantes de los Estados signatarios del Estatuto, se encargaría de la determinación de las personas acusadas, los cargos imputables y la recolección de las pruebas necesarias para tal fin (artículos 14 y 15). Asimismo, el Estatuto establecía la posibilidad para los acusados de contar con defensores y participar activamente en el juicio (artículo 16). De tal forma, todo el proceso se encontraba conformado por los siguientes pasos:

a) La lectura inicial de la acusación a los encartados.

b) Con fundamento en esta, el Tribunal debía preguntar a cada acusado si se declaraba “culpable” o “inocente”.

c) La Fiscalía y la Defensa realizarían una declaración de apertura.

d) El Tribunal solicitará a la Fiscalía y la Defensa la enumeración de las pruebas respectivas, posterior a lo cual el Tribunal debía pronunciarse sobre su admisibilidad.

e) El Tribunal debía recibir a los testigos de ambas partes, con la posi-

bilidad tanto del Tribunal como de las partes de interrogar a cada testigo.

f) La Fiscalía y la Defensa establecerían sus conclusiones al Tribunal.

g) Cada acusado podía realizar una declaración final al Tribunal.

h) El Tribunal debía dictar la sentencia respectiva.

Si bien es cierto no se ha discutido la culpabilidad de los acusados ante los tribunales, las críticas más enconadas a los juicios de Núremberg y Tokio han estado dirigidas a sus procedimientos. Es así como ambos tribunales se encontraban constituidos por jueces de los países vencedores, lo cual rompía el principio de neutralidad del juzgador, si bien se mantuvieron al menos en el papel los principios propios del debido proceso occidental. Tales inobservancias a los principios clásicos de los Derechos Humanos en el ámbito nacional se justificaron en las atrocidades cometidas durante la guerra. En el caso particular de los juicios de Núremberg, se criticaron las desventajas que tuvieron los defensores alemanes. En 1949, uno de los abogados de los acusados alemanes, Otto Kranzbühler, señaló:

“Cuando los defensores alemanes llegaron a Núremberg en setiembre de 1945 no tenían realmente nada. La acusación por el contrario se había incautado ya entonces de todos los archivos y documentos conocidos y los cribaba con un gigantesco ejército de inspectores. A los defensores, por el contrario, sólo les fue accesible el material de cargo; pese a repetidas solicitudes, no se les dio disponibilidad de acceder a material de descargo. Se pueden imaginar ustedes que así la prueba documental que, por ejemplo en el caso de Ribbentrop afectaba a la política exterior alemana y en el caso Kaitel a las medidas del alto mando de las Fuerzas Armadas, tuvo carácter totalmente unilateral y por lo tanto históricamente incierto. A ello se añadía como segunda carencia fundamental la limitación al material alemán. Los archivos extranjeros quedaron firmemente cerrados” (De Zayas, 1990, p. 247).

Tales elementos restan legitimidad a estos tribunales militares, pues sus actos deben apreciarse en el fondo como un acto de venganza contra los vencidos y, simbólicamente, como un acto de control político. De la misma

forma, al ser la justicia de los vencedores se descartó la posibilidad de juzgar los crímenes de guerra cometidos por los ejércitos aliados, lo cual demostró que estos procesos constituyeron una extensión de la guerra y una muestra de poder. A pesar de tal situación, debe reconocerse en los procesos de Núremberg y Tokio un avance en el reconocimiento del individuo como sujeto del Derecho Internacional. Dentro del desarrollo de sus labores, los jueces establecieron lineamientos claves para definir el principio de responsabilidad internacional subjetiva de las personas, la concreción de los elementos que forman parte de los delitos y las competencias que debería tener un tribunal internacional.

4. Los tribunales penales internacionales en la pos-Guerra Fría. Una justicia fragmentaria

Con la caída del bloque comunista y el fin de la Guerra Fría, se abrió la posibilidad de que el Consejo de Seguridad interviniera con menos trabas en diversos conflictos. Dos de esos conflictos han sido la antigua Yugoslavia y Ruanda, enfrentamientos en los cuales el Consejo decidió establecer tribunales destinados a sancionar las violaciones tanto a la normativa de Derechos Humanos como de Derecho Internacional

Humanitario. Ambos tribunales reflejan en su constitución y procedimiento la herencia de las construcciones jurídicas de Núremberg y Tokio. Ambos procesos se fundamentaron políticamente en el establecimiento de un ligamen con las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial. En esta perspectiva, los tribunales “ad hoc” se establecieron como un imperativo moral de la sociedad internacional de establecer un rechazo a la violación en masa de los derechos humanos (Magoto (a), 2009, pp. 64-65).

Caracteriza a estos tribunales su jurisdicción limitada. En otros términos, los tribunales “ad hoc” para la ex-Yugoslavia y Ruanda son establecidos para situaciones, períodos, casos y territorios específicos. Dicha situación facilitó la negociación de las resoluciones del Consejo de Seguridad de acuerdo con las cuales fue creado, pues los posibles acusados de los hechos se encontraban relativamente delimitados. En esta línea resulta interesante observar los patrones de votación en torno a ambos tribunales. En el caso de la ex-Yugoslavia, la resolución se votó por unanimidad a favor de la creación del tribunal. En el caso ruandés, la creación fue votada afirmativamente por todos los miembros

permanentes, salvo China que votó abstención. Asimismo, salvo por el propio gobierno ruandés, que alegó que el tribunal tenía una jurisdicción temporal muy limitada, todos los miembros no permanentes apoyaron la resolución (CSONU, 2010). Ambas votaciones demostraron que en los casos específicos había un acuerdo sobre la necesidad de la intervención humanitaria en ambas regiones. De tal forma, los tribunales “ad hoc” se constituyeron como un componente más del sistema de intervención humanitaria, que comienza a perfilarse a principios de los noventa. Desde esta perspectiva, la actuación de estos se planteaba como un paso necesario en el restablecimiento de la paz en las zonas de conflicto.

En el caso de la ex-Yugoslavia, la violación masiva de los derechos humanos de las poblaciones civiles, así como la negativa de los gobiernos que dirigían a dichas naciones a encontrar salidas pacíficas al conflicto, llevaron al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a iniciar un proceso de recomendaciones dirigidas al restablecimiento de la paz en esos territorios. Con la Resolución 764 del 13 de julio de 1992, el Consejo indicó drásticamente que:

“...todas las partes tienen el deber de cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho humanitario internacional, especialmente los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios son considerados personalmente responsables de dichas violaciones”.

Posteriormente, en agosto de 1992, el Consejo emitió la Resolución 771, mediante la cual condenó las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y exigió la finalización de tales atropellos. En la misma resolución solicitaba a los Estados reunir la información sobre los hechos acaecidos y entregarla al Secretario General, quien de acuerdo con la Resolución 780 del Consejo, ordenó la creación de una comisión imparcial de expertos para valorar la información presentada. Producto de la evaluación realizada por la comisión de expertos, así como de las violaciones al Derecho Internacional Humanitario, el Consejo de Seguridad, mediante la Resolución 808, ordenó la creación del Tribunal para la antigua Yugoslavia. El Consejo fundamentó su actuación en el capítulo VII de la Car-

ta de Naciones Unidas, de tal forma interpretó las violaciones al Derecho Internacional Humanitario como actos *“que configuran un quebrantamiento a la paz y seguridad internacionales”*.

En el mismo período, dado el conflicto entre hutus y tutsis, el Consejo decidió seguir los mismos pasos que siguió en el proceso de la creación del Tribunal para la ex-Yugoslavia. Por medio de la Resolución 918 reunió información, luego en la Resolución 935 solicitó la participación de un grupo de expertos, y finalmente, en la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 creó, por la vía de la interpretación del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, el Tribunal para Ruanda. Igualmente, tanto el Estatuto como las reglas sobre elementos de los crímenes y del procedimiento y la prueba tomaron como fuente las disposiciones empleadas por el Tribunal para la antigua Yugoslavia.

Los tribunales en cuestión se encuentran limitados a conocer los delitos de genocidio, graves violaciones a las Convenciones de Ginebra y los delitos de “lesa humanidad”, en los territorios que componían Yugoslavia y Ruanda. En términos generales, ambos tribunales comparten la misma estructura. Esta se encuentra conformada por tres cámaras de jueces, nombrados por

la Asamblea General de las Naciones Unidas, que conocen de los procesos y una cámara adicional de apelación. Con lo cual se garantiza el principio de doble instancia, garantizado en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. El tribunal opera a solicitud de la Fiscalía, la cual tiene a su cargo la investigación y determinación de los imputados por los delitos antes indicados. Asimismo, existe una oficina de defensores, que garantiza el principio de defensa técnica de los acusados. Además, los tribunales cuentan con una oficina administrativa y de registro, encargada del funcionamiento diario de estos aparatos judiciales.

En ambos casos, el Consejo de Seguridad estableció un principio de primacía jurisdiccional de los tribunales "ad hoc" por sobre los tribunales locales, con lo cual señalaba el carácter excepcional y prioritario de la justicia penal internacional sobre la justicia interna. De igual forma, previo a la obligación de cooperación internacional de los Estados, el Consejo aprobó los Estatutos de cada uno de estos tribunales, sus normas de procedimiento y prueba. Estos reflejan desde el punto de vista jurídico un avance en los procedimientos y garantías de un debido proceso, como señalaremos más profundamente al

analizar el Estatuto de Roma. En última instancia reproduce un procedimiento penal de tipo occidental y similar en las líneas generales a cualquier procedimiento de orden interno (Portilla Gómez, 2008, p. 236).

Como puede apreciarse, ambos tribunales retomaron el examen de los delitos que fueron competencia de las cortes de Núremberg y Tokio, salvo los delitos contra la paz. Asimismo, repiten el vicio de la aplicación retroactiva de su Estatuto de organización, lo cual puede estar contrapuesto al principio de debido proceso. A diferencia de Núremberg y Tokio, los tribunales en cuestión superaron el problema de la imparcialidad de los juzgadores, pues estos han sido electos por la Asamblea General, lo que garantizó una verdadera participación internacional de países que no fueron directamente afectados por el conflicto. Sin embargo, al ser una creación del Consejo de Seguridad y no el producto de un acuerdo en la comunidad internacional, la formación de ambos tribunales se ha considerado en algunos casos como una extralimitación de los poderes del Consejo. En contraposición, se ha señalado que la creación de ambos tribunales se justificaba por lo indispensable de contar con un proceso acelerado que juzgase tales

actos, en virtud de las múltiples violaciones cometidas en el campo (Odio Benito, 1997, p. 100).

En efecto, la investigación realizada por estos aparatos judiciales demuestra la magnitud de las violaciones acaecidas durante la década de los ochenta en ambas regiones. En esta línea, resulta significativo apuntar que desde el inicio de sus operaciones en 1993, el Tribunal para la ex-Yugoslavia ha establecido acusaciones contra 161 personas, de las cuales 125 han concluido el procedimiento, 12 con sentencia absolutoria y 64 con condenatoria. A su vez, 36 de las acusaciones fueron retiradas o los acusados murieron antes de ser llevados a juicio y 13 han sido remitidos a la jurisdicción nacional (ICTY, 2010). Por otra parte, el Tribunal Internacional para Ruanda, desde 1993, ha acusado a un total de 98 personas, de las cuales 34 han concluido con sentencia condenatoria, 10 se encuentran en apelación y 8 fueron declaradas inocentes (ICTR, 2010).

Ambos tribunales deben concluir sus funciones en el 2010. Este cierre genera una serie de preocupaciones en algunos activistas de los Derechos Humanos; las principales consisten en la posibilidad de terminar los procesos abiertos, así como el juzgamiento de

acusados que no han podido ser llevados aún a juicio, por encontrarse en fuga. Estas funciones serán trasladadas a los tribunales locales, lo cual plantea el problema de la capacidad de estos para continuar o iniciar nuevos procedimientos. No obstante, estos tribunales contribuyeron a sustentar el principio de responsabilidad subjetiva internacional, además, las críticas realizadas a su constitución contribuyeron al fortalecimiento del proyecto de un tribunal penal permanente.

5. El proceso de formación y negociación del Estatuto de Roma. ¿Hacia una justicia penal universal?

Con posterioridad a la conclusión de los juicios de Núremberg y Tokio, a principios de la década de los cincuenta, la Asamblea de las Naciones Unidas le encargó a la Comisión de Derecho Internacional la redacción del proyecto de un tribunal permanente. Este debería tomar en cuenta el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg y la jurisprudencia vertida por ese tribunal, establecida en los Principios de Núremberg de 1950. La principal característica del proyecto, y también su principal obstáculo, fue plantear una jurisdicción penal internacional con vocación

universal. Las posibilidades de que el proyecto tuviese éxito eran limitadas, ya que la Guerra Fría impedía llegar a los acuerdos necesarios para concluir en un organismo con las características de la Corte. No cabe duda, que de celebrarse en ese momento una conferencia diplomática sobre el tema, se hubiese convertido en un escenario de la lucha entre los Estados Unidos y la Unión Soviética (Salgado, 1998, p. 3).

En 1989, con la caída del bloque comunista se retoma el proyecto. En el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la delegación de Trinidad y Tobago expuso la necesidad de retomar la existencia de un tribunal penal internacional. La propuesta fue apoyada internacionalmente por una gran cantidad de organizaciones no gubernamentales, las cuales consiguieron el apoyo de sus gobiernos, por lo cual la Asamblea remitió de nuevo a la Comisión de Derecho Internacional la misión de redactar un Estatuto. Junto con esta solicitud, los eventos acaecidos en Yugoslavia y Ruanda causaron la impresión necesaria en la comunidad para que el proyecto cobrara fuerza. En este sentido, la discusión sobre las atribuciones del Consejo de Seguridad para crear tribunales internacionales "ad hoc" contribuyó al establecimien-

to de las negociaciones en torno a un proyecto de la magnitud de la Corte. Los postulantes del proyecto señalaron que, a diferencia de los tribunales "ad hoc", la existencia de un organismo creado por la negociación multilateral y permanente evitaría críticas sobre la legalidad de su existencia.

En 1994, la Comisión de Derecho Internacional presentó su proyecto ante la Asamblea General. En el seno de esta se crea un comité especial, su labor fue de orden político, pues se encargó de generar los acuerdos generales que permitiesen darle la viabilidad suficiente al proyecto para que este pudiese discutirse. Por otra parte, se creó el comité preparatorio, con fines políticos y técnico-jurídicos; en el seno de este grupo se discutieron los acuerdos necesarios sobre el contenido del Estatuto de Roma, su labor concluyó en abril de 1998 (Arsanjani, 1999, p. 22).

Durante las seis sesiones del comité preparatorio, los Estados realizaron diversas propuestas para adecuar el proyecto del Estatuto, en torno a las cuales comienzan a configurarse los grupos que luego debatirán fuertemente en la Conferencia de Roma. A la altura de la sexta sesión del comité, los Estados Unidos mantenían una franca oposición a un tribunal en los términos

que finalmente estableció el Estatuto de Roma. Entre las propuestas estadounidenses se contempló una conceptualización restrictiva de los elementos de los crímenes de guerra, así como la eliminación de la jurisdicción automática respecto de los crímenes contra la humanidad, con excepción del genocidio, y se mostró contrario a otorgar poder de iniciativa al fiscal para hacer investigaciones (Hall, 1998 (a), 556).

Al llegar a la Conferencia de Roma, en julio de 1998, la unidad de acción que se había percibido en las resoluciones "ad hoc" para la ex-Yugoslavia y Ruanda se había perdido por completo. En la discusión general y los grupos de trabajo se perfilaron tres grupos según su relación con el proyecto de la Corte. Estas posturas comenzaron a delinearse en las reuniones del comité preparatorio, pero explotaron en toda su extensión dentro de la Conferencia. Existían en tal sentido, un grupo claramente a favor de la aprobación del Estatuto, un grupo que lo adversaba y el último que deseaba establecer una Corte con menos potestades.

El grupo afín al proyecto, conformado por más de sesenta países, en líneas generales, pretendía la creación de un tribunal independiente del Consejo de Seguridad de las Naciones

Unidas, con una Fiscalía con capacidad para iniciar investigaciones oficiosamente. Este bloque carecía de una coordinación, pero logró sus objetivos gracias al liderazgo de Canadá y Alemania, junto con el apoyo de las organizaciones no gubernamentales. Estas últimas lograron configurar una alianza que les permitió dirigir frentes comunes a favor del establecimiento de la Corte (incluso las organizaciones no gubernamentales de América Latina, África, Medio Oriente y Asia firmaron una declaración conjunta de colaboración con el "grupo afín") (Kirsch, 1999, p. 5).

Por otro lado, se encontraban los países con una tesis marcadamente obstruccionista. En este grupo se destacó la participación de los países del norte de África, India y Pakistán, quienes mantuvieron la estrategia de dilatar las discusiones, y de esta forma, detener cualquier avance en la discusión del Estatuto. La posibilidad de un tribunal penal permanente fue percibida como un riesgo a la soberanía de los Estados, el cual constituía un nuevo mecanismo de control de los países occidentales a través del Consejo de Seguridad.

Finalmente, un grupo que si bien no apoyaba a la Corte intentó reducir las atribuciones de esta. En este bloque se encontraban Estados Unidos

y China, países que coincidirían en su afán de mantener el control por medio del Consejo de Seguridad. De tal forma, propugnaron que se le otorgara al Consejo la capacidad de activador de la actuación de la Corte, además, plantearon la reducción de atribuciones del Fiscal para iniciar la investigación. Asimismo, defendieron insistentemente la necesidad de que la Corte solicitase para continuar con cualquier proceso el consentimiento del Estado del cual fuese nacional el acusado (Kirsch, 1999, p. 9).

El producto de estas tesis fue el Estatuto de Roma, aprobado por una mayoría de Estados en 1998. El Estatuto aún no ha sido ratificado por 113 países, con las notables ausencias de los Estados Unidos, Rusia, Irán, Iraq, China, Corea del Norte, Pakistán, India, así como la mayoría de Estados del centro de Asia. Por el contrario, el Estatuto fue ratificado con celeridad por los países del grupo latinoamericano y Europa Occidental.

Entre los elementos negativos del proceso de formación del Estatuto de Roma resulta relevante indicar que las negociaciones terminaron con un documento vacilante, dado que, con el propósito de facilitar el ingreso de los miembros del grupo contrario a la Corte, brindó exageradas concesiones

al grupo liderado por los Estados Unidos. De tal forma, dentro del Estatuto se excluyó la definición del delito de agresión, se entregó a los Estados la facultad de abstraerse de la competencia de la Corte por siete años en el caso de crímenes de guerra y se concedió la potestad al Consejo de Seguridad de suspender los procedimientos de la Corte al invocar el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

Por otro lado, entre los aspectos positivos del texto deben señalarse que si bien toma como base los estatutos de los tribunales para Ruanda y Yugoslavia, supera ampliamente a estos. Establece con mayor claridad principios clásicos del Derecho Penal y Procesal Penal de orden garantista, entre estos avances deben señalarse una definición más precisa de los crímenes, el establecimiento de los principios clásicos de legalidad, la prohibición de la doble persecución, la definición de conceptos como la tentativa y la intencionalidad (dolo), así como una ampliación de los derechos de acusados, víctimas y testigos.

6. *Una guerra dialéctica. Los discursos en torno a la Corte Penal Internacional*

Una vez aprobado el Estatuto, la discusión se polarizó aún más. Por un lado, la Unión Europea, cada vez más países africanos, los países latinoamericanos y organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional y la Cruz Roja, han realizado todos los esfuerzos por fomentar la ratificación de la Corte. De acuerdo con estos países será un instrumento, y por ello una necesidad, para la protección de los Derechos Humanos. Se sostiene dicha apreciación en tres argumentos fundamentales: la Corte Penal Internacional tendrá la capacidad de reducir la impunidad; la Corte Penal Internacional corregirá los defectos de los tribunales internacionales "ad hoc"; la Corte tendrá la capacidad de disuadir la comisión de las mayores atrocidades contra los seres humanos y fortalecer la conciencia mundial acerca del respeto a los Derechos Humanos. Analizaremos seguidamente cada uno de estos puntos.

Por otra parte, el discurso crítico a la Corte ha sido sostenido por los gobiernos de Estados Unidos, China, Israel, Iraq, India, Pakistán, Corea del Norte, junto con poderosos "think

tanks" en los Estados Unidos. Los ejes discursivos de esta tesis han sido la disminución de la soberanía nacional y la amenaza de una jurisdicción extensiva de la Corte, así como la protección de las fuerzas militares nacionales.

El primer eje del discurso a favor de la Corte es la lucha contra la impunidad. Desde el preámbulo del Estatuto de Roma, se recoge un sentimiento general de repudio a dicho fenómeno, propio de la práctica de los sistemas penales. En este sentido señalan los párrafos tercero y cuarto:

"Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia;

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,...".

Los promotores de la Corte han afirmado como parte de este argumento, la importancia de "establecer

mecanismos por los que se garantice que los responsables de violaciones no se beneficien de una amnistía general”, para de esta forma *“hacer justicia en nombre de las víctimas”* (Pfanner, 1998, p. 25). Desde este ángulo, en el discurso a favor de la Corte, la impunidad se entiende como: *“la ausencia de castigo por una acción dañosa”* (Ambos, 1997, p. 18). Este concepto recoge una práctica común en los Estados, pues si bien estos cuentan con normativa que establece la obligación de enjuiciar a las personas sospechosas de haber cometido dichos crímenes, en la mayoría de los casos, estas nunca son enjuiciadas.

Bajo esta línea argumentativa, se advierte que la historia ha sido testigo de la inexistencia de sanciones para aquellas personas que cometen los crímenes de mayor gravedad (donde gravedad se entiende como una violación masiva de los derechos fundamentales). En efecto, estos sujetos ejercen su actividad dentro de una estructura de poder que legitima y evita el juzgamiento por la comisión de estos actos. De tal forma, se atribuye la existencia de la impunidad a Sistemas Judiciales Nacionales ligados a las autoridades y grupos de poder dominante. Por ende, con el fin de proteger a los supuestos autores de estos actos y los intereses de esos gru-

pos, las agencias penales nacionales no realizan las investigaciones correspondientes, o bien, los poderes legislativos y ejecutivos legalizan los actos lesivos a los derechos humanos mediante leyes especiales de amnistía o indultos (Ambos, 1997, pp. 19-20).

En este orden de ideas, la única forma de eliminar la impunidad provocada por el poder de unos cuantos es la existencia de un ente supranacional, en el cual participen todos los miembros de la comunidad internacional: una Corte Penal Internacional fuerte y bien construida. En este sentido afirma Donald W. Shriver:

“Nunca tendremos un TPI ni ningún otro tribunal mundial eficaz si las grandes potencias insisten en ser los jueces de sus propios casos. Esta resistencia compartida por otros es un argumento en sí para mantener una lista de crímenes de lesa humanidad más bien corta al principio, para que la comunidad internacional empiece a distinguir entre los criminales ordinarios y los extraordinarios” (Shriver, 2000).

Junto al argumento de lucha en contra de la impunidad, se establece que la CPI eliminará las críticas a la legalidad y legitimidad de los tribunales “ad hoc”.

Entre estas críticas se encuentran el hecho de que los tribunales "ad hoc" han emanado de imposiciones de los vencedores de una guerra (Núremberg y Tokio), o por los designios de un Consejo de Seguridad de la ONU manejado por cinco países (casos de ex-Yugoslavia y Ruanda) (Odio Benito, 1997, pp. 97-98). Factores que han reducido la legitimidad de estas cortes, y los cuales no existirían en un organismo jurisdiccional permanente, creado por un acuerdo multilateral y previo a la comisión de los delitos por juzgar. De tal forma, se apunta en el discurso bajo examen, que la existencia de un tribunal permanente con un estatuto que defina claramente el contenido de los delitos que juzga, solventaría los problemas ligados a violaciones a los derechos de los imputados reconocidos por las cartas de los Derechos Humanos (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos). Entre ellos, los principios de juez natural, legalidad penal y legalidad procesal (Guariglia, 1996, p. 57).

El tercer eje del discurso se fundamenta en establecer que la CPI tendrá la capacidad de disuasión de la pena, así como el fortalecimiento de la conciencia mundial acerca del respeto a los Derechos Humanos. El argumento en cuestión ha sido claramente expuesto por Pfanner, quien expresa:

"Es importante establecer mecanismos por los que se garantice que los responsables de violaciones no se beneficien de una amnistía general. Ha de hacerse justicia en nombre de las víctimas, pero también como parte de una serie de medidas que prevengan y pongan término a las violaciones. Para que se tome en serio, el derecho no solo ha de existir; también ha de aplicarse. De ahí la importante necesidad de instituir un tribunal penal internacional que cambie el actual patrón de impunidad... Los mecanismos de represión son importantes no sólo porque las sanciones penales son parte integrante de cualquier sistema jurídico adecuadamente constituido, sino también porque sirven como disuasión" (Shriver, 2000).

Como puede apreciarse, los propulsores de la Corte no solo parten de un concepto de lucha contra la impunidad, sino también le asignan a la Corte la capacidad de evitar, mediante la imposición regular de penas, la comisión de actos similares. Desde este eje discursivo, se advierte que la Corte deberá poseer los instrumentos logísticos suficientes para asegurar el cumplimiento de sus funciones, así como la amplia colaboración de los Estados. Se argumenta, entonces, que reduciendo

la impunidad, otros sujetos con la capacidad suficiente para cometer estos actos dejarán de realizarlos por el temor de ser juzgados y condenados (Ferencz, 1999, p. 30).

Asimismo, ligado al argumento anterior, se parte del supuesto de que la sanción refuerce la norma, en este caso, el respeto a los Derechos Humanos. En este sentido, se justifica el Tribunal Penal Internacional en que el enjuiciamiento de criminales de guerra puede brindar a las víctimas una sensación de justicia y depuración, una sensación de que sus denuncias han sido atendidas. Además, la comunidad internacional, al ser testigo de cómo son juzgados los “más grandes violadores de los Derechos Humanos”, entenderá el valor ético que estas normas tienen para asegurar la convivencia humana. Desde este ángulo, los Derechos Humanos son normas “ético-sociales” que al infringirse requieren de una sanción, pues con la aplicación de esta se restablecen la confianza y la tranquilidad de las personas en que las normas finalmente se cumplen y se respetan. De tal forma, la actividad coercitiva de la Corte Penal Internacional brindaría la confianza necesaria en los individuos de la universalización de los Derechos Humanos (Salgado, 1998, p. 7).

Este eje del discurso encuentra su fundamento doctrinal en la “Teoría de la Prevención General Positiva”.

Según esta tesis, muy en boga en la actualidad, cualquier sistema penal – como parte de un sistema global– cumple un rol “fundamentalmente estabilizador” cuando alguna persona lesiona alguna de las normas aceptadas por ese sistema global. De tal forma, la función de la pena (y el sistema penal) consiste en el mantenimiento de la norma como modelo de conducta en la convivencia social. Por ello, la sanción –según esta teoría– restablece la confianza y otorga una sensación de tranquilidad acerca del respeto que existe hacia las normas vigentes, al tiempo que brinda la certeza de las consecuencias que trae aparejada la violación de estas normas (Luzón Peña, 1999, pp. 154-155).

El primer eje del discurso planteado contra la CPI ha sido la defensa de la soberanía nacional, de hecho, puede encontrarse en las declaraciones de Iraq, India, Indonesia y Estados Unidos, antes, durante y con posterioridad a la Conferencia de Roma. Se sostiene, desde esta perspectiva, que si bien la Corte iniciará su actividad solo cuando los procesos efectuados por una jurisdicción nacional no cumplan con sus potestades legales, lo cierto es que el poder que ostenta la Corte para determinar la inefectividad de un tribunal nacional elimina el principio de subsidiariedad que fundamenta al Estatuto de Roma (Dempsey, 1999).

Se afirma, desde esta tesis, que si la Corte tiene la capacidad para invalidar los juicios realizados por tribunales nacionales, ejercería un poder judicial de revisión sobre todos los sistemas penales nacionales. En otros términos, la Corte ejercería una vigilancia judicial suprema de facto, lo cual constituye un cambio sin precedentes que menoscabaría el principio de soberanía de los Estados (Dempsey, 1999).

Se suma al temor de perder la soberanía, el temor de que la Corte, por la vía de la reforma al Estatuto de Roma, asuma la jurisdicción sobre otros delitos como terrorismo, narcotráfico y aquellos cometidos contra el medio ambiente. En este ámbito, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos se ha mostrado muy preocupado porque la Corte pueda interferir con las operaciones de la Agencia contra el Narcotráfico DEA, por sus siglas en inglés) y la Oficina Federal de Investigaciones (FBI, por sus siglas en inglés) y así la pérdida en la capacidad investigativa de tales entes (Dempsey, 1999).

Empero, el argumento más controversial, pues corresponde a la exigencia de los altos mandos militares, es la protección tanto a las tropas como a los oficiales que las dirigen. Estos temores se encuentran orientados

a dos aspectos fundamentales, la posible definición que se le dé al crimen de agresión y las consecuencias de la tipificación de los crímenes de guerra.

El crimen de agresión se deriva de los crímenes contra la paz establecidos por los tribunales militares de Núremberg y Tokio, y el proyecto del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales. En ambos documentos se conceptualizan como delitos, actos de planeamiento, preparación, inicio o realizar una guerra de agresión, o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualesquiera de los actos señalados. Sin embargo, al discutirse el Estatuto se planteó la posibilidad de ampliar el contenido de estos actos, lo cual no fue bien visto por muchos Estados, lo que conllevó a un retraso en la aprobación del contenido de este tipo de delitos.

Con respecto al contenido del crimen de agresión expresó el portavoz del Departamento de Defensa, Kevin Bacon:

“Lo que nos preocupa es que el Tribunal no se establezca de forma tal que otorgue amplia autoridad y busque una vaga definición de

agresión que podría confundirse con una legítima acción defensiva para proteger nuestros intereses de seguridad nacional o los intereses de seguridad nacional de otros países, aquellos que apoyan la idea de establecer un Tribunal Penal Internacional” (Shriver, 2000).

Desde este ángulo, las autoridades estadounidenses han indicado que si se incluyen en el delito de “agresión” conductas tales como el “*bombardeo de las fuerzas armadas o contra el territorio de otro Estado*” o el “*bloqueo de puertos o costas de otro Estado*”, se acortarían las opciones militares disponibles del alto mando estadounidense para utilizar medios preventivos para evitar conflictos mayores (Guariglia, 1996, p. 60).

Por otro lado, persiste en el ánimo de los altos mandos militares un temor profundo a la penalización, como crímenes de guerra, de los ataques perpetrados contra personas y objetivos materiales de índole civil. Esto se debe al denominado principio de proporcionalidad, según el cual los daños incidentales a civiles e instalaciones militares son admisibles en proporción a la ventaja militar alcanzada. A partir de la entrada en vigor del Esta-

tuto de Roma, los ataques de los cuerpos militares a instalaciones eléctricas, a aeropuertos civiles podrían ser juzgados por la Corte como crímenes de guerra. Cabe resaltar que el gobierno israelí también se ha mostrado inconforme con estas disposiciones.

En la Conferencia de Roma, los negociadores estadounidenses, con el propósito de excluir a sus fuerzas militares de la jurisdicción de la Corte, solicitaron la definición del principio de proporcionalidad. Según los representantes estadounidenses, el principio en cuestión implicaría que se prohibiría todo ataque contra la población civil siempre y cuando los daños causados fueran claramente superiores en relación con la ventaja militar posible. La propuesta fue rechazada (Hall, 1998 (b)).

6. Consideraciones finales. Claros y oscuros de la justicia penal internacional

Todo ordenamiento jurídico guarda grados de aplicabilidad. En otros términos, no existen normas jurídicas que se apliquen de forma perfecta. Sin embargo, es factible establecer que existen ordenamientos jurídicos con una vocación de universalidad y otros que se dirigen a una fragmentariedad. Los primeros pretenden establecer un sistema aplicable a un mayor número

de personas, pues consideran que con ello fomentan ciertos valores en la cultura. Los segundos renuncian anticipadamente a tal pretensión, por lo cual fijan límites muy estrictos de aplicabilidad, o bien, muchas excepciones a esta.

La jurisdicción penal internacional se ha debatido entre ambos extremos. Desde esta línea de argumentación, resulta menos complicado llegar a acuerdos para tribunales con una jurisdicción limitada, ordenamientos jurídicos fragmentarios, como lo fueron Núremberg y Tokio, posteriormente, la ex-Yugoslavia y Ruanda, que para implementar un tribunal con una vocación universal. En otros términos, una justicia penal universal aún se percibe como un peligro para ciertos estratos en la sociedad internacional. Incluso, pese al funcionamiento de la Corte, en los primeros años de funcionamiento se perfila como un organismo que sancionará situaciones cometidas en las regiones más pobres del planeta, pero que no podrá dirigirse contra las intervenciones de los gobiernos de los países más fuertemente armados. Así, por ejemplo, países como China y los Estados Unidos, quienes sí mostraron su acuerdo en la constitución de los tribunales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, se han negado rotundamente a ingresar a la Corte.

Al establecerse como un mecanismo de una jurisdicción penal universal, la Corte se plantea como un sistema penal, a saber: un grupo de agencias (fiscalía, judicatura, defensa) con funciones diversas entre sí, que tienen por objeto la sanción de aquellos individuos que cometan un determinado tipo de conductas, las cuales se consideran lesivas. En este caso no para el Estado, sino para la comunidad internacional o al menos para un grupo de actores en esa comunidad. Al constituirse un sistema penal internacional cabe cuestionarse la capacidad de este, así como la pena para mejorar la protección de los Derechos Humanos y los efectos en la comunidad internacional de su implementación. En este sentido deben señalarse los siguientes puntos.

La impunidad se ha constituido desde siempre en un problema típico de todo sistema penal. La cifra negra (delitos no sancionados), si bien se incrementa en los hechos previstos y sancionados por el Estatuto de Roma, no puede asegurarse que su reducción dependa de la creación de organismos internacionales con funciones jurisdiccionales y de investigación. En este sentido, no puede afirmarse que con la presencia de la Corte (en el supuesto de contar con el apoyo de los Estados y de poseer los recursos técnicos y humanos), o la creación de cuerpos investigativos fuertes e independientes (asunto planteado por

la figura del Fiscal dentro del proceso ante la Corte), se extinguirán las formas de impunidad presentes en los crímenes de guerra, genocidio y delitos de “lesa humanidad”.

La impunidad es un problema que va más allá de tener instrumentos “eficaces” para sancionar a los presuntos responsables de cometer tales delitos. No puede dejarse de lado que estos instrumentos (en este caso la Corte y sus órganos) están dentro de la sociedad internacional. Por ende, es muy difícil que como organismo sea independiente de las estructuras por las que se encuentra compuesta. Por esto, la reducción de la impunidad, e incluso de esta clase de delitos, depende de un cambio profundo de las estructuras presentes en la sociedad internacional.

Se señaló anteriormente que con la Corte Penal Internacional se podría fortalecer la conciencia de una cultura de los Derechos Humanos. Este acercamiento puede resultar contraproducente, pues la jurisdicción penal internacional puede transformarse en un

mecanismo distractor de la realidad, es decir, puede cumplir meramente fines ideológicos. En esta línea de pensamiento, el encarcelamiento de figuras reconocidas como violadores de los Derechos Humanos servirá únicamente para brindar una ilusión de respeto por estos. No obstante, puede distraer la atención de las causas estructurales que provocan la violación de los Derechos Humanos que se producen día a día (la miseria extrema, la destrucción del ambiente, el aumento de las desigualdades sociales, entre otros).

Bibliografía

a. Libros y artículos de revistas

- Ambos, K. (1997). *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Publicaciones del Instituto Max Plank.
- Arsanjani, M. (1999). The Rome Statute of the International Criminal Court. *American Journal of Law Review*, 19-32.
- Carrillo Salcedo, J. A. (1984). *El Derecho Internacional en un mundo de cambio*. Madrid: Tecnos.
- De Zayas, A.-M. (1990). El proceso de Núremberg ante el Tribunal Militar Internacional (1945-1946). En A. Demandt, *Los grandes procesos de la historia* (págs. 234-255). Madrid: Crítica.
- Dempsey, G. T. (enero de 1999). *Duda razonable: el caso contra el Tribunal Penal Internacional*. Recuperado el 5 de enero de 2010, de CATO Institute: www.cato.org
- Ferencz, B. (1999). Getting Aggressive about Preventing Aggression. *The Brown Journal of World Affairs*, 19-37.
- Greppi, E. (2002). La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 531-554.
- Guariglia, F. (enero-julio de 1996). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Estatuto para un Tribunal Penal Internacional Permanente, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 23, 51-67.
- Hall, C. (1998) (a). La primera propuesta de un tribunal penal internacional permanente. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 63-83.
- Hall, C. (1998) (b). The Sixth Session of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. *American Journal of International Law*, 550-575.
- Hizakazu, F. (2009). The Tokio Trail Revisited. En J. G.-P. Doria, *The Legal Regime of the International Criminal Court* (págs. 23-50). La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.
- Hobsbawn, E. (1964). *La edad de las revoluciones*. Buenos Aires: Crítica.
- Hobsbawn, E. (1999). *La edad de los extremos. El corto siglo XX. 1914-1991*. Buenos Aires: Crítica.
- Kirsch, P. (1999). The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process. *American Journal of International Law*, 3-21.
- Luzón Peña, D. (1999). *Curso de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Hispaner.

- Magoto, J. (2009) (a). Early Efforts to Establish an International Criminal Court. En J. G.-P. Doria, *The Legal Regime of the International Criminal Court* (págs. 3-22). La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.
- Magoto, J. (2009) (b). The Ad Hoc Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. En J. G.-P. Doria, *The Legal Regime of the International Criminal Court* (págs. 61-73). La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.
- Odio Benito, E. (1997). Tribunal Penal Internacional. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 95-115.
- Overy, R. (2003). The Nuremberg Trial: international law in making. En P. Sands, *From Nuremberg to Hague* (págs. 1-29). London: Cambridge University Press.
- Pérez-León, J. (2008). El individuo como sujeto del Derecho Internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica del individuo. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 599-642.
- Pfanner, T. (1998). Institución de un tribunal internacional permanente. Expectativas del CICR con respecto a la Conferencia Diplomática de Roma. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 145, 23-30.
- Portilla Gómez, J. M. (2008). La evolución y efectividad de los tribunales penales ad-hoc. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 207-244.
- Salgado, J. (1998). *La Corte Penal Internacional: consecuencias frente a la legislación nacional en materia de cooperación internacional de los Estados*. Recuperado el 10 de agosto de 2009, de Grupo de apoyo a la Corte Penal Internacional: www.iccnw.org
- Salmon Garate, E. (octubre de 2001). *Los tribunales internacionales que juzgan individuos: el caso de los tribunales ad-hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la subjetividad internacional del ser humano*. Recuperado el 12 de diciembre de 2009, de Grupo de apoyo a la Corte Penal Internacional: www.iccnw.org.
- Shriver, D. W. (diciembre de 2000). *The International Criminal Court: Its Moral Urgency*. Recuperado el 10 de diciembre de 2009, de Monitor de la CPI: www.igc.org/jcc/monitor.htm

b. *Tratados, normas de derecho internacional, declaraciones y resoluciones del Consejo de Seguridad*

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Expediente 13579: Proyecto de Ley: Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, San José, Costa Rica, 1998.

Consejo de Seguridad. *Registro de votos del CSONU*. Recuperado el 18 de agosto de 2010, de UNBISNET: <http://unbisnet.un.org>

Declaración de La Haya, comunicado conjunto de las Organizaciones no Gubernamentales del sur global, La Haya, Holanda, 13 de mayo de 1999.

ICTR. (30 de agosto de 2010). *Estadísticas de casos*. Recuperado el 31 de agosto de 2010, de Tribunal Internacional Penal para Ruanda: <http://liveunictr.altmansolutions.com/Cases/StatusofCases/tabid/204/Default.aspx>

ICTY. (30 de agosto de 2010). *Estadísticas de los casos*. Recuperado el 30 de agosto de 2010, de Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia: <http://www.icty.org/sections/TheCases/KeyFigures>

Nuremberg Trial Proceedings Vol. 1. Charter of the International Military Tribunal. (2005). Recuperado el 4 de enero de 2010, de Avalon Project: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>

República de Costa Rica, Constitución, Tratados Internacionales, Leyes y Reglamentos, "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", suscrito el siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad de 1992. Cuadragésimo séptimo período de sesiones. Resolución 764 del 13 de julio de 1992.

Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad de 1992. Cuadragésimo séptimo período de sesiones. Resolución 771 del 13 de agosto de 1992.

Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad de 1993. Cuadragésimo séptimo período de sesiones. Resolución 808 del 22 de febrero de 1993.

Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad de 1994. Quincuagésimo período de sesiones. Resolución 912 del 21 de abril de 1994.

Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad de 1994. Resolución 918 del 17 de mayo de 1994.

Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad de 1994. Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994.