

Jorge Lobos
Casa-Palafito

La actualidad

197 Hacia una jurisdicción Penal Internacional

HERNANDO VALENCIA VILLA

244 Democracia y elecciones en América Latina: Un balance del año 2000

CARLOS MALAMUD

236 ¿Sería preferible la dolarización en las economías emergentes latinoamericanas?

GONZALO RODRÍGUEZ PRADA



Hacia una Jurisdicción Penal Internacional

HERNANDO VALENCIA VILLA

ex Procurador de Derechos Humanos en Colombia

*“Si la justicia perece, entonces es indigno
que los hombres vivan sobre la tierra“
Immanuel Kant*

Desde la reflexión precursora de Francisco de Vitoria (1483-1546), el gran teólogo y jurista español del Renacimiento, considerado hoy sin discusión alguna como el padre del derecho de gentes, la construcción de un orden mundial fundado en valores, normas, autoridades y procedimientos comunes ha sido uno de los sueños más esquivos y al mismo tiempo más pertinaces de la humanidad. Con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a resultas de la catástrofe política, social, económica y sobre todo moral que fue la segunda guerra mundial, dicha utopía parece haber encontrado por fin su encarnación en un sistema institucional interestatal extendido a todos los pueblos de la tierra. Más aún, la formulación y aplicación de un complejo aparato normativo enderezado a la protección de la persona humana y de sus libertades fundamentales constituye quizá el mayor logro de la ONU en su medio siglo de gestión. Pero la ausencia de una autoridad judicial mundial, que haga efectivas las promesas y posibilidades del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de los conflictos armados en los casos concretos, pone en evidencia la debilidad política de las Naciones Unidas y explica hasta cierto punto la ruinosa condición de las garantías ciudadanas básicas en buena parte del planeta. Puesto que los Estados nacionales y la propia organización mundial, tal como están estructurados y funcionan en la práctica, no cumplen ni hacen cumplir de manera medianamente satisfactoria las normas internacionales de derechos humanos y derecho humanitario, y puesto que en materia de barbarie del hombre contra el hombre la impunidad es la regla general y la justicia es la excepción, desde mediados del siglo XIX y en especial desde principios del siglo XX se ha venido proponiendo el establecimiento de un tribunal penal internacional, independiente y permanente, que tenga jurisdicción coactiva

para castigar las violaciones atroces de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho humanitario no sólo con condenas políticas o censuras morales para los gobiernos o los Estados sino también con penas privativas de la libertad y otras sanciones para los individuos responsables de crímenes graves contra el derecho de gentes. Tal es el sentido y la razón de ser de la nueva jurisdicción penal internacional en proceso de formación.

Tras la problemática pero a la postre ejemplar experiencia de los tribunales militares internacionales de Nuremberg, Tokio y Manila, creados por las potencias victoriosas de la segunda guerra mundial para juzgar a los criminales de guerra de Alemania y Japón, el clamor de la comunidad mundial en favor de la creación de un tribunal penal internacional ha venido in crescendo. En la actualidad, la iniciativa es ya una realidad normativa y muy pronto una realidad institucional, gracias a una conjunción de factores entre los cuales cabe mencionar: el fin de la guerra fría con el colapso de la Unión Soviética y del campo socialista; la revitalización de las Naciones Unidas y la consolidación de la Unión Europea; la gestión de los tribunales penales internacionales ad hoc para la antigua Yugoslavia y para Ruanda; la centralidad de la cuestión humanitaria; el protagonismo de las llamadas organizaciones no gubernamentales (ONGs) de derechos humanos, y experiencias como el fallido pero trascendental juicio de extradición del exdictador chileno Augusto Pinochet en Londres y Madrid. Todo ello explica que la Conferencia Diplomática de Roma, convocada por las Naciones Unidas y celebrada entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, haya aprobado, tras casi cincuenta años de gestiones y trámites, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y que casi dos años y medio después, a finales del año 2000, dicho instrumento haya sido suscrito por ciento diecisiete Estados y ratificado por veinticuatro Estados, con lo cual el viejo anhelo de castigar a los verdugos de la humanidad ante un tribunal de la propia humanidad está en camino de convertirse en realidad ¹.

Pero el conocimiento cabal de este proceso, que constituye sin duda el avance más significativo del derecho internacional público desde la creación misma de la ONU, permanece confinado en las facultades de derecho y los departamentos de ciencias políticas y relaciones internacionales de las universidades, las cancillerías de los Estados y las ONGs de derechos humanos, por lo cual parece conveniente e incluso urgente restituir el contexto en que ha surgido la nueva jurisdicción penal internacional en trance de cristalización, y reseñar sus principales características e implicaciones.

Antecedentes

Como recuerda el profesor Cherif Bassiouni, uno de los padres de la nueva

jurisdicción criminal mundial, el primer proceso penal de que se tiene noticia por la iniciación de una guerra injusta tuvo lugar en Nápoles, en 1268, contra Conradin von Hohenstafen; y el primer juicio internacional documentado por crímenes de guerra fue el incoado por un tribunal de veintiocho jueces del Sacro Imperio Romano-Germánico contra Peter von Hagenbach en Breisach, Austria, en 1474, por atrocidades perpetradas contra la población civil no combatiente, en violación de "las leyes de Dios y de los hombres", para someterla al dominio del duque Carlos de Borgoña². En el primer caso, la conducta punible era de naturaleza internacional: una infracción grave del llamado *jus in bello*, que de antiguo se propone regular los medios y métodos de combate, y a la vez proteger a las víctimas de los enfrentamientos armados. En el segundo caso, el foro de juzgamiento tenía carácter internacional, pues el tribunal estaba compuesto por jueces de varios países y se ocupaba también de la represión de violaciones de las leyes y costumbres de la guerra entre las naciones.

Pero ambos antecedentes permanecen como episodios aislados hasta comienzos del siglo XX, cuando la iniciativa de crear un tribunal mundial de lo criminal encuentra su primera oportunidad sobre la tierra. Antes, en 1866, el jurista estadounidense David D. Fields había preparado un proyecto de código penal internacional, que recibió cierto apoyo de la comunidad legal de su país con la creación de la Peace Society en 1872. Y en 1875, el senador español Arturo de Marcoartu propuso a la Unión Interparlamentaria Internacional la realización de un concurso para la redacción de un estatuto criminal internacional³. Estos esfuerzos no fructificaron pero de alguna manera allanaron el camino para que la idea reapareciera poco después de terminada la primera guerra mundial. De una parte, en efecto, la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Imposición de Sanciones, establecida en el Tratado de Versalles, propuso en 1920 la creación de un tribunal internacional de veintidós jueces para procesar al emperador alemán y a otras ochocientas noventa y cinco personas acusadas de la comisión de crímenes de guerra. En lugar del tribunal internacional, que no fue convocado, actuó el Tribunal Supremo alemán en Leipzig, el emperador no llegó a ser procesado porque Holanda, donde se había refugiado, se negó a conceder su extradición, y la lista de imputados se redujo a cuarenta y cinco y finalmente a doce, de los cuales seis fueron condenados a moderadas penas de prisión y los otros seis fueron absueltos⁴. Pero el precedente establecido en el proceso de Leipzig, según el cual los militares pueden ser llamados a responder ante la justicia por los crímenes perpetrados durante una guerra una vez que ésta haya concluido, resultaría decisivo para el juicio de Nuremberg.

De otra parte, la Asociación de Derecho Internacional, reunida en Viena en 1926, aprobó un proyecto de tribunal penal internacional, que fue apoyado por la Unión Interparlamentaria, por la Conferencia Panamericana y por el Congreso Internacional de Derecho Penal, y que fue acogido en 1937 por la Sociedad de las Naciones en el marco de su Convenio contra el Terrorismo, pero nunca llegó a entrar en vigor a pesar de haber sido suscrito por treinta Estados⁵.

Aun cuando cada experiencia histórica se explica tan sólo en las circunstancias en las cuales se produce, desde nuestra perspectiva podría decirse que para que los trabajos diplomáticos y académicos en pro de una jurisdicción penal internacional dieran fruto fue necesario que ocurrieran la segunda guerra mundial y el genocidio de los pueblos judío y gitano por la dictadura hitleriana: la tragedia política como origen de la censura moral y de la sanción penal.

Los tribunales militares internacionales de la segunda guerra mundial
En la Declaración de Moscú, de 30 de octubre de 1943, los aliados anunciaron su intención de llevar a juicio a los responsables políticos y militares de los países del Eje por crímenes contra el derecho internacional. Dicha decisión política cristalizó meses más tarde en el Memorando Bernays, de 15 de septiembre de 1944, y en el Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, que dieron pie al primer tribunal penal internacional de la historia. El primer documento fue redactado por el teniente coronel Murray Bernays, asesor legal del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, y proponía distinguir entre crímenes contra las leyes de la guerra, crímenes contra las leyes de humanidad y crímenes contra la paz en el eventual enjuiciamiento de los líderes alemanes y japoneses por un tribunal militar internacional de los países aliados⁶. El segundo documento, ampliamente inspirado en el dictamen del jurista estadounidense, fue el tratado internacional por medio del cual las cuatro potencias victoriosas de la segunda guerra mundial adoptaron el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que incluía las tres categorías de delitos de que fueron acusados los dirigentes nazis y las reglas básicas de procedimiento para el organismo. Su artículo sexto, sobre crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, ha sido calificado de "monumento importantísimo de la civilización jurídica moderna" por el jurista italiano Antonio Cassese, quien presidía hasta hace poco el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, «incluso si desmiente uno de los principios fundamentales de dicha civilización [...] según el cual nadie puede

ser castigado por una acción que, en el momento de llevarse a cabo, no se consideraba como criminosa (*nullum crimen sine lege*)»⁷.

En su libro sobre el proceso del Estado israelí contra Adolf Eichmann, el responsable logístico del Holocausto, la gran pensadora alemana Hannah Arendt abunda sobre este punto al decir que, cuando el régimen nazi declaró que el pueblo alemán deseaba que la totalidad del pueblo judío desapareciera de la faz de la tierra, un nuevo crimen, el crimen contra la humanidad o contra la condición humana, hizo su aparición en la historia. Surgió así el genocidio, que es «un ataque a la diversidad humana como tal, es decir, a una de las características de la condición humana, sin la cual los términos "humanidad" y "género humano" carecerían de sentido»⁸. Y el jurista brasileño Celso Lafer, al glosar la contribución decisiva de Arendt, agrega: «En un caso como el del genocidio, el incumplimiento del *nullum crimen, nulla poena sine lege* es una exigencia de la justicia puesto que es precisamente la radical novedad del delito -el "milagro negro" de la ruptura con la tradición-lo que no permitió su previa tipificación en ley [...] La aspiración de hacer desaparecer de la faz de la tierra a un grupo, antes de ser un delito que lesiona los derechos de las minorías, es un crimen contra la humanidad y el orden internacional porque intenta eliminar la diversidad y la pluralidad que caracterizan al género humano».⁹

Tal es la lógica profunda que sustenta la experiencia de Nuremberg, si bien algunos de los testigos y memorialistas del célebre proceso coinciden en señalar que los fiscales y jueces aliados mostraron más celo en perseguir y sancionar el delito de agresión o crimen contra la paz que el delito de genocidio y las demás atrocidades cometidas por los verdugos de Hitler contra las víctimas de los escuadrones de fusilamiento y de los campos de concentración y de exterminio en el oriente de Europa durante los años centrales de la segunda guerra mundial.

Además del Tribunal de Nuremberg, que estaba integrado por cuatro jueces titulares y cuatro jueces suplentes de los países aliados, que juzgó a los veintidós principales dirigentes del régimen nazi y que sesionó entre el 20 de noviembre de 1945 y el 1 de octubre de 1946, conviene mencionar a los tribunales de Tokio y Manila. Su principal característica es que, mientras el primero fue creado mediante un acuerdo internacional de carácter multilateral, los dos segundos fueron establecidos con fundamento en una decisión unilateral del comandante supremo del ejército norteamericano en el Japón y en las Filipinas, y tuvieron, por consiguiente, una legitimidad mucho más precaria que aquél. El uno, llamado Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, estuvo compuesto de once jueces de otros tantos países aliados,

juzgó a veintiocho altos funcionarios del imperio japonés y sesionó entre mayo de 1946 y noviembre de 1948. El otro, denominado Comisión Militar de Manila, no era más que un tribunal castrense de las fuerzas de ocupación y tiene un lugar en esta historia tan sólo por haber adoptado la conocida doctrina Yamashita sobre la plena responsabilidad penal del jefe militar por las acciones u omisiones delictivas de sus subordinados¹⁰, que se encuentra hoy acogida en el artículo 28 del Estatuto de Roma y que tiene ya la condición de norma de derecho internacional general o de *ius cogens*.

El legado de Nuremberg

Quizá la principal consecuencia de los tribunales militares internacionales de la segunda guerra mundial fue la intensificación de la labor de codificación de los nuevos principios y preceptos de derecho internacional público que sus actuaciones y decisiones permitieron formular. Esta dinámica codificadora de las bases del derecho penal internacional puede observarse en cuatro momentos decisivos: en 1946, mediante Resolución N.º 95 del 11 de diciembre, la Asamblea General de la ONU adoptó los Principios de Nuremberg; en 1948, el mismo foro mundial aprobó el texto de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio; en 1949, se aprobaron los cuatro Convenios de Ginebra sobre protección de las víctimas de los conflictos armados; y en 1951, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas redactó las primeras versiones de los proyectos de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, y de Estatuto de la Corte Penal Internacional. Conviene decir una palabra sobre cada uno de estos desarrollos normativos que, tras el largo paréntesis de la guerra fría, conducirían al surgimiento de la jurisdicción penal internacional a finales de la última década del siglo XX.

Los Principios de Nuremberg son siete postulados generales derivados de la experiencia del juzgamiento de los criminales de guerra de Alemania y Japón por las potencias victoriosas de la segunda guerra mundial, y constituyen la primera formulación de lo que podría llamarse la esencia del régimen criminal mundial en proceso de establecimiento. Pueden sintetizarse así: 1) el individuo es penalmente responsable por la comisión de crímenes contra el derecho internacional; 2) un delito contra el derecho de gentes no deja de serlo por el hecho de no estar sancionado por el derecho nacional; 3) la condición de jefe de Estado o de funcionario gubernamental no puede invocarse como excusa o justificación para eludir la responsabilidad penal internacional; 4) la orden superior no puede invocarse como excusa o justificación por la comisión de un crimen internacional; 5) toda persona acusada de un deli-

to contra el derecho de gentes tiene derecho a un juicio justo; 6) son punibles ante el derecho internacional los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, tal como aparecen descritos en el Estatuto de Nuremberg; y 7) la complicidad en un crimen internacional es igualmente punible ¹¹.

Como consecuencia directa de su consagración de la jurisprudencia de Nuremberg, la misma Asamblea General de la ONU decidió expedir la Convención contra el genocidio mediante Resolución No. 260 del 9 de diciembre de 1948. La importancia capital de este instrumento tiene que ver con dos aspectos principales. Por primera vez en la historia, un tratado multilateral tipifica una determinada conducta como crimen internacional y lo define como la destrucción o tentativa de destrucción intencional, total o parcial, de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Y al mismo tiempo contempla la posibilidad de reprimir éste, el crimen de los crímenes, a través de las jurisdicciones penales nacionales o mediante un tribunal penal internacional. Al establecer, pues, el primero de los *delicta juris gentium*, la Convención de 1948 anticipa la creación de una justicia criminal internacional, que tardaría medio siglo en abrirse paso en la arena global. Desde entonces, existe un amplio consenso normativo en torno a la punibilidad del genocidio, que está en el origen de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, y que se ha hecho evidente en el proceso preparatorio de la Corte Penal Internacional. Reconocerlo así no implica, por cierto, ignorar la grave omisión en que incurre la Convención contra el genocidio al no incluir a los grupos políticos y culturales entre las víctimas potenciales de la conducta proscrita, con lo cual se dejan en la impunidad las persecuciones ideológicas y políticas, al igual que las masacres culturales o etnocidios. Pero los regímenes socialistas y las potencias coloniales de entonces lograron oponerse con éxito a la tipificación completa del genocidio como crimen contra la diversidad de la humanidad, de suerte que la persecución legal internacional del exterminio político y cultural es una de nuestras principales asignaturas pendientes.

Menos de un año después, el 12 de agosto de 1949, una Conferencia Diplomática convocada por el gobierno suizo adoptó los cuatro Convenios de Ginebra sobre protección y asistencia humanitaria de las víctimas de los conflictos armados, que se ocupan, respectivamente, de la guerra terrestre, la guerra marítima, los prisioneros de guerra y los civiles no combatientes o terceros inocentes. Una de las normas fundamentales de estos instrumentos es su artículo 3 común, que permite la invocación y aplicación de todas las leyes y costumbres de la guerra internacional en los conflictos armados internos o civiles. Y, en lo que nos concierne, los artículos 50 del primer convenio, 51

del segundo, 130 del tercero y 147 del cuarto consagran las llamadas infracciones graves al derecho humanitario o crímenes humanitarios, según la expresión acuñada por el jurista alemán Otto Triffterer¹², que deben ser investigadas y castigadas por todos los Estados partes de la legalidad de Ginebra y que han pasado a constituir después la materia punible de los tribunales ad hoc para la antigua Yugoslavia y para Ruanda. Así, los Convenios de 1949, lo mismo que sus dos Protocolos adicionales de 1977, contribuyen a la formación del derecho penal internacional al tipificar o al menos describir las conductas o categorías de conductas que se agrupan bajo la denominación genérica de crímenes de guerra.

La última y la más importante de las secuelas de Nuremberg es el laborioso y prolongado proceso de redacción de los instrumentos jurídicos que terminarían dando vida a la Corte Penal Internacional y que se remontan al año de 1951, cuando la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas aprobó en primera lectura sendos borradores de un Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, y de un Estatuto de la Corte Penal Internacional. El primer texto fue modificado por la Comisión y sometido de nuevo a la Asamblea General en 1954, que lo archivó hasta 1991; en 1994 y 1996, fue revisado pero definitivamente abandonado ante el ascenso del proyecto de Estatuto de la Corte, que incluía e incluye la parte general de lo que bien puede llamarse "el código penal de la humanidad". El segundo texto fue revisado en 1953 y luego archivado durante cuarenta años a causa de las discrepancias suscitadas, en el contexto de la guerra fría, por el concepto de guerra de agresión, que tan sólo sería definido por la Asamblea General mediante Resolución N°. 3314 del 14 de diciembre de 1974; en 1993 volvió a la agenda de la Asamblea General por iniciativa de Trinidad y Tobago e inició el itinerario cuya primera etapa culminaría en la Conferencia de Roma, en el verano de 1998. Conviene puntualizar que no todo el contenido del antiguo proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad ha sido recogido en el Estatuto de Roma, puesto que, por ejemplo, el terrorismo, el narcotráfico, la piratería aérea y los delitos contra diplomáticos y funcionarios internacionales no concitaron el mismo consenso que las tres grandes categorías delictivas reguladas por el instrumento y quedaron fuera de éste. Pero puede decirse que la sustitución del Código por el Estatuto ha sido una experiencia exitosa y el resultado final del ejercicio supera todas las expectativas pues, contra los pronósticos de tiros y troyanos, el tribunal permanente ha sido establecido, su ratificación se encuentra a mitad de camino y su estatuto es, de hecho y quizá de derecho, un auténtico código penal internacional.

Con todo, el mayor legado de Nuremberg es la noción misma de responsabilidad penal internacional del individuo, sin la cual no podría hablarse siquiera de jurisdicción criminal mundial. En tal sentido, el argumento central de la sentencia proferida por el tribunal militar aliado en la antigua capital nazi el 1 de octubre de 1946 resulta ejemplar en su simplicidad: «Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse efectivas las normas del derecho internacional».

Jurisdicción universal y jurisdicción internacional

A resultas del fortalecimiento del régimen jurídico internacional de protección de la persona humana ¹³ y de los organismos intergubernamentales de protección ¹⁴, de la consolidación de la comunidad de ONGs como nuevo actor internacional y de la emergencia de un nuevo orden internacional aún confuso tras el fin de la guerra fría y el colapso del campo socialista, la soberanía punitiva de los Estados nacionales, hasta ahora indisputada a pesar de la injusticia y la impunidad rampantes, se enfrenta hoy al doble desafío de la jurisdicción universal y de la jurisdicción internacional.

El principio de jurisdicción universal consiste en que cualquier Estado tiene autoridad judicial suficiente para perseguir, procesar y castigar a los individuos que resulten responsables de crímenes graves contra el derecho internacional, incluso aquellos cometidos fuera de su jurisdicción territorial o sin relación alguna con la nacionalidad de los acusados o de las víctimas, porque tales delitos, por su atrocidad intrínseca, ofenden a la humanidad entera y desquician el orden público de la comunidad mundial¹⁵. La más antigua versión de este postulado se atribuye a Hugo Grocio, el jurista flamenco del siglo XVII, y se expresa en la fórmula latina *aut dedere aut punire* [o extraditar o castigar], aunque hoy se prefiere decir *aut dedere aut judicare* [o extraditar o juzgar] para poner a salvo la presunción de inocencia y las demás garantías procesales del imputado. El frustrado pero histórico proceso de extradición de Pinochet, promovido por la justicia española ante la justicia británica, ha sido sin duda la mejor aplicación práctica del principio de jurisdicción universal en el campo de los derechos humanos durante la segunda mitad del siglo XX, desde el proceso de Jerusalén entre 1960 y 1962, cuando la justicia israelí juzgara, condenara y ejecutara a Adolf Eichmann, el gerente de "la Solución Final de la cuestión judía" ¹⁶. Contra la opinión del Estado chileno y del propio acusado, no se trataba de que la ley española prevaleciera sobre la ley chilena o sobre la ley británica, sino de que la justicia de un Estado, en este caso España, con la voluntad y los medios para

hacerlo, se encargara, en nombre de las víctimas de la dictadura pinochetista y de toda la humanidad, de promover una causa penal que el Estado nacional del antiguo tirano no podía o no quería asumir¹⁷. Tras la deplorable y dudosa decisión del ministro británico del Interior, Jack Straw, de liberar al exdictador por razones médicas, que no humanitarias, la batalla judicial se ha desplazado a Chile, donde la lucha contra la impunidad intenta llegar a un compromiso con la transición a la democracia. Pero el precedente está sentado: por primera vez desde los procesos resultantes del Holocausto, un tribunal nacional ha intentado establecer la responsabilidad penal internacional de un exdictador acusado de miles de crímenes de lesa humanidad contra sus propios nacionales y contra ciudadanos de otros países, con el fin de hacer justicia a las víctimas de tales atrocidades y a sus familias, y convertir en realidad las promesas del derecho internacional en materia de protección de la dignidad humana.

El segundo reto contra la soberanía punitiva del Estado nacional proviene de la *jurisdicción internacional de la que venimos ocupándonos aquí y cuya intervención tiene lugar si, y sólo si, la respectiva jurisdicción nacional no quiere o no puede conocer de un determinado delito contra el derecho de gentes*. A diferencia, pues, de la jurisdicción nacional y de la jurisdicción universal, que son ejercidas por jueces y tribunales estatales, la nueva jurisdicción internacional de lo criminal corresponde a los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda o a la Corte mundial permanente, que actúan en nombre y representación de la humanidad entera, y no se ocupan de la responsabilidad estatal (como sucede hoy con la Corte Internacional de Justicia de La Haya, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) sino de la responsabilidad individual o personal, al mismo tiempo plena y universal. En tal virtud, puede decirse que la instauración de la justicia penal internacional viene a fortalecer de manera decisiva el régimen jurídico internacional de protección de la persona humana por cuanto se propone exigir responsabilidades e imponer sanciones a los individuos concretos y no a las instituciones abstractas. De la articulación entre los dos sistemas, el de los organismos intergubernamentales de protección de los derechos humanos, basado en la responsabilidad del Estado, y el de los tribunales penales internacionales, basado en la responsabilidad del individuo, surge por vez primera a escala planetaria la posibilidad de hacer justicia, en el sentido más radical de la expresión, a las víctimas de las violaciones graves, masivas o sistemáticas de las libertades fundamentales, mediante las tres operaciones esenciales de toda justicia judicial o conmutativa digna de su nombre: el establecimiento de la verdad de los

hechos, la determinación de la responsabilidad del Estado o del individuo con la imposición de las sanciones correspondientes, y la reparación integral de los daños en favor de las víctimas y de sus familias.

Los tribunales penales internacionales *ad hoc*

Si en este umbral del nuevo milenio ha sido posible acordar la creación de una jurisdicción penal internacional a la vez independiente y permanente, en un mundo todavía dominado por la barbarie y la injusticia, el mérito corresponde en gran medida a la nueva sociedad civil internacional y en especial a la comunidad de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos humanos. Sin "la movilización de la vergüenza" en que se especializan los foros políticos y las ONGs¹⁸, y que en muchas ocasiones es el único resultado tangible de sus gestiones, la interdicción impuesta por la larga noche de la guerra fría sobre los esfuerzos de codificación de normas y creación de instituciones habría constituido un obstáculo infranqueable, aún después de la caída del muro de Berlín en noviembre de 1989. Con o sin estatuto consultivo ante los sistemas de protección, las organizaciones propias de la sociedad civil han conseguido ventilar muchos episodios de intolerancia y de violencia que sin su celo habrían permanecido impunes, han promovido cambios normativos y ajustes políticos de envergadura en los organismos intergubernamentales, y se han convertido en una experiencia viviente de democracia participativa sin la cual las relaciones internacionales seguirían siendo tan sólo el campo de batalla de los poderosos de la tierra.

Se ha dicho que el primer escándalo internacional en torno a un Estado por su política de violación sistemática de los derechos humanos de sus nacionales tuvo lugar en la última década del siglo XIX a propósito de la devastación de la región africana del Congo por el ejército privado y los socios comerciales del entonces monarca de Bélgica. Tanto el panfleto del pastor protestante norteamericano George Washington Williams, publicado en Holanda hacia 1890, como el magistral relato *El corazón de las tinieblas* del novelista polaco-británico Joseph Conrad, aparecido en 1902, contribuyeron a crear una leyenda negra y a desencadenar el proceso que dio al traste, al menos en parte, con el reino del espanto que mantenía Leopoldo II, el rey de los belgas, en la vasta cuenca del río Congo¹⁹. Más aún, la expresión "crimen contra la humanidad" fue acuñada por Williams en su carta abierta a Leopoldo II, y la más antigua ONG de derechos humanos del mundo, Anti-Slavery International, que había operado bajo otros nombres desde 1839, fue reorganizada en ese entonces a fin de coordinar el debate de opinión públi-

ca contra la barbarie colonialista belga en el corazón del Africa negra. Pero hubo que esperar cien años de impunidad a que la comunidad internacional respondiera con herramientas no sólo legítimas sino también eficaces frente a crisis humanitarias comparables o incluso peores, como las que se desencadenaron a partir de 1991 en la península de los Balcanes y durante el año de 1994 en la región de los Grandes Lagos de Africa.

Después de su intervención en la guerra del Golfo Pérsico, el primer conflicto armado de la historia que ha sido librado en cumplimiento de la autorización impartida por un órgano de la comunidad internacional, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió hacer frente a las catástrofes humanitarias de Yugoslavia y Ruanda de una manera inédita: mediante la creación de sendos tribunales penales internacionales con un mandato limitado en el tiempo, en el espacio y en la materia punible. El Tribunal para la antigua Yugoslavia fue creado mediante Resolución N°. 827 de 1993 y el Tribunal para Ruanda fue establecido mediante Resolución N°. 955 de 1994. En ambos casos, el órgano supremo de la ONU invocó el capítulo VII de la carta de la organización, que le permite tomar medidas para el mantenimiento o la restauración de la paz y la seguridad internacionales, y en especial los artículos 41, sobre la adopción de medidas que no impliquen el uso de la fuerza, y 29, sobre la creación de organismos subsidiarios para el desempeño de sus funciones. Los tribunales tienen amplia jurisdicción sobre crímenes humanitarios en la siguiente forma: el de Yugoslavia sobre los delitos humanitarios perpetrados en el territorio de la antigua república balcánica a partir del 1 de enero de 1991 y el de Ruanda sobre los delitos humanitarios cometidos en el territorio ruandés entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. El primer tribunal ad hoc tiene, pues, un mandato indefinido en el tiempo ya que fue establecido durante la guerra de desintegración de Yugoslavia, en un momento en el cual no podía preverse con certeza el fin de las hostilidades y de las infracciones al derecho internacional humanitario por todas las partes contendientes. El segundo, en cambio, tiene un mandato temporal restringido al año de 1994 puesto que el genocidio de la etnia Tutsi por la etnia Hutu tuvo lugar durante ese breve período ²⁰, pero puede extender su jurisdicción a las atrocidades cometidas contra ciudadanos ruandeses en los territorios de los países vecinos. El Tribunal para Yugoslavia tiene sede en La Haya, mientras el de Ruanda está localizado en Arusha, Tanzania, pero la fiscalía y la sala o cámara de apelación o segunda instancia, que ambos comparten, tienen asiento en la capital holandesa.

Integrados en la misma forma, por once jueces (seis de primera instancia y cinco de apelación o segunda instancia) cada uno, los tribunales del

Consejo de Seguridad han cumplido una labor valiosa pero desigual. El de Yugoslavia ha dispuesto de más recursos, lo cual le ha permitido procesar y sancionar a un mayor número de individuos responsables de crímenes internacionales en las recientes guerras balcánicas; el de Ruanda ha desempeñado sus funciones con enormes limitaciones materiales y ha producido una menor cantidad de juicios y sentencias pero, a cambio, ha proferido la primera condena de la historia por genocidio, dictada el 2 de septiembre de 1998 contra Jean Paul Akayesu, y tiene a su disposición más de cien mil personas detenidas en cárceles de Ruanda, Burundi y Tanzania por su presunta vinculación a las masacres de 1994.

Como ha escrito recientemente el profesor Theodor Meron, «los estatutos de los Tribunales *ad hoc* constituyen un epítome de las normas más avanzadas de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos [...] Representan un avance tremendo con respecto a la Carta de Nuremberg [...] Si no fuera por la existencia de los dos Tribunales, no sólo sería más fuerte la inclinación a la venganza individual y colectiva, y a la violencia privada o extraoficial, sino que se obstaculizaría la futura reconciliación porque la culpa recaería en pueblos enteros en lugar de ser atribuida a los perpetradores individuales de los crímenes y a los responsables políticos»²¹.

La contribución de los dos tribunales *ad hoc* al desarrollo del derecho penal internacional resulta muy significativa en tres aspectos específicos: su creación inaugura una nueva y desafiante modalidad de intervención humanitaria por parte de la comunidad internacional; su labor normativa y civilizadora incide de manera directa en los procesos de paz, reconciliación y transición a la democracia en los territorios donde ejercen su jurisdicción, y por efecto de demostración, de manera indirecta, en otros ámbitos ²²; y sus estatutos, reglamentos de procedimiento y pruebas, sentencias y prácticas preparan el camino para la futura Corte Penal Internacional de carácter universal y permanente.

La Corte Penal Internacional

Como culminación del complejo proceso descrito, la instauración de la Corte Penal Internacional constituye en sí misma una hazaña de la razón democrática y humanitaria al final de un siglo infame, en el cual la barbarie del hombre contra el hombre ha causado ciento ochenta y siete millones de muertos y desaparecidos ²³. A partir del proyecto de Estatuto preparado en 1994 por la Comisión de Derecho Internacional bajo la orientación del profesor James Crawford, de la Universidad de Cambridge, la Asamblea General de la ONU creó un Comité Preparatorio que sesionó varias veces

durante los años siguientes y allanó el terreno para la Conferencia Diplomática de Roma, que tuvo lugar entre junio 15 y julio 17 de 1998. Por una votación de ciento veinte a favor, siete en contra²⁴ y veintiún abstenciones, los Estados participantes²⁵ aprobaron el Estatuto que crea la Corte y que al mismo tiempo adopta el núcleo esencial de un código penal de la humanidad. Con posterioridad a la Conferencia de Roma, ha venido sesionando una Comisión Preparatoria encargada de la redacción definitiva de los llamados Elementos de los Crímenes, que corresponden a la parte especial del nuevo régimen penal internacional, y del Reglamento de Procedimiento y de Pruebas del futuro tribunal. Se espera que esta labor concluya en los próximos meses, de suerte que cuando el proceso de ratificación del Estatuto culmine en los próximos tres o cuatro años ya todo esté a punto para la puesta en marcha de la Corte.

El Estatuto de Roma consta de ciento veintiocho artículos, agrupados en trece partes, y constituye el resultado de una ardua negociación para alcanzar una síntesis coherente y practicable entre los dos principales sistemas jurídicos del mundo: el anglosajón o del derecho común y el romanofrancés o del derecho civil. Las características principales de la nueva entidad judicial global son las siguientes:

a) La Corte está integrada por dieciocho jueces en representación de todos los sistemas legales del mundo, elegidos por la Asamblea de los Estados partes para un solo período de nueve años. Cabe esperar que en la composición de la Corte estén representadas las seis grandes regiones geopolíticas del planeta, a saber: América del Norte, América Latina y el Caribe, Europa Occidental, Europa Oriental, Africa, Asia y el Pacífico.

b) Los jueces se agrupan en tres salas o secciones: de cuestiones preliminares, de primera instancia y de apelación.

c) El fiscal ejerce de manera independiente la acción penal ante la Corte y es elegido por la Asamblea de los Estados partes para un solo período de nueve años.

d) La Corte conoce de cuatro grandes categorías de delitos: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Con excepción de este último, cuya definición se ha diferido sine die, los delitos de competencia del tribunal se encuentran descritos y regulados en el propio Estatuto ²⁶.

e) La Corte tiene jurisdicción sobre los crímenes perpetrados con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto, cuando quiera que se reúnan las sesenta ratificaciones requeridas. Los delitos internacionales de carácter atroz que permanecen en la impunidad, como los perpetrados en años

recientes en Argelia, Colombia, Indonesia y Timor Oriental, Turquía y otros casos muy notorios, deben ser esclarecidos, sancionados y reparados, en principio, por los tribunales nacionales o por tribunales *ad hoc*²⁷.

f) El procedimiento ante la Corte es ampliamente garantista, en la medida en que reconoce todas y cada una de las garantías del debido proceso, y asegura protección a las víctimas y los testigos de los delitos de su competencia.

g) Si el procedimiento se inicia a instancia de un Estado parte o del fiscal, la Corte sólo tiene competencia sobre hechos cometidos en un Estado parte o si el presunto autor es nacional de un Estado parte o si se cuenta con el consentimiento del Estado donde ha ocurrido el crimen o al cual pertenece el supuesto responsable. Si el procedimiento se inicia, en cambio, por iniciativa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la Corte es competente aun cuando los Estados implicados no sean partes o no otorguen su consentimiento.

h) La Corte tan sólo puede imponer penas privativas de la libertad, que pueden llegar incluso a la cadena perpetua, pero en ningún caso a la pena de muerte, como corresponde a la tradición abolicionista del movimiento internacional de derechos humanos y al virtual consenso del derecho penal democrático.

i) La Corte es un tribunal independiente y permanente, de carácter complementario respecto de las jurisdicciones penales nacionales, lo cual significa que sólo puede actuar cuando y si el Estado no quiere o no puede perseguir y castigar el delito internacional en cuestión.

Para ser algo más que un tigre de papel, la Corte Penal Internacional requiere por fuerza el respaldo político, la colaboración técnica y el apoyo financiero de los Estados miembros de las Naciones Unidas, amén de la participación activa de la ciudadanía cosmopolítica. Pero su sola creación como institución jurídica, como criatura de tratado, constituye un avance de gran significación para la puesta en marcha de una jurisdicción penal internacional, al igual que para el desarrollo de una cultura de la democracia y de los derechos humanos en el ámbito global. Como ha dicho el maestro Luigi Ferrajoli en su reciente libro *Derechos y garantías: La ley del más débil*, los derechos no caen del cielo y un sistema de garantías no se construye en diez o veinte años²⁸. Los derechos surgen de las luchas políticas y sociales, y un sistema de garantías tarda generaciones en construirse y ponerse al servicio de la gente de sudor y de pena, que sufre y muere. La nueva Corte permanente es el resultado de más de cincuenta años de esfuerzos y trabajos de muchas personas y organizaciones comprometidas con el fin de la impuni-

dad y con el castigo de los verdugos de sus pueblos, y entraña la promesa de la justicia, la justicia judicial, la única que los hombres tenemos derecho a impartir, para los humillados y ofendidos que no han encontrado la protección de la ley bajo su bandera y la buscan ahora a la sombra de la humanidad, nuestra auténtica ciudadanía.●

NOTAS

1. El artículo 126 del Estatuto de Roma exige la ratificación de sesenta Estados para su entrada en vigor y para la puesta en marcha de la Corte. Si el proceso de ratificación del instrumento cumplido hasta hoy sirve de indicación, podría esperarse que el nuevo organismo inicie sus actividades en el término de tres o cuatro años.
2. CHERIF BASSIOUNI, M.(1984), *Derecho penal internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, pp 60 y 61.
3. BOUZAT, PIERRE , "Introducción", en Bassiouni, *op. cit.*, p. 13.
4. BASSIOUNI, *op. cit.*, pp. 61 y 62.
5. *Idem*, p. 84.
6. CASSESE, ANTONIO , *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Editorial Ariel, Barcelona, 1993,p. 96. Véase Jacques VERGÉS, M.(1970), *Estrategia judicial en los procesos políticos*, Editorial Anagrama, Barcelona, pp. 71 a 78.
7. CASSESE, *op. cit.*, p. 97. A pesar de la polémica provocada por este quebrantamiento del principio de legalidad, la comunidad internacional de derechos humanos ha justificado ampliamente el proceso de Nuremberg por tres razones fundamentales: porque la punibilidad de las atrocidades imputables al régimen nazi estaba sustentada en el llamado derecho natural y en el derecho consuetudinario; porque se trataba de evitar el mal mayor de la impunidad; y sobre todo porque la novedad radical de los crímenes del nazismo, y en especial el genocidio de los pueblos judío y gitano, exigía una respuesta judicial inédita y audaz.
8. ARENDT, HANNAH (1999) , *Eichmann en Jerusalén: Un estudio sobre la banalidad del mal*, Editorial Lumen, Barcelona, pp. 405 y 406.
9. LAFER, CELSO (1994), *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 206 y 208.
10. MERON, THEODOR (1993), *Henry's wars and Shakespeare's laws: Perspectives on the law of war in the later middle ages*, Clarendon Press, Oxford, pp. 70-72 y (1998) *Bloody constraint: War and chivalry in Shakespeare*, Oxford University Press, Oxford, pp. 163-165
11. MONTEALEGRE, HERNÁN (1979), *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, pp. 356-358
12. Citado por MARSCHIK, AXEL (1997), "The politics of prosecution: European national approaches to war crimes", en Timothy L. H. McCormack & Gerry J. Simpson (eds.), *The law of war crimes: National and international approaches*, Kluwer Law International, The Hage, p. 67.
13. Integrado hoy por tres ramas principales, a saber: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los conflictos armados (formado a su vez por el derecho internacional humanitario o derecho de Ginebra y por el derecho de la guerra o derecho de La Haya) y el derecho internacional de los refugiados, desplazados internos y apátridas.
14. El sistema mundial o de las Naciones Unidas, el sistema de la Unión

- Europea y el sistema interamericano o de la Organización de los Estados Americanos.
15. WILLIAMS, SHARON A., "The prosecution of war criminals in Canada", en McCormack & Simpson, *op. cit.*, p. 156.
16. ARENDT, H., *op. cit.*
17. Véase GARCÍA ARÁN, MERCEDES Y DIEGO LÓPEZ GARRIDO (1999)(coords.) *Crímen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet: los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid.
18. HIGGINS, ROSALYN (1995), *Problems and process: International law and how we use it*, Clarendon Press, Oxford, p. 107.
19. HOCHSCHILD, ADAM (1998), *King Leopold's ghost: A story of greed, terror and heroism in colonial Africa*, Houghton Mifflin, New York, p. 112.
20. Se calcula que entre abril y octubre de 1994 hubo cerca de un millón de víctimas. Véase GOLDSTONE, RICHARD J.(2000), *For humanity: Reflection of a war crimes investigator*, Yale University Press, New Haven, p. 109.
21. MERON, THEODOR (1998), *War crimes law incomes of age: Essays*, Clarendon Press, Oxford, pp. 199, 200 y 202.
22. Actualmente se adelantan negociaciones entre Naciones Unidas y tres Estados (Camboya, Kosovo y Sierra Leona) para el establecimiento de otros tantos tribunales penales especiales, de carácter mixto, que permitan esclarecer, sancionar y reparar al menos parte de los graves crímenes internacionales perpetrados durante los últimos años en dichos países.
23. SIMPSON, GERRY J., "War crimes: A critical introduction", en SIMPSON, MCCORMACK & , *op. cit.*, p. 21.
24. Estados Unidos, Irak Libia, Yemen, Qatar , Israel y China.
25. Participaron ciento sesenta Estados y ciento treinta y tres ONGs.
26. La competencia *ratione materiae* está regulada por los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto, así: el genocidio se define según la fórmula textual del artículo 2 de la Convención de 1948; los crímenes de lesa humanidad se agrupan en once tipos (asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, privación arbitraria de la libertad, tortura, violencia sexual, persecución, desaparición forzada, discriminación racial institucionalizada y actos inhumanos); y los cincuenta tipos de crímenes de guerra se dividen en cuatro categorías: infracciones graves de los Convenios de Ginebra (ocho delitos), otras violaciones de las leyes y costumbres de la guerra internacional (veintiséis delitos), violaciones del artículo 3 común (cuatro delitos) y violaciones de las leyes y costumbres de la guerra no internacional (doce delitos).
27. La única posible excepción al principio de la competencia *pro futuro* de la Corte, al menos en teoría, estaría constituida por los casos de desaparición forzada que no se hayan esclarecido al momento de entrar en vigor el Estatuto de Roma por cuanto, además de crímenes de Estado o de sujeto calificado, se trata de delitos permanentes o de tracto sucesivo, que continúan perpetrándose mientras no aparezca la persona viva o se identifique su cadáver.
28. FERRAJOLI, LUIGI (1999), *Derechos y Garantías: La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, p. 157.