



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA
SEDE IBEROAMERICANA SANTA MARÍA DE LA RÁBIDA
2007

TÍTULO

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO
INTERNACIONAL PENAL:
UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO-EVOLUTIVA

AUTORA

Carolina Marcela Reyes

Director Tesis	Martín Martínez, Magdalena
Maestría	I Maestría en Jurisdicción Penal Internacional
Módulo presencial	2002
ISBN 10	84-7993-120-5
ISBN 13	978-84-7993-120-9
©	Carolina Marcela Reyes
©	Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes limitaciones de uso:

- a) La difusión de esta tesis por medio del servidor de la UNIA ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia.
- b) No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servidor de la UNIA.
- c) Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos.
- d) En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**Teoría General del Derecho Penal
Internacional:
Una aproximación histórico-evolutiva.**

AUTORA: Carolina M. Reyes

DIRECTORA: Prof. Dra. Magdalena Martín Martínez

I Maestría en Jurisdicción Penal Internacional

Universidad Internacional de Andalucía

Sede Santa María de La Rábida

Huelva (España), 2002 - 2004

ABREVIATURAS

A.G.	Asamblea General de la O.N.U.
C.D.I.	Comisión de Derecho Internacional, órgano dependiente de la Asamblea General de Naciones Unidas
C.I.J.	Corte Internacional de Justicia
C.C.H-C.L.H.	Crímenes contra la humanidad o crímenes de lesa humanidad.
C.P.I.	Corte Penal Internacional
C.P.J.	Corte Permanente de Justicia
D.I.	Derecho Internacional
D.P.	Derecho Penal
D.P.I.	Derecho Penal Internacional
D.I.D.H.	También: D.I.DD.HH. Derecho Internacional de los Derechos Humanos
D.I.H.	Derecho Internacional Humanitario
MERCOSUR	Mercado Común del Sur, bloque de integración económica formado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.
N.A.F.T.A.	Tratado de Libre Comercio de América del Norte (North American Free Trade Agreement) , bloque de integración económica formado por Canadá, los Estados Unidos de Norteamérica y México.
O.E.A.	Organización de Estados Americanos
O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas
O.T.A.N.	Organización del Tratado del Atlántico Norte
RR.II.	Relaciones Internacionales
T.P.I.R.	Tribunal Penal Internacional <i>ad hoc</i> para Ruanda
T.P.I.Y.	Tribunal Penal Internacional <i>ad hoc</i> para la antigua Yugoslavia
TT.PP.II.	Tribunales Penales Internacionales <i>ad hoc</i> para la antigua Yugoslavia y para Ruanda
U.E.	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Ante todo, debo decir que, personalmente, soy Abogada Penalista por profesión, e Internacionalista por vocación. Dado éste mi doble carácter, cuando me enfrenté a esta disciplina nueva que llamamos Derecho Penal Internacional, me resultó más difícil comprenderla y llegar a desentrañar el significado de sus instituciones, que si sólo me hubiera dedicado a una de las especialidades mencionadas. Ello así, porque cada una de esas especialidades le da su particular interpretación a este campo del Derecho donde ambas confluyen. Por otra parte, en ninguna otra disciplina como en la presente, se mezcla la complejidad del Derecho Internacional, con fuentes jurídicas tan heterogéneas y distintas entre sí, tanto en cuanto a su origen como a su aplicación; y al mismo tiempo, el Derecho Penal, que es por naturaleza y por definición, *Derecho Positivo*, con un contenido y un ámbito de aplicación precisos y predeterminados.

Así, consideré que para entender el Derecho Penal Internacional, nada mejor que comenzar por un breve repaso a los orígenes y conceptos básicos de las principales disciplinas de las que deriva, para de ellas extraer las instituciones que se funden en el Derecho Penal Internacional y, por consecuente, descartar las que no lo integran.

A continuación, dado que ninguna rama del Derecho se forma sólo por los elementos que extrae del tronco del cual derivan, hemos utilizado el método inductivo para, analizando distintos instrumentos que consideramos forman parte del Derecho Penal Internacional, aproximarnos a su Teoría General, lo que se hará también en parte por comparación con lo expuesto respecto a las restantes disciplinas jurídicas que están en relación con él.

Por ellos hemos dividido el presente trabajo en dos partes: En la Primera intentamos encontrar las raíces del Derecho Penal Internacional, aquello que constituye su verdadero origen y es fuente de su desarrollo y crecimiento, pero no lo podemos encontrar en la disciplina en sí. Por ello, nos remontamos a la Historia, en primer lugar del Derecho Internacional, en la cual hacemos hincapié para comprender muchas de las figuras de su vertiente Penal. Luego, más brevemente, exponemos un pequeño muestrario de los conceptos de las disciplinas más cercanas a nuestra especialidad;

alguna de las claves teóricas que permitió su germinación y, finalmente, un desarrollo histórico de lo que ya se puede diferenciar como parte Penal del Derecho Internacional.

En la Segunda Parte, nos concentramos en parte del derecho positivo vigente, acompañado por normas no vigentes, para delinear a grandes rasgos las principales instituciones que conforman el Derecho Penal Internacional actual. Dado el carácter general de esta obra, no nos introducimos más que en algunos análisis superficiales para intentar dar forma a la Parte Especial de esta Teoría General; algo así como las ramas y hojas de nuestro árbol.

Con esos elementos, en las Conclusiones intentamos definir, a grandes rasgos, cuál ha sido la evolución del Derecho Penal Internacional desde que consideramos que comenzó a formarse como disciplina autónoma, hasta el presente..

Finalmente, creemos que la necesidad de hacer este estudio para determinar la *Teoría General del Derecho Penal Internacional* a través de una *Aproximación Histórico – Evolutiva*, se debe a que esta disciplina todavía no ha concluido su formación. A pesar de que a lo largo del Siglo XX ha habido varios autores que publicaron obras tituladas “*Derecho Penal Internacional*” (o equivalentes), lo que ellos entendían por tal es, principalmente, el conjunto de normas que regulan la cooperación judicial penal internacional, algunas de ellas de origen internacional y otras internas, a efectos de prevenir y sancionar los ilícitos transfronterizos o multinacionales por tener puntos de conexión con distintos Estados.

El campo jurídico que nos ocupa, sin embargo, no trata sobre delitos que preocupan sólo a dos o tres Estados directa o indirectamente perjudicados por el ilícito, sino sobre aquellos crímenes que por su gravedad y sus consecuencias sobre determinada población, preocupan a la Comunidad Internacional en su conjunto. Esta rama del Derecho, como hemos mencionado, está en plena etapa de evolución y afianzamiento como tal, por lo cual muchos de sus conceptos están oscuros, y es el objetivo de esta obra intentar arrojar luz sobre ellos.

PARTE I. ANTECEDENTES, FUENTES Y CONCEPTO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

CAPITULO I. RAICES HISTORICAS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Si bien poco sabemos sobre la rama del Derecho que intentamos analizar, hay algo que es seguro: Que tiene un origen e instituciones internacionales, y que gran parte de su contenido es Derecho Penal. Por ello, y para comenzar a introducirnos en el tema, nos parece conveniente hacer una introducción a cada una de estas disciplinas. .

1. DERECHO INTERNACIONAL

1.1. BREVE RESEÑA HISTORICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

1.1.1. Nacimiento del Derecho Internacional como disciplina científica autónoma.

El hombre, por su naturaleza gregaria, desde su aparición en la tierra se ha agrupado con otros, formando grupos sociales y políticos de muy distinta naturaleza que, a su vez, se relacionaban entre sí. De ahí que el conjunto del Derecho se divida tradicionalmente en dos partes: Las normas que rigen las relaciones entre los miembros de un mismo grupo, que constituyen el Derecho Interno, y las que rigen las relaciones entre distintos grupos políticos, que hoy llamamos Derecho Internacional pero que, aunque en forma menos evolucionada e imprecisa, ha existido siempre en la historia del

ser humano¹. Desde la más remota antigüedad se han encontrado vestigios de tratados internacionales, normas y usos relativos a la guerra y ciertas costumbres en las relaciones entre distintos pueblos, entre sus gobernantes y sus representantes ante terceros Estados.

En el derecho romano clásico, si bien no existía un Derecho Internacional como tal, se diferencia una porción del derecho como aplicable a los ciudadanos extranjeros, ya sea en sus relaciones entre sí o con los romanos, denominada *ius gentium*. Sus normas se consideraban, según el dictado de la lógica, el derecho común a todos los pueblos con los que Roma tenía algún tipo de contacto, principalmente comercial. A pesar de ser derecho interno (era Derecho creado por el *praetor peregrinus*, autoridad romana), el derecho de gentes romano tenía vocación de universalidad, como una especie de derecho natural emanado de la razón y aplicable a todos los seres humanos². A pesar de que esta porción del Derecho no es estrictamente inter-nacional, ya que no regula las relaciones entre distintas asociaciones políticas “nacionales” sino entre particulares, se ha tomado su denominación (*ius gentium*) como sinónimo de Derecho Internacional.

Sin embargo, a pesar de la gran cantidad de instituciones y prácticas internacionales que se han desarrollado en toda la historia del hombre, recién se comienza a ver estas normas con características propias como una disciplina autónoma en el Siglo XVI. En aquella época el derecho internacional se reducía prácticamente al Derecho de la Guerra, *ius belli*, dado que las relaciones entre las distintas organizaciones políticas en esa época eran, en su mayoría, relaciones bélicas. Sin embargo, existían algunas otras instituciones del derecho de la paz, en conexión con las relaciones comerciales y las representaciones consulares. A su vez, tanto el poder como el derecho estaban íntimamente ligados a la religión, fuente del pensamiento de todos los doctrinarios jurídicos.

¹ MIAJA DE LA MUELA expresa: “...toda civilización ha creado, al lado del Derecho interno de cada grupo comprendido en ella, otro sistema de reglas intergrupales para regir las relaciones entre las diferentes unidades políticas que abarca dicha civilización...” MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: “Introducción al Derecho Internacional Público”. Séptima edición. Ed. ATLAS, Madrid, 1979. Pág. 291.

² MIAJA DE LA MUELA, Op. cit., pp. 326 – 329; TRUYOL Y SERRA, Antonio: “Fundamentos de Derecho Internacional Público”. 2ª Edición. F. Seix, Edit. Barcelona, 1955. PP. 19-22.

En ese siglo surge una nueva doctrina, la denominada Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes encabezada por Francisco de Vitoria (1492-1546) y en la que destacan Baltasar de Ayala (1548-1584), Fernando Vázquez de Menchaca (1512-156) y Francisco Suárez (1548-1617). De otras nacionalidades, encontramos al italiano Alberico Gentili (1552-1608) y al francés Jean Bodin, entre otros³.

Los representantes de la escuela española reconocían tres tipos de leyes o niveles de derecho: La Ley Divina, emanada directamente de Dios, y por lo tanto imperativa y no derogable; la Natural, que es la participación del hombre en la primera⁴, cognoscible por su naturaleza, e inmutable; y la ley positiva, emanada de la voluntad del hombre. Dentro de esta concepción del Derecho debía ubicarse el *Ius Gentium* o Derecho de Gentes, lo que cada autor hacía de una forma distinta. Para algunos era Derecho Natural, mientras que otros consideraban que parte de sus normas eran de Derecho Natural y el resto de Derecho Positivo; y otros lo ubicaban íntegramente dentro de esta última categoría. .

Francisco de Vitoria, considerado por muchos el verdadero padre del Derecho Internacional (o, al menos, un *precursor* de este Derecho), comenzó a concebir la idea de normas aplicables a todos los hombres sin distinciones, así como a todas las naciones, al profundizar sobre la conquista de América por parte de España. Consideraba que no existía ningún título que autorizase a esa conquista dado que, así como las personas, los Estados son todos iguales entre sí y así deben ser tratados en Derecho, por lo que tanto los aborígenes americanos como las naciones de este nuevo

³ MIAJA DE LA MUELA, Op. Cit., pp. 375-454.

⁴ Según VAZQUEZ DE MENCHACA, citado por MIAJA DE LA MUELA: “*El Derecho Natural, ... fue instituido juntamente con el humano linaje, y porque la misma naturaleza, sin maestro alguno, nos enseña este Derecho...*” (MIAJA DE LA MUELA, Op. cit., pp. 407-408). A su vez, y según el mismo autor (MIAJA DE LA MUELA, Op. cit., pp. 415-416), Francisco Álvarez sostenía que “*La razón de esta parte del Derecho es que el género humano, por más que sea dividido en naciones y reinos diferentes, tiene, sin embargo, una cierta unidad, no solamente específica, sino también política y moral, que resulta del precepto natural del amor y de la caridad mutuos, que debe extenderse a todos, aun a los extranjeros, de cualquier nación que sean. Si bien cada unidad independiente, cada república o reino, constituye en sí una comunidad perfecta y formada por sus miembros; no obstante, cada una de estas comunidades es también, en una cierta manera, miembro de este conjunto que es el género humano... las materias que forman este Derecho natural se deducen muy fácilmente de éste, y son útiles y tan conformes a la naturaleza, que si no son deducciones evidentes del Derecho natural, absolutamente necesarias por ellas mismas a la honradez de las costumbres, son, al menos, del todo conformes a la naturaleza y, por consiguiente, aceptables para todo el mundo...*”

continente eran tan libres y dueñas de sí como las de Europa y sus poblaciones⁵. Incluía también en su doctrina (así como lo hicieron sus discípulos y sucesores) el tratamiento de los *infielos* -clasificados en distintas categorías-, los esclavos, los prisioneros de guerra y, un tema que despertó gran interés principalmente en la doctrina española, los títulos que autorizaban la conquista y colonización de América.

Según TRUYOL Y SERRA, es a la idea vitoriana del *totus orbis*, el mundo concebido como una unidad gracias al Derecho Natural, a la que debemos la pretensión de universalidad del actual Derecho Internacional⁶

Francisco Suárez distingue entre Derecho de Gentes y Derecho Natural, a los cuales les asigna, respectivamente, las siguientes características: Derecho de Gentes: “*es la ley que los varios pueblos y naciones han de observar en sus relaciones mutuas*”⁷, ley que no limita a las normas escritas sino que incluye también los usos que los Estados han venido utilizando durante siglos. Es contingente; puede estar sujeto a cambios; y no es absolutamente universal, ya que algunos pueblos no lo observan. Derecho Natural: Es conocido por el hombre gracias a su estructura humana, como parte del plan divino. Es necesario, no está sujeto a cambios y es absolutamente universal. Por ello este autor indica al Derecho de Gentes como derecho positivo. Además, efectúa Suárez una división dentro del campo del *ius gentium*, entre *ius inter gentes*, que es el derecho que surge de las relaciones de los pueblos entre sí y que actualmente se conoce como Derecho Internacional; y *ius intra gentes*, el derecho interno que los romanos concebían como el derecho común a todos los pueblos, que actualmente es el Derecho Internacional Privado. En sus escritos incluyó asimismo la idea de una “*comunidad de todo el orbe*” y de que hay una sociedad humana que trasciende las fronteras de los Estados⁸.

Respecto a la guerra en general se consideraba que todo monarca tenía la potestad de declararla; pero se hacía una distinción entre guerra justa y guerra injusta, según que la causa de ésta tuviera suficiente entidad para llevar al gobernante a las

⁵ Es lamentable que la práctica política, tanto de monarcas y sus representantes en América, como de “*conquistadores*” y “*adelantados*” no siguieran las doctrinas de estos iluminados juristas, sino sus propias ambiciones, forjando la historia tal como la conocemos.

⁶ TRUYOL Y SERRA, Antonio: “*Premises philosophiques et historiques du totus orbis de Vitoria*”. En Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria, Vol. II. Pp. 179 y ss.

⁷ MORATIEL VILLA, Sergio: “*Filosofía del Derecho Internacional: Suárez, Grocio y epígonos*”. Revista Internacional de la Cruz Roja No 143 (septiembre de 1997), pp. 575-588.

⁸ MORATIEL VILLA, Op. Cit.

armas o no, lo que variaba en cada autor. En cuanto al comportamiento durante la guerra, algunos de los autores enumerados hacían análisis sobre el mismo, sin llegar a formularse normas humanitarias ya que en su tratamiento se introducían cuestiones como la esclavización de los prisioneros de guerra, la categorización de algunos enemigos como “infieles”, etc.

En 1625 Hugo Grocio (1583-1645) publica su obra “*De iure belli ac pacis*”, cuyo mayor mérito consiste en ser la primera que sistematiza y trata el Derecho Internacional en forma autónoma. Para Grocio, es éste el Derecho que rige las relaciones entre los pueblos y sus monarcas, y sus normas pueden ser Leyes Divinas, Leyes Naturales o pueden provenir de las costumbres y el consentimiento tácito. Sin embargo diferencia entre Derecho Natural y Derecho de Gentes, sosteniendo que el primero son las afirmaciones comunes a los pueblos, extraídas de los principios naturales, cognoscibles por la razón; y el segundo, son los comunes consentimientos, emanados de la voluntad⁹. El *Ius belli ac pacis* es lo que hoy entendemos por Derecho Internacional; mientras que el Derecho de Gentes es una parte de éste, compuesta por las normas voluntarias que obligan a todos o a muchos pueblos. Sin embargo, a pesar de estos conceptos, Grocio no distingue con exactitud entre *jus inter gentes* y *jus intra gentes*, mezclando en su obra algunos aspectos de lo que hoy llamamos Derecho Internacional Privado.

Respecto al *Ius bellum*, Grocio sigue a sus antecesores en el camino que considerar que había guerras justas (*iustum bellum*) y guerras injustas; siendo las primeras las provocadas por una *iniuria*.

Toda esta confusión de naturaleza y origen respecto al *Ius Gentium* o *Ius Belli ac Pacis* responde a que, a pesar de lo que ya vislumbraban todos estos juristas, el Derecho Internacional no podía existir como hoy lo conocemos, ya que todos los tratados que existían eran meramente bilaterales, no existiendo una Comunidad Internacional tal como la conocemos hoy, ni los tratados multilaterales¹⁰, por lo que forzosamente un derecho que fuera común a todo el orbe, debía ser natural o divino, según quien así lo conciba.

⁹ MIAJA DE LA MUELA, Op. cit., pp. 444-450.

¹⁰ GOMEZ ROBLEDO, Antonio: “Fundadores del Derecho Internacional (Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio)”. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989. Pp. 7-10.

Estos son los principios del Derecho Internacional como ciencia, en los que como hemos visto, los doctrinarios se centraban más en la rama humanitaria del mismo, y menos en el Derecho de las Relaciones Internacionales.

1.1.2. Los cambios políticos que introdujo la Paz de Westfalia

La guerra de los Treinta Años, que culminó en 1648 con la Paz de Westfalia, significó la desintegración del Imperio en unidades políticas menos poderosas y el inicio de la tolerancia entre las distintas religiones en que se dividía Europa. En Esas nuevas unidades políticas, independientes de todo poder ya sea terrenal (el Imperio) o religioso, la idea de soberanía adopta un carácter absoluto, identificándose con la persona del Monarca.

La guerra, que sigue ocupando un sitio relevante en las relaciones entre los estados europeos, se endurece en ciertos aspectos, pero comienza a humanizarse en otros, al ir abandonándose la teoría de la guerra justa y surgir la idea de que se trata de una contienda entre Estados, haciéndose así una diferencia en cuanto a los soldados que representaban al ejército de éstos y a los civiles, que no participaban en ella. Por otra parte, si bien se va abandonando la teoría de la guerra justa, se comienza a considerar todo recurso a la fuerza como una situación de hecho cuya iniciativa es un derecho subjetivo del soberano¹¹. A su vez, se comienza a regular el estatuto de potencia neutral en los conflictos entre estados.

A fines del Siglo XVIII Jeremías Bentham bautiza a la disciplina que nos ocupa con su nombre actual, en inglés: “*International Law*”, traducida literalmente al castellano como “*Derecho Internacional*”. Hasta entonces, se la conocía con la denominación que se le daba en la roma clásica: *Ius gentium*, que se traduce como Derecho de gentes en castellano y “*Law of nations*” en inglés. De todos modos, de cualquier forma que se lo denomine, el Derecho Internacional había nacido y siguió siendo por muchos años, derecho exclusivamente europeo.

En 1789 se produce en Francia una revolución popular que quiebra la filosofía y la práctica políticas clásicas y profundamente arraigadas, contraponiendo sus principios a los que le precedieron: El gobierno del pueblo al absolutismo monárquico; el de la igualdad entre los hombres al de las élites religiosas, políticas y económicas; el de la

¹¹ KOLB, Robert: “Origen de la pareja terminológica *ius ad bellum/ius in bello*”. Revista Internacional de la Cruz Roja No 143, pp. 589-598.

división y controles del poder al del absolutismo; el de la libertad de los ciudadanos frente a la opresión monárquica. A pesar de que fue en principio un acto de política interna, esta Revolución es sumamente importante para el Derecho Internacional, ya que cambió el rumbo de la historia del mundo occidental, tanto en lo político como en lo filosófico y, por supuesto, también en lo jurídico.

En esta etapa, comienza a configurarse la escena internacional contemporánea y la cuestión política se apodera del Derecho Internacional.

1.1.3. El Derecho Internacional en el Siglo XIX.

El Siglo XIX se abre con la marca indeleble que ha dejado la Revolución Francesa de 1789. Durante la primera mitad de este siglo, se producen en Europa un gran número de conflictos de dos especies, que se entrecruzan entre ellos: Por un lado, las clásicas luchas por el poder entre los distintos pretendientes a los tronos de ciudades y reinos; por el otro, los conflictos entre las monarquías y las revoluciones liberales, que intentan seguir el ejemplo de la francesa.

Otro hecho político que marcó este período es la independencia de las antiguas colonias americanas, un movimiento que comienza en Estados Unidos en 1776 y que siguen las colonias españolas y portuguesas en América. Ante esta corriente de independencia a nivel continental, Estados Unidos elabora la Doctrina Monroe, en virtud de la cual las potencias de Europa ya no podían intervenir en los asuntos internos de sus antiguas colonias americanas una vez que éstas se independizaban. Estos nuevos estados independientes son admitidos como sujetos de Derecho Internacional (categoría que en tanto que colonias no disfrutaban), ampliándose así el ámbito geográfico de esta disciplina, ya que hasta entonces era un derecho estrictamente europeo.

Pero en los primeros años del Siglo XIX, la escena político-jurídica europea estaba dominada por Napoleón Bonaparte y su intento de conquistar todo el continente. Pero aparte de este peligrosísimo antecedente imperialista, dejó alguna herencia buena como lo fue la codificación del Derecho Civil, en lo que hasta hoy en día se conoce como el Código Napoleón, sistema jurídico que inspiró a un gran número de Estados. En 1815, la Conferencia de Paz de Viena, con la que las potencias europeas pusieron fin al imperialismo napoleónico, fue la primera ocasión en que, por medio de Tratados

Multilaterales, se fundó un derecho comunitario en el cual se creaba un verdadero Derecho Público Internacional¹².

Pero seguía siendo Derecho Internacional de las naciones cristianas, hasta el año 1856 en que se admite Turquía al concierto europeo. Posteriormente, se reconoce el status de sujeto de Derecho Internacional a otras naciones asiáticas y africanas, adquiriendo así el concepto de Universalidad su verdadero sentido, de alcanzar a todos los hombres y a todos los pueblos en forma independiente de su nacionalidad y sus creencias religiosas o políticas.

En este Siglo XIX se instala en Europa la idea de nación¹³, así como la tendencia a la unidad política de los pueblos que se consideran parte de una sola nación. De ahí que los Imperios que surgen en el futuro responderán a esta idea, marcando una diferencia con los que les habían precedido en el tiempo, que se basaban en el concepto de conquista territorial a nombre del emperador.

En la segunda mitad de este siglo (más específicamente, en 1863) se desarrolla la Conferencia Internacional de Ginebra (Suiza), en la cual se crea el Comité Internacional de socorro a los militares heridos que, desde 1876, cambia el nombre por el de Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Nace así una institución que, con los años, iba a ser la primera manifestación de neutralidad absoluta y *humanidad*: La Cruz Roja. Surge como una respuesta al horror de la guerra¹⁴; sus principios fundamentales son: Humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, voluntariado, unidad y universalidad; su ideología principal es la no discriminación en el trato y asistencia humanitarios para lo cual adoptó desde su nacimiento un estricto carácter de neutralidad en todos los conflictos en los que interviene. Esta institución va a dar una impronta decisiva y fundamental al desarrollo posterior del Derecho Internacional, y fundamentalmente en el Derecho Internacional Humanitario.

Otro hecho de gran importancia en estos años de progreso para nuestra disciplina, lo constituyen la internacionalización de los servicios de comunicaciones por medio de las Uniones Universales telegráfica y postal. Así como la Cruz Roja, estas dos

¹² GOMEZ ROBLEDO, Antonio: "Fundadores del Derecho Internacional" ya citado, pp. 7-10.

¹³ La Real Academia Española, define al término *Nación* como: Conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común.

¹⁴ Sus creadores: Henry Dunant, Gustave Moynier, el General Doufour y los Médicos Appia y Maunoir, se inspiraron en una obra del primero, "Recuerdos de Solferino" (1862), en la que relataba los horrores sufridos por los heridos de la guerra por la unidad italiana, que él conoció en la ciudad de Solferino, en 1859.

uniones materializan el ideal de universalidad que, tal como ya lo hemos expuesto, venía subyaciendo en algunos aspectos del Derecho Romano clásico y que luego, reprodujeron los padres españoles del jusnaturalismo.

El Derecho Internacional se extiende cada vez más a otros Estados extra europeos: En América, entre la última década del Siglo XIX y la primera del S. XX, se realizan una serie de conferencias que tienen como objetivo estrechar las relaciones entre los jóvenes Estados del continente e incluso codificar el Derecho Internacional regional, objetivo que no llega a cumplirse.

En Europa mientras tanto, desde 1871 se vivieron varios años de paz, aunque el temor al abrupto surgimiento de un conflicto como los tantos que se habían producido en siglos de historia reciente fue motivo para que las potencias del continente comiencen a realizar inversiones en material armamentístico, cada vez mayores y de peores consecuencias. Con el objetivo -entre otros- de reducir esa escalada armamentista, en 1898 el Zar ruso Nicolás II hace un llamamiento a una conferencia internacional, que finalmente se lleva a cabo en La Haya el año siguiente y que, aunque limitada sólo a algunos Estados, abre la puerta a las futuras conferencias abiertas, que son la base de las organizaciones internacionales.

A ella, además de los estados europeos, asisten Estados Unidos, México, China, Japón, Persia y Siam. Como resultado de esta Conferencia se aprueban: 1) El Convenio para la reglamentación pacífica de los conflictos internacionales, en el cual se crea un tribunal arbitral facultativo para dirimir los conflictos antes de que estalle una contienda; así como el recurso a una comisión de investigación de las causas de disputa entre estados. 2) El Convenio para la reglamentación de las leyes y costumbres de la guerra terrestre; 3) Se hace extensible la Convención de la Ginebra de 1864 (Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña) a la guerra marítima; y tres declaraciones y seis votos cuyo valor fue prácticamente simbólico.

En 1907 se convoca la segunda Conferencia de la Paz, a la que asistieron cuarenta y cuatro estados. Esta Conferencia fue más prolífica que la anterior, aprobándose trece convenios, entre los que destacan: Tres convenios que constituyen una revisión de los de 1899, con títulos similares; un Convenio sobre la limitación del uso de fuerza para el cobro de las deudas contractuales; sobre los Derechos y Deberes

de los neutrales en la guerra terrestre y en la guerra marítima; sobre minas submarinas, automáticas y de contacto; sobre restricciones al derecho de captura en la guerra marítima y sobre la creación de un tribunal internacional de presas. Asimismo se aprobaron cuatro votos y dos declaraciones. Como se ve, al menos en los compromisos internacionales asumidos a nombre de los Estados, los representantes de éstos pretendían una humanización de la guerra, en la que los tratados avanzaban poco a poco.

Muchos de estos convenios todavía están vigentes, integrando la parte del Derecho Internacional que se conoce como “Derecho a la guerra” o “Derecho de La Haya”, cuyo contenido tiene como fin limitar los métodos o los medios para hacer la guerra.

Los cambios introducidos por las Revoluciones Francesa y Norteamericana, la creación de la Cruz Roja, los primeros Convenios Humanitarios y la independencia de las antiguas colonias hace que este período sea el de la institucionalización del humanitarismo en el Derecho Consuetudinario, aunque -tal como veremos a continuación- no en la práctica política de los Estados.

1.1.4. El Derecho Internacional en el Siglo XX

Como ya sabemos, en el año 1914 estalla la Primera Guerra Mundial, siendo los dos bandos enfrentados: Por una parte, las Potencias del Eje: Alemania, el Imperio Austro-Húngaro, Bulgaria y Turquía; y, por la otra parte, los aliados: Francia, Rusia, Italia, Gran Bretaña, Rumania, Grecia, Japón y otros¹⁵ a quienes se sumó, en 1918, Estados Unidos. Ese mismo año concluye la guerra con un triunfo de los aliados.

Mientras tanto, en 1917, en Rusia, estalla una revolución que lleva al poder a Lenin y Trotsky quienes, en lo ideológico, se basaban principalmente en el Manifiesto Comunista de Karl Marx de 1848, y en lo político, en la facción mayoritaria del Congreso (bolcheviques), compuesta por obreros, campesinos y soldados. Este nuevo estado comunista tenía como premisa el desclasamiento de la sociedad¹⁶, para lo cual se debía imponer un régimen totalitario y de fronteras cerradas, que consideraba a los estados democráticos y liberales como sus enemigos. A pesar de ello, los principios de la Revolución Comunista, muy especialmente los que derivan de la dignidad de las

¹⁵ Llegaron a ser 27 estados los que le declararon la guerra a Alemania y sus potencias aliadas.

¹⁶ Noción que, paradójicamente, se oponía al gobierno del proletariado que también preconizaban.

personas y que propugnan la intervención o regulación estatal en el mercado laboral, protegiendo a la parte débil (trabajadores) frente a la más poderosa (patrones), así como prestando asistencia a los necesitados y asegurando entre la población la satisfacción de las necesidades básicas mínimas (alimento, salud y educación), con el tiempo se han ido incorporando como principios fundamentales del Estado de derecho, conocidos como principios de justicia social en todas las democracias del mundo. Pero no sólo a los Estados democráticos se ha extendido esa ideología, sino también al ámbito internacional, siendo la idea guía de gran parte de la acción de la ONU y de muchas otras organizaciones internacionales, mundiales y regionales.

Ya terminada la guerra, en enero de 1919 se abre la Conferencia de la Paz, limitada a las potencias aliadas ya que las del Eje no eran admitidas. Por ello, los acuerdos de paz fueron redactados exclusivamente por los Estados vencedores. Woodrow Wilson, entonces Presidente de los Estados Unidos asiste a la conferencia con el principal objetivo de crear una Sociedad de Naciones.

El 28 de junio de 1919 los Aliados firman con Alemania el Tratado de Paz de Versalles; y, luego, otro con cada una de las potencias vencidas. Estos Tratados incluyen el Pacto de la Sociedad de las Naciones, primera organización internacional abierta a todos los estados libres y soberanos, cuyos principales objetivos eran la paz, el respeto a las normas de Derecho Internacional y una política internacional transparente, clara y justa entre sus miembros. Se establece un sistema para la solución de las diferencias que surjan entre los Estados, a efectos de evitar el recurso a la guerra. Paradójicamente, también contenía una especie de acuerdo de defensa común en caso de agresión a uno de los miembros. A pesar de que Wilson fue el principal impulsor de este proyecto de unión, no logró en su país la ratificación del tratado por lo que Estados Unidos no formó parte de la Sociedad de las Naciones. Esta ausencia de la potencia americana fue uno de los motivos que llevó a la Liga de las Naciones al fracaso.

En cumplimiento de uno de los objetivos de la nueva Organización, se designó una Comisión cuya función fue crear el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, llamado a entender en general en las diferencias que surgieran en las relaciones entre los Estados, aunque su jurisdicción no era obligatoria. Entró en funciones en 1922.

Los Tratados de Versalles también dan nacimiento a la Organización Internacional del Trabajo, impulsada en gran parte por la ideología marxista de la

revolución soviética, ya que su principal objetivo es la expansión de la justicia social, así como la protección y mejora de la situación social de las clases trabajadoras. Sus órganos están compuestos por un cincuenta por ciento de representantes de los Gobiernos de los Estados y un veinticinco por ciento respectivamente de representantes de trabajadores y de los empleadores.

En otro aspecto de los Tratados, Alemania, como potencia vencida, ve reducido su territorio en todas las zonas en disputa y pierde todas sus colonias; y es sometida a un régimen de control y limitación de su ejército y de su producción armamentística por las potencias vencedoras, principalmente Francia, Inglaterra, Rusia e Italia. En lo económico, debió hacerse cargo de todos los daños producidos por la guerra y, aunque se intentó que esto se haga en forma acorde con su capacidad económica, en la práctica la suma de todas estas condiciones produjo una gran crisis social, moral y económica en la Alemania de la posguerra, que generó los sentimientos de rencor e impotencia que aprovechó Hitler para intentar llevar a cabo su delirio de dominación mundial.

Cabe agregar que en la sexta Asamblea de la Sociedad de las Naciones (1925) se aprueba una propuesta de declarar a la guerra de agresión un crimen internacional. En la siguiente sesión (1927) se aprueba una declaración de prohibición de la guerra de agresión, y el compromiso de búsqueda de un medio de solución pacífica de las diferencias que surjan entre los Estados. Con el antecedente de esa declaración y siguiendo la doctrina del Ministro de Exteriores francés y el Secretario de Estado de Estados Unidos, se firma en París el 27 de agosto de 1928 un pacto conocido como el Pacto Briand-Kellog, por el cual los suscriptores se obligan a no utilizar la guerra como elemento de política nacional ni en sus relaciones recíprocas y a buscar un medio pacífico de solución de sus controversias¹⁷. El pacto estaba abierto a todas las naciones que quisieran adherirse, haciéndolo un total de cincuenta y cuatro.

Entre 1918 y 1939, continúa en cierto sentido la política internacional europea de los tratados bi o plurilaterales, cuyos objetivos eran, en su mayoría, la alianza militar y política.

¹⁷ Este Pacto tiene suma importancia en el desarrollo del Derecho Penal Internacional, ya que fue citado como fundamento jurídico de la Sentencia del Tribunal de Núremberg, pues tanto Alemania, como Italia y Japón lo habían ratificado, renunciando así a la guerra y comprometiéndose a buscar soluciones pacíficas en sus controversias con otros Estados. La violación de estas obligaciones configuró, según la opinión de los jueces de Núremberg, delito de guerra.

En el plano ideológico, los teóricos del derecho internacional se esforzaban por limitar los poderes de la soberanía y hacer prevalecer al derecho internacional por sobre el interno. También hubo varias obras sobre la Sociedad de las Naciones y sobre la Corte Permanente de Justicia Internacional. La guerra deja de considerarse un derecho subjetivo del gobernante y se hacen esfuerzos por ponerla fuera de la ley¹⁸.

Como es bien sabido, en septiembre de 1939, la Alemania de Hitler invade Polonia, acto que ocasiona el inicio de la Segunda Guerra Mundial así como el final de la Sociedad de las Naciones, debido a su fracaso en lograr los objetivos de paz que la organización se había planteado.

Esta guerra finaliza en 1945 con los Tratados de Londres, cuyas cláusulas preveían juzgar a quienes hubieran cometido crímenes de guerra, en los Estados en los cuales esos crímenes hubieran sido cometidos; exceptuando a los máximos responsables del régimen Nazi, para quienes se creó un Tribunal Militar con asiento en la ciudad alemana de Nüremberg, compuesto por cuatro jueces que representan a las potencias vencedoras: Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Rusia. Este tribunal juzgó y castigó a la mayoría de las máximas autoridades de la Alemania Nazi. Para los crímenes de guerra cometidos por los japoneses, se instituyó otro Tribunal, conocido como el Tribunal de Tokio, cuya función y resultados fueron similares al de Nüremberg¹⁹.

Entre los años 1942 y 1944 se llevaron a cabo algunas conferencias entre Roosevelt (Presidente de EE.UU.); Churchill (Primer Ministro Británico) y Stalin (Presidente de la U.R.S.S.) en las que se fijan las bases para que, el 25 de abril de 1945, en la ciudad norteamericana de San Francisco, se firme la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

La ideología en que se funda este nuevo organismo es el respeto a la igualdad soberana de todos los Estados; su vocación es la universalidad y su misión primordial y prevalente es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, eliminando el flagelo de la guerra que, una vez más, había azotado a Europa y a otras partes del mundo. Se crea asimismo la Corte Internacional de Justicia como órgano jurisdiccional de Naciones Unidas, y que reemplazaría a la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Se materializaba así en forma definitiva en Derecho Internacional la idea de una Universalidad basada en Tratados Internacionales y asociaciones abiertas a todos los

¹⁸ KOLB, Robert, Op. Cit.

¹⁹ Los Estatutos de estos dos tribunales son analizados *infra*, en la Segunda Parte.

Estados que, como hemos visto, había comenzado a gestarse a fines del siglo anterior, con las Uniones Universales de servicios públicos y las Conferencias de La Haya. Pero esta universalidad no era preeminente ni incompatible con los sentimientos de regionalidad que habían comenzado a exteriorizarse en el continente Americano a principios de siglo, con varias Conferencias Panamericanas y que también tomó cuerpo definitivamente después de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la Organización de los Estados Americanos. A ella le siguieron la Liga Árabe y la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA, 1951), que fue la primera piedra de lo que hoy es la Unión Europea, única organización que avanzó hasta convertirse en una confederación de Estados soberanos, al día de hoy con veinticinco miembros.

A partir de su creación, la Organización de las Naciones Unidas y, más específicamente, su Asamblea General²⁰ fue la gran impulsora del desarrollo del Derecho Internacional convencional universal, ya que desde su creación aprobó un gran número de tratados internacionales abiertos a todos los Estados que deseen suscribirlos. Los desarrollos más significativos se produjeron en el campo de los Derechos Humanos, la independencia y la no injerencia de cada Estado con respecto a otro, la protección, privilegios e inmunidades del personal de Naciones Unidas, etc. En el capítulo de Derechos Humanos, los principios en los que se ha avanzado, presentes en la mayoría de las normas son las libertades (civiles, políticas, religiosas, sexuales, de educación e información, etc.), el principio de la no discriminación en razón del sexo, raza o religión y la dignidad e inviolabilidad de la persona. Se han regulado por medio de tratados internacionales igualmente la exploración del espacio aéreo y el Derecho del Mar.

Ya antes de la finalización de la guerra, surgen diferencias entre Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, basadas en la competitividad que se estableció entre ambas por la preeminencia ideológico-política sobre el resto de los Estados del planeta. Al suscribirse los tratados de paz, Rusia, que había quedado como una de las grandes potencias vencedoras en el conflicto, consigue tener bajo su control todos los estados europeos con los que tenía frontera hacia el oeste, formando con ellos

²⁰ Durante la segunda mitad del siglo XX la diametral oposición entre Estados Unidos y la Unión Soviética, ambos miembros permanentes y con derecho a veto del Consejo de Seguridad, mantuvo a éste en una situación de virtual inoperancia ya que gran parte de los proyectos apoyados por una de las dos potencias eran automáticamente y sólo por ese motivo, vetados por la otra.

una franja defensiva frente a cualquier agresión que provenga de más allá de esas fronteras.

Esa gran tensión fue creciendo hasta dar lugar a otra gran carrera armamentista, esta vez de impensable peligrosidad, no sólo porque las armas son cada vez más sofisticadas, precisas, y efectivas, sino también porque muchos de los nuevos tipos de armas prolongan sus efectos destructivos en el medio natural y en el tiempo, incluso por generaciones. Esta situación fue llamada la “Guerra Fría”, en la que ambas potencias tenían sus grandes armas apuntando hacia la otra y sus territorios de influencia, y era tanta la tensión que se temía que por cualquier conflicto, uno de ambos bandos presionase el “botón rojo” que llevaría a una tercera guerra mundial, de resultados inimaginables.

Es obvio que durante el período que duró ese enfrentamiento, hubo pocos acuerdos en Naciones Unidas sobre temas de importancia. En general, lo que convenía a uno de los bandos era rechazado, por ese simple motivo o por otros, por el otro. Así, relativamente pocos fueron los avances que se produjeron en el derecho internacional positivo.

Un gran avance del derecho y la política internacionales en la segunda mitad del S. XX, debido en forma indirecta a los ideales de igualdad soberana, independencia política y autodeterminación de los pueblos que inspiran a la Organización de las Naciones Unidas, es la independencia los pueblos afroasiáticos que a esa época todavía constituían colonias de distintas potencias europeas. Según MIAJA DE LA MUELA: *“Donde más había de notarse la tendencia a la creación de nuevos Estados es en África, continente en el que en 1945 solamente existían cuatro países independientes: Egipto, Etiopía, Liberia y la Unión Surafricana; en los diez años siguientes, otro Estado africano solamente, Libia, había accedido a la independencia”*²¹. En 1960, en su XV reunión, la Asamblea General de la ONU dicta la Res. N° 1514 (XV), “Declaración de concesión de independencia a los países y pueblos coloniales”, en la que se ensalza el derecho de cada pueblo a la autodeterminación, se condena el colonialismo y se lo declara contrario a los principios de la Carta.

²¹ MIAJA DE LA MUELA, Op. cit., pág. 676.

1.2. CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

En 1989 la historia del mundo da otro giro. Si bien en la década precedente la Guerra Fría había comenzado a apaciguarse, en gran parte debido al evidente debilitamiento económico de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URRSS), hecho que dio fin al régimen comunista de la Unión, cuya caída se ubica en 1989, año en que el pueblo de Alemania Oriental derribó el conocido como Muro de Berlín, que dividía a ambas Alemanias. La URRSS se desintegró, siendo hoy la mayor potencia que la componía, Rusia, un Estado con influencia política pero con una economía muy pobre, y con conflictos internos causados por las pequeñas repúblicas absorbidas por la gran potencia, especialmente Chechenia.

Como ya se ha mencionado, la Unión Europea es un bloque cada vez más unido, lo que ha revolucionado la ciencia del Derecho Internacional ya que se ha creado una nueva especie de asociación de Estados, con órganos propios, algunos intergubernamentales y otros elegidos por la población; con una gran parte de su sistema jurídico unificado y el resto reservado a los Estados miembro; y que acaba de firmar una Constitución, que será ratificada en el 2005. Esta Unión de Estados influyó en el mundo del Derecho Internacional no sólo en cuanto a su propia conformación, sino también porque ella misma mantiene relaciones con los demás sujetos internacionales.

Siguiendo en cierto sentido el ejemplo de la Unión Europea, han surgido otras asociaciones de Estados, como por ejemplo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, en sus siglas en inglés), formado por los tres Estados norteamericanos: Canadá, Estados Unidos y México. También el MERCOSUR (Mercado Común del Sur, formado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay con Chile y Bolivia) constituye otra asociación de Estados. Sin embargo, estos dos bloques están aún lejos de llegar a una verdadera Unión.

Según REMIRO BROTONS²², en esta etapa las relaciones entre los Estados han pasado de la coexistencia a la cooperación lo que, además de motivar la creación de innumerables y heterogéneas organizaciones internacionales, influye para que se incorporen al Derecho Internacional, las normas obligatorias o cogentes.

²² REMIRO BROTONS, Antonio, Op. Cit, pág. 35 y ss.

CARRILLO SALCEDO²³ agrega una nota más a la configuración actual del Derecho Internacional:

“Concebido tradicionalmente como un orden jurídico distribuidor de competencias y regulador de las relaciones de coexistencia y de cooperación entre Estados soberanos, el Derecho Internacional se ve hoy investido de una misión de transformación de la sociedad internacional, al servicio de la paz, la promoción y protección de los derechos humanos, el desarrollo integral y sostenible de los pueblos, y la preservación ecológica del planeta. Esto es, una misión en la que el Derecho Internacional se configura como un orden jurídico constructor de condiciones de paz y de una comunidad de iguales”.

Por otra parte la creación y desarrollo de organismos o asociaciones internacionales como la ONU, las organizaciones regionales (el Consejo de Europa, OEA, ASEAN, Unión de Repúblicas Africanas, etc.) y los bloques económico-políticos tales como la UE, el NAFTA, MERCOSUR, etc., han sido posibles gracias a un hecho novedoso en la historia de los Estados soberanos (y por lo tanto, de las relaciones entre esos Estados), cual es la delegación de funciones inherentes a la soberanía, que implica un desmembramiento y una limitación para ésta, algo impensable en los estadios anteriores de la evolución del derecho.

Nosotros consideramos que, aparte de esta profundización de la integración interestatal -e incluso entre distintos bloques de integración, como son la Unión Europea y Mercosur-, el Derecho Internacional Público del Siglo XXI tiene dos características principales:

Por un lado, la lucha contra el terror en todas sus formas: El terrorismo es una de las principales preocupaciones, de la Comunidad Internacional y de los Estados individuales como tales, ya que en su última forma no conoce de fronteras, de raza ni de religión. Los ataques son cada vez más sangrientos e inesperados, y todo el esfuerzo que se ha puesto hasta el momento para frenar sus consecuencias se ha demostrado insuficiente.

También se han abierto varios frentes de lucha contra la pobreza, causa principal de la desnutrición que sufre la mitad de la población mundial pero también causa de situaciones de violaciones masivas de derechos humanos, que dejan millones de personas refugiadas, sin techo, agua, medicinas ni alimentos para satisfacer sus

²³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: “Introducción al Derecho Internacional. Estructura del Derecho Internacional, Primera Parte”. Apuntes de la 1ª Maestría en Jurisdicción Penal Internacional, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida, 2002.

necesidades básicas. En estos temas, las ONGs que actúan a nivel internacional tienen cada vez más voz, una voz que suena cada vez más alto y a la que nadie puede dejar de escuchar. Aunque no son actores para el Derecho Internacional, y no se prevé en el futuro cercano que vayan a adquirir personería jurídica internacional.

Por el otro lado, la otrora confrontación entre Estados Unidos y la Unión Soviética, se ha convertido luego de la caída de esta última, en confrontación de Estados Unidos contra el resto del mundo (salvo algunas pocas excepciones), de modo que los pocos avances del Derecho Internacional a nivel multilateral, por lo general se hacen sin el apoyo de esta Potencia. Ello se debe entre otras razones, a su política de guerra preventiva y métodos de lucha contra el terrorismo, que no respetan los derechos humanos y las libertades básicas de ciudadanos extranjeros y que merecen el rechazo de la Comunidad Internacional en su conjunto.

Finalmente, a pesar del gran avance de los Derechos Humanos y de la voluntad de Estados y Organizaciones Internacionales democráticos, que tienen como objetivo la difusión del respeto a la dignidad del individuo, todavía quedan muchos Estados en los que no se respetan los Derechos Fundamentales, lo que constituye una materia pendiente del Derecho Internacional.

1.3. CONCEPTOS DE DERECHO INTERNACIONAL

En este apartado, nuestra intención no es llegar a una definición única de derecho internacional, por dos razones: En primer lugar, existe un gran número de definiciones pensadas por grandes maestros, lo que haría inútil nuestro esfuerzo ya que no podríamos mejorarlas. En segundo lugar, a los efectos de este trabajo (aproximarnos al Derecho Penal Internacional) no es necesario ahondar en el concepto del Derecho Internacional, sino que basta con lograr una caracterización del mismo. A estos efectos, consideramos suficiente proponer unas pocas consideraciones vertidas por algunos altos representantes de la doctrina jusinternacionalista española, con algunas notas de nuestra producción personal.

MIAJA DE LA MUELA considera incorrecto definir el Derecho Internacional por su aspecto material, dado que el contenido de esta rama del Derecho es tan variable,

que una definición material puede ser correcta para el momento en que se realice, pero puede volverse incorrecta cuando las circunstancias cambien. Por eso, se inclina a favor de una definición formal del Derecho Internacional, comprendiendo como tal el conjunto de normas que emanen de una fuente internacional. Aunque agrega a esta definición, que el Derecho Internacional es el ordenamiento de una concreta comunidad²⁴. Esta definición formal del Derecho Internacional deja fuera de su ámbito el Derecho Internacional Privado, que en su mayoría es de fuente interna.

En otro párrafo de su obra²⁵, al analizar la relación entre Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales, ambos como ciencia, manifiesta que el primero “*es la ciencia de las relaciones internacionales, desde un especial ángulo visual, el jurídico*”. Advierte luego al jurista internacional que su misión no es “*hacer política o sociología internacional en cuanto tal jurista...*”; aunque “*Claro es también que las ciencias que estudian igual o semejante objeto desde diferentes ángulos visuales se auxilian recíprocamente, y, en este sentido, el cultivador del Derecho internacional debe tener amplio conocimiento de los resultados alcanzados por las investigaciones en el campo de las International Relations*”.

Como expresión del realismo jurídico, REMIRO BROTONS²⁶, sin dar una definición sino una caracterización del estadio actual de este derecho, lo denomina “*derecho de la sociedad internacional*”. Si bien define a ésta como “*básicamente, la sociedad de los Estados soberanos*” (op. cit., pág. 24), agrega luego que, además de los Estados, han surgido otros sujetos en esa sociedad, cuales son las organizaciones internacionales, las organizaciones supraestatales surgidas de los nuevos procesos de integración, los *pueblos* y los movimientos de liberación nacional²⁷.

En PAZ BARNICA, EDGARDO²⁸, encontramos distintas definiciones del Derecho Internacional Público: Según el Derecho Natural, sería “la manifestación de la justicia en las relaciones interestatales o internacionales” (Pág. 13), definición que a nuestro entender es errónea, entre otros elementos, porque identifica justicia con derecho; “La ciencia que tiene por objeto el estudio de los principios jurídicos

²⁴ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, op. cit., Pp. 30-38.

²⁵ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, op. cit., Pp. 292-293.

²⁶ REMIRO BROTONS, Antonio: “Derecho Internacional Público. 1. Principios fundamentales”, Ed. Tecnos, Madrid, 1982; pág. 23 y ss.

²⁷ REMIRO BROTONS, Op. Cit., pág. 41 y ss.

²⁸ PAZ BARNICA, Eduardo: “LECCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO”. Ediciones Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1984; Págs. 13 y 14.

destinados a regular las relaciones entre los miembros que integran la comunidad internacional” (Pág. 14), concepto que, por limitarse a los principios, nos parece insuficiente. En la pág. 14 de la obra citada aparece la siguiente definición: “el conjunto de normas que, agrupadas en un sistema, forman el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional”, que nos parece bastante acertada.

Este autor²⁹, agrega otro elemento a esas definiciones, al analizar las funciones que cumple el Derecho Internacional Público, y concluir que: “... *la función que desempeña el derecho internacional público se encuentra en relación directa con los sujetos que forman parte de la comunidad internacional. En base a ello, estimamos que también le compete... (otra) función, cual es la de **reglamentar la participación del individuo en aquellos casos en que figura como sujeto de derecho internacional público, como destinatario directo de las normas jurídicas internacionales***”. Aunque en Derecho Internacional algunas reglamentaciones referentes a derechos y obligaciones de los individuos van ganando en amplitud, la realidad es que la persona humana no es considerada sujeto en esta rama muy especial del derecho, y no se advierte en el horizonte próximo ningún elemento que autorice a pensarlo así.

CARRILLO SALCEDO en un pasaje de su obra expresa lo que él considera los objetivos del Derecho Internacional clásico: La regulación de las relaciones entre Estados soberanos, dentro de los límites estructurales inherentes a un ordenamiento jurídico descentralizado³⁰.

TRUYOL Y SERRA, por su parte, sostiene que el Derecho Internacional Público es “*el conjunto de normas que regulan en función de la justicia las relaciones entre Estados y otros entes sociales con poder de autodeterminación (es decir, no sometidos jurídicamente entre sí o con respecto a otra comunidad) o directamente actividades individuales según un procedimiento internacional*”³¹.

Como bien lo indica MIAJA DE LA MUELA, la definición de Derecho Internacional varía constantemente, según los cambios que se produzcan en el estudio científico de la disciplina. La mayoría de las definiciones citadas se refieren a los *Estados* como sujetos de este Derecho, o al ámbito de desarrollo y aplicación del

²⁹ Op. Cit., pág. 20.

³⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: “Soberanía del estado y derecho internacional”, 2ª edición. Ed. Tecnos, Madrid, 1976. Pág. 45.

³¹ TRUYOL Y SERRA, Op. Cit., pág. 16.

mismo, la *Comunidad Internacional*. Esta tiene como sujetos a los Estados y a las Organizaciones Internacionales. De este modo, exceptuando la mención a las funciones del Derecho Internacional que hace PAZ BARNICA, ninguno de estos autores incluye al individuo en su definición de esta materia. Y es que, como lo hemos mencionado, el individuo no es sujeto para el Derecho Internacional. Sin embargo, algunas normas internacionales lo afectan en forma indirecta (las normas de Derechos Humanos) o directa (las normas, principalmente laborales, que regulan el status de los trabajadores y representantes de los organismos internacionales), entre las cuales debemos incluir, desde el año 2002, la relación entre la Corte Penal Internacional y los acusados de los delitos que caigan bajo su jurisdicción.

2. DERECHO PENAL

A pesar de que el Derecho Penal es una fuente importante del Derecho Penal Internacional, debemos reconocer que su sustrato filosófico-jurídico es contradictorio con la idea de Universalidad que conlleva el Derecho Penal Internacional. Ello así, pues el Derecho Penal es absolutamente estatista; los principios de atribución de jurisdicción excluyen la idea de extra-estatismo: *Lex loci*, personalidad pasiva, los efectos del delito, etc. Ello se debe a que el concepto central sobre el que se levanta el derecho penal es el del monopolio de la fuerza por parte del Estado. Fuera de esta idea, al menos hasta finales del Siglo XX, no existía Derecho Penal³².

A pesar de ello, el Derecho Penal Internacional se nutre, en gran parte, del Derecho Penal interno de los Estados³³, de los cuales, recordemos, existen dos grandes

³² La única excepción a este estatismo, que surgió en las últimas décadas del Siglo XX, fue la Jurisdicción Universal como título de habilitación de jurisdicción.

³³ CASSESE, Antonio: "International Criminal Law", Oxford University Press, New York, 2003. Pp. 18-20.

sistemas: El sistema sajón, llamado del “*case law*”, y el sistema codificado o del “*civil law*”. La influencia de ambos sistemas se aprecia especialmente en la parte general del DPI.

La aplicación de las normas de Derecho Penal interno en el ámbito internacional fue reconocida por el Tribunal de Nüremberg en sus sentencias, en las cuales cita como fundamento jurídico de las condenas, “*the general principles of criminal law as derived from the criminal laws of all civilized nations, the internal penal laws of the countries in which such crimes were committed*” (los principios generales del Derecho Penal que emanan de los sistemas penales de todas las naciones civilizadas, las leyes penales internas de los países en los cuales los crímenes fueron cometidos).

2.1. CARACTERIZACIÓN Y CONCEPTO DE DERECHO PENAL

La función del Derecho es resguardar el orden de la convivencia humana en comunidad. Ese orden se quebranta cuando una conducta humana contradice una norma jurídica, en cuyo caso el sistema jurídico se pone en marcha para intentar recomponer ese orden. Cuando esa conducta lesiona un bien (o valor) que en ese orden jurídico se considera fundamental, la parte del sistema jurídico que se pone en marcha es el Derecho Penal, a efectos de determinar quien fue el responsable de ese quebrantamiento y, en su caso, aplicarle una pena. Así, el Derecho Penal tiene dos funciones: Una *represiva*, la de sancionar al autor de la conducta disvaliosa; y otra *preventiva*, la de intentar desalentar conductas de esa índole, ya sea por la misma persona o por otras, por medio de la amenaza de la pena. Pena que consiste en la privación de un bien preciado para el responsable de esa conducta: La libertad o parte de su patrimonio en los sistemas de respeto a los derechos humanos fundamentales³⁴.

Las normas penales y, entre ellas, más específicamente, las que describen tipos penales, suelen más que en cualquier otra rama del derecho dictarse luego de la

³⁴ En algunos ordenamientos jurídicos hay casos en que los individuos deben responder con su integridad física (justicia conocida como del “ojo por ojo” que todavía se encuentra en algunos Estados con predominio del fundamentalismo islámico) o con su vida (pena de muerte); pero estas penas violan derechos humanos fundamentales reconocidos y protegidos por el Derecho Internacional, cuales son el derecho a la vida (el valor jurídico más importante de todos y por lo tanto, el primero de los derechos humanos a respetar), a la integridad física y a la dignidad humana.

situación social que las hacen necesarias, ante una repetición de la conducta disvaliosa, que plantea un problema grave para la sociedad. Esas conductas consisten en la lesión grave a un bien considerado de alto valor para esa sociedad en ese momento; bien que el Estado debe proteger, si es necesario, con un castigo consistente en la privación de uno de los bienes más valiosos para la persona que ha incurrido en la conducta lesiva: Su libertad.

Merced a estas características del Derecho Penal, se le atribuyen otros dos caracteres: La punición debe ser el último recurso del sistema jurídico para la prevención de las lesiones graves a los bienes esenciales, ya que deben existir en otras ramas del derecho normas que ordenen la vida en sociedad y las interrelaciones subjetivas de tal modo que, actuando de acuerdo a derecho, se evite el recurso a los hechos considerados delictivos. Ante los casos de conductas que lesionan bienes valiosos para la sociedad, es siempre recomendable que sea alguna otra rama del derecho la que intente recomponer el orden social quebrantado³⁵; sólo en los casos en que los otros preceptos jurídicos resulten insuficientes para prevenir o reprimir esas conductas, se debe recurrir al derecho penal³⁶. Y, derivándose de esa condición, encontramos que las normas del Derecho Penal se fundamentan en otras disciplinas, en su mayoría jurídicas, pero también de otra índole tales como la filosofía, la ética, la medicina, la biología, la química, etc³⁷.

Según CALDERON y CHOCLAN³⁸: “*En la dogmática actual, el concepto de bien jurídico contiene una referencia central al individuo (concepto personal de bien jurídico) y a las condiciones en función de las cuales aquél puede realizar legítimamente sus intereses*”. Esta nueva concepción de los bienes jurídicos abre el paso a la nueva categoría de *bienes jurídicos colectivos*, también protegidos por el Derecho Penal.

³⁵ Recordemos que las normas jurídicas en general, y más específicamente las de derecho penal, no prohíben conductas sino que atribuyen consecuencias a determinados actos considerados jurídicamente trascendentes.

³⁶ Ocurre con frecuencia que en una determinada sociedad se presenten conductas problemáticas y, ante el reclamo de los componentes de esa sociedad sus líderes no tengan capacidad para generar respuestas satisfactorias, por lo que recurren a la tipificación y punición de esas conductas, remedio que tampoco contribuye a corregir los resultados de esas conductas ni a prevenir su repetición.

³⁷ Cfr. GIL GIL, Alicia, Op. Cit., pág. ; RODRIGUEZ DEVESA, José María: “Derecho Penal Español. Parte General” Segunda Edición, Madrid, 1971. Págs. 10-11;

³⁸ CALDERON, A; CHOCLAN, J.A.: “Derecho Penal. Parte General”. Tomo I. Ed. Bosch, Barcelona, 2001. Pp. 20-24.

Para RODRÍGUEZ DEVESA, el Derecho Penal es “*el conjunto de normas que regulan los delitos, las penas y otras medidas preventivas. Forma parte del Derecho Público interno de un determinado Estado o sociedad políticamente organizada*”. Este autor distingue entre: Derecho penal objetivo, que es el conjunto de normas (Op. Cit., pág. 10) y el Derecho Penal subjetivo, “*el derecho del Estado a establecer normas penales y aplicarlas cuando se cumplan los requisitos en ellas prevenidos*” (Pág. 33).

El Derecho Penal, desde un punto de vista formal, es el conjunto de normas y principios que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta sancionada con una pena o una medida de seguridad. Las normas del Derecho Penal determinarán qué conductas humanas deben ser sancionadas con una pena o una medida de privación de la libertad o económica; o, lo que es lo mismo, determinarán qué conductas son consideradas delitos para ese sistema jurídico. El sentido de este derecho es dar la máxima protección posible a los valores que en la sociedad implicada se consideran los más altos, y se basa en el poder punitivo que al Estado le fue otorgado por la sociedad al momento de su constitución como tal. Pero ese poder punitivo no es ilimitado; muy por el contrario, las propias normas constitucionales limitan la potestad de legisladores y de jueces al dictar y aplicar normas con consecuencias penales. Esos límites existentes en todo estado democrático y de derecho, se denominan *garantías* para los acusados, y tienen el rango de derechos fundamentales no sólo en esos Estados, sino también en el Derecho Internacional.

En el estadio actual de la ciencia del Derecho Penal, existe además del nacional, una porción denominada Derecho Penal Supranacional, aquél que protege valores considerados supremos por un conjunto de Estados o región; por ejemplo, el Derecho Penal Europeo que, en el actual estadio de desarrollo del Derecho de la Unión Europea, todavía está delegado al ámbito estatal de los miembros.

2.2. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PENAL

Desde la organización de las sociedades humanas en comunidades políticas (y religiosas, en muchos pueblos de la antigüedad y hasta el medioevo), el *poder punitivo*

del estado era ejercido por el gobernante de una manera ilimitada, ya que éste tenía el poder de dictar las leyes y aplicar las penas, función que era muchas veces realizada a través de sus representantes. En la edad media, la Iglesia tenía asimismo todo un sistema penal aplicado a quienes eran sospechados de “*herejía*”, con normas de fondo y de forma dictadas por la misma Iglesia y que eran ejecutadas por los llamados tribunales de la inquisición, que aplicaba penas de una forma absolutamente arbitraria e irrespetuosa de la persona del acusado.

Tal como hemos visto liminarmente en la historia del Derecho Internacional, la independencia de los Estados frente al imperio y al poder religioso se logró mediante la implantación de regímenes monárquicos absolutistas, que se puede describir en forma sencilla con la frase atribuida a Luis XIV de Francia (1638-1715): “*L’etat, c’est moi*” (el Estado soy yo). Es decir, la soberanía residía exclusiva e ilimitadamente en el monarca. La revolución francesa introdujo un abrupto cambio en la concepción de soberanía de ese país (concepción que de a poco fue extendiéndose a los demás estados europeos y extra-europeos), que pasó a residir en la población, quien la ejerce por medio de representantes elegidos entre los individuos que la forman, entre quienes existe una especie de contrato cuyas normas básicas, a ser respetadas tanto por representantes como por representados, se encuentran en la Constitución del Estado. En ella se establece una estricta división de las tres funciones principales del poder del Estado: Legislativa, ejecutiva y judicial. La independencia y controles mutuos entre los representantes del pueblo que ejercen estas tres funciones, constituyen una garantía para los ciudadanos frente a posibles abusos de poder y arbitrariedades por parte de esos representantes. Así ocurre en la totalidad de los Estados democráticos de la actualidad, pues aquellos que no cumplen estos principios no son estados democráticos.

A su vez, el poder punitivo del estado consiste en la facultad que tienen sus representantes de aplicar *sanciones* consistentes en privar, a los responsables de las conductas consideradas *delitos*, de un bien considerado valioso para ellos. Por ello, esta facultad o *poder punitivo* debe ser ejercido con las máximas *garantías* para los ciudadanos, quienes tienen que asegurarse de que no serán privados de esos bienes en forma abusiva o arbitraria. Para ello, se incluyen en las constituciones democráticas ciertas cláusulas que son materialmente de *derecho procesal penal*, en las que se expresan esas garantías para los ciudadanos, frente al poder punitivo del Estado. Es

obvio que esto sólo puede lograrse en aquellos Estados en que la soberanía reside efectivamente en el pueblo y los funcionarios o representantes respetan y cumplen la división de funciones así como las normas jurídicas que de ella derivan (Estado de Derecho).

Esas garantías constitucionales son *principios fundamentales* de Derecho Penal, y su práctica repetida en todos los Estados democráticos y de derecho ha hecho que, a partir de la segunda mitad del Siglo XX sean recogidos en todos los tratados internacionales (universales y regionales) de Derechos Humanos, convirtiéndose así en principios fundamentales también de este derecho.

Esos principios o garantías son:

1. *Principio de legalidad.*

Es una de las expresiones de la división de funciones, ya que en virtud de este principio el Juez penal debe someterse a la ley. Tiende a preservar la seguridad jurídica, ya que su finalidad es que todo individuo, al momento de ejecutar en forma consciente, libre y voluntaria, un acto calificado como *delito* en el sistema jurídico al que ese individuo está sometido, conozca las posibles consecuencias penales que ese acto pueda conllevar³⁹.

Este principio se puede resumir de la siguiente forma: “*Nadie puede ser condenado sino en virtud de sentencia judicial basada en una ley anterior al hecho del proceso*”. Sin embargo, tiene infinidad de formulaciones positivas, ya que cada Estado le da su propia redacción. En la Constitución Española, por ejemplo, se haya en el TITULO I. De los derechos y deberes fundamentales; Capítulo segundo: Derechos y libertades; Sección 1ª De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, Art. 25.1 con la siguiente redacción: “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”. La Constitución de la Unión Europea lo incluye en su Parte II: “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión”, Título VI: “Justicia”; “Artículo II-49: PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LOS DELITOS Y LAS PENAS. 1.- Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya

³⁹ RODRIGUEZ DEVESA expresa: “*La nota de legalidad característica del derecho punitivo moderno hace que ese estudio tenga que versar siempre sobre un determinado derecho positivo, esto es, condicionado por circunstancias históricas de tiempo y espacio.*” RODRIGUEZ DEVESA, Op. Cit.

sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho Nacional o el Derecho Internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida...”

Indicaremos en primer lugar, que la expresión “*momento*” se refiere al momento de ejecución de la conducta -acción u omisión- y no al momento de la sentencia condenatoria, tal como requiere la seguridad jurídica mencionada.

En los sistemas jurídicos continentales (o de derecho codificado), se entiende por *ley anterior* la ley en sentido formal y positivo, una norma válidamente dictada por el poder legislativo con carácter de ley (ley escrita) pero también en sentido material penal, es decir que explícitamente incluya la sanción penal como consecuencia para quienes incurran en la conducta descrita por la misma ley; e incluso, la medida o extensión concreta de la pena (ley estricta). Quedan absolutamente excluidos la costumbre jurídica y los decretos legislativos como fuente de derecho penal (reserva de la ley penal).

Este principio de legalidad penal se divide en dos secciones, que tienen sendas expresiones doctrinarias en latín: “*Nullum crimen sine lege*”, que significa que no hay crimen sin ley (previa), esto es, la parte del principio que se refiere a la necesidad de que la conducta esté descrita y calificada como delito por la ley (tipificada) antes del momento de su comisión; y la máxima “*Nulla poena sine lege*”, con la cual se indica que además de la descripción o tipificación de la conducta y como lógica consecuencia de ésta, la ley debe asimismo señalar la pena que le corresponde a esa conducta, tanto en su aspecto cualitativo (tipo de pena, es decir si es de privación de la libertad o sanción económica) como cuantitativo (mínimo y máximo de la pena, en tiempo -meses o años- si se trata de privación de la libertad, y en cantidad y especie de moneda si es económica).

Los dos aspectos enunciados en el párrafo precedente constituyen al mismo tiempo una precisión y una limitación de este principio: La exigencia de ley positiva previa, se aplica a los aspectos que atañen a la descripción de la conducta y a la atribución a la misma de una determinada pena; pero no se aplican a otros aspectos *secundarios* de las normas penales o a determinados conceptos incluidos en ellas. Pongamos como ejemplo el concepto de *propiedad* de los delitos contra la propiedad, que remite al derecho privado del estado; lo mismo la capacidad, y hasta el concepto de

vida, que afecta sobre todo al aborto en los sistemas en que está penalizado, pues es el derecho privado el que determina cuándo comienza la vida de una persona y por consiguiente, en qué casos se considera penalizada su interrupción.

Este principio genera un sub principio llamado “*De la irretroactividad de la ley penal*” en virtud del cual está absolutamente prohibido hacer aplicación retroactiva de la ley penal, refiriéndose siempre al momento del hecho. En otras palabras, si después de realizada una determinada acción u omitido un acto obligatorio, se dicta una ley que criminaliza esa conducta, la persona que la ha cometido no puede ser juzgada por esta ley. Asimismo, si después el hecho pero antes de la sentencia, se dicta una ley que aplica a ese caso una pena más severa que la anterior, esta ley no puede ser aplicada a la persona que cometió ese hecho bajo la vigencia de la ley anterior.

La única excepción que tiene este sub principio de la irretroactividad, es el caso en que una ley posterior sea más benigna que la que estaba vigente al momento de cometerse el acto, es decir, que la ley *posterior a la acción u omisión*, despenalice la conducta o le atribuya una sanción más leve. El fundamento de esta excepción es la valoración posterior del legislador que estima que una determinada acción u omisión no merecen tanta pena como la legislación anterior preveía o no merece pena alguna; en cuyo caso, sería injusto que una persona cumpla la pena correspondiente a una ley que ya no tiene vigencia, sobre todo si se piensa que el principio de la irretroactividad es una garantía en beneficio del acusado, la aplicación de una ley anterior más perjudicial que la nueva lo estaría perjudicando. Es la aplicación del principio de la *ley penal más benigna*, que veremos a continuación.

Esta excepción a la irretroactividad se aplica en todos los estados del juicio, incluso durante el cumplimiento de la condena.

2. Ley Penal más benigna.

Este principio se expresa en la máxima latina “*in dubio pro reo*”, que significa que en caso de que los juzgadores duden respecto a una cuestión fundamental en un proceso penal, deben fallar siempre a favor del reo.

Este principio tiene varias aplicaciones prácticas: Si la duda es respecto a la autoría de un determinado hecho, o a si ese hecho está tipificado por la ley penal o no, entonces se debe absolver al acusado.

Si la duda es respecto a la tipificación en la que se debe encuadrar el hecho, se debe optar por la de pena más leve.

Si la duda es respecto a la ley aplicable, se debe optar también por la de consecuencias más leves. En este caso se incluye la excepción a la irretroactividad, pues si luego del hecho se dicta una ley más favorable al acusado, ésta debe ser aplicada al dictar sentencia o en la revisión de la condena, aunque a ese momento la ley ya haya perdido vigencia (ley intermedia).

3. Principio de culpabilidad.

Este principio equivale a la máxima *nulla poena sine culpa*, queriendo indicarse por ello que para poder aplicar una sanción penal, su autor debe haber cometido el acto o la omisión tipificados con dolo o negligencia, pues de otra forma su accionar queda excluido del campo jurídico penal. Según CALDERON y CHOCLAN: “*el principio de culpabilidad exige para la punibilidad un doble condicionamiento: 1) Que el autor sea culpable del hecho cometido por él y no por otros; 2) La equivalencia de la pena a la gravedad de la culpabilidad referida a la gravedad del hecho y no a la personalidad del autor*”⁴⁰

La culpabilidad es un presupuesto de la pena, y consiste en el reproche que el juez puede efectuar a un individuo de ser responsable por la comisión de un injusto penal con culpa. Para que sea posible ese reproche, la persona debe haber actuado con discernimiento, intención y libertad. En otras palabras: Quedan exceptuados de la culpabilidad penal:

- a) La responsabilidad objetiva, es decir, que nadie es penalmente culpable por los actos u omisiones de otras personas, ni siquiera cuando jurídicamente las represente o estén a su cargo;
- b) Los actos realizados bajo enajenación mental del autor que le impida comprender la naturaleza y consecuencias del acto, ya sea permanente (enfermedad mental permanente) o transitoria (enfermedad mental pasajera o efectos de sustancias tóxicas);
- c) Las conductas inducidas bajo amenaza, coacción o fuerza física irresistible, ya sea humana o de la naturaleza;

⁴⁰ CALDERON, A. Y CHOCLAN, J.A. Op. Cit., pág. 79.

- d) Los actos cuyas consecuencias no hayan sido queridas ni previstas por su autor o que, previstas, no hayan podido ser evitadas (accidentes), siempre que se haya actuado con diligencia por parte del agente.

4. Presunción de inocencia

Este principio implica que todo ser humano es inocente hasta que sea declarado culpable por un Tribunal Penal con competencia sobre el hecho que se le atribuye. Su principal consecuencia en la práctica, consiste en que ningún acusado está obligado a probar su inocencia, ya que la misma se presume. Pero es una presunción *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario, prueba que debe ser aportada por el Fiscal que lleve el caso para que se llegue a una sentencia condenatoria. El acusado, si bien no está obligado a presentar pruebas sobre su inocencia, sí tiene el derecho ampliamente reconocido de presentar toda prueba que sirva para contrarrestar la evidencia que contra él aporte el Fiscal.

La presunción de inocencia no se elimina con una declaración de *culpabilidad civil*, sólo puede considerarse penalmente responsable a una persona si así lo indica un fallo en sede penal.

5. “Non bis in idem”

En virtud de este principio, está prohibido enjuiciar penalmente más de una vez a una misma persona y por un mismo hecho. Para que pueda ser aplicable, tiene que haber identidad de persona, de hecho y de fundamento. El *non bis in idem* se aplica asimismo a sanciones de distinto nivel, como pueden ser el nivel penal y el administrativo; es decir, que si una persona ha sido juzgada en una de estas sedes, está prohibido iniciarle otro proceso por el mismo hecho, en la otra sede.

Si ya ha habido pronunciamiento judicial penal por un hecho contra una persona, y a la misma se le inicia un segundo proceso por el mismo hecho y con el mismo fundamento jurídico, el enjuiciado puede interponer la defensa de “*cosa juzgada*”, que significa que sobre ese hecho y respecto a la misma persona, ya ha habido un pronunciamiento judicial por lo que el juez debe detener inmediatamente el segundo proceso.

Este principio no resulta de aplicación cuando, habiendo un pronunciamiento judicial o un juicio pendiente en sede penal, se abra otro proceso por el mismo hecho en sede civil, ya que los fundamentos y los objetivos de uno y otro proceso son distintos.

6. Prohibición de la interpretación analógica.

En la interpretación de las normas penales que hacen los jueces les está prohibido utilizar el método de la analogía a efectos de garantizar que no se viole el principio de legalidad ya que, a través de la interpretación analógica, el juez podría condenar a alguien por un delito que no está tipificado legalmente.

3. OTRAS FUENTES

I.3.1. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) es otra importante fuente del DPI. De él proviene en forma directa la tipificación de la más extensa clase de crímenes de Derecho Penal Internacional: Los crímenes de guerra.

Las normas positivas de este derecho se encuentran contenidas principalmente, en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. Ese cuerpo de Convenios y Protocolos trata, en general, de la protección de las personas en los conflictos armados y constituye lo que se conoce como “Derecho de Ginebra”. Existe otro conjunto de normas de Derecho Internacional Humanitario, que tienen como finalidad la limitación en la elección de los métodos o medios para hacer la guerra, conocido como “Derecho de La Haya”, contenido en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907. Las mencionadas son las dos vertientes que componen el Derecho Internacional Humanitario.

El DIH podría señalarse como *“el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o*

que pueden estar afectados, por el conflicto”⁴¹; o, según JEAN PICTET⁴², “es esa considerable porción del derecho internacional público que se inspira en el sentimiento de humanidad y que se centra en la protección de la persona en caso de guerra”. Su génesis y desarrollo se encuentran íntimamente vinculados al nacimiento y actividades de la Cruz Roja Internacional y la Media Luna Roja. Así, el primer convenio internacional de Derecho Humanitario es el “*Convenio para mejorar la suerte que corren los militares heridos de los ejércitos en campaña*” que se firmó en 1864, a instancias de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja⁴³. Esta área del Derecho Internacional es el campo en el cual se otorgó protección directa a la persona humana por primera vez en el Derecho Internacional.

Este Derecho, si bien comparte con el DPI su origen internacional, tiene varias diferencias con él. En primer lugar, es un Derecho dirigido a los Estados, ya que son éstos quienes, en caso de tener que recurrir a la guerra, eligen los medios y métodos, entre los cuales se incluye el respeto a las personas protegidas. Son los mismos Estados quienes, al ratificar los respectivos Convenios, aceptan limitar sus elecciones a efectos de, a la misma vez que limitan los daños al Estado enemigo, fomentan su propia protección por medio de la limitación de las elecciones de los demás⁴⁴.

Con respecto al Derecho de La Haya (limitación de la elección de los métodos para hacer la guerra), la diferencia es clara en este sentido. Un poco más complicado es la diferencia entre DPI y el Derecho de Ginebra (protección de las personas y los bienes durante los conflictos armados); pero la principal diferencia es que éste tiende a amparar a las posibles víctimas y protegerlas ante hipotéticos abusos por parte de la facción contraria en la lucha. Por el contrario, el DPI se focaliza más (aunque no exclusivamente) en la sanción de la conducta del autor de esos abusos y, aunque sus

⁴¹ SWINARSKI, Christophe: “Introducción al Derecho Internacional Humanitario”; en línea, en: www.icrc.org/icrcspa.nsf.

⁴² PICTET, Jean: “Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario”; en línea, en: www.icrc.org/icrcspa.nsf.

⁴³ A la Cruz Roja Internacional, por su labor humanitaria y por su decisiva influencia en el avance del DIH y del DPI, queremos rendir un sencillo homenaje adhiriendo a las palabras de Swinarski, op. cit: “*Si en el Derecho de Ginebra, como en las demás ramas del derecho internacional público, el hecho precede al derecho, en esta rama del derecho internacional humanitario el autor de este hecho era, casi siempre, el CICR*”. De paso, mencionar que la colección más completa, clásica y actual de artículos y obras sobre DIH se encuentra en la página web del CICR: www.icrc.org, tanto en castellano como en otros idiomas.

⁴⁴ SWINARSKI, Christophe: “Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”; en: “Elementos de Derecho Internacional Humanitario”. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. Pp. 43 y ss.

normas también aspiran a la prevención de esos actos, se aplican cuando los mismos han ocurrido.

Los Convenios de Ginebra contienen un catálogo de “*violaciones graves*” que, para el Derecho Penal Internacional constituyen crímenes⁴⁵. Es decir, esas *violaciones graves* son el punto donde se encuentran el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional o, lo que es lo mismo, el campo donde el primero se convierte en el segundo. Porque recordemos que todo Derecho Penal es el remedio último que tiene un sistema jurídico para sancionar a quien, con su conducta antijurídica, lesiona los valores que se consideran más caros a la comunidad de aplicación de ese sistema jurídico; conductas que en los Convenios de Ginebra, están calificadas como *lesiones graves*.

1.3.2. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como bien dice BASSIOUNI⁴⁶, la idea de Universalidad proviene de las tres grandes religiones monoteístas: La Cristiana, la Hebraica y la Musulmana, las cuales inspiran la visión universal de la justicia; ideas que están en la esencia de lo que hoy se conoce como Derechos Humanos.

PÉREZ LUÑO define a estos Derechos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”⁴⁷.

El gran impulso que se ha dado a estos derechos en el siglo XX arranca de la Revolución que, bajo el representativo lema de “Libertad, Igualdad, Fraternidad”⁴⁸ se

⁴⁵ GRADITZKY, Thomas: “La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional”; Revista Internacional de la Cruz Roja N° 145, marzo de 1998, pp. 31-61; también en línea en: www.icrc.com/spa/dih.

⁴⁶BASSIOUNI, M. Cherif. “Introduction au droit pénal international”. Ed. Bruylant. Bruxelles, 2002. Pág. 4.

⁴⁷ PEREZ LUÑO, A.E.: “Delimitación conceptual de los Derechos Humanos” en: “Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema”. Ediciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979. Pág. 43

⁴⁸ El lema compuesto por estas tres palabras que aquí enunciamos es el que se conoce en todo occidente como enarbolado por los revolucionarios franceses. Sin embargo, Chateaubriand, en sus “Memorias de Ultratumba”, denuncia que el lema completo que se leía en las paredes de la Francia revolucionara era: “Libertad, igualdad, fraternidad o muerte”.

produjo en Francia en 1789. Después de un siglo y medio con pocos avances, es en el seno de las Naciones Unidas que se produce el desarrollo definitivo de esta disciplina, comenzando por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Res. N° 127 A (iii) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948; y el desdoblamiento de ésta en los Pactos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el de Derechos Civiles y Políticos, ambos adoptados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966. Pero a pesar de estos Pactos y de toda la protección que al individuo se le brinda en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las personas físicas no tienen derecho a exigir tutela judicial de esa protección en el ámbito internacional, a excepción de algunos casos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁹.

En este ámbito, existe un incalculable aporte por parte de las distintas organizaciones supraestatales regionales que, no limitándose al mero acto formal de ratificar los tratados de Derechos Humanos, también han establecido órganos jurisdiccionales para controlar y asegurar la aplicación de esas normas, principalmente por parte de los Estados: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana para los Derechos Humanos y de los Pueblos, etc..

Otro factor que hace de esta disciplina un área viva del Derecho y de las ciencias sociales en general son las ONGs que se ocupan del tema, entre las cuales destacan por su extensión, importancia e influencia en todo lo que respecta a Derechos Humanos a nivel mundial: Amnistía Internacional y, en segundo lugar, Human Rights Watch. Pero es infinito el número de organizaciones de este tipo que se ocupan de los derechos fundamentales, ya sea en general o de alguna porción en particular de entre ellos (por ejemplo, de la discriminación contra la mujer, la defensa de ciertos colectivos como los homosexuales, los discapacitados, y hasta la defensa del planeta y de la vida animal y vegetal sobre el mismo). Cada una de ellas despliega una enérgica actividad en pro de la observancia de los derechos humanos, impensable en las rígidas estructuras

⁴⁹ CARRILLO SALCEDO, Op. cit., Pág. 24, admite como parte de la modernización del Derecho Internacional clásico el nuevo giro que ha dado éste hacia la protección de los Derechos Humanos y de la Libre Determinación de los pueblos, denominando al proceso “socialización” del Derecho Internacional. En las pp. 43-57, sostiene que el respeto y la protección de los Derechos Humanos por parte del Estado son normas internacionales de *ius cogens* y que, por lo tanto, los estados tienen la **obligación internacional** de respetarlos. En nuestra opinión, para que exista una obligación jurídica es necesario que el derecho imponga para el incumplimiento de esa obligación una consecuencia jurídica disvaliosa. De otro modo, no existe obligación jurídica sino una simple obligación moral.

burocráticas, ya sean estatales o internacionales, regionales o mundiales. A tal punto ha llegado su actividad e influencia, que se podría decir que fue gracias a estas organizaciones (Cruz Roja incluida) que en julio de 1998 se alcanzó la firma del Tratado de Roma, que establece la creación de la Corte Penal Internacional y su Estatuto⁵⁰.

Sin embargo, como ocurre en todas las ramas del Derecho, cuando sus previsiones no son suficientes para evitar las consecuencias más perjudiciales de las conductas contrarias a sus preceptos, es necesario atribuir a esa conducta una consecuencia jurídica que signifique para su autor una pérdida valiosa. Estamos hablando de la penalización de esa conducta o, lo que es lo mismo, el trasvase de la conducta disvaliosa al dominio del Derecho Penal. Así, la primera etapa en este proceso consistió en un intento de delegar el castigo de las violaciones más graves a los derechos humanos en la justicia interna de los Estados⁵¹. Con el correr de los años se comprobó que este método no era efectivo, pues no sólo se cometían en el mundo gravísimas violaciones a los derechos fundamentales sino que en la mayoría de los casos, los autores de esas violaciones contaban al menos con la protección de las autoridades estatales; en muchos, éstas eran directa o indirectamente responsables. Por ello, la Comunidad Internacional (a través de la ONU) se vio obligada a tomar cartas en el asunto, creando una institución para asumir a través de ella la investigación, persecución, juzgamiento y castigo de los autores de los crímenes más graves contra distintos colectivos humanos.

Pero el Derecho Internacional de los Derechos Humanos también está relacionado con el Derecho Penal Internacional en otro aspecto⁵²: En el ámbito procesal de esta disciplina, dado que las garantías del acusado son derechos básicos del hombre. En este sentido, los más importantes instrumentos de Derechos Humanos incluyen tres principios fundamentales de Derecho Penal, que protegen a las personas procesadas contra los posibles abusos del poder sancionador del Estado, y que son reconocidos como tales por el Derecho Internacional consuetudinario: Las dos caras del principio de

⁵⁰ Las ONGs que han participado en la redacción y adopción del Tratado de Roma, e incluso siguen trabajando en pro de la ratificación por los Estados del mismo, lo hicieron a través de un Comité cuya actividad se puede consultar en el sitio web: www.iccnw.org

⁵¹ Así lo establecen las Convenciones de Ginebra, la Convención contra el Genocidio, Convenio contra la Tortura, etc.

⁵² Cfr. CASSESE, A. Op. cit. Pp. 18-19.

legalidad: *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* y la irretroactividad de la ley penal, presentes en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; en la Convención Americana de los Derechos Humanos; en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos.

CAPITULO II. ANTECEDENTES Y NACIMIENTO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. HISTORIA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Algunos autores encuentran en el Proceso a Sir Peter Von Hagenbach, en 1474, un antecedente remoto de proceso penal internacional⁵³. En ese caso, se juzgó al mencionado por terribles delitos y actos de violencia cometidos, por él y por terceros bajo su consentimiento, contra los habitantes de la ciudad de Breisach (en el Alto Rin), de la cual era gobernador Carlos el Temerario, designado por Duque de Borgoña. Al terminar ese gobierno de terror, se conformó una coalición “*internacional*” con la participación de Austria, Francia, Berna y las ciudades y caballeros del Alto Rin para someter al acusado a juicio penal, del cual resultó su condena a muerte. Lo procesó una corte de 26 magistrados representantes del Santo Imperio Romano, bajo varios cargos que iban desde homicidio y violación hasta confiscaciones ilegales. El argumento de la defensa se basó en el acatamiento de órdenes superiores, pero el tribunal, al considerar probados los delitos, rechazó por impertinente esa alegación.

Como primer antecedente de normas positivas de Derecho Penal Internacional, BASSOUNI cita el tratado de paz de 1268 A.C. entre Ramsés II, Faraón de Egipto y Hattussilli, Príncipe de los Hititas, inscrita en el templo de Karnack en Luxor.

Otros hitos que algunos autores citan también como precedentes, son los cuerpos normativos dictados durante la Edad Media por algunos gobernantes, en los cuales se encuentran normas de conducta y prohibiciones de carácter humanitario: El Estatuto para el Gobierno del Ejército, de Ricardo II de Inglaterra (1386); los códigos de Ferdinando de Hungría (1526) y del Emperador Maximiliano II (1570); de Gustavo II Adolfo de Suecia (1621). Más cercano en el tiempo, se menciona el Código Lieber, dictado por Abraham Lincoln en 1863 para el comportamiento de sus soldados durante la guerra civil estadounidense.

⁵³. BASSIOUNI, M. Cherif: “Introduction au droit pénal international”. Bruylant, Bruxelles, 2002. Pág. 2; GREPPI, Edoardo: “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional”; Revista Internacional de la Cruz Roja N° 835, 30 septiembre 1999; pp.531 – 554.

En los Siglos XVII y XVIII, la piratería era considerada un verdadero delito internacional, que como tal podía ser reprimido por cualquier Estado aunque no se hubiera visto afectado por los actos de piratería, y aunque los responsables no fueran sus nacionales.

Otro antecedente a destacar por su importancia, fue la propuesta de Gustave Moynier (uno de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja) de 1872, de crear una Corte Penal Internacional para juzgar a quienes no respetaban el Convenio de Ginebra de 1864⁵⁴. Pero para el Derecho Positivo, a fines del siglo XIX, los únicos crímenes internacionales eran los de guerra.

A pesar de las numerosas y terribles guerras producidas en los siglos anteriores (desde el inicio de la historia de la humanidad), ninguna había tomado como lo hizo la de 1914-1918, el carácter de “Mundial” (o, al menos, intercontinental). A su término, las potencias aliadas suscribieron el Tratado de Versalles, en cuyos artículos 227, 228 y 229 se regulaba la posibilidad de procesar a los responsables de delitos de guerra y, especialmente, el sometimiento a juicio ante un Tribunal formado por jueces elegidos entre Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón, del Káiser Guillermo de Hohenzollern, por los crímenes cometidos durante la guerra. Este proceso no pudo llevarse a cabo por la negativa del Gobierno de Holanda a entregar al acusado.

Pero el hito que marcó el verdadero inicio de lo que iba a ser el derecho penal internacional, se produce después de la Segunda Guerra Mundial, cuando en los Tratados de Londres se incluye el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, que permitió juzgar a los más grandes criminales de guerra nazis.

En 1955, refiriéndose a los vencedores en la Segunda Guerra Mundial, TRUYOL Y SERRA⁵⁵ expresaba:

“Sólo hubo unanimidad en la exigencia de rendición incondicional y en la represión de los crímenes de guerra de los vencidos. La puesta en marcha de una represión de esta índole, cuyo instrumento principal ha sido el Tribunal Internacional de Nüremberg para los llamados ‘grandes criminales’, estaba destinada a sentar las bases de un nuevo derecho penal mundial y en verdad implica la vuelta, aunque sobre una nueva base, al concepto discriminatorio de la guerra, propio de la teoría de la guerra justa (si bien postergando la ‘justa causa’ y tomando como criterio unilateralmente el formal de una ruptura efectiva de la paz). También en este caso se han despertado entusiasmos, y se

⁵⁴ GLASIUS, Marlies: “La Corte Penal Internacional: una sociedad civil global”. Papeles de Cuestiones Internacionales, N° 84 (Invierno 2003-2004). Centro de Investigaciones para la Paz, Madrid.

⁵⁵ TRUYOL Y SERRA, Op. Cit., pág. 147.

habla de una nueva era en la historia del derecho internacional. Sin embargo, la unilateralidad del procedimiento y la excesiva amplitud dada al concepto de ‘delincuencia de guerra’ no parecen auspicios prometedores, y han sentado, por el contrario, un precedente de enorme gravedad. No debe olvidarse que, más importante que un aparato represivo de delitos ya cometidos, es una organización previsor que ofrezca soluciones constructivas a los grandes problemas mundiales y en una escala mundial”.

Del subrayado en negrita se desprende que ya este autor tachaba al Tribunal de Nüremberg de parcial y proponía la creación de un órgano permanente e imparcial.

A pesar de ello, a este Estatuto se le reconocen muchas virtudes, entre ellas la de que, implícitamente, los Estados signatarios estaban reconociendo la preexistencia de normas consuetudinarias de derecho internacional que tipificaban y penalizaban ciertas conductas. Tanto es así que hasta el día de hoy, se han emitido innumerables críticas al estatuto, composición y actuación de estos Tribunales (tal como la de TRUYOL Y SERRA que citamos *supra*); mas ninguna de ellas afecta la validez de los procesos llevados a cabo por ese Tribunal, a pesar de la inexistencia de normas penales positivas previas a la comisión de los hechos que, en derecho penal, se entiende como violación al principio de legalidad penal⁵⁶.

Luego de su creación, fue la Organización de las Naciones Unidas quien dio un impulso definitivo al desarrollo de distintas ramas del Derecho Internacional, entre ellas las más relacionadas con el Derecho Internacional Penal: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Los instrumentos internacionales que marcaron ese desarrollo son: La *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* (1948), inspirada la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*”, manifiesto elaborado por los revolucionarios franceses de 1789 cuyos principios fundamentales eran: “*Libertad, igualdad, fraternidad*”. Posteriormente, en el año 1966, se aprobaron dos tratados internacionales a efectos de dar vigencia efectiva a las normas de la *Declaración*: Los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos y Sociales (ambos de 1966).

⁵⁶ La mayor parte de la doctrina internacionalista disiente con esta opinión, ya que consideran que el principio de legalidad se cumplió, aunque no de la forma que se entiende el mismo en Derecho Penal. Sostienen estos autores que en Derecho Internacional, la norma consuetudinaria tiene carácter de ley, por lo que sí existía una ley anterior al hecho del proceso, bajo la forma de norma consuetudinaria. Nosotros hemos otorgado una cierta variación a esa interpretación, sobre la cual nos explicaremos en las Conclusiones de la obra.

En el campo del Derecho Internacional Humanitario, tenemos los Tratados de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de 1977, cuyas normas son un desarrollo y avance de los anteriores tratados de Ginebra.

Pero además del respeto a los derechos humanos, otro tema que preocupaba a la Comunidad Internacional, y por ser su manifestación formal, a la ONU, era el terrible holocausto que había sufrido el pueblo judío principalmente, pero también otros colectivos sociales durante la Segunda Guerra Mundial. Por ello, inspirándose en el Tratado de Londres y en las sentencias de los Tribunales de Nüremberg y de Tokio, la Asamblea General impulsó la redacción de un Tratado Internacional para la prevención y sanción del delito de Genocidio, que se aprobó en el 129º período de sesiones, en la Resolución 260 (III) de 8 de diciembre de 1948 como “*Convención para la prevención y el castigo del delito de Genocidio*”. En esa misma Resolución, la Asamblea General encarga a la Comisión de Derecho Internacional que estudie la posibilidad y viabilidad de establecer un Tribunal Internacional para enjuiciar a las personas acusadas de genocidio u otros crímenes, que se constituiría por medio de tratados internacionales. Se propone asimismo, que con este objetivo se estudie la posibilidad de crear una Sala Penal de la Corte Internacional de Justicia.

Aparte de todo ello, fue siempre una preocupación de la Asamblea General la positivización y codificación de esas normas reconocidas por el Estatuto de Nüremberg en armonía con otras que iban surgiendo respecto a la misma materia. Así, se encargó varias veces a la Comisión de Derecho Internacional, a través de sendas resoluciones, la confección de un Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, dando lugar a varios proyectos (entre 1954 y 1996) que nunca fueron adoptados como Códigos. Cada uno de esos proyectos tenía sus características particulares y respondía a las posibilidades y necesidades del momento. Aunque no forman parte del DPI positivo, tienen un alto valor doctrinario, ya que emanan de los más altos especialistas en la materia. En realidad, el primer Proyecto de Código fue redactado por la CDI en 1954; y el segundo, en 1991. El último *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* aprobado por la Asamblea General, el de 1996, era mucho más reducido que el texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 1991,

ya que se eliminaron varios artículos para facilitar la aprobación del proyecto por parte de los Estados Miembros de la ONU en la Asamblea General⁵⁷.

Regresando al tema de los tratados, además de los ya mencionados se han suscrito, siempre a instancias de la ONU, algunos muy relacionados con el DPI: La Convención contra todas las formas de discriminación racial (1966); Convenio sobre la Imprescriptibilidad de los delitos de Guerra y de Lesa Humanidad (1968); Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); Convención contra la Tortura (1984); Convención sobre los Derechos del Niño (1989), por no mencionar más que algunos.

Sin embargo, a pesar de los Tratados mencionados, entre 1950 y 1990 se produjeron muy pocos avances en el Derecho Penal Internacional, debido principalmente a la tensión en las relaciones entre Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que significó una virtual inoperancia del Consejo de Seguridad del que ambos son miembros permanentes.

La abrupta caída de los distintos regímenes comunistas a finales de la década de los '80 y comienzos de los '90 desestabilizó en cierto sentido la escena internacional, dejando un vacío político y jurídico que se sintió más aún con motivo de dos conflictos que se produjeron, uno de ellos en el corazón mismo de Europa y el otro, en África. Ambos fueron conflictos étnicos.

El primero de ellos conocido como la “*Guerra de los Balcanes*”, sucedió cuando el gobierno comunista de la antigua Unión Soviética se retiró de la ex Yugoslavia, dejando un Estado plurinacional (formado por serbios, croatas y musulmanes) sin un poder central fuerte, y en el que los serbios comenzaron una lucha para “*limpiar*” el territorio de otras etnias (las que luego pasaron, de la defensiva, a ser parte atacante hacia las demás etnias); para lo cual se cometieron los crímenes más horribles contra el ser humano: Matanzas, mutilaciones, crímenes sexuales, detenciones en campos, etc. Naciones Unidas, con la colaboración de la OTAN, inició

⁵⁷ Nosotros otorgamos un alto valor doctrinario a estos proyectos, y especialmente al último, entre otros motivos porque constituye la opinión de los jus internacionalistas más destacados, sin haber pasado por el tamiz de la aprobación de los representantes políticos de los distintos estados que conforman la ONU. Aunque reconocemos que los redactores del Proyecto están en alguna medida influidos por los aspectos políticos de su representación, el producto dista mucho de los tratados internacionales que sí han debido pasar por el tamiz político, como lo ha debido hacer el Tratado de Roma (Vid. AGUIRREZABAL QUIJERA, Irune: “El Tribunal Penal Internacional: Un desafío a la impunidad”. TIEMPOS DE PAZ,

algunas acciones tendientes a poner fin a los horrendos actos de violencia, que fracasaron y afectaron credibilidad e imagen de ambas instituciones.

Ante su propia impotencia para frenar la barbarie, la ONU sólo pudo tratar de castigar a los responsables; para ello, el Consejo de Seguridad dictó la Resolución 827 de 25 de mayo de 1993, por la cual se dictaba el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, que incluye la tipificación de los crímenes a juzgar (limitación material de la competencia)⁵⁸. Según sus Estatutos, este Tribunal tiene tres limitaciones: En lo material, sólo tiene facultades para procesar a los responsables de comisión de los hechos tipificados en el mismo Estatuto; en lo geográfico, se limita al territorio de la antigua República Yugoslava; en lo cronológico, los hechos deben estar comprendidos a partir del 1º de enero de 1991.

Este Tribunal está en funcionamiento y ha emitido ya varios fallos condenatorios. Como se puede observar, si analizamos este órgano como si de un tribunal interno se tratara, diríamos que el mismo no respeta el principio de legalidad penal, ni el de división de funciones y la garantía del juez natural, al ser un órgano jurisdiccional ex – post facto creado por el órgano político-ejecutivo de la ONU.

Sin embargo, de manera similar al caso del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, esa creación de un ente judicial por decisión de un órgano político-ejecutivo internacional no se considera violación de ningún derecho o garantía fundamental del acusado. Por el contrario, contó con el apoyo y legitimación de los miembros de la Comunidad Internacional y, sobre todo, la doctrina internacionalista, que en parte ve en esos Estatutos la positivización de normas consuetudinarias preexistentes. CASSESE⁵⁹ opina que en estos casos se dio prioridad a la justicia sustantiva por sobre la legalidad estricta.

A esta Resolución le siguió otra de contenido similar, pero cuyo objetivo era la tipificación y juzgamiento de los crímenes internacionales cometidos en Ruanda y territorios aledaños, en el año 1994, por parte del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). El conflicto ruandés consistió en la masacre de cientos de miles de

⁵⁸ Para un mayor informe sobre la actuación del Consejo de Seguridad, tanto en este conflicto como en el de Ruanda, vid: SALMON GARATE, Elisabeth, GARCIA SAAVEDRA, Giovanna: “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”. En línea, en www.iccnw.org/espanol/articulos .

⁵⁹ CASSESE, Op. Cit.. Pp 21-22.

representantes de la minoría étnica Tutsie, por parte de los Hutus, también por motivos geográfico-políticos.

El aporte que significaron estas dos Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU al Derecho Internacional Penal fue decisivo. Al igual que ocurrió con los juicios de Nüremberg, los tribunales estaban legitimados por el sentimiento de absoluta necesidad de reprimir esos crímenes que tenía la humanidad (justicia sustantiva). Por el contrario, lo que no se hubiera consentido a nivel internacional hubiera sido la injusticia de dejar todos esos crímenes impunes, consecuencia evitada gracias a las dos decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU.

Si se las analiza desde el punto de vista técnico-jurídico penal (de Derecho interno), las sentencias condenatorias de esos dos tribunales adolecen de grandes vicios desde la óptica de las garantías procesales penales:

- a) Podemos enunciar el principio de legalidad penal, como la garantía de que nadie puede ser condenado sino en virtud de una sentencia basada en una ley anterior al hecho del proceso. Ahora bien, la norma en que se basan las sentencias de los tribunales ad-hoc no es previa, sino que fue dictada ex – post facto.
- b) Está implícito en el principio que la “*ley previa*” debe ser válida, y para que cuente con ese carácter debe emanar de un órgano legislativo (legalidad formal). En los dos casos que nos ocupan, las normas (que tanto tipifican los hechos como crean los tribunales) emanan de un órgano ejecutivo.
- c) La garantía procesal penal del juez natural también implica un tribunal creado con anterioridad a la comisión de los hechos y con alcance general dentro del sistema jurídico al que pertenece; mientras que en estos casos, los Tribunales fueron posteriores y su competencia es limitada en la materia, en el tiempo y en el espacio.

Estos vicios de los Estatutos de ambos tribunales, sumado a la fuerte presión ejercida en todo el ámbito internacional por las ONGs defensoras de los Derechos Humanos⁶⁰ obligaron a que, en el seno de la Asamblea General, comenzaran las negociaciones para la redacción de un Tratado Internacional que regule e institucionalice el juzgamiento y castigo de los autores de los crímenes considerados

⁶⁰ A las que ya nos hemos referido en el párrafo relativo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Vid. asimismo, PACE, William y THIEROFF, Mark: “Una perspectiva desde las ONGs”. En línea, en www.iccnw.org/espanol/articulos .

más graves por la Comunidad Internacional. Así se llegó a la adopción por la Asamblea General, en julio de 1998, del Tratado de Roma, instrumento que crea la Corte Penal Internacional, regula su composición y funcionamiento y delimita su competencia, surtiendo así para ciertos casos el efecto de un Código Penal Internacional.

Aunque en los párrafos precedentes nos hemos limitado a mencionar los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y para Ruanda, existen otras situaciones en las que la ONU ha considerado necesario implicarse: Cambodia, Timor Oriental, Kosovo y Sierra Leona.

Pero en estos casos no se han creado tribunales internacionales, sino que se ha intentado buscar otra solución. En el caso de Cambodia se han creado tribunales mixtos por medio de un convenio entre la ONU y el Estado implicado, compuesto en parte por jueces internacionales y en parte, por jueces nacionales. En Sierra Leona se han creado Tribunales especiales, llamados Paneles, que son órganos independientes tanto del Estado como de la ONU o, más precisamente, de la misión de Naciones Unidas para Sierra Leona (UNAMSIL). Para Timor Oriental la ONU estableció Paneles especiales, conformados por jueces nacionales e internacionales. En el caso de Kosovo tiene jurisdicción el TPIY, aunque sólo para los crímenes de mayor gravedad.

2. LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN DERECHO INTERNACIONAL

Uno de los elementos principales que dan vida al DPI, lo constituye la irrupción en el Derecho Internacional, del principio de Responsabilidad Individual, dado que sin ella no existe Derecho Penal de ninguna especie. La responsabilidad individual, con sus distintas modalidades, principios y sub-principios es un elemento esencial y distintivo del Derecho interno, trasvasado al Derecho Internacional como única forma de hacer posible un Derecho Penal Internacional.

La responsabilidad jurídica consiste en la obligación a que está sometido todo sujeto de responder por sus acciones antijurídicas conscientes, libres y voluntarias ante otros sujetos, ya sea con otra acción o con sus bienes (responsabilidad civil, penas

económicas) o su libertad (penas de privación de la libertad)⁶¹. Obligación que se hace efectiva mediante el ejercicio de la capacidad coactiva del Estado⁶². Este concepto está íntimamente vinculado al de persona jurídica: Todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. En Derecho Internacional estos conceptos estuvieron siempre relacionados con los Estados, pues ellos son quienes, además de estar facultados para adquirir derechos y contraer obligaciones, tienen capacidad para reclamar ante los tribunales internacionales (personalidad activa) y, como contrapartida, la obligación de responder por sus actos (personalidad pasiva). Asimismo y tal como ya se ha mencionado, los Estados son los destinatarios directos de las normas internacionales. Esto era así en el Derecho Internacional clásico, ya que sus normas se dirigen sólo en forma indirecta al hombre⁶³, a pesar que desde mediados del siglo pasado, el Derecho Internacional se preocupa cada vez más por declarar los derechos del hombre y proteger sus intereses, a través del desarrollo de los Derechos Humanos, algunas medidas de cooperación económica y al desarrollo, etc⁶⁴. Pero esa protección de los intereses humanos sólo puede hacerse a través del Estado, único destinatario directo de las normas internacionales, salvo algunas excepciones⁶⁵.

Hemos mencionado que el Tratado de Versalles, establecía el sometimiento a proceso penal de una persona concreta y determinada. Si bien este proceso no se pudo llevar a cabo, sirvió como antecedente para que, al finalizar la Segunda Guerra Mundial,

⁶¹ En algunos ordenamientos jurídicos hay casos en que los individuos deben responder con su integridad física (justicia conocida como del “ojo por ojo” que todavía se encuentra en algunos Estados con predominio del fundamentalismo islámico) o con su vida (pena de muerte); pero nosotros rechazamos este tipo de penas por considerar que atentan contra los derechos fundamentales de las personas.

⁶² MIAJA DE LA MUELA hace una breve caracterización de la responsabilidad internacional en Op. Cit, pp. 280-281.

⁶³ Ello sin perjuicio de algunas teorías más o menos negatorias de las personas morales, que consideran que el único sujeto de todo derecho es el hombre, y otras que sólo consideran al Estado como un ente intermedio (Cfr. TRUYOL Y SERRA, Op. Cit., pp. 11-17).

⁶⁴ Con respecto al status del individuo en el Derecho Internacional, MIAJA DE LA MUELA distingue, respecto a la personalidad jurídica, entre capacidad jurídica, que define como la calidad de destinatario de derechos y obligaciones; y capacidad de obrar, a la que entiende como la capacidad de acceso a la justicia (Op. cit., Pp. 272-275).

⁶⁵ La Comisión Americana de Derechos Humanos está habilitada para aceptar denuncias por parte de particulares o asociaciones civiles contra un Estado miembro, y tramitar la investigación de los hechos. Ante una violación por parte del Estado, si no se llega a una solución negociada, la Comisión puede llevar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una vez aceptada la demanda, las víctimas, sus herederos o representantes pueden tomar intervención en el proceso (Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 44 a 51; Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Resolución de 24 de noviembre de 2000), art. 23.

el Tratado de Londres⁶⁶ establezca explícitamente en su Art. 1: “*Se establecerá, previa consulta con el Consejo de Control para Alemania, un Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de criminales de guerra cuyos delitos no tengan ubicación geográfica particular ya sean acusados en forma individual o en su calidad de miembros de organizaciones o grupos, o en ambas calidades*” (el subrayado nos pertenece). Anexo a este Tratado se encontraba el Estatuto para ese Tribunal, que establecía la competencia del mismo para juzgar y aplicar penas a personas individuales.

En consecuencia, el Tribunal de Nüremberg rompe con ese esquema de la responsabilidad internacional limitada a los Estados, no sólo al establecer en sus Estatutos la responsabilidad penal internacional de ciertas personas, sino más aún al hacer efectiva esa responsabilidad. En este sentido, el mismo Tribunal se encargó de fundamentar la aplicación de la responsabilidad penal individual en los siguientes párrafos:

*“It was submitted that international law is concerned with the action of sovereign States, and provides no punishment for individuals; and further, that where the act in question is an act of state, those who carry it out are not personally responsible, but are protected by the doctrine of the sovereignty of the State. In the opinion of the Tribunal, both these submissions must be rejected. That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States has long been recognised... Many other authorities could be quoted, but enough has been said to show that individuals can be punished for violations of international law. Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.”*⁶⁷

Cita también como antecedente y fundamento, los artículos ya citados del Tratado de Versalles.

⁶⁶ Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, suscripto entre Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Rusia (las potencias vencedoras en la 2ª guerra mundial) para el juzgamiento de los criminales de guerra alemanes, en cumplimiento de la Declaración de Moscú de 1943.

⁶⁷ “*Se sostiene que el Derecho Internacional sólo trata de la acción de los Estados soberanos, y no asigna castigos a los individuos; y más aún, que dado que el acto en cuestión es un acto de Estado, los que lo llevan a cabo no son personalmente responsables, sino que están protegidos por la doctrina de la soberanía del Estado. En la opinión del Tribunal, ambas consideraciones deben ser rechazadas. Hace ya tiempo se ha reconocido que el Derecho Internacional impone deberes y obligaciones a los individuos tanto como a los Estados... Se podría citar a muchas otras autoridades, pero ya se ha dicho lo suficiente para demostrar que los individuos pueden ser penados por violaciones de normas internacionales. Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo sancionando a los individuos que cometen tales crímenes se puede dar cumplimiento a las disposiciones del Derecho Internacional*”. (Traducción libre de la autora de la obra).

Aunque existen algunos antecedentes, no se había dado con anterioridad un caso pleno de reconocimiento y aplicación de la responsabilidad penal individual en el Derecho Internacional moderno. El mismo Tribunal en sus sentencias, manifiesta que hace ya mucho tiempo que se reconoce la capacidad del Derecho Internacional para imponer al individuo deberes y responsabilidades.

A ese Tribunal se le efectuaron muchas críticas; sin embargo, ninguna de ellas deslegitima la creación de una institución de Derecho Internacional con competencia para someter a juicio y aplicar penas a personas individuales⁶⁸. El mismo Tribunal justifica la legalidad de su Estatuto con las siguientes palabras:

*“The making of the Charter was the exercise of the sovereign legislative power by the countries to which the German Reich unconditionally surrendered; and the undoubted right of these countries to legislate for the occupied territories has been recognised by the civilised world. The Charter is not an arbitrary exercise of power on the part of the victorious nations, but in the view of the Tribunal, as will be shown, it is the expression of international law existing at the time of its creation; and to that extent is itself a contribution to international law”*⁶⁹.

Haciendo hincapié en que ese tribunal sólo hizo efectiva la responsabilidad individual de los acusados, en 1976 CARRILLO SALCEDO, citando a AGO, afirma que

*“lo que parece debe descartarse es que, al menos en la fase actual de las relaciones internacionales, es que el Derecho Internacional general pueda crear, debido a un acto ilícito internacional, una relación jurídica entre el Estado culpable y la comunidad internacional, a semejanza de la relación que se establece en el Derecho interno entre el autor del delito y el propio Estado”*⁷⁰

El mismo principio penal de la responsabilidad individual ha fundamentado la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, y es uno de los principios básicos de la Corte Penal Internacional.

⁶⁸ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José A: “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”. Octava edición. Tecnos, Madrid, 2002. Pág. 197. Este autor sostiene que los de Núremberg y Tokio fueron auténticos tribunales internacionales que exigieron e hicieron efectiva la responsabilidad penal individual, aunque aclara que no entrará en valoraciones éticas y jurídicas sobre sus actuaciones.

⁶⁹ “La redacción del Estatuto fue el ejercicio del poder legislativo soberano por parte de los Estados ante los cuales el *Tercer Reich* se rindió incondicionalmente; y el indudable derecho de esos Estados a legislar sobre los territorios ocupados ha sido reconocido por el mundo civilizado. El Estatuto no es un ejercicio arbitrario de poder por parte de las naciones vencedoras, pues desde el punto de vista de este Tribunal, como será demostrado, es **la expresión del derecho internacional existente al momento de su creación**; y en ese aspecto es por sí mismo una contribución al derecho internacional” (traducción libre de la autora).

⁷⁰ CARRILLO SALCEDO, Op. cit., pág. 43 y cita N° 8 de la misma pág.

Pero la introducción del concepto de responsabilidad penal individual en Derecho Internacional no es resultado del azar, sino la consecuencia lógica de la evolución de la idea de soberanía, desde el siglo XVII hasta el actual, en varios aspectos:

a) La soberanía estatal deja de ser absoluta: El Derecho Internacional, desde su nacimiento como disciplina jurídica autónoma estuvo limitado en las materias que regulaba por la concepción de la soberanía, en virtud de la cual durante largo tiempo determinadas materias estaban reguladas en forma exclusiva por el derecho interno del Estado, quedando por lo tanto fuera del alcance del Derecho Internacional. Hoy en día, gracias al desarrollo de los Derechos Humanos y del Derecho Medioambiental entre otros, el Derecho Internacional abarca cada vez más materias, y se hace a la vez más complejo y específico.

b) El desarrollo de las grandes organizaciones internacionales, que si bien no han adquirido hasta el momento un poder de control efectivo sobre los Estados parte, sí ejercen una especie de control moral al cual ningún Estado que se considere democrático puede ser inmune. Hasta la primera mitad del Siglo XX, era impensable que una organización emita una declaración de repudio hacia la actuación de un Estado.

c) Los gobiernos ven coartado su accionar desde otro ámbito; además del control internacional en algunas materias, la acción de varias ONGs, así como el avance de los medios y empresas de comunicación e información, someten los actos de los gobiernos, de los pueblos y de las organizaciones internacionales a la opinión pública mundial. Cualquier situación de emergencia o de peligro para una población es conocida por el mundo entero en el momento real en que ocurre, las ONGs comienzan a movilizarse para paliarla y, en lo posible, solucionarla, comenzando así la presión proveniente de distintas fuentes sobre los responsables internacionales y de las mayores potencias del mundo para que se impliquen en el asunto.

d) El desarrollo y evolución de los Derechos Humanos hace que se comiencen a reconocer como sujeto de ciertos derechos no sólo a la persona humana o jurídica, sino también a grupos más o menos específicos, como los aborígenes, las minorías, las personas vulnerables o, en general los consumidores. Esta evolución se manifiesta también en el Derecho Internacional, y es en la protección de algunos de esos grupos

que se encuentran los bienes protegidos mediante la sanción de los crímenes internacionales.

e) Paralelamente, desde la segunda mitad del Siglo XX, se ha ido relativizando la noción de soberanía en otros aspectos: A los efectos de constituir asociaciones interestatales tales como la Unión Europea (el caso más avanzado), el MERCOSUR o el NAFTA, es necesario delegar en los órganos interestatales (o intergubernamentales, en los estadios menos desarrollados de las asociaciones) algunas funciones adjudicadas tradicionalmente a la soberanía estatal.

Dentro de esa relativización de la soberanía se inscribe la posibilidad de que organismos o instituciones de Derecho Internacional, como los Tribunales de Nüremberg, los TPI para la Ex Yugoslavia y para Ruanda y la CPI puedan asumir una función anteriormente reservada al ámbito a la soberanía Estatal, cual es la función jurisdiccional y, más específicamente, la potestad punitiva sobre los individuos.

Por último, haciendo una interpretación de las palabras de CASSESE ⁷¹, afirmamos que la Responsabilidad Penal Individual en Derecho Internacional surge en cierto sentido, a causa de la ineficacia del Derecho Internacional Público en reprimir esos hechos tan graves para la Comunidad Internacional, por medio de la responsabilidad del Estado en cuyo nombre actúan los responsables. Pues antes de ser tipificadas, las conductas eran prohibidas en Derecho Internacional en calidad de *graves violaciones* (por ejemplo, en el caso de las Convenciones de Ginebra), y como era natural en Derecho Internacional Público, la única responsabilidad exigible ante esas violaciones era la del Estado; mas el Derecho Internacional tradicionalmente delegaba en los Estados los reclamos y la efectivización de la responsabilidad, cosa que éstos han eludido en la mayoría de las ocasiones, como es lógico. Por eso ha sido necesario recoger el principio de la responsabilidad penal de los individuos para lograr una efectiva represión de lo que hoy son delitos.

⁷¹ CASSESE, A: Op. Cit. Pág. 19. Este autor cita allí el ejemplo de la ex Yugoslavia, demandada por Bosnia – Herzegovina ante la CIJ por los mismos hechos por los que están siendo juzgados los individuos responsables, ante el TPIY.

3. CONCEPTO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Hasta hace no muchos años, la sección Penal del Derecho Internacional era la parte de éste que tenía por objeto la aplicación de la ley penal en el territorio y, principalmente, la cooperación judicial penal. Su objeto principal lo constituían la ley y competencia penales aplicables a un delito según el o los puntos de conexión implicados; y sus normas provenían principalmente del derecho interno de los Estados y de los tratados internacionales sobre cooperación judicial en material penal y de extradición⁷².

Sin embargo, no había acuerdo doctrinal sobre el nombre de esta disciplina, dado que la mayoría de las normas (sobre todo, las relativas a la aplicación del derecho penal en el espacio) son de derecho interno. Por ello algunos autores preferían reservar la expresión “*Derecho Penal Internacional*” para el conjunto de tratados y normas internacionales que contenían las conductas que la comunidad internacional se comprometía a perseguir como delito⁷³, a pesar de que ésta no constituía una doctrina autónoma.

Con el antecedente de los principios del estatuto del Tribunal de Nüremberg y sus fallos, así como las decisiones de la Asamblea General de la ONU encargando a la Comisión de Derecho Internacional la redacción de un Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (que serían, en definitiva, delitos de derecho internacional), fue calando la idea de una parte especial del Derecho Internacional que, con normas y principios propios y autónomos, tuviera como objeto la tipificación de ciertas conductas que constituyen crímenes para la Comunidad Internacional, y la persecución de los responsables de esas conductas. Esa idea tomó más cuerpo como consecuencia de las graves atrocidades cometidas durante la Guerra de los Balcanes y, en forma especial, con el Tribunal Internacional que se creó para juzgar a los autores de los terribles delitos que se cometieron durante ese período en la antigua Yugoslavia, que se llamó justamente *Tribunal Penal Internacional*.

⁷² Rodríguez Devesa, en la pág. 18 de su obra “*Derecho Penal. Parte General*” ya citada, ve la relación entre el DP interno y el DI, en tres dimensiones: a) Los conflictos de leyes penales, sobre todo respecto a su aplicación en el espacio; b) Los tratados internacionales con contenido penal; c) el Derecho Penal Internacional.

⁷³ GIL GIL, Alicia: “Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio”. Ed. Tecnos, Madrid, 1999; pp. 23 y ss.

La adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional en julio de 1998, que forma todo un conjunto de normas del más estricto derecho penal material y, formalmente, derecho internacional, impone la autonomía de esta materia que, si bien abrevia en las dos ramas del derecho que le dan nombre, posee normas y principios propios y que la distinguen de otras disciplinas.

Pero, quizás a causa de su novedad, no existe una expresión unívoca en la doctrina para designar esta disciplina, inclinándose algunos autores por la de *Derecho Internacional Penal* y otros por *Derecho Penal Internacional*. En nuestra opinión, el tema de la subjetividad pasiva del individuo en este ámbito, que es un elemento principal del mismo y es ajena al resto del Derecho Internacional, nos parece definitivo como para denominar a esta rama del conocimiento, ***Derecho Penal Internacional***, ya que entendemos que sólo anteponiendo el adjetivo “*Penal*” a “*Internacional*” se grafica una de las ideas esenciales de este derecho, la de que sus normas sean aplicables a las personas físicas en forma directa y no a los Estados⁷⁴.

Respecto al concepto de esta disciplina, según Cassese, el Derecho Penal Internacional es “*un cuerpo de normas internacionales destinadas tanto a prohibir los crímenes internacionales como a imponer a los Estados la obligación de perseguir y castigar al menos algunos de esos crímenes. También regula los procedimientos internacionales para procesar y juzgar a las personas acusadas de esos crímenes*”⁷⁵.

Este autor también coincide en que, siendo el Derecho Penal Internacional parte del Derecho Internacional Público (sobre todo en lo formal, es decir, el origen de las normas) está sujeto a las normas de interpretación de éste. Sin embargo, el DPI tiene algunos principios que le son propios, que veremos en la sección correspondiente de esta obra.

⁷⁴ BASSIOUNI, Op. Cit., XI-XII, expresa: “*Toujours en Europe, publicistes et privatistes, séparés par leurs méthodes respectives et difficilement assimilables, ont fait que l’on s’est retrouvé avec deux revers de la même médaille, l’un portant l’empreinte du droit pénal international, et l’autre celle du droit international pénal. Ce fut l’influence du pragmatisme américain qui a d’abord permis l’assimilation des deux aspects de cette nouvelle discipline, à savoir l’aspect international du droit pénal interne et l’aspect pénal du droit international public... Le rapprochement entre le droit pénal interne dans sa dimension internationale et le droit international dans sa dimension pénale, ainsi que les autres sources de droit qui ont contribué à cette nouvelle discipline que l’on appelle désormais sans beaucoup d’hésitation le ‘droit pénal international’, est loin d’avoir abouti à une harmonisation satisfaisante, pour ne pas espérer à ce point une certaine intégration des différentes sources de droit sur lesquelles se fonde cette discipline*”.

⁷⁵ CASSESE, Op. Cit., pág. 15. En inglés, en el original: “*International Criminal Law is a body of international rules designed both to proscribe international crimes and to impose upon States the obligation to prosecute and punish at least some of those crimes. It also regulates international proceedings for prosecuting and trying persons accused of such crimes*” La traducción nos pertenece.

PARTE II. INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL CON CONTENIDO PENAL

CAPITULO III. LOS INSTRUMENTOS CON CONTENIDO ESPECIFICO

1. ANTECEDENTES

En 1864 se suscribió el primer Convenio de Ginebra, titulado: “*Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña*”; el 11 de diciembre de 1868 se suscribió el Convenio denominado: “*Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra*”⁷⁶. El primero establece algunas obligaciones positivas para los Estados Parte y algunas prohibiciones; sin embargo, ni éste ni la Declaración de San Petersburgo efectúan tipificaciones de conductas ni atribuyen sanciones penales a los incumplimientos. Sin embargo, en 1871 Gustave Moynier, adelantándose en el tiempo, redactó una propuesta de creación de un Tribunal Internacional para juzgar a quienes violen las prohibiciones o incumplan las obligaciones de esos instrumentos.

En 1899 y 1907, se suscriben en La Haya distintas Convenciones que intentan limitar el recurso a la guerra por parte de los Estados parte.

En 1918, al finalizar la I Guerra Mundial, por el Tratado de Versalles los Estados vencedores se obligaban a juzgar al Káiser Guillermo de Hohenzollern por un jurado internacional, objetivo que no pudieron cumplir ante la negativa de Holanda de entregar al acusado⁷⁷.

⁷⁶ Esto no es un tratado, sino una Declaración, por medio de la cual los Estado Parte se comprometen a: “*renunciar mutuamente, en caso de guerra entre ellas, al empleo por sus tropas de tierra o de mar de cualquier proyectil cuyo peso sea inferior a 400 gramos y que sea explosivo, o que esté cargado con materias explosivas o inflamables*”, aunque el compromiso no sea obligatorio.

⁷⁷ Vid. Punto II.1. de esta obra.

Finalmente, en 1929, se firman las primeras Convenciones de Ginebra, que intentan proteger a distintas personas que pueden resultar gravemente perjudicadas durante la guerra ⁷⁸.

A pesar de todos estos antecedentes, nuestro análisis de los instrumentos comienza con el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, pues consideramos que es a partir de este Tribunal que el Derecho Penal Internacional comienza a tomar su conformación actual, y el análisis de los instrumentos anteriores excede los objetivos de esta obra. Por otra parte, el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y sus sentencias se fundamentaron principalmente en la historia reciente y la experiencia que de ella extrajeron los líderes del momento. Y estos instrumentos, así como los principios que de ellos extrajo la CPI, han servido de base para todo el Derecho Penal Internacional posterior, a excepción quizás de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977, que se basan principalmente en los Convenios anteriores.

Haremos aquí dos pequeñas aclaraciones. En primer lugar, . Existe un gran número de instrumentos que contienen normas con elementos distintos para las mismas figuras jurídicas. No ocurre en esta disciplina, como en Derecho Interno, que la norma posterior deroga a la anterior ni que la especial deroga a la general, ya que cada instrumento (y las normas que cada uno de ellos contiene) son aplicables a casos distintos. Ello hace muy difícil la extracción de una *Parte General* aplicable en todos los casos. Lo que nosotros haremos será demarcar la evolución de cada figura y su estado actual, dejando a salvo que ese estado actual de la figura no será aplicable en todos los casos ya que para cada caso práctico se deberá indagar en primer lugar, si se puede aplicar alguno de los instrumentos o normas de DPI y, en su caso, cuál de ellos.

En segundo lugar, Además de los instrumentos internacionales que analizaremos, existen otros que también describen conductas, las prohíben y en muchos casos delegan en los Estados signatarios la prevención y sanción de ese tipo de conductas. Pero ellos tienen una diferencia sustancial con los que hemos analizado, que radica en sus objetivos y fundamentos y en los valores protegidos.

Algunos de esos tratados internacionales son: El Convenio de Tokio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves, de 14 de septiembre de

⁷⁸ Estas, así como las Convenciones de La Haya de 1907, fueron citadas como fuente de Derecho en las Sentencias del Tribunal de Nüremberg: Nüremberg Trial Proceedings Vol. 1: Indictment: Count three. En: www.yale.edu/lawweb/avalon/imt

1963; el Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970; el Convenio de Montreal para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 23 de septiembre de 1973; etc.

Pero como se puede observar a la simple vista del título de esos Tratados, su objetivo no es proteger grupos humanos sino impedir delitos contra la vida y la propiedad de las personas en zonas que no siempre forman parte del ámbito de soberanía de un determinado Estado. Estos delitos, aunque graves como cualquier otro, no son los de más trascendencia para la Comunidad Internacional ni protegen la integridad de grupos humanos. El fundamento de estos Tratados no es la represión internacional de esos delitos sino, a través de la cooperación internacional, no dejar a esos espacios que no están sometidos a la soberanía específica de un Estado determinado sin la cobertura del Derecho Penal. Por eso esta categoría de Tratados no forma parte del Derecho Penal Internacional sino del Derecho Penal Transnacional, motivo por el cual los hemos excluido de nuestro estudio.

Existen otros Tratados que también se pueden encuadrar dentro del ámbito del Derecho Penal Internacional, que no analizamos en esta obra porque no aportan nada nuevo a la misma, aunque sí apoyan las conclusiones. Ejemplo de estos tratados es la Convención para la prevención y sanción del crimen de Apartheid, 30 de noviembre de 1973.

2. Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Juzgamiento de los Mayores Criminales de Guerra del Eje Europeo; 1945⁷⁹.

Este instrumento se suscribió al finalizar la Segunda Guerra Mundial entre los vencedores de la contienda, los Gobiernos de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Gobierno Provisional de la República de Francia, a los efectos del

⁷⁹En adelante, Estatuto de Nüremberg

*“rápido y justo enjuiciamiento y castigo de los mayores criminales de guerra del Eje Europeo”*⁸⁰.

Consta de 30 artículos, en los cuales se regulan los siguientes temas: Constitución, composición y funcionamiento del tribunal; Competencia y principios generales; Designación y funciones de los Fiscales; Garantías procesales; Normas procesales generales; Normas respecto a las sentencias; Costas del Tribunal.

El Tratado de Londres dispuso la creación del Tribunal Militar para los mayores criminales del régimen Nazi, que tendría su sede en Nüremberg. No era la primera vez que se experimentaba la necesidad de someter a un proceso internacional, a las personas que hubieran cometido determinados hechos; sin embargo, lo que diferencia a este Tribunal de los anteriores proyectos, es que éste sí se estableció, funcionó y emitió sentencias condenatorias, en su mayor parte aplicando la pena de muerte.

Es de hacer notar que el Tratado de Londres se firmó luego de finalizada la Guerra, a efectos de juzgar a los posibles responsables de los crímenes cometidos durante ésta, desde 1939 hasta 1945. Es decir, el Estatuto para el Tribunal Militar incluido como apéndice en ese tratado, se redactó *ex post facto*. En el ámbito estatal interno, en virtud de la seguridad jurídica (uno de los valores preeminentes en el ámbito jurídico-legislativo penal), el proceso llevado a cabo en virtud de esas normas sería considerado ilegítimo, por atentar contra las garantías de legalidad y de juez natural. Sin embargo, ante los terribles actos cometidos por las personas cercanas al régimen nazi, la Comunidad Internacional consideró que en este caso, debía darse prioridad al valor justicia sustantiva por encima de la seguridad jurídica⁸¹, dado que la injusticia estaría en no castigar a los criminales, cosa que sucedería si se dejaba su procesamiento a cargo del Estado alemán.

En la delimitación de la *“competencia personal”* del Tribunal Militar, se encuentra la primera manifestación positiva del principio de Responsabilidad Penal del Individuo en el Derecho Internacional contemporáneo; o, al menos, la primera que llegó a efectivizarse. Esta no tiene un carácter general, sino muy limitado: El art. 1º, indica que el Tribunal tendrá la función de

“el rápido y justo enjuiciamiento y castigo de los mayores criminales de guerra del Eje europeo”.

⁸⁰ Artículo 1 del Estatuto.

⁸¹ CASSESE, Op. Cit., pág. 135.

El art. 6, delimita tanto la competencia personal como la material del Tribunal. La primera se refleja en la siguiente expresión contenida en el encabezamiento del artículo:

“El Tribunal... para el procesamiento y castigo de los mayores criminales de guerra de los países del Eje europeo será competente para enjuiciar y castigar a quienes, actuando a título personal o como miembros de organizaciones en interés de los países del Eje europeo...” En el párrafo final, establece la responsabilidad de *“Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices que participen en la formulación o ejecución de un plan conjunto o conspiración para cometer cualquiera de los crímenes mencionados...”*

La fórmula transcrita encierra tres normas de atribución de jurisdicción:

1. Responsabilidad Individual: Con esta disposición, el Estatuto se convierte en el primer instrumento internacional que tiene efectos directos sobre las personas. Hasta este momento, los únicos sujetos de Derecho Internacional eran los Estados y las Organizaciones Internacionales, pero la actuación de este Tribunal significó el primer paso hacia el reconocimiento de derechos y obligaciones de Derecho Internacional también a los seres humanos.

2. Responsabilidad grupal: El tribunal juzgaría a los individuos no sólo por su actuación directa en la comisión de los crímenes tipificados en el Estatuto, sino también a aquellos que, no siendo autores directos, eran miembros de un grupo dedicado a la comisión de estos delitos.

3. Delimitación finalista y cronológica-territorial: Pero no sería el Tribunal competente para juzgar a cualquier individuo o grupo de ellos; sino solamente a los *“mayores criminales de guerra de los países del Eje”* que hayan actuado *“en interés de los países del Eje europeo”*. Estas expresiones están indicando una delimitación que, además, está reforzada por los tipos penales (todos ellos relacionados con la guerra) especialmente cronológica, referida a la Segunda Guerra Mundial y los territorios donde la misma se desarrolló. Tanto es así que el Tribunal rechazó cargos anteriores al año 1939 a pesar de admitir acreditada la comisión de crímenes muy graves, dado que consideraba limitada su competencia al inicio de la guerra. Pero tampoco podría juzgar a cualquier persona que en ese ámbito hubiera perpetrado alguno de los hechos tipificados, sino sólo a quienes hubieran actuado en interés de las potencias del Eje; es decir, se excluía a quienes hubieran cometido esos hechos pero actuando en interés de los estados signatarios del Tratado de Londres, también partícipes en el conflicto. Se

introduce el elemento finalista (quien actuó en interés) y no nacional, ya que hubo nacionales de los países ocupados que colaboraron con la potencia ocupante.

Este instrumento incluye también, en sus arts. 9 a 11, una especie de “*responsabilidad colectiva*”, ya que el Tribunal de Nüremberg puede declarar a una organización como criminal, y en virtud de esa declaración los Tribunales de los Estados signatarios del acuerdo de Londres podrían juzgar a los demás miembros de esa organización por el solo hecho de pertenecer a ella y sin admitir prueba en contra.

Según el Art. 7, la posición oficial, militar o civil de los acusados no constituirá circunstancia eximente ni atenuante. Esta disposición no tiene antecedentes en Derecho Internacional, pero responde a la idea de que gran parte de las personas a ser juzgadas por el Tribunal de Nüremberg eran las más altas autoridades del régimen nacionalsocialista. Por otra parte, los hechos tipificados sólo pueden ser cometidos con la participación o, al menos, el conocimiento (consentimiento implícito) de esas autoridades.

Esta norma fue de gran utilidad al Tribunal, ya que muchos de los acusados alegaron como defensa la inmunidad proveniente de su cargo. Es interesante destacar los siguientes párrafos de la sentencia, que fundamentan la improcedencia del cargo oficial como eximente de responsabilidad:

“El principio de Derecho Internacional que en determinadas circunstancias protege al representante de un Estado no puede aplicarse a actos considerados criminales por el Derecho Internacional. Los autores de estos actos no pueden escudarse tras su posición oficial a fin de quedar libres de castigo en el procedimiento correspondiente.- La esencia misma del Estatuto es que los individuos tienen deberes internacionales que van más allá de las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado individual. El que violare las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad por haber actuado en obediencia a la autoridad del Estado si el Estado que autoriza la acción se sale de la competencia que le confiere el Derecho Internacional⁸²”.

Según el Art. 8 del Estatuto, el hecho de que una conducta se desarrolle en cumplimiento de una orden del gobierno o de un superior jerárquico no eximirá de responsabilidad a quien la cometa, pero sí podrá constituir una circunstancia atenuante “*si el Tribunal lo estima procedente en justicia*”.

El Estatuto de Nüremberg asegura al procesado ciertas garantías mínimas que se encuentran en la Parte IV, compuesta sólo por el Artículo 16, casi disfrazadas bajo el

⁸² Juicios de Nüremberg, págs. 52 y 52, citados en el “Proyecto de Código...”, comentarios al Art. 7.

título “*Proceso justo para los acusados*”. Ellas son: Derecho a la acusación concreta, en idioma comprensible para el acusado y a la defensa; derecho a un abogado; derecho a ejercer su descargo y a presentar las pruebas que considere pertinente a tales fines. En el art. 18 b) se garantiza la celeridad del proceso.

Llama la atención que no se hayan previsto otras garantías tales como el *non bis in idem*, la presunción de inocencia, la prohibición de obligar al acusado a declarar contra sí mismo, etc.

Asimismo el art. 26, si bien obliga al Tribunal a emitir un veredicto fundado, establece que el mismo, ya se declare la culpabilidad o inocencia del procesado, será “*definitivo e inapelable*”. En otras palabras, se priva al acusado de su derecho a la doble instancia. Sin embargo, en cierto sentido el art. 29 mitiga esos caracteres de la sentencia al establecer que el Consejo de Control de Alemania podrá reducir o modificar las penas, pero no aumentarlas o, si encontrare nuevas pruebas respecto a un acusado, deberá comunicarlas a los Fiscales para que las analicen y actúen en consecuencia.

Este Estatuto no pretendía crear un Tribunal con el requisito de generalidad e imparcialidad exigido para que un juicio sea realmente justo. Esa falta de imparcialidad, tanto del instrumento como del Tribunal que éste creó, se evidencia entre otros hechos, en estas disposiciones que no establecen garantías propiamente dichas sino normas de procedimiento que permitirían un normal desarrollo del proceso. Estas consideraciones se ven respaldadas por el artículo 12., que permite tramitar la causa en rebeldía, “*si no son halladas o el Tribunal por alguna razón considera necesario en aras de la justicia, tramitar el proceso en (...) ausencia* (del acusado)”.

El Estatuto también contenía la tipificación de los delitos que el Tribunal estaría habilitado para juzgar, es decir, se delimita su competencia material, en tres incisos del artículo 6 de su Estatuto, que tipifican los delitos de “*Crímenes contra la paz*”, “*Crímenes de guerra*” y “*Crímenes de lesa humanidad*” y que a continuación se transcriben.

- a) “*Crímenes contra la paz, a saber, la planificación, preparación, iniciación o realización de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratados, acuerdos o compromisos internacionales; la participación en un plan conjunto o conspiración para la realización de cualquiera de los actos mencionados;*
- b) *Crímenes de guerra, a saber, violaciones de las leyes o costumbres de la guerra. Entre esas violaciones se incluyen, sin que la lista sea taxativa, el*

asesinato, maltrato o confinamiento a trabajo forzado o con cualquier otro propósito de la población civil de un territorio ocupado o que se encuentre en él; el asesinato o maltrato de prisioneros de guerra o de personas que estén a bordo de naves en los mares; el asesinato de rehenes, el pillaje de bienes públicos o privados, la destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas y su devastación no justificada por necesidades militares;

c) Crímenes de lesa humanidad: El asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal o en relación con ese crimen, implique o no el acto una violación del derecho interno del país donde se haya cometido”.

Si bien el análisis de la Parte Especial del Derecho Internacional Penal no es objeto de la presente investigación, es interesante a los efectos del estudio de la evolución de esta disciplina extraer los rasgos generales de estos incisos y destacar algunos elementos concretos.

En el primer sentido, se puede afirmar que esta enumeración de actos no constituyen tipos penales en puridad, ya que una característica de éstos es la descripción acabada y precisa de la conducta considerada ilícita, mientras que estos incisos sólo contienen la delimitación de la competencia material del tribunal a través de enumeraciones no taxativas de algunos de los hechos a ser juzgados⁸³, dejando por lo tanto a la apreciación de los jueces la concreción de las conductas. Ello se evidencia en las expresiones: “guerra de agresión o de una guerra en violación de tratados...” ya que no se define qué es una guerra de agresión; “entre esas violaciones se incluyen, sin que la enumeración sea taxativa...”; y “otros actos inhumanos...”

Respecto de los crímenes contra la humanidad, cabe destacar algunos elementos contenidos en esta enumeración:

1. Conexión con otro crimen: Los requisitos de que los actos inhumanos sean cometidos “antes o durante la guerra” y la persecución, “para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal o en relación con ese crimen” tienen la finalidad de encuadrar esos hechos en el marco de la Segunda Guerra Mundial y excluir el juzgamiento de otro tipo de delitos. Por otra parte, en este contexto este tipo penal fue creado para poder enjuiciar los crímenes cometidos por los alemanes (o los

⁸³ “Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º Período de Sesiones; Asamblea General, 51º Período de Sesiones, Suplemento Nº 10 (A/51/10). Comentario al Art.

“colaboracionistas”⁸⁴) contra sus propios nacionales, hechos que no encajan en los dos tipos anteriores y que por ser los más graves, no podían quedar impunes.

2. Independencia del derecho interno: Según la última expresión del inciso c), los actos serían considerados crímenes, incluso aunque hubieran sido obligatorios para los ciudadanos de acuerdo a su derecho interno, lo que concuerda con el principio que se enumera supra, según el cual la orden de un superior o de un representante del Estado no sería considerada causa eximente de responsabilidad. Ello llevó al Tribunal de Nüremberg a llegar a declarar la supremacía del Derecho Internacional respecto al derecho interno⁸⁵.

Intitulamos este apartado como *Independencia* del derecho interno y no como autonomía, ya que consideramos que esta última se refiere a que un determinado acto esté penalizado por el Derecho Internacional y no por el derecho interno; mientras que lo que establecía el Estatuto de Nüremberg, era la penalización de un acto **aunque se realice en cumplimiento de una orden del derecho interno**.

3. Persecución política: En los crímenes contra la humanidad, se incluye la persecución por motivos políticos; lo que es de destacar dado que este tipo de hechos se excluye luego de la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio y de todos los demás instrumentos. Esta inclusión se debe también al carácter de *ad hoc* del Tribunal, destinado a juzgar sólo a los grandes criminales de la Segunda Guerra Mundial.

Respecto a las penas, la única disposición del Estatuto de Nüremberg que se refiere a este tema de gran trascendencia en derecho Penal es el Artículo 27, que reza: “El Tribunal podrá imponer al acusado convicto la pena capital u otra sanción que el Tribunal considere justo”. El Art. 28 autoriza la confiscación de bienes de los condenados.

⁸⁴ En Francia, durante la ocupación por parte de los alemanes, se llamaba así a quienes colaboraban con el régimen nacionalsocialista.

⁸⁵ Idem, comentario al Art. 1.2.

3. Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente; 1946

Este Estatuto está contenido en una Proclama Especial del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas, General Douglas Mac Arthur; por lo que no se puede calificar de *Internacional* en un sentido formal, aunque el Tribunal sí lo sea por su composición. También la designación de los jueces que compondrían el Tribunal fue efectuada por la misma autoridad, de una lista de candidatos presentados por los estados signatarios del Instrumento de Rendición⁸⁶, la India y el Commonwealth de Filipinas.

Si bien este Estatuto no constituye una norma internacional de carácter formal, sí se puede calificar como tal en un sentido material. Su contenido es sumamente similar al Estatuto del Tribunal de Nüremberg, contando sólo con 17 artículos, por lo que no se analizará por separado con respecto a éste.

4. Ley N° 10 del Consejo de Control de las Potencias Aliadas para Alemania⁸⁷.

Esta ley fue dictada, en cumplimiento de la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943⁸⁸ y el Tratado de Londres de 8 de agosto de 1945, a los efectos de juzgar aquellos crímenes cometidos por las autoridades del régimen nazi y sus partidarios y colaboradores, que no estuvieran comprendidos en la competencia del Tribunal de Nüremberg.

Este caso tampoco constituye un instrumento de Derecho Internacional en sentido formal⁸⁹, por lo cual sólo se mencionarán de él algunos hechos que tuvieron cierta relevancia en la evolución posterior del Derecho Internacional Penal.

En primer lugar, la tipificación que se hace de los crímenes contra la humanidad es más amplia y abierta que la del Estatuto del Tribunal de Nüremberg y a su vez, elimina el requisito de conexión con otro delito de competencia del tribunal. Se transcribe esa tipificación a los efectos de su comprensión:

⁸⁶ Firmado en la Bahía de Tokio, Japón, el 2 de septiembre de 1945 entre Japón, los Estados Unidos de América y “las naciones aliadas”.

⁸⁷ En adelante, Ley N° 10.

⁸⁸ Suscripta entre la U.R.S.S., Francia e Inglaterra, en el marco de la retirada que se iba produciendo por parte de las Potencias del Eje de los países invadidos, durante la cual las fuerzas armadas iban cometiendo, en el territorio de esos países y contra sus nacionales, crímenes horribles. A los efectos de desanimar la comisión de esos hechos, se advertía a sus posibles autores que al finalizar la guerra serían entregados a la justicia del Estado donde hubieran cometido los hechos.

⁸⁹ A nuestro entender sí constituye un instrumento de Derecho Internacional en sentido material, tal como lo entiende Alicia Gil Gil: “Derecho Penal Internacional”, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 29-30.

“Artículo II.- 1... c) Crímenes contra la humanidad. - Atrocidades y delitos que comprenden, sin que esta enumeración sea taxativa, el asesinato, la exterminación, la esclavización, la deportación, la detención, la tortura, la violación u otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, ya sea que estos crímenes hayan constituido o no una violación del derecho nacional del país donde se hayan cometido”⁹⁰.

Aunque no sea un elemento que haya seguido presente en la evolución de esta disciplina, en el Artículo II 2. f) se incluye como responsable de los delitos tipificados por el párrafo 1. del mismo artículo, a quienes hayan ocupado, durante la comisión de esos crímenes, un alto cargo político, civil o militar en Alemania o en uno de sus estados aliados cobeligerantes o satélites, o un puesto importante en la vida financiera, industrial o económica de uno de esos estados. Esta ampliación sin precedentes de la responsabilidad, se debe a la finalidad de juzgar a todos los “*colaboracionistas*” con el régimen del partido Nazi, aunque no hayan cometido directamente esos crímenes.

Por otra parte esta Ley se limita a tipificar los delitos y establecer normas de responsabilidad, para luego remitirse a otras normas o disposiciones respecto a las reglas procesales, de competencia y jurisdicción.

5. *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, Nueva York, 9 de diciembre de 1948*⁹¹.

Este es el primero de los instrumentos a analizar que se suscribe en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y, como tratado multilateral que es, está abierto a la ratificación de todos los Estados miembros de la misma que deseen suscribirlo. Responde, al igual que el Tribunal de Nüremberg, al horror que provocó en la Comunidad Internacional a las atrocidades cometidas en la segunda guerra mundial por los alemanes del Partido Nazi contra judíos y gitanos, y su principal objetivo es prevenir la futura ocurrencia de hechos similares.

En su preámbulo, esta Convención menciona como antecedente la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de la ONU, que declara el genocidio como delito de

⁹⁰ En el original en francés; traducción libre de la autora.

⁹¹ En adelante, Convención sobre genocidio.

Derecho Internacional y establece que, para combatir este delito, es indispensable la *cooperación internacional* de todos los Estados de la Comunidad Internacional.

La Convención consta de 19 artículos, de los cuales sólo interesan a efectos de esta investigación los primeros ocho, dado que el resto se refiere a controversias entre Estados y cuestiones de forma, comunes a los tratados internacionales.

El objetivo principal de esta Convención es dar un marco jurídico a la cooperación internacional tendiente a la prevención de actos de genocidio y, ante la ocurrencia de estos actos, el castigo de sus autores. Pero también tiene otro objetivo que consiste en la homogeneización de las legislaciones internas sobre este delito.

Debido a las características mencionadas, este documento tiene un contenido y una finalidad muy diferente de los anteriores analizados, ya que aquellos instituyen un tribunal internacional, enuncian principios y garantías, tipifican delitos y les atribuyen penas, conteniendo normas que se aplican en forma directa a los individuos y pueden ser invocadas por éstos; mientras que la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de genocidio sólo tiene en común con los anteriores la tipificación de una conducta. Sin embargo, tratándose de normas estrictamente internacionales, éstas no están dirigidas a los individuos sino a los Estados, quienes al ratificar la convención asumen la obligación de tipificar el genocidio en sus derechos internos, prevenir y castigar ese delito. Sin embargo, esa obligación así como las restantes asumidas no son estrictamente jurídicas, ya que en la Convención no se establecen responsabilidades ni consecuencias concretas ante su incumplimiento.

En el art. 1 *in fine* los Estados signatarios se obligan a prevenir y sancionar el delito de genocidio. Por medio de los arts. 5; 6 y 7, las partes también se comprometen a hacer aplicable la Convención en su territorio; a tipificar el genocidio; a juzgar a los responsables de haberlo cometido y a considerarlo un crimen extraditable.

El primer artículo de este instrumento declara al genocidio delito de Derecho Internacional. El segundo es de suma trascendencia ya que contiene una tipificación de este crimen, que fue adoptada en todos los documentos posteriores, y que es la que sigue:

“... se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

- c) *Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
- d) *Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;*
- e) *Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.*”

El Artículo 3 declara punibles no sólo los actos enunciados en la tipificación del genocidio, sino también la asociación (inc. b), la complicidad (inc. e) y la tentativa (inc. d) para el genocidio. Estas son las distintas formas de autoría y participación que se admiten para este crimen.

En el inciso c) de este artículo se introduce la instigación directa y pública a cometer este delito, que a nuestro entender es un tipo penal autónomo, ya que no consiste en ninguno de los actos descritos en el tipo principal sino en uno distinto, y que puede no tener relación con la comisión o el inicio de los actos preparatorios para la comisión del tipo principal del delito de genocidio.

El principio de la responsabilidad penal individual en esta Convención, se encuentra en el Art. 4 con la siguiente redacción:

“Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3, serán castigados...”

Asimismo, dispone que quienes cometan actos de genocidio serán castigados, *“ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”*. Con esta inclusión se introduce en el incipiente derecho penal internacional el *principio de igualdad ante la ley*, que como vimos ya tiene sus antecedentes en el Estatuto de Núremberg.

El Art. 6 prevé la futura existencia de tribunales habilitados para juzgar a los posibles autores de genocidio, asegurando la competencia territorial del Estado donde se haya cometido el delito o de una *“corte penal internacional ... respecto a aquéllas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”*. Esta disposición quedó vacía de contenido según la práctica posterior, ya que en materia penal la regla primaria de competencia es la territorial; y la corte competente no existió hasta cincuenta años más tarde.

Sin embargo, en más de una oportunidad⁹² se le ha dado a este artículo la interpretación de que los Estados Parte en cuyo territorio se hayan cometido actos de

⁹² Sentencia de los Jueces MOSHE LANDAU (Presidente), BENJAMIN HALEVI e YITZCHAK RAVEH en el caso: *“Fiscal General C/Adolf Eichman”*, Corte de Distrito de Jerusalem, Israel, 1961; Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer

genocidio tienen la obligación y el derecho de establecer su jurisdicción; mas ello no impide a otros Estados Parte establecer jurisdicción sobre los mismos hechos, con otras bases (personalidad pasiva, jurisdicción universal, etc.).

Los artículos 5 a 8 se componen de una serie de declaraciones y obligaciones asumidas por los Estados signatarios, respecto a la represión y sanción del delito de genocidio, a la extradición fundada en ese crimen y a la posibilidad de solicitar a la ONU las medidas procedentes, según la Carta, para el logro de los objetivos de la Convención.

6. Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949⁹³ (Derecho de la Guerra).

En la fecha señalada, en la ciudad de Ginebra, se suscribieron cuatro convenciones identificadas de la siguiente forma:

- I. Convención de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña;
- II. Convención de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar;
- III. Convención de Ginebra relativa al trato debido a los prisioneros de guerra;
- IV. Convención de Ginebra relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Estas convenciones codifican la protección humanitaria **mínima** debida a distintas personas y bienes durante una situación de conflicto armado. Constituyen el núcleo principal del Derecho Internacional Humanitario y sus normas están destinadas a ser aplicadas por los Estados, aunque indirectamente afectan también a los individuos. Otro de sus objetivos es coordinar la cooperación internacional a los efectos de la prevención de los crímenes de guerra o la persecución de sus autores. Junto con los Protocolos de 1977⁹⁴, constituyen el llamado Derecho de Ginebra.

de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena, dictado en el Rollo de Apelación 173/98 – Sección Primera - Sumario 1/98 Madrid, 5 de noviembre de 1998.

⁹³ En adelante, Convenios de Ginebra.

⁹⁴ Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, suscriptos en 1977.

Se aplican “*en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado*” entre dos o más partes contratantes; y en “*todos los casos de ocupación, total o parcial, del territorio de una Alta Parte Contratante*”. En otras palabras, se deben aplicar por las partes contratantes en caso de conflicto internacional.

Para los casos de conflicto no internacional, las convenciones tienen un artículo común, el N° 3, que contiene un número de disposiciones mínimas a aplicar cuando el conflicto se produzca en el territorio de una parte contratante.

Cada uno de ellas contiene una nómina de “*personas y bienes protegidos*” que son aquellas personas y bienes enunciados en la identificación de cada Convención, susceptibles de ser afectados de forma especial, infundada e innecesaria en los conflictos armados y a los que, por lo tanto, la Comunidad Internacional intenta proteger.


A los efectos de esa protección, las Convenciones contienen un gran número de actos prohibidos sobre esas personas o bienes, así como obligaciones positivas en cuanto al trato a ellos debido. La violación de esas prohibiciones o el incumplimiento de las obligaciones, que conlleven un grave perjuicio para esas personas o bienes, están calificadas como “*Infracciones graves*” a las Convenciones, que se pueden agrupar en los siguientes actos o conductas: El homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente. El hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente. La deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, la toma de rehenes. El requisito común que convierte estos hechos en *Infracciones graves contra las convenciones de Ginebra* es que tienen que ser cometidos contra las personas o bienes protegidos, y en el ámbito de un conflicto armado.

Cada uno de estos cuatro convenios contiene un artículo que se titula: “*Sanciones penales. I. Generalidades*”⁹⁵, en el cual se encuentra implícito el principio de la responsabilidad penal individual. Al igual que en el Convenio sobre genocidio, en

⁹⁵ Art. 49 en el Conv. I; Art. 50 en el Conv. II; Art. 129 en el Conv. III; y Art. 146 en el Conv. IV.

éstos se remite a las legislaciones y jurisdicciones internas de los Estados Parte con la siguiente fórmula:

“Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra la presente Convención definidas en el artículo siguiente”.

Como se observa, en esta disposición los Estados que ratifiquen las convenciones asumen la obligación  adoptar en sus legislaciones internas, bajo la forma de tipo penal, lo que en ellas se denomina *Infracciones Graves*. Se comprometen asimismo a tomar todas las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las Convenciones; a adoptar las medidas legislativas y/o constitucionales necesarias para investigar los casos de violaciones graves, perseguir y castigar a los presuntos autores; o extraditarlos a otro Estado que haya presentado contra ellos cargos suficientes.

Los artículos de estas Convenciones que se refieren a las generalidades sobre las sanciones penales, establecen que los Estados se comprometen a sancionar a quienes hayan cometido las violaciones graves descritas en cada uno de ellos, o a quienes **hayan dado ordenes de cometerlas**. En otras palabras, tanto a los autores materiales como a los autores intelectuales. Dado que la norma no hace referencia respecto a las circunstancias político-militares de ninguna de estas clases de autores, tampoco puede hacerlas el intérprete; es decir que los Estados deben disponer que el castigo se aplique a los responsables de las violaciones graves, tanto si son civiles como si son militares.

Pero estas Convenciones van un poco más allá de la obligación de los Estados de perseguir a los responsables de las violaciones graves, al incluir a favor de los inculpados ciertas *garantías procesales mínimas* aunque no como normas directamente aplicables a los particulares, sino que están destinadas a llegar a éstos a través de la obligación que asumen las Altas Partes contratantes. Obligación que consiste en garantizar a los inculpados esos derechos *como mínimo*; lo que implica que se pueden disponer garantías más amplias, pero nunca inferiores a las que contienen las Convenciones. Esto es muy importante ya que, tratándose de conflictos armados, se dará con frecuencia el caso de que quienes apliquen las sanciones por violaciones graves a las Convenciones serán los miembros del grupo que haya salido victorioso del conflicto, contra sus enemigos. Ello puede dar lugar a violaciones a los derechos

fundamentales del hombre, violaciones que también hay que prevenir y es el objetivo de estas garantías mínimas.

Esas garantías mínimas están incluidas en la Convención III, relativa el trato debido a los prisioneros de guerra, arts. 105 a 108; a la cual remiten las Convenciones I; II y IV, en sus arts. 49; 50 y 146, respectivamente. Consisten básicamente en: Asistencia letrada tanto de su elección como de oficio, derecho a ofrecer prueba de descargo y a un intérprete, notificación de las decisiones judiciales y de sus derechos; plazo suficiente para preparar la defensa; libre comunicación con su defensor; recursos legales; y, de ser condenados a pena privativa de la libertad, a que la misma se cumpla en condiciones de salubridad, dignidad y seguridad.

Estos procedimientos en general se equiparan a los procesos militares que rigen en el territorio de la *potencia detenedora*⁹⁶ para sus propios ciudadanos; y las notificaciones de mayor trascendencia (acusación, sentencia, derechos de recursos, etc.) deben hacerse también a la *potencia protectora*⁹⁷ de la parte a la cual pertenezca el prisionero. Todas estas disposiciones son las obligaciones que asumen las Partes contratantes como trato debido a los prisioneros de guerra; y, en virtud de las remisiones que hacen las demás convenciones (mencionadas supra), su aplicación se hace extensiva a toda persona sospechada o acusada de alguna grave violación a cualquiera de las convenciones.

Estas convenciones⁹⁸, como se ha mencionado, componen el núcleo básico de lo que se denomina "*jus in bellum*" o derecho de la guerra y, últimamente, Derecho Internacional Humanitario; y que en cierto sentido se complementa con el "*jus ad bellum*"⁹⁹ o derecho a la guerra, contenido en las Convenciones de La Haya de 1907¹⁰⁰. Los artículos analizados, principalmente los que se refieren a las *infracciones graves*,

⁹⁶ *Potencia detenedora*: Es la potencia en cuyo poder se encuentran los prisioneros de guerra.

⁹⁷ *Potencia protectora*: Según las Convenciones de Ginebra, cada parte en un conflicto debe designar una *potencia protectora*, que estará encargada de salvaguardar sus intereses en el conflicto. Debe ser aceptada por la parte contraria y el puesto puede ser ocupado por una organización neutral, tal como la Cruz Roja. Esta potencia debe velar por que los prisioneros de guerra reciban el trato debido según estas Convenciones. En el art. 2b) del Protocolo Adicional I a las Conv. de Ginebra, se define como: "*un Estado neutral u otro Estado que no sea parte en el conflicto y que habiendo sido designado por una parte en el conflicto y aceptado por la parte adversa, esté dispuesto a desempeñar las funciones asignadas a la potencia protectora por los Convenios y por el presente Protocolo*". El proceso de designación de las potencias protectoras está previsto en el art. 5 de este Protocolo.

⁹⁸ Las cuales recordemos que se conocen también como "Derecho de Ginebra".

⁹⁹ Sobre estas denominaciones, vid. KOLB, Robert: "Origen de la pareja terminológica *ius ad bellum* / *ius in bello*". Revista Internacional de la Cruz Roja No 143, pp. 589-598.

¹⁰⁰ También denominadas "Derecho de La Haya".

son las normas con contenido penal de estas Convenciones, por ello centramos en ellos nuestro análisis¹⁰¹.

7. Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nüremberg, redactados y comentados por la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la O.N.U. (1950)¹⁰².

Se trata de siete principios que la Comisión de Derecho Internacional extrajo del Estatuto y de las sentencias del Tribunal de Nüremberg y reformuló como principios generales, completando cada uno de ellos con sus antecedentes y comentarios.

Como se lee en el subtítulo, estos principios fueron extraídos del Estatuto y de las Sentencias del Tribunal de Nüremberg por la C.D.I., en cumplimiento de una disposición de la Asamblea General. En consecuencia, si bien no constituyen normas positivas de Derecho Internacional, sí pueden ser consideradas fuente secundaria de éste como opinión doctrinaria y, en algunos casos, normas consuetudinarias. No obstante la denominación que se le dio en el momento de su redacción (“*Principios de Derecho Internacional*”), a nuestro entender no son de Derecho Internacional general ni de Derecho Internacional Público, sino de la rama específica de éste que estamos analizando: Derecho Penal Internacional.

Pueden enumerarse de la forma que sigue: **Principio. I:** Responsabilidad Penal Individual en Derecho Internacional; **Principio II:** Autonomía de la tipificación en Derecho Internacional; **Principio. III:** Improcedencia del cargo oficial como causal eximente de la responsabilidad; **Principio. IV:** Improcedencia de la obediencia debida como causal eximente de la responsabilidad; **Principio. V:** Garantía de juicio imparcial; **Principio. VI:** Tipos penales de Derecho Internacional: Crímenes Contra la paz, Contra la Humanidad y de Guerra; **Principio. VII:** Autoría y participación criminal.

El Principio I se encarga de generalizar la responsabilidad penal individual que el Estatuto establecía para los máximos criminales de las Potencias del Eje y constituye

¹⁰¹ Ver en esta obra, Capítulo I, parágr. 3.1.

¹⁰² Comisión de Derecho Internacional, informe sobre los trabajos desarrollados en su segundo período de sesiones (1950), sup. N° 12 (A/1316), pp. 11-15 (Yearbook of the ILC, Vol. II, pp. 374-378). En adelante, Principios de Nüremberg.

hoy en día, uno de los principios básicos del Derecho Internacional Penal, teniendo una redacción genérica y abstracta:

“Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción”.

Su fundamento radica, según un párrafo de la Sentencia del Tribunal de Nüremberg transcrito en el comentario a este principio, en que

“Los delitos contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, y no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del Derecho Internacional”.

Esta sección del pronunciamiento del Tribunal de Nüremberg da una forma contundente al principio de responsabilidad penal individual en Derecho Internacional, excluyendo a cualquier entidad abstracta, ya sea los Estados o las Personas Jurídicas no estatales.

El Principio III formula el principio de igualdad ante la ley penal declarando que el cargo oficial no será eximente de pena, pero sin pronunciarse sobre su valoración como circunstancia atenuante, lo que se deja al arbitrio del Tribunal. Es interesante señalar que este principio deja en claro que la improcedencia del cargo oficial como eximente se refiere únicamente al Derecho Internacional¹⁰³, con lo que se establece la autonomía de éste respecto al derecho interno en lo que a esta materia se refiere.

El principio IV adapta el art. 8 del Estatuto (Improcedencia de la orden superior como eximente) a la interpretación que el Tribunal hizo del mismo, adicionando el requisito, para que la orden superior no constituya causal eximente de responsabilidad, de que el autor haya tenido la posibilidad moral de opción¹⁰⁴. El comentario a este principio transcribe el siguiente párrafo de las sentencias:

“La piedra de toque, que se encuentra en distintos grados en el derecho penal de la mayoría de las naciones, no es la existencia de la orden, sino el hecho de haber tenido o no, efectivamente, posibilidad moral de opción”.

¹⁰³ La redacción textual del principio es: *“El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional”.*

¹⁰⁴ *“El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción”.*

Pero en realidad, cuando quien comete materialmente el delito no tuvo posibilidad moral de opción, la circunstancia eximente no es esta imposibilidad de elección, sino la situación que lo puso ante esa falta de elección. Por ejemplo: Si quien da la orden (el superior jerárquico) amenaza de muerte al subordinado, quitándole así la posibilidad moral de opción, la causal de eximente (o atenuante) no estará en esa imposibilidad, sino en la amenaza o coacción (falta de libertad).

Al igual que en el principio III, se deja al Tribunal la libertad de evaluar si la orden superior puede constituir circunstancia atenuante o no.

Respecto al Principio V, su formulación se limita a asegurar el derecho que todo acusado tiene a un juicio imparcial, tanto sobre los hechos como sobre el derecho. En el comentario a este principio, la Comisión define como juicio imparcial el que cumple con los postulados del art. 16 del Estatuto, por lo que vale para este instrumento las consideraciones vertidas respecto de ese artículo. Pero en este Principio la CDI se quedó corta, dado que al momento de redacción de estos principios ya se había aprobado la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que en su art. 11 enuncia la presunción de inocencia y el principio de legalidad¹⁰⁵, podrían haberse incluido estas garantías entre los principios.

Hemos visto que el Principio I, establece que

“Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción”. Según el comentario: *“La norma general que sirve de fundamento al principio I es que el derecho internacional puede imponer deberes a los individuos directamente, sin interposición del derecho nacional...”*

Este principio se complementa con el Principio II, que separa los ámbitos de derecho interno e internacional, al establecer que la impunidad de un acto en el derecho interno no libera a su autor de la responsabilidad *“en derecho internacional”*¹⁰⁶.

A nuestro entender, la idea que se apunta en este instrumento, es que es innecesaria la adopción de los tipos penales de derecho internacional en el derecho

¹⁰⁵ La redacción del principio de legalidad, expresamente incluye la penalización de un acto en Derecho Internacional: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional*. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (el subrayado es nuestro).

¹⁰⁶ El Principio II reza: *“El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de Derecho Internacional no exime de responsabilidad en Derecho Internacional a quien lo haya cometido”*

interno, quizás porque al momento de la redacción de estos principios se tuviera la ilusión de que el derecho penal internacional llegaría a desarrollarse tanto como para constituir un orden autónomo, autosuficiente y efectivo, al punto de ejercer una justicia eficaz que haría innecesario (para los delitos internacionales) al sistema interno¹⁰⁷.

En el comentario al mismo la CDI denomina a este principio como la “*supremacía*” del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno. Pero hoy en día se entiende como *autonomía* y no como supremacía, al menos en la rama Penal del Derecho Internacional, pues éste y el derecho interno pertenecen a esferas distintas e independientes, que en ocasiones interactúan entre sí, aplicando los órganos jurisdiccionales nacionales el derecho interno y los internacionales, el Derecho Internacional, en ocasiones aplicándose normas de remisión. Así, un determinado acto de una persona puede no constituir delito para el derecho interno pero sí para el Derecho Internacional.

Entre otras cosas, el comentario a este principio expresa:

“El Tribunal consideró que el DI puede obligar a los individuos aún cuando el derecho nacional no les ordene observar las reglas del Derecho Internacional, como lo prueba el siguiente pasaje del fallo: ‘... la esencia misma del Estatuto estriba en que los individuos tienen deberes internacionales superiores a las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por los respectivos Estados’”.


El Principio VI tipifica como delitos contra el Derecho Internacional los crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad. La tipificación es casi idéntica a la del Estatuto, hasta el punto que en los crímenes contra la humanidad se exige una conexión con alguno de los otros tipos penales.

A pesar de que el Estatuto de Nüremberg sólo penalizaba la complicidad en los delitos contra la paz, el Tribunal, aplicando principios generales de derecho penal¹⁰⁸, castigó también a varios acusados de complicidad en los restantes delitos de su competencia. Por ello, la CDI consideró apropiado, en el Principio VII, declarar la punibilidad en Derecho Internacional de los cómplices.

¹⁰⁷ Sería el mismo motivo por el que en la Convención contra el Genocidio se incluyó la competencia de una futura Corte Penal Internacional.

¹⁰⁸ El Tribunal de Nüremberg, cita entre fundamentación jurídica de sus fallos el Derecho Penal vigente en la mayoría de los Estados civilizados.

8. Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, Nueva York, 26 de Noviembre de 1968¹⁰⁹.

El principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional fue una consecuencia tardía del espíritu del Estatuto y las Sentencias del Tribunal de Núremberg. Algunos responsables de los crímenes del nazismo consiguieron huir de Europa, y permanecieron largos años ocultos en otros continentes con una identidad falsa. Después de mucho tiempo fueron descubiertos, detenidos y procesados en aplicación del Convenio de Londres, por lo que opusieron como defensa la prescripción de las acciones; defensa que fue rechazada por los jueces en aplicación de este principio de la imprescriptibilidad que ellos formularon en sus sentencias. Por eso nos permitimos sostener que es un principio implícito en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, ya que surge del espíritu de éste. 

Esta Convención introdujo una sustancial diferencia entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Penal interno, ya que en éste por principio los delitos prescriben, en su doble faceta de la acción y de la pena. Ello constituye en cierta medida también una garantía para el individuo, en beneficio de la seguridad jurídica ya que lo que se busca es evitar que una persona viva más de cierto tiempo con la angustia de pensar que en cualquier momento puede ser detenido y sometido a juicio penal por un hecho cometido años antes. El plazo de la prescripción depende de la gravedad del delito, estando en relación directa con el *quantum* de la pena. Así, tenemos que un hurto simple prescribirá en poco tiempo, mientras que un homicidio lo hará en varios años.

Siendo los crímenes internacionales, *los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional*, se ha considerado con acierto que quien cometa crímenes tan graves no puede ser relevado de su responsabilidad por el paso del tiempo.

Este principio fue aplicado luego por la Corte Suprema Italiana en 1995, en el Caso Priebke, y en 2001 por la Corte Suprema Argentina, en los casos contra los responsables del terrorismo de Estado aplicado por la dictadura militar que ocupó el poder de 1976 a 1983.

¹⁰⁹ En adelante, Convención sobre Imprescriptibilidad.

La Convención está compuesta por un preámbulo y once artículos, de los cuales siete (Arts. 5 a 11) son de forma.

En los primeros dos artículos se declara la imprescriptibilidad respecto a los crímenes de guerra y de lesa humanidad, y asimismo con respecto a:

“la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948...”

En virtud de lo expresado, esta Convención complementa a las demás mencionadas.

En el art. 2 se adiciona un elemento nuevo en el Derecho Penal Internacional. Para su mejor comprensión lo transcribimos a continuación:

“Art. 2. Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo 1, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración”.

En toda la redacción de este artículo subyace la idea de que, en principio, se podría acusar “a los representantes de la autoridad del Estado” en cualquier caso que se produzca alguno de los delitos mencionados en el artículo 1¹¹⁰, como se puede deducir del encabezado de este artículo: “Si se cometiere alguno de los crímenes...”, redactada en forma impersonal. Luego, al final, se agrega expresamente que se aplicará la Convención a las autoridades que toleren su perpetración; elemento que no se encontraba en los anteriores instrumentos y que es de atinada justicia, teniendo en cuenta los comentarios que se efectuaron *supra* respecto a la impunidad de quienes detentan poder político o cargos públicos. Ocurrirá seguramente en más de un caso, que estas autoridades no cometan por sí ni ordenen la comisión de ningún crimen contra el derecho internacional; pero consientan la comisión de éstos por parte de sus subordinados. Esta actitud pasiva frente al delito podría constituir complicidad o encubrimiento. Mas, para los casos en que ello no esté claro, es conveniente incluir la punibilidad de la omisión de actuar del superior, para evitar que, ante la duda, éste quede impune.

¹¹⁰ Esos delitos son los crímenes de guerra (principalmente las llamadas infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario), de lesa humanidad y el genocidio.

En los artículos 3) y 4) respectivamente, los Estados signatarios asumen las obligaciones de adoptar todas las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para la extradición de las personas enunciadas en el art. 2) y que sean requeridas por otro Estado; y para incorporar en el derecho interno la imprescriptibilidad de los crímenes mencionados, que se erige gracias a esta Convención en principio general de Derecho Penal Internacional.

9. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nueva York, 10 de diciembre de 1984¹¹¹.

Esta Convención, si bien en principio es del mismo tenor que la Convención sobre genocidio, incorpora algunos elementos nuevos y diferenciadores que lo hacen un poco más extenso. Así, cuenta con un preámbulo y treinta y tres artículos, siendo su mayor novedad (respecto de los demás documentos analizados en esta investigación) la creación del “Comité contra la Tortura” (Parte II del Convenio).

Según el preámbulo de este instrumento, uno de sus pilares es la obligación que incumbe a todos los Estados, en particular en virtud del art. 55 de la Carta de la ONU,

“de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales” que son *“la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo”*.

Por otra parte, se basa también en el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen que *“nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*.

La evolución respecto a las Convenciones de Ginebra, que son los tratados internacionales de similar contenido material más próximos en el tiempo, se advierte en disposiciones tales como la del art. 4 inc. 1, según la cual los Estados Parte deben velar *“para que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”* y se asuma el castigo para esos delitos (inc. 2 del mismo artículo). Recordemos que las Convenciones de Ginebra no contienen expresamente el término *delitos*, sino *infracciones graves*; y por ellas no se obligan los Estados a tipificar esas violaciones,

¹¹¹ En adelante, Convenio sobre Tortura.

sino a tomar las medidas necesarias para aplicar sanciones a sus responsables, o extraditarlos.

El art. 1 de este Convenio tipifica la tortura como

“todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”,

excluyendo a continuación los sufrimientos que sean inherentes o accidentales a sanciones legítimas y sin perjuicio de las legislaciones internas que amplíen las conductas típicas.

Por medio del artículo 4, los Estados se obligan no sólo a tipificar la tortura, sino también *“toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura”* y a aplicarles sanciones adecuadas. Lo cual interpretamos en el sentido que la determinación de las formas de participación y complicidad y sus distintos grados se remite al derecho interno.

El art. 2 inc. 3 dispone que *“No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”*, excluyéndose así la orden superior para cualquier supuesto de eximente o atenuación.

En esta Convención no se establece la improcedencia del cargo oficial como eximente, debido a que en la tipificación que se ha dado al delito de tortura (así como en la de tratos inhumanos) se incluye el requisito de que su autor sea un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, o que la comisión del delito cuente con consentimiento o aquiescencia de funcionario público. Es decir, la calificación de un hecho como el delito internacional de tortura según esta Convención, implica necesariamente la participación -y por tanto, algún grado de responsabilidad- de un funcionario público o persona que ejerza funciones públicas al momento de ocurrir ese hecho¹¹². Hemos mencionado que este elemento es requisito necesario para la

¹¹² *“Art. 1. 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o*

calificación del hecho como *delito internacional*; pero nada obsta a que en el derecho interno se tipifique la tortura como delito sin ese requisito. Por otra parte, ese elemento del tipo penal indica que sin participación de algún funcionario o autoridad estatal, no habrá tortura como delito internacional.

El art. 5 ordena a los Estados parte establecer para este crimen la jurisdicción sobre la base de los principios de territorialidad, de nacionalidad activa y nacionalidad pasiva; y sobre la base del principio *aut dedere aut judicare*¹¹³ cuando no se conceda la extradición de un acusado a ningún Estado que la solicite. La parte final de este artículo autoriza a los estados a adoptar cualquier otro título de jurisdicción.

Otra obligación positiva asumida por los Estados en esta Convención es la de respetar las garantías procesales mínimas de los acusados (Art. 7 inc. 3), previsión lógica ya que el objetivo de este Convenio es evitar que las autoridades sometan a otras personas a torturas y malos tratos, lo que pretende evitar que los detenidos por este tipo de hechos sean a su vez sometidos a torturas o malos tratos.

También se asume la obligación de asegurar el derecho a reparación integral de la víctima (Art. 14 inc. 1), siendo el primero de los instrumentos analizados que incorpora una disposición de este tipo. Esta norma responde a la evolución que durante la segunda mitad del siglo XX ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual se van reconociendo y fortaleciendo cada vez más los derechos de las víctimas, incluyendo no sólo el de la reparación civil sino también el de la participación en los procesos penales seguidos contra sus victimarios, no como simples testigos sino como parte procesal activa, colaboradora pero autónoma respecto al Fiscal.

El art. 3 contiene una disposición interesante y desde todo punto de vista lógica dado el tipo de delito que tratamos: Prohíbe la “*expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura*”, con la intención de prevenir actos de tortura.

Los restantes artículos que componen la Parte I del convenio (es decir, hasta el art. 16) imponen obligaciones a los Estados parte, tendientes a prevenir los actos de

sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia...”

¹¹³ Este principio, bien desarrollado en el *Proyecto de Código* que analizamos *infra*, implica que el Estado que detenga a una persona acusada de ese delito, puede optar entre juzgarlo a través de sus tribunales internos o extraditarlo si el sujeto fue solicitado por otro Estado; pero tiene la **obligación** de actuar de alguna de las dos formas. En otras palabras, la opción la tiene sólo en el caso en que se le haya solicitado la extradición; si no es así, tiene la obligación de juzgarlo.

tortura, perseguir y sancionar a sus autores tanto en los territorios que están bajo su jurisdicción como en los de cualquier otro Estado, a través de medidas internas y de cooperación internacional. Entre ellas, la inclusión del delito de tortura entre los que autorizan la extradición.

El art. 16 hace extensivas varias de las disposiciones precedentes a

“otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”.

Esta convención no incluye el principio de imprescriptibilidad para el delito de tortura que tipifica; lo que es lógico con los principios generales del Derecho Penal Internacional, ya que la tipificación que hace este Tratado del delito de tortura comprende hechos aislados y conductas que no tienen gravedad suficiente como para prohibirse su prescripción. Hemos visto que la imprescriptibilidad afecta sólo a los delitos internacionales más graves, cuales son el genocidio, los delitos contra la humanidad y los crímenes de guerra. La tortura, no llegando a constituir ninguno de estos tipos penales, por sí sola no es tan grave como para justificar que se prive al acusado del beneficio de la prescripción de este tipo de actos. En todo caso, dado que la imprescriptibilidad no está prohibida, los Estados podrían declararla si así lo consideran, o al menos para los casos más graves de tortura.

Como ya se ha mencionado, la Parte II desarrolla la institución de un Comité contra la Tortura conformado por diez expertos seleccionados por los Estados parte al cual éstos deberán presentar dentro del primer año de vigencia del Convenio a su respecto, y luego cada cuatro años, un informe de las medidas tendientes a la cumplimentación de las obligaciones y medidas asumidas a través de éste. Las principales funciones de este Comité serán las de investigar todo caso en que se sospeche que en un Estado se practiquen torturas; de intentar que el Estado en cuestión solucione esa situación; y de elevar informes a los Estados parte respecto de estas situaciones y de otras que lleguen a su conocimiento. Para ello, los Estados se obligan también a colaborar con el Comité.

Consideramos que este Comité viene a suplir la falta de una entidad jurisdiccional internacional y responde a la intención de paliar de alguna forma y

aunque sea parcialmente esa falta, ante la experiencia previa de la Convención sobre Genocidio, que prevé un Tribunal Internacional que nunca se creó y que seguramente, en el año 1984 tampoco existían esperanzas de que viera la luz, al menos a corto y mediano plazo. Por otra parte, la ventaja que tiene un Comité de este tipo respecto a un Tribunal, es que la creación de un Comité no implica la delegación de la función jurisdiccional por parte de los Estados, lo que facilita la firma del Convenio.

Entre las Convenciones de Ginebra y esta Convención han transcurrido 36 años, por lo que es posible advertir en esta Convención grandes pasos evolutivos respecto a las anteriores, resultado de la evolución del Derecho Internacional y de los Derechos Humanos aprovechada por esta rama Penal, y de la doctrina que no dejó la producción intelectual sobre estos temas.

10. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Procesamiento de las Personas Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la Ex Yugoslavia desde 1991 (Res. 827 de 25 de mayo de 1993)¹¹⁴ y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de genocidio y otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de Rwanda... (Res. 955 de 8 de noviembre de 1994)¹¹⁵.

Estos Estatutos ya han sido mencionados en los capítulos anteriores, al exponer la historia del DPI. Las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas que los han creado fueron tomadas en aplicación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, con el objetivo de mantener la paz internacional, debido a la gravedad y gran escala de los crímenes que se habían cometido en ambos conflictos. Estos Estatutos tienen contenidos similares, con algunas diferencias.

¹¹⁴ Este Estatuto será consultado en el original en inglés; por lo cual, todas las transcripciones que se hacen del mismo son traducciones de la autora. Por el contrario, del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda se cuenta con una traducción extraída del sitio web del Tribunal: www.un.org/icty/index.html

¹¹⁵ En adelante, TPIY y TPIR respectivamente.

En primer lugar y tal como su denominación lo indica, crean organismos judiciales y, por tanto, contienen normas respecto a su institución, composición, funcionamiento y competencias. Se destaca asimismo que en la denominación se le otorgan facultades para juzgar a los responsables de *violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario*, es decir se elevan estos hechos a la categoría de tipos penales.

Materialmente, estos Estatutos son similares al de Nüremberg: Se tipifican ciertas conductas, en forma retroactiva hacia hechos ya acaecidos, y se crean órganos jurisdiccionales para procesar a los responsables de ellas. Su objetivo no es la prevención y persecución de los delitos que tipifican a escala internacional ni nacional sino que tienen objetivos específicos, concluyendo la vigencia de la norma con la consecución de esos objetivos.

En general, todo instrumento penal internacional que instituye un organismo jurisdiccional enuncia el principio de la responsabilidad individual, como una de las formas de la competencia de ese Tribunal. Así, ambos Estatutos contienen una formulación de este principio como la competencia de los Tribunales sobre las personas naturales (Art. 7 inc. 1. del Estatuto del TPIY y Art. 6 inc. 1. del Est. TPIR), amén de que el mismo principio surge de otros artículos de los Estatutos (Ej: los que tratan las formas de autoría y participación).

Los artículos citados establecen en forma directa la responsabilidad penal individual de las personas que hayan planeado, instigado, ordenado la comisión o colaborado en ella, o hayan sido autores materiales de los crímenes tipificados en cada uno de los Estatutos. Dado que esas tipificaciones se refieren a actos cometidos en circunstancias concretas de tiempo y lugar, este principio no es general sino que se refiere a un número de casos limitado por esas circunstancias. Por ello su redacción remite a los delitos tipificados *en esos Estatutos*.

La competencia que los Estatutos atribuyen a estos tribunales comprende:

1. Competencia material: Al Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia se le atribuye competencia para juzgar “*graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario*”; por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda tendrá jurisdicción para “*los hechos de genocidio y las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario*”. Como sus nombres lo indican, estos tribunales se crearon

sólo para juzgar los que se consideren delitos contra el derecho internacional, no teniendo jurisdicción sobre hechos comunes o de derecho penal interno.

Los crímenes sobre los cuales estos tribunales pueden ejercer su competencia son:

1. Genocidio: Este crimen está tipificado en el Art. 4 del Estatuto para el TPIY y en el Art. 2 del Estatuto para el TPIR. Ambos artículos cuentan con tres incisos de los cuales: El inc. 1º declara que la tipificación siguiente es sólo a los fines de la competencia del Tribunal; y los incs. 2º y 3º, son una copia exacta de los arts. 2 y 3 respectivamente, de la Convención contra el Genocidio por lo cual nos remitimos a esa sección de este trabajo.

2. Crímenes de Lesa Humanidad: La tipificación de estos crímenes puede dividirse en dos secciones, una cláusula introductoria que contiene dos condiciones generales que deben encontrarse presentes para que los hechos puedan ser calificados de crímenes contra la humanidad, y una enumeración de las conductas subyacentes. La cláusula introductoria es distinta en cada uno de los Estatutos, mientras que la enumeración de conductas subyacentes es idéntica; por ello, transcribiremos por separado las primeras y en forma conjunta la segunda.

i) Estatuto del TPIY, Art. 5: “*Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas responsables de los siguientes crímenes cometidos durante un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o interno y dirigidos contra cualquier población civil...*”

ii) Estatuto del TPIR, Art. 3: “*El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas...*” (El subrayado en negrita es nuestro, para marcar las diferencias entre ambos artículos).

iii) Conductas subyacentes, idénticas en ambos artículos:

- a) Homicidio intencional;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violación;
- h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;

i) Otros actos inhumanos.”

La diferencia en las cláusulas introductorias se debe a la adaptación de cada Estatuto al conflicto concreto para el cual se redactó.

En el caso de Yugoslavia se exige una conexión con el conflicto armado, ya sea de carácter interno o internacional. Ocurre que al iniciarse el conflicto se trataba de un solo Estado plurinacional, Yugoslavia, que a lo largo del conflicto se escindió en tantos otros como naciones lo formaban: Serbia, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia, Eslovenia y Serbia y Montenegro. Debido a lo complicado que resulta determinar la calificación del conflicto en interno o internacional o, en su caso, cuándo dejó de ser interno para ser internacional y en qué estado se encontraba cuando cada hecho fue cometido, se prefirió incluir ambas categorías, a efectos de no dejar de lado ninguna posibilidad. Pensamos que este tipo de conflictos será cada vez más habitual debido a la complejidad de los conflictos posteriores a la caída del Muro de Berlín y a la expansión cada vez mayor y más preocupante del fenómeno terrorista.

El Estatuto del TPIR exige que el hecho sea parte de un ataque generalizado o sistemático y por razones de nacionalidad, políticas, étnicas, raciales o religiosas; mas no se refiere expresamente a un conflicto, que requiere ataques recíprocos de parte de ambos bandos, ya que el conflicto ruandés consistió en los ataques que dirigieron los Hutus contra los Tutsies. En ambos casos, los ataques deben ir dirigidos contra una población civil.

3. Crímenes de Guerra: En este aspecto se diferencian sustancialmente ambos Estatutos, ya que el caso de la ex Yugoslavia fue enfocado principalmente desde el punto de vista de un conflicto armado (guerra), aunque se evitó en el Estatuto otorgarle la calificación de internacional o no. Por ello el Estatuto desarrolla más el capítulo de crímenes de guerra, remitiéndose a las Convenciones de Ginebra en general y según cual resulte aplicable. Por el contrario, el caso de Ruanda fue considerado preponderantemente como un genocidio del grupo étnico mayoritario entre la población (los Hutus) contra la minoría racial Tutsi, tipificándose sólo los crímenes de guerra cometidos en conflicto armado no internacional (art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra).

i) Estatuto del TPIY: “Artículo 2. Violaciones graves de las Convenciones de Ginebra de 1949. El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que hayan cometido o hayan ordenado cometer graves violaciones

de las Convenciones de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, expresamente los siguientes actos cuando se cometan contra personas o bienes protegidos por las disposiciones de las Convenciones de Ginebra que resulten aplicables:

- a) Homicidio intencional;
- b) Tortura u otros tratos inhumanos, incluyendo experimentos biológicos;
- c) Causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- d) Destrucción y apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
- e) Obligar a un prisionero de guerra o a un civil a servir en las fuerzas de una potencia enemiga;
- f) Privar intencionalmente a un prisionero de guerra o a civiles, del derecho a un juicio justo e imparcial;
- g) Deportación, traslado o detención ilegales de civiles;
- h) Toma de civiles como rehenes.”

“Artículo 3. Violaciones de las leyes y los usos de la guerra. El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o las costumbres de la guerra. Tales violaciones incluirán las siguientes conductas, sin que la enumeración sea limitativa:

- a) Empleo de armas venenosas u otro tipo de armas con la intención de causar sufrimientos innecesarios;
- b) Destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o villas, o devastación no justificada por necesidades militares;
- c) Ataque o bombardeo, por cualquier medio, de ciudades, pueblos, asentamientos o edificios indefensos;
- d) Toma, destrucción o daño intencional de instituciones dedicadas a la religión, la caridad y la educación, los artes y las ciencias, monumentos históricos y obras artísticas y científicas;
- e) Saqueo de propiedad pública o privada”.

ii) Estatuto del TPIR: “Violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios. El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados y del Protocolo Adicional II de los Convenios, de 8 de junio de 1977. Dichas violaciones comprenderán los actos siguientes, sin que la lista sea exhaustiva:

- a) Los actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y el trato cruel como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal;
- b) Los castigos colectivos;
- c) La toma de rehenes;
- d) Los actos de terrorismo;
- e) Los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente;
- f) El saqueo;

- g) *La aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin un fallo previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados;*
- h) *Las amenazas de perpetración de cualquiera de los actos precedentes”.*

2. Competencia territorial y temporal. La característica más sobresaliente de estos dos tribunales es la de ser *ad hoc*, es decir, fueron creados para juzgar un número indeterminado de casos relacionados con hechos concretos. En el caso de la antigua Yugoslavia, su competencia se limita territorialmente al territorio de ese Estado; y temporalmente, al período que comienza el 1º de enero de 1991 y no tiene fecha de finalización (art. 8 del Estatuto). En el caso de Ruanda, se otorga al Tribunal jurisdicción sobre los hechos ocurridos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre del mismo año, en el territorio de Ruanda o en el de los Estados vecinos, “*en cuanto atañe a graves violaciones del derecho humanitario internacional cometidas por ciudadanos de Ruanda*”. La jurisdicción de ambos es concurrente con la de los tribunales nacionales, si bien los TT.PP.II. tienen supremacía no solamente sobre la jurisdicción de los Tribunales internos de la ex Yugoslavia y de Ruanda, sino también respecto a cualquier otro tribunal, según se infiere del Art. 9 del Estatuto para el TPIY y el Art. 8 del Estatuto para el TPIR, que prescriben que cualquier instancia jurisdiccional (el TPI o los órganos nacionales) tendrá jurisdicción sobre estos hechos; mas el Tribunal Internacional está facultado para solicitar al nacional que se inhiba en un determinado asunto, ante lo cual éste debe obedecer.

En estos Estatutos, los principios que rigen la determinación de la responsabilidad son, según el art. 7 del Est. TPIY y el art. 6 del Est. TPIR:

- a) Improcedencia del cargo oficial, ya sea político, civil o militar como causal de eximente ni de atenuación de la pena;
- b) El superior tendrá responsabilidad penal en los hechos cometidos por sus subordinados, siempre que haya tenido conocimiento de ellos o si había razones para saberlo y no adoptó las medidas necesarias para evitarlos o para sancionar a los inferiores. Esta norma se nos presenta como un desarrollo del elemento que incorpora la Convención sobre Imprescriptibilidad: Responsabilidad de las autoridades que toleren la perpetración de crímenes contra el Derecho Internacional¹¹⁶.

¹¹⁶ Una norma similar se encuentra también en el Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949.

Este supuesto de responsabilidad por omisión requiere dos elementos: El primero de ellos, el elemento cognitivo, se puede presentar bajo dos formas: Que el superior haya sabido o haya tenido motivos para saber que sus subordinados iban a cometer o habían cometido un crimen. El primero de estos supuestos (que haya sabido) se asimila a la complicidad. El segundo (que haya tenido motivos para saber), implica negligencia dado que el superior contaba con la información suficiente para tener conocimiento de que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer un delito; sin embargo, hizo caso omiso de esa información.

El segundo elemento es la omisión que caracteriza a esta atribución de responsabilidad. Ante el conocimiento o la información que poseía, el superior no tomó todas las medidas a su alcance para impedir o reprimir ese delito.

“El superior incurre en responsabilidad penal únicamente si tenía la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para impedir o reprimir la conducta ilegal de sus subordinados y no lo hizo”¹¹⁷.

c) Cumplimiento de orden superior: El cumplimiento de una orden en ningún caso implica causal eximente de pena pero puede ser un atenuante, si el Tribunal determina que así lo exige la equidad. Como se observa, se ha cambiado el requisito de la posibilidad de opción moral por uno más amplio, el de la equidad según lo considere el Tribunal. La orden puede emanar de un superior jerárquico o de un gobierno, ya que así lo establecen los Estatutos. Este nuevo elemento del *gobierno* es interesante, porque, a nuestro entender, una orden puede adoptar cualquiera de las formas en que se puede expresar un gobierno: Leyes, decretos, decisiones judiciales, resoluciones, etc. En ningún caso se considerará causal eximente de pena el acatamiento de una orden contenida en cualquiera de estas fuentes de normas jurídicas.

Ambos estatutos enuncian la prohibición de la doble persecución o *non bis in idem*, que está expresado en el art. 10 del Estatuto para el TPIY y el 9 del Estatuto para el TPIR, ambos idénticos entre sí y con tres incisos que formulan esta garantía con algunas diferencias respecto a como la conocemos en Derecho Penal interno, ya que en estos casos el principio debe desdoblarse entre dos niveles jurisdiccionales, el interno y el internacional.

¹¹⁷ Proyecto de Código..., Comentario al Art. 6.

El inciso primero de los artículos citados establece que ninguna persona que haya sido juzgada por el respectivo Tribunal Internacional por violaciones graves del DIH podrá ser juzgada nuevamente por un tribunal nacional. El segundo inciso expresamente autoriza al Tribunal Internacional a juzgar **nuevamente** a una persona que ya ha sido juzgada por un tribunal nacional, pero **sólo si el tribunal nacional**: 1.- Calificó el hecho como delito común y no de Derecho Internacional; 2.- a) No actuó en forma imparcial o independiente; o b) Actuó con el objeto de sustraer al acusado de una declaración de responsabilidad penal internacional; o c) actuó sin la debida diligencia. El tercer inciso garantiza al acusado que, ante el caso de una nueva condena, se descontará el tiempo que haya transcurrido en prisión en virtud de la anterior.

Como se observa a simple vista, el inciso segundo de estos artículos otorga una cierta supremacía al Tribunal Penal Internacional por sobre la justicia interna. Lo que resulta novedoso es que se habilite un nuevo proceso por parte de la jurisdicción internacional, si el tribunal interno no ha calificado al delito de internacional; independientemente de que la pena impuesta sea igual o inferior a la que imponen estos tribunales por el mismo tipo de delito, con el carácter de internacional. Lo que interesa es entonces, esta calificación.

El segundo caso en que se permite un *nuevo juicio* es de recta justicia, ya que estamos frente a crímenes que en la mayoría de los casos están al menos consentidos por el gobierno de un estado; entonces es lógico que si se deja la justicia en manos del sistema interno de un Estado, éste intentará preservar la impunidad de los responsables. Eso es lo que autoriza al Tribunal Internacional a abrir un nuevo proceso, ya que éste se considera más independiente e imparcial que uno interno.

Lo que está prohibido, a tenor de los incisos tercero de estos artículos, es la **doble pena**. Cuando en sede internacional se revoque la sentencia interna y se aplique otra condena al acusado, se tendrá en cuenta el período de tiempo en que éste ya haya estado privado de la libertad en virtud de la condena anterior. Lo contrario sería, como advertimos al principio de este párrafo, cumplir, por un hecho, una condena mayor a la que impone la sentencia válida (la internacional, ya que la interna habría quedado revocada).

En ambos Estatutos se habilita un recurso de apelación contra las decisiones de la Sala de Primera Instancia, ante una Sala de Apelaciones, fundado en un error de

derecho que invalide la decisión o en un error de hecho que haya impedido que se haga justicia. Una particularidad de estos dos tribunales *ad hoc* es que comparten una misma Sala de Apelaciones.

Estos instrumentos no mencionan en su articulado la imprescriptibilidad de los delitos en ellos tipificados. A pesar de ello, estos crímenes son imprescriptibles por las siguientes razones:

- a) Los Estatutos no prevén plazos de prescripción;
- b) Existen dos normas internacionales que enuncian el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales: El Convenio sobre Imprescriptibilidad y el Estatuto de Roma. Aunque ninguno de estos fueran aplicables, ellos cristalizan una norma consuetudinaria que preexiste a los Estatutos, que fuera recogida en las sentencias tardías en los juicios contra los criminales de guerra nazis, y que otorga a los crímenes internacionales el carácter de imprescriptibles, aunque no haya una norma escrita que así lo disponga.

Los Estatutos para los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y para Ruanda, en sus arts. 24 y 23 respectivamente, establecen que las Salas de Primera Instancia sólo podrán imponer penas privativas de la libertad, basándose en las actuaciones jurisdiccionales previas de los tribunales nacionales del estado sobre el cual actúen y teniendo en cuenta factores tales como la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado. También podrán secuestrar los elementos adquiridos por medio de conductas ilícitas y reintegrarlos a sus legítimos propietarios.

Estas son las únicas reglas relativas a las penas que contienen los Estatutos ya que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal interno, la tipificación sólo describe la conducta a ser sancionada pero no atribuye ninguna clase ni medida de pena para la misma. De la jurisprudencia emanada hasta el presente de ambos tribunales, podemos extraer que, ante iguales tipos penales, el TPIR ha aplicado penas más severas que las del TPIY.

Estos Estatutos no hacen mención del principio de autonomía ni de supremacía del Derecho Internacional tal como lo hemos visto en instrumentos anteriores. Pero el art. 9 del TPIY y el art. 8 del TPIR, a pesar de que establecen la “*Jurisdicción concurrente*” de los Tribunales Internacionales con respecto a los nacionales, en sus inc.

2 establecen la primacía del Tribunal Internacional, que podrá en cualquier momento solicitar al tribunal nacional su inhibición, ante lo cual éste deberá obedecer. En este caso, se trata ya no de la supremacía del Derecho Internacional por sobre el interno, sino de un Tribunal Internacional por sobre uno interno.

CAPITULO IV. INSTRUMENTOS GENERALES I: PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD (1996)¹¹⁸.

1. Generalidades

Este Proyecto de Código fue elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, en su 48º Período de Sesiones, del 6 de mayo al 26 de julio de 1996. Fue presentado como Informe a la Asamblea General en el 51º período de sesiones de esta¹¹⁹.

El origen de este Proyecto estuvo íntimamente vinculado al de los principios de Derecho Internacional del Estatuto y Sentencias del Tribunal de Nüremberg, ya que en su Resolución Nº 177 (II) de 21 de noviembre de 1947, la Asamblea General encargó a la CDI la redacción de ambos instrumentos, indicando que en el Proyecto de Código debía explicitarse la función que cumplirían los Principios de Nüremberg. Por ello gran parte de los antecedentes que se citan en los comentarios, corresponden a ese Estatuto y a pasajes de las Sentencias. La Comisión redactó su primer proyecto en 1954. Mas, por una serie de avatares¹²⁰, ese proyecto quedó aplazado *sine die*. No fue hasta el año 1991 en que, ante un nuevo impulso de la Asamblea General, la CDI redactó otro proyecto de artículos, lo aprobó en primera lectura y luego de una revisión, lo modificó para aprobarlo como definitivo en segunda lectura, en el año 1996. Al presentar este Proyecto a la Asamblea General, la CDI propuso tres formas por medio de las cuales podría ser adoptado como instrumento internacional: 1. Una Convención Internacional; 2. su incorporación al Estatuto de un Tribunal Penal permanente; 3. aprobación como Declaración de la Asamblea General. Si bien el Proyecto no ha sido adoptado bajo ninguna de las tres formas, es una de las fuentes de inspiración del Estatuto de Roma, aunque sus artículos difieren en gran medida.

Este instrumento carece de valor formal (es decir, de fuerza vinculante para los Estados) por tratarse simplemente de un proyecto elaborado por un órgano consultivo

¹¹⁸ En adelante, Proyecto de Código.

¹¹⁹ Asamblea General, Documentos Oficiales, quincuagésimo primer período de sesiones. Suplemento Nº 10 (A/51/10). Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones.

¹²⁰ Principalmente, por las razones expresadas en el Capítulo I, Punto 1.1.4, respecto a la guerra fría.

subsidiario de la Asamblea General, como tal sin capacidad de decisión. Sin embargo fue elaborado por un grupo de especialistas en Derecho Internacional y, como tal, refleja la doctrina imperante en los países que representan; así como las normas que estos especialistas han recogido del Derecho Internacional consuetudinario. El hecho de que no haya sido aprobado como texto para un tratado internacional implica una ventaja desde el punto de vista doctrinal (un tamiz político le quitaría valor en ese sentido); pero al mismo tiempo, una desventaja dado que no tienen vigencia efectiva.

Doctrinariamente, su importancia radica en los veinte artículos que lo componen pero también, y más aún, en los comentarios a esos artículos, que exponen los orígenes, antecedentes y evolución de cada institución. Como Proyecto de Código, está redactado para un alcance general (a diferencia de los precedentes Estatutos para tribunales especiales). Enuncia los principios aplicables y tipifica los delitos, delimitando los ámbitos material, espacial, temporal y personal de aplicación.

La denominación de crímenes “*contra la paz y la seguridad de la humanidad*” tiene su explicación en el Art. 1 inc. 1. de la Carta de la ONU, en el cual se enumera en primer lugar entre los propósitos y principios de la Organización, el de “*mantener la paz y la seguridad internacionales*”. Por otra parte, según una nota al pie de página de la Introducción del Proyecto, la CDI aclara que en la versión española actual de este documento se emplea la palabra “*crimen*”; pero “*en algunos casos se ha decidido mantener, por razones históricas, el término ‘delito’*”¹²¹.

El Proyecto se divide en dos Partes, con los siguientes temas y contenidos: **Parte I. Disposiciones generales:** Ámbito de aplicación, Principio de responsabilidad individual, autoría y participación criminal, penas, órdenes superiores, responsabilidad de los superiores jerárquicos, improcedencia del cargo oficial como eximente, principio *aut dedere aut judicare*, derechos y garantías procesales. **Parte II. Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad:** 1. Agresión; 2. genocidio; 3. Crímenes contra la humanidad; 4. Crímenes contra el Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado; 5. Crímenes de Guerra.

¹²¹ Asamblea Gral., 51º período de sesiones cit; pág. 10. Se recuerda que en inglés existe sólo la palabra *crime*, que se puede traducir al español ya sea como *crimen* o como *delito*. Se ha elegido el primer término debido a que en nuestro idioma, en el vocabulario común se identifica el concepto de crimen con los delitos de mayor gravedad; con ello se quiere reforzar la idea de que el Código sólo se aplica a los más graves delitos de Derecho Internacional. Según el parágrafo 9) del comentario al art. 2, el Código “*sólo abarca los crímenes de Derecho Internacional que son de carácter tal que constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales*”.

Como observamos, la metodología del Proyecto consiste en enunciar en primer lugar las normas y principios que forman la parte general del código; mientras que en último lugar (arts. 16 a 20) se presentan los tipos penales (parte especial).

2. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL Y DERIVADOS

2.1. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN DERECHO INTERNACIONAL

El Principio de Responsabilidad Penal Individual se encuentra en este Proyecto, en su artículo 2; es decir, prácticamente encabezando los artículos, ya que a él sólo se antepone el art. 1 que determina el ámbito de aplicación del Proyecto.

El mencionado artículo 2 contiene varias disposiciones, entre las cuales se enumera en primer lugar (como Inciso 1) y claramente el principio de la responsabilidad individual por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en una fórmula sencilla, genérica y directa:

“Un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual”.

Consideramos que esta norma merece un breve análisis a efectos de determinar el alcance que sus redactores tuvieron la voluntad de atribuirle, sin perjuicio de que no olvidamos que este Proyecto no es más que una opinión doctrinaria y no una norma vigente. En primer lugar, el artículo 1 del proyecto limita su aplicación a los crímenes que en el mismo se tipifican. Sin embargo, este inc. 1. del Art. 2 no se refiere a los actos descriptos en los arts. 16 a 20 sino a una gama más amplia de crímenes, aquellos que sean considerados *contra la paz y la seguridad de la humanidad*.

¿Y cuáles son esos crímenes? Según el art. 1 del Proyecto, parecería que esta categoría se identifica con la de *crímenes internacionales*; sin embargo, la CDI en los comentarios a estos artículos aclara que en realidad, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son **los más graves** crímenes internacionales. Haciendo una interpretación armónica de todas estas apreciaciones, creemos que los autores al redactar esta disposición quisieron hacerla aplicable a cualquiera de los delitos **más graves** contra el Derecho Internacional, aunque no esté tipificado en el Proyecto. Según

el comentario, este principio de responsabilidad individual “*es la piedra angular del derecho penal internacional*”.

Por otra parte, esta formulación del principio de responsabilidad penal, además de reafirmarlo tiene el objetivo de limitarlo a las personas naturales, excluyendo por lo tanto su aplicación a las personas ideales o jurídicas y a los Estados, que tienen responsabilidad en Derecho Internacional mas no en el ámbito penal.

El artículo 4 aclara, como un corolario de la limitación de la jurisdicción del Código al ámbito de las personas físicas, que su contenido no prejuzgará sobre la responsabilidad internacional del Estado, caso que se podría presentar cuando son los representantes de éste en ejercicio de sus funciones quienes cometen alguno de los crímenes tipificados. Como se mencionara, si bien en Derecho Internacional la regla es la responsabilidad estatal y no la individual, el derecho penal internacional es una excepción a esa regla.

El art. 2 de este Proyecto enuncia en su primer inciso el principio de la responsabilidad individual, y en los siguientes, sus derivados.

2.2. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN PENALES

El inc. 2 del art. 2 remite al artículo 16 del Proyecto la determinación de la autoría y participación penales en el delito de agresión, haciendo una distinción respecto a este delito y a los demás, sobre los que trata el inc. 3.

Según este inciso, serán penalmente responsables en primer lugar, quienes hayan *intencionadamente* cometido el crimen. Con ello se refiere al principio de la culpabilidad penal; es decir, que para que una conducta sea considerada un crimen internacional, su autor debe haber actuado con dolo o con negligencia.

Pero este inciso enumera asimismo como responsables a: Los autores intelectuales que den la orden o conspiradores que participen en forma directa en el plan o confabulación para cometer un crimen de Derecho Internacional; el superior jerárquico que actúe por omisión al no evitar o no reprimir la comisión de un crimen por sus subordinados; el partícipe primario que haya actuado deliberadamente; quien haya incitado en forma directa y pública a otros a cometer los delitos tipificados; y el autor del crimen que haya quedado en grado de tentativa, debido a circunstancias ajenas a su voluntad.

La autoría intelectual de un crimen está íntimamente ligada a la improcedencia del cargo oficial como eximente de pena, recogida en el artículo 6 del proyecto por lo que se analiza infra. A excepción del caso de tentativa, todos los demás casos de autoría o participación requieren que el crimen se haya cometido o haya comenzado a cometerse.

En el caso de la orden superior u orden gubernamental será penalmente responsable no sólo el que en cumplimiento de esa orden viole una norma penal internacional, sino también quien o quienes hayan dictado esa orden: Representantes del poder ejecutivo que hayan suscripto un decreto, legisladores que hayan votado favorablemente una ley o jueces que se pronuncien en una sentencia o en general, cualquier autoridad que dicte una Resolución.

En igual medida serían responsables los mandos militares que en cumplimiento de una norma legal o administrativa organicen un plan para cometer un delito internacional que deba ser llevado a cabo por sus tropas, obviamente también sujetas a sanción por esos actos.

El artículo 6 formula la regla de la responsabilidad del superior (sin distinción entre civil y militar) por omisión de impedir o reprimir la comisión de crímenes de Derecho Internacional por parte de sus subordinados, cuando sabían o tenían motivos para saber que los subordinados cometerían o había cometido tales delitos. Sus antecedentes se remontan a las Convenciones de La Haya de 1907, reiterado luego en otros instrumentos internacionales¹²².

Según podemos extraer de las normas precedentes, una persona que ocupe un alto cargo a nivel gubernamental, ya sea civil o militar, puede incurrir en responsabilidad penal internacional desde tres perspectivas: 1) Como autor material si comete materialmente el hecho; 2) Como autor intelectual, si da la orden de que se cometa el hecho, ya sea verbalmente, como resolución o decreto, votando una ley o dictando una sentencia; 3) Por omisión, si no impide o reprime la comisión de un crimen por sus subordinados.

¹²² Protocolo Adicional a los convenios de ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, art. 43; y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, art. 1.

2.3. TRATAMIENTO DE LAS ORDENES SUPERIORES Y DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY PENAL

El artículo 5, un poco como presentando otra cara del anterior (el 4, que excluye del ámbito del Código la responsabilidad estatal), establece lo que se conoce como “órdenes superiores”, que en este caso no se considerarán eximente de responsabilidad, pero puede configurar una circunstancia atenuante de la pena, si así lo exige la equidad. Surge con evidencia que, quien deberá determinar qué es lo que la equidad exige, será el tribunal que aplique el Código. Las órdenes superiores no son sólo aquellas que emanan de un superior jerárquico, ya sea civil o militar, sino también las que emanan de un gobierno; considerándose como tal, los tres poderes que lo componen¹²³. Este principio es una evidencia de que, en algunos casos, el Derecho Internacional goza de supremacía respecto al derecho interno ya que, como hemos visto, aunque una ley ordene a una persona llevar a cabo una determinada conducta, si esa conducta está sancionada por el Derecho Internacional Penal, la persona que cumpla esa obligación legal puede ser declarada penalmente responsable en el ámbito internacional y estar sujeta a sanción. En otras palabras, esa norma formalmente válida para el derecho interno indicaría una conducta penada por su contenido para el Derecho Internacional.

El precedente determinante de esta norma es el Estatuto y las Sentencias del Tribunal de Nüremberg, debido a que la mayoría de las personas procesadas por ese tribunal invocaron la orden superior como circunstancia eximente de pena. Se evidencia así, además del recto contenido de justicia de este principio, también su efecto preventivo para que los autores materiales de un delito de Derecho Internacional no puedan eximirse de pena con sólo invocar la orden superior, por más que ésta realmente haya existido.

En general, la equidad exige una disminución de la pena en aquellos casos en que el subordinado, a su pesar, cumple la orden de cometer el delito a efectos de evitar

¹²³ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO amplía el concepto de orden en DPI: “... el concepto formal de orden en el derecho penal internacional ha sido superado (caso ‘Celebici’ en el Tribunal Penal Internacional ad hoc para la ex Yugoslavia) para abarcar los mandatos emanados de estructuras informales de mandos (guerrilleros, parte adversa militarmente organizada), donde no existe un deber normativo de obediencia (no hay orden en sentido formal), pero hay fuerzas armadas jerárquicamente organizadas. Se afirma así la responsabilidad penal derivada de la emisión de una orden criminal por el jefe de una estructura informal, pero que refleja una organización militar”. Op. Cit., pág. 140. Siguiendo la misma línea de pensamiento, en el caso de la responsabilidad por omisión de los superiores jerárquicos, tampoco es necesario que la estructura militar sea formal.

consecuencias perjudiciales que el incumplimiento acarrearía, ya sea para sí o para terceros. Pero para que este hecho funcione como circunstancia atenuante debe existir cierta proporción entre el crimen cometido y la consecuencia temida. No sería circunstancia atenuante, por ejemplo, si una persona cumple una orden de ejecución sumaria emanada de un superior militar para evitar un día de castigo. Según la propia expresión de la CDI al comentar este artículo,

“el tribunal debe sopesar ... la gravedad de las consecuencias que más probablemente habría producido el incumplimiento de la orden dadas las circunstancias del momento”.

El artículo 7 regula la improcedencia del cargo oficial de una persona (incluso del jefe de Estado o de Gobierno), como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal. Es el denominado principio de igualdad ante la ley penal, y se justifica en Derecho Internacional como una excepción a la inmunidad reconocida a los Jefes o Representantes de los Estados o Gobiernos.

Este principio de igualdad ante la ley penal, así como lo hemos visto, es exclusivo del Derecho Internacional. Su existencia responde a la necesidad de quitar valor a varias normas internas que ordenan la vida política de los Estados, que prohíben el juzgamiento de autoridades nacionales por alguna clase de hechos y, para otros, establecen procedimientos especiales previos al sometimiento a juicio (juicios políticos o desafueros). En cuanto a las relaciones internacionales, existen también normas que prohíben el juzgamiento o detención de los representantes de otros gobiernos o estados, que quedan también derogadas por este principio. Debemos recordar siempre que los hechos que permiten desvirtuar esas normas no son hechos sin importancia, ni siquiera delitos comunes, sino los delitos más graves contra el derecho internacional o, según el Proyecto de Código, *crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*. Por esas razones, este principio será en muchos casos inaplicable en el ámbito interno del Estado.

3. GARANTIAS Y DERECHOS PROCESALES DE LOS ACUSADOS .

3.1. GENERALIDADES

El artículo 11 enumera las garantías y derechos procesales de los presuntos responsables de delitos contra el derecho internacional. En primer lugar, enuncia la

presunción de inocencia y asegura las garantías mínimas “reconocidas a todo ser humano”, es decir, las reconocidas por las normas internacionales de derechos humanos a los sospechosos de cualquier delito¹²⁴; pero también toda garantía con carácter de derecho fundamental que surja de otra fuente jurídica aplicable al caso. Luego se detallan los derechos mínimos que “la ley” (es decir, el derecho interno) debe garantizar al acusado para su defensa en el juicio; garantías que, respetándose los principios de imparcialidad, independencia y respeto a los derechos humanos, pueden ser ampliadas a favor del acusado pero nunca reducidas en su perjuicio.

Resulta interesante a los efectos de estudiar el desarrollo del DPI, destacar la siguiente sección del comentario a este artículo:

“El texto del apartado a) del párrafo 1 adoptado en primera lectura contenía una referencia específica a un tribunal establecido ‘por la ley o por tratado’ a fin de tener en cuenta la posibilidad de que en el futuro se estableciera por tratado un tribunal penal internacional permanente. La Comisión ha suprimido las palabras ‘por un tratado’ teniendo en cuenta la creación de dos tribunales penales internacionales ad hoc por medio de una resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La Comisión reconoció que había diversos métodos por los que podía establecerse una jurisdicción penal internacional. A los efectos de las garantías judiciales requeridas para un juicio imparcial el requisito esencial es que el tribunal esté ‘debidamente establecido por ley’”.

El inciso segundo de este artículo garantiza la doble instancia en los procesos por delitos internacionales, basándose principalmente, según un párrafo de los comentarios, en

“la evolución jurídica ocurrida desde Nüremberg, en virtud del reconocimiento del derecho de apelación en las causas penales por el Pacto y por los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda establecidos por el Consejo de Seguridad”¹²⁵.

3.2. NON BIS IN IDEM


¹²⁴ Los Comentarios a este artículo citan expresamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14); el Convenio Europeo de Derechos Humanos (arts. 6 y 7), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 5; 7 y 8); la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 7); los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 3, común a los cuatro convenios); y los Protocolos Adicionales I (art. 75) y II (art. 6) a los Convenios de Ginebra. Por primera vez en DPI se prevén por escrito los derechos y garantías mínimos reconocidos en esos instrumentos.

¹²⁵ Se recuerda que el Estatuto del Tribunal de Nüremberg expresamente establecía que el Tribunal por él creado era la máxima instancia para juzgar a los criminales pro alemanes de la Segunda Guerra Mundial, y por lo tanto no se admitía contra sus sentencias recurso de apelación.

El artículo 12 es sumamente interesante, ya que positiviza el principio *non bis in idem*, con una redacción que ha quedado parcialmente adoptada en derecho internacional; mientras que otra parte de la misma carece de fundamentación, tanto en derecho positivo como consuetudinario y no ha sido adoptada en ningún texto posterior.

A efectos de una mejor comprensión de este tema, transcribiremos el artículo 12:

“Non bis in idem. 1. Nadie será juzgado en razón de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal penal internacional.

2.  Una persona no podrá ser juzgada por un crimen por el que ya hubiere sido absuelta o condenada en virtud de sentencia firme por un tribunal nacional, excepto en los casos siguientes:

a) Podrá ser juzgado de nuevo por un tribunal penal internacional:

i) Cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia del tribunal nacional haya sido calificado de crimen ordinario por ese tribunal y no de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad; o

ii) Cuando las actuaciones del tribunal nacional no hubieren sido imparciales o independientes, hubieren estado destinadas a exonerar al acusado de responsabilidad penal internacional o no se hubiere instruido la causa con la debida diligencia;

b) Podrá ser juzgado de nuevo por un tribunal nacional de otro estado:

i) Cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia anterior haya tenido lugar en el territorio de ese Estado; o

ii) Cuando ese Estado haya sido la víctima principal del crimen.

3. En caso de nueva condena en virtud del presente Código, el tribunal, al dictar sentencia, tomará en cuenta la medida en que se haya cumplido cualquier pena impuesta por un tribunal nacional a la misma persona por el mismo hecho”.

Lo primero a destacar de este artículo, es nuestra sorpresa por las disposiciones contenidas en su inciso 2.b), máxime si se tiene en cuenta que los redactores de este proyecto fueron, en teoría, los especialistas más destacados en las materias concernientes. Esta es la sección del artículo que no tiene precedentes ni fundamentación, ni ha sido adoptada en ningún otro instrumento; lo que a nuestro entender significa que es rechazada por la comunidad internacional. Permitir que un tribunal nacional persiga nuevamente a un individuo que ya ha sido juzgado por otro órgano del mismo rango pero en un Estado diferente, atenta contra el principio de la soberanía de los Estados en su aspecto exterior, es decir, la igualdad soberana de los Estados.

Según lo expresa la CDI en los comentarios a este artículo, está implícita en el mismo la jurisdicción concurrente de tribunales nacionales e internacionales.

“Esta jurisdicción concurrente suscita la posibilidad de que una persona pueda ser juzgada y castigada más de una vez por el mismo crimen”,

lo que sería ilegítimo según este principio, con algunas excepciones. El principio *non bis in idem* está previsto en el párrafo 7 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por lo tanto debe ser respetado por las normas internacionales¹²⁶.

Las normas que emanan de los incisos 1. y 2.a) son la expresión del particular contenido que adquiere el principio de la *cosa juzgada* en derecho internacional, ya que un principio que es absoluto en el derecho interno, se permite algunas excepciones en esta rama de las disciplinas jurídicas. Excepciones plenamente justificadas¹²⁷ y que constituyen una expresión de la *supremacía*, no sólo del Derecho Internacional por sobre el interno, sino también de los *Organismos Internacionales* por sobre los órganos nacionales. Esta supremacía se deduce, entre otras disposiciones, del inciso segundo de este artículo en cuanto dispone que nadie será juzgado nuevamente cuando haya sido absuelto o condenado “*en virtud de sentencia firme*”, que implicaría a nuestro criterio que mientras no haya sentencia firme el Tribunal Internacional podrá pedir la inhibición al nacional e iniciar un nuevo proceso, tal como lo dispone el Estatuto para los Tribunales Penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda.

La nota más característica de esas excepciones que habilitan a los tribunales internacionales a juzgar nuevamente a una persona que ya lo ha sido por un órgano nacional radica en que el examen que se permite al Tribunal Internacional no es sobre el fallo en sí, como en general se establece para los recursos ante los tribunales superiores internos, sino sobre la actuación del tribunal¹²⁸. Este detalle nos permite descartar la

¹²⁶ La CDI, en su comentario a este artículo, lo ve de la siguiente forma: “*La posibilidad de una multiplicidad de juicios celebrados en los tribunales nacionales de diferentes estados (respecto a crímenes contra la paz y la seguridad), así como en el Tribunal Penal Internacional, plantea la cuestión de saber si en el derecho internacional es aplicable el principio non bis in idem. La Comisión reconoció que este dilema planteaba cuestiones teóricas y prácticas... La aplicación del principio non bis in idem en derecho internacional es necesaria para impedir que una persona que haya sido acusada de un crimen sea enjuiciada o castigada más de una vez por el mismo crimen... La Comisión decidió incluir el principio... con ciertas excepciones que tenían por objeto atender a diversas preocupaciones que ese principio suscitaba... (estableciendo) el debido equilibrio entre... (el) principio non bis in idem por una parte, y las exigencias de la recta administración de justicia, por otra*”.

¹²⁷ Ya hemos expresado en esta obra que, en muchos de los casos, dejar que los crímenes de derecho internacional sean juzgados en el orden interno estatal significaría la impunidad de sus autores.

¹²⁸ Ello se infiere de los pasajes del artículo transcrito: “*cuando el hecho... haya sido calificado de crimen ordinario por ese tribunal... cuando las actuaciones del tribunal no hubieren sido imparciales o independientes...*”.

posible concepción de este segundo juicio como un recurso más o una instancia superior, ya que éstas como principio general no están habilitadas a revisar la actuación del inferior, sino que deben limitar su análisis al fallo o decisión como instrumento autosuficiente e incluso, al contenido estrictamente jurídico de ese instrumento, estándoles vedado considerar la base fáctica de la decisión. Por el contrario y aunque para efectuar la siguiente afirmación en forma contundente tendremos que esperar que esta norma sea aplicada por los tribunales internacionales¹²⁹, consideramos que para determinar que existe alguna de las causales que permiten la excepción a la cosa juzgada, será imprescindible recurrir a un examen de la cuestión fáctica del caso.

En la expresión “*imparciales o independientes*” del inciso 2. ii) están comprendidos no sólo los casos en que los responsables son absueltos a pesar de la evidencia de las pruebas o aquellos en que la condena es inferior a la que debería corresponder según la gravedad de sus conductas, sino también aquellos casos en que se condena o se aplica penas mayores a personas responsables de hechos que no constituyen delitos de derecho internacional o de los cuales no son responsables en la medida en que lo han sido declarados¹³⁰. Podríamos poner el ejemplo de un determinado grupo político que detenta el poder en un Estado no democrático o con una democracia muy frágil, en el cual luego toma el poder un grupo políticamente opuesto y con metodologías antidemocráticas, que como medida de persecución política dispone el inicio de procesos criminales contra los representantes del régimen anterior.

Por último, el inciso 3 de esta norma es de recta justicia y se presenta como la prohibición de *doble cumplimiento de condena*.

En el tema del *non bis in idem*, los redactores del Proyecto se han encontrado frente a dos valores a considerar: Por una parte, la prohibición de doble persecución como protección de los individuos frente a los órganos que administran el poder punitivo (independientemente de si estos órganos son nacionales o internacionales); y por otra parte, la recta administración de justicia¹³¹. La expresión positiva del principio

¹²⁹ Nos permitimos referirnos a la aplicación de esta norma porque fue adoptada con contenido similar en el artículo 20 del Estatuto de Roma.

¹³⁰ Por ejemplo, si se condena por crimen contra el derecho internacional a una persona que en realidad ha cometido un crimen común.

¹³¹ Principalmente, el principio rector del Derecho Penal Internacional, consistente en erradicar la impunidad de los responsables de este tipo de crímenes. Este alto valor justifica que en algunos casos, se le de primacía por sobre la garantía a los particulares.

respetar ambos valores, haciendo primar con carácter excepcional y justificadamente, al segundo por sobre primero en situaciones determinadas.

3.3. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA NORMA PENAL INTERNACIONAL

El artículo 13 de este proyecto a su vez, enuncia el principio de irretroactividad de la norma penal, pero también con una cláusula adicional propia del Derecho Penal Internacional. Como principio general, se enuncia que

“nadie será condenado en virtud del presente código por actos ejecutados antes de que entre en vigor”,

pero se aclara luego que los individuos podrán ser juzgados

“por actos que, en el momento de ejecutarse, eran criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional”.

En cierto sentido resulta redundante esta segunda cláusula, dado que la primera ya aclara que la irretroactividad se limita al contenido del código. Mas es evidente que los redactores han querido dejar claramente sentado que la vigencia del código no afecta la tipificación de algunos hechos en otras fuentes de derecho internacional o nacional, tipificación que puede ser aplicable a aquellos casos a los que no se podría aplicar el Código.

Ya hemos visto en qué consiste la irretroactividad en Derecho Penal¹³². En Derecho Penal Internacional, también rige el principio de la norma penal más benigna.

4. CUESTIONES RELATIVAS A LA JURISDICCIÓN Y A LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Este instrumento regula en su art. 8 no sólo el deber de los Estados de establecer jurisdicción sobre los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio¹³³, sino incluso la obligación de establecer jurisdicción universal:

“... cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes previstos en los artículos 17, 18, 19 y 20, sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores”.

¹³² En la Parte I de esta obra, Capítulo I parágr. 2.2: “Principios de Derecho Penal”

¹³³ Jurisdicción que no será exclusiva del tribunal interno sino concurrente con un tribunal internacional, como se aclara en los comentarios a este artículo.

A continuación, se excluye en forma expresa el crimen de agresión de las jurisdicciones nacionales, excepto que se trate de alguno de los Estados implicados en ella, dejando en los demás casos este crimen a la jurisdicción de un tribunal internacional. Es obvio que esa atribución de jurisdicción incluye la competencia material de los Tribunales internos para juzgar tales delitos; es decir, que para poder ejercerla previamente los tiene que tipificar.

Recordemos que este Estatuto se redactó para ser presentado ante la Asamblea General de la ONU, como propuesta de código, pero no tenía el cometido de crear un tribunal internacional. Por eso, si bien establece la posibilidad de que éste se cree en el futuro, no incluye más normas que estas sobre la competencia.

El art. 9 da al Estado en cuyo territorio se encuentre la persona acusada por otro Estado de alguno de los crímenes de los arts. 17 a 20, la posibilidad de extraditarlo o juzgarlo (*aut dedere aut judicare*), sirviendo el Código como norma habilitante de la extradición en su caso. Por otra parte, este artículo remite implícitamente al derecho interno de cada estado¹³⁴ en cuanto a las condiciones de extradición y de juzgamiento. Sin embargo, si coordinamos este artículo con el anterior, que fijaba la jurisdicción universal obligatoria para estos crímenes, llegamos a la conclusión que la regla entre los Estados Parte será el sometimiento a un juicio penal en el Estado de detención; excepto que otro Estado con mejor título de competencia (p. Ej: territorial o de la nacionalidad activa) solicite su extradición. En el caso de que existiera un tribunal penal internacional, la situación no variaría en lo sustancial, dado que este tribunal debería librar al estado de detención una orden de extradición¹³⁵.

La CDI al comentar este artículo señala que

“El elemento de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, en virtud del cual puede concederse a un supuesto delincuente una inmunidad de jurisdicción a cambio de que aporte pruebas o ayude al procesamiento de otras personas cuya conducta penal se considere más grave, reconocido en algunos regímenes jurídicos, queda excluido con respecto a los crímenes comprendidos en el presente Código”.

¹³⁴ Y, en su caso, también a los tratados bilaterales o regionales de extradición.

¹³⁵ Según el Estatuto de la Corte Penal Internacional, suscripto en Roma el 17 de julio de 1998, el término que se utilizará para entregar un presunto criminal ante esa Corte no será “*extradición*” sino “*entrega*”, teniendo esta figura algunas diferencias de poca importancia respecto a la extradición, a las cuales nos referiremos infra.

El artículo 10 consta de 4 incisos, por medio de los cuales los Estados Parte adoptan la base jurídica necesaria para concederse mutuamente la extradición de presuntos responsables de los crímenes de genocidio, de guerra y contra la humanidad. En concreto, este artículo asegura entre el estado requirente y el requerido la doble tipificación que permita la extradición y asimismo, la reciprocidad. Este artículo, si bien a priori se presenta como consecuencia directa del artículo 9, es en realidad un corolario lógico de todo el Código en general, y en especial de su objetivo de eliminar la impunidad de los responsables de delitos contra el derecho internacional.

5. TIPIFICACION DE DELITOS INTERNACIONALES

Los “*crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*” están tipificados en los arts. 16 a 20 de este Proyecto.

El 16 tipifica el Crimen de Agresión con la siguiente redacción:

“El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión”.

Los comentarios a este artículo aclaran que:

“el artículo no trata de la cuestión de la definición de agresión, que queda fuera del ámbito del presente Código”.

Si bien la agresión debe ser *cometida por un Estado*, a quienes se castigará penalmente será a los dirigentes u organizadores que hayan participado activamente en ella. El fundamento está en el siguiente pronunciamiento del Tribunal de Nüremberg:

“Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a las personas que cometen esos crímenes puede hacerse respetar la normativa del derecho internacional”.

La CDI opina que “... puede ocurrir que el Tribunal competente tenga que examinar dos puntos estrechamente vinculados entre sí, a saber, en primer término, si el comportamiento del Estado constituye una violación del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta¹³⁶ y, en segundo término, si ese comportamiento constituye una violación suficientemente grave de una obligación internacional para ser considerada como una agresión que entraña la responsabilidad penal de las personas”.

¹³⁶ Según opinión de la comisión, sólo en este caso habría guerra de agresión.

En el artículo 17 se tipifica el genocidio, siguiendo el Convenio de 1948 sobre este crimen. Los comentarios reconocen como fuente de esta tipificación, la sección relativa a la persecución en los crímenes de lesa humanidad presentes en el Estatuto de Núremberg.

A nuestro entender, el bien jurídico que se intenta proteger mediante la punición de estos hechos es la *integridad social*¹³⁷ de un grupo humano con características *étnicas, nacionales, raciales o religiosas* determinadas y diferenciadoras respecto a otro grupo humano con el cual puede compartir un territorio. A lo cual debe adicionarse el horror que surge de la idea de que se atente contra la vida, la supervivencia, la integridad física o la capacidad reproductiva, la dignidad, etc. de un número (ya sea determinado o indeterminado) de personas, por el único motivo de que ellas pertenecen a un grupo social diferenciado¹³⁸. Si este tipo de conductas, como hechos aislados ya son punibles, mucho más merecen serlo cuando se cometen en gran escala y contra un grupo social, con el objeto de eliminarlo de un determinado territorio. El umbral de gravedad que deben tener estos actos para ser *delitos internacionales* surge de la *mens rea* distintiva de este crimen: Que sea cometido *con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal*.

A continuación, en el art. 18, se tipifican los crímenes contra la humanidad, con la siguiente redacción:

“Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes:

- a) Asesinato;*
- b) Exterminio;*
- c) Tortura;*
- d) Sujeción a esclavitud;*

¹³⁷ Término que implica no sólo la supervivencia, sino su conformación étnica, social y cultural, al igual que la proporción del grupo respecto a la población total del área geográfica donde se encuentra.

¹³⁸ La Resolución 96 (I) de la Asamblea General de la ONU, “*The crime of Genocide*”, establece que: “*Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations...*” (Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 55° Reunión Plenaria, 11 de diciembre de 1946). Palabras que podemos traducir como: “El genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos completos, tal como el homicidio es la negación del derecho a la vida de los seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia golpea la consciencia de la humanidad, provoca grandes pérdidas a la humanidad debido a las contribuciones culturales y de otros tipos que esos grupos humanos representan, y es contraria a los imperativos morales y el espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas...”.

- e) *Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos;*
- f) *Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población;*
- g) *Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario;*
- h) *Encarcelamiento arbitrario;*
- i) *Desaparición forzada de personas;*
- j) *Violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual;*
- k) *Otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves”.*

Según los comentarios, este artículo,

“se basa en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, interpretado y aplicado por este Tribunal, y tiene en cuenta la evolución ulterior del derecho internacional”.

Si bien no se menciona así de manera específica, esa *evolución ulterior* parecería radicar en:

“La autonomía de los crímenes contra la humanidad (que) se reconoció en instrumentos jurídicos posteriores, que no incluyeron (el requisito de conexión con otros crímenes presente en el Estatuto de Nüremberg) ... La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no incluyó el requisito con respecto a la segunda categoría de crímenes contra la humanidad, como se examina en el comentario al artículo 17. De igual modo, las definiciones de la primera categoría de crímenes contenidas en los instrumentos jurídicos aprobados desde Nüremberg, concretamente la Ley N° 10 del Consejo de Control aprobada poco después del Protocolo de Berlín, y los Estatutos más recientes de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (art. 5) y Ruanda (art. 3), no incluyen ningún requisito de conexión sustantiva con otros crímenes relacionados con un estado de guerra”.

La autonomía de estos crímenes se logró en este Proyecto por medio de la inclusión de otros dos requisitos en el tipo: Por una parte, deben ser actos cometidos en forma *sistemática o en gran escala*; y por otra parte, deben estar instigados o dirigidos *por un gobierno, una asociación política o grupo*¹³⁹. Estos requisitos se fueron incorporando a la tipificación de estos crímenes ante la necesidad de desprender o independizar a los mismos de un contexto bélico determinado, como lo fue la 2ª Guerra Mundial para el Estatuto de Nüremberg.

Opinamos que el bien jurídico protegido con la sanción penal de estos hechos es la integridad y seguridad física y jurídica, la supervivencia, la libertad y la dignidad¹⁴⁰

¹³⁹ BASSIOUNI, Op. cit., pp. 48-54 habla de autores estatales y no estatales.

¹⁴⁰ Cuál de estos valores en concreto se protege depende con cada conducta sancionada depende de esa conducta.

de una población civil determinada frente a la acción, la complicidad o la pasividad criminal del Gobierno de un Estado, ya que los hechos que se incluyen en el listado de los incisos a) a k) son hechos tipificados en general, en los ordenamientos penales internos de los Estados; las características que los distinguen en estos casos como crímenes de Derecho Internacional, son los dos requisitos ya mencionados.

Los comentarios a este artículo marcan que el Tribunal de Nüremberg manifestó en sus Sentencias que los actos inhumanos que constituían crímenes contra la humanidad se cometieron como parte de una política de terror y fueron “*en muchos casos ... organizados y sistemáticos*”.

El artículo 19 reza:

“Crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado. 1. Los crímenes siguientes constituirán crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad cuando se cometan intencionalmente y de manera sistemática o en gran escala contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado que participe en una operación de las Naciones Unidas con el fin de impedir o dificultar el cumplimiento del mandato de esa operación:

a) El homicidio, el secuestro u otro ataque contra la integridad física o la libertad de ese personal;

b) El ataque violento contra los locales oficiales, la residencia privada o los medios de transporte de ese personal que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad;

2. El presente artículo no se aplicará a las operaciones de las Naciones Unidas autorizadas por el Consejo de Seguridad como medida coercitiva de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en las que cualesquiera miembros del personal participen como combatientes contra fuerzas armadas organizadas y a las que se aplique el derecho relativo a los conflictos armados internacionales”.

Al igual que en las Convenciones de Ginebra, el encabezado de este artículo contiene una descripción de *personas protegidas* y, luego, los actos que, cometidos a gran escala y¹⁴¹ dirigidos contra esas personas o sus bienes, constituyen crímenes de derecho internacional. El carácter de internacional de este delito está dado por el especial *status* de la persona protegida, de ser miembro de la ONU o asociado, en cumplimiento de una operación de ese organismo, y con el objetivo de impedir o dificultar el cumplimiento de esa operación.

¹⁴¹ Se destaca en este tipo penal la conjunción acumulativa “y”, ya que ella implica que los dos elementos deben darse: Que el ataque sea a gran escala y que sea cometido contra las personas protegidas; a diferencia de los Crímenes de Lesa Humanidad, en que la cláusula introductoria contiene la conjunción alternativa “o”, queriendo significar que los ataques pueden ser sistemáticos o pueden ser a gran escala y en ambos casos, se configura el crimen de derecho internacional.

Respecto a estos delitos, coincidimos con los Comentarios en que la tipificación como Crímenes de Derecho Internacional de los atentados contra el Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado, es una forma indirecta de asegurar la eficacia de esta Organización en el cumplimiento de sus objetivos. De ello se desprende que el bien jurídico protegido son las misiones de la ONU, principalmente de mantenimiento de la paz y misiones humanitarias¹⁴². En sentido similar se interpreta la afirmación que efectúa la CDI en esos comentarios:

“Estos crímenes ... se cometen contra personas que representan a la comunidad internacional... Este personal participa y está presente a título oficial en la zona de una operación de las Naciones Unidas, o de otra manera relacionada con ella, realizada en el interés común de la comunidad internacional y de conformidad con los Propósitos y Principios de la Carta... En efecto, los ataques contra ese personal están dirigidos contra la comunidad internacional...”

Es obvio que el especial interés en proteger estos intereses surge de los redactores de este Proyecto, miembros de un órgano de la ONU.

Como antecedente directo de este artículo, se encuentra la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, aprobada por la Asamblea General mediante Resolución 49/59, de 1994. Otro antecedente puede encontrarse en el I Convenio de Ginebra de 1949, que en sus artículos 24 a 26, contiene algunas normas de protección de personal sanitario dedicado a los heridos.

El vigésimo y último artículo de este Proyecto de Código, tipifica los actos que constituyen Crímenes de Guerra, bajo la siguiente cláusula genérica:

“Cualquiera de los siguientes crímenes de guerra, cometido de manera sistemática o en gran escala, constituirá un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad:

a) Cualquiera de los siguientes actos que se cometan en violación del derecho humanitario internacional:

i) El asesinato;

ii) La tortura o los tratos inhumanos incluidas las experiencias biológicas;

iii) La provocación deliberada de grandes sufrimientos o de graves daños a la integridad física o a la salud;

iv) La destrucción y confiscación en gran escala de bienes, que no estén justificadas por necesidades militares y que se lleven a cabo de manera ilícita y arbitraria;

v) La imposición a un prisionero de guerra u otra persona protegida de la obligación de prestar servicio en las fuerzas armadas de una Potencia enemiga;

¹⁴² Aunque también las misiones con otros objetivos, como puede ser por ejemplo la diplomacia preventiva.

- vi) *La privación deliberada a un prisionero de guerra u otra persona protegida del derecho a un juicio equitativo y con las debidas garantías;*
- vii) *La deportación o transferencia ilegal o la detención ilegal de personas protegidas;*
- viii) *La toma de rehenes.*
- b) *Cualquiera de los actos siguientes que se cometa deliberadamente en violación del derecho humanitario internacional y cause muertes, lesiones físicas o daños a la salud graves:*
 - i) *Hacer objeto de ataque a la población civil o a las personas civiles;*
 - ii) *Lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos;*
 - iii) *Lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos;*
 - iv) *Hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate;*
 - v) *Hacer uso pérfido del signo y distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores;*
- c) *Cualquiera de los actos siguientes cometido deliberadamente en violación del derecho humanitario internacional:*
 - i) *El traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa;*
 - ii) *La demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;*
- d) *Los ultrajes a la dignidad personal en contravención al derecho humanitario internacional, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente;*
- e) *Cualquiera de los actos siguientes cometido en violación de las leyes y usos de la guerra:*
 - i) *El empleo de armas tóxicas o de otras armas destinadas a causar sufrimientos inútiles;*
 - ii) *La destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas o la devastación no justificada por las necesidades militares;*
 - iii) *El ataque o bombardeo, por cualquier medio, de ciudades, aldeas, viviendas o edificios no defendidos, o de zonas desmilitarizadas;*
 - iv) *La incautación, la destrucción o el daño deliberado de instituciones dedicadas a la religión, la beneficencia y la educación, las artes y las ciencias, de monumentos históricos y de obras artísticas y científicas;*
 - v) *El saqueo de bienes públicos o privados;*
- f) *Cualquiera de los actos siguientes cometido en violación del derecho humanitario internacional aplicable a los conflictos armados que no sean de carácter internacional:*
 - i) *Los actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y el trato cruel como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal;*
 - ii) *Los castigos colectivos;*
 - iii) *La toma de rehenes;*

- iv) *Los actos de terrorismo;*
- v) *Los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente;*
- vi) *El saqueo;*
- vii) *La aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin un fallo previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas generalmente indispensables;*
- g) *En caso de conflicto armado, el uso de métodos o medios de hacer la guerra que no estén justificados por la necesidad militar, con el propósito de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, poniendo así en peligro la salud o la supervivencia de la población, cuando sobrevengan tales daños”.*

Los Comentarios mencionan que estos tipos penales incluyen, entre otros, los Crímenes de Guerra previstos por la Convención de La Haya de 1907; la de Ginebra de 1929 y las de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. Pero además esos actos, para ser crímenes de derecho internacional, deben ser ejecutados de manera sistemática o en gran escala¹⁴³.

Como se observa, en este tipo penal (al igual que en los dos anteriores)¹⁴⁴ y tal como la misma CDI lo resalta,

*“para que estos actos constituyesen crímenes a tenor del presente código, es decir, crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la Comisión consideró que debían cumplir, además, los criterios indicados en la cláusula inicial del artículo 20, es decir, ser ejecutados **de manera sistemática y en gran escala**”* (subrayado en el texto original citado). Aclarando parágrafos más adelante que: *“no todos los crímenes de guerra son crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Para que la infracción constituya un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es menester que tenga las características generales que acaban de describirse”.*

¹⁴³ A diferencia de lo que establecen las Convenciones de Ginebra de 1949, en los que los artículos en que se enumeraban las infracciones graves en cada uno de los convenios, comienzan con la siguiente fórmula: *“Las infracciones graves ... son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio..”* Como se observa, para los Crímenes de Guerra tipificados en estos Convenios, bastaba con uno solo de esos actos siempre que la víctima fuera una persona o un bien protegido (art. 50 del Convenio para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; art. 51 del Convenio para Aliviar la Suerte que corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; Art. 130 del Convenio relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra; art. 147 del Convenio relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra).

¹⁴⁴ En el crimen de Genocidio no está presente el requisito de que los actos sean cometidos en forma sistemática o en gran escala, pero esa expresión en cierto sentido tiene su equivalencia en el requisito de la *destrucción total o parcial* de un grupo humano.

Sin perjuicio de ese requisito propio de los crímenes de guerra para constituir también *crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, el artículo 20 del Proyecto se remite a otros instrumentos o normas (concretamente, a los que se mencionaron como sus antecedentes y/o a normas consuetudinarias) en las siguientes referencias: Incs. a); b); c) y f): “... *en violación del derecho humanitario internacional...*”; Inc. d): “... *en contravención al derecho humanitario internacional...*”; Inc. e): “... *en violación de las leyes y usos de la guerra...*”. Constituyen lo que se denominan tipos abiertos, dado que el magistrado que los aplique deberá completarlos con normas de derecho humanitario internacional o leyes y usos de la guerra, para determinar en qué casos los actos cometidos constituyen violaciones a esas normas.

6. PENAS, CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES

Respecto a las penas aplicables a los crímenes tipificados en el Estatuto, éste sólo contiene en su art. 3 una norma genérica que declara la punibilidad de los responsables, no individualizando ni siquiera el carácter de la pena. El art. 3 reza:

“El responsable de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será sancionado con una pena. La pena será proporcional a la naturaleza y la gravedad del crimen”.

Es decir, constituye un retroceso respecto a los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, que determinaban específicamente que la pena sería privativa de libertad.

Según la CDI explica en sus comentarios a este artículo, el motivo por el que no se especificó más acerca de la pena a ser aplicada fue el desconocimiento de la forma de adopción que tendría este Proyecto; dando como ejemplos diferentes casos, entre ellos el de convención que atribuya título de jurisdicción universal para el procesamiento de los hechos tipificados. En este caso, cada Estado debería determinar según su derecho interno, qué tipo de penas se aplicarían y su medida para cada delito.

Es interesante destacar, a efectos del estudio del principio “*nulla poena*” en Derecho Internacional penal, las siguientes afirmaciones que efectúa la CDI en sus comentarios a este artículo:

“En cualquier caso, no es necesario que la persona conozca previamente la sanción exacta, siempre que las acciones constituyan un crimen de suma gravedad que sea severamente castigado. Ello concuerda con el precedente del castigo de un crimen en virtud del Derecho Internacional consuetudinario o de los principios generales de derecho reconocidos en las Sentencias de Nüremberg en el párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Los artículos 14 y 15 evidencian una falta de acuerdo entre los juristas que componían la Comisión de Derecho Internacional, pues con estas dos disposiciones se reemplaza toda la construcción jurídico-penal que generalmente se encuentra en el derecho interno de los Estados, referente a las causales de eximentes y atenuantes de pena; puntualmente, las normas referidas a la falta de discernimiento, intención y libertad, que el Proyecto deja libradas a la discreción de los jueces que apliquen el Código.

Estos artículos rezan:

“Artículo 14. Circunstancias eximentes. El tribunal competente apreciará la existencia de circunstancias eximentes conforme a los principios generales del derecho, teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen”.

“Artículo 15. Circunstancias atenuantes. Al dictar sentencia, el tribunal tendrá en cuenta, cuando proceda, las circunstancias atenuantes de conformidad con los principios generales del derecho”.

Es obvio que se excluyen de estas normas las disposiciones incluidas en el desarrollo del principio de Responsabilidad Penal Individual en Derecho Internacional (arts. 3 a 7).

En el comentario a estos artículos, la CDI expresa:

“El tribunal competente debe examinar dos criterios al hacer la apreciación que el artículo 14 exige. En primer lugar, debe considerar la validez de la circunstancia eximente alegada por el acusado conforme a los principios generales de derecho... En segundo lugar, el tribunal deberá considerar la aplicabilidad de la circunstancia eximente al crimen comprendido en el Código del que se acuse al inculpado en un caso determinado, a la luz de la naturaleza de ese crimen¹⁴⁵”.

A nuestro entender, dejar librado estos aspectos de la punibilidad a la discreción o la opinión de los magistrados¹⁴⁶ colocaría al individuo en una posición de inseguridad

¹⁴⁵ Este es la transcripción textual de los comentarios al art. 14. Los correspondientes al artículo 15 contienen un pasaje muy similar.

¹⁴⁶ Magistrados de los cuales, en el caso de un tribunal internacional, es muy posible que hasta el momento de la acusación se desconozca su nacionalidad de procedencia y formación jurídica.

jurídica muy seria debido a la gravedad de los valores en juego (la libertad), que se salvaría al aplicarse el código por un tribunal interno, dado que las circunstancias atenuantes y eximentes surgirán del derecho penal de ese Estado, hecho que suaviza en gran medida la desprotección en que estas normas colocan al individuo procesado.

Sin perjuicio de nuestra opinión, los comentarios al artículo 14 lo presentan como un progreso garantista para los procesados, ya que en ningún instrumento internacional previo se establecía siquiera la posibilidad de existencia de una circunstancia eximente.

Entre las causales eximentes de responsabilidad o de pena que se ofrecen como ejemplo, se encuentran la legítima defensa y la coacción, la necesidad militar¹⁴⁷, error de hecho, la menor edad del acusado.

También opina la CDI, de forma un poco tímida, que:

“La amplia jurisprudencia de los tribunales militares y de los tribunales nacionales que se encargaron de juicios ulteriores de crímenes de guerra después del enjuiciamiento de los principales criminales de guerra por el Tribunal de Nüremberg al final de la segunda guerra mundial podría ofrecer alguna orientación al tribunal competente al determinar los principios generales por que se rige la cuestión de la admisibilidad de las circunstancias eximentes y atenuantes...”

Esto remite a la primera decisión por la cual la Asamblea General encarga a la CDI la redacción de este Proyecto, que lo unía íntimamente a los principios extraídos del Estatuto y las Sentencias del Tribunal de Nüremberg.

7. LA CUESTION DE LA AUTONOMIA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

En los comentarios al artículo 1. del Proyecto la CDI, citando la jurisprudencia de Nüremberg, expresa que el Derecho Internacional impone a los individuos ciertos deberes u obligaciones; y que la responsabilidad penal individual en esta rama del derecho se fundamenta en la necesidad de castigar las violaciones de esos deberes. El pasaje del segundo párrafo, que refiere a la punibilidad de los crímenes contra la paz

¹⁴⁷ La necesidad militar, si bien no figura como circunstancia eximente o atenuante genérica en ninguno de los instrumentos anteriores a este Proyecto, sí aparece eliminando la punibilidad en algunos crímenes de guerra concretos en los Convenios de La Haya de 1907 y de Ginebra de 1949.

y la seguridad de la humanidad, “estén o no sancionados en el derecho nacional¹⁴⁸” no sólo está afirmando el principio de autonomía sino también la aplicabilidad directa de esta disciplina a los individuos, fortalecida por la existencia de las mencionadas obligaciones, ya reconocidas en la formulación de los Principios de Nüremberg (Principio I)¹⁴⁹.

En este instrumento, según hemos visto en el art. 12 que regula el principio *Non bis in idem*, la supremacía se refiere no sólo a la tipificación de un hecho como delito, sino también a la calificación de ese hecho como *delito contra el Derecho Internacional* (o, simplemente, delito internacional)¹⁵⁰.

8. LA CUESTION DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS INTERNACIONALES

Este proyecto tampoco menciona la imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. A tenor del artículo 8, que se refiere a los crímenes de los arts. 17; 18; 19 y 20, “*sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores*”, parecería que la omisión no es casual dado que si menciona que *no importa el lugar* de comisión de los crímenes, bien podría haber agregado que tampoco importa el tiempo.

¹⁴⁸ “Artículo 1 ... 2. Los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional”.

¹⁴⁹ Lo cita la CDI en sus comentarios al artículo.

¹⁵⁰ Vid este mismo capítulo, punto 3.2.

CAPITULO V. INSTRUMENTOS GENERALES II: ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, 17 DE JULIO DE 1998¹⁵¹.

1. GENERALIDADES

Después de la Segunda Guerra Mundial, las principales potencias europeas se ven en la necesidad de crear un Tribunal *ad hoc* para juzgar a las principales autoridades del régimen nacionalsocialista, con el objetivo de que los graves crímenes cometidos durante el conflicto no queden impunes. Este hecho hace que se empiece a perfilar la idea de crear un órgano permanente para tales funciones¹⁵², y evitar así las irregularidades de los tribunales *ad hoc* y *ex post facto*¹⁵³. Es por ello que, en la Convención contra el Genocidio, se incluye esta idea de un tribunal permanente para juzgar a los posibles autores de ese delito.

Sin embargo, durante la guerra fría ese proyecto era de realización imposible, por lo que quedó en estado de hibernación hasta la década de los '90. En la primera mitad de ésta, tal como hemos expuesto, la ausencia de un tribunal permanente hizo nuevamente necesario la institución de dos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* - esta vez por parte del Consejo de Seguridad de la ONU- para enjuiciar a los responsables de los graves crímenes que se habían cometido en los territorios de la antigua Yugoslavia y de Ruanda y sus Estados limítrofes. A pesar de que la Comunidad Internacional en general aceptó y hasta aplaudió la creación de esos dos organismos, su carácter de *ad hoc* y *ex post facto* está reñido con la seguridad jurídica y con algunas garantías reconocidas tanto en los distintos sistemas penales internos como en Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como generalmente ocurre en el mundo jurídico, las normas son posteriores a la realidad social que las reclama. Y la repetición de las situaciones de comisión de crímenes internacionales a gran escala hizo más necesaria la institución de un órgano jurisdiccional permanente, dado el interés de la Comunidad Internacional en juzgar a los

¹⁵¹ En adelante, Estatuto de Roma o ER.

¹⁵² Sin embargo, no es esta la primera vez que surge la idea de un órgano jurisdiccional penal internacional permanente; en el año 1872 Gustave Moynier hizo una propuesta de creación de un órgano con estas características para juzgar a quienes incumplieran el Convenio de Ginebra de 1864.

¹⁵³ Pues fue creado con competencia limitada para hechos concretos ya ocurridos.

autores de esos hechos (ya que se hizo evidente que muchos de ellos quedaban impunes con el tradicional sistema de delegar su represión a la justicia estatal), en llenar el vacío jurídico que se sentía ante esas conductas, y la necesidad de impedir que la creación de tribunales ad hoc se convierta en una práctica habitual del órgano político de la ONU. Pero sobre todo, a la luz de las cifras de muertes por este tipo de crímenes en el Siglo XX y, especialmente, en sus últimos años¹⁵⁴, se inscribe el deseo de los agentes promotores de los Derechos Humanos de prevenir ese tipo de situaciones. Por todo ello se comenzó una ronda seria de negociaciones diplomáticas para dar redacción a un proyecto de Estatuto de un tribunal permanente¹⁵⁵, que se denominó "*United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*" (Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el Establecimiento de una Corte Criminal Internacional), con la participación de 120 Estados. Ronda que concluyó el 17 de julio de 1998 con la aprobación del Tratado de Roma, que contiene el Estatuto para la Corte Penal Internacional.

Según el mismo Estatuto lo prevé, su vigencia comenzaría el día 1º del mes siguiente al cumplimiento de un plazo de 60 días desde que se consiguiera la ratificación, adhesión, aceptación o aprobación de sesenta Estados, lo que ocurrió el 11 de abril de 2002, día en que diez Estados depositaron su instrumento de ratificación ante el Secretario General de las Naciones Unidas, en forma simultánea. En consecuencia, el Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002.

El Preámbulo del Estatuto comienza con el siguiente párrafo:

“Consciente de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento...”

¹⁵⁴ “En la década de los años noventa, 3,6 millones de personas murieron en guerras dentro de los países (guerras internas por lo tanto), frente a las 22.000 personas que murieron en los conflictos entre países. La misma década vio un aumento del 50% en el número de refugiados y desplazados internos por los conflictos civiles vividos en sus países. En el curso del siglo XX, los gobiernos han provocado la muerte de unos 170 millones de personas, cifra muy superior a la de las personas que murieron en las guerras entre Estados...” CARBONELL, Miguel: “Globalización y Derecho. Siete tesis”. En: “Globalización y Derechos Humanos”. Luis Müller (Coord.). Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003. Pp. 6-8.

¹⁵⁵ No podemos dejar de reiterar que, entre los factores que impulsaron la redacción del Estatuto de Roma, se encuentra la intensa presión que ejercieron ONGs internacionales de derechos humanos, con el CICR a la cabeza, para que tome forma definitiva este proyecto. Presión que incluso se puede contar como el principal factor de influencia en el resultado obtenido. Al respecto, vid: GLASIUS, Marlies: “La Corte Penal Internacional: Una sociedad global”. Papeles de Cuestiones Internacionales, N° 84 (Invierno 2003-2004). Centro de Investigaciones para la Paz, Madrid; pp. 31-40.

Este pasaje merece ser resaltado porque, en nuestra opinión, demuestra un interés común de la Comunidad Internacional por preservar las distintas colectividades que conviven en la Tierra, dando la idea de un sistema social mundial compuesto de tal forma que, cualquier daño o menoscabo en uno de sus elementos, produciría un desequilibrio en todo el sistema¹⁵⁶.

El que hemos transcripto precedentemente es el párrafo que encabeza uno de los instrumentos internacionales más importantes en la actualidad, del cual se podría decir que su adopción como tratado abierto (18 de julio de 1998) cierra el siglo XX y su entrada en vigor (julio de 2002) abre el siglo XXI en lo que a la escena jurídica internacional se refiere. Es que este Tratado expresa el compromiso cada vez más firme de las distintas entidades que interactúan en la escena internacional de promover el respeto y la defensa de los Derechos Humanos, ya que ésta es la idea principal que subyace en la creación de la Corte Penal Internacional, idea que marcará el desarrollo del Derecho Internacional en el siglo que acaba de comenzar¹⁵⁷.

En los subsiguientes párrafos del Preámbulo, se destaca la necesidad de prevenir y reprimir las atrocidades de las cuales han sido víctimas millones de niños, mujeres y hombres en el siglo pasado que, siendo *los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional* no deben quedar impunes; se reconoce que esos delitos atentan no sólo contra la paz y la seguridad de la humanidad, sino también contra su bienestar. A todos estos efectos se crea la Corte Penal Internacional, cuya competencia será complementaria respecto a la jurisdicción de los Estados sobre estos delitos, ya que a ellos corresponde la obligación primaria de sancionar penalmente a sus autores.

A la inversa de la metodología que sigue el Proyecto de Código, este instrumento ubica casi al principio (artículos 5 a 8) las tipificaciones y luego las normas y principios generales, entre las cuales se encuentran las normas procesales.

¹⁵⁶ Hacemos hincapié en esta idea porque a nuestro entender, encierra el bien supremo protegido por el Derecho Penal Internacional.

¹⁵⁷ En el año 2004, en que el Tratado de Roma lleva dos años de vigencia (aunque la Corte se ha establecido por completo este año), ha quedado patente que este instrumento tiene una inmensa laguna ante la cual es imperioso que políticos, politólogos y juristas internacionales den una solución de manera urgente e integral. Estamos hablando del Terrorismo, fenómeno que ha iniciado una nueva era a partir del atentando a las Torres Gemelas en Estados Unidos, en septiembre de 2001, y se ha acrecentado hasta proporciones insospechadas desde la guerra declarada por Estados Unidos a Irak en marzo de 2003.

2. INSTRUMENTOS COMPLEMENTARIOS Y DERECHO APLICABLE

En general, el Derecho Penal Internacional no está aislado de otras disciplinas jurídicas, ya que es muy frecuente la referencia de sus normas escritas a otros instrumentos o normas; por ejemplo, la referencia que hacen los Estatutos de los TT.PP.II. y el Proyecto de Código al DIH, a las Leyes y Costumbres de la Guerra, a los Convenios de Ginebra, etc.

El Estatuto que analizamos hace referencia expresa a otros instrumentos complementarios, ya que prevé en sus arts. 9 y 51, que la Asamblea de los Estados Parte debe dictar, con la aprobación de una mayoría de dos tercios de sus miembros, las *Reglas de Procedimiento y Prueba* y los *Elementos de los Crímenes*, conjunto de normas llamados a reglamentar el Estatuto y que, según su artículo 21, serán aplicadas por los Jueces en la misma medida que éste, con el cual deben ser compatibles. Estos dos reglamentos del Estatuto tienen la función de aclarar y completar las normas de éste, sin tergiversar su sentido. Son normas más ágiles, elásticas y más fácilmente modificables que el Estatuto, ya que no se trata de Tratados Internacionales sino reglamentos dictados por la Asamblea de Estados Parte, con mayoría especial.

Además del mismo Estatuto y de esos dos Reglamentos, aplicables en primer lugar y con preeminencia sobre el resto del Derecho, los Jueces de la Corte deben aplicar, las siguientes normas y principios, en el orden expuesto, siempre que no contradigan los Derechos Humanos y que no configuren discriminación:

1. Los demás tratados, principios y normas de derecho internacional. El mismo inciso aclara que estos abarcan los principios del derecho internacional de los conflictos armados.
2. Los principios generales del Derecho interno de los Estados, según la interpretación de la Corte, incluyendo el de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre los hechos tratados, siempre que esos principios no contradigan el Estatuto y en general, el Derecho Internacional.
3. Las interpretaciones jurisprudenciales previas de la propia Corte.

Entre los instrumentos complementarios y, aunque de menor rango jurídico que los mencionados, encontramos también: El *Reglamento de la Corte Penal Internacional*, adoptado por los jueces de la Corte el 26 de mayo de 2004, en su 5ª Sesión Plenaria, (del 17 al 28 de mayo de 2004), en La Haya (Documentos Oficiales: ICC-BD/01-01-04); el Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte, un Tratado Internacional sobre un texto de la Asamblea de los Estados Parte, adoptado el 9 de septiembre de 2002;

3. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN DERECHO INTERNACIONAL

3.1. EL PRINCIPIO

Este Estatuto desarrolla el Principio de la Responsabilidad Penal Individual y los que hemos denominados Subprincipios dependientes de éste, en el art. 25. El principio mencionado se encuentra plasmado en los incs. 1. y 2. de este artículo, y los subprincipios, en el inc. 3.

Dado que se trata de un Estatuto cuyo objetivo es establecer y regular el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, se redacta este principio como la competencia personal de este órgano jurisdiccional. Así, en su primer inciso, se determina que esa competencia se limita a las personas naturales, excluyendo los entes abstractos¹⁵⁸.

El segundo inciso, enuncia la culpabilidad y punibilidad de los responsables de crímenes de competencia de la Corte, de conformidad con el Estatuto¹⁵⁹.

3.2. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN CRIMINALES

El inciso 3. del artículo 25 de este instrumento, en distintos subincisos, enuncia los distintos grados y formas de participación y autoría criminal:

¹⁵⁸ “Art. 25 inc. 1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales”.

¹⁵⁹ “Art. 25 inc. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

- a) Autoría y co-autoría material, incluido el supuesto de utilizar a un tercero inimputable (o por cualquier razón, no punible) como medio para la comisión de un crimen;
- b) Autoría intelectual, por medio de una orden, inducción o proposición para cometer un crimen;
- c) Complicidad, encubrimiento o participación como colaboración. Dado que este inciso no especifica el grado de colaboración sino que, muy por el contrario, se refiere a “algún modo” de colaboración, consideramos que ésta puede ser principal, secundaria o incluso accesoria.
- d) Se incluye una especie de asociación ilícita para cometer delitos, definida como “grupo de personas que tengan una finalidad común”, y que debe contar con dos elementos: Propósito de llevar a cabo un delito y conocimiento de ese propósito¹⁶⁰.
- e) En este inciso no se enumera una forma o grado de participación o autoría sino un tipo penal autónomo: La instigación directa y pública a cometer genocidio.
- f) Tentativa de comisión de un delito, cuando el mismo no se consume debido a circunstancias extrañas a la voluntad de sus autores. Se agrega que quien desista voluntariamente de un acto criminal, o impida su comisión, si renuncia al propósito delictivo no podrá ser penado.

3.3. SUBPRINCIPIOS

Los subprincipios de la responsabilidad penal en Derecho Internacional comienzan con la igualdad ante la ley, declarada en el artículo 27 inc. 1. que, aunque fue titulado: “*Improcedencia del cargo oficial*”, está redactado como un verdadero principio de igualdad:

“El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial”.

A pesar de que el título y la redacción parecen referirse únicamente al caso de cargo oficial, la primera parte del artículo autoriza a afirmar que el principio de igualdad ante

¹⁶⁰ “... (el art. 25.3.d. contiene) una regulación innovadora de lo que podríamos denominar la contribución intencional a un crimen colectivo, que es algo más que una conspiración puesto que se contribuye a los actos de ejecución (comisión o tentativa de comisión) realizados por un grupo de personas (crimen colectivo) que tengan una finalidad común. La contribución o cooperación puede revestir la forma de autoría por cooperación necesaria o de complicidad (auxilio accesorio) puesto que el precepto emplea la expresión ‘contribuya de algún otro modo...’, pero debe ser intencional” RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: “Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en: “Creación de una Jurisdicción penal Internacional”, Colección Escuela Diplomática. B.O.E. Tomo Nº 4. Madrid, 2000. Pág. 140.

la ley debe entenderse como absoluto, es decir, no debe haber diferencias personales ante este Estatuto.

Luego completa el subprincipio agregando que el cargo oficial no será nunca causal de eximente de pena; y que no constituirá *per se* motivo de reducción de la misma. De su interpretación a contrario sensu se infiere que no procede invocar el cargo oficial como causal autónoma de reducción, pero puede invocarse en apoyo de alguna otra circunstancia en beneficio del acusado.

El inciso 2. de este artículo agrega otra derivación de esta norma en Derecho Internacional, así como de la autonomía de éste respecto al derecho interno:

“Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

Esta es una especie de extensión del principio, ya que no sólo el cargo oficial será improcedente como causal eximente de pena; frente a la Corte Penal Internacional tampoco procederá invocar como circunstancias dilatorias los procedimientos especiales que establecen los ordenamientos internos o las normas internacionales para que las personas que ocupan ciertos cargos oficiales puedan ser sometidas a la justicia¹⁶¹, como el juicio político o el desafuero. Mas esta improcedencia de las inmunidades o procedimientos especiales rige sólo frente a la Corte y no frente al propio o a terceros Estados. Por lo tanto, si bien la Corte podrá juzgar a esas personas, no todos los Estados podrán detenerlas ni entregarlas, lo que hará imposible su juzgamiento debido a que el artículo 63 establece la obligatoriedad de la presencia del acusado.

El subprincipio de la responsabilidad del superior por omisión tiene en este Estatuto una estructura bastante más compleja que en los instrumentos que hemos visto dado que se desdoblan los elementos que deben componer la omisión para que sea

¹⁶¹ Esta norma ha planteado entre la doctrina algunas cuestiones que parecen de difícil solución, por los siguientes motivos: Al ratificar el Estatuto, los Estados se comprometen a cooperar con la CPI y a entregar a todas las personas que se hallen en su territorio y que estén acusadas de haber cometido algún crimen de competencia de ésta (art. 89). Por otra parte, el art. 98 obliga a la Corte a respetar las obligaciones internacionales que hayan asumido los Estados parte relativas al reconocimiento de inmunidades de un Estado o de las autoridades de éste, a menos que se tenga autorización para ello del tercer Estado. Del juego de los artículos referidos y, sobre todo, de éste último, podemos concluir que a pesar del principio de igualdad ante la ley, si el acusado de algún delito de competencia de la Corte ocupa un cargo oficial y se encuentra en el territorio de un Estado que deba respetar la inmunidad de esa persona, a la Corte le está vedado solicitar la entrega de esa persona, lo que impedirá su sometimiento al proceso penal.

punible, según se trate de superiores militares o civiles. En ambos casos, se diferencian claramente los dos elementos que ya contenían los Estatutos de los TT.PP.II.

El superior militar será responsable por omisión, cuando:

*“a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, **hubiere debido saber** que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y*

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

Por su parte, el superior no militar, será responsable por omisión cuando:

*“a) Hubiere tenido conocimiento o **deliberadamente hubiere hecho caso omiso** de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;*

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento” (en negrita las diferencias entre cada caso).

Se observa, por las diferencias entre los supuestos (marcadas en negrita), que la responsabilidad del superior militar es más amplia que la del superior no militar; ya que la primera incluye la negligencia (“*hubiere debido saber*”) que está excluida en el otro supuesto (“*deliberadamente hubiere hecho...*”) y además, en este último los crímenes deben guardar relación con las actividades que desarrollan él y sus subordinados, requisito que no está presente en la responsabilidad del superior militar.

4. DERECHOS Y GARANTIAS DE LOS ACUSADOS


Los derechos y garantías de los acusados se encuentran diseminados en este Estatuto, en los siguientes artículos: Arts. 22 a 24 y 26 de la Parte III: “*De los Principios Generales de Derecho Penal*”; en el artículo 20: “*Cosa Juzgada*”; en el art. 55: “*Derechos de las Personas durante la Investigación*” de la parte V: “*De la investigación y el Enjuiciamiento*”; y los arts. 63: “*Presencia del Acusado*”, 66:

“Presunción de Inocencia” y 67: “Derechos del Acusado”, de la Parte VI: “Del Juicio”.

4.1. NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE

El art. 22 establece la garantía de *Nullum crimen...*, formulada como un principio negativo: “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto, a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte” (art. 22 inc. 1). Luego se formulan los principios interpretativos de la ley penal: Interpretación restrictiva, prohibición de la extensión analógica e interpretación a favor del acusado (*in dubio pro reo*), en el inc. 2. En el inc. 3 se deja a salvo que

“nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

Con esta salvedad se refuerzan dos ideas: Por una parte, que la competencia de la Corte se limita, en los aspectos personal, material y cronológico, a lo establecido en el Estatuto; y por otra parte, que éste no deroga anteriores instrumentos que contengan tipificación de hechos como crímenes internacionales, en aplicación de los cuales se puede juzgar a los responsables de los mismos  Tribunales distintos de la Corte.


El art. 23, continuando con la formulación de la legalidad en materia penal, establece la prohibición de aplicar una pena que no esté de conformidad con el Estatuto. Sin embargo, este principio *nulla poena...*, tiene en DIP un contenido distinto al del Derecho Penal interno, en el cual se atribuye a cada tipo penal una sanción determinada (es decir, si la pena será de privación de libertad o una sanción económica) así como una cuantificación mínima y máxima de ese tipo de sanción.

Por el contrario, en el Estatuto de Roma, al igual que en los de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc sólo se determina que, a las personas declaradas culpables de alguno de los crímenes incluidos en el art. 5, la Corte podrá imponer una de las siguientes penas:

“a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta años; o

b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado” (Art. 77 inc. 1)

También se podrá imponer, según el inc. 2 del mismo artículo, una multa y el decomiso “*del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen...*”.

Esta forma de atribución de consecuencias jurídicas a las conductas tipificadas en los arts. 5 a 8 del Estatuto, rompe con la tradición jurídica continental de predeterminar a cada conducta la consecuencia jurídica que se le atribuye. Por el contrario, el método del Estatuto consiste en determinar en ciertos artículos qué conductas serán consideradas delitos  en otros, qué consecuencias se atribuirán en forma genérica a las conductas tipificadas. Este método deja librado al arbitrio de los jueces que han de aplicar el Estatuto, determinar la clase y el *quantum* de la sanción.

Los únicos casos que podemos analizar hasta el momento, las sentencias emanadas de los TT.PP.II para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, han aplicado penas diferentes para hechos muy similares: En el caso de Ruanda se han aplicado penas cuantitativamente muy superiores a las de la antigua Yugoslavia. Quizás ello esté indicando que la generalidad de la consecuencia jurídica sea un rasgo característico del DPI debido a la naturaleza más heterogénea de los casos y las circunstancias a tener en cuenta en su juzgamiento¹⁶².

4.2. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

En el art. 24 se regulan los principios de irretroactividad de la ley penal (que remite a la fecha de entrada en vigor del Estatuto, siempre limitada a los casos que en él se regulan) y el de la ley penal más benigna, limitada en dos aspectos: Por una parte, se aplicará en forma retroactiva o ultraactiva la ley más benigna referente a la persona, el enjuiciamiento o la condena. Por otra parte, se hará esa aplicación si el cambio de la legislación ocurre antes de la sentencia definitiva; es decir, no se aplicará este beneficio cuando el reo ya esté cumpliendo la sanción determinada por la sentencia¹⁶³. En el

¹⁶² Aunque ello se determinará con el tiempo y la creación jurisprudencial, consideramos que la Corte, al asumir un caso, deberá tener en cuenta no sólo los hechos objetivos tal como sucedieron, sino también ciertas circunstancias que lo rodean, tales como la coyuntura social y las tradiciones cultural y jurídica del territorio donde habiten las personas implicadas.

¹⁶³ “Art. 24: Irretroactividad *ratione personae*.- 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.
2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena”. Llama la atención el hecho de que hayan titulado esta disposición como Irretroactividad

mismo sentido, las modificaciones a las *Reglas de Procedimiento y Prueba* (Art. 51.4 del Estatuto) y a los *Elementos de los Crímenes* (Art. 9.3) no se aplicarán retroactivamente en perjuicio del acusado.

El Art. 11 establece, respecto a la *competencia temporal*, que la Corte sólo podrá entender en los delitos que se produzcan luego de la entrada en vigor del Estatuto y, para aquellos Estados que lo ratifiquen después de esa fecha, podrá entender en los crímenes que se produzcan a partir de la fecha de vigencia del Estatuto para ese Estado en particular; excepto que éste haga una declaración de conformidad con el Art. 12.3¹⁶⁴.

4.3. MINORIA DE EDAD

El artículo 26 establece la menor edad para ser juzgado por la Corte en 18 años. Esta norma tiene un aspecto lamentable, cual es el de ser demasiado elevada la edad para ser juzgado por este tribunal internacional. Pues debemos recordar aquí que la CPI responde a una necesidad de respeto a los derechos humanos en dos aspectos: Por un lado, la garantía de no impunidad de quienes lesionan en forma muy grave los derechos humanos básicos de un determinado grupo de personas; y por otro, la garantía de un juicio justo para aquellos cuya persecución penal pudiera constituir una lesión a ciertos derechos humanos. En este sentido, se ubica a la cabecera de esta garantía la ausencia de la pena de muerte en el Estatuto de Roma. Por ello hubiera sido ideal que la Corte pudiera juzgar también a los menores de 18 años, pero con garantías, procedimiento y consecuencias jurídicas adecuadas a las especiales necesidades físicas, psíquicas, morales y sociales de los niños, respetándose primordialmente la Declaración Universal de los Derechos del Niño. Ello impediría que, como ocurre actualmente en algunos estados, los niños menores de 18 años considerados “*responsables*”¹⁶⁵ de ciertos delitos sean condenados a muerte, y puedan tener opción a la rehabilitación y reinserción en la sociedad.

“*ratione personae*”, ya que en materia de irretroactividad no cabe distinguir si es *ratione personae*, *ratione materiae* o *ratione loci*; es simplemente, irretroactividad.

¹⁶⁴ El Art. 12.3, en su parte aplicable según esta disposición, establece que un Estado podrá efectuar una declaración consintiendo que la Corte ejerza su competencia respecto de un crimen en particular, aunque el Estatuto no esté en vigencia en ese Estado al momento de comisión del delito. Esa declaración deberá ser depositada en poder del Secretario.

¹⁶⁵ En muchos casos, los menores de 18 años más que *responsables* son víctimas de diversas circunstancias.

4.4. NON BIS IN IDEM

El artículo 20 regula el principio del *Non bis in idem*, con distinciones similares a las que ya hemos visto en el Proyecto de Código y en los Estatutos de los TT.PP.II:

Incs. 1 y 2: Cuando un individuo es juzgado por la Corte, la prohibición de un segundo juicio es absoluta, tanto respecto a un hipotético segundo enjuiciamiento por parte de la misma Corte como respecto a tribunales nacionales;

Inc. 3: Cuando un individuo haya sido *válidamente* juzgado por un tribunal nacional, no podrá ser juzgado nuevamente por ningún otro tribunal, ya sea nacional o internacional. Pero, ¿qué se considera como no válido? Cuando el tribunal que lo haya juzgado haya actuado de modo tal que pueda considerarse que su conducta:

- “a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o*
- b) No hubiere ... (instruido el proceso) en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”.*

Al igual que lo establecen instrumentos anteriores, el Estatuto autoriza a la Corte para juzgar la conducta del tribunal nacional más que el fallo en sí o el sustento fáctico o jurídico de éste, aunque en más de una oportunidad será necesario, para evaluar la actuación del Tribunal, analizar las plataformas fáctica y jurídica del caso.

4.5. OTRAS GARANTIAS PERSONALES

Lo que hemos visto hasta ahora son las garantías procesales que ofrece la CPI; las garantías personales básicas se encuentran en los artículos 55; 63; 66 y 67.

El primero de ellos (el art. 55) establece derechos humanos primordiales que la Fiscalía y las autoridades nacionales deberán respetar durante la investigación: Las prohibiciones de obligar a una persona a declarar contra sí mismo o declararse culpable y de someter a los acusados a coacciones, intimidaciones, torturas u otros tratos inhumanos; la obligación de que el acusado cuente con intérprete o traductor si es necesario; y la prohibición de arrestos o detenciones arbitrarias. En el momento de la detención de un acusado, se le atribuyen los derechos: A ser informado del cargo del

que se le acusa; a permanecer en silencio sin que ello implique presunción en su contra; a contar con el asesoramiento de un abogado, y que éste sea de oficio y gratuito de ser necesario; y a ser interrogado en presencia de su abogado. Los dos últimos son los únicos de estos derechos que admiten renuncia.

El art. 63 asegura al acusado su derecho a estar presente durante el juicio y el procedimiento a seguirse en caso de que éste perturbe el normal desarrollo del proceso; el art. 65 establece las siguientes condiciones que debe reunir la confesión de culpabilidad del acusado para ser aceptada como tal por la Sala de Primera Instancia:

- “a) Si el acusado comprende la naturaleza y las consecuencias de la declaración de culpabilidad;*
- b) Si esa declaración ha sido formulada voluntariamente tras suficiente consulta con el Abogado defensor; y*
- c) Si la declaración de culpabilidad está corroborada por los hechos de la causa...”*

Si la declaración de culpabilidad no reúne esas condiciones, la Sala podrá tenerla por no formulada y ordenar al Fiscal que prosiga con el juicio. Antes de pronunciarse sobre la admisión o el rechazo de la declaración de culpabilidad, la Sala podrá pedir al Fiscal que presente pruebas adicionales. De ordenarse la continuación del proceso, la causa deberá ser remitida a otra Sala de Primera Instancia.

Es interesante destacar que, según el inciso 5. de este artículo,

“Las consultas que celebren el Fiscal y la defensa respecto de la modificación de los cargos, la declaración de culpabilidad o la pena que habrá de imponerse, no serán obligatorias para la Corte”.

En otras palabras, no se admiten los convenios entre la Fiscalía y la Defensa respecto al resultado del juicio, que existen en el derecho penal interno de algunos Estados y con respecto a ciertos delitos.

El art. 66 regula el principio de Presunción de Inocencia, con el siguiente contenido:

- “1.- Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte, de conformidad con el derecho aplicable;*
- 2.- Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.*
- 3.- Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”.*

En la disposición precedente notamos que, a los efectos de la atribución de responsabilidad penal a una persona por un delito de Derecho Internacional, por parte de

los jueces de la CPI, se ha elegido el método de la *duda razonable*, descartándose los de la íntima convicción y de la sana crítica.

De todos estos artículos, sólo al 67 se le atribuyó la designación “*Derechos del acusado*”, que son los siguientes:

1. Derecho a un juicio público, justo e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informado sobre la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos, sin demora y en un idioma para él comprensible;
- b) A la comunicación libre y confidencial con su defensor, y a disponer del tiempo y de los medios suficientes para la preparación de su defensa;
- c) A un juicio sin dilaciones;
- d) A hallarse presente en el proceso (art. 63) y a la defensa en juicio, gratuita si fuera necesario;
- e) A producir la prueba de descargo que sea pertinente;
- f) A la asistencia gratuita de intérpretes y traductores si no comprende o no habla el idioma utilizado por la Corte;
- g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable; y a guardar silencio sin que ello pueda ser interpretado en su contra;
- h) A declarar sin prestar juramento;
- i) A que no se invierta la carga de la prueba ni se le imponga la presentación de contrapruebas.

El inciso 2. de este artículo, impone al Fiscal la obligación de informar a la defensa sobre cualquier prueba a favor del acusado que llegue a su conocimiento; o de aquellas que afecten la credibilidad de las pruebas de cargo.

4.6. SUPRESIÓN DEL BENEFICIO DE LA PRESCRIPCIÓN

A diferencia de los instrumentos anteriormente analizados, el Estatuto de la CPI sí tiene un artículo, el 29, que con una fórmula muy simple establece que los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán.

5. COMPETENCIA MATERIAL DE LA CORTE: TIPIFICACION DE CRÍMENES Y ATRIBUCIÓN DE PENAS

5.1. DE LOS CRÍMENES

La Parte II de este instrumento (Arts. 5 a 21) trata, como el título lo indica, “*De la Competencia, la Admisibilidad y el Derecho Aplicable*”.

La competencia otorgada a este órgano por su Estatuto se delimita, en el aspecto *material*, por lo dispuesto en los artículos 5 a 8. En el primero de ellos, se enlistan los siguientes crímenes: genocidio; crímenes de lesa humanidad¹⁶⁶; crímenes de guerra¹⁶⁷ y el crimen de agresión. Sin embargo, en los siguientes tres artículos, se tipifican sólo los tres primeros. El artículo 5 inc. 2. posterga la tipificación del crimen de agresión hasta una futura enmienda del Estatuto, de acuerdo a sus artículos 121 y 123¹⁶⁸. Por todo ello, y según hemos visto en los anteriores documentos, la *agresión*, a pesar de estar mencionada como delito internacional no ha adquirido esa categoría hasta este momento.

No nos detendremos aquí a transcribir la casuística de los actos subyacentes que conforman cada tipo, que exceden el propósito de esta investigación y que, además, con algunas variaciones, van más o menos en el sentido de los contenidos en el Proyecto de Código, cuya transcripción nos sirve para darnos una idea. Por otra parte, el tipo penal del genocidio (Art. 6) está extraído textualmente de la Convención que ya hemos visto, sin modificación alguna. Sin embargo, sí haremos algunas consideraciones sobre el contexto en el cual los hechos deben ser cometidos para ser considerados crímenes internacionales.

En primer lugar y respecto a los tres tipos de crímenes, el Estatuto contiene un *umbral de gravedad*, que los hechos deben cumplir para ser considerados crímenes

¹⁶⁶ En adelante, CLH.

¹⁶⁷ En adelante, CG.

¹⁶⁸ Art. 5 inc. 2: “*La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas*”.

El artículo 121 se intitula “*Enmiendas*” y establece que éstas se podrán producir sólo pasados siete años desde la entrada en vigor del Estatuto, a propuesta de cualquier Estado Parte. Luego establece el procedimiento para su concreción y el de ratificación o adopción por parte de los Estados Parte.

El art. 123, sobre “*Revisión del Estatuto*”, establece los mecanismos para conformar una Conferencia de Revisión del Estatuto, que no podrá efectuarse antes de cumplidos siete años de su entrada en vigor.

graves y así caer bajo la competencia material de la Corte, ya que no cualquier hecho puede ser juzgado por este órgano, sino sólo los “*más graves de trascendencia para la humanidad*”. A continuación analizaremos cada caso.

Para que exista crimen contra la humanidad, se requiere que alguno de los actos enumerados en el Art. 7

“se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

Aquí se encuentran los dos elementos: El objetivo (que se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil) y el subjetivo (conocimiento de ese ataque). Como el inc. 2 del artículo lo explicita, el ataque contra una población civil requiere la implicancia de un Estado o de una organización para la comisión múltiple de los actos enumerados en el inc. 1.

Los *Elementos de los Crímenes* describen estos elementos de la siguiente forma:

“Introduction.

“1. Since article 7 pertains to international criminal law, its provisions, consistent with article 22, must be strictly construed, taking into account that crimes against humanity as defined in article 7 are among the most serious crimes of concern to the international community as a whole, warrant and entail individual criminal responsibility, and require conduct which is impermissible under generally applicable international law, as recognized by the principal legal systems of the world.”

2. The last two elements for each crime against humanity describe the context in which the conduct must take place. These elements clarify the requisite participation in and knowledge of a widespread or systematic attack against a civilian population. However, the last element should not be interpreted as requiring proof that the perpetrator had knowledge of all characteristics of the attack or the precise details of the plan or policy of the State or organization. In the case of an emerging widespread or systematic attack against a civilian population, the intent clause of the last element indicates that this mental element is satisfied if the perpetrator intended to further such an attack.

3. Attack directed against a civilian population. in these context elements is understood to mean a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in article 7, paragraph 1, of the Statute against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack. The acts need not constitute a military attack. It is understood that .policy to commit such attack. requires that the State or organization actively promote or encourage such an attack against a civilian population.”

La traducción libre de esta norma sería: *“Introducción.*

1. *Dado que el artículo 7 proviene del Derecho Penal Internacional, sus previsiones, de acuerdo al artículo 22, deben ser interpretadas estrictamente, teniendo en cuenta que los crímenes contra la humanidad tipificados en el artículo 7 se encuentran entre los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto, aseguran y conllevan responsabilidad penal individual, e implican conductas que no están permitidas por el derecho internacional general, tal como está reconocido por los principales sistemas jurídicos del mundo”*

2. *Los dos últimos elementos de cada crimen contra la humanidad describen el contexto en el cual la conducta debe desarrollarse. Estos elementos aclaran el requisito de la participación y el conocimiento del ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Sin embargo, este último elemento no debe interpretarse como una exigencia de probar que el autor tiene conocimiento de todas las características del ataque o de los detalles precisos del plan o la política del Estado u organización. En el caso de que exista un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, la cláusula subjetiva del último elemento indica que ese elemento mental se satisface si el autor tenía la intención de formar parte de ese ataque.*

3. *“Ataque dirigido contra una población civil” significa, como elemento del contexto, que la conducta comprensiva de la comisión múltiple de los actos a los que se refiere el artículo 7, parágrafo 1, del Estatuto, debe estar dirigida contra cualquier población civil, en cumplimiento o seguimiento de la política de un Estado o de una organización de cometer tal ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende por ‘política de cometer tal ataque’, la exigencia de que el Estado o la organización activamente promuevan o inciten a ese ataque contra una población civil”.*

El umbral de gravedad está dado por la *generalización* del ataque, es decir, la intención debe ser dirigir el ataque contra esa población civil *en general*, y no contra una o más personas determinadas de esa población. Este tipo de ataques no se considerarán delitos de competencia de la Corte.

La Corte tendrá competencia sobre los crímenes de guerra tipificados en el Art. 8, *“cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”* .

Sobre estos crímenes, los *Elementos de los Crímenes* indican para la generalidad de los actos subyacentes, que es necesario que: Las víctimas o bienes perjudicados sean personas protegidas, o bienes protegidos, por alguna de las *Convenciones de Ginebra de 1949* o del Derecho Internacional de los Conflictos Armados; el autor conozca las circunstancias fácticas que daban lugar a ese *status* de persona protegida (o bien protegido); los actos se produzcan en el contexto de, o estén relacionados con, un conflicto armado; el autor conozca las circunstancias fácticas que llevaron a la instalación de tal conflicto armado. Aunque estos dos últimos son los únicos requisitos presentes en todos los actos subyacentes. Aclaran asimismo estos *Elementos de los Crímenes* que no es necesario que el autor tenga conocimiento de si se trata de un conflicto armado internacional o interno, ya que ello es indiferente a los efectos de la calificación del conflicto o de su culpabilidad.

Los elementos reseñados en cada tipo de crimen, integran lo que se llama el *umbral de gravedad* necesario para que se habilite la competencia de la CPI, ya que ésta no podrá intervenir en cualquier delito, sino sólo cuando el mismo haya atravesado ese umbral y estemos entonces frente a uno de los *crímenes más graves para la humanidad*.

En el Estatuto parece haber dos subtipos de crímenes: Por un lado, el de agresión y los de guerra, que requieren relación con un conflicto armado (aunque en el de agresión, éste puede no llegar a iniciarse); y los de lesa humanidad y genocidio, no están *necesariamente* relacionados con conflicto armado (aunque no pueden darse en época de paz absoluta) pero requieren la necesaria intervención de dos o más grupos humanos, como sujetos activo y pasivo.

Otro hecho que parece caracterizar a estos crímenes es un *abuso de poder*, ya sea del poder político en los casos de genocidio y CLH, o también de poder militar en la guerra de agresión y en los CG.

5.2. DE LAS PENAS Y LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD.

En su art. 77 (PARTE VII. DE LAS PENAS), el Estatuto autoriza a los jueces a imponer penas de reclusión temporal, hasta 30 años, o de reclusión a perpetuidad, pero ésta sólo cuando el crimen sea de gravedad extrema o lo aconsejen las circunstancias personales del acusado. Aparte de esas penas, también autoriza a imponer multas o decomisos.

Como criterios rectores para los jueces en la aplicación de estas penas, el Estatuto indica la gravedad del crimen y las circunstancias personales del acusado, aunque esta norma no es taxativa.

Las circunstancias eximentes de la pena se enumeran en el Art. 31 del Estatuto:

- a) Inimputabilidad por enfermedad mental;
- b) Inimputabilidad por intoxicación, excepto que ésta fuera voluntaria a efectos de cometer el crimen, o con conocimiento por parte del autor, de las posibilidades de que ello ocurra;
- c) Legítima defensa; que, para los crímenes de guerra, se amplía a la protección de ciertos bienes, por razones militares y bajo las mismas condiciones que la legítima defensa común (proporcionalidad e ilegitimidad de la fuerza que se repele);
- d) Coacción o fuerza mayor.

Este artículo deja abierta la posibilidad de que la Corte aplique otras causales eximentes de la responsabilidad penal, que se encuentren en el derecho aplicable según el Estatuto.

6. CONDICIONES PARA LA ADMISIBILIDAD DE LOS CASOS Y COMPETENCIA COMPLEMENTARIA DE LA CORTE

Este Estatuto regula además, en sus artículos 12 y 13, ciertas “*Condiciones previas para el ejercicio de la competencia*” que consisten en:

1. Que el Estado donde se cometan los crímenes sea parte en el Estatuto o haya hecho una declaración de aceptación de competencia respecto a un hecho determinado (esta condición previa equivale en cierto sentido al principio territorial de atribución de competencia).
2. Que el Estado de nacionalidad de los acusados de hechos que puedan constituir crímenes de competencia de la Corte sea Estado Parte (equivalente al principio de la nacionalidad pasiva). Tanto en este caso como en el anterior, la investigación podrá iniciarse de oficio por el fiscal o a pedido de un Estado Parte .

3. Que el Consejo de Seguridad de la ONU, en aplicación del Capítulo VII de la Carta, remita al Fiscal “*una situación*” en la que aparentemente se hayan cometido uno o más crímenes. En este caso, es indiferente que el o los Estados en cuyos territorios se haya producido la “*situación*” o del cual los acusados sean nacionales sea parte en el Estatuto o no. Esta condición previa equivale a la jurisdicción universal, y es la cláusula que evitará que el Consejo de Seguridad deba recurrir a la creación de un órgano jurisdiccional *ad hoc* y *ex post facto*, ya que podrá remitir el caso a la Corte, en cualquier circunstancia.

Pero la Competencia de esta Corte es, de conformidad con su preámbulo y con el Art. 1, complementaria respecto de las jurisdicciones nacionales. Este principio de complementariedad de la competencia de la Corte se regula -con redacción negativa¹⁶⁹- en el artículo 18 (y parcialmente también en el art. 19).

Básicamente surge de considerar que son las administraciones de justicia de los Estados relacionados con alguno de los elementos del delito los que tienen la competencia primaria¹⁷⁰. La Corte es complementaria respecto a las administraciones de justicia internas, y por lo tanto sólo podrá atribuirse jurisdicción en los siguientes casos:

- 1.- Cuando los Estados que tengan jurisdicción no estén dispuestos o estén imposibilitados de efectuar la investigación y procesar a los culpables (Art. 17.1.a) y b));
- 2.- Cuando el proceso a que sea sometido un individuo en sede Estatal, responda al verdadero objetivo de sustraer a ese individuo de la responsabilidad penal por sus crímenes o no cuente con las garantías de un juicio justo e imparcial, según las normas de derecho internacional (Art. 20 inc. 3, aplicable por remisión del Art. 17.1.c)

El inciso 2. del artículo 17 enumera las pautas que permitirán a la CPI determinar cuándo no hay disposición para actuar por parte de un Estado. El artículo 20, que regula el principio de *cosa juzgada*, contiene disposiciones similares que se analizan *supra*, en los párrafos relativos a este principio, a los cuales nos remitimos.

¹⁶⁹ El artículo 17, titulado: “*Cuestiones de Admisibilidad*”, reza en su introducción: “*La Corte ... resolverá la inadmisibilidad de un asunto...*” De esta redacción se puede razonar que el principio es la admisibilidad de un asunto por la corte, y que la inadmisibilidad deberá ser declarada por decisión fundada.

¹⁷⁰ Dado que la competencia (o la incompetencia) del sistema judicial interno de un Estado sobre hechos determinados se rige por el derecho interno de ese Estado, cuando éste establezca la jurisdicción universal de ese Estado para determinados crímenes, no será necesaria la relación con ninguno de los elementos de esos hechos.

7. EL TRATAMIENTO DE LA COOPERACION INTERNACIONAL Y LA ASISTENCIA JUDICIAL EN EL ESTATUTO.

Este instrumento dedica toda la Parte IX al tema: “*DE LA COOPERACION INTERNACIONAL Y LA ASISTENCIA JUDICIAL*”, que cuenta con 16 artículos (desde el 86 al 102), la mayoría de ellos de contenido procedimental ya que regulan la atribución de competencias, las tramitaciones a efectuar para la efectivización de las distintas formas de cooperación, así como las soluciones a aplicar en casos de solicitudes concurrentes.

Los artículos a destacar son: El 86, que establece la obligación general para los Estados Parte de cooperar con la CPI, “*en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia*”. Por el Art. 88, los Estados se comprometen a adoptar las normas internas necesarias para hacer efectivos los procedimientos establecidos en esta parte.

El Art. 89, habilita a la Corte a dirigir a los Estados solicitudes de detención y *entrega* de personas, con lo cual se quiere diferenciar la figura de la entrega de una persona a la CPI de la *extradición*, para evitar así todas los obstáculos que el derecho interno o el internacional pueden poner a esta figura jurídica. Ella consiste, básicamente, en el procedimiento de cooperación judicial internacional que tiene por objeto la detención de una persona que se encuentra en el territorio de un determinado Estado, por las fuerzas policiales de ese Estado (denominado *Estado Requerido*), y su entrega a otro Estado (el *Estado Requirente*) a los efectos de su sometimiento a un proceso penal, o del cumplimiento de una condena ya dictada. La diferencia con la *entrega* radica en que en ésta el requirente es la CPI y no un Estado.

El art. 92 del Estatuto regula también las órdenes de detención provisional de personas.

El extenso artículo 93 establece en general las “*Otras formas de cooperación*” entre las que se incluyen los pedidos de cooperación a la Corte, por parte de los Estados (Art. 93.10.a) y b), incluso los que no son Estado Parte (Art. 93.10.c).

El Art. 98 es sumamente interesante dado que plantea el siguiente *dilema*, que expondremos en orden lógico:

Según lo establecido en el Art. 27, a los efectos del procesamiento por parte de la Corte, es indiferente el cargo oficial de un individuo. Ahora bien, la detención de los individuos, en virtud de la Parte IX del Estatuto, no se hará por la Corte sino que ésta debe remitir la correspondiente solicitud a las autoridades del Estado donde el individuo se encuentre al momento de su localización. Pero, tenemos en el Art. 98 que

“La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad”.

En virtud de esta norma, será prácticamente imposible librar una orden de detención contra el representante de un Estado que se halle en territorio de otro Estado, ya que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos estatales existen normas, internas o internacionales, por las cuales ese Estado se obliga a respetar la inmunidad de tales representantes.

CAPITULO VI. CONCLUSIONES

1.- LA EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El Derecho Internacional -como el conjunto de normas que rigen las relaciones entre distintas agrupaciones humanas con un territorio y un orden jurídico-político común- se pierden en la historia del hombre, pues desde la antigüedad más remota existen costumbres y acuerdos internacionales, entre los que se incluyen normas relativas al derecho de la guerra, al trato debido a los prisioneros e incluso, un Tribunal Penal Internacional. A pesar de ello el Derecho Internacional sólo es considerado como disciplina jurídica autónoma a partir del Siglo XVII, momento en que los representantes de la escuela clásica española comienzan a darle forma, partiendo desde el *jus gentium*, como Derecho Humanitario. Luego Grocio y sus continuadores, introducen el aspecto político de esta disciplina.

Por su parte el Derecho Penal, nació como un derecho eminentemente estatal, ya que en definitiva se trata de las normas que regulan la aplicación de la facultad estatal exclusiva del *jus puniendi*. En otras palabras, esta disciplina no se puede concebir sin la figura del Estado. Como principio, este Derecho excluye de su campo a las normas consuetudinarias, característica que comparte con su versión Internacional.

A medida que avanza el tiempo, en el Derecho Internacional comienzan a confluir los dos aspectos de la disciplina (Derecho Humanitario y Derecho de las Relaciones Internacionales) y se incorporan, poco a poco, algunas limitaciones a la soberanía del Estado. En el campo que nos interesa, particularmente, encontramos los Convenios de La Haya de 1899 y 1907; y los Convenios de Ginebra de 1929, por los cuales se intenta limitar las facultades hasta ese momento absoluta que tenía cada Estado para declarar la guerra y para elegir los medios de combate.

El Siglo XX trae grandes avances en el Derecho Internacional, especialmente en la segunda mitad de ese período, en que aparecen en escena las Organizaciones internacionales y cobran gran fuerza los Derechos Humanos. En 1945 nace la

Organización de la Naciones Unidas, que cuenta entre sus órganos con la Corte Internacional de Justicia, un tribunal internacional permanente¹⁷¹.

En ese mismo año se crean los primeros Tribunales Penales Internacionales -los de Núremberg y de Tokio-, con lo que ello implica: La toma de conciencia por parte de distintos Estados de la masacre, el dolor y, en definitiva, el horro que el ser humano era capaz de causar, la necesidad de reprimir ese tipo de hechos y el vacío jurídico y político para hacerlo. Paralelamente, implica asimismo que el Derecho Penal comienza a dejar de ser una disciplina eminentemente estatal para saltar al área internacional.

A partir de 1946, comenzaron a tomar fuerza los Derechos Humanos, pero también el esfuerzo internacional por la represión de ciertos hechos que se consideraban jurídicamente disvaliosos por la Comunidad Internacional en general: El genocidio, los crímenes de guerra, el apartheid, la tortura, etc. La represión de este tipo de hechos, aunque establecida por tratado internacional, se delegaba en los Estados parte de cada tratado y no se establecía en ellos responsabilidad directa alguna. La protección de los Derechos Humanos, por su parte, dio lugar a la creación de algunos órganos internacionales regionales con funciones judiciales: El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Africano de los Derechos Humanos y Civiles, etc. Todos estos Tribunales (al igual que la Corte Internacional de Justicia), en tanto que internacionales, sólo reconocen personalidad jurídica procesal a los Estados, con excepción de la Corte Interamericana de Justicia que admite a los particulares como sujetos activos en los procesos.

Paralelamente, cabe mencionar que desde la creación de Naciones Unidas, fue una preocupación constante de la Asamblea General el intentar elaborar una especie de Código Penal Internacional. A pesar de que hubo varios Proyectos, ninguno de ellos se firmó como Tratado Internacional.

Pero con el correr de los años se observó que el sistema de protección de los Derechos Humanos ni el de represión de los hechos que la Comunidad Internacional considera más graves eran efectivos para evitar situaciones como las que se vivieron en la antigua Yugoslavia y en Ruanda. En ambos casos, el Consejo de Seguridad buscó una solución de emergencia, la que encontró en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en el que se basó para crear sendos Tribunales Penales *ad-hoc*.

¹⁷¹ Aunque, según hemos visto, no es el primero ya que la Sociedad de las Naciones contaba con la Corte Permanente Internacional de Justicia.

Luego de ambas experiencias, y con todos los antecedentes pertinentes, se logró el consenso necesario para la creación de la Corte Penal Internacional, órgano jurisdiccional internacional con competencia sobre los individuos, que se encargará de juzgar a los presuntos responsables de los crímenes internacionales de guerra, de lesa humanidad y de genocidio, cuando los Estados que tengan competencia sobre esos hechos no quieran o no puedan hacerlo.

Como el ser humano mismo, la Comunidad Internacional, está moralmente dividida en dos: Un lado humanitario y otro violento. En igual medida están estos dos polos en continua lucha: A través de la historia se evidencia un desarrollo del humanitarismo y los Derechos Humanos, y a la par, un perfeccionamiento y complejización de los medios y métodos de eliminación del hombre por el hombre. El afincamiento definitivo del Derecho Penal Internacional como disciplina jurídica autónoma, y el escalón *perfectible* que alcanzó su desarrollo con el Estatuto de Roma, significan un triunfo del primero de esos polos por sobre el segundo, pequeño pero significativo. Ello así pues el Derecho Penal Internacional no surge por casualidad ni como creación brillante pero inútil de un grupo de personas. Por el contrario, surge como resultado de la evolución del Derecho Humanitario Internacional, como una necesidad histórica de la humanidad y como respuesta jurídica a ese avance moral del humanitarismo por sobre el belicismo.

2.- PERIODOS EN LA EVOLUCION DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El Derecho Penal Internacional, a lo largo del Siglo XIX, ha tenido tres momentos.

Anteriormente a los Tribunales de Nüremberg y de Tokio no existía como tal, ya que sólo se contaba con algunos Tratados Internacionales que no contenían delitos, pero sí algunas normas que servirían de antecedentes para futuras tipificaciones.

El primer momento nace junto con la toma de conciencia por parte de la Comunidad Internacional, de que era necesario comenzar a coordinar algún sistema de represión de hechos tan graves como los ocurridos en la Segunda Guerra Mundial. Podríamos situar como hito demarcador cronológico a la caída del régimen nacionalsocialista en Alemania y el sometimiento a proceso penal de los sus más altos cargos, por el Tribunal de Nüremberg (creado por el Tratado de Londres del

08/08/1945). A pesar de que éste fue el primer antecedente moderno de la atribución directa de responsabilidad penal individual por parte de un tribunal internacional, sólo puede considerarse como una excepción a la regla de la responsabilidad en Derecho Internacional (limitada a Estados y organismos internacionales). Por otra parte, ese antecedente contaba con muchos vicios, ya que lo constituyeron las potencias vencedoras en la guerra.

Dejando de lado estos Tribunales, este período se caracteriza por la firma de varios tratados que describen ciertas conductas, declarándolas delitos para el Derecho Internacional, pero delegan en los Estados parte la investigación, enjuiciamiento y castigo de los responsables de esos hechos. Pueden hacer constituir o hacer referencia a algún órgano jurisdiccional, o administrativo para el control de la actividad estatal. Sin embargo, estos Tratados están dirigidos a los Estados como únicos sujetos reconocidos del Derecho Internacional, y no incorporan normas de atribución directa de responsabilidad a los individuos. Son Tratados con contenido específico, ya que se limitan a un solo crimen o categoría de crímenes. Se cuentan entre ellos las Convenciones de Ginebra, que en general constituyen Derecho Internacional Humanitario, aunque contienen algunas normas de Derecho Penal Internacional.

Los tribunales de Nüremberg y de Tokio eran todavía hechos aislados, su análisis no podía tener la entidad suficiente de *norma general* para afirmar que constituían una disciplina autónoma (amén de los vicios con que contaban y que ha hemos denunciado). Los Tratados que hemos visto no establecían de forma directa la Responsabilidad Penal Individual (eje del Derecho Penal Internacional), ni contaban por sí solos con los caracteres necesarios para conformar una disciplina distinta del Derecho Internacional. Prueba de ello la constituye el hecho de que, los que hemos denominado “*Principios de Nüremberg*”, cuentan con el título formal de “*Principios de Derecho Internacional...*”, no mencionan un todavía hipotético *Derecho Penal Internacional*.

El segundo período es una corta transición de cinco años, ya que comienza con la creación del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia (Res. 827 de 25/05/1993), hasta el momento de la firma del Estatuto de Roma de Corte Penal Internacional, el 17 de julio de 1998.

Los conflictos anteriores y los que surgen durante este lapso avivan las necesidades de elaborar un Código de Crímenes de Derecho Internacional, así como de

creación de un órgano jurisdiccional penal internacional, ya que se ha hecho evidente que los hasta entonces vigentes sistemas de protección de los derechos humanos, incluso con órganos internacionales, así como la firma de Tratados específicos para tipificar ciertas conductas no han impedido que sigan ocurriendo hechos como los de la antigua Yugoslavia y Ruanda.

Esta vez ya no son un número reducido de Estados los que deciden actuar frente a las masacres y torturas masivas, sino la Comunidad Internacional, representada en cierta medida por el Consejo de Seguridad de la ONU.

En este período ya no se suscriben Tratados con contenido específico, sino que se dictan las dos resoluciones que contienen los Estatutos (que también son específicas, pues su aplicación se limita a una situación determinada), y la CDI, a petición de la Asamblea General, elabora su último Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, que aunque no llegó a ser cuerpo de ningún tratado, recogió las normas positivas vigentes y la experiencia de los cuatro Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* que habían existido hasta ese momento.

Es un período de respuesta: De la respuesta de la Comunidad Internacional a esas necesidades de protección de seres humanos, ya que en estuvo marcado por las negociaciones de los representantes de la mayoría de los Estados reconocidos por Naciones Unidas para lograr un acuerdo sobre un Estatuto para una Corte Penal Internacional.

Debemos resaltar asimismo, que en estos años se enfatiza una tendencia ascendente de los últimos años: La influencia, cada vez mayor, de las ONG de desarrollo mundial en la escena internacional y, si bien no se vislumbra en un futuro cercano que puedan adquirir personería jurídica internacional, si cuentan con personería *de hecho* que se traduce en los logros en materia de protección de víctimas, difusión y control de cumplimiento de los derechos humanos y, como en el caso de la CPI, se constituyen en efectivos negociadores que, si bien carecen de voto, logran que su voz se oiga e incluso, que se incorpore como derecho positivo en muchas de las normas de los Tratados.

El Derecho Penal Internacional, tal como lo concebimos actualmente, se identifica como una disciplina científica independiente en este período.

Pues hasta que no se constituyó el tercer, y luego el cuarto Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, no existía causa suficiente para construir una ciencia del Derecho Penal Internacional propiamente dicho; es decir, excluyendo la Cooperación Judicial Internacional en materia Penal y las normas represoras de los delitos transnacionales.

Mas todo cambia cuando la práctica de las normas internacionales y los Tribunales con efectos directos sobre las personas se hace más frecuente, la Responsabilidad Penal Individual en Derecho Internacional se eleva a la categoría de Norma general, la Asamblea General reflota su viejo sueño de un Código Penal Internacional y, finalmente, se desarrollan serias negociaciones para suscribir un Convenio con esas características y que además crearía un órgano jurisdiccional. Incluso, los tribunales mencionados crean jurisprudencia, aplicable por los demás tribunales internacionales como fuente secundaria de derecho e incluso, según las normas internas de cada Estado, se puede aplicar en sus tribunales internos.

Si bien el DPI se independiza en esta época, ello no implica que lo haga como un derecho evolucionado y perfecto (en la medida en que toda área de las ciencias jurídicas pueda serlo), sino que allí comienza su evolución hacia el perfeccionamiento.

La mayor carencia que evidencia es que, teniendo un amplio contenido de Derecho Penal, los procedimientos internacionales no han respetado el Principio de Legalidad ya que, no existiendo un Tribunal permanente, la creación este tipo de órgano así como la su reglamentación de funcionamiento (incluida la competencia material) se decidían *ad hoc* y *ex post facto*, para un caso concreto.

Ese hecho, más que al estado de formación en que se encontraba el Derecho Penal Internacional, se debe (tal como lo afirmáramos en el Capítulo II.1. de esta obra, cita 59) a que en esos casos se dio prioridad a la justicia efectiva por sobre la legalidad estricta, legitimándose así los Tribunales y sus Estatutos. Pero hay también otros fundamentos para dejar de lado el Principio de Legalidad en esas decisiones. Las garantías para los procesados en Derecho Penal surgen, consecuentemente con la idea de soberanía del pueblo, como una limitación al *jus puniendi* del Estado por parte de los ciudadanos, para que quienes ejecutan las leyes (especialmente las penales) no se excedan y apliquen penas injustificadas, arbitrarias o excesivas. Ello así, pues aunque la soberanía provenga del pueblo, el Poder en el Estado se ejerce en forma vertical, necesitando de controles efectivos para no volverse absoluto.

Al contrario de lo que ocurre en la esfera interna, históricamente, el poder de la Comunidad Internacional actual no proviene de una forma política absolutista; es decir, no nació como un poder absoluto, personificado y vertical para luego ir relativizándose y asumiendo una forma más horizontal. El poder jurídico de la Comunidad Internacional se ha originado como un poder horizontal y disperso, que surge de la suma de muchas voluntades y no de la voluntad de uno solo, que sólo adquiere una verticalidad relativa a través de las Organizaciones Internacionales.

Por estas razones, porque las limitaciones y controles al poder en la Comunidad Internacional surgen de su propia naturaleza, consideramos que el contenido del principio de Legalidad sea distinto y se convierta en Legitimidad en Derecho Penal Internacional, ya que ello no atenta contra los Derechos Humanos de los acusados ni implica un abuso de poder. En gran medida, ello se debe a que tanto las normas como los órganos de Derecho Internacional cuentan con las garantías y los balances de control suficientes para asegurar que nadie será condenado *injustamente* ni castigado en medida mayor de la que le corresponde, a pesar de que esa “*justa medida*” no haya estado expresada en una norma escrita con anterioridad al hecho.

Mas, aunque posterior a los hechos, la “*ley*” en sentido internacional se había dictado y los Tribunales debían actuar conforme a ella para no caer en la ilegitimidad¹⁷².

El tercer período se abre con la firma, el 18 de julio de 1998, del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, el primer órgano jurisdiccional internacional permanente que reconoce al individuo la personalidad procesal pasiva¹⁷³.

Este hecho significa la consolidación definitiva del Derecho Penal Internacional como rama autónoma, especialmente por contar con un cuerpo normativo completo, donde se unifican muchas normas dispersas, se positivizan las consuetudinarias y se crean nuevas normas para darle vida propia.

A partir del 1º de julio de 2002 y a pesar de lo mencionado respeto a Garantías en Derecho Internacional, no se podrán crear más órganos jurisdiccionales *ad hoc*, ya que el Estatuto prevé un sistema para la activación de su competencia por parte del

¹⁷² Alguna doctrina fundamenta las tipificaciones del Estatuto de Nüremberg en normas consuetudinarias. Pero nosotros rechazamos esa teoría pues, si bien los crímenes contra la paz se pueden basar en convenios anteriores contra la guerra, como el Pacto Briand-Kellog, y los crímenes de guerra en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y en los de Ginebra de 1929, los crímenes contra la humanidad no tenían precedente alguno en Derecho Internacional y no eran hechos ilícitos en el derecho interno alemán.

¹⁷³ Y no sólo pasivo, ya que las víctimas gozan de una muy limitada participación en el proceso, según los arts. 15.3; 19.3; 68.3; 75.3 y 82.4.

Consejo de Seguridad, incluso cuando ninguno de los Estados con nexos de conexión con una determinada *situación* hayan ratificado el Tratado. En otras palabras, se ha acogido el Principio *nullum crimen sine lege* aunque fuera innecesario; mas no se ha perfeccionado el Principio *nulla poena sine lege*, ya que hemos visto que el Tratado sólo enuncia en forma general que los Magistrados podrán imponer penas de privación de la libertad, de multa y decomisos, no determinándose el *quantum* de la pena para cada hecho ilícito.

Consideramos que con el andar de los años, será la jurisprudencia la que permita determinar un mínimo y un máximo de pena para cada hecho tipificado. Ello será seguramente difícil, pues cada *situación* o *caso* debe juzgarse según el lugar donde se cometa, su tradición cultural, su realidad político-social y un número de cuestiones más que sólo los jueces pueden apreciar. Sin embargo, sería muy injusto que, como ocurre en el presente con las sentencias de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, se impongan distintas penas para los mismos crímenes, ya que los valores jurídicos protegidos por cada tipo deberían tener el mismo valor en todo el mundo.

En definitiva, con el Estatuto de Roma, el Derecho Penal Internacional ha dado el paso más importante en su evolución, convirtiéndose en un Derecho *casi* completo.

3.- VALORES JURÍDICOS PROTEGIDOS

Si hay algo que no ha variado en la historia y la evolución del Derecho Penal Internacional, son los bienes jurídicos protegidos. Partiendo desde los Estatutos y los Tribunales de Nüremberg y de Tokio, lo que se intenta es reprimir hechos que atenten contra la vida, la integridad física, la dignidad, la supervivencia, la identidad de un determinado grupo de personas; en definitiva, los derechos humanos de mayor valor de ese grupo. En esta disciplina los bienes jurídicos protegidos son más complejos que en DP. Pues del análisis de los delitos de derecho internacional, hemos observado que en todos ellos el objeto es un grupo humano; ya sea el diferenciado por su raza, nacionalidad, religión o etnia en el genocidio; el grupo “enemigo” en los crímenes de guerra¹⁷⁴ o una población civil determinada, en los CLH¹⁷⁵. Lo mismo ocurre con los

¹⁷⁴ Sobre el concepto de “enemigo”, QUEL LOPEZ sostiene que: “Respecto a la determinación de la condición de personas protegidas, es sabido que los Convenios de Ginebra exigen como condición esencial para su aplicación que la víctima no sea nacional de la parte en el conflicto en cuyo poder se encuentre. La distinción necesaria entre víctimas y criminales a partir del diferente vínculo de nacionalidad constituye un requisito que se torna de difícil apreciación en aquellas situaciones en las

crímenes tipificados en Instrumentos de contenido específico: La tortura va dirigida hacia la población de un Estado, el apartheid hacia un grupo racial o étnico minoritario, etc.

La Humanidad se concibe actualmente como un mosaico formado por distintos cristales (*pueblos*) que viven en un delicado equilibrio, por lo que un daño o una merma grave uno de esos cristales significaría una gran pérdida para el conjunto.

Pero no cualquier violación a los derechos humanos más valiosos de un grupo de individuos constituye crimen internacional. En todos los instrumentos se inserta un *umbral de gravedad*, que a veces puede estar dado por la relación con un determinado conflicto, y que generalmente forma parte del elemento subjetivo del tipo.

que... el conflicto... tiene como causa y consecuencia el desmembramiento de un Estado, no es posible determinar con claridad la nacionalidad de los combatientes en el momento de la comisión del crimen". Luego, en un análisis del caso "Celebici" (TPIY, sentencia del 16/11/98) expresa que el tribunal, con el fin de determinar la aplicabilidad del art. 2 del Estatuto (referente a crímenes de guerra), "*no atiende a la nacionalidad de las víctimas y criminales, sino a los factores de diversidad entre ambos manifestados en la constatación de vínculos efectivos de los verdugos y las víctimas respecto de Estados diferentes... A juicio del Tribunal, es preciso reinterpretar los requisitos y condiciones de los Convenios de Ginebra al margen del paradigma que guió a sus redactores en 1949. La naturaleza y la forma de los modernos conflictos hacen inadmisibles el denegar la aplicación de las convenciones esenciales de derecho humanitario a un grupo de personas solamente basándose en su status de ciudadanía otorgado por el derecho interno*". QUEL LOPEZ, F. Javier: "LA COMPETENCIA MATERIAL DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES: CONSIDERACIONES SOBRE LOS CRÍMENES TIPIFICADOS", en: "Creación de una jurisdicción penal internacional", Ed. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción.

¹⁷⁵ Para BUENO ARUS, respecto a los delitos internacionales: "*en sentido sustancial, el bien jurídico protegido se suele identificar como la paz y la seguridad de la humanidad, el orden público internacional o el interés de la comunidad de naciones (evidentes conceptos jurídicos indeterminados)*", y también otros bienes como la vida, la libertad, la seguridad, etc. (BUENO ARUS, Francisco: "Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998". En: "Creación...", ed. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, pág. 117. GIL GIL distingue entre:

"- Delitos que vienen a proteger bienes jurídicos individuales como la vida humana, la salud individual, la libertad, etc., sin los cuales no es posible la existencia de ningún sistema social.

- Delitos que vienen a proteger bienes jurídicos que hacen referencia al funcionamiento del sistema, sin los cuales el sistema (internacional, en nuestro caso) puede existir pero no funciona, o lo hace defectuosamente. En estos últimos hay que distinguir:

Bienes jurídicos colectivos que hacen referencia a las condiciones indispensables para el desarrollo real y efectivo de los bienes individuales. Entre ellos se encontrarían... entre otros, la paz internacional, la existencia de determinados grupos humanos o el medio ambiente.

Bienes jurídicos institucionales que formalizan, según Bustos, procesos o vías en relación con otros bienes jurídicos, para que éstos puntual o constantemente, puedan tener realidad y efectividad. En este grupo se encuentra el bien jurídico existencia de los Estados, que adquiere una especial relevancia en el Derecho Penal Internacional, pues al ser los Estados los principales sujetos del Derecho Internacional, y al estar el orden internacional constituido por la comunidad de Estados, este bien jurídico, aun no siendo individual, y aun estando al servicio de los individuales, no puede excluirse de aquéllos referidos a las bases de existencia del sistema pues cuando del sistema internacional se trata, el mismo no puede concebirse, al menos hoy en día, sin la existencia de los Estados que lo integran. Por ello habremos de conceder a este bien jurídico un doble carácter.

4.- PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

Los principios propios del Derecho Penal Internacional son los que hemos visto a lo largo de esta investigación:

- Igualdad ante la ley: Implica que será improcedente para las personas juzgadas invocar el cargo o función que desempeñan o desempeñaban al momento de comisión de los hechos, ya sea en su defensa o como medio dilatorio del proceso penal, ya que este principio implica que todos somos iguales ante la ley penal internacional, que es autónoma frente a las normas estatales internas. Esta causal tampoco actuará como atenuante de la pena. Este principio rige únicamente para la rama Penal del Derecho Internacional, ya que en el resto de este ámbito jurídico tienen plena vigencia los privilegios que otorgan los cargos o funciones, ya sean internos o internacionales.
- Improcedencia de la obediencia debida: Este principio se refiere también a la improcedencia de invocar como defensa la existencia de una orden superior, ya sea verbal o escrita, incluyendo toda norma jurídica estatal. Sin embargo, la orden superior sí podrá actuar como atenuante, según el instrumento aplicable a cada caso.
- Responsabilidad del superior por omisión: Como regla general, el superior jerárquico, ya sea civil o militar, a cuyo cargo estaba el o los responsables de un crimen internacional tendrá podrá ser castigado por ese crimen si no hizo nada por impedirlo o por procesar a los responsables directos, con algunas excepciones según el caso. A diferencia de la responsabilidad civil objetiva, la responsabilidad penal del superior por omisión no se aplica a todos los casos sino sólo a aquellos en que el responsable dejó de actuar, pudiendo desvirtuarse por lo tanto mediante la prueba de esa actuación.
- La Responsabilidad Penal Individual: Este principio se aplica sólo a los instrumentos internacionales de contenido general, que crean un Tribunal internacional que aplicará y declarará en forma directa la responsabilidad a los individuos por sus hechos. En los instrumentos de contenido específico, si bien en el instrumento se declara la responsabilidad genérica de los autores de los hechos tipificados, la aplicación de esa responsabilidad está delegada en los Estados, que deberán tomar en consecuencia todas las medidas conducentes a tal

fin. De este modo, la responsabilidad internacional será efectivizada en el caso concreto por un órgano interno, pero no dejará de ser responsabilidad internacional si la sentencia está fundamentada en derecho internacional, o se da tal calificación al delito¹⁷⁶.

- Autonomía del Derecho Internacional: Implica que una persona podrá ser procesada y, en su caso, castigada como autora de un delito internacional aunque en el derecho estatal que sea aplicable al caso ese hecho no esté tipificado. Este principio no es absoluto, ya que: En primer lugar, sólo podrán aplicarlo los Tribunales Penales Internacionales; y, en su caso, sólo podrán hacerlo de acuerdo a sus propias normas de funcionamiento, es decir principalmente respetando las limitaciones a la competencia de ese tribunal. Este principio ha adquirido mayor importancia desde la firma del Estatuto de Roma, ya que deberá ser invocado en los casos en que, según el Art. 13.b), el Consejo de Seguridad remita una situación a la CPI, en la cual los Estados implicados no sean parte en el Estatuto.
- Cooperación estatal: Este principio, a diferencia de los anteriores, no proviene del Derecho Penal sino del Derecho Internacional. Hemos visto que, previamente a la independencia del Derecho Penal Internacional como ciencia, el sector Penal del Derecho Internacional consistía en las normas de cooperación penal, ya sea a nivel administrativo, judicial o policial. Esta característica de esta rama del Derecho se ha conservado, y hemos visto que en todos los instrumentos se insertan normas de cooperación internacional a los efectos de la investigación, recolección de pruebas, detención y juzgamiento de los sospechosos y para el cumplimiento de la pena.

5.- TIPOS PENALES Y RESPONSABILIDAD

Por último, para concluir con nuestra investigación, mencionaremos los tipos penales que se consideran internacionales, con referencia a las normas que los tipifican. Cabe recordar aquí, que cada instrumento tiene una vigencia cronológico-territorial distinta de los demás. Ello hace que, para determinar qué instrumento es aplicable a un caso determinado, se debe analizar cuál de ellos tiene vigencia en el territorio y el

¹⁷⁶ La calificación en la sentencia interna del delito como *internacional* es una de las circunstancias que podrá tener en cuenta la CPI al decidir si un caso habilita su jurisdicción o no (Art. 17).

tiempo implicados. Pues en Derecho Penal Internacional la aplicación del Derecho Consuetudinario tendría un interés meramente teórico, dado que sería antijurídico juzgar y condenar a una persona sólo con los fundamentos de este tipo de normas¹⁷⁷.

Los tipos penales internacionales por excelencia son los crímenes de lesa humanidad (Estatuto de Núremberg, Convención sobre Imprescriptibilidad¹⁷⁸, Estatutos de los TTPPII *ad hoc*, Proyecto de Código y Estatuto de Roma), el genocidio (Estatuto de Núremberg¹⁷⁹, Convención contra el Genocidio, Convención sobre Imprescriptibilidad¹⁸⁰, Estatutos de los TTPPII *ad hoc*, Proyecto de Código y Estatuto de Roma) y los crímenes de guerra (Estatuto de Núremberg, Convenciones de Ginebra de 1949, Convención sobre Imprescriptibilidad, Estatutos de los TTPPII *ad hoc* y Estatuto de Roma).

A nuestro entender el crimen de agresión no es un crimen internacional dado que no cuenta todavía con una tipificación a esta escala. El hecho de que se haya tipificado en una norma excepcional como lo fue el Estatuto de Núremberg (art. 6.a, “*Crímenes contra la paz*”), así como en un cuerpo de normas sin vigencia cual es el Proyecto de Código (art. 16), y se mencione en el Estatuto de Roma (art. 5 i.d) no es suficiente para darle la categoría de crimen internacional hasta tanto no haya una tipificación efectiva, que hasta ahora no se ha logrado a pesar de los esfuerzos de la doctrina y de la Comunidad Internacional. Distinto es el caso de la responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de un acto de agresión fundamentado en el derecho consuetudinario, lo que sería lícito, pero no lo sería invocar esa norma consuetudinaria para procesar a una persona.

En cuanto al delito de Torturas como práctica reiterada en un Estado, tipificado en el Convenio contra la Tortura, el mismo ha quedado subsumido en la categoría de Crímenes de Lesa Humanidad, aunque no siempre la CPI tendrá competencia para juzgar a los responsables de este tipo de delitos. Por su parte, el crimen de Apartheid si

¹⁷⁷ Los cuatro Tribunales *ad hoc* que han juzgado, o lo están haciendo, a personas responsables de crímenes internacionales (Núremberg, Tokio, la antigua Yugoslavia y Ruanda) no invocan como único fundamento para sus condenas las normas consuetudinarias, pues ello viciaría el fallo de nulidad absoluta. El fundamento debe recaer en primer lugar, en el Estatuto que los crea. A su vez, el fundamento primero de tal Estatuto es la *justicia efectiva*. Nada obsta a que, en ambos casos, se considere como uno de los fundamentos secundarios al derecho consuetudinario.

¹⁷⁸ Esta Convención, no tipifica crímenes sino que les otorga el carácter de imprescriptible.

¹⁷⁹ Si bien en este Estatuto no está discriminado el genocidio de los crímenes de lesa humanidad, si figuran los actos subyacentes como crímenes contra la humanidad.

¹⁸⁰ En esta Convención se incluye el crimen de Genocidio bajo el subtítulo de *Crímenes de lesa humanidad*.

ha quedado expresamente incluido en el art. 7 (Crímenes de lesa humanidad), inc. j) del Estatuto de Roma.

Una de las características principales de los crímenes internacionales es que deben ser cometidos por un grupo de personas (y, como también hemos mencionado, contra otro grupo de personas), que nosotros llamamos “*grupo activo*”. El hecho de que una persona, en forma aislada e individual, por motivos meramente personales cometa una de las conductas subyacentes de cualquiera de los tipos penales internacionales, excluye la existencia de un crimen internacional porque para que se presente éste es imprescindible que la parte activa sea plural, y que haya al menos un nexo de conexión entre los móviles que impulsan a las personas a cometer los hechos, porque tampoco estaríamos frente a un crimen internacional si varias personas cometen los hechos, pero sin tener conocimiento de que otras también lo están haciendo ni compartir sus móviles. Así, tenemos como ejemplos que en el Estatuto de Nüremberg, la parte activa de los crímenes tipificados eran las autoridades del partido Nacional Socialista (Nazi) en Alemania; en el Estatuto del TPIY, cualquiera de las etnias implicadas: Serbios, Bosnios, Croatas o Musulmanes; en el Estatuto del TPIR, los hutus contra los tutsies; en el resto de los instrumentos que contienen tipificaciones en general, el *grupo activo* se puede extraer de cada tipificación. A continuación veremos como ejemplo a las tres mayores categorías de crímenes internacionales.

El tipo penal de los crímenes de guerra, como el mismo nombre lo indica, requiere un conflicto armado con dos o más grupos enemistados, siendo cada uno de estos grupos (o varios individuos del grupo) el hipotético *grupo activo*. Aunque el autor de un crimen de guerra no sea militar y no esté actuando como tal contra el bando enemigo, se requiere el conocimiento de esa situación bélica, de la calidad de enemigo de la víctima e incluso, de la calidad de ésta de persona o bien protegido.

Para los Crímenes de Lesa Humanidad, el tipo requiere *un ataque generalizado y sistemático*. Si bien no se especifica que sea un grupo de personas, la generalidad y sistematicidad del ataque dan idea de plan o confabulación.

El crimen de genocidio no requiere acuerdo o plan por un grupo de personas (aunque tampoco lo excluye). Sin embargo, es muy difícil pensar en una persona aislada que quiera, por sí sola, “*destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso*” (Art. 2 de la Convención contra el Genocidio). A nuestro entender

será necesario que, como mínimo, se difunda públicamente la comisión de actos genocidas por una o más personas, en cuyo caso el conocimiento y el hecho de compartir las razones de esos actos genocidas actuarán como nexo entre todas las personas que, asumiendo la intención genocida, dirijan sus actos a la comisión de ese crimen¹⁸¹.

La extrema gravedad de estos crímenes, que es la razón para que la Comunidad Internacional se haya involucrado en su prevención y sanción, hace necesario que, para que estas funciones se cumplan con efectividad, la responsabilidad por la comisión de uno de los crímenes internacionales abarque a todas las personas de alguna forma relacionadas con el mismo. Debido a esa característica de hecho grupal que tienen los crímenes internacionales y a esta necesidad de que la responsabilidad sea amplia, los instrumentos de Derecho Penal Internacional contienen disposiciones que atribuyen responsabilidad, además del autor material, a los cómplices, instigadores, conspiradores, los organizadores de los hechos, a quienes se asocian para cometerlos y a quienes den órdenes en tal sentido. La Convención sobre Imprescriptibilidad, extiende sus previsiones incluso a *“los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración”* (art. 2 *in fine*).

El Estatuto de la CPI contiene la formulación más completa de la extensión de la responsabilidad penal individual, tal como lo hemos visto en el Capítulo V. Punto 3.2. de esta obra. En definitiva, si bien las categorías de crímenes internacionales son limitadas, por el contrario la extensión de la responsabilidad es sumamente amplia.

6.- CONCLUSIONES FINALES

El Derecho Penal Internacional tal como lo concebimos es decir, el conjunto de normas internacionales cuyo objeto es la sanción de los responsables de las violaciones graves a los bienes que la Comunidad Internacional considera de mayor valor, es una disciplina jurídica que todavía no ha completado su desarrollo.

¹⁸¹ No queremos afirmar aquí que una persona por sí sola y sin ayuda de nadie no pueda cometer un crimen internacional, tal como lo establece el Art. 25 inc. 3. a) del Estatuto de la CPI. Sólo queremos indicar que para que se dé este caso, el motivo que lleva a esa persona a cometer ese delito debe estar compartido con otras, aunque ellas no estén relacionadas entre sí en forma directa.

El Estatuto de Roma para la CPI ha significado un paso de gigante en su evolución, mas no significa que esa ciencia constituya ya un derecho completo, pues tiene dos carencias:

En primer lugar, carece de Jurisprudencia, fuente necesaria para completar toda la normativa de un determinado sector del Derecho, ya que el resto de las normas son de contenido genérico, y sólo la labor de los Magistrados puede interpretarlas para su adaptación a los casos concretos, sin lo cual el Derecho no puede cerrar su círculo.

De la primera carencia deriva la segunda, cual es la falta de determinación cuantitativa de las penas, lo que seguramente se logrará por medio de la reiteración de la jurisprudencia.

En cuanto al resto de materias, tal como hemos visto todo a lo largo de esta obra, el Derecho Penal Internacional ha completado su etapa de formación, aunque -al igual que cualquier otra rama del Derecho- no finalizará nunca de evolucionar.

BIBLIOGRAFIA

AGO, R: "Positive Law and International Law", American Journal of International Law, vol. 51, 1957.

AGUIRRE, Mariano: "Guerra contra Serbia, represión en Kosovo". En línea, en: www.fuhem.es. Centro de Investigaciones para la Paz, 31 de marzo de 1999.

AGUIRREZABAL QUIJERA, Irune: "El Tribunal Penal Internacional: Un desafío a la impunidad". TIEMPO DE PAZ, Nº 52-53, Verano 1999, pp. 207-217.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín: "La complementariedad de la CPI y de los tribunales nacionales: ¿Tiempos de ingeniería jurisdiccional?" En CARILLO SALCEDO, J.A: "La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional". Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

ALIA PLANA, Miguel: "El Tribunal Especial para Sierra Leona". En línea, en: www.derechomilitar.info.

AMBOS, Kai: "Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung. Duncker und Hombolt, Berlin, 2002.

AMBOS, Kai: "Elementos del crimen así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. En "La nueva justicia penal supranacional" (KAI, Ambos, coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 49-64.

AMBOS, Kai: "La responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional", en "La nueva justicia penal supranacional" (KAI, Ambos, coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 159-227.

AMBOS, Kai y GUERRERO, O.J: "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW: "A History of International Law". Proceedings - 82nd, 1988 : 25-40.

AMNISTIA INTERNACIONAL: "Corte Penal Internacional: La concesión de inmunidad a miembros de las fuerzas de mantenimiento de la paz, retroceso para la justicia internacional". ICR 51/007/2002/S. En Amnistía, Nº 56, agosto de 2002, pág. 27.

ANNAN, Kofi A: "Carta del Secretario General de Naciones Unidas a Colin Powell sobre la Corte Penal Internacional. 03/07/2002.

BARBOZA, Julio: "La Justicia Penal Internacional". En prensa, en: La Nación, Buenos Aires, 29 de diciembre de 1999.

BASSIOUNI, M. Cherif: "Introduction au droit pénal international". Ed. Bruylant. Bruxelles, 2002.

BELTRAN MONTOLIU, Ana; GOMEZ COLOMER, Juan Luis: "La Corte Penal Internacional. (Un estudio interdisciplinar)". Ed. Lex Nova, Madrid, 2003.

BELTRAN MONTOLIU, Ana: "Los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda". Ed. Lex Nova, Madrid, 2003.

BORY, Françoise: "Génesis y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario". En línea, en: www.icrc.com/spa/dih

BOURGON, Stéphane: "Judgements, decisions and other relevant materials issued by international courts and other international bodies on human rights". Journal of International Criminal Justice, 1, 1. Oxford University Press, 2003.

BOYLE, David: "Y a-t-il Génocide a Kósovo?" Revue Actualité et Droit International, Juin 1999. En línea, en: www.ridi.org/adi.

BROWNLIE, V.I: "Principles of Public International Law", 4a ed., Clarendon Press, Oxford, 1990.

BUENO ARUS, Francisco: "Manual de Derecho Penal Internacional". Ed. Lex Nova, Madrid, 2003.

BUENO ARUS, Francisco: "Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998". En QUEL LOPEZ, F.J. (Ed.): "Creación de una Jurisdicción Penal Internacional". Colección Escuela Diplomática, N° 4. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, BOE, Madrid, 2000. Pp. 117-132.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: "La Corte Penal Internacional". Colección Estudios Penales, N° 4. Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (coord.): "La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional". Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: "Soberanía del Estado y Derecho Internacional". 2ª Edición. Ed. Tecnos, Madrid, 1976.

CASSESE, Antonio: "International Criminal Law". Oxford University Press, New York, 2003.

COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL – Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas: "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad" Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (06/05 a 26/07/1996). 51º período de sesiones. Suplemento N° 10 (A/51/10).

COMISION PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: “Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes”. Naciones Unidas, Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, PCNICC/2000/1/Add.2. Nueva York, 30/06/2000.

COMISION PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: “Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional sobre los siguientes Proyectos: Proyecto de acuerdo de relación entre la Corte y las Naciones Unidas; proyecto de reglamento y reglamentación financiera detallada; Proyecto de acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte; y el Proyecto de reglamento de la Asamblea de los Estados Parte”. Naciones Unidas, Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, PCNICC/2001/1, Nueva York, 08/01/2002.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: “Establecimiento de una Corte Penal Internacional”. Declaración de Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 19/10/2000.

CONDE-PUMPIDO, Cándido: “El Tribunal Penal Internacional y la aplicación efectiva de la justicia universal”. Conferencia pronunciada el 19/06/2002 en la Universidad Nacional Menéndez Pelayo en Santander, en el marco del Encuentro celebrado en dicha Universidad con el título: “Justicia Universal y Tribunal Penal Internacional”. Santander, 19-21 de junio de 2002.

CONSEJO DE EUROPA: “Conclusiones de la Segunda Reunión de Consulta sobre las consecuencias para el Consejo de Europa de la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. Estrasburgo (Francia), 13-14 de septiembre de 2001. El documento está publicado por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, PCNICC/2002/INF/1, Nueva York, 12/02/2002.

CONSEJO DE EUROPA: “Declaración sobre la Corte Penal Internacional, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa”, 10/10/2001. El Documento está publicado por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, PCNICC/2002/INF/1, Nueva York, 12/02/2002.

CONSEJO DE LA UNION EUROPEA: “Posición común del Consejo de 11 de junio de 2001 relativa a la Corte Penal Internacional” 2001/443/PESC. En Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 12/06/2001.

COWLES: “Universality of Jurisdiction over War Crimes”, 33 California Law Review (1945), pp. 177-185.

CHALK, Frank and JONASSOHN, Kurt: “The history and sociology of genocide : analyses and case studies”. Yale University Press, Published in cooperation with the Montreal Institute for Genocide Studies. New Haven (Conn.), 1990.

DE BERTODANO, Sylvia: “Current developments in internationalized courts”. Journal of International Criminal Justice, 1, 1. Oxford University Press, 2003.

DE MIGUEL, Íñigo: “¿Hacia el fin del Estado-Nación?”. En “Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho”, Nº 5. Universitat de Valencia, 2002. En línea en: www.uv.es.CEFD

DELMAS-MARTY, Mireille: “The contribution of comparative law to a pluralist conception of international criminal law”. Journal of International Criminal Justice 1, 1. Oxford University Press, 2003

DEOP, Xabier: “La Corte Penal Internacional: Un nuevo instrumento internacional contra la impunidad”. En Revista CIDOB d’afers internacionals, Nº 51-52, diciembre 2000 – enero 2001.

DONOVAN, Colleen R: “The history and possible future of international criminal law” Brooklyn journal of international law. - 13(1) 1987 : 83-109.

DÖRMANN, Knut: “Crímenes de Guerra en los ‘Elementos de los Crímenes’”. En “La nueva justicia penal supranacional” (KAI, Ambos, coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Pp. 105-157.

DWORKIN, Ronald: “The Judge’s new role: Should personal convictions count?” Journal of International Criminal Justice 1, 1. Oxford University Press, 2003.

ESCOBAR HERNANDEZ, Concepción (Ed.): “Creación de una jurisdicción penal internacional”. Colección Escuela Diplomática (B.O.E.). Tomo Nº 4. Madrid, 2000.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: “Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas”. En QUEL LOPEZ, F.J. (Ed.): “Creación de una jurisdicción penal internacional”. Colección Escuela Diplomática, Nº 4. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. BOE, Madrid, 2000. Pp. 31-44.

ESCUELA JUDICIAL (V.V.A.A.): “El derecho penal internacional”. Cuadernos de Derecho Judicial VII - 2001. Director: Bacigalupo Zapater, Enrique. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

FEDERATION INTERNACIONAL DES LIGUES DES DROITS DE L’HOMME: “La Corte Penal Internacional”. En línea en: www.fidh.org

FEDERATION INTERNACIONAL DES LIGUES DES DROITS DE L’HOMME: “La première enquête de la Cour pénale internationale portera sur la situation en République démocratique du Congo: Un espoir immense pour les victimes d’un conflit aux dimensions regionales”. En línea en: www.fidh.org

FERNÁNDEZ, Fernando: “Introducción a los principios y garantías en la investigación y el procedimiento para juzgar los crímenes previstos en el estatuto de roma de la corte penal internacional.implementación en venezuela”. Universidad Católica Andrés Bello. VI Jornadas de Derecho Procesal Penal (Caracas, mayo 27 al 29 de 2003)

FERNÁNDEZ TOMAS, Antonio: “Derecho Internacional Público. Casos y materiales”. 5ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

FRAIDENRAIJ, Susana; MENDEZ SILVA, Ricardo (comp.): “Elementos de Derecho Internacional Humanitario”. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.

GALAND, Renaud y DELOS, François: “El artículo 31, párrafo 1, apartado c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿cuestionamiento de los logros del derecho internacional humanitario?”; Revista Internacional de la Cruz Roja N° 842, junio de 2001, pp 533 – 538.

GARCES, Joan: “Crimen de Estado y Humanidad”. En “Tiempo de Paz”, N° 49. Madrid, 1998. Pp. 85-89.

GARCES, Joan: “Discurso de Estocolmo”. Discurso de recepción de Premio de la Fundación sueca “Right Livelihood Foundation” 1999, ceremonia de entrega, sede del Parlamento de Suecia, Estocolmo, 09/12/1999. En VV.AA: “Impunidad y derecho a la memoria: De Pinochet a Timor”. Ediciones Sequitur, Madrid, 2000. Pp. 141-145.

GARCES LLOREDA, María Teresa e IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto: “La corte Penal Internacional. Estatuto de Roma. Algunas reflexiones sobre su ratificación”. En Revista Española de Derecho Militar. N° 78, Ministerio de Defensa, Madrid, julio-diciembre de 2001. Pp. 129-141.

GARCIA PASCUAL, Cristina: “Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen”. En “Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho”, N° 2. Universitat de Valencia, 1999. En línea en: www.uv.es/CEFD

GARCIA RAMÍREZ, Sergio: “Cuestiones constitucionales a propósito de la Corte Penal Internacional”. En línea en: Biblioteca Jurídica Virtual: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 6.

GARRAWAY, Charles: “Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada”; Revista Internacional de la Cruz Roja N° 836, diciembre de 1999; pp.785-793.

GARTNER, Irene: “Las reglas de procedimiento y prueba en materia de cooperación y ejecución”. En “La nueva justicia penal supranacional” (KAI, Ambos, coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Pp. 373-399.

GARZON, Baltasar: “Entrevista realizada al Magistrado D. Baltasar Garzón sobre la Corte Penal Internacional. La entrevista fue realizada al Sr. Magistrado de la Audiencia Nacional, D. Baltasar Garzón, en su calidad de Director del Curso: “Genocidios y crímenes de lesa humanidad: La paz como única opción”. Curso de Verano de la Universidad Complutense de Madrid, San Lorenzo de El Escorial, 08-12 de julio de 2002. El Texto íntegro de la entrevista ha sido publicado en la Revista: “Los cursos de

verano día a día”. Ed. Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid, El Escorial, 12/07/2002, pp. 4-5.

GAVRON, Jessica: “Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the international criminal court”. En “International & Comparative Law Quarterly”, The British Institute of International and Comparative Law, Oxford University Press, Vol. 51, enero de 2002. Pp. 91-117.

GIL GIL, Alicia: “Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio”. Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

GIL GIL, Alicia: “La actuación de la Organización de las Naciones Unidas en materia de crímenes contra la humanidad y genocidio”, en “XII Seminario Duque de Ahumada, Crímenes contra la humanidad y genocidio”. Ministerio del Interior, BOE 2001, pp. 59-63.

GIL GIL, Alicia: “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los ‘Elementos de los crímenes’”. En “La nueva justicia penal supranacional” (KAI, Ambos, coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Pp. 65-104.

GLASIUS, Marlies: “La Corte Penal Internacional: una sociedad civil global”. Papeles de Cuestiones Internacionales, N° 84 (Invierno 2003-2004). Centro de Investigaciones para la Paz, Madrid.

GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso: “Responsabilidad internacional por daños transfronterizos”, 1ª Reimp. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.

GOMEZ ROBLEDO, Antonio: “El *ius cogens* Internacional. Estudio histórico-crítico”. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

GOMEZ ROBLEDO, Antonio: “Fundadores del Derecho Internacional (Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio)”. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.

GRADITZKY, Thomas: “La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional”; Revista Internacional de la Cruz Roja N° 145, marzo de 1998, pp. 31-61; también en línea en: www.icrc.com/spa/dih.

GREPPI, Edoardo: “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional”; Revista Internacional de la Cruz Roja N° 835, 30 septiembre 1999; pp.531 – 554.

HENHAM, Ralph: “The philosophical foundations of international sentencing”. Journal of International Criminal Justice, 1, 1. Oxford University Press, 2003.

HENZELIN, Marc y ROTH, Robert (Publ.): “Le droit penal à l’épreuve de l’internationalisation”. Ed. Georg, Ginebra, 2002.

HUESA VINAIXA, Rosario: “Incrimación universal y tipificación convencional (La paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho Internacional Penal)”. En: QUEL LOPEZ, F.J. (Ed.): “Creación de una justicia penal internacional”. Colección Escuela Diplomática, Nº 4. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, BOE, Madrid, 2000. Pp. 107-116.

HYDE, Henry y osts: “Letter from U.S. Rep. Henry J. Hyde, U.S. Sen. Zell Miller, U.S. Rep. Tom Delay, U.S. Sen. Jesse Helms, and U.S. Rep. Bob Stump to Secretary of State Colin Powell. 11/04/2002.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW: “The resolution of the Institute of International Law on the immunities of heads of state and government”. En International & Comparative Law Quarterly, The British Institute of International and Comparative Law, Oxford University Press, Vol. 51, Enero de 2002. Pp. 119-125.

KARAYAN, Mónica: “La cooperación con una corte penal internacional permanente”. En “La nueva justicia penal supranacional” (KAI, Ambos, coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Pp. 343-371.

KAUL, Hans-Peter y KRESS, Claus: “Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Principios y compromisos”. En “La nueva justicia penal supranacional” (KAI, Ambos, coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Pp. 297-341.

KLEFFNER, Jann K: “The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law”. Journal of International Criminal Justice 1, 1. Oxford University Press, 2003.

KOLB, Robert: “Origen de la pareja terminológica *ius ad bellum / ius in bello*”. Revista Internacional de la Cruz Roja No 143, pp. 589-598.

LABRADA RUBIO, Valle: “La seguridad jurídica y el orden internacional”. En “Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho”, Nº 2. Universitat de Valencia, 1999. En línea, en: www.uv.es/CEFD

LIROLA DELGADO, Isabel: “La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”. En QUEL LOPEZ, F.J. (Ed.): “Creación de una jurisdicción penal internacional”. Colección Escuela Diplomática, Nº 4. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, BOE, Madrid, 2000. Pp. 45-62.

LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTINEZ, Magdalena: “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Desarrollos previos a la entrada en vigor”. En Revista Española de Derecho Internacional, 2001, 1 y 2, Vol. LIII. Asociación Española

de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. BOE, Madrid, 2002. Pp. 692-697.

LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTINEZ, Magdalena: "La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad". Ed. Ariel. Barcelona, 2001.

LOPES DA MOTA, José: "La imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la humanidad en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional". En VV.AA: "Impunidad y derecho a la memoria: De Pinochet a Timor". Ediciones Sequitur, Madrid, 2000. Pp. 9-12.

MANTOVANI, Ferrando: "The general principles of international criminal law: The viewpoint of a national criminal lawyer". Journal of International Criminal Justice 1, 1. Oxford University Press, 2003.

MARQUEZ CARRASCO, María del Carmen: "Alcance la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: Jurisdicción universal o nexos jurisdiccionales aplicables". En: CARRILLO SALCEDO, J.A: "La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional". Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MARTIN MARTINEZ, Magdalena: "La política exterior y de seguridad común en la Europa de Niza: paradigma de la tensión permanente entre soberanía del estado e integración". Revista del Poder Judicial, Nº 60, Pág. 77-106. Madrid, 2000.

MENDEZ SILVA, Ricardo: "La Corte Penal Internacional". En Boletín Mexicano de Derecho Comparado (versión digital en Internet), Nº 98, mayo-agosto de 2000.

MENDEZ SILVA, Ricardo y LOPEZ ORTIZ, Liliana: "Derechos de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados." (Tomos I y II). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003.

MENDOZA PALOMINO, Álvaro: "La Corte Penal Internacional y la impunidad". Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá (Colombia), 2001. En línea en: www.derechomilitar.info 2000-2002)

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: "Introducción al Derecho Internacional Público". Séptima edición. Ed. Atlas, Madrid, 1979.

MORATIEL VILLA, Sergio: "Filosofía del derecho internacional: Suárez, Grocio y epígonos". Revista Internacional de la Cruz Roja No 143, pp. 575-588.

MUNDIS, Daryl A: "Current developments at the *ad hoc* international criminal tribunals". Journal of International Criminal Justice 1, 1. Oxford University Press, 2003

NACIONES UNIDAS: "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". Acta final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el

Establecimiento de una Corte Penal Internacional. Doc. A/CONF.183/10. Roma, 17/07/1998.

NACIONES UNIDAS (Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional): “Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes”. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2. Nueva York, 02/11/2000.

NAHLIK, Stanislaw: “Compendio de Derecho Internacional Humanitario”, Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, No 64, julio-agosto de 1984

NOGUEIRA, Teresa: “El caso Pinochet: La necesidad de un Tribunal Penal Internacional”. En VV.AA: “Impunidad y Derecho a la memoria”. Ediciones Sequitur, Madrid, 2000. Pp 45-48.

ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza: “Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las jurisdicciones nacionales”. En QUEL LOPEZ, F.J. (Ed.): “Creación de una jurisdicción penal internacional”. Colección Escuela Diplomática, N° 4. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. BOE, Madrid, 2000. Pp. 237-264.

PACE, William y THIEROFF, Mark: “Una perspectiva desde las ONGs”. En línea, en www.iccnw.org/espanol/articulos

PASTOR RIDRUEJO, José A: “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”. Octava edición. Tecnos, Madrid, 2002.

PAZ BARNICA, Eduardo: “Lecciones de Derecho Internacional Público”. Ediciones Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1984.

PEREZ LUÑO, A.E.: “Delimitación conceptual de los Derechos Humanos” en: “Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema”. Ediciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.

PFANNER, Toni: “Institución de un tribunal penal internacional permanente - Expectativas del CICR con respecto a la Conferencia Diplomática de Roma”. Revista Internacional de la Cruz Roja No 145, marzo de 1998, pp. 23-30.

PICTET, Jean: “Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario”; en línea, en: www.icrc.org/icrespa.nsf .

PIGNATELLI MECA, Fernando: “La Corte Penal Internacional”. En Derecho Internacional Humanitario. Ed. Cruz Roja Española, 2002. Tema 21, pp. 531-560.

PIGRAU SOLE, Antoni: “Hacia un sistema de justicia internacional penal: Cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. En QUEL LOPEZ, F.J. (Ed.): “Creación de una jurisdicción penal internacional”, op. Cit., pp. 63-74.

POLITI, Mauro y NESI, Giuseppe (ed.): "The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity". Ashgate Publishing Limited, Burlington, 2002.

QUEL LOPEZ, F.J.: "La competencia material de los tribunales penales internacionales: Consideraciones sobre los crímenes tipificados". En QUEL LOPEZ, F.J. (Ed.): "Creación de una jurisdicción penal internacional". Colección Escuela Diplomática, Nº 4. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. BOE, Madrid, 2000. Pp. 79-104.

QUEZADA, Alejandra: "El mecanismo de activación de competencia de la Corte Penal Internacional". En Diplomacia, Nº 93. Santiago de Chile, julio-septiembre de 2002. Pp. 91-110.

REIDY, Aisling: "El enfoque de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos sobre el derecho internacional humanitario". Revista Internacional de la Cruz Roja No 147, septiembre de 1998, pp. 555-571.

REMIRO BROTONS, Antonio: "Derecho Internacional Público. 1. Principios fundamentales". Ed. Tecnos, Madrid, 1982.

REMIRO BROTONS, Antonio: "La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal". En QUEL LOPEZ, F.J. (Ed.): "Creación de una jurisdicción penal internacional". Colección Escuela Diplomática, Nº 4. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. BOE, Madrid, 2000. Pp. 193-235.

REMIRO BROTONS, Antonio: ¿Nuevo orden o Derecho Internacional? Revista Claves de Razón Práctica, nº 132. Madrid, mayo 2003, pp.4-14

ROBERGE, Marie-Claude: "El nuevo Tribunal Penal Internacional. Evaluación preliminar"; Revista Internacional de la Cruz Roja Nº 148, diciembre de 1998, pp. 723-737.

RODRIGUEZ CARRION, Alejandro: "Lecciones de Derecho Internacional Público". Ed. Tecnos. Madrid, 2002.

RODRIGUEZ CARRION, Alejandro: "El Derecho Internacional en el umbral del S. XXI" (Lección de apertura del curso académico 1999-2000). Universidad de Málaga, Málaga, 1999.

RODRIGUEZ DEVESA, José María: "Derecho Penal Español. Parte General". Segunda edición, Madrid, 1971

RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: "Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional". En QUEL LOPEZ, F.J. (Ed.): "Creación de una jurisdicción penal internacional". Colección Escuela Diplomática, Nº 4. Asociación

Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. BOE, Madrid, 2000. Pp. 133-162.

ROUSSEAU, Charles: "Droit International Public". 7ème Edition. Ed. Dalloz, Paris, 1973.

RUEDA FERNANDEZ, Casilda: "Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y represión internacional". Bosch, Barcelona, 2001.

SAFFERLING, Christoph: "Towards an international criminal procedure". Oxford University Press, Oxford, 2001.

SALMON GARATE, Elisabeth, GARCIA SAAVEDRA, Giovanna: "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". En línea, en www.iccnw.org/espanol/articulos

SANCHEZ LEGIDO, Angel: "Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

SCHABAS, William A: "Introduction to the International Criminal Court". Ed. Lex Nova, Madrid, 2003.

SCHABAS, William A: "National courts finally begin to prosecute genocide, the 'Crime of crimes'". Journal of International Criminal Justice 1, 1. Oxford University Press, 2003.

SOLERA, Oscar: "Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional"; Revista Internacional de la Cruz Roja N° 845, marzo de 2002.

SWINARSKI, Christophe: "Introducción al Derecho Internacional Humanitario"; en línea, en: www.icrc.org/icrcspa.nsf.

TEITELBAUM, Alejandro: "La nueva Corte Penal Internacional". En ALAI, América Latina en Movimiento. 11/04/2002.

TICEHURST, Rupert: "La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados". Revista Internacional de la Cruz Roja No 140, pp. 131-141.

TRIFFERER, Otto: "Domésticos de ratificación e implementación". En "La nueva justicia penal supranacional" (KAI, Ambos, coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Pp. 13-47.

TRUYOL Y SERRA, Antonio: "Fundamentos de Derecho Internacional Público". 2ª Edición. F. SEIX, EDIT. Barcelona, 1955.

TRUYOL Y SERRA, Antonio: “Premises philosophiques et historiques du *totus orbis* de Vitoria”. En Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria, Vol. II.

UNITED NATIONS: “Report of the preparatory committee on the establishment of an international criminal court (United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court). A/CONF.183/2/Add.1. 14/04/1998.

UNITED NATIONS: Meeting of key conference committee show continuing differences on important provisions of international criminal court statute”. Press release, L/ROM/16. 13/07/1998.

VV.AA: “Historia de los Derechos Fundamentales”. Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

ZAPPALÀ, Salvatore: “The reaction of the US to the entry into force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 agreements”. Journal of International Criminal Justice 1, 1. Oxford University Press, 2003

YÁNEZ-BARNUEVO, Juan Antonio: “La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Balance y Perspectivas. En QUEL LOPEZ, F.J. (Ed.): “Creación de una jurisdicción penal internacional”. Colección Escuela Diplomática, N° 4. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. BOE, Madrid, 2000. Pp. 17-28.

YÁNEZ-BARNUEVO, Juan Antonio (coord.): “La justicia penal internacional: Una perspectiva iberoamericana”. Casa de América, Madrid, 2001.

YÁNEZ-BARNUEVO, Juan Antonio: “Hacia un tribunal de la Humanidad: La Corte Penal Internacional”. En Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, Vol. V. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Pp. 805-830.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura; MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina y DIEGO DIAZ-SANTOS, Ma. Rosario (Coord.): “El derecho penal ante la globalización”. De. COLEX, Madrid, 2002.

INDICE DE DIRECCIONES ELECTRÓNICAS

CON INFORMACIÓN SOBRE EL TEMA

- www.amnistiainternacional.org: Sitio de Amnistía Internacional en español, con noticias sobre la actualidad en Derechos Humanos, en castellano. Contiene links a los sitios de la organización en distintos países de habla hispana.
- www.bibliojuridica.org : Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde se puede acceder en forma gratuita a las obras de las distintas ramas del Derecho editadas por la Universidad. En castellano.
- www.constitution.org/gro/djbp.htm : En esta página se encuentra una traducción de la obra de Grocio “*De jure belli ac pacis*” al inglés.
- www.derechomilitar.info/artidoc.htm: Sitio con artículos doctrinales sobre Derecho Internacional Humanitario, Derecho de la Guerra, Derecho Militar, Tribunales Penales Internacionales, etc. En castellano.
- www.derechos.org/nizkor/: Sitio sobre Derechos Humanos, especialmente en América Latina. En castellano. En la subpágina: www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/ se encuentra amplia información sobre el caso Pinochet.
- [//europa.eu.int/index_es.htm](http://europa.eu.int/index_es.htm) : Sitio oficial de la Unión Europea en castellano.
- www.fidh.org: Fédération Internationale des Ligues des Droits de l’Homme: Sitio sobre Derechos Humanos, con notas de prensa y artículos en francés, inglés, español y árabe.
- www.hrw.org/spanish/ : Página en castellano de la Organización por los Derechos Humanos Human Rights Watch.
- www.icc-cpi.int: Sitio oficial de la Corte Penal Internacional, con toda la información sobre la misma, sus actividades y órganos. En inglés y francés.
- www.iccnw.org/espanol/ : Página en castellano de la Coalición de ONGs por la Corte Penal Internacional, . En la sub página www.iccnw.org/espanol/articulos se encuentran artículos sobre la Corte Penal Internacional y temas relacionados.
- www.icrc.org : Página web del Comité Internacional de la Cruz Roja. Contiene una gran cantidad de material sobre Derecho Internacional Humanitario. En inglés, francés, portugués, castellano y otros idiomas.
- www.icttr.org: Sitio oficial del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En inglés y francés.

- www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/nuremberg.htm : Página de la Universidad de Missouri-Kansas, con información sobre los juicios de Nüremberg. En inglés.
- www.oas.org : Sitio oficial de la Organización de los Estados Americanos, en inglés, castellano, francés y portugués.
- www.pbs.org/eichmann/intro.htm : Página con información sobre el Juicio a Adolf Eichmann. En inglés.
- www.ridi.org/adi: Réseau Internet por le Droit International (Sitio de Internet para el Derecho Internacional), contiene una sección sobre Actualidad y Derecho Internacional y otra sobre Derechos Humanos, con numerosos artículos sobre estos temas (en francés).
- www.un.org: Página Oficial de las Naciones Unidas, con completa información sobre este organismo y sus actividades, incluyendo Tratados Internacionales patrocinados por esta organización y por la anterior Sociedad de las Naciones. En sus idiomas oficiales.
- www.un.org/icty: Sitio Oficial del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. En inglés.
- www.uv.es/CEFD: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, editados por la Universidad de Valencia. En castellano.
- www.yale.edu/lawweb/avalon/imt: Página del Proyecto Avalon, de la Universidad de Yale (EE.UU.) Contiene una completa colección de documentos internacionales jurídicos, históricos y diplomáticos (Tratados Bilaterales, Multilaterales, documentación específica estadounidense, los Juicios de Nüremberg, etc). En inglés.

INDICE DE TRATADOS Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CITADOS EN EL TEXTO

- Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos:** Establece los derechos humanos y de los pueblos en el ámbito africano (Nairobi [Kenia], 27 de octubre de 1981). Págs. 41; 102.
- Carta de las Naciones Unidas:** Tratado creador de este organismo (San Francisco [EE.UU.], 25 de abril de 1945). Págs. 18; 85; 96; 142.
- Convención Americana de los Derechos Humanos (Convención de Costa Rica):** Establece los derechos fundamentales para el ámbito americano (San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969). Págs. 41; 102.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes:** A.G., 1984, Págs. 46; y se desarrolla a partir de pág. 81.
- Convención contra todas las formas de Discriminación contra la Mujer:** A.G., 1979. Pág. 46.
- Convención contra todas las formas de Discriminación Racial:** A.G., 1966. Pág. 46.
- Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales:** Establece los derechos fundamentales para el ámbito europeo (Roma, 4 de noviembre de 1950). Págs. 41; 102.
- Convenciones de Ginebra de 1949:** Codifican el Derecho Internacional Humanitario. Págs. 36; 45; 54; 59; 81; 85; 88; 102; 111; 114; 136; 144; y se desarrollan a partir de pág. 71.
- Convención para la prevención y castigo del crimen de Apartheid:** A.G., 30 de noviembre de 1973. Pág. 60.
- Convención para la prevención y el castigo del Delito de Genocidio:** A.G., 8 de diciembre de 1948. Pág. 45; 85; 110; y se desarrolla a partir de pág. 68.
- Convenio sobre la Imprescriptibilidad de los Delitos de Guerra y de Lesa Humanidad:** A.G., 1968. Pág. 46; y se desarrolla a partir de pág. 79.
- Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado:** A. G., Resolución 49/59, de 1994. Pág. 112.
- Convención sobre los Derechos del Niño:** A.G., 1989. Págs. 46; 129.
- Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña (Ginebra, 1864).** Págs. 14; 43; 37; 58.
- Convenio de Tokio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves:** 14 de septiembre de 1963. Pág. 59.

Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves: 16 de diciembre de 1970. Pág. 60.

Convenio de Montreal para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil: 23 de septiembre de 1973. Pág. 60.

Convenios de La Haya de 1899: Comprenden: Convenio para la reglamentación de las leyes y costumbres de la guerra terrestre y Convenio para la reglamentación pacífica de los conflictos internacionales (La Haya, 1899) Págs. 36; 14; 58.

Convenios de La Haya de 1907: De contenido similar a los anteriores (La Haya, 1907). Págs. 36; 58; 74; 99; 114.

Declaración de Moscú: 30 de octubre de 1943. Pág. 67.

Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra: 11 de diciembre de 1868. Pág. 58.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre: Res. N° 127 A (iii) de la A.G., 10 de diciembre de 1948. Págs. 39; 41; 44; 81.

Elementos de los crímenes: Texto adoptado por la Asamblea de los Estados Parte de la CPI el 9 de septiembre de 2002, durante su 1ª sesión en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002 (Documentos Oficiales ICC-ASP/1/3). Págs. 122; 129; 134; 136.

Estatuto del Tribunal de Nüremberg: Forma parte de los Tratados de Londres. Págs. 43; 59; 86; 95; 100; 102; 110; y se desarrolla a partir de pág. 60.

Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: Resolución N° 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993: Dicta el Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Págs. 47; 102; 104; 110; 115; y se desarrolla a partir de pág. 85.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente: Proclama Especial del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas, 1946. Pág. 66.

Pacto Briand-Kellog: Intentaba eliminar el recurso a la guerra por parte de los Estados. Paris, 27 de agosto de 1928. Pág. 17.

Pacto de la Sociedad de las Naciones: Está incluido en los Tratados de Versalles. Pág. 16.

Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos: Firmado en consecuencia y como concreción y reglamentación de la Declaración Universal de Derechos del Hombre. A.G., 16 de diciembre de 1966. Págs. 39; 44; 81; 102; 104; 116.

Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Firmado en consecuencia y como concreción y reglamentación de la Declaración Universal de Derechos del Hombre. A.G., 16 de diciembre de 1966. Págs. 39; 44.

- Principios de Núremberg:** Principios Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, redactados y comentados por la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la O.N.U. (1950). Págs. 95; 118; y se desarrollan a partir de pág. 75.
- Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra de 1949:** Completan y amplían las Convenciones mencionadas (Ginebra, 1977). Págs. 36; 45; 59; 71; 90; 102; 99.
- Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad:** Aprobado por la Asamblea General en 1996. Págs. 45; 83; 91; 133; y se desarrolla a partir de pág. 95.
- Reglas de Procedimiento y Prueba:** Texto adoptado por la Asamblea de los Estados Parte de la CPI, el 9 de septiembre de 2002 durante su 1ª sesión en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002 (Documentos oficiales: ICC-ASP1/3). Págs. 122; 129.
- Resolución 96 (I) de la Asamblea General de la ONU:** Declara el genocidio como delito de Derecho Internacional. A.G., 1946. Págs. 68; 109.
- Resolución N° 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU:** “*Declaración de concesión de independencia a los países y pueblos coloniales*” (1960). Pág. 20.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA):** Crea un bloque de integración económica entre Canadá, Estados Unidos y México. (México, Ottawa y Washington, diciembre de 1992). Pág. 21.
- Tratados de Londres:** Ponen fin a la segunda guerra mundial, e incluyen el Estatuto del Tribunal de Núremberg (Londres, 1945). Págs. 18; 43; 45; 51; 67; 143.
- Tratado de Paz de Versalles:** Suscripto entre las potencias Aliadas, vencedoras de la Primera Guerra Mundial, y las potencias vencidas, para sellar la paz, en Francia, 1919. Pág. 16; 43; 50; 51; 58.
- Tratado de Roma de 1998 (Estatuto de Roma):** Por él se crea la Corte Penal Internacional, y contiene su Estatuto (Roma, 18 de abril de 1998). Págs. 40; 49; 56; 105; 107; 143; y se desarrolla a partir de pág. 119.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa:** Constitución de la Unión Europea (Roma, 29 de octubre de 2004). Págs. 21; 31.

INDICE GENERAL DE LA OBRA

ABREVIATURAS	2
INTRODUCCION	4
PARTE I. ANTECEDENTES, FUENTES Y CONCEPTO DEL DERECHO	
PENAL INTERNACIONAL.....	6
CAPITULO I. RAICES HISTORICAS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	6
1. Derecho Internacional	6
1.1. Breve reseña histórica del Derecho Internacional.....	6
1.1.1. Nacimiento del Derecho Internacional como disciplina científica autónoma.....	6
1.1.2. Los cambios políticos que introdujo la Paz de Westfalia	11
1.1.3. El Derecho Internacional en el Siglo XIX	12
1.1.4. El Derecho Internacional en el Siglo XX.....	15
1.2. Configuración actual del Derecho Internacional.....	21
1.3. Conceptos de Derecho Internacional	23
2. Derecho Penal	26
2.1. Caracterización y concepto de Derecho Penal	27
2.2. Principios Generales de Derecho Penal	30
3. Otras fuentes	36
3.1. Derecho Internacional Humanitario.....	36
3.2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos	38
CAPITULO II. ANTECEDENTES Y NACIMIENTO DEL DERECHO PENAL	
INTERNACIONAL	42
1. Historia del Derecho Penal Internacional	42
2. La Responsabilidad Penal Individual en Derecho Internacional	49
3. Concepto de Derecho Penal Internacional	55
PARTE II. INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL CON	
CONTENIDO PENAL.....	58
CAPITULO III. LOS INSTRUMENTOS CON CONTENIDO ESPECIFICO	58
1. Antecedentes	58

2. Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Juzgamiento de los Mayores Criminales de Guerra del Eje Europeo.....	60
3. Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.....	67
4. Ley N° 10 del Consejo de Control de las Potencias Aliadas para Alemania	67
5. Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio	68
6. Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (Derecho de la Guerra).....	71
7. Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nüremberg, redactados y comentados por la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la ONU	75
8. Convención sobre la Imprescribibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.....	79
9. Convenio contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes	81
10. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Procesamiento de las Personas Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la Ex Yugoslavia desde 1991 y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Genocidio y otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de Ruanda	86
CAPITULO IV. INSTRUMENTOS GENERALES I: PROYECTO DE CODIGO DE CRIMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD	
1. Generalidades.....	95
2. Principio de Responsabilidad Penal Individual y derivados.....	97
2.1. Principio de Responsabilidad Penal Individual en Derecho Internacional	97
2.2. Autoría y participación penales.....	98
2.3. Tratamiento de las órdenes superiores y de la Igualdad ante la Ley Penal.....	100
3. Garantías y derechos procesales de los acusados.....	101
3.1. Generalidades.....	102
3.2. <i>Non bis in idem</i>	103
3.3. La irretroactividad de la norma penal internacional	106
4. Cuestiones relativas a la jurisdicción y a la cooperación internacional.....	106
5. Tipificación de delitos internacionales.....	108

6. Penas, circunstancias atenuantes y circunstancias eximentes	115
7. La cuestión de la autonomía del Derecho Penal Internacional	117
8. La cuestión de la imprescriptibilidad de los delitos internacionales.....	118
CAPITULO V. INSTRUMENTOS GENERALES II: ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	119
1. Generalidades	119
2. Instrumentos complementarios y Derecho aplicable	122
3. Principio de Responsabilidad Penal Individual en Derecho Internacional	123
3.1. El principio.....	123
3.2. Autoría y Participación criminales.....	123
3.3. Subprincipios	124
4. Derechos y Garantías de los acusados.	126
4.1. <i>Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege</i>	127
4.2. Irretroactividad de la Ley Penal	128
4.3. Minoría de edad	129
4.4. <i>Non bis in idem</i>	130
4.5. Otras garantías personales.....	130
4.6. Supresión del beneficio de la Prescripción	133
5. Competencia material de la Corte: Tipificación de crímenes y atribución de penas	133
5.1. De los crímenes.....	133
5.2. De las penas y las circunstancias atenuantes y eximentes de la responsabilidad.....	136
6. Condiciones para la admisibilidad de los casos y competencia complementaria de la Corte.....	137
7. El tratamiento de la cooperación internacional y la asistencia judicial en el Estatuto	139
CAPITULO VI. CONCLUSIONES	141
1. La evolución histórica del Derecho Penal Internacional.....	141
2. Períodos en la evolución del Derecho Penal Internacional.....	143
3. Valores jurídicos protegidos	148
4. Principios del Derecho Penal Internacional	150
5. Tipos penales y responsabilidad.....	152
6. Conclusiones finales	155

BIBLIOGRAFIA	156
INDICE DE DIRECCIONES ELECTRONICAS	168
INDICE DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....	170
INDICE GENERAL DE LA OBRA	173