

CAPÍTULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA, TEORÍAS Y DOCTRINA DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y EL MÉTODO DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES DE LAS NACIONES UNIDAS

I. SINOPSIS HISTÓRICA DEL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL: DESDE SUS ORÍGENES HASTA LOS PRIMEROS VEINTICINCO AÑOS DEL ESTATUTO DE ROMA

Diversos aspectos del DIP he planteado en distintas publicaciones especializadas, nacionales y extranjeras, y particularmente en el devenir del *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, desde su primer volumen en 2001, cuando presenté el artículo intitulado “El derecho internacional penal y la justicia penal internacional en el tercer milenio”, y en el volumen III en 2003, con el enunciado “El derecho internacional penal y la jurisdicción universal en el caso Slobodan Milosevic”.³² Más recientemente, publiqué en el volumen XXI en 2021, el artículo denominado “Derecho internacional penal o derecho penal internacional: una discusión ociosa, a la luz de los principios establecidos en el Estatuto de Roma”.³³ También presenté en la *Revista Penal México* la investigación de fondo “Génesis y problemas conceptuales del derecho internacional penal: una propuesta interdisciplinaria”. De ahí hasta la fecha, continúa siendo una temática de gran dinamismo, amplio debate teórico y doctrinal e inusitado interés en la práctica jurídico-política de los Estados y de los organismos jurisdiccionales internacionales de mayor renombre, que se remonta a la constitución de los tribunales criminales para la ex-Yugoslavia y Ruanda por el Consejo de Seguridad de la ONU, sin olvidar los tribunales

³² Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos, “El derecho internacional penal y la jurisdicción universal en el caso Slobodan Milosevic”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, México, 2003, pp. 389-418.

³³ Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos, “Derecho internacional penal o derecho penal internacional: una discusión ociosa, a la luz de los principios establecidos en el Estatuto de Roma”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XXI, México, 2021, pp. 365-401.

de Sierra Leona, Liberia y Líbano, y que cobra renovado impulso a partir de la ratificación del Estatuto de Roma (ER), que crea a la CPI en julio de 2002, con un notorio relanzamiento de las discusiones en estos momentos cuando se cumplen veinticinco años de su instauración.

La actualidad y relevancia del DIP radica en el hecho fundamental de que la sociedad globalizada requiere la existencia de un nuevo orden jurídico mundial, que necesariamente descansa en una concepción humanista y normativa del poder y del sistema de relaciones internacionales, y se exprese dentro de los verdaderos valores y alcances de la justicia universal, en el marco del derecho internacional existente hasta ahora, pero con un considerable incremento de instrumentos y normas nuevas, con un razonamiento y adecuación de las estructuras tradicionales, y con una ampliación sustantiva del contenido de justicia, equidad y ética. Bajo este razonamiento, el DIP penal constituye un campo en renovación del derecho internacional general, que responde a una de las demandas más persistentes de la sociedad contemporánea para lograr un marco normativo internacional que dé sentido a la juridificación y judicialización de las relaciones internacionales.³⁴

El DIP es muy antiguo; sin embargo, es en el derecho romano donde la penalidad se implementa en su sentido estricto, cuando el imperio sugiere un amplio esquema de sentencias a los delincuentes, tanto ciudadanos como extranjeros, concebidos éstos dentro del ámbito de aplicación del *jus gentium* o derecho de gentes. Pero será hasta fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX cuando se concretarán los primeros esfuerzos para atribuirle a este campo del derecho internacional especificidad, concepto, contenido propio y un nombre definido. En realidad, la disciplina habría de permanecer varios años más en el terreno del idealismo, con pocas ideas concentradas en los hechos, hasta que sus ejes principales de estudio son formalizados en el último tercio del siglo XX y principios del XXI.

En los últimos cuarenta años ya se habla con mayor propiedad, claridad y fundamento de la existencia plena del DIP como resultado de un doble proceso: la internacionalización del derecho penal, por un lado, y la penalización o criminalización del derecho internacional, por el otro. Hoy se le concibe como una rama fundamental del derecho internacional público, que paulatinamente ha ido evolucionando hasta llegar a su institucionali-

³⁴ Muller, Uhlenbrock; Klaus Theodor y Becerra, Ramírez, Manuel, *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, UNAM, IJ-FES Acatlán, 2010. Véase también: Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “La construcción del Estado de derecho nacional e internacional a partir del desarrollo democrático y la reforma del Estado”, en Becerra y González (coords.), *Estado de derecho internacional*, México, UNAM, IJ, 2012.

zación, haciendo posible su formulación precisa y sistematización, ya que cuenta con precedente, práctica amplia y doctrina, que son requisitos básicos para su codificación. Por ésta y otras razones, en el presente epígrafe planteo algunas reflexiones sustantivas en torno al origen, evolución y conceptualización del DIP. Al mismo tiempo, con el propósito de esclarecer el debate doctrinal que se ha presentado sobre la denominación y el contenido que esta disciplina comparte con otra, denominada derecho penal internacional (DPI), recuperaré las ideas centrales de los principales autores a este respecto, con miras a ponderarlas y arribar a una serie de precisiones terminológicas y conceptuales como paso previo a lo que he denominado una propuesta interdisciplinaria de relaciones internacionales en materia criminal.

Esta postura teórica, que someto abiertamente a la discusión académica y profesional, concibe al DIP y al DPI como dos disciplinas comunes, por cuanto que se originan en el derecho internacional mismo, pero distintas por su naturaleza, fuentes, formas de creación, fines y objeto, aunque finalmente son convergentes y complementarias, lo cual se explica naturalmente, porque al ser el derecho internacional una unidad epistemológica, es válido y explicable que ambas ramas compartan áreas comunes que se superponen, se complementan o se entrelazan; pero sin que por ello deban confundirse. Así, el DPI cae ontológicamente en el dominio del derecho internacional público, mientras que el DPI lo hace en el del derecho internacional privado.

La idea de ley penal y orden punitivo ha acompañado a la humanidad desde sus orígenes, pues es una reacción innata del *zoon politikon* el proteger sus bienes y desarrollo y el castigar a quienes violan las reglas y el contrato social establecido. En la época antigua se tienen las primeras referencias al DPI dentro de la civilización egipcia, según lo muestran un tratado de extradición firmado en 1280 a. C.,³⁵ y el Tratado de Paz de Qadesh, el más antiguo que se conserva, con visible contenido penal y reglas de intercambio de prisioneros e infractores, celebrado un poco antes en 1259 a. C. entre el rey de los hititas, Hatussili III, y el faraón de Egipto Ramsés II.³⁶ Por su parte, el derecho romano contenía un amplio esquema de penas y castigos para el delincuente, el criminal y el culpable de atentar —sedición— contra el Imperio. Posteriormente, durante el absolutismo renacentista —según lo

³⁵ Bassiouni, M. Ch., *International Extradition and World Public Order*, Madrid, Fontamara, 1994, p. 34.

³⁶ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El estudio interactivo de los tratados internacionales en México. Problemática, negociación y aplicación en la práctica internacional*, Mexico, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2017, pp. 83 y 84.

reporta el maestro A. Quintano Ripollés— el jurista y politólogo Von Bar acuñó el término “derecho penal internacional”, lo cual convalidan otros autores, al sostener que en el siglo XVI se amplían las comunicaciones y se diversifican las relaciones internacionales, donde, al mismo tiempo, se afianzan los conceptos de cooperación y coerción internacional.³⁷

Otro grupo de estudiosos expresa que los primeros bosquejos claros del DIP surgieron a finales del siglo XIX y principios del XX. Aunque según lo asienta el jurista argentino Guillermo J. Fierro, parece que el pionero en utilizar “académicamente” esta denominación fue Jeremías Bentham en sus *Principales*, editado en 1820, quien se pronuncia a favor de su admisión en los tratados generales del derecho de gentes de la época.³⁸ Se pueden encontrar referencias a cuestiones criminales en el derecho internacional a lo largo de toda su historia, pero en su mayoría no habían sido sistematizadas, y es difícil hablar de una verdadera rama penal del derecho internacional antes de 1950. Si se incluye al derecho humanitario como parte del DIP, entonces se podrían tomar como los primeros inicios las conferencias de La Haya de 1899 y 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra, como uno de los primeros intentos de codificación, pero lejos aun de ser una rama en toda la extensión del término. A continuación, haré un poco de historia para acceder a una visión más comprensiva del tema.

Desde fines del siglo XIX, diversas instituciones y asociaciones de eminentes juristas se ocuparon en la difusión del derecho penal en el orden internacional. En 1889, por ejemplo, se fundó la Unión Internacional de Derecho Penal por los penalistas Van Hamel, profesor de la Universidad de Ámsterdam; Adolphe Prins, profesor de la Universidad de Bruselas, y Von Liszt, profesor de la Universidad de Berlín, con el objetivo de desarrollar el DIP. La Unión se disolvió por la Primera Guerra Mundial, pero el propio conflicto reforzó los ideales ahí establecidos. Así, Quintiliano Saldaña y Henry Denedieu de Vabres propusieron la creación de la Asociación Internacional de Derecho Penal, la cual reclutó a diversas personalidades políticas y autoridades judiciales de primer nivel. Desde sus inicios se encaminó a la elaboración de un derecho penal común y de un DIP que coadyuvara a la solidaridad internacional y a la paz universal. Conforme al espíritu de los fundadores, la Asociación debía representar “el deseo unánime de todos los Estados animados por sentimientos pacíficos, de unir

³⁷ Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, CSIC, Instituto “Francisco de Vitoria”, España, 1957, t. II, p. 117. Este autor es el primero en tratar de esclarecer los términos “derecho internacional” y “derecho penal internacional”.

³⁸ Fierro, Guillermo, J., *La ley penal y el derecho internacional*, Depalma, 1977, p. 5.

sus esfuerzos para defender a la humanidad de una criminalidad cada vez más ostensible”. En 1929, tomó la decisión de proceder a la elaboración de un “estatuto penal internacional”, y encargó su estudio a una comisión de cinco miembros que se reunió en diferentes ocasiones entre 1929 y 1935.³⁹

Por su parte, la célebre Unión Interparlamentaria, fundada legalmente en 1889 por dos parlamentarios pacifistas, el británico Randal Cremer y el francés Frédéric Passy, que serían galardonados con el premio Nobel, hizo importantes contribuciones en la materia. Pasó de ser una asociación de parlamentarios, a constituirse en la primera organización mundial de parlamentos nacionales y en un foro permanente de negociaciones políticas multilaterales para el afianzamiento de la paz, el derecho internacional y las democracias representativas. Como parte de su quehacer, destaca la Conferencia Interparlamentaria de Washington de 1925, donde se formuló un Código represivo de las naciones. A su vez, en 1927, la Conferencia Interparlamentaria reunida en París precisó que dicho proyecto “...deberá considerar a la guerra como un crimen contra el derecho internacional, con excepción hecha del derecho a la legítima defensa”. Las conclusiones relativas a este código fueron adoptadas en la reunión posterior en Londres en 1930. Cabe mencionar que, paralelamente y con especial relevancia, se desarrollaron los trabajos de otra institución, la Asociación de Derecho Internacional (International Law Association), en el campo del DIP.

En este grupo de iniciativas destaca particularmente la figura de un penalista, profesor de la Universidad de Bucarest y diputado, Vespasien V. Pella, partidario entusiasta para determinar la formación de una nueva disciplina de DIP y su principal artesano. Él da cuerpo a sus proposiciones en una obra mayor, *La criminalidad colectiva de los Estados y el derecho penal del devenir*, publicada en 1925, amén de otras contribuciones. Como miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal, relator de la Comisión Jurídica de la Unión Interparlamentaria y consultor de la Asociación de Derecho Internacional, coordina el proyecto conjunto de un código represivo mundial, publicado en 1935 por la Asociación Internacional de Derecho Penal. Ahí se plantea que la idea fundamental y la base del derecho penal está en la protección o la defensa del orden social propio de toda agrupación humana. En este sentido, como lo remarca Marcel Sibert, es natural pensar en otorgarle un lugar a la represión penal dentro de las relaciones internacionales. La infracción internacional se puede definir *grosso modo* como “...un

³⁹ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “El derecho internacional penal y la justicia penal en el tercer milenio”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, México, UNAM, IIJ, 2001, pp. 343-348.

hecho contrario al derecho internacional y, además, notoriamente lesivo a los intereses protegidos por el derecho que establece dentro de los esfuerzos entre Estados una regla con carácter criminal, la cual exige, o justifica, que se le reprima penalmente”.⁴⁰

Según opinan algunos doctrinarios modernos, la comunidad de Estados parece no estimar pertinente desprenderse de todas las infracciones al orden internacional, sino que, poco a poco, en un cierto número de conductas incriminadas, la aplicación de sanciones penales procederá casi exclusivamente del orden interno. Aunque no estoy del todo de acuerdo con esta aseveración, principalmente por la indiferencia y la falta de voluntad punitiva que muestra el Estado moderno respecto de la represión de estos crímenes, debe considerarse que la mayoría de los tribunales penales internacionales que funcionan desde los noventa hasta la fecha lo hacen con base en el principio de *complementariedad* de las jurisdicciones penales internas. Evidentemente, esta situación no soslaya la tendencia histórica a la consolidación del DIP y del DPI, como se constatará más adelante.

Respecto a la penalización del recurso a la guerra y de las conductas bélicas, el título de la obra de Grocio, *De jure belli ac pacis*, de gran influencia en el siglo XVII, establece que las relaciones de fuerza entre príncipes son consideradas como normales y prevalecientes sobre las relaciones pacíficas. Por su parte G. Scelle y Néanmoins señalan que si la “competencia de guerra” es reconocida por el Estado como una condición de la vida colectiva, la idea de que la guerra ha de responder a una causa justa debe prevalecer dentro de las concepciones más afianzadas de las civilizaciones contemporáneas. Dentro del pensamiento occidental, el principio filosófico de la legitimidad de la guerra fue introducido por los escritos de Aristóteles, Cicerón, san Agustín y santo Tomás de Aquino. San Agustín, por ejemplo, consideraba que era justa la guerra que tenía por objeto la punición de una injusticia. Para santo Tomás de Aquino, la guerra es una empresa, no para la venganza o el egoísmo, sino por el amor a la paz, la represión de los perversos y la obtención de la libertad. La doctrina de la “guerra justa”, la limitación de la competencia de guerra a una causa justa va a devenir en dos consecuencias: por un lado, esta doctrina permite sustraer la guerra del imperio de la fuerza, por el sometimiento al derecho, es decir, el acto de recurrir a la fuerza es “legalizado”; y por el otro, se le asigna una doble función: a) la limitación a la defensa de un derecho de relaciones de fuerza entre potencias, que conduce a distinguir entre guerra lícita y abuso de la fuerza, y b) la presentación de la guerra como

⁴⁰ Glasser, S., *Introduction à l'étude du droit international penal*, Paris, Dalloz, 1989, p. 11.

un medio de lucha contra la impunidad, pero que no debe ser admisible, por violentar el derecho de gentes.

A partir de la Paz de Westfalia (1648), los acuerdos interestatales fueron emplazados a contener disposiciones normativas en contra de las guerras contrarias a los valores establecidos por la sociedad internacional de la época. Empero, la formulación de tales disposiciones no tendrá relevancia sino a partir del siglo XIX. El medio de reducir el uso de la fuerza será reforzado, indirectamente, por la extensión de procedimientos de reglamentación pacífica de conflictos internacionales con las convenciones de La Haya de 1899 y de 1907, y con el Tratado de Versalles, que condena las guerras de agresión. El movimiento sucesivo propenderá a reafirmar el sistema de seguridad establecido por el Pacto de la Sociedad de Naciones. De esta manera, el proyecto de Tratado de asistencia mutua elaborado bajo los auspicios de la SDN en 1923, el proyecto Robert Cecil-Requin, dispone en su artículo primero que “la guerra de agresión constituye un crimen internacional”, y conmina a las partes a no ejercerla. La importancia de este proyecto resulta de una nueva percepción de la seguridad. No está diseñado solamente en función de Alemania, sino como una cuestión de orden universal; más que como un problema puramente político, un asunto de carácter jurídico-penal.⁴¹ El Protocolo de Ginebra de 1924 de la SDN sobre la reglamentación para la solución pacífica de las controversias internacionales (que no entró en vigor), denuncia la guerra de agresión como una violación de la solidaridad internacional y un crimen internacional. Otra etapa importante la representa al Pacto Briand-Kellog de 1928, en cuyo artículo primero se condena y se proscribe la guerra de agresión.⁴²

Habría que recordar otras iniciativas que muestran la voluntad de señalar la guerra de agresión como un crimen dentro del derecho positivo, como la resolución del 18 de febrero de 1928 de la VI Conferencia Panamericana de La Habana, adoptada por veintitún repúblicas del continente, donde se califica la guerra de agresión como un crimen internacional. Asimismo, en los códigos penales de diferentes Estados se sigue esta misma línea; por ejemplo, en el de Polonia de 1932, en cuyo numeral 113 se prescribe a la guerra de agresión como crimen contra el derecho internacional y violación

⁴¹ Szurek, Sandra, “Historique. La formation du droit international pénal”, en Ascencio, Hervé, Decaux *et al.*, *Droit international pénal*, Paris, CEDIN Paris-X Nanterre, A. Pedone, 2000, p. 13.

⁴² Esta disposición representa un ejemplo nodal de una norma de DIP que protege el orden público y el interés general, con la consecuencia de que esa violación será ya considerada como un crimen internacional, lo cual será confirmado por la Asociación de Derecho Internacional en su sesión de Budapest de 1934.

grave al derecho de gentes, que reclama la aplicación de la represión punitiva universal. En víspera de la Segunda Guerra Mundial, un movimiento general afirmó la postura de tener al agresor como “el enemigo de la colectividad global del derecho internacional”, por lo que el enemigo será asumido penalmente como sinónimo de “delincuente o criminal”.⁴³

En cuanto a la penalización de las conductas bélicas, éstas constituyen un segundo campo dentro de los esfuerzos por sustituir el imperio de la fuerza por el derecho, con el desarrollo del derecho de guerra como vertiente del derecho internacional público. Como lo remarcó Spinoza, toda actividad supone una “moral”, al igual que la actividad de los delincuentes; en este sentido, la guerra se distingue de la violencia pura o de la barbarie, en que aquélla debe obedecer, más que a un motivo considerado como legítimo, a una serie de reglas. En las primeras civilizaciones se observa la presencia de reglas relativas al comportamiento de los combatientes. En Occidente, la cuestión fue abordada por santo Tomás de Aquino dentro de la *Summa Theológica* (1260), y fue desarrollada después por pensadores como Vitoria, Ayala, Suárez, Gentili y Grocio, que ponen los fundamentos de las doctrinas de la reglamentación de los conflictos armados. Grocio creyó necesario denunciar a quienes, cobijados por la guerra, se creyeron autorizados a violar “todo derecho humano y divino, que están por encima de cualquier tipo de comisión de crímenes”.

Por su parte, Vattel sostiene que el castigo del culpable debe hacerse más en función de la punición de su crimen que por la propia situación de la guerra en la que éste se dio.⁴⁴ La doctrina también recoge la aportación de la Iglesia católica, que en diferentes concilios emitió reglas aplicables a la conducta de la guerra; sin embargo, el debilitamiento de la autoridad eclesiástica condujo posteriormente a la completa inobservancia de sus dictámenes. Estas ideas continúan desarrollándose en los siglos XVI y XVII, discutiendo largamente sobre el fundamento de una reciprocidad bien comprendida por cuanto que en la guerra hay ya necesidad e interés de protegerse mutuamente contra el abuso de la fuerza, y habilitando jurídicamente la convicción de que la acción de los beligerantes debe contenerse dentro de ciertos límites.⁴⁵ De la misma manera, se va imponiendo la idea de que los crímenes de derecho común cometidos durante la guerra, como pillaje

⁴³ Scelle, Georges, “Quelques réflexions sur l’abolition de la compétence de guerre”, *Revue générale de droit international public*, núm. 1, enero-marzo 1954, p. 18.

⁴⁴ Vattel, *Le droit des gens*, vol. III, cap. VIII, núm. 141. Este criterio es de enorme importancia, y cobrará actualidad al analizar los procesos y sentencias dictadas por la CPI.

⁴⁵ Murguía, Rosete, José Antonio, cap. 6, “Aprendizaje del derecho de guerra (*ius belli*) en el análisis clásico del régimen internacional de neutralidad”, en Velázquez Elizarrarás, Juan

jes, destrucción de bienes, asesinatos, robos, violaciones, torturas y acciones degradantes, no pueden beneficiarse de la excusa de la guerra, y deben ser reprimidos.

Para ese entonces, un derecho de guerra o leyes y costumbres de guerra ya se estaban formando, y progresivamente se habían ido incorporando en los reglamentos militares de los Estados. Por ejemplo, en 1621, Gustavo Adolfo de Suecia promulgó sus “Artículos que los militares deben observar en tiempos de guerra”. En Estados Unidos, los primeros artículos sobre la guerra fueron promulgados en 1775, con disposiciones específicas sobre la sanción de oficiales que no proveyeran el respeto y “buen orden” de las tropas. Sin embargo, con la aparición de las armas masivas y el cambio de tradiciones militares, tales reglas se revelaron claramente insuficientes. La necesidad de reglas más precisas y detalladas se responde con el Código de Francis Lieber, cuya marca original consiste en considerar la penalización de crímenes de guerra como violaciones graves de las reglas aplicables en los conflictos armados internacionales.⁴⁶ Aunque textos como este eran de carácter nacional, fueron adaptados por otros países en sus relaciones beligerantes, amén de que constituyen un esfuerzo de la doctrina y de los gobiernos para proveer de normas más precisas en materia de criminalización de la guerra y de naturaleza convencional.

Por otra parte, existe consenso para atribuir al *Manual de Oxford*, adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en ocasión de su sesión de Oxford de 1884, la contribución doctrinal más importante del siglo XIX. En su artículo 84, el instrumento consigna que “las violaciones de las leyes de guerra son materia de castigos específicos dentro de la ley penal”.⁴⁷ Dentro de la segunda mitad del siglo XIX, destacan notoriamente Henry Dunant y el Comité Internacional de la Cruz Roja, cuya obra convencional logra avances sustanciales sobre la reglamentación de la guerra y los conflictos armados y la afirmación de un derecho internacional humanitario dentro del cuadro de acuerdos internacionales. Desde 1875, cuando fue nominado y establecido, el Comité se constituyó como un órgano especial y distinto de las sociedades nacionales y de sus comités, neutral, libre de toda sujeción a las autoridades estatales, lo que le ha conferido una autoridad moral y práctica relevante. Su reconocimiento oficial y su verdadera difusión general

Carlos, *Enseñanza analítica del derecho internacional en ciencias políticas y sociales*, México, UNAM, FCPS, 2016, pp. 209 y ss.

⁴⁶ Este código fue promulgado por el gobierno estadounidense en ocasión de la guerra de secesión en 1861-1865, por la Ordenanza 100 del presidente Lincoln el 24 de abril de 1863, bajo el título de “Instrucciones para las fuerzas armadas de los Estados Unidos en campaña”.

⁴⁷ *Anuario del Instituto de Derecho Internacional*, vol. I, 1875-1883, p. 727.

tuvo lugar en 1895, cuando el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Cambridge, le encomienda los trabajos sobre infracciones a la Convención de Ginebra de 1864. De ahí a la fecha, se le considera universalmente como el organismo tutelar del derecho internacional humanitario (DIH).

No obstante, el desarrollo de reglas relativas al derecho de guerra, a fines del siglo XIX e inicios del XX, no estaba acompañado de una determinación internacional de las sanciones penales aplicables. La represión se dejaba aún a la discreción de las leyes nacionales, es decir, los Estados tenían completa libertad para castigar o no los actos cometidos por sus tropas contra el enemigo o los realizados por las tropas enemigas. En efecto, las convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 no contienen ninguna disposición relativa, a excepción del artículo 1o. de la Cuarta Convención de La Haya de 1907 (leyes y costumbres de guerra terrestre) y el artículo 3o., que prevén que la parte beligerante que violara las disposiciones del anexo estaría obligada a indemnizar. Varios autores, como Louis Renault, han tratado de explicar el silencio de ambas convenciones, pero sin convencer plenamente a nadie, pues parece pasarse por alto la contribución de la Convención de Ginebra de 1864 sobre el caso.

Es importante recordar que en ese foro, el penalista Gustave Moynier había propuesto la elaboración de una ley-tipo o de una ley penal internacional con una cierta uniformización de sanciones penales aplicables a las infracciones a las leyes de guerra. Empero, la Convención de Ginebra del 22 de agosto de 1864 no contenía más que una disposición, muy estrecha y atrasada, para reprimir una infracción. El artículo 10 preveía la punición, por las leyes militares, por la comisión de actos de espionaje. Otra disposición en el cuadro del artículo 28 de la Convención de Ginebra de 1906 establece que los gobiernos signatarios se comprometen a reprimir, en tiempos de guerra, los actos individuales de pillaje y de malos tratos a los enfermos y heridos de las fuerzas armadas y a castigar el uso abusivo de la bandera y el emblema de la Cruz Roja. Después de la Conferencia de Bruselas de 1874 sobre las leyes y costumbres de guerra terrestre reunida a iniciativa de Rusia, el general Arnaudeau sugirió la necesidad de lograr la concordancia entre los modos de represión prescritos por los códigos militares y la aplicación de un principio de proporcionalidad entre las penas asignadas para las violaciones al derecho internacional y a la “ley penal internacional”.⁴⁸ Para 1949, en ocasión de la realización de las cuatro con-

⁴⁸ La Rosa, Anne-Marie, *Dictionnaire de droit international pénal. Termes choisis*, París, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1998, pp. 36 y ss.

convenciones de Ginebra, es cuando se aborda la cuestión del castigo de los criminales de guerra y se establece un cuerpo de sanciones penales unificadas.

Por su parte, una fuente más reciente de DIP que se ubica la víspera de la Segunda Guerra Mundial está constituida por los “crímenes de derecho de gentes”, entendidos como las conductas atribuidas a los particulares que atentan contra los Estados o constituyen una “ofensa” a la moral internacional. Tales conductas las constituyen la piratería, la trata de blancas (que devendrá en la trata de mujeres), la trata de infantes, la falsificación de moneda, el tráfico de personas, entre otras. Penalizadas en un principio únicamente por las leyes nacionales convergentes que consideraban estos actos como penalizables, es decir, delitos de viable aplicación de sanciones penales, más adelante, tales comportamientos constituyeron el objeto de convenciones internacionales realizadas bajo la cobertura de la Sociedad de Naciones. Así, dichos crímenes comenzaron a transitar al orden internacional a partir de su ubicación en el terreno de las legislaciones penales nacionales convergentes relativas a la incriminación y a la represión de ciertas conductas consideradas como contrarias a la moral universal. Las reglas internacionales desarrolladas en este campo traducen la idea de solidaridad de los Estados ante infracciones particularmente peligrosas, no sólo por los intereses de un país determinado, sino por los intereses de la comunidad de Estados o en nombre de la humanidad como un todo. En otros términos, se podría hablar de *delicta iuris gentium* o delitos contra del derecho internacional.

Al llegar a este punto, conviene señalar que los principios tanto del derecho penal como de la subjetividad y de la individualización de la pena hacen del individuo el sujeto de la infracción. De esta manera, a la inversa de la regla que prevalece en el derecho internacional público, la tendencia predominante —mas no la única— en el DIP es el hecho de que individuo es el solo sujeto de una conducta criminal internacional, con la exclusión del Estado. Al respecto, considero parcialmente errónea y estrecha esta aseveración que plantea la doctrina actual en la materia, pues no sólo asume como un hecho invariable y unívoco la existencia de ese enorme vacío que se abre a la impunidad del Estado en tanto que infractor del orden internacional penal, sino que deja en la misma situación de indefinición penal las actuaciones de otros sujetos del derecho internacional público, como lo son los organismos internacionales, los beligerantes e insurrectos, los llamados “entes en pos del Estado”, los movimientos de liberación nacional y aun las sociedades mercantiles internacionales, por mencionar sólo los principales. Además de que se mantiene latente la posibilidad de que la paralización y

la aplicación defectuosa del derecho se asienten en la práctica cotidiana de los Estados y en las relaciones jurídicas internacionales.

Haciendo un poco de historia, recuerdo que la decisión de Aix-la-Chapelle de 1810, relativa a la detención de Napoleón por haber promovido dos guerras que sacudieron la paz mundial, fue tomada como precedente en el célebre caso del káiser Guillermo II, sobre quien el Tratado de Versalles ordenó su enjuiciamiento por un tribunal internacional en los términos del artículo 227; sin embargo, el káiser nunca fue juzgado, porque los Países Bajos, donde él se refugió, rehusaron conceder la extradición, argumentando que el crimen por el que era acusado constituía un “delito político”, lo que inhabilitaba *de jure* el obsequio de la petición de la parte requirente.

Del mismo modo, la práctica en tiempos pasados ofrece diversos ejemplos de la escenificación de la responsabilidad del individuo por crímenes de guerra. El primer proceso del que se tiene noticia fue el de Peter von Hagenbach, quien fue juzgado en Breisach, Alemania, en 1474, por un tribunal de veintiocho jueces originarios de Estados aliados al Sacro Imperio Romano Germánico. Él fue privado de su dignidad de caballero, pues el tribunal lo estimó culpable de asesinato, violencia psíquica y de otros crímenes contra “las leyes de Dios y de los hombres” durante una ocupación militar. En 1689, el conde Rosen fue relevado de su cargo militar por Jaime II de Inglaterra en razón de haber ejercido extrema crueldad contra Londonberry y asesinato a civiles inocentes. La revolución estadounidense por la guerra civil, la guerra España-Estados Unidos, la ocupación de las Filipinas, fueron también ocasión de conocidos procesos por crímenes de guerra. Existen otros actos de índole criminal que nunca fueron resueltos favorablemente para las partes afectadas. Tal fue el caso, por ejemplo, de aquellas voces que reclamaron, en vano, el enjuiciamiento y castigo de los responsables de la invasión de Bélgica en 1914, calificada más como una acción criminal que como una acción de guerra. O bien aquel ataque brutal al buque “Lusitania” por un submarino alemán, sobre el cual un juez británico declaró: “Este crimen condenable viola el derecho de gentes y las convenciones de todos los Estados civilizados...”.⁴⁹ Sin embargo, por el limitado estado de avance del derecho positivo, algunos autores consideran que ese veredicto no pudo validar el acto de acusación de asesinato masivo que pudo contener una demanda formal.

Conforme a lo expuesto, la formación del DIP muestra que la protección penal del orden jurídico internacional contra ciertas conductas crimi-

⁴⁹ Renault, Luis, *L'application du droit pénal aux faits de guerre*, París, Marchal et Godde, 1915, p. 23.

nales está bastante sustentada en el orden interno nacional, de modo que una obligación internacional viene a reforzar tal protección, a veces difícil de establecer. Estas insuficiencias colocaron en la agenda jurídica la cuestión de la institución de una jurisdicción penal internacional, habiéndose realizado varios proyectos encaminados a lograr el acuerdo de los Estados. Ya antes señalé que la idea de una jurisdicción penal internacional se puede remontar a la guerra de 1870, cuando Gustavo Moynier, presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, desarrolló un proyecto al respecto como un medio de prevenir y reprimir las infracciones a la Convención de Ginebra de 1864, relativa a los heridos y enfermos, una propuesta que fue refutada por los Estados, por chocar contra sus concepciones dominantes en la materia. En la misma línea, las atrocidades impunes de la Primera Guerra Mundial, al través de la aplicación del artículo 227 del Tratado de Versalles, condujeron a la doctrina a recuperar la idea de la jurisdicción penal internacional. Una primera proposición fue la del barón Descamps en junio de 1920, que en su calidad de presidente del Comité de Juristas se encargó de elaborar un proyecto avanzado de estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Entonces, propuso la creación de una Alta Corte de justicia internacional competente para conocer de los crímenes contra el derecho de gentes; pero la Asamblea de la SDN juzgó prematura la instauración de dicha institución.

En cuanto a otros proyectos, el consejo directivo de la Asociación Internacional de Derecho Penal generó en 1928 una propuesta, más modesta, para la creación de una cámara criminal o sala penal integrada a la Corte Permanente de Justicia Internacional; pero la iniciativa no fue justipreciada pasando prácticamente desapercibida. Otros esfuerzos en esa dirección por parte de la doctrina corresponden notablemente a los trabajos de Nicolas Politis, Pasquale Fiore, Quintiliano Saldaña, Henri Donnedieu de Vabres o Strisower, por mencionar sólo algunos. También el ya referido Vespasien Pella realizó una importante contribución sobre una justicia internacional penal, que se sustentaba en un esquema donde los Estados se convencieran de ceder, por un día, su derecho de represión exterior a la comunidad de naciones, quien lo ejercería contra todos aquellos sujetos que violentaran gravemente el orden internacional. Según su razonamiento, de la misma manera que existe y se perfecciona el *crimen de lesa-sociedad*, debe reconocerse la existencia y evolución del *crimen de lesa-sociedad internacional*. El maestro Vespasien estaba convencido de que era posible la transformación de la justicia privada de los pueblos en una justicia permanente y obligatoria capaz de establecer sanciones en nombre de la comunidad de naciones civilizadas y de reprimir así la criminalidad colectiva de los Estados.

Antes de concluir este apartado sobre la evolución general del DIP, a continuación se pasará lista de algunos de los principales esfuerzos históricos (de 1820 hasta los años sesenta del siglo XX) que devinieron en proyectos fundamentales, que son el antecedente y el cimiento doctrinal para encaminar un primer intento de sistematización de esta disciplina:

1. Diferentes obras de Jeremías Bentham sobre el tema penal internacional, 1820-1825.
2. Proyecto de Código Internacional Penal, de 1832, por G. de Gregory.
3. Edición en Madrid, España, de la obra *Tratado de derecho penal internacional y de la extradición*, de 1880, por Pasquale Fiore, profesor de derecho internacional de la Universidad de Turín.
4. Proyecto de Código Penal Universal, de 1890, por Von Liszt.
5. Constitución de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, de 1899 (competencia penal).
6. Concreción de un Código Internacional Penal, de 1900, promovido por el Congreso Internacional Penitenciario.
7. Máximas para la formación de un Código Internacional Penal, de 1905, por el jurista e internacionalista Rafael Garófalo.⁵⁰
8. Convenciones de Ginebra sobre Leyes y Costumbres de Guerra, de 1907.
9. Iniciativa para la constitución de un tribunal internacional, de 1919, por la Conferencia preliminar de la Paz (finalmente se prefirió para lo criminal un organismo interaliado *ad hoc*, para juzgar a presuntos responsables de la guerra y sus crímenes).
10. Proyecto de Estatuto de una Alta Corte de Justicia Internacional Penal, de 1920, por el escritor belga Baron Descamps y el español Altamira (fue rechazado por la Asamblea de la Sociedad de Naciones calificándolo de prematuro).
11. Propositiones sobre la Defensa Social Penal Universal del Tercer Congreso Internacional de Sociología, de 1924 en Roma, por Quintiliano Saldaña.
12. Ley de bases para un Código Penal Internacional, de 1925, por Quintiliano Saldaña.⁵¹

⁵⁰ Para encontrar mayores referencias a este proyecto se recomienda ampliamente la lectura del texto del profesor de derecho internacional: Garófalo, Rafael, *La criminología*, Madrid, La España Moderna, Alianza Universidad, 1980.

⁵¹ En los siguientes treinta años destacan una serie de esfuerzos en pro del DIP:

1) Fundación de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en 1926 en París.

13. Cátedra de Derecho Penal Internacional, en la Universidad de Lieja, de fines de los cincuenta a principios de los sesenta, por el profesor Stephan Glaser.⁵²
14. Cátedra de Derecho Internacional Penal y Justicia Criminal Internacional, impartidas en el periodo 1957-1962, por el profesor Wolfgang Friedmann, en las universidades de Columbia (apoyado por el profesor Henkin) y de Londres (en colaboración con el profesor Kahn-Freund).
15. Tesis profesional *Nuestro derecho internacional penal*, de 1961, por el profesor y notario Vicente Eduardo Cano Ponce, Universidad de San Carlos de Guatemala.

A partir de este recuento, obsérvese que a pesar de los primeros reglamentos del siglo XIX, y de los esfuerzos doctrinarios de la primera mitad del siglo XX, el DIP permaneció un largo tiempo en el terreno de la indefinición. Por consiguiente, se debe considerar el periodo contemporáneo de los últimos cincuenta años como el debut de la concretización de las ideas y expectativas de todos estos doctrinarios, que fueron verdaderos visionarios de la extensión y diversificación del derecho internacional. Como lo afirmaba en 1967 el egregio profesor Wolfgang Friedmann,⁵³ en realidad siempre ha existido un DIP, hasta ahora aún bastante modesto y mal definido, aun-

2) Varias conferencias internacionales para la unificación del derecho penal (Viena, 1926; Varsovia, 1927; Roma, 1928; Bruselas, 1930; París, 1931; Madrid, 1933; Copenhague, 1935; El Cairo, 1938, y Bruselas, 1947).

3) Convenio para la Prevención y Represión del Terrorismo, y Código Penal Internacional, ambos de 1937, en París, por la Corte Permanente de Justicia Internacional de la SDN.

4) Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 1945, por el Acuerdo de Londres.

5) Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente, Tokio 1946, por los aliados.

6) Convención Internacional contra el Genocidio, de 1948, por la Asamblea General de Naciones Unidas.

7) Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Humanidad, de 1951, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

8) Investigaciones sobre “Nuevos aspectos y problemas del derecho internacional penal”, de 1949 a 1951, por el profesor Manuel López-Rey, catedrático de derecho internacional y de derecho penal en las universidades de México, Salamanca y París (difundidas por el Bureau International pour l’Unification du Droit Penal, Ginebra, y la Association Internationale du Droit Penal, París).

9) Proyecto de Código de Derecho Penal Internacional, de 1959, por Alberto Levitt.

⁵² Parte de este listado inicial fue elaborado con base en la consulta de diferentes textos, entre los que destacan el de Guillermo, J. Fierro, *op. cit.*, pp. 5-7, y el artículo de Palacios, M. J., “Derecho penal internacional y derecho internacional penal, su diferencia y reformas que se proponen a la Constitución y otras leyes”, México, Biblioteca del Inacipe, pp. 1-13.

⁵³ Friedmann, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, México, Trillas, 1967

que con el proceso globalizador y la reestructuración de la ciencia jurídica internacional, el panorama se ha modificado sustancialmente. Una parte de la disciplina se componía de delitos, no muy importantes, que el derecho internacional clásico consideraba como tales, siendo dos los más reconocidos en forma general: primero, la piratería, un delito que evidentemente fue disminuyendo en importancia al ir menguando las actividades de los filibusteros para dar paso a las actividades, a menudo piráticas, de las armadas y demás fuerzas de ataque bajo el control de los Estados, y segundo, el principio generalmente aceptado de que los miembros de las fuerzas armadas beligerantes podrían ser considerados como responsables por violaciones al derecho internacional de guerra o humanitario, y enjuiciados por las autoridades enemigas.

Es claro que desde mediados del siglo XIX la parte más importante del DIP ha consistido básicamente en el ajuste de las diferencias entre las jurisdicciones penales de varios Estados para juzgar a sus propios nacionales o a extranjeros, y en particular los conflictos y choques ocasionados por los principios de nacionalidad al ejercer tal jurisdicción. Una aplicación de este principio tiene todavía lugar cuando se comete un delito en “tierra de nadie” (*res nullius*), o en altamar, donde puede sostener su jurisdicción el Estado de la matrícula del barco del delincuente o de la víctima, el Estado de la nacionalidad del delincuente, o cualquier Estado en cuyas aguas se halle temporalmente la embarcación.

En suma, tanto por lo que hace al alcance de los delitos internacionales en sí como por lo que toca al ajuste de las jurisdicciones, los acontecimientos propios y los grandes procesos transformadores del siglo XIX y los más drásticos del siglo XX fueron obligando poco a poco a la sociedad de Estados a hacer una reconsideración y reclasificación como paso preliminar a la gradual internacionalización del derecho penal, actitud que continúa hasta nuestros días, con un dinamismo creciente. Así, en los últimos años ha habido cierta tendencia a equiparar a la piratería con ciertos delitos, como el tráfico de personas, la trata de blancas, el narcotráfico, el mercadeo negro de armas, entre otros; pero la dificultad es que se trata de cuestiones distintas. Un caso similar lo tenemos en materia de genocidio y etnocidio, donde todo tiende a equipararse a los conceptos de “crímenes contra la paz”, “crímenes de guerra” y “crímenes contra la humanidad”, adoptados en la Carta de Nuremberg y por los subsecuentes juicios y procesos contra criminales de guerra alemanes, japoneses, yugoslavos y ruandeses, por citar sólo algunos ejemplos.

II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL (DIP). SU NECESARIA DIFERENCIACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL (DPI) Y CRITERIOS BÁSICOS DE COMPLEMENTARIEDAD

1. *Precisiones terminológicas y conceptuales del DIP hasta las postrimerías del siglo XX*

De los representantes de la Escuela rusa de derecho internacional destacan, por un lado, el tratadista G. Martens, quien considera al derecho criminal internacional como “...el conjunto de reglas jurídicas que determinan las condiciones en las cuales deben auxiliarse mutuamente los Estados a fin de asegurar el ejercicio del poder penal en la esfera de la comunidad de las naciones”.⁵⁴ Por el otro, el profesor Gregory I. Tunkin, sin llegar a una definición concreta, sostiene que son conductas que debe erradicar el orden interestatal penal cooperativo:

La prolongación del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones, incluyendo el racismo, el *apartheid*, la explotación de recursos económicos y humanos por extranjeros y otros grupos, y la conducción de guerras coloniales para sofocar los movimientos de liberación nacional... y otros modos de la moderna política de fuerza basada en el modelo imperialista sobre el sistema internacional, [que] contradicen abiertamente al derecho internacional.⁵⁵

La doctrina penal alemana, cuyos exponentes no se refieren expresamente a un DIP, sostiene que el contenido que tradicionalmente se le confiere a éste es de naturaleza nacional, ya que se trata de normas que cada uno de los Estados sanciona unilateralmente a fin de establecer el ámbito espacial de su propio derecho. En esta línea, Antonio Quintano Ripollés, jurista español, coincide relativamente con los penalistas alemanes, precisando además que se trata de una temática principalmente procesal, y muy especialmente aquella concerniente a los conflictos jurisdiccionales; sin embargo, le otorga al DIP la materia que comprende a todas las infracciones que vulneran a la comunidad de naciones o a un grupo de ellas. En otros términos, para este autor la sustancia del DIP son todos los delitos de tipi-

⁵⁴ Martens, G., *Tratado de derecho internacional*, Fontamara, 1990, vol. III, pp. 2 y ss.

⁵⁵ Tunkin, Gregory I., *El derecho y la fuerza en el sistema internacional*, México, UNAM, IIJ, 1989, p. 179.

ficación internacional por vía convencional, que lesionen bienes jurídicos que interesen a toda la comunidad internacional.⁵⁶

El jurista italiano Francesco Antolisei, quien ha incursionado en los ámbitos estatal e interestatal penal, por un lado ilustra con el argumento de que el fin primordial de esta disciplina es el “impedir la comisión de los delitos; en otras palabras, combatir el lamentable fenómeno de la delincuencia o criminalidad, tanto al interior de los Estados como al exterior de ellos”, y seguidamente aduce —en abierta contracorriente respecto a los criminalistas alemanes y algunos españoles— que el derecho penal, a la luz de la realidad social mundial actual, está incompleto, por lo que debe necesariamente ampliarse y difundirse al escenario internacional y dejar de ser únicamente reconocido como un derecho local y estatal.⁵⁷

Entre otros doctrinarios que admiten la existencia de un DIP como tal están Jeremías Bentham y Von Rohland. El primero acuña el término sin llegar a definirlo, mientras que el segundo lo entiende como “el conjunto de principios de derecho por los cuales el Estado, como miembro de la comunidad internacional, determina el valor territorial de sus normas y leyes penales respecto a las personas y a los bienes jurídicos”.⁵⁸ Por su lado, el jurista francés Martitz aduce que DIP y DPI son términos semejantes, referidos a una sola materia, que puede entenderse como un “sistema de reglas de derecho concernientes a la aplicación al extranjero del derecho penal nacional, o... del derecho penal interno”. Mientras que el investigador Meili, citado por G. J. Fierro, lo discierne como “...el conjunto de leyes y principios de derecho que resultan del hecho de que actos delictivos caigan o parezcan caer bajo el imperio de leyes penales de Estados políticamente independientes unos de otros”.

⁵⁶ El profesor Quintano Ripollés ha elaborado diferentes conceptos del derecho penal y del derecho penal internacional. En el primer caso, ha coincidido con el penalista mexicano Raúl Carrancá y Trujillo, definiéndolo como “el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de los mismos en el caso de la incriminación” (*Derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 1980, p. 17).

⁵⁷ Antolisei, Francisco, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Themis, 1988, p. 1. En este y otros trabajos posteriores, este autor comienza a incursionar en los razonamientos jurídicos que conducirán poco más tarde a perfilar un concepto más acabado del derecho penal en su dimensión internacional. Asimismo, advierte sobre las actitudes reaccionarias de algunos sectores del pensamiento jurídico penal moderno, al afirmar que cuando se observó la posibilidad de crear un derecho penal que cruzara las fronteras de un país empezaron a surgir disputas entre los distintos juristas, escritores e internacionalistas, algunos apoyando la idea y otros desechándola por principio o calificándola de utópica e irrealizable.

⁵⁸ Fierro, G. J., *op. cit.*, p. 5.

Enfocando esta revisión a los representantes de la que se puede denominar una Escuela jurídica sudamericana, destaca en primer término el penalista uruguayo Carlos Alcorta, quien dice que “El derecho penal internacional tiene por objeto el determinar la norma (jurisdicción o ley) aplicable a la acción delictiva de un objeto, cuando esto afecta el orden jurídico de dos o más estados”.⁵⁹ En esta trayectoria se ubica también al internacionalista y jurista chileno R. Diena, quien consigna que el DPI es “...la parte del Derecho Internacional que comprende las normas determinantes de la competencia legislativa y judicial de los estados particulares, para la represión de los delitos y que regula el procedimiento que ha de seguirse en los estados para la buena marcha de la justicia penal”.⁶⁰ En el contexto latino y continental europeo hay otros autores, como Donnedieu de Vabres, catedrático de la Universidad de París, quien concibe al DIP como “...la ciencia que determina la competencia de jurisdicciones extranjeras, la aplicación de sus leyes criminales en orden a los lugares y a las personas que a ellas rigen, y la autoridad sobre su territorio de las sentencias represivas extranjeras”.⁶¹

El jurista italo-argentino Eugenio Jovene expresa que la rama internacional penal “Consistiría en el complejo de normas jurídicas que establecerían penas para aquellos delitos que ofenden al interés internacional, penas que debieran ser aplicadas por parte de un órgano superestatal”.⁶² Otros estudiosos, como el tratadista italiano de la Universidad de Roma Filippo Grispigni, estima más relevante hablar del contenido que acerca de la denominación del DIP, el cual en su opinión radica en el “...conjunto de normas que determinan los límites recíprocos las distintas competencias nacionales en el orden penal y en la obligación de asistencia y auxilio (cooperación y ayuda internacional) en la represión de la delincuencia que mutuamente se deben entre sí los diversos Estados”.⁶³ No hay que dejar de considerar asimismo que existen publicistas, como el profesor portugués Vespasiano V. Pella, quien define el contenido del DIP como “La ramificación del derecho público internacional que determina las infracciones, que establece las sanciones y que fija las condiciones de la responsabilidad penal internacional de los Estados e individuos”.⁶⁴

⁵⁹ Citado por Vieira, A., Manuel, *El delito en el espacio. Derecho penal internacional y derecho internacional penal*, vol. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1969, p. 18.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 19.

⁶² Quintano Ripollés, *op. cit.*, p. 345.

⁶³ Fierro, G. J., *op. cit.*, p. 8.

⁶⁴ *Idem*.

Algunos otros pensadores jurídicos de la Europa no continental consideran que si el DIP es el conjunto de normas que definen los límites recíprocos de la aplicación de la ley penal en el espacio, entonces los preceptos no son ni de derecho penal ni de derecho procesal; aquí se ubican exponentes como Mezger, quien supone que se trata de un “derecho de aplicación del derecho penal, admitiendo la íntima conexión existente entre ambos, derecho internacional y derecho penal”.⁶⁵ De su lado, el inglés Levi estima la relevancia que para la ley penal tiene la extranjería, y junto con Goldschmidt conciben la norma penal, el delito y la sanción en un plano de posible realidad supraestatal, con dispositivos reguladores y la presunción de un organismo jurisdiccional supranacional; este concepto remite ya a la idea de una sociedad que mezcla relaciones entre Estados y/o instituciones a nivel internacional, conformando “nuevas vías de conexión donde se entrecruzan jurisdicciones bilaterales con delitos globales”.

Al llegar a este punto de aproximación teórica a la conceptualización de la materia que nos ocupa a través de una comparación doctrinal de primera mano, es pertinente tratar de discernir si las denominaciones derecho penal internacional, derecho internacional penal y derecho penal interestatal definen una misma realidad jurídica, o si bien, por el contrario, admiten una argumentación o ciertas precisiones que pudieran llegar a validar, en su caso, algunos criterios de distinción en la forma, la estructura y el contenido de esta disciplina. Así, en opinión de los catedráticos franceses Pierre Bouzat y Jean Pinatel,⁶⁶ la que posteriormente también compartirán parcialmente sus compatriotas André Huet y Renée Koering-Joulin, el derecho internacional en materia penal tiene tres ramas: el derecho penal internacional *stricto sensu* (derecho penal internacional privado), el derecho internacional penal y el derecho penal interestatal. Particularmente los dos primeros autores afirman que la aplicación de las leyes penales en el espacio siempre ha producido problemas graves y delicados, y los segundos se inclinan por una opinión similar, aunque más atemperada.⁶⁷ Huet y Koering engloban toda esta materia bajo el rubro general de *Droit pénal international*. Por su parte, el publicista norteamericano Roy S. Lee prefiere usar la nominación *Criminal international law* para hacer referencia a lo que

⁶⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁶⁶ Bouzat, Pierre y Jean Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, deuxième édition, Paris, Pierre Libraire Dalloz, 1970, p. 1615.

⁶⁷ Huet, André y Koering-Joulin, Renée, *Droit pénal international*, Paris, Thémis, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 23 y 24. En mi particular apreciación, esta obra colectiva es de las más relevantes a nivel mundial que se han escrito en la actualidad en el ámbito del derecho internacional penal.

en idioma español se traduciría como “derecho internacional criminal” o “derecho internacional penal”.

A este respecto, y compartiendo la opinión de Bouzat y Pinatel, la profesora mexicana Lucinda Villarreal es de la idea de que el DPI en sentido estricto se refiere a conflictos que nacen de la infracción al orden interno de un país, donde resultan atendibles la nacionalidad del autor, del coautor o del cómplice de la infracción, la nacionalidad de una o de todas las víctimas de la infracción, el territorio donde se ha cometido la infracción o donde ésta ha producido sus efectos. Según ella y el finado maestro Carlos Arellano García, esta rama del derecho no debe ser calificada de internacional, pues “...lo único internacional que contiene es la nacionalidad del infractor, y los conflictos que se crean, se resuelven en base a las disposiciones nacionales, por lo que solamente se está en presencia de una rama del Derecho Penal Nacional”.⁶⁸ Y en cuanto al DIP, afirma que éste sí es internacional, porque tiene por función resolver los conflictos contra el orden público internacional, teniendo por principal característica la de que afecta a las relaciones internacionales y se sitúa en el ámbito del derecho internacional público o del derecho internacional general; es decir, que tales conflictos surgen de la conducta de los individuos que realizan actos prohibidos por el derecho internacional público y regulados directamente por sus ramas especializadas, una en materia humanitaria y, la otra, en los derechos humanos; por ejemplo, los crímenes de guerra y las violaciones graves y acciones criminales contra los derechos humanos fundamentales.⁶⁹

⁶⁸ Villarreal Corrales, Lucinda, *La cooperación internacional en materia penal*, México, PAC, 1997, pp. 116-118.

⁶⁹ En mi opinión, hay un tercer nivel, que puede denominarse “derecho penal interestatal”, en el que los actos prohibidos serían el resultado de órdenes giradas por los gobiernos, como parte de la política sistemática seguida por un Estado; verbigracia, la declaración de guerra, donde la responsabilidad penal que se origina sería la responsabilidad de sus dirigentes o la responsabilidad del Estado mismo. En efecto, si bien es cierto que en los dos niveles del DIP y del DPI se enfrentan confusiones e imprecisiones que requieren ser rigurosamente analizadas y aclaradas, en lo que respecta al derecho penal interestatal, parece representar toda una estructura normativa de especial importancia en las relaciones internacionales penales contemporáneas, principalmente por cinco razones: 1) el Estado asume hoy día el mayor rango de responsabilidad penal internacional por actos ilícitos y violaciones al orden legal internacional, cometidos habitualmente por sus órganos de gobierno; 2) en buena medida los grandes crímenes del pasado y los de la actualidad están claramente identificados como “crímenes y delitos de Estado” (por ejemplo, Tlatelolco 1968 en México, Tiananmen 1989 en China, los crímenes de los 43 en Ayotzinapa, México, en 2014); 3) el Estado, común y generalmente, ha gozado de impunidad cuando incurre en infracciones, y ha dispuesto para sí en el contenido del derecho internacional todo un corpus de reglas de excepción a su responsabilidad internacional que maneja con singular ambivalencia y

Hago un corte en este breve recorrido histórico-conceptual para advertir la dificultad evidente que representa arribar a un concepto único y universalmente válido que englobe consensualmente lo que se debe entender por DIP y DPI, tanto por lo que respecta a su naturaleza, contenido y fundamento como por lo que concierne a las fuentes, la organización interna y la estructura-función de aplicación, más aún si se considera que este nuevo campo disciplinario del derecho internacional general se encuentra en plena formación y evolución, lo cual explicaría, entre otras cuestiones, la existencia de tantas doctrinas y escuelas de pensamiento, como múltiples y variados enfoques teórico-analíticos y aproximaciones terminológicas y conceptuales. Y de todo ello hemos dado cuenta los contados académicos e investigadores mexicanos dedicados al estudio del DIP, en sus diferentes planos geográficos y disciplinarios, destacando el hecho de que este campo continúa aún inexplorado y con un amplio potencial por delante, principalmente si se considera tanto la creciente importancia que en nuestro país se le está dando al estudio, promoción y defensa del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos como la recepción del ER, que crea a la CPI en el orden jurídico nacional y la reforma al sistema penal que se ha desprendido de este proceso de implementación.

En esta tarea nacional, el colega mexicano Miguel Ángel Cortés Ibarra subraya que en la actualidad no puede hablarse de la existencia plena de un DIP, ya que ello implicaría trascender la fase en que éste se encuentra de la evolución progresiva, la cual es definida por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU como “la preparación de convenciones sobre asuntos que no han sido regulados todavía por el derecho internacional o en relación a los cuales el derecho, en la práctica entre los Estados, no ha evolucionado lo suficiente”, por lo que el paso a seguir sería la *codificación*, a cargo de la propia Comisión de Derecho Internacional, y para lo cual sería previamente recomendable la constitución de un tribunal penal internacional y la convocatoria a una convención multilateral de amplia partici-

“destreza” jurídica, al responder tanto a las reclamaciones que le llegan a interponer otras unidades políticas como a las demandas y reparaciones que le exige la sociedad internacional como un todo; 4) las principales instituciones judiciales internacionales competentes para resolver controversias entre los Estados no tienen jurisdicción obligatoria para las partes en litigio, esto es, son *facultativas*, amén de que son de carácter general, es decir, no se especializan en materia penal, lo que ha disminuido históricamente su eficiencia y eficacia, y 5) se parte erróneamente del supuesto de que los infractores más importantes son los individuos, por encima incluso de los propios Estados, motivados esencialmente por razones y causas propias, lo cual se refleja, por ejemplo, en la competencia exclusiva y única que la CPI tiene sobre los *individuos particulares* y no sobre los Estados.

pación para “...establecer la creación de un Código Penal Internacional”.⁷⁰ Al respecto, mi opinión es clara en el sentido de que el DIP ya es una realidad inobjetable, pues si bien algunos de sus temas están en fase de evolución progresiva, otros ya se encuentran codificados desde hace varios años, como es el caso de la piratería, el genocidio y los crímenes de guerra, amén de que ya se encuentran vigentes desde 2002 el Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes, las Reglas de Procedimiento y Prueba, y la propia CPI.

Por lo que respecta al doctrinario hispano-mexicano Modesto Seara Vázquez, su pensamiento es en la tónica de que “los tiempos presentes son los tiempos de un derecho internacional penal más sistemático, consistente, democrático y con mayores perfiles de efectividad en su aplicación y observancia”. Y ello lo inscribe en el marco de la reforma general del sistema de las Naciones Unidas, a la cual incluso ya dedicó una obra completa.⁷¹ En una entrevista más o menos reciente, declaró sobre la norma penal internacional y el terrorismo lo siguiente:

...las injusticias y frustraciones legítimas eran el fondo del terrorismo, pero también detrás se escondían muchas reivindicaciones aparentemente legítimas como propósitos espurios, de venganza o de beneficio personal... las convenciones internacionales que ya existen, integrantes del derecho internacional penal, deberían ser sistematizadas en una convención general, que las actualice y complete. Además de que sería importante proclamar al terrorismo como un delito *jure gentium*, y habría que establecer con carácter permanente una Corte Internacional Penal, para la persecución de todos los delitos contra el derecho de gentes, del genocidio al terrorismo.⁷²

Otro destacado académico mexicano que ha incursionado en el mundo de la justicia penal internacional y el DIP es Alonso Gómez-Robledo Verduzco. Ya desde 1986, cuando aparece su libro *Temas selectos de derecho internacional*, incorpora temas en este contexto de nuestro interés, como los tratados de extradición y su supuesta ineficacia, además de diversos aspec-

⁷⁰ Cortés Ibarra, Miguel Ángel, *Derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas, 1987, pp. 9 y 10.

⁷¹ Son numerosas las obras del estimado profesor, a quien le debo un reconocimiento especial por su impulso al estudio del derecho internacional y de las relaciones internacionales en México. Su texto clásico *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 1971. En el presente caso, quiero referirme a su libro *Una nueva carta de Naciones Unidas*, México, Universidad de La Mixteca, 1993.

⁷² Batta, Víctor, “Injusticia y frustraciones legítimas. Terrorismo, preocupación mundial”, *El Financiero*, México, 11 de marzo de 1996, p. 66.

tos de la reparación en derecho internacional;⁷³ visualiza también el tema de la construcción de un DIP, abonando el criterio de que el sistema internacional evoluciona con lentitud y dificultad, aunque de manera irreversible hacia

...una ampliación de la esfera de un derecho penal en las relaciones internacionales [y que]... aun y cuando todas aquellas conductas que son calificadas como “crímenes internacionales”, son violaciones a cierto tipo de obligaciones *erga omnes*, sin embargo hay que tener muy claro que no toda violación a una obligación con efectos *erga omnes* constituye necesariamente un “crimen internacional”, como tampoco constituye forzosamente una infracción a una norma de *ius cogens*.

Y concluye argumentando que es al interior de este mismo razonamiento “...donde debe considerarse el establecimiento de un tribunal internacional *ad hoc*, para crímenes cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia... un primer paso hacia una jurisdicción penal internacional con competencia universal”.⁷⁴

Corresponde ahora resaltar de manera sintética el breve espacio que en su obra ha dedicado al derecho internacional penal el jurista Sergio García Ramírez. Recuerdo haberlo tratado personalmente en 1976 en ocasión de la presentación de su libro *Los derechos humanos y el derecho penal*, que constituye en mi apreciación el primer intento serio en su género por concatenar dos ramas fundamentales del derecho: una, el derecho penal, muy reposada y de amplio antecedente, y la otra, los derechos humanos, en un estado de desconocimiento casi total, y por consiguiente fuera del discurso académico, oficial y social de la época, e incluso ahora. Aunque el texto no hace mención específica a un DIP, contiene dos aspectos que lo perfilan claramente como precursor en el estudio de esta disciplina: *a)* ubica internacionalmente a los derechos humanos y revisa los derechos de materia penal contenidos en los instrumentos internacionales vigentes, y *b)* escruta en temas como la territorialidad de la ley penal, el asilo y la extradición, para encaminar una visión general acerca del límite penal de los derechos humanos en el ámbito internacional.⁷⁵

⁷³ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Extradición en derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, México, UNAM, IJ, 1996, p. 12.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

⁷⁵ García, Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, México, Secretaría de Educación Pública, 1976, 205 pp.

2. Precisiones terminológicas y conceptuales del derecho internacional penal en el primer cuarto del siglo XXI

En tiempos más actuales, cabe considerar las contribuciones que ha realizado el especialista alemán Kai Ambos al estudio del derecho penal internacional, como él mismo lo denomina (aunque de su lectura se deduce que se refiere al DIP).⁷⁶ Aunque su obra sobre esta disciplina es extensa y ampliamente conocida en el ámbito académico europeo, especialmente en los foros destinados al estudio y defensa de los derechos humanos, comienza a ser difundida en nuestros países de habla hispana (Colombia y México, principalmente) a partir de 1995, cuando se da a conocer su trabajo intitulado “Función de la Fiscalía de una Corte Penal Internacional desde un punto de vista comparativo”, aparecido en el número 58-59 de la *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, en 1998. Posteriormente, en 1999, da a conocer en Argentina una aportación que resulta de particular interés para los propósitos de esta investigación, es decir, el libro intitulado *Impunidad y derecho penal internacional*, donde plasma algunos conceptos que considero conveniente comentar y debatir.⁷⁷ Así, afirma que el concepto de DPI se encuentra muy pocas veces en los manuales de derecho penal o derecho internacional público, pues éstos tienden a ocuparse más del derecho internacional tradicional que se aplica a las relaciones entre Estados u otros sujetos del derecho internacional público. Contra lo que sostengo, Kai Ambos subraya que habitualmente no se considera que el individuo sea uno de esos sujetos;

⁷⁶ Kai Ambos es doctor en derecho por la Universidad de Munich, Alemania, y referente científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo de Brisgovia, Alemania), encargado de las secciones de Derecho Penal Internacional y de Hispanoamérica. También ha colaborado con la Universidad de Nottingham, Londres, desarrollando cursos prácticos internacionales “Toward a Procedural Regime for the International Criminal Court”. Recuerdo bien el debate que sostuvimos sobre este tema, en mayo de 2006, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, con la participación de los internacionalistas Matthias Herdegen, de Alemania, y Mark Neufeld, de Canadá.

⁷⁷ Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1999. Algunos de los comentarios que aquí presento son resultado de la entrevista que tuve con el doctor Kai Ambos en su visita a México en marzo de 2001. Igualmente, tuve oportunidad de intercambiar impresiones con el doctor Albin Eser, prologuista de esta edición en español, y entonces director del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, y quien asistió a México el 28 de noviembre de 2001 para presentar la ponencia “Problemas del derecho penal contemporáneo”, en el encuentro internacional Tendencias del Derecho Penal y la Política Criminal del Tercer Milenio, organizado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), en México, y del cual soy investigador especializado invitado.

por lo tanto, su conducta criminal no está sujeta al derecho internacional, sino únicamente al derecho penal de cada Estado, el cual fija las pautas y consecuencias de la responsabilidad del individuo por comportamientos codificados como punibles en la legislación nacional respectiva. Desde ese punto de vista, el derecho internacional y el derecho penal nacional no tienen nada que ver el uno con el otro; esto es, se trata de “ordenamientos jurídicos paralelos”. Empero, estoy convencido de que existen bienes jurídicos e intereses que trascienden los límites (penales) nacionales.

En este sentido, por ejemplo, es indiscutible que la comunidad internacional tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales y los derechos humanos reconocidos en el artículo 55 c) de la Carta de las Naciones Unidas, y la violación de cualquiera de esos derechos constituye un delito internacional; igualmente, los actos criminales clásicos de Nüremberg, es decir, crímenes contra la paz, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad (artículo 6o. del Estatuto para el Tribunal Militar Internacional) deben perseguirse en todo el orbe como delitos internacionales, y, por tanto, los infractores y criminales, tanto individuos como Estados y organismos internacionales incluso, deben tener una responsabilidad internacional. Y en esta lógica, el colega Ambos confirma que el DPI busca establecer esa responsabilidad y especificar sus requisitos (lo que para mí es en realidad un DIP material); y que, por tal razón, en la literatura científica se entiende por derecho penal internacional o internacional penal —él no hace distinción entre ambas expresiones— la totalidad de las normas de derecho internacional público que regulan las consecuencias de carácter penal.⁷⁸ A la vez, el DPI vincula los conceptos de aplicabilidad universal de las normas (derecho internacional público), con los conceptos de responsabilidad individual (derecho penal), de manera que la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional autónoma (principio de responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional público). Por consiguiente, en ese sentido el DPI es el sistema penal de la comunidad internacional, o sea, lo que un amplio sector de la doctrina entendemos por DIP.

Ahora pasaré a revisar brevemente algunas de las ideas más importantes vertidas en el contexto de las principales universidades españolas donde se desarrolla investigación de alto nivel en materias de derecho internacio-

⁷⁸ Triffterer, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, 1999, p. 30. Este autor alemán ya señalaba desde treinta años atrás que “En sentido formal, el derecho penal internacional es la totalidad de las normas de derecho internacional público de naturaleza judicial, que vinculan a una conducta determinada —el crimen internacional— determinadas consecuencias judiciales, típicas y propias del derecho penal y que como tal son aplicables directamente”.

nal, derecho penal y relaciones internacionales, en la década de los noventa del siglo XX y el primer cuarto del presente siglo. Primeramente, son rescatables las reflexiones que plasmó el profesor Manuel López-Rey desde principios de los años cincuenta, actualizadas en las siguientes tres décadas, y vigentes hasta nuestros días, y que han influido mucho en autores contemporáneos que están marcando la pauta en estos momentos en los ámbitos académicos de España, Francia y Suiza.⁷⁹ De su pensamiento se desprenden varias reflexiones. La primera es que para el DIP lo importante no es un concepto formalista de la justicia, sino uno de índole funcional que, efectivamente, signifique que se ha hecho justicia.

Y este hacer justicia implica, entre otras cuestiones, que se den a los acusados las garantías necesarias para defenderse, asunto que difícilmente puede lograrse por medio de una actuación de fuerza o por un procedimiento militar sumario. Dichas garantías, por cierto, fueron dadas en Nüremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda, y están expresa y concretamente consagradas en el ER de 1998, que establece la CPI. Una segunda reflexión, se explica en que toda actitud extremista, y por tal ha de entenderse tanto la que aboga por una acción revolucionaria o militar o una actitud negativa o la aplicación de principios y sistemas observados en ciertos países no democráticos, siempre habrá de ser considerada como injusta, ilegal e ilegítima.

En la tercera concibe que, aunque ello se niegue por ciertos sectores de opinión, los tribunales y enjuiciamientos *ad hoc* representan una actitud intermedia, y además han mostrado que el DIP posee la flexibilidad y los elementos necesarios para elaborar un derecho internacional penal (y no un derecho penal de alcances internacionales) que no tiene por qué ser reproducción en su fundamento, naturaleza, técnica y sistema del que existe en determinados Estados (derecho penal común nacional aplicable a ciertos asuntos de las relaciones internacionales). Una cuarta reflexión sugiere la convicción de que los tribunales internacionales en cuestión, junto con la jurisprudencia penal de la Corte Internacional de Justicia, han permitido la formación de un auténtico DIP; y de que este nacimiento y progreso no son fáciles, pues existen aún demasiados intereses apegados a la vieja concepción de un DPI que luchan por criterios que más pronto que tarde habrán de superarse. En complemento a estas consideraciones, y conforme lo afirma el actual pensa-

⁷⁹ López-Rey, Manuel, "Nuevos aspectos y problemas del derecho internacional penal", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. I, núms. 3-4, julio diciembre de 1951, pp. 139-174. Los conceptos aquí planteados cobran gran actualidad y difusión en los años 1992 a 1998, y quedan recogidos en obras reconocidas de autores modernos, como Antonio Remiro Brotons, Julio González Campos, Luis Sánchez Rodríguez, Alicia Gil Gil, Juan José Díez Sánchez, Asdrúbal Aguilar, Joaquín Ebile Nsefum, Baltasar Garzón, entre otros.

miento español en la materia, cabría asumir que el término DIP representa una jerarquización de valores jurídicos según la cual la regla jurídica internacional debe determinar o configurar cualquiera otra regla o disposición normativa.

Por el contrario, el término DPI implica una subversión o desjerarquización de valores jurídicos. Prácticamente, y pese a todos los esfuerzos para hacer algo del mismo, éste ha quedado reducido según unos doctrinarios a las llamadas reglas de aplicación del derecho penal, exigüidad que lógicamente ha permitido que algunos negaran la existencia de un DPI; y según otros estudiosos, constreñido a dichas reglas más los convenios de índole penal, coronados por un tribunal de justicia penal internacional, como el de Nüremberg, de dudosa “internacionalidad”.

Ahora toca revisar brevemente algunas ideas que expone el jurista e internacionalista español Juan José Díez Sánchez en su texto *El derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)*, aparecido en 1990, y que constituye la parte básica del trabajo de doctorado que defendió en la Universidad de Alicante en 1987. Aunque no comparto del todo algunas de las aseveraciones que ahí consigna, en razón principal de que como buen jurista ortodoxo y conservador prácticamente ignora la existencia de un DIP, considero muy valiosa su exposición para los propósitos de un acercamiento conceptual de la ciencia internacional en materia criminal.⁸⁰

Comienza por afirmar que aunque se atribuye sin discusión a Bentham la paternidad de la denominación DPI para designar con ella al conjunto de las reglas de derecho nacional referentes a los límites de aplicación de la ley penal en el espacio, es indudable que la fortuna de dicha denominación y de su definición han sido dispares y controvertidos, lo cual no ha obstado para reconocer que al menos convencionalmente dicho término ha servido para rotular diversas obras y tratados, y para agrupar aquella materia propia del derecho penal desarrollada al amparo de expresiones tales como “ley penal en el espacio” o “ámbito espacial de la ley penal”.

En efecto, estimo que aun cuando Bentham fue un pionero en el esclarecimiento disciplinar en su época, su propuesta ha sido polémica, y aun rechazada, no sólo por la impropiedad de la denominación para referirse a normas penales de origen interno o nacional y, reservando, en consecuencia, aquella expresión para tareas de más alta índole, sino por su empleo exclusivo para hacer referencia a normas que carecen de naturaleza penal, cobijando incluso algunas instituciones de ayuda interestatal. De ahí que se

⁸⁰ Díez Sánchez, Juan José, *El derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, Colex, 1990. Consultar principalmente pp. 15-20.

hayan propuesto diversas expresiones alternativas a la de DPI. Sus autores reservan este nombre para mejores intentos o para tareas encaminadas a superar el actual marco estatal de aplicación del derecho penal, aunque con estas propuestas se difumina la diferencia que hemos venido señalando diversos especialistas con el DIP, en tanto opuesto en sus fuentes y contenidos al DPI.

Y aquí Díez Sánchez entra en su primera confusión al afirmar que

La futura legislación penal emanada de la comunidad internacional, la existencia de penas y delitos internacionales que obliguen por igual en y a todos los Estados, e incluso la constitución en el porvenir de organismos supranacionales a los cuales estarán sujetos por igual los ciudadanos y los Estados constituiría, según estas premisas, los cometidos propios asignados al derecho penal internacional.

He intentado precisar a lo largo de este epígrafe, que el concepto que plantea el autor constituye, precisamente, parte importante y distintiva del contenido del DIP respecto del DPI, pues éste emana y se desarrolla a partir del derecho penal interno de los Estados para aplicarse a asuntos de índole transfronteriza. Además, recuérdese que desde Binding se viene sosteniendo que “...la denominación de derecho penal internacional es mala, desacertada, inapropiada e inexacta, por cuanto en su origen las normas no son de derecho internacional, ni en su contenido establecen delitos o penas que afecten a la comunidad de Estados”.⁸¹

En otro orden de reflexión, retomando las propuestas de M. Ch. Bassiouni, considero que éstas han venido a introducir mayor confusión en el tema, al utilizar la denominación de DPI para extender la cobertura de esta disciplina hasta incluir algunas normas internacionales relativas a materias del derecho internacional público. Según él, deben plantearse dos premisas básicas: una, la de considerar que el DPI es derecho penal, y otra, que es derecho interna-

⁸¹ Es claro que toda la discusión suscitada históricamente en torno a la conceptualización del DIP muestra que, sin lugar a dudas, estamos asistiendo al desarrollo progresivo de la formulación original del filósofo inglés Bentham. En este sentido, algunas definiciones ya clásicas por reiteradas (Quintano Rípollez, Sáenz de Pipaon, Jiménez de Asúa, Fierro, Donnedieu de Vabres, Maurach, Mezger, Jescheck, Lombois, Sánchez Tijerina, Antón Oneca, Núñez y Terán, Pella, Plawski, Catelani y Striani, Bustos Ramírez, y otros más a los que hemos aludido en este trabajo), y otras menos conocidas, han ido consolidando un concepto más amplio y genérico, ya sea destacando algún aspecto particularmente relevante, como el de la utilidad de sus normas para la coexistencia entre los Estados en el plano de la sociedad internacional, o simplemente aludiendo a la presencia del elemento de extranjería que caracteriza al derecho penal y al derecho penal internacional.

cional.⁸² Es derecho penal porque las materias que incluye son y han de ser de derecho sustantivo o material, siendo esa la naturaleza de las materias que se comprenden en esta disciplina. Asimismo, es derecho internacional porque, aunque sea discutido este carácter calificador de las normas del DPI, ello se debe a la reiterada aspiración de reservarlo para las normas de fuente internacional que establezcan infracciones y/o sanciones penales, o para cuando exista un órgano supranacional del que emane una legislación penal común a los Estados. Y agrega que, empero,

...no debe resultar discutible si se adopta con la más modesta pretensión de reflejar únicamente ciertas características particulares de la legislación punitiva estatal o nacional. Esto es, si se considera que dichas normas poseen elementos internacionales y que éstos son, precisamente, los que adjetivan o califican esta materia diferenciándola de otras normas de derecho penal interno.⁸³

Nótese que con este criterio confuso y contradictorio difícilmente podría argumentarse a favor de la existencia de un DIP; como una disciplina evolutiva, autónoma y con naturaleza propia, pues amén de ubicarse en posición radicalmente monista y cerrada, sólo le concede al derecho internacional público un carácter adjetivo, secundario y colateral respecto del derecho penal interno de los Estados. Y esto, incuestionablemente, no resulta ser así, sino todo lo contrario. Así lo convalida el propio jurista al afirmar que

Pues bien, centrando la atención sobre las censuras que depara el empleo de la intitulación como consecuencia de la incongruencia que se advierte entre la denominación y la fuente de origen de las normas que lo componen, aquéllas pueden reconducirse a estas dos objeciones sustanciales: a) las normas de DPI son de derecho interno, y b) carece de verdadera naturaleza internacional tanto en la fuente de origen de producción de las normas como en su aplicación.⁸⁴

⁸² Bassiouni, *op. cit.*, p. 55.

⁸³ Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁴ Para reforzar esta postura, que no deja de ser debatible, el autor sostiene que en la actualidad las normas que regulan el ámbito de aplicación de la ley penal o la competencia judicial y otras materias como la extradición, pertenecen en exclusiva al Poder Legislativo y al Poder Judicial de cada Estado, el cual en su ejercicio establece la aplicación de sus normas y la jurisdicción de sus tribunales, prácticamente sin limitaciones. Y no menos cuestionable, principalmente a la luz de las nuevas realidades jurídico-políticas del siglo XXI, resulta su aseveración de que es “incontestable”, la ausencia de disposiciones penales establecidas por la comunidad internacional “...y con ello la ausencia, en sentido estricto, de delitos y penas

Como se puede apreciar, Bassiouni reconoce que las diferentes definiciones formuladas en torno al DPI le han venido a asignar un contenido propio tan diverso como heterogéneo. Por ejemplo, por una parte, y coincidiendo con la formulación originaria, algunos pensadores como Jescheck limitan su objeto a las reglas que determinan los límites del poder punitivo de cada Estado; esto es, la legislación penal, en el sentido de que el Estado, tanto frente al delincuente como frente a los demás Estados, posee la facultad de ejercer la coacción jurídica a través del derecho penal en relación con una determinada acción. Y conforme lo subrayé anteriormente, frente a esta postura que reduce el DPI a los reducidos límites de los principios o criterios que rigen el ámbito espacial de la ley penal, pero que presenta cierta coherencia en la medida en que reserva la denominación para normas de naturaleza sustantiva, se encuentra otra posición indudablemente más extendida, que le asigna a la disciplina un contenido más amplio y complejo.

Y es precisamente aquí donde algunos juristas internacionales encontramos la frontera o el punto de convergencia con el DIP; es decir, desde Donnedieu de Vabres es tradicional agrupar en torno a este nombre no sólo las normas penales ya referidas, sino también aquellas que determinan la competencia jurisdiccional, el reconocimiento de las sentencias extranjeras, las disposiciones sobre entreatyuda o auxilio judicial y la extradición.⁸⁵

Para concluir con el estudio del pensamiento de este grupo de autores, considero que cualquiera que sea la propuesta que se adopte en cuanto a la denominación y contenido del DPI o del DIP, se deben tomar en consideración dos premisas: primera, el reconocimiento de la integración absolutamente heterogénea de instituciones que en la actualidad ambas ramas presentan, y segunda, la necesidad o la conveniencia de reservar ambas denominaciones exclusivamente para instituciones de naturaleza penal.

internacionales o de derecho internacional, y menos aún la existencia de organismos supranacionales capaces de sostener una hipotética justicia internacional”, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁵ Incluso otros autores les añaden figuras de derecho internacional público tipo el asilo político, como parte integrante de un DPI que agrupa en su seno institutos penales y/o procesales, con un denominador común: la presencia en todos ellos de elementos extranjeros o internacionales. Y al llegar a este razonamiento me pregunto si es lo mismo el que una institución de derecho penal interno contenga elementos internacionales, a que una institución jurídica sea, intrínsecamente, de naturaleza y origen internacional, que pueda o no contener elementos penales o procesales de derecho interno o de derecho internacional. Definitivamente, la respuesta es que se trata de hechos y situaciones diferentes, aunque convergentes, en el terreno de los hechos. De ahí que Bassiouni y sus seguidores estimen que el DPI y el DIP se constituirían tanto por los aspectos jurídico-internacionales del derecho penal interno como por los aspectos penales del derecho internacional, lo cual no deja de continuar siendo confuso.

Continuando con este breve repaso conceptual general, quisiera detenerme en el pensamiento de los nuevos juristas e internacionalistas europeos que comenzaron a influir en la doctrina internacional en materia criminal en los lustros iniciales del presente siglo XXI, y que continúan produciendo materiales que han sido bien recibidos por los especialistas y académicos de otros países de Europa, como Italia y Países Bajos, y en universidades de América Latina, México y del norte del continente africano. Tomaré como cabeza de este grupo a la española Alicia Gil Gil y a su mentor, el profesor José Cerezo Mir.⁸⁶ Ellos comienzan por afirmar que es imprescindible proceder a una clarificación terminológica, debido a la multiplicidad y diversidad de contenidos que durante décadas la doctrina ha venido otorgando a la expresión “derecho penal internacional”, al cual identifican con el conjunto de disposiciones que regulan la ley penal en el espacio —problemas de jurisdicción competente y de ley penal aplicable—, incluyendo también la regulación de la cooperación judicial y de la eficacia de sentencias extranjeras. Pero este uso ha sido criticado por resultar inapropiado. Se aduce para ello la incongruencia entre el título y el contenido: por una parte, no se trata de un derecho penal en sentido material, sino de normas de conflicto; por otra, no se puede calificar de derecho internacional, pues alude a normas de derecho interno.

Por ello, los autores se proponen reservar el término DPI para designar aquellas disposiciones emanadas de la comunidad internacional, con el fin de tutelar sus intereses fundamentales, a las que estarían directamente sometidos los ciudadanos de todas las naciones, y que serían aplicadas por órganos internacionales. Y por tal razón, sostienen que algunos doctrinarios han decidido denominar a la materia como “derecho internacional penal”, “derecho penal internacional público”, “derecho penal universal”, o incluso “derecho de las infracciones internacionales”, advirtiendo lo que resulta obvio: el contenido que los diversos autores han dado a estas denominaciones no ha sido tampoco uniforme. De ahí que Gil Gil y Cerezo Mir decidan concluir que en su opinión el problema prioritario al elegir una denominación es la delimitación del objeto de estudio, por lo que se inclinan —de manera inconsistente— por la expresión “derecho penal internacional”.

Mi crítica es simple al respecto: cuando ambos autores y sus seguidores desarrollan el término de DPI, lo que en realidad tratan de conceptualizar

⁸⁶ Gil Gil, Alicia, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, Tecnos, 1999. Consúltense principalmente el capítulo primero, *Derecho penal internacional*, que contiene tres partes: I. Derecho penal internacional. Precisiones terminológicas; II. Concepto de derecho penal internacional, y III. El camino hacia un Tribunal penal internacional permanente, pp. 23-65.

es en buena parte lo que otro grupo de autores identificamos como DIP. Y esto se convalida al analizar el contenido de los cuatro apartados en que se divide su obra y se estructura la demostración de su hipótesis; esto es: *i)* la protección de bienes jurídicos; *ii)* la distinción entre delitos internacionales y crímenes de Estado; *iii)* la distinción entre delitos internacionales y delitos transnacionales y transfronterizos, y *iv)* la aplicabilidad del derecho penal internacional. Es innegable que ellos logran demostrar la existencia de una nueva rama del derecho internacional, de carácter normativo penal sustantivo, autónoma e independiente del *ius puniendi* de los Estados, cuyos elementos constitutivos la hacen más internacional que estatal, pero que es a todas luces distinta de lo que ellos mismos denominan como DPI.

Por lo mismo, confirmo que estos pensadores europeos se inclinan por esta última denominación, atraídos sólo por una más fácil enunciación o una nomenclatura más inmediata, que antepone la forma “penal” sobre la “internacional”, cuando, por el fondo y el contenido de su exposición, se están refiriendo a lo que otro grupo de investigadores de diversas latitudes ubicamos como DIP, que, por el contrario, antepone la forma internacional a la penal.⁸⁷

3. *La necesaria diferenciación entre derecho internacional penal y derecho penal internacional: criterios de convergencia y complementariedad*

He referido puntualmente en anteriores publicaciones en materia penal, incluso en la propia *Revista Penal México* del Inacipe —donde abordé recientemente el delito de lavado de capitales en su dimensión transnacional— que cuando se estudia el tratamiento que se da actualmente en derecho internacional a los delitos y crímenes internacionales, surgen diversas posturas en la literatura especializada y al interior de la propia ciencia jurídica en cuanto a la denominación y contenido de tres disciplinas concretas: el derecho penal estatal (DP), el derecho internacional penal (DIP) y el derecho penal internacional (DPI). El problema es que estas denominaciones se utilizan frecuentemente sin precisarlas, por lo que su uso indistinto en la doctrina es una cuestión que va más allá de la simple *commodité* (conveniencia) o de *le confort* (comodidad), y que en nada abona a su precisión conceptual y a su estudio crítico, como lo previenen varios juristas france-

⁸⁷ Dondé Matute, Javier, *Fuentes del derecho penal internacional. Ensayos para el desarrollo del sistema de justicia internacional*, México, Inacipe, 2015.

ses.⁸⁸ En efecto, uno de los grandes debates teóricos de la actualidad estriba precisamente en diferenciar al DPI del DIP, asumiendo que no se trata de un asunto de semántica llana, sino más bien de fondo; *grosso modo*, el primero refiere al derecho penal nacional que tiene implicaciones con el derecho internacional, mientras el segundo, por el contrario, estudia los aspectos criminales del derecho internacional.⁸⁹

Al aplicar una o ambas disciplinas sobre conductas internacionales de cualquier tipo penal, como podrían ser los crímenes de guerra o de lesa humanidad, debe tenerse en cuenta que, por un lado, el DIP resulta de la convergencia de cuatro ramas del derecho, a saber: el derecho internacional público, el derecho penal, el derecho humanitario y los derechos humanos, situación que al mismo tiempo ha sido la causa de su ambigüedad como género autónomo; y por el otro, el DPI, arraigado territorialmente, tiene vocación nacional y no está por principio diseñado para enfrentar las nuevas exigencias penales en los ámbitos internacional y transnacional, siendo por tal razón necesario recurrir tanto al contenido como a las fuentes, así como al objeto, a los sujetos y al método del DIP, término que implica que es el derecho internacional el que debe determinar la elaboración de lo penal, y no al revés.

En realidad, con esta afirmación no se apela a algo nuevo, sino consabido, pues en esencia el DIPb y el DIPr son disciplinas hermanas y afines, con una matriz común; la primera, encargada de regular las relaciones públicas internacionales, y la segunda, las relaciones privadas internacionales,⁹⁰ pudiendo ambas combinarse y trabajar en coordinación para abordar los asuntos propios de las relaciones internacionales de carácter semipúblico o semiprivado, según sea el caso o así se aprecie. De ahí que sea correcto destacar la clara distinción que hay entre DIP y DPI. Es decir, que de la misma manera que los elementos nacionales, en cada Estado, modelan el derecho y, por ende, la ley penal en el área internacional, los elementos internacionales deben modelar la materia penal. Desde esta perspectiva,

⁸⁸ Todos ellos, grandes autores, doctrinarios y operadores en materia de derecho y cooperación internacional penal, como M. Cheri Bassiouni, Celso de Albuquerque (*Direito penal e direito internacional*, Brasil, 1978), Hervé Ascencio, Emmanuel Decaux y Alain Pellet. Para mayor referencia consúltese de estos tres últimos el libro *Droit international pénal*, arriba citado.

⁸⁹ De ahí que la primera acepción sea más apropiada en el terreno del derecho internacional privado (DIPr), mientras que la segunda lo sea en el ámbito disciplinario del derecho internacional público (DIPb). Ahora bien, como el derecho internacional es una unidad epistemológica, es válido y explicable que ambas disciplinas compartan áreas comunes que se superponen, se complementan o se entrelazan; pero sin que por ello deban confundirse.

⁹⁰ Boggiano, Antonio, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

sería erróneo pretender que la técnica y el sistema *penal nacional*, si cabe esta expresión como la que puede comprender todas las técnicas y sistemas penales nacionales, se aplique al ámbito *internacional penal*. Entonces, ante esta imposibilidad caben dos actitudes: una de renuncia, que, curiosamente, se pronuncia por la exigencia de la responsabilidad penal en casos como los de Nüremberg, ex Yugoslavia y Ruanda, y otra de afirmación, es decir, que se pronuncia por la elaboración de un nuevo DIP, que debe efectuarse a partir de lo internacional hacia lo interno, de “afuera hacia adentro”, y no de lo interior (estatal) a lo exterior (internacional), y sin forzosamente servirse de la técnica y de los sistemas penales nacionales.⁹¹

En abono a esta premisa, la doctrina mexicana moderna del derecho internacional privado (privatista), encabezada, entre otros exponentes, por Leonel Pereznieto Castro, José Luis Siqueiros y Jorge Alberto Silva Silva,⁹² han comenzado a desarrollar el estudio de lo que ellos denominan e identifican como DPI, en vez de referirse al DIP, en el sentido en el que yo lo asumo; y creo que tienen razón al hacerlo así, porque, ciertamente, se trata de un *ius puniendi* de naturaleza y contenido nacional e internacional a la vez. Empero, su visión corresponde más al marco del derecho internacional privado que del derecho internacional público, lo cual, lejos de contraponerse a mi planteamiento original, presenta una faceta diferente y muy interesante, que lo enriquece y diversifica, tanto en lo que toca a su ubicación en la teoría y en la doctrina como en la práctica jurídica cotidiana.

Y la razón por la que los privatistas incluyen el estudio del DPI como un capítulo del DIPr (parte especial), la explican ellos mismos cuando afirman que existen semejanzas entre sus métodos de solución, precisamente en lo que se refiere al conflictual, y aducen además que si no se abordara el DPI en esta materia, difícilmente podría abordarse en otra, afirmación con la que no estoy enteramente de acuerdo, porque hay otras disciplinas que lo contemplan, como el derecho internacional convencional, el derecho procesal internacional y el derecho internacional jurisdiccional. Y aunque al DPI se le ubica dentro de la gestión del Estado, mientras que al DIPr se le sitúa en el ámbito de las relaciones privadas internacionales, cabe advertir

⁹¹ Los juristas del *common law* no hacen dicha distinción, pues para ellos todo es *International Criminal Law*. Autores como Anne-Marie, La Rosa, *op. cit.*, se inclinan por el uso del término *derecho internacional penal* para describir el sistema normativo internacional dedicado a los aspectos penales o punitivos aplicables a la sociedad internacional en lo general y a los Estados e individuos infractores en lo particular.

⁹² Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, Oxford University Press, 2000. Se recomienda consultar precisamente el capítulo 12, denominado “Derecho penal internacional”, pp. 293-327.

que los campos de ambas ciencias no son hoy en día nítidos ni definitivos, es decir: ocurre una continua transformación, que tiende a difuminar las fronteras entre ellas. Esto mismo sucede cuando se recurre necesariamente al DIP y al DPI para enfrentar los delitos internacionales “clásicos” y los “modernos” (como los transnacionales económicos, financieros y cibernéticos, por ejemplo) aplicando distintos instrumentos y mecanismos de cooperación penal internacional, como: 1) informes sobre detenciones; 2) obtención diversa de pruebas; 3) situaciones de extradición y entrega a tribunales (nacionales o internacionales); 4) reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (estatales y/o supranacionales); 5) la jurisdicción internacional, y 6) la jurisdicción universal.

Otra razón que los privatistas aducen para incluir el DPI como tema del DIPr se refiere al método, pues el segundo, desde sus orígenes, ha tenido como objeto de estudio el derecho procesal internacional, y ahora la ayuda internacional para el proceso, disciplinas que se ubican dentro de la esfera de la función del Estado, más que en la de los particulares. Y dan otro argumento, en el sentido de que las técnicas conflictuales para resolver problemas del derecho represivo son y han sido parte de las técnicas objeto del DIPr, y no del DPI, lo cual, por cierto, también no es absoluto, y da pie a un debate que apenas se está iniciando en esta era de globalidad fáctica, donde lo público y lo privado tienden a entrelazarse cada vez con mayor frecuencia.⁹³ Sin embargo, se debe ponderar el hecho innegable de que, en efecto, existen problemas de DPI en lo que a técnicas y métodos de DIPr se refiere, como es el caso del derecho aplicable de las normas de aplicación inmediata y del derecho internacional uniforme.⁹⁴ Y es que en la actual sociedad transnacional existen cada vez más actos ilícitos y conductas cri-

⁹³ En este punto, es evidente que la propia existencia de la sociedad global confirma que la clara diferenciación entre derecho público y derecho privado ha dejado desde hace tiempo de expresar la realidad del derecho nacional e internacional, aun cuando tal distinción domina todavía los planes de estudios de las escuelas de derecho y de ciencias políticas y sociales. Empero, esta tradicional clasificación debe ser superada, pues “por su propia esencia y por la fuente de donde emana, todo el derecho es público”; aun así, la distinción arbitraria entre la rama pública y la privada obedece al predominio de los intereses que se tratan o regulan, aunque debe reconocerse que ambos intereses se van a mezclar, siendo imposible en la práctica actual delimitar fronteras claras entre unos y otros.

⁹⁴ Diferentes iusprivatistas latinoamericanos, como Stella-Marís, Biocca (*Lecciones de derecho internacional privado. Parte general*, Buenos Aires, Universidad, 1997), señalan que no obstante que la puesta en ejecución generalizada de la *lex fori* penal suele desalentar este tipo de estudios, además de que el derecho internacional penal carece de una especial relevancia dentro del derecho de los conflictos, se considera importante que el estudiante no ignore la localización de la ley penal y los problemas de su aplicación en el espacio, como ya lo pusieron en relieve diferentes pensadores de la escuela privatista francesa.

minógenas que tienden a producir efectos fuera de los límites territoriales de los Estados en donde se realizan, lo cual obliga a utilizar el DIPr para conocer los principios que rigen a cada entidad soberana y las vías de resolución de dichos casos de naturaleza punitiva.

Es también destacable el hecho de que en la mayoría de los países europeos y aun en algunos africanos y asiáticos, las soluciones de la ley penal no encuadran dentro del DIPr, mientras que la tradición americana plantea soluciones en materia de DPI que se establecieron en varios tratados y convenciones de DIPr (Lima y Montevideo) celebrados en Sudamérica desde la segunda mitad del siglo XIX. Asimismo, las normas penales objeto de estudio del DIPr son por lo común de *aplicación inmediata*, esto es, aquellas que rechazan la aplicación de las normas materiales extranjeras. De hecho, es el DIPr la disciplina que ha generado más jurisprudencia y doctrina general sobre las normas de aplicación inmediata (principalmente en materias civil, penal y mercantil), por lo que esta experiencia jurídica puede ser de gran ayuda para su mayor conocimiento y mejor tratamiento.

En la misma tónica, cabe recordar que, por un lado, las normas penales suelen tener también naturaleza de normas materiales, y en ocasiones de normas de conflicto, como sucede en los sistemas jurídicos internos, y que, por el otro, el DPI se discute frecuentemente en el ámbito de las políticas gubernamentales, o bien en las líneas rojas o de “primer impacto” de algunos medios de comunicación escrita, lo que suele distorsionar sus contenidos. Como ejemplos recientes de esta situación abundan numerosos casos en la experiencia de la compleja relación bilateral México-Estados Unidos, al igual que otros más, que han llevado al gobierno mexicano a atraer asuntos de la esfera local a la esfera federal. En efecto, esta “espectacularidad” a la que con frecuencia está sometido el DPI hace olvidar sus aspectos técnicos, que son bastante interesantes y de gran relevancia para el tratamiento de los crímenes internacionales y delitos transnacionales y el logro de la sana convivencia entre los individuos y las naciones en el convulso mundo actual.

Volviendo al DIPb, y en cuanto toca al contenido del DIP, considero que éste consiste básicamente de un conjunto normativo dispuesto en tres ejes de conocimiento, a saber: la *subjetividad* (los sujetos), la *objetividad* (el objeto) y, la metodología (el *método de aplicación* de la ciencia internacional penal), lo que en otros términos se entiende como los *autores* de los delitos internacionales, la *definición* de los delitos internacionales y la *represión* de los delitos internacionales. Ahora bien, conforme a un criterio estrictamente punitivo, el DIP sustantivo discurre sobre dos campos disciplinarios bien

definidos: el derecho de los *delitos penales internacionales*, y el derecho de las *sanciones penales internacionales*. De ahí que su función sea, como la del derecho penal interno, la protección de bienes jurídicos internacionales.⁹⁵ No obstante, esta acepción no define con suficiencia al derecho penal, ya que la protección de bienes jurídicos no es una función exclusiva de éste, sino que incumbe a todos los sectores del ordenamiento jurídico en general.⁹⁶

En otros términos, en tanto que el derecho penal protege los bienes vitales más importantes del orden interno frente a las formas más graves de agresión, el DIP protege, de los bienes vitales que constituyen el orden internacional, los que son más relevantes frente a las conductas típicas de mayor gravedad, que abarcan un abanico cada vez más extenso, incluye cientos de tipos penales que van desde los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el genocidio y la agresión, hasta los de naturaleza económica, financiera, monetaria, comercial, bursátil y cibernética, entre muchos otros más de reciente cuño.

III. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL: TRATADOS, COSTUMBRE, PRINCIPIOS, DOCTRINA Y RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA CRIMINAL

Las fuentes del DIP son, en lo general, similares a las del derecho internacional general, pero tienen carácter específico, en lo particular. Así ocurre con todas las ramas o campos especializados del derecho internacional moderno, como lo pueden ser el marítimo, el aéreo, el económico, el espacial, el social, el educativo o el cultural, entre otros más. Por ejemplo, al referirse a las fuentes en materia penal, el reporte del secretario general de las Naciones Unidas sobre el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia hace alusión especial al derecho convencional y al derecho de la costumbre: “El derecho aplicable por el Tribunal tiene como fuentes las reglas de derecho convencional y las reglas del derecho de la costumbre”.⁹⁷ De manera complementaria, el secretario general ha remarcado expresamente que el estatuto

⁹⁵ Becerra Ramírez, Manuel y González Martín, Nuria (coords.), *Estado de derecho internacional*, México, IIJ, UNAM, 2012.

⁹⁶ Fierro, Guillermo, J., *La ley penal y el derecho internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 5. Véase también Glaser, S., *Introduction à l'étude du droit international pénal*, París, Dalloz, 1989, p. 11.

⁹⁷ *Rapport du Secrétaire General*, Doc. O.N.U. S/25704, p. 33.

aplicable debe limitarse a los crímenes internacionales fundamentales “sobre las disposiciones de los instrumentos internacionales en vigor”.⁹⁸ Sin embargo, si los tratados no cubren suficientemente lo requerido de ellos a juicio de las partes contratantes, éstas se pueden basar en la jurisprudencia de un tribunal cuyas decisiones reivindiquen un valor universal, junto con la doctrina de los juristas penalistas internacionales más influyentes, que juega un papel importante, al igual que a los principios del DIP generalmente reconocidos. Así lo confirma el reporte cuando explica más adelante:

La aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal internacional aplique las reglas de derecho internacional humanitario que en lo posible formen parte del derecho consuetudinario, de manera que se solivante el problema resultante del hecho de que ciertos Estados, mas no la totalidad de ellos, son adherentes a convenciones específicas.⁹⁹

Este principio reconocido en derecho internacional demanda una aplicación estricta de las fuentes tradicionales en DIP (artículo 15-1, párrafo 1, del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos; artículo 22 del Estatuto de la CPI).

1. *Replanteamiento de la doctrina clásica de las fuentes del derecho internacional*

Antes de continuar con esta exposición, invito a revisar someramente lo que la doctrina clásica y moderna nos refiere sobre las susodichas fuentes tradicionales. Por fuentes se entiende las formas de manifestación del derecho internacional. Tradicionalmente se ha tomado el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que tiene su antecedente en el artículo del mismo número del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, como indicador “oficial” de las fuentes del derecho internacional general. La doctrina es unánime en este sentido; sin embargo, existe una gran discrepancia en lo que se refiere a la interpretación de sus alcances, como se podrá apreciar a lo largo del presente apartado. El artículo 38 del estatuto dice textualmente:

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 17 y 34; consultar también la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, que establece el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y el Reporte del secretario general, S/1995/134, p. 12; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, ch. 6.5.; TPI, excepciones preliminares, *D. Tadic*, IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, pp. 128-37.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 34; vease también TPI, App., *D. Erdemovic*, IT-96-22-A, 7 de octubre de 1997.

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes;

b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente adoptada como derecho;

c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas,

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.¹⁰⁰

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convienen.

Como ya antes se adujo, en cuanto a sus alcances, la interpretación del artículo 38 del Estatuto de la CIJ no es muy uniforme en la doctrina de derecho internacional, como lo hace notar Alfred Verdross,¹⁰¹ sobre todo en lo que se refiere a dos aspectos: el carácter ejemplificativo o enumerativo en las fuentes señaladas en dicha disposición y en la importancia jerárquica en que pudieran estar enumeradas las fuentes. Al respecto, hay una corriente mayoritaria en la ciencia del derecho internacional que considera que el artículo 38 en comento tiene una terminología puramente descriptiva, y “no tiene por objeto restringir en forma alguna la operación de las fuentes que se describen”.¹⁰² La interpretación contraria, es decir, la que considera que no hay más fuentes del derecho internacional que las señaladas en el precitado artículo 38, representa un obstáculo importante al desarrollo del derecho internacional, tanto general como penal. En efecto, la adecuación del derecho internacional a las relaciones internacionales que están en constante transformación no sería posible con la existencia de un sistema cerrado de fuentes del derecho. Por otra parte, hay que ponderar la reivindicación que hacen los países de Asia y África en el sentido de que no participaron en la elaboración del sistema jurídico internacional, y un sistema limitado de fuentes obstaculiza la creación de normas jurídicas de carácter más justo y democrático.

¹⁰⁰ El artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que “d) Las decisiones de la Corte no son obligatorias sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

¹⁰¹ Verdross, Alfred, “Les principes généraux de droit dans système des sources du droit international public”, en *Hommage a Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, p. 521.

¹⁰² Virally, Michel, “Las fuentes del derecho internacional”, en Sorensen, Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 1998, p. 153.

En lo que concierne a la importancia jerárquica en que pudieran estar enumeradas las fuentes, aunque algunos autores opinan que los tratados constituyen la fuente más importante de normas de derecho internacional,¹⁰³ en la práctica internacional esto no es así, ya que el juzgador ha aplicado indistintamente las fuentes sin tomar en cuenta un orden jerárquico.¹⁰⁴ Por ejemplo, en el caso Nicaragua contra Estados Unidos (por el minado de puertos, 1993), la Corte tuvo que resolver la controversia con base exclusivamente en la costumbre internacional. En este sentido, a mi parecer, por un lado, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ no debe verse como una camisa de fuerza que reprima la manifestación de la normatividad jurídica internacional, además de que deben asumirse las transformaciones cualitativas de la sociedad global; y por el otro, hay una corriente doctrinal muy crítica de dicho artículo que incluye a las mismas fuentes como objeto de su disertación; pero el problema es que no se ha generado una doctrina que se separe totalmente de este precepto legal, pues a lo más que se ha llegado es a ponerlo en la mesa de las discusiones y a interpretarlo en forma amplia, es decir, a no considerarlo cerrado. Pero la evidencia es concreta, y en definitiva la realidad terminará imponiéndose, pues la actual sociedad global es muy diferente a la que existía en 1921, año en que se puso en vigencia el antecedente del actual artículo 38.

En efecto, se ha constatado con más fuerza en los últimos años, y más aún a partir de la pandemia de Covid-19 y la irrupción de la nueva guerra fría que vive el mundo actual, que el derecho internacional ha seguido evolucionando, y debe desarrollarse de acuerdo con las necesidades de la comunidad planetaria, cuya característica sobresaliente es la globalización de los actores, los procesos y las interacciones; esto es, Europa ya no es el centro creador del derecho, ni son 51 los Estados que conforman la organización universal. Las relaciones internacionales son más complejas —en especial las relativas al mundo de las infracciones internacionales y de la represión penal de los crímenes transnacionales—, y se requiere una mentalidad más científica y con mayor apertura para aceptar y entender las nuevas manifestaciones jurídicas internacionales, como son las referidas a las materias y el objeto del DIP.

¹⁰³ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Curso de derecho internacional público*, t. I, Montevideo, 1979, p. 55.

¹⁰⁴ El mismo criterio expresó Adolfo Miaja de la Muela: “...no implica grados diferentes de jerarquía al menos entre tratado y costumbre... los principios generales del derecho pueden ser utilizados como reglas supletorias de la carencia de tratado y costumbre”, *Introducción al derecho internacional público*, Madrid, 1979, p. 98.

No obstante lo antes expuesto, y en el terreno específico del DIP, el artículo 21 del Estatuto de la CPI confirma, en principio, la aplicabilidad de las fuentes clásicas en derecho internacional general, pero con algunas interesantes particularidades:

Artículo 21

Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

c) En su defecto, los principios generales del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7o., la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

De la lectura de este precepto se puede desprender, primeramente, que no se menciona el derecho consuetudinario, en tanto que sólo se indican de manera general los “principios y reglas de derecho internacional”. Es decir, el artículo reconoce la existencia de principios generales de derecho internacional en lugar de la costumbre. Asimismo, en el inciso c) se considera a los principios generales de derecho derivados del derecho nacional como una fuente independiente, más subsidiaria de las otras fuentes. El párrafo 2 clarifica que la CPI podrá aplicar su propia jurisprudencia, lo cual parece corresponder más a la “regla del precedente con carácter obligatorio” propia del derecho anglosajón, más que a la práctica regional e internacional. Más notoria aún resulta la disposición del párrafo 3, que preceptúa que la aplicación e interpretación del derecho deberá ser compatible con los derechos del hombre y, en particular, el principio de la no discriminación.

En consecuencia, y este es el punto de vista de los actuales doctrinarios franceses,¹⁰⁵ el ER eleva los derechos del hombre al más alto rango de las fuentes del moderno derecho internacional general y penal, precisamente por encima de las fuentes de las que ellos mismos derivan. En este sentido, parecería preferible concebir el rol de los derechos humanos dentro del derecho internacional en vigor, y no al revés, o sea, que habría que ponderar jurídicamente la conveniencia de que el ER y sus reglamentos (que son derecho internacional general) estén sujetos a los derechos del hombre (que tienen un carácter más específico y particular).

En relación con lo anterior, convendría hacer una breve reflexión sobre las fuentes del derecho internacional en el caso de los derechos humanos, en el sentido de que su universalización inyectó indudablemente nuevos valores al sistema político mundial y a las relaciones jurídicas internacionales, lo mismo que a las fuentes del derecho internacional. Así, desde la percepción ortodoxa y conservadora de las fuentes del derecho internacional, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada a través de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948 (Resolución AG 217 [III] 1948), no es jurídicamente obligatoria.¹⁰⁶ De hecho, una buena parte de la doctrina latinoamericana y europea aun hoy la considera de naturaleza consuetudinaria, pues en sus orígenes esa era la intención; sin embargo, existe una importante tendencia para atribuirle carácter jurídico obligatorio a muchas de sus normas. Al respecto, la explicación es que éstas, a través de las reglas de la costumbre internacional, se convierten en jurídicamente obligatorias, o bien diversos tratados las han ido recogiendo en su contenido. Es aquí, precisamente, donde se encuentra otra de las deficiencias de la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional general, ya que no todos los fenómenos se explican por la doctrina imperante en este tópico.

Además, debe valorarse que algunos reconocidos internacionalistas¹⁰⁷ han notado acertadamente que los derechos humanos le han dado diferente

¹⁰⁵ Para obtener una mejor apreciación de estas posturas se recomienda el trabajo de Simma, A. Bruno y Paulus, Andreas, “Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit)”, *Droit international pénal*, cit., pp. 55-69.

¹⁰⁶ Realmente ésta es la doctrina prevaleciente, aunque en la práctica sea un documento con un contenido de una gran autoridad moral que ha inspirado legislaciones internas y sea el punto de partida de otros documentos jurídicos internacionales. Véase, por ejemplo, a García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos preocupación universal*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1960, 524 pp.

¹⁰⁷ Henkin, Louis, *International Law: Politics, Values and Functions*, *Recueil des Cours*, Académie de Droit Internationale, t. IV, 1989, p. 224; véase también Simma, Bruno y Alston, Philip,

forma y contenido a las fuentes de derecho, concretamente a la costumbre. Tómese en cuenta que la costumbre, como fuente jurídica, posee dos elementos: la *inveterata consuetudo* y la *opinio iuris*. Tradicionalmente, el primer elemento, la práctica, se refiere a los Estados en relación con otros Estados; en el caso de los derechos humanos, la práctica es interna a los Estados en relación con sus propios habitantes, y generalmente no hay reacción de otros Estados, y sin embargo no existe duda de que constituye también derecho internacional consuetudinario jurídicamente obligatorio.

Por otra parte, cabe advertir que la aplicación práctica de las fuentes tradicionales del derecho internacional general al DIP presenta algunos problemas, que vale la pena comentar. En primer lugar, las fuentes del derecho internacional general aplican a los Estados, y no a los individuos, mientras que en el DIP rige la represión de las infracciones para los individuos. Cuando, por ejemplo, las convenciones de Ginebra imponen a los Estados el deber de reprimir penalmente, según el derecho nacional aplicable, las infracciones graves al derecho ginebrino y la punición y extradición de individuos que violan esas reglas (*aut dedere aut judicare*, Convención de Ginebra I, artículo 49; II, artículo 50; III, artículo 129; IV, artículo 146; Protocolo Adicional I, artículo 85), ¿se podría hablar verdaderamente de un crimen internacional? Del mismo modo, si aquél está implicado en los términos del artículo 85, párrafo 5, del Protocolo I, que habla de “crímenes de guerra” y dentro del derecho consuetudinario, queda abierta la cuestión de otros elementos de la incriminación, tales como la intención y los motivos de exoneración. De esta manera, en tanto que los tribunales penales internacionales —excepción hecha de las prescripciones generales del artículo 7o. del Estatuto del TPIY y el artículo 6o. del TPIR— se apoyan únicamente en la costumbre y en los principios generales de derecho, así como eventualmente en otras fuentes de derecho, el Estatuto de la CPI codifica en detalle los crímenes (artículos 25, 30-33) y prevé la codificación ulterior de elementos constitutivos de los crímenes (artículo 9o.).

En adelante, un problema para el derecho consuetudinario reposa en la existencia de pocos antecedentes en cuanto a la represión de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidios, con la excepción de los crímenes de guerra nazis después de la Segunda Guerra Mundial. Así que difícilmente puede esperarse la formación de una práctica requerida por el derecho de la costumbre. Idéntica situación, e incluso más difícil aún, se presenta respecto del derecho internacional procesal o jurisdiccional antes

“The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus cogens, and General Principle”, *Human Rights Law*, Alon Philip (ed.), Great Britain, 1996, pp. 3-29.

de la creación de la CPI. Por eso fue importante que ésta adoptara finalmente las Reglas de Procedimiento y Prueba (véase artículo 15 del ER). En el artículo 38 estatutario se establecen reglas sobre la Presidencia, que son una forma de codificar un procedimiento penal internacional (véase toda la parte IV: “De la composición y administración de la Corte”). Además, el reglamento de procedimiento y prueba, una vez que fue codificado por los Estados partes (artículo 51), aportó una mayor legitimidad al instrumento en razón de los principios de la separación de poderes.

El derecho convencional ha padecido durante largo tiempo de la ausencia de un sistema coherentemente organizado que permita ensamblar el DIP. Por ejemplo, es poco explicable desde la lógica jurídica el hecho de que los actos aislados de tortura sean reprimidos por la Convención contra la Tortura y otras Penas o Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes, en tanto que los asesinatos dirigidos por un Estado no lo sean de ningún modo.¹⁰⁸ En adelante, con la adopción del ER, ciertas instituciones jurídicas están apenas reglamentadas, así como en el caso de los crímenes contra la humanidad; empero, denota lagunas específicas en materia de violaciones al derecho internacional de guerra en los conflictos internos, un aspecto de clara naturaleza criminal.¹⁰⁹ Los instrumentos convencionales existentes están aún incompletos. Por ejemplo, el artículo VI de la Convención para la Prevención y la Represión del Delito de Genocidio no ha creado una verdadera jurisdicción universal, amén de que no se ha precisado la jurisdicción territorial ni se cuenta con la competencia de un tribunal penal internacional que esté en pleno funcionamiento. Es evidente, además, que los instrumentos llegan a contradecirse unos con otros, como es el caso del artículo III de la Convención sobre el Crimen de Genocidio, que, por ejemplo, reglamenta la participación en un crimen de otro modo que el artículo 1o. de la Convención contra la Tortura o que el propio Estatuto de la CPI.

Igualmente, las diversas reglamentaciones nacionales son bastante diferentes, debido a la existencia de situaciones tales como la tradición continental, de vasta codificación de normas, y el *case-law* anglosajón.¹¹⁰ En efecto, el *common law* acepta en buena medida la jurisprudencia en la defi-

¹⁰⁸ Ratner, Steven R., “The Schizophrenias of International Criminal Law”, *Texas International Law Journal*, vol. 33, 1989, p. 237.

¹⁰⁹ Simma, Bruno y Paulus, “The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View”, *The American Journal of International Law*, vol. 93, núm 2, 1999; Graditsky, T., “La responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire applicable en situation de conflit armé non international”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 80, 1998, p. 29.

¹¹⁰ Para mayor referencia consúltese TPIY, Ch., *Ž. Delalic*, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, p. 159; App. *D. Erdemovic*, IT-96-22-A, 7 de octubre de 1997.

nición de los crímenes, en cuanto a su referencia con un caso-ley concerniente y previamente determinado, mientras que en la Europa continental se considera como una violación al principio *nulla poena sine lege* (véase el artículo 15 del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos). Para varios Estados difícilmente pueden derivar los elementos de los crímenes y el derecho procesal de “principios generales de derecho”. Es una realidad que los países anglosajones no aceptan que un procedimiento anteceda a un jurado, mientras que en Europa domina el procedimiento inquisitorial. Esta situación explica en parte la insistencia anglosajona de un procedimiento estrictamente reglamentado, en tanto que los países continentales o del *civil law* prefieren una codificación exacta de derecho material en vez de una reglamentación procesal precisa. Desde otra óptica, el *common law*, en particular el derecho estadounidense, autoriza las consideraciones con carácter político (*politics considerations*) en derecho penal, dándole así a la materia una dimensión más abierta que el derecho continental o romano-germánico.

Se presenta así la importante cuestión de la competencia para crear el derecho. En tanto que la teoría de las fuentes del derecho internacional se aplica solamente a los Estados, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió *motu proprio* poner en marcha los tribunales penales internacionales *ad hoc*. El Consejo declaró haber codificado el DIP en el cuadro del derecho existente, al menos en el caso del Tribunal para la ex Yugoslavia; empero, dicha codificación ha sido parcial en el rubro de crímenes contra la humanidad y en la concreción de los crímenes de guerra, contribuyendo poco al derecho existente. El Consejo tendió a abandonar esta conducta conservadora en el caso del Estatuto del Tribunal para Ruanda, al trasladar las normas aplicables en los conflictos internacionales a los conflictos internos:

[I]e Conseil de sécurité... a inclus dans la compétence *ratione materiae* des instruments qui n'étaient pas nécessairement consideres comme faisant partie du droit international coutumier ou dont la violation n'était pas nécessairement généralement considéré comme engageant la responsabilité pénale individuelle de son auteur.¹¹¹

Como se puede observar, este y otros señalamientos al respecto muestran el rol importante que han venido jugando las instituciones políticas interestatales en la codificación y el desarrollo del DIP.

¹¹¹ Rapport presentado por el secretario general de la ONU en aplicación del párrafo 5 de la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, Doc. O.N.U.S/1995/134, pp. 3, 4 y 12.

2. *La aplicación de las fuentes del derecho internacional general en el DIP*

En derecho internacional, la jerarquía general entre las fuentes de derecho no constituye un problema si se trata de dilucidar entre diversas normas concretas, sino más bien si se cae en la cuenta de que cada fuente de derecho tiene sus propias ventajas e inconvenientes. Hasta ahora parece quedar claro el hecho de que las fuentes tradicionales, los tratados y la costumbre no son ya suficientes para una jurisprudencia penal efectiva, sino que se requiere de otras fuentes, de otros medios; es decir, deben utilizarse otras bases de interpretación.

A. Los tratados y convenciones internacionales

Los tratados representan el núcleo duro del DIP. Comparados con la costumbre y los principios generales de derecho, las ventajas son manifiestas: claridad, precisión, carácter explícito, evidencia y vinculación indudable de las partes. Al ser necesario el voto de cada parlamento o Congreso nacional para su ratificación en la mayoría de los casos, los tratados disponen de una alta legitimidad. Aunque no son siempre universalmente ratificados, pueden contribuir a la clarificación del derecho existente y pueden constituir el punto de partida para arribar a un desarrollo de la costumbre. Ésta es, por ejemplo, producida por la definición de genocidio a través de la Convención sobre el Genocidio de 1948.¹¹² Sin embargo, las partes que no son contratantes no pueden de ningún modo ser vinculadas por los tratados, y con frecuencia no experimentan más que un mínimo consenso en un campo estrechamente limitado, o bien se constriñen a los grandes principios cuya aplicación directa no es del todo fácil o posible. Sólo una vasta codificación que permita el ensamble de un campo jurídico determinado puede compensar esta carencia.¹¹³

¹¹² “Reserves á la Convention sur le génocide”, avis consultatif, *C. I. J.*, Rec. 1951, p. 23, y “Application de la Convention pour la prévention et la repression du crime de génocide”, *C. I. J.* Rec. 1996, p. 595.

¹¹³ A pesar de las desventajas señaladas, que exageran varios tratadistas europeos franceses y anglosajones, los tratados representan —para quienes hemos dedicado parte de nuestra vida académica a su estudio y difusión— la expresión jurídica más acabada de las relaciones internacionales contemporáneas y la fuente suprema y esencialísima del derecho de gentes. Los tratados son el pilar fundamental del sistema jurídico supranacional, fomentan las relaciones entre las partes, y hacen posible la creciente internacionalización de la comunidad dentro de normas que contribuyen a la sistematización y desarrollo del derecho internacional general y del DIP. A medida que ambas disciplinas se diversifican y extienden, requieren

El Estatuto de la CPI representa, sin duda alguna, la tentativa más amplia y actual para crear un instrumento de tales características. Dicho corpus legal expresa precisamente que sus definiciones de crimen de genocidio, de crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra no valen más que “a los efectos del presente Estatuto” (artículos 6o., 7o. y 8o.). Asimismo, en el artículo 10 dispone que “Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”. Esto no modifica en nada el hecho de que las definiciones del Estatuto ya tengan una gran influencia sobre el desarrollo del DIP consuetudinario. Ahora bien, si se admite que la experiencia vinculatoria internacional representa un factor de capital importancia para los propósitos de este estudio, es importante conocer al menos a guisa enunciativa los principales tratados, acuerdos y convenciones —alrededor de 75 instrumentos a la fecha— que son actualmente reconocidos *lato sensu* por la comunidad de Estados, como fuentes del DIP convencional.

Como se puede apreciar, el derecho internacional de los tratados en materias *penal* y de *derechos humanos* se desprende y se autonomiza del derecho internacional general, y va más allá del nivel que ocupan las fuentes tradicionales del orden jurídico que rige para la comunidad de Estados. Constituye de hecho una de las disciplinas que más se ha desarrollado en los años recientes. De ser un derecho que se fue formando en la práctica internacional, con las convenciones de Viena de 1969, 1975, 1986 y otras a la fecha, amén de los estatutos de las diversas cortes y tribunales que operan hoy día, y los reglamentos especializados en rubros del delito penal y

más de los tratados, porque en ello radica su propio criterio de validez legal. La historia del derecho internacional se ha hilvanado frecuentemente como una historia de los tratados, pues son la fuente por principio y excelitud de derechos y obligaciones internacionales particulares, además de excelentes coadyuvantes en la formación de normas generales. Más numerosos que en cualquier tiempo pasado, con ellos se edifican la coexistencia y la cooperación en un amplio espectro de materias, como la penal, donde se identifican intereses comunes y se evidencia la interdependencia de los miembros de la actual sociedad global. Ésta requiere, por ello, cada vez más de normas y organización específicas, las cuales no pueden ser formuladas por la costumbre, lenta e imprecisa. Por vía de ejemplo, consideremos que no puede conseguirse la cooperación internacional en ciertas materias, como crímenes, delitos, sanciones y represiones penales, entre otras cuestiones más del quehacer humano, a menos que sean reguladas por tratados internacionales. Éstos son, pues, la manifestación más objetiva y concisa de la interrelación y la vida interactiva de los sujetos del *jus gentium*. Consecuentemente, su carácter universal guarda estrecha relación con el propio carácter universal del derecho internacional y de su función de homologar a todos los Estados frente a la ley. Véase a Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El estudio interactivo de los tratados internacionales en México. Problemática, negociación y aplicación en la práctica internacional*, México, UNAM, FCPS, 2017.

la represión criminal, pasa a ser un derecho codificado que converge con el derecho internacional consuetudinario, con un carácter innovador, y la introducción de nuevos principios y criterios de interpretación en estas importantes materias.

B. *El derecho internacional consuetudinario*

Desde el punto de vista de algunos autores franceses modernos, la costumbre universal es superior al derecho convencional en su campo de aplicación, porque es aplicable a todos los Estados. Sin embargo, no lo comparto del todo, porque la costumbre no tiene la claridad ni la seguridad jurídica del derecho convencional, aspectos que tienen capital importancia, tomando en consideración el principio *nullum crime sine lege* codificado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo párrafo primero estipula que

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Y en el párrafo 2 dice a la letra: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio o a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Obsérvese cómo la noción de “principios generales de derecho” remite a su uso en la costumbre, y no tanto a los principios generales del derecho en un sentido técnico. La costumbre y los referidos principios tienen en común el hecho de que no requieren ser formalizados, en la medida en que se derivan del comportamiento estatal y de las declaraciones de opinión del derecho nacional.¹¹⁴ La teoría del derecho consuetudinario ha tenido una notable evolución en los últimos lustros, y se encuentra en un proceso de transformación continua. El derecho de la costumbre “clásico” constituía el resultado de una observación de comportamiento efectivo del mayor número posible de Estados, deviniendo en derecho consuetudinario en

¹¹⁴ Daillier, P. y Pellet, *op. cit.*, p. 206. Por su parte, Roberto Ago, *Anuario Francés de Derecho Internacional*, 1957, pp. 14-62, que habla de “derecho espontáneo”.

el momento en que se materializaba la convicción de los Estados sobre el carácter obligatorio de su comportamiento. Sin embargo, dentro de la comunidad internacional actual, es apenas posible a nivel universal observar el comportamiento efectivo de un número suficiente de Estados, a menos que, de otro modo, los contactos diplomáticos en la ONU y en otras organizaciones internacionales se intensifiquen de manera que los argumentos jurídicos de los Estados sean relativamente fáciles de discernir, como ocurre con los tratados formales que resultan de una suerte de “Poder Legislativo” internacional.

En este sentido, el derecho de la costumbre está derivando poco a poco de declaraciones estatales más o menos oficiales, además de la doctrina fuertemente influenciada por la opinión pública. Se trata, dentro de la célebre terminología de René Dupuy, de una “costumbre salvaje”, diferente de una especie de “costumbre moderada” derivada del comportamiento efectivo de los Estados.¹¹⁵ Él también observa, en el campo de los derechos del hombre, un desapego del derecho internacional con relación al comportamiento efectivo de los Estados. Según Bruno Simma y Philip Alston: “...el proceso de elaboración de la ley se ha tornado así en un ejercicio auto-contenido de retórica”.¹¹⁶ Los dos autores hablan también de una “crisis de identidad” del derecho consuetudinario.

Cabe destacar que la mayor información judicial sobre la cuestión de las fuentes del derecho penal se encuentra en el primer juicio de la Cámara de apelación del TPIY en el asunto *Tadić*. La Cámara de apelación no excluyó, en principio, que el derecho consuetudinario puede modificar las normas convencionales, mas niega que este pueda ser el caso en lo concerniente a la aplicabilidad de las convenciones de Ginebra en los conflictos internos.¹¹⁷ El juicio evoca otra razón de evidente desventaja en el derecho internacional humanitario, de las declaraciones en relación con los actos efectivos: la imposibilidad de determinar el respeto al derecho internacional humanitario en el terreno de los hechos: “aquellos que han evaluado la formación de reglas consuetudinarias o de principios generales de derecho, conviene estar conscientes en que, por el carácter intrínseco de su campo de regulación, se deben basar esencialmente en elementos tales como las declaraciones oficiales de los Estados, los manuales militares y las decisiones judiciales”. Esto

¹¹⁵ Dupuy, R. J., *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, París, Pedone, 1974, pp. 75 y 76.

¹¹⁶ Simma, Bruno y Alston, Philip, “La identidad del derecho consuetudinario”, *Italian Year Book of International Law*, Austria, vol. 12, 1992, p. 89.

¹¹⁷ Véase el caso *D. Tadić*, IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, p. 83.

significa que no es mera casualidad que la costumbre y los principios generales se aproximen; renuncien en ocasiones al elemento de la práctica efectiva, frente a declaraciones puras y simples. En el párrafo 125 de la sentencia en cuestión, la Cámara de apelación utilizó las nociones “principios generales” y “derecho consuetudinario” de manera intercambiable, lo cual resulta inconsistente e inapropiado, por decir lo menos.

Por su parte, resalta también que la relación entre los tratados multilaterales y el derecho consuetudinario es particularmente delicada. Por un lado, los tratados multilaterales resultan frecuentemente de codificar el derecho de la costumbre existente. Por el otro, si bien el derecho consuetudinario anterior continúa vigente para las partes no contratantes, éste, en razón de un tratado que está en vigor, no se mantiene tal cual. Desde una óptica tradicional, la Corte Internacional de Justicia explica: “Para que una regla convencional sea considerada como una norma de derecho internacional general, se requiere al menos que, junto con un largo periodo de observancia, muestre una participación muy amplia y representativa en la convención, y satisfaga la condición de comprender a todos los Estados interesados”.¹¹⁸ En su jurisprudencia posterior, el máximo tribunal fue menos severo y flexibilizó sus criterios para el establecimiento de una norma general de derecho internacional a partir de una disposición convencional.¹¹⁹ En cambio, la Cámara de apelación del Tribunal para la ex Yugoslavia hizo hincapié en el reforzamiento mutuo que hay entre el derecho convencional y la costumbre.¹²⁰

Desde otra perspectiva, la costumbre internacional, particularmente en materia penal, ofrece dos características esenciales: la generalidad y la flexibilidad. Sobre la primera, la actuación de algunos Estados no es suficiente para crear una costumbre; es necesario que la mayoría de ellos participen en su formación, de manera expresa, o tácita, al aceptarla sin adoptar una posición contraria. Sobre la segunda, el derecho consuetudinario se diferencia fundamentalmente del derecho convencional en un punto que constitu-

¹¹⁸ Consúltese el caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, Corte Internacional de Justicia, Rec. 1969, pp. 3 y 73.

¹¹⁹ Mendelson, en *Cincuenta años de la CIJ*, Netherlands, 1996.

¹²⁰ “Las reglas internacionales relativas a los conflictos internos resultan de dos niveles diferentes: el del derecho consuetudinario y el del derecho convencional. Dos categorías de reglas que no son de modo alguno contrarias o incoherentes, más bien se sostienen y retroalimentan, para su mutua cristalización. De hecho la interacción entre estas dos categorías es tal que ciertas reglas de derecho convencional son progresivamente integradas al derecho consuetudinario”. Véase App., *D. Tadić*, IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, p. 98; consultar también caso *Furundžija*, IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998.

ye al mismo tiempo su mayor virtud: por no ser una fuente escrita, carece de rigidez, y puede evolucionar con la realidad, adaptándose a las nuevas situaciones. De este modo, una costumbre que no responda ya a las situaciones actuales puede ir cayendo en desuso hasta desaparecer, y otra puede irse formando para sustituirla. Empero, su desventaja está en su falta de precisión, y es muchas veces difícil determinar cuándo una costumbre está en plena vigencia o cuándo esa vigencia plena es discutible, ya sea porque la norma consuetudinaria ha caído en desuso o está cayendo en desuso, o porque estando en formación no se ha consolidado debidamente.

En especial, para el DIP esta situación es muy relevante; por ello, para evitar esta imprecisión, a través de la conclusión de tratados o convenciones multilaterales, se debe intensificar la codificación del orden normativo penal internacional, transformando a la “costumbre punitiva” en “derecho punitivo escrito”. De todo esto se puede concluir que, efectivamente, igual que en el derecho interno, la ley no ha eliminado totalmente a la costumbre; tampoco es de prever que en el derecho internacional general o en el DIP los tratados eliminen a la costumbre, que seguirá teniendo la función esencial de facilitar la adaptación del derecho a las realidades cambiantes de la sociedad global, “... antes de que la pesada maquinaria de conclusión de tratados multilaterales se ponga en marcha”.¹²¹

C. *Visión crítica de los principios generales del derecho*

El antes citado artículo 38, 1 c) del Estatuto de la CIJ establece que la Corte deberá aplicar “los principios generales del Derecho, reconocidos

¹²¹ Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 1993, p. 68. Señala el autor que el problema de determinar la naturaleza jurídica de la costumbre es, en el fondo, el problema central del derecho internacional. En efecto, es relativamente fácil admitir la fuerza obligatoria de los tratados; pero es muy difícil determinar el origen de la fuerza obligatoria de la costumbre y discernir su naturaleza jurídica. Triepel encontraba el fundamento del derecho internacional en la acción concertada de los Estados (*Vereinbarung*), y para él, la costumbre era una especie de *Vereinbarung* tácita, de acuerdo no expreso entre los Estados. Esta postura se identifica con la que adoptaron posteriormente los positivistas; pero su origen se encuentra ya en Grocio. Otra fórmula explicativa del problema la propone el jurista alemán Savigny, para quien como fiel exponente del iusnaturalismo, el fundamento hay que encontrarlo en una conciencia jurídica colectiva, en una conciencia universal sobre lo que debe ser el derecho, eliminando así el elemento voluntarista en la formación de la costumbre. Finalmente, para las teorías sociológicas modernas, la costumbre surge de la vida en sociedad, es un hecho social, y se impone a los Estados, no teniendo éstos otra opción que comprobar su existencia. La costumbre es, en suma, una fuente dinámica con una gran capacidad de adaptación a las realidades nacionales e internacionales cotidianas.

por las naciones civilizadas”. Esta disposición ofrece dificultades bastante grandes para determinar su contenido exacto. Los principios generales del derecho, en efecto, son distintos de la costumbre, pero en ocasiones es complicado deslindar ambos conceptos; tampoco puede considerarse que sean principios de derecho natural, porque se establece claramente que sean “reconocidos por las naciones civilizadas”. Desde mi punto de vista, un modo de aproximación al entendimiento de lo que son los principios generales del derecho sería el intentar distinguirlos de los principios del derecho internacional general y, consecuentemente, del DIP. Aunque el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia pasa por alto tal clasificación, considero, sin embargo, que hay lugar para hacer una diferencia entre estos diferentes sistemas de principios.

Al hablar de los principios generales del derecho, el ER se refiere seguramente a aquellos principios que son aceptados en el derecho interno de cada Estado, y que son susceptibles de aplicación internacional, lo cual elimina ciertos principios generales del derecho interno que no pueden trasladarse al campo de las relaciones interestatales e internacionales, como sería el principio de que las personas pueden recurrir unilateralmente al juez, que actualmente resultaría inaplicable a los Estados, a causa de la diferente estructura de la sociedad global.

Por cuanto a los principios del derecho internacional, serían aquellos que no tienen su origen en el derecho interno, sino que son propios del derecho internacional y se manifiestan en la vida de las naciones porque son invocados por los Estados o el juez internacional, sin mencionar expresamente su fuente; y al actuar de esta manera no están creando la norma, sino que, por el contrario, la consideran tan evidente, que por parecerles axiomática no tratan de justificarla o fundamentarla. Como es de suponer, esta categoría de principios es más difícil de distinguir de la costumbre internacional, que de los principios generales del derecho. En realidad, quizá el único criterio de distinción sería la permanencia, pues mientras la costumbre evoluciona, los principios del derecho internacional, por su mismo carácter de principios, de grandes líneas rectoras, deben permanecer inmutables.

La Corte Internacional de Justicia, en su sentencia relativa al Caso del Oro Monetario (o amonedado, como también se le conoce), del 15 de junio de 1954, emplea el término de “principios del derecho internacional”, al referir “...un principio del Derecho internacional bien establecido e incorporado en el estatuto, a saber, que la Corte no puede ejercer su jurisdicción respecto a un Estado, si no es con el consentimiento de este último”. En este punto, resalta la distinción que hace Verdross de ambos principios, porque

ilustra de modo claro el problema: “Los principios del derecho de gentes, son reglas aceptadas directamente en la práctica internacional como siendo de Derecho, mientras que los principios generales del Derecho han sido primero reconocidos por los Estados en su Derecho interno”.

Retomando lo preceptuado por el artículo 38 de la CIJ, éste ha sido interpretado por la mayoría de los doctrinarios en el sentido de que al hablar de los principios generales del derecho se refiere exclusivamente a los principios del derecho nacional, principios que, en virtud de su aplicabilidad universal, serían traspasables al derecho internacional. Al reposar este precepto en el reconocimiento de tales postulados por las naciones civilizadas, se sobreentiende que su sentido es lato, esto es, que comprende a la totalidad de los Estados. Empero, a mi modo de ver el debate sustancial no gira sólo en torno a la existencia misma de los principios de derecho internacional independientes, sino de saber si éstos caen en el supuesto comprendido por el artículo 38, o bien si ellos derivan de normas convencionales o de costumbres concretas. Para la práctica, la polémica no es de una importancia mínima. El artículo 21 del ER separa los principios generales de derecho internacional (inciso 1 b) —que comprende el derecho consuetudinario y los principios del derecho nacional— de los principios generales de derecho nacional (inciso 1 c).

En la aplicación de los principios generales del derecho, debe respetarse la diferencia de estructura entre el orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional, pues no todos los principios de derecho nacional son convenientes a un orden jurídico que reposa sobre la independencia de sus sujetos de derecho, los Estados soberanos. Al respecto, cabe preguntar en qué medida un principio general del derecho penal nacional debe ser modificado para adaptarlo a la estructura del orden jurídico internacional, lo cual no resulta fácil, dado que no sólo se requiere extrema prudencia por parte de los tribunales competentes, sino de tomar en cuenta con cuidado las características únicas del procedimiento penal internacional. La pregunta es pertinente si se considera que el propio ER remite en su artículo 21, inciso c), a los principios generales de derecho nacional a falta de tratados o de reglas consuetudinarias existentes, y al hacerlo asume que dichos principios son comunes a todos los sistemas jurídicos que se conocen en el mundo, y que observan algunas particularidades en su aplicación dependiendo de la tradición jurídica de que se trate y de las diferentes posturas doctrinales.

Por ejemplo, algunos pensadores dudan que estos principios constituyan una verdadera fuente del derecho internacional, ya que de ellos no se deriva ninguna norma; sin embargo, toda vez que se entiende por fuentes las

formas de manifestación del derecho internacional, en consecuencia, estos principios sí constituyen verdaderas fuentes del derecho internacional general, como del propio DIP. En mi opinión, los principios son particularmente relevantes en el ámbito de este último, pues son, en esencia, instrumentos de que dispone el juez de la causa criminal para resolver las *litis* en caso de lagunas, conformándose con esto un sistema jurídico penal completo donde no exista un caso sin respuesta jurídica. Estos principios generales del derecho se aplican tanto al fondo de los asuntos como al procedimiento penal.

Otra arista de la discusión doctrinal actual se centra más en la cuestión de saber si tales principios que señala el artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la CIJ pueden derivar de principios internacionales, que en la existencia de principios generales de derecho internacional, lo cual es posible esclarecer con el reconocimiento de consideraciones humanitarias, como se desprende del primer caso resuelto por la CIJ, donde declaró, entre otros postulados, que las obligaciones pueden fundarse no solamente en los tratados o en el derecho de la costumbre, sino igualmente “...sobre ciertos principios generales y ampliamente reconocidos, tales como las consideraciones elementales de humanidad”. El tribunal confirmó más tarde esta jurisprudencia en todo lo concerniente al crimen de genocidio.¹²² Asimismo, en el caso *D. Tadic*, el TPIY refiere a “consideraciones elementales de humanidad y de buen sentido” en tanto que justificación para la aplicación de disposiciones relativas a los conflictos armados internacionales y a los conflictos internos, sin indicar otra fuente de derecho. Adicionalmente, la Cámara de apelación del citado Tribunal explica que los principios y reglas del derecho humanitario reflejan “...las consideraciones elementales de humanidad ampliamente reconocidas como mínimamente obligatorias para la conducción de conflictos armados de cualquier tipo”. Sin embargo, se plantea la crítica de que las consecuencias concretas de tal caracterización son dudosas.

En efecto, el recurso a las consideraciones de humanidad es objeto de oposiciones formales que se refieren al hecho de que tal o cual disposición no sería del todo aplicable en el caso concreto, amén de que los principios generales de derecho internacional no pueden penalizar un comportamiento determinado sin la concurrencia y el apoyo del derecho consuetudinario o el derecho convencional, en razón de que no tienen la precisión que es

¹²² *Estrecho de Corfú*, CIJ, *Recueil*, 1949, p. 22. Asimismo, consúltese *Reservas a la Convención sobre genocidio*, opinión consultiva, C. I. J. rec. 1951, p. 23, *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*, excepciones preliminares, C. I. J. Rec. 1986, p. 14, 218 concerniente al artículo 3o. común de las convenciones de Ginebra.

requisito *sine qua non* del derecho penal y del DIP. Por su lado, conforme a la opinión doctrinal actual de la escuela penal francesa, en el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, que habla de “principios generales de derecho reconocidos por la comunidad de naciones”, no se refiere a principios generales en un sentido técnico, sino más bien a principios de derecho internacional general reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y, por tanto, transformados en derecho consuetudinario. Empero, los principios generales del derecho, al igual que el principio de la buena fe, juegan un papel importante en el derecho procesal cuando la regla *nullum crimen sine lege* no es aplicable.¹²³

Por otra parte, es importante destacar el papel que juegan los principios generales de derecho penal en el DIP y las contribuciones que al efecto ha hecho en su parte III (artículos del 22 al 33) el ER de la CPI. En su mayoría, se trata de principios generales del *ius puniendi* nacional, pero con amplia vocación internacional y susceptibles de aplicación, práctica y reconocida (derecho consuetudinario y convencional), en el ámbito de las relaciones penales entre los Estados. Se trata de los siguientes, que cito a continuación solamente a guisa enunciativa:

Nullum crimen sine lege. El artículo 22 (párrafos 1, 2 y 3) establece que nadie será penalmente responsable conforme al Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que se realice, un crimen de competencia de la Corte; que la definición de crimen será interpretada estrictamente y no será extensible por analogía, y, en caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de la investigación, enjuiciamiento o condena (aquí sería también aplicable el principio *in dubiis reus est absolutus* y/o el principio *in dubio pro reo*); amén de que nada de lo dispuesto en este precepto afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del Estatuto.

Nulla poena sine lege. El artículo 23 prescribe que quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el propio Estatuto.

Irretroactividad ratione personae. El numeral 24 (párrafos 1 y 2) preceptúa que nadie será penalmente responsable de conformidad con el instrumento por una conducta anterior a su entrada en vigor, y que, de modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

¹²³ Por ejemplo, el principio de la buena fe, TPIY, caso *T. Blaskic*, IT-95-14-AR108 bis, 29 de octubre de 1997, p. 68; caso *Ensayos Nucleares*, CIJ, Rec. 1974, p. 253.

Responsabilidad penal individual. De manera profusa y precisa, el artículo 25 (párrafos 1, 2, 3 [incisos del a) al f)]) comienza por señalar que, de conformidad con el instrumento, la Corte tendrá competencia sobre las personas naturales; que quien cometa un crimen de dicha competencia será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto, y que, conforme a éste, será penalmente responsable, y podrá ser penado por la comisión de un crimen de tal competencia quien cometa, ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen; o bien instigue directa y públicamente la comisión del crimen de genocidio. Finalmente, se señala que nada de lo dispuesto en el Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Exclusión de los menores de dieciocho años de la competencia de la Corte. El artículo 26 es conciso al referir que la Corte no será competente respecto de los individuos que fueren menores de dieciocho años en el momento de la presunta comisión del crimen.

Improcedencia del cargo oficial. Según el artículo 27, el Estatuto será aplicable por igual a toda persona sin distinción alguna basada en el cargo oficial; particularmente, el cargo oficial de un individuo, sea de jefe de Estado o de gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá razón para reducción de la pena. Además, se enfatiza en que 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 serán obstáculo para que el tribunal ejerza su competencia sobre ella.

Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Este principio que refiere el artículo 28 [incisos a) y b)]) es, sin demérito de los demás que incluye el instrumento, fundamental para el tratamiento eficaz de los crímenes de guerra, pues establece que además de otras causales de responsabilidad penal conforme al Estatuto por crímenes competencia de la Corte, el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes competencia de la Corte que hubieran sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes competencia de la Corte que hubieran sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre éstos.

Imprescriptibilidad. La explicación de este principio es directa, al tenor del artículo 29, el cual sostiene que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán; esto es, serán imprescriptibles.

Elemento de intencionalidad. El numeral 30 (apartados 1, 2 a) y b), y 3) precisa que salvo disposición en contrario, cualquier individuo será penalmente responsable y podrá ser penado por un crimen competencia del tribunal únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. Asimismo, y para los efectos del mismo precepto, se entiende que actúa intencionalmente quien: en cuanto a una conducta, se propone incurrir en ella; o, en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que tendrá lugar “...en el curso normal de los acontecimientos”. Igualmente, que, a los efectos de lo estipulado, por “conocimiento” se debe entender “...la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras «a sabiendas» y «con conocimiento» se entenderán en el mismo sentido”.

Circunstancias eximentes de la responsabilidad. El artículo 31 (apartados 1 a) al d), 2 y 3) consigna que sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta, padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o la naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley; estuviera en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley; actuara razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuera esencial para su supervivencia o la de un tercero, o de un bien que fuera esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, para un tercero o para los bienes protegidos; o hubiera incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona.¹²⁴

Error de hecho o error de derecho. La estipulación contenida en el artículo 32 es clara al subrayar que el error de hecho eximirá de responsabilidad penal

¹²⁴ Sobre este interesante tema de las circunstancias eximentes de la responsabilidad, recomiendo el libro Dondé Matute, Javier (coord.), *Eximentes de responsabilidad penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, México, Ubijus, 2019.

únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen, y que el error de derecho acerca de si una determinada clase de conducta constituye un crimen competencial del tribunal no se considerará eximente; empero, que dicho error *de jure* podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del ER.

Órdenes superiores y disposiciones legales. Finalmente, el artículo 33 establece que quien hubiera cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden militar emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que estuviera obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; no supiera que la orden era ilícita, y la orden no fuera manifiestamente ilícita. Y que a los efectos del precepto, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

Como corolario de estas apreciaciones sobre los principios del derecho como fuentes del DIP, conviene enfatizar que el artículo 38.1, c) del Estatuto de la CIJ se refiere a ellos como los “...reconocidos por las naciones civilizadas”, siendo esta norma además de un resabio del colonialismo que imperó en el pasado, una muestra más de la doctrina hegemónica que conculcó la autodeterminación y la capacidad de los pueblos para decidir por sí mismos sobre su propio destino. La expresión “naciones civilizadas” debiera omitirse de toda convención internacional, comenzando por la Carta de las Naciones Unidas, por ser obsoleta, discriminatoria y atentatoria de la igualdad jurídica y soberana de los Estados. Según se pudo apreciar en este apartado, los principios generales del derecho constituyen uno de los temas más debatidos en el mundo jurídico actual. Por citar algunos ejemplos: Le Fur considera equivalentes las expresiones “principios generales del derecho” y “derecho natural”. Strupp los concibe como principios de derecho interno aplicados a casos y situaciones internacionales. Anzilotti reflexiona en ellos como un procedimiento técnico de interpretación. Scelle sólo reconoce como fuentes del derecho internacional a la ley, a la costumbre y a la jurisprudencia, y sostiene que el artículo 38.1, c) en realidad discierne a las costumbres generales bajo el nombre de “principios generales de derecho”. Y así, podríamos revisar numerosas aportaciones de la doctrina clásica y moderna sin encontrar una respuesta enteramente satisfactoria.

Sin embargo, considero que una respuesta aceptable es la que propone el jurista mexicano Eduardo García Máynez, quien al respecto sostiene que “...sea cual fuere la posición que se adopte frente al problema, creemos

que en cualquier caso debe la equidad ser considerada como principio general de derecho, y, en realidad, como el primero de ellos o el supremo, ya que sirve de base a todos los otros”.¹²⁵ En consecuencia, parecería ociosa la discusión de Scerni, Gianni o Cosentini, en torno a si este artículo se refiere a los principios generales del derecho o a los principios del derecho internacional, lo cual podría también esclarecer su aplicación en el igualmente debatido campo del DIP.

3. Otras fuentes del derecho internacional penal

Además de las denominadas “fuentes clásicas”, a saber: los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, hay otras fuentes que son frecuentemente discutidas. A falta de un reconocimiento general, no se trata de fuentes de derecho en un sentido propio, sino de elementos para determinar la existencia de fuentes reconocidas y coadyuvar a su interpretación. De ahí que también se les denomine “fuentes subsidiarias”. Por ejemplo, en la decisión *Delalic*, el TPIY distingue de modo pertinente entre las disposiciones obligatorias y las disposiciones no obligatorias, atribuyéndole a ambas, características importantes. Las primeras están referidas por separado por el Estatuto del Tribunal y las reglas aplicables, como el Reglamento de Procedimiento y Prueba, así como las fuentes de derecho reconocidas. Las segundas consideradas como los trabajos preparatorios, las expresiones de voto del Consejo de Seguridad o los Reportes del Secretario General de la ONU.¹²⁶ *Mutatis mutandis*, esta lógica aplica para las otras fuentes aquí enumeradas. La siguiente descripción se limita a las denominadas fuentes subsidiarias, o, también dicho a los medios de interpretación debatidos con mayor frecuencia en el DIP.

A. *Jurisprudencia (decisiones judiciales nacionales e internacionales) y doctrina*

Señala el artículo 38 del Estatuto de la CIJ en lo relativo a las decisiones judiciales y la doctrina: “d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de lo dispuesto

¹²⁵ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1980, p. 377.

¹²⁶ Revisar el caso *Z. Delalic*, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, p. 168.

en el artículo 59". Este último prescribe: "las decisiones de la Corte no son obligatorias sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido"; de lo que se puede deducir que las decisiones judiciales y la doctrina son solamente medios auxiliares, o sea, no son una verdadera fuente, ya que una sentencia no puede basarse exclusivamente en decisiones judiciales anteriores. Además, las decisiones de la Corte tienen las características de relatividad: son válidas para las partes y para el caso concreto que resuelven, de acuerdo con lo señalado por el propio numeral 59. Y sobre la doctrina, no se trata de cualquier doctrina, sino sólo la de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, también como un medio auxiliar del juzgador, y esto es entendible, dado que el especialista opina e investiga o explica, pero no crea derecho internacional. Profundicemos al respecto.¹²⁷

Las sentencias judiciales no obligan al juez internacional, y su utilidad estriba en que son indicadores del derecho internacional, fundamentalmente de la costumbre y de los principios generales de derecho. Las decisiones de los tribunales internos también tienen importancia como medio de conocer la actitud de los Estados en determinadas cuestiones relativas al derecho internacional, pero, es obvio, no pueden ser consideradas como fuentes verdaderas, porque no tienen el papel de órgano del Estado encargado de las relaciones internacionales. Los juicios de los tribunales nacionales no son mencionados de manera expresa en el precitado artículo 38, y aunque no asumen una posición competente y jurídicamente obligatoria, forman parte de la práctica estatal y pueden contribuir a la formación del derecho consuetudinario. Al mismo tiempo, resultan indispensables para la comprensión de los principios generales de derecho, particularmente en ramas muy especializadas y actuales, como la internacional penal. Así se

¹²⁷ A pesar de las limitaciones que se aducen respecto de esta fuente auxiliar, la CIJ y los actuales tribunales penales internacionales *ad hoc* le han dado, en la práctica, una relevancia mayor que la que en principio parece corresponderle. Al respecto, cito a la letra algunas consideraciones que sobre ese particular nos obsequia el jusinternacionalista danés Max Sorensen, *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 1998, p. 178: "La Corte Internacional misma se refiere constantemente a sus decisiones anteriores. El valor ilustrativo de estas decisiones depende de la autoridad de la Corte y del procedimiento mediante el que se dictan y no de su fuerza obligatoria, lo cual queda limitado al círculo de las partes, y a la orden o mandato efectivo... Los tribunales de arbitraje, aunque no se encuentran constituidos del mismo modo que la Corte Internacional, y no están establecidos por un tratado multilateral como ésta, dictan sus laudos sujetos a los mismos resguardos procesales, y por ese motivo tienen alta autoridad. La Corte Internacional hace referencia a esos laudos con gran frecuencia... El confiar en las decisiones judiciales y arbitrales para la determinación de las normas de derecho, ha llegado a ser una parte importante y habitual de la práctica internacional. Ello permite conferir una certidumbre a las normas consuetudinarias, que de otro modo no tendrían, y así facilitan en gran parte su aplicación".

entienden y se establecen dentro de la práctica jurisdiccional de los tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.¹²⁸

En el campo del DIP se nota particularmente que a pesar de las reservas que puedan hacerse a la jurisprudencia como fuente auténtica, se observa en los tribunales internacionales, convencionales y penales, una tendencia creciente a apoyarse en anteriores decisiones, como expresión del derecho existente. Por vía de muestra, en algunos fallos de la CIJ se encuentran las siguientes referencias a su propia jurisprudencia, o de la CPJI o de otros tribunales, como los *ad hoc* a que he referido con frecuencia en esta investigación:

...como lo ha dicho y repetido la Corte Permanente de Justicia Internacional... [*Asunto Nottebohm*”, del 6 de abril de 1955, “*Recueil*”, 1955, p. 24], ...siguiendo en esto la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional... en el [*Asunto relativo a ciertos empréstitos noruegos*”, en “*Recueil*”, 1957, p. 23], ...no encuentra ningún fundamento en la práctica internacional, ni en la jurisprudencia y la doctrina internacionales... [*Composición del Comité de Seguridad Marítima, de la Organización Consultiva Marítima Inter gubernamental*”, en “*Recueil*”, 1960, p. 169]”, entre otros casos.

Se aprecia así que en el DIP se hace evidente la particular relevancia que tienden a desempeñar las decisiones judiciales penales y el derecho consuetudinario de naturaleza punitiva. La jurisprudencia penal contribuye muy directamente al funcionamiento de la costumbre y complementa el todavía incipiente derecho convencional penal y, ciertamente, desempeña con frecuencia un papel decisivo en el desarrollo del DIP; empero, sin llegar a constituir —como ocurre en el derecho internacional general— una fuente distinta por sí misma.¹²⁹

¹²⁸ Véase el caso *D. Erdemovic*, las opiniones Li, P. 4, Cassese, pp. 14 y ss., Vohrah/McDonald, pp. 56 y ss.

¹²⁹ Respecto al elemento de equidad en las decisiones judiciales y arbitrales, conviene tomar en cuenta algunas apreciaciones que nos serán muy útiles para comprender sus alcances en el campo del DIP. Debido a que el artículo 38 (2) de su Estatuto autoriza a la CIJ para decidir casos *ex aequo et bono*, si las partes así lo convienen, ella puede abstenerse en dichos casos de aplicar las reglas de derecho internacional. En esos casos, la regla de derecho o bien es complementada, o atemperada o hasta ignorada por completo, pues las partes han estado de acuerdo en que su rigurosa aplicación habría de conducir a resultados injustos (como también lo advierte el jurista francés Charles Rousseau). Precisa Sorensen (*op. cit.*, p. 180) que “...el recurrir a una especie de equidad hace posible que se puedan tener plenamente en cuenta las circunstancias especiales del caso sin atender a reglas que son, necesariamente, de carácter general. Por definición, las decisiones *ex aequo et bono* no admiten generalización alguna y no pueden contribuir a la formación de normas del derecho internacional. De

Con relación a la doctrina de los juristas o publicistas, se debe enfatizar que a pesar de ser también considerada un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, históricamente ha sobresalido o disminuido su importancia en función del grado de desarrollo y de maduración de la ciencia jurídica; esto es, su importancia fue mucha en el derecho internacional general cuando los tratados y la costumbre eran escasos o indeterminados, mientras que actualmente tiende a disminuir su impacto en la medida en que el derecho consuetudinario y el derecho convencional han ido evolucionando, consolidándose y sistematizándose. Este mismo axioma es útil para afirmar que en el DIP la doctrina de los publicistas es, en consecuencia, notoriamente relevante dadas las cualidades de novedad, insuficiencia, inexperiencia y desarrollo incipiente que tienen la costumbre internacional penal y el derecho convencional punitivo.

De ahí también que algunos libros producto de investigaciones posdoctorales, como el presente, deban apreciarse en su justa dimensión al contribuir doctrinalmente y desde la perspectiva de una auténtica escuela mexicana de pensamiento jurídico internacional, al conocimiento y comprensión del derecho internacional general, del DIP y de los derechos humanos. En estos precisos momentos, la nueva doctrina internacional penal puede facilitar en mucho la búsqueda de la norma jurídica, pero sin pretender que la opinión doctrinal simple y llana tenga peso específico notorio ante el juez internacional o ante las nuevas magistraturas penales, pero sí se busca que sea atendible por parte de los magistrados de la CPI —como la mexicana Socorro Flores Liera, recientemente designada como jueza de la Corte—, por el nuevo fiscal Karim Khan, o por los fiscales habilitados de los tribunales internacionales establecidos —de Nüremberg a Sierra Leona— para la represión de crímenes internacionales de guerra, de lesa humanidad, de genocidio o de agresión.

En lo que concierne a la vieja Corte Permanente de Justicia Internacional, cabe recordar que ésta llegó a emplear fórmulas que pueden asimilarse a la doctrina; por ejemplo, la de “opinión general” (en el asunto del *Wimbledon*) o de “opinión cuasi universal” (en el asunto de las *Colectividades Alemanas en Polonia*). Y la propia CIJ de las Naciones Unidas se ha referido

todos modos, en este campo, la práctica que existe es muy escasa y la poca que hay está circunscrita a los tribunales arbitrales... A la Corte Internacional aún no se le ha pedido que decida ningún caso *ex aequo et bono*”. Por lo que concierne al complicado ámbito del DIP, no es fácil imaginar que la CPI o los tribunales penales internacionales *ad hoc* pudieran, por ejemplo, emitir fallos ignorando el derecho para optar, a petición de las partes en *litis*, decidir conforme a la equidad. De hecho, el ER o los estatutos de 1993 y 1994, ignoran por completo alguna mención en este sentido.

expresamente a la doctrina, cuando buscó una definición de la nacionalidad “...según la práctica de los Estados, las decisiones arbitrales y judiciales, y las opiniones doctrinales” (sentencia relativa al asunto *Nottebohm*, del 6 de abril de 1955), y también en el dictamen sobre la “...Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental”, al hablar de la jurisprudencia, y en la que se menciona claramente a la doctrina internacional, al lado de la jurisprudencia.

Como ocurrió en el pasado con el derecho internacional general, hoy el DIP tiene un contenido impreciso y carece aún de certidumbre, por lo que es difícil determinarlo todavía, ya que sus reglas son relativamente escasas y poco eficaces, por lo que la doctrina avanzada y profusa habrá de jugar un papel fundamental para su estructuración, desarrollo y difusión, como bien lo advertía el teórico francés Michel Virally. Y esto resulta ser así porque el propio derecho internacional general, con siglos y siglos de evolución, continúa siendo, en muchos de sus aspectos e institutos, difícil de descubrir e interpretar. En tal virtud, las investigaciones de los estudiosos —principalmente de países medios y en desarrollo— seguirán siendo muy útiles, no sólo para precisar el derecho positivo, sino también como guía para su desarrollo y como medio para llenar sus deficiencias, siendo muy necesario, al considerar las enseñanzas de los publicistas, no ignorar las opiniones que se originan o prevalecen en las diferentes regiones del mundo.

Al efecto, las obras individuales y los trabajos de sociedades ilustradas, con cobertura y alcances internacionales, tienen especial autoridad; por ejemplo, el Instituto de Derecho Internacional (1873), el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, la International Law Association (1873), la American Society of International Law (1906), el Instituto Americano de Derecho Internacional (1912), la Academia de Derecho Internacional (1923), así como la Asociación Internacional de Derecho Penal (1924), entre otras instituciones de vanguardia.

Asimismo, las *opinio juris* particulares y las opiniones disidentes de los jueces de las cortes generales internacionales y de los tribunales penales internacionales *ad hoc* también deben ser tomadas muy en cuenta. Ellas son de gran importancia, no sólo por la reputación y los cargos de sus autores, sino también en virtud de las condiciones en que producen sus criterios y observaciones. En esta tesitura, podría decirse que a dichas opiniones corresponde una jerarquía intermedia entre las enseñanzas de los publicistas y las decisiones judiciales. De igual manera, la Comisión de Derecho Internacional —que constituye a la vez un cuerpo cuasilegislativo de publicistas que actúan con su respectiva capacidad personal y como institución internacional— realiza también un trabajo doctrinario de extraordinaria calidad

y de gran autoridad.¹³⁰ También son dignas de mencionarse las opiniones jurídicas preparadas por las secretarías de las organizaciones internacionales en el desempeño de sus funciones.

B. *Las resoluciones de organismos internacionales.*

El derecho suave o soft law

Hoy día asistimos a una etapa histórica en la que se perfila consistentemente la actuación unilateral heterónoma creadora de normas jurídicas impuestas a los Estados soberanos, por el conducto de los organismos internacionales. Aunque en la presente transición todavía es preponderante la voluntad soberana de los Estados, ésta se combina con una clara tendencia al supranacionalismo;¹³¹ esto es, la sumisión del Estado a las decisiones adoptadas por instituciones de naturaleza y carácter supraestatal. En las dos últimas décadas del siglo XX comenzó a plantearse el valor jurídico

¹³⁰ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *Estudios avanzados de derecho internacional en ciencias políticas y sociales*, México, UNAM, FCPS, 2008. Capítulos II y III sobre la Comisión de Derecho Internacional, pp. 49-118.

¹³¹ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “La organización internacional como subdisciplina, subsistema y paradigma de las relaciones internacionales contemporáneas: aproximaciones teóricas, interdisciplinariedad y reestructuración general”, *Relaciones Internacionales*, núm. 68, oct.-dic., México, FCPS-UNAM, 1995. Aquí se destaca lo siguiente: “En sentido amplio, considero que todas las organizaciones internacionales son supranacionales; todas poseen, al menos, un cierto grado de supranacionalismo. En la escala o gradiente de «supranacionalidad» se encuentran precisamente semejanzas y diferencias entre unas dependencias y otras: hay organismos más supranacionales que otros. En un sentido más estricto, por el contrario, el supranacionalismo sería la característica que adquieren algunas instituciones internacionales en la medida en que son hábiles y capaces de ejercer una autoridad indiscutible y un poder coactivo al exterior de la organización, es decir, un poder para imponer políticas y decisiones con carácter de obligatorias. Este carácter exógeno del supranacionalismo constituye su contexto histórico. Refleja en primer término un poder interno de la propia dependencia que se manifiesta hacia fuera y que permite a la organización tener personalidad jurídica propia, autonomía real, independencia política, presupuesto «autocontrolable», recursos estratégicos, un régimen jurídico obligatorio por consentimiento de los miembros, mecanismos persuasivos, apercibimientos y coacción para el mantenimiento del orden, y capacidad de aplicar sanciones... una organización internacional es *supranacional* también en la medida en que sea capaz de imponer políticas locales o regionales. El supranacionalismo no es una figura jurídica, ya que este aspecto queda cubierto por la formalidad constitucional y la personalidad detentada... se manifiesta con base en la existencia de un fundamento ideológico común, pero este no es requisito *sine qua non* para todos los casos, tal y como lo muestran las organizaciones de vocación universal como la ONU, o regionales como la Unión Africana que poseen un sistema más o menos coherente en el que no se requiere de una cohesión ideológica” (p. 27).

que puede tener tal tipo de resoluciones, atendiendo al hecho de que estas entidades son creadas por los Estados mediante un tratado constitutivo, en el que se establecen los órganos y las reglas de procedimiento y definen las competencias y funciones de la institución.

En el ámbito de los poderes y prerrogativas que les han sido atribuidos, y de acuerdo con los procedimientos establecidos, todas las organizaciones sin excepción tienen la facultad de expresar, mediante determinados actos de sus órganos, una voluntad propia, jurídicamente distinta de la de los Estados miembros. Incluso, puede sostenerse que han sido creadas con la finalidad esencial de adoptar actos propios en el marco de la cooperación internacional institucionalizada para cuyo fortalecimiento fueron creadas.

Ahora bien, los términos empleados para calificar tales actos son muy distintos y heterogéneos, como también lo son los efectos jurídicos que conllevan. Ciertamente, no existe una terminología unívoca para calificar los actos propios —unilaterales— referidos: se habla así de decisiones, declaraciones, reglamentos, notas, directivas, estándares, resoluciones, recomendaciones, prácticas, normas, anexos, entre los más comunes. No debe considerarse, por lo demás, que la denominación del acto permite la identificación de sus efectos jurídicos; incluso en el seno del sistema institucional un mismo término puede ser empleado para designar resoluciones de efectos jurídicos diferentes. Este es el caso, por ejemplo, de las recomendaciones de las instituciones comunitarias, que en el ámbito de la CEEA designan un acto obligatorio en cuanto al resultado (artículo 14, TCEA), mientras que en el sistema de la CE y de la CEEA reducen sus efectos al sentido etimológico del término, no siendo por tanto vinculantes (artículos 189, TCE, y 161, TCEA). Por tal razón, considero la conveniencia de referirse genéricamente a la palabra “resoluciones”. Determinar los efectos jurídicos de éstas y, por consiguiente, apreciar si y hasta qué punto son capaces de crear derechos y obligaciones para sus destinatarios, es una cuestión tan vigente y nodal como difícil de encuadrar en una teoría general.

Al respecto, apunta Remiro Brotons:

La impresionante proliferación de Organizaciones interestatales —de fines generales o específicos, universales o intercontinentales (casi un centenar) o regionales (cerca de trescientas)— así como la diversificación de sus estructuras y medios de acción y, con ellos, su creciente papel en los más diversos ámbitos de las relaciones internacionales, son elocuentes. En proporción directa se encuentran el volumen y la variedad de las resoluciones adoptadas en su seno. Para advertirlo basta, por ejemplo, con dirigir la mirada a las coleccio-

nes de resoluciones adoptadas por los órganos de las NU o a las páginas del *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.¹³²

Como sostengo en trabajos anteriores, al ser tributarias de los rasgos esenciales de su subjetividad internacional, secundaria y funcional, la capacidad de las organizaciones para adoptar resoluciones jurídicamente vinculantes en el ámbito de sus competencias depende de la voluntad de los Estados miembros manifestada originariamente en su derecho fundacional u originario o tratado constitutivo, y, consecuentemente, no todas disponen del mismo poder o de un mínimo común de capacidad. El acto de una organización puede materializarse desde una mera recomendación, cuyos destinatarios son invitados, pero no obligados, a seguir un determinado comportamiento, acción o abstención (por ejemplo, recomendaciones de la Asamblea General de la ONU, artículos 10 al 14 de la Carta), hasta una norma directamente aplicable en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, incluso, con primacía sobre sus leyes (por ejemplo, reglamentos comunitarios, —artículo 189, TCE— o las disposiciones reglamentarias de la ANSEA o del Mercosur, entre otras).

La capacidad decisoria de la institución intergubernamental podría ser establecida, por otro lado, como un poder implícito de aquella, en atención a las necesidades del ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos, y aun en virtud de su práctica establecida, esto es, las normas de derecho internacional consuetudinario a las que la actividad de la organización haya podido dar lugar, admitidas ya entre las reglas de la organización en convenciones internacionales de particular actualidad y relevancia.¹³³ Por consiguiente, debe enfatizarse que, como en los demás aspectos que afectan a su funcionamiento, la facultad de las organizaciones interestatales —y, más concretamente, de sus diferentes órganos— para adoptar actos jurídicamente vinculantes ha de decidirse en el marco de cada organización.

En la medida en que tales facultades existan, las resoluciones, actos unilaterales de la institución, pueden considerarse fuente autónoma del derecho internacional, general y penal, si bien de carácter secundario o derivado, pues se encuentran jerárquicamente subordinadas a las normas de las que se originan: las reglas de la organización, en particular, las revisiones

¹³² Remiro Brotons, Antonio, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana, 1998.

¹³³ Por ejemplo, los artículos 1.34 de la Convención de 1975 sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales, y 2.1.j de la Convención de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

expresas o implícitas de su derecho originario, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con ellas y su práctica establecida.

Sin embargo, con frecuencia, la Constitución no nos da la respuesta precisa. Es el caso de la Carta de las Naciones Unidas, que no da la definición jurídica de la recomendación a pesar de conferir a los órganos principales de la organización —excepto al secretario general— la facultad de hacer recomendaciones y regular cuidadosamente el ejercicio de dicha atribución. Aquí coincido con Max Sorensen en que no basta con decir simplemente que “las recomendaciones no tienen fuerza obligatoria”, puesto que una fórmula tan radical y excluyente deja de indicar la fuerza jurídica que una recomendación podría llegar a tener. Por tanto, lo que se requiere es un análisis de los elementos que contribuyen a producir dicha fuerza, especialmente del carácter jurídico, de la relación entre el órgano que hace la recomendación y aquéllos, ya sean Estados u otros órganos a los que se dirigen.¹³⁴ Ya señalé anteriormente que la práctica de la institución es no menos importante para suplir las disposiciones de su instrumento constitutivo cuando éste no es suficiente para los efectos de su interpretación,¹³⁵ aparte de las reglas consuetudinarias que puede originar dicha práctica, posibles de ser aplicadas aun más allá de la esfera de la organización.

Cabe agregar que la evolución del derecho consuetudinario aplicable a las conferencias internacionales también reviste particular relevancia, pues los problemas que surgen en la celebración de todas las conferencias de hecho son muy similares, y rara vez se resuelven por tratados antes de su convocación. De modo que en la práctica surgen reglas referentes; por ejemplo, a la competencia de las conferencias para determinar su propio procedimiento, para resolver las dificultades que puedan impedir su funcionamiento, para dirigir recomendaciones a los Estados, entre otros aspectos.

Varios autores parecen temer —y por ello caen en contradicciones en sus textos al tocar este tema— a fijar una postura clara y precisa en cuanto a si las resoluciones de organismos internacionales son, o no, una fuente de derecho internacional, siendo el caso, por ejemplo, del propio Max Sorensen o de Charles Rousseau; es decir, por un lado confirman esta cualidad de las resoluciones y, por el otro, parecen tentados a negarla. Al respecto,

¹³⁴ Este asunto ya ocupaba a varios doctrinarios desde mediados de los años cincuenta del siglo XX. Véase Virally, Michel, “La valeur juridique des recommandations des organisations internationales”, 2, *Annuaire Français de Droit International* 69, París, 1956.

¹³⁵ Opinión consultiva sobre *Certain Expenses of the United Nations*, de 1962, Corte Internacional de Justicia, Reporte Anual, New York, 1957.

considero que indudablemente sí constituyen una fuente, aunque en evolución, no suficientemente estudiada por la doctrina y sujeta a puntos de vista distintos y hasta contrarios.¹³⁶ La realidad convalida que cada vez son más numerosos los casos en que los actos de las instituciones internacionales crean obligaciones para los Estados, particularmente en tratándose de su contribución para la formación de las reglas consuetudinarias.

También habría que considerar que en este tema, como en muchos otros del derecho internacional, siguen pesando mucho los criterios voluntaristas (la voluntad del Estado, el positivismo) para establecer el fundamento del orden jurídico internacional, en detrimento de los criterios iusnaturalistas, filosóficos o sociológicos. Es el caso de la obligatoriedad de cumplir lo pactado, que en la primera postura se reduce estrictamente al principio *res inter alios acta*, o sea que el tratado sólo obliga a las partes. En este punto, si bien un Estado que no ha declarado que acepta una recomendación no queda obligado por ésta, sería justo preguntar si el principio de la buena fe permite a un Estado ignorar una recomendación que haya aprobado formalmente por voto afirmativo; empero, hasta el momento no se ha establecido ninguna regla consuetudinaria a ese efecto.¹³⁷

El que una resolución no sea obligatoria para los Estados no es obstáculo para que tenga fuerza vinculante en el orden interno de una institución. Las resoluciones de la Asamblea General que transmiten instrucciones a

¹³⁶ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Evolución e interdisciplina en el debate actual de las nuevas fuentes del derecho internacional: derecho suave o derecho duro ¿Contraposición o complemento?”, capítulo octavo, en Becerra, Ramírez, Manuel (coord.), *Fuentes del derecho internacional desde una visión latinoamericana*, México, UNAM, IJ, 2018, pp. 181-226.

¹³⁷ Conforme a una parte influyente de la doctrina, las resoluciones de la AG que incorporan declaraciones de derechos o principios no son por sí mismas actos creadores de nuevas normas de derecho internacional (véanse las resoluciones 217a. (III), la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; 1386 (XVI), los Derechos de los Niños; 1514 (XV), la Declaración sobre el Colonialismo; 1803 (XVII), el Control de los Recursos Naturales; 1904 (XVII), la Eliminación de la Discriminación Racial; 1962 (XVIII), el Régimen del Espacio Exterior). Ello se debe a que la AG no tiene Poder Legislativo. Sin embargo, dichas declaraciones pueden adquirir un valor jurídico, que no es de ninguna manera soslayable. En algunos casos equivalen a una interpretación de las reglas o de los principios que la Carta ya contiene, y que son, por consiguiente, obligatorios para los Estados miembros y de gran autoridad, en virtud de la categoría que poseen las Naciones Unidas. Además, estas declaraciones pueden representar un reconocimiento de ciertos principios jurídicos por parte de los Estados miembros, que han votado a favor de su adopción, y si se toman por una mayoría que se aproxima a la unanimidad, o prácticamente sin oposición, pueden contribuir a la formación de la norma consuetudinaria, o ser prueba de que ésta ya está formada. Igualmente, tales actos pueden conducir a la instauración de mecanismos para controlar la aplicación por los Estados de los principios que contienen, y, de este modo, servir para catalizar el proceso de creación de la costumbre internacional.

organismos subordinados a ésta a la par que a los organismos subordinados que ella misma ha creado tienen indudablemente carácter obligatorio para sus destinatarios.¹³⁸ En contraste, las recomendaciones hechas por ella al Consejo de Seguridad no son más que exhortaciones para tomar medidas, las cuales el Consejo no está obligado a aceptar, en virtud de su independencia de la Asamblea. Por consiguiente, las recomendaciones hechas por el órgano plenario de cualquier institución internacional —y en particular por los organismos especializados— a otros organismos subordinados, serán obligatorias. La representatividad de la Asamblea General es cada vez más grande, lo que hace pensar que existe casi una coincidencia entre este foro y la sociedad internacional. Pero tales delegaciones no lo son de plenipotenciarios, capacitados para adquirir compromisos serios en nombre de sus países, sino simples representantes de los gobiernos, que, incluso si dispusieran de plenos poderes para negociar y firmar acuerdos, éstos deberían someterse a los procedimientos constitucionales previstos para obligar internacionalmente a sus Estados.

Como se observa, en principio, no cabe duda alguna de que una decisión de este órgano carece de fuerza obligatoria, no crea normas jurídicas ni van seguidas de otros actos de los Estados, como sería la conclusión de un tratado en que se recogiera el contenido de esas decisiones. Aun así, las decisiones que ella adopta son actos de los representantes de casi todos los Estados miembros de la sociedad internacional, que revelan la coincidencia generalizada en torno a lo que constituya el contenido de tales decisiones, cualquiera que sea la forma que éstas revistan (resolución, declaración o recomendación); es decir, se les puede considerar como la manifestación expresa de la opinión universal. Y si tales decisiones se repiten en el mismo sentido, habría que deducir de ello una reiterada confirmación de la práctica internacional, o sea, costumbre internacional. Además, estas resoluciones aparecen como decisiones mayoritarias, que son la prueba escrita de una actitud constante, y eso tiene consecuencias jurídicas importantes, por lo que sin ser fuentes estrictas de creación de la norma internacional, si se repiten suficientemente, pueden tomarse como prueba fehaciente de una práctica de los Estados, que se manifiesta a través de ellas. Su valor, entonces, podría ser superior a la jurisprudencia, y a la doctrina, y quizá también, por precisión mayor, a la de los principios generales del derecho.¹³⁹

¹³⁸ Excepto los órganos judiciales, véase Opinión consultiva sobre *Awards of Administrative Tribunals* [1954] Corte Internacional de Justicia, Rep. 47.

¹³⁹ La misma Asamblea General afirma en una de sus resoluciones, la 3232 (XXIX) del 12 de noviembre de 1974, ese valor que tienen sus actos: “...el desarrollo y codifica-

Por lo que concierne a las resoluciones de organismos internacionales en el campo del DIP, cabe reflexionar que este punto especial ha sido prácticamente ignorado por los tratadistas y publicistas del derecho internacional. Si acaso se ha hecho alguna referencia sesgada al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por ejemplo, el profesor Seara Vázquez ha expresado que

Es verdad que el Consejo de Seguridad sí puede adoptar decisiones obligatorias para todos los miembros, en materias relativas a la paz y seguridad internacionales, pero tales decisiones tienen un valor limitado al caso concreto de que se trate, y su objeto es más el aplicar normas preexistentes que el de crear otras nuevas.¹⁴⁰

En el DIP, la perspectiva del *soft law* es relativamente distinta. Los tribunales penales internacionales (de Nüremberg a Sierra Leona) derivan su competencia de resoluciones del CS, por lo que el texto y el origen de tales decisiones juegan un papel preponderante en su jurisprudencia.

Por ejemplo, el TPIY ha sostenido que “...las resoluciones adoptadas por unanimidad por el Consejo de Seguridad representan un interés particular para la formación de la *opinio juris*”.¹⁴¹ Y se agrega que, a pesar de ello, debe constatarse que el CS no está autorizado para legislar con fuerza obligatoria para la comunidad internacional. Esta circunstancia cobra especial interés por la aparición de nuevos crímenes internacionales y por la consecuente necesidad de su tipificación.¹⁴² Por esta y otras razones, existió cierta prudencia del CS en el establecimiento del TPIY, actitud que difiere de la que asumió en relación con la creación del Tribunal para Ruanda. Sin embargo, esto no debe traducirse como que la influencia de los instrumentos de derecho suave son poco apreciables; por el contrario, algunas investigaciones recientes dan cuenta de su valor.¹⁴³

Las resoluciones del CS, al igual que las provenientes de la AG, tienen sin lugar a dudas un significado particular para la determinación de la costumbre y de los principios generales del derecho internacional general. Y

ción del derecho internacional puede reflejarse, entre otras cosas, en las declaraciones y resoluciones de la Asamblea General, que en esa medida, pueden ser tomadas en consideración por la Corte Internacional de Justicia”.

¹⁴⁰ Seara Vázquez, *op. cit.*, p. 72.

¹⁴¹ Consultar, entre otros casos, el relativo al Tribunal Penal para la extinta Yugoslavia, App. D. *Tadić*, IT-94-1-AR72, del 2 de octubre de 1995, p. 133.

¹⁴² Es interesante revisar *Ž. Delalić*, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, p. 417; *B. Simma*, R. C. A. D. I., 1994-VI, vol. 250, p. 215; también consúltese a Fabender, B., *UN Security Council Reform and the Right to Veto*, 1998, pp. 211-213.

¹⁴³ Por ejemplo, Fastenrath, U., *Journal Européen de Droit International*, vol. 4, 1993, pp. 305-307, y Pellet, Alain, *Austria-Italian Year Book of International Law*, vol. 12, 1992, p. 27.

para el orden jurídico internacional penal están revistiendo una dimensión muy apreciable. Efectivamente, si las decisiones del CS han sentado un precedente fundamental con la constitución de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, las resoluciones de la AG han hecho lo propio en el largo camino que condujo a Roma; esto es, las determinaciones que a través de cinco décadas ha decidido resultan esenciales para la creación de la CPI, con carácter permanente y supraestatal, así como de los diversos proyectos de códigos y reglamentos internacionales —y de novedosas formas e instrumentos de cooperación— en materia penal.

Por su lado, la constatación de la CIJ en su Opinión consultiva sobre la “Licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares” puede ser considerada como una expresión de un consenso más o menos universal en la materia:

...las resoluciones de la Asamblea General, si bien carecen de fuerza obligatoria, en ciertos casos pueden estar revestidas de un valor normativo. Ellas pueden, dentro de ciertas circunstancias, proveer de elementos de prueba importantes para establecer la existencia de una regla o la emergencia de una *opinio juris*. Para saber si ella deriva verdaderamente de una resolución adoptada por la Asamblea General, faltaría examinar el contenido así como las condiciones de adopción; restaría también verificar si existe una *opinio juris* en cuanto a su carácter normativo. Por otra parte, estas resoluciones sucesivas pueden ilustrar la evolución progresiva de la *opinio juris* necesaria para establecer una regla nueva.¹⁴⁴

Al respecto, en mi criterio es claro e inobjetable que el sistema de Naciones Unidas, a través de la AG, el CS, los organismos especializados y los regionales —en menor medida—, pueden funcionar como agentes de creación de normas jurídicas internacionales en materia penal o criminal. No es que trate de un proceso legislativo directo o estatuario, como afirman algunos publicistas, sino que ante un vacío legal, y ante la insuficiencia y la lentitud del mecanismo legislativo internacional —tanto el tradicional general como el penal—, este proceso de características políticas que algunos denominan “diplomacia parlamentaria” se ha venido consolidando en los últimos años y tiene un considerable valor para, por ejemplo, refinar conceptos jurídicos penales, a través de su examen general, así como introducir con precisión el elemento de la *opinio juris*, entre otras funciones.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Consultar Corte Internacional de Justicia, *Rec.* 1996, p. 226.

¹⁴⁵ Otras funciones de este proceso serían: clarificar problemas jurídicos del orden punitivo transestatal; estimular la reglamentación de nuevas funciones internacionales penales;

C. *Aplicación del derecho interno y consideraciones de orden público*

Conforme a los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y de la CPI, sus jurisdicciones pueden también recurrir al derecho interno de una manera complementaria. Según lo preceptuado por el artículo 24 del Estatuto del TPIY y el artículo 23 del Estatuto del TPIR, “el encuadre general de las penas de encarcelamiento” de derecho interno deben ser tomadas en consideración por cuanto concierne al monto y naturaleza de la pena, quedando excluida la pena de muerte. En el artículo 21, párrafo 1 c), el Estatuto de la CPI va más lejos al prevenir la aplicación subsidiaria del derecho nacional, pero en la medida en que sea compatible con el derecho internacional y el propio Estatuto.

El TPIY también establece la aplicación de conceptos de derecho interno, notablemente en el asunto *Erdemovic*; pero se intenta llegar con cierta dificultad a un consenso sobre la aplicación del derecho interno: el acuerdo sobre el hecho de que un recurso de derecho interno intervendrá en caso de que otras fuentes de derecho internacional resulten insuficientes y en la medida en que las fuentes de derecho interno sean compatibles “con el espíritu, el objeto y el propósito” del Estatuto y de su Reglamento. Es interesante advertir que los jueces McDonald y Vohrah se pronunciaron a favor de la aplicación del derecho nacional cuando el derecho del tribunal remitiera expresamente o de manera tácita al derecho nacional. En la posición contraria, el juez Cassese sostuvo que el Estatuto sería interpretado de modo autónomo (opinión individual y disidente, p. 1), es decir, que sólo una remisión explícita al derecho nacional o una implicación necesaria justificaría su empleo en el nivel internacional.

Sobre esta posición, algunos autores, como los franceses Simma y Paulus, concuerdan con el juez Cassese apoyándose en el hecho de que la diferencia de estructura entre el derecho internacional y el derecho interno hacen imposible —al menos hasta ahora— la aplicación de elementos de carácter nacional en DIP, lo que se explicita más aún por la circunstancia

interpretar y aplicar la Carta de las Naciones Unidas o las cartas constitucionales de otros organismos, principalmente los de competencia criminal; revelar o introducir nuevos principios de DIP; depurar y mejorar la labor que tienen a su cargo todos los cuerpos cuasilegislativos de la escena jurídica mundial, y elaborar el trabajo preparatorio de una auténtica legislación internacional penal propia del siglo XXI, que logre superar en contenido y alcances al propio ER. Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Reestructuración general del nuevo derecho internacional. Perspectivas hacia el siglo XXI”, *Temas selectos del nuevo derecho internacional*, México, UNAM, FCPS, 1994, pp. 29-31.

de que tanto el DIP como el derecho penal interno exigen una aplicación estricta del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Además, el derecho internacional público contiene un mecanismo por el cual los conceptos de derecho interno son incorporados al derecho internacional general: “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

Para la aplicación de los conceptos de la totalidad de países del mundo actual, el DIP recaería tarde o temprano en una especie de derecho nacional ensanchado. De tal suerte que, considérese, la universalidad del derecho internacional con relación a los derechos nacionales es la condición *sine qua non* para que todos los Estados puedan reconocer que las decisiones de un tribunal penal internacional tienen un carácter vinculatorio, general y obligatorio.

Por otra parte, a falta de una disposición jurídica aplicable, la Cámara de Apelación del TPIY ha discutido, en el multicitado asunto *D. Erdemovic*, la cuestión de saber si las consideraciones de orden público pudieran ser tomadas en cuenta a título subsidiario. Sobre el particular, y conforme a la opinión de los jueces McDonald y Vohrah, una “incursión dentro de consideraciones de política general” no está de ningún modo injustificada: “Sería ingenuo creer que el derecho internacional se aplique y se desarrolle en un contenedor cerrado, sin ser influenciado por consideraciones de política económica y social”.¹⁴⁶ De nueva cuenta, a contracorriente, el juez Cassese defendió la naturaleza jurídica de la función del tribunal, lo que excluiría cualquier observación de consideraciones políticas, aduciendo que “Nuestro tribunal internacional es una Corte de justicia; la cual no está obligada más que ante el derecho internacional. El tribunal debería, por consecuencia, evitar comprometerse con análisis meta-legales”.¹⁴⁷

No obstante, las diferencias son menos marcadas de lo que podría sugerir la controversia. De esta suerte, la interpretación teleológica de las prescripciones del DIP está en efecto orientada hacia los propósitos político-sociales de la comunidad internacional. Por ello, es probable que los otros jueces no se encaminen tanto por el criterio de separar las consideraciones políticas de un fundamento jurídico.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Consultar IT-96-22-A, 7 de octubre de 1997, véase también opinión individual y disidente del juez Li, p. 8.

¹⁴⁷ *Ibidem*, opinión individual y disidente Cassese, pp. 11 y 49.

¹⁴⁸ Empero, no debe desestimarse la posición del juez Cassese, fundada sobre los derechos del hombre, y en particular en el respeto al principio *nullum crimen sine lege*, porque sólo son autorizadas ante los tribunales internacionales las consideraciones soportadas en fuentes reconocidas del DIP.

IV. MÉTODO DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL (PRIMERA PARTE): LA REPRESIÓN A TRAVÉS DE TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES ESPECIALES O *AD HOC*

1. *Antecedentes de la justicia penal internacional y sus principales obstáculos*

Es conocido de sobra que la idea de crear una jurisdicción penal internacional para juzgar a los individuos, comprendidos los dirigentes de primer nivel, presuntamente responsables de graves crímenes internacionales, se remonta a la Primera Guerra Mundial. Recuérdese que el Tratado de Versalles preveía en su artículo 227 la creación de un tribunal, compuesto de cinco jueces (designados por Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón) para juzgar al anciano káiser de Alemania, Guillermo II. Dicho corpus jurídico no entraría jamás en funciones. Posteriormente, en 1920, el comité consultivo de juristas encargado de preparar el proyecto de la Corte Permanente de Justicia Internacional propuso que la alta corte de justicia internacional que se iba a crear fuera igualmente competente para juzgar los crímenes que constituyeran una violación al orden público internacional o de la ley universal de las naciones, sometida por la Asamblea o por el Consejo de la Sociedad de Naciones. Sin embargo, algún tiempo más tarde esta proposición fue rechazada por la Asamblea, al considerarla prematura;¹⁴⁹ empero, después de dos proyectos de estatuto sobre una corte penal internacional fracasados, no es sino durante la Segunda Guerra Mundial cuando los aliados maduran la idea de un tribunal internacional, con la creación de los multicitados tribunales de Nuremberg y Tokio en 1945 y 1946, respectivamente.

Más adelante, en 1948, la AG de las Naciones Unidas invitó a la Comisión de Derecho Internacional a examinar si era oportuno y posible crear un órgano judicial penal, particularmente “una Cámara penal de la Corte Internacional de Justicia”. No obstante, ni las conversaciones preliminares de la CDI ni las disposiciones del artículo VI de la Convención sobre el Genocidio de 1948 relativas a una “Corte criminal internacional” pudieron concretizarse. No fue sino hasta fines de la guerra fría, en 1989, cuando la AG demandó a la CDI evaluar y “examinar la cuestión de la creación de una corte penal internacional” (*Resolución 44/39* del 4 de diciembre de 1989). Así, sus trabajos comenzaron en 1993 y culminaron con la adopción

¹⁴⁹ Véase el texto de la segunda resolución adoptada por el Comité Consultivo en Phillimore “An International Criminal Court and the Resolutions of the Committee of Jurists”, *B. I. B. I. L.*, vol. 3, 1922-1923, pp. 80 y 84.

del Estatuto de la CPI el 17 de julio de 1998, por la Conferencia de Roma. En el intervalo habían sido creados dos tribunales penales internacionales *ad hoc*, establecidos, uno para la antigua Yugoslavia en 1993 y otro para Ruanda en 1994, por las respectivas resoluciones 808 y 955 del CS, a fin de “juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario”.

Históricamente, la puesta en marcha de tribunales penales internacionales encargados de operar el DIH ha encontrado numerosos obstáculos. Sin embargo, eventos diversos, como el final de la guerra fría, el resurgimiento de los movimientos nacionalistas que le siguen y, más recientemente, los macroactos terroristas de 2001 y su secuela planetaria; por ejemplo, las agresiones imperialistas norteamericanas a Afganistán e Irak en 2002 y 2003, contribuyeron en su momento a reforzar la voluntad política de los Estados encaminándola hacia la instauración de mecanismos de justicia internacional, tanto a nivel internacional como interno. Con la instauración de los tribunales penales internacionales *ad hoc* de los noventa, incluyendo el Tribunal para Sierra Leona en 2002 y el Tribunal Especial para el Líbano en 2007 (contra el terrorismo) —y la muy probable instauración a futuro de cuerpos semejantes para el Congo, Cuerno de África y Cambodia— el desarrollo y aplicación del DIH, del DIDH y del DIP han entrado en una nueva fase de su desarrollo más concreto y consensuado internacionalmente. Sin embargo, aunque las ventajas que presenta la persecución de individuos presuntamente responsables son evidentes, no deben soslayarse los problemas de fondo que ello conlleva ni los obstáculos que deben ser superados.

A continuación, mi propósito es examinar de manera concisa estos problemas, entre los que destaca como principal obstáculo la soberanía del Estado, a la cual he dedicado reflexiones precisas en el capítulo que antecede. Se trata de constatar que hoy en día la justicia se puede ejercer a nivel internacional, y que los tribunales penales internacionales son cruciales en la lucha por el respeto a las reglas del derecho internacional general y del DIP. Así, el hecho de llevar ante la justicia a los culpables de crímenes competencia de los tribunales penales internacionales tiene algunos méritos importantes, que en opinión que comparto con el juez A. Cassese convendría resaltar y reflexionar.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Por ejemplo: a) los procesos establecen una responsabilidad individual que sustituye a la atribución colectiva de la culpabilidad, es decir, demuestran que no todos los alemanes fueron responsables del genocidio de judíos y gitanos, ni todos los turcos del genocidio armenio, ni todos los serbios, musulmanes, croatas o hutus de los crímenes individuales (lo cual no impide que estos crímenes y criminales sean numerosos); b) la justicia aniquila el

Habiéndome manifestado a favor de la justicia penal internacional, debo subrayar que el ejercicio de esta justicia se ha tornado, ciertamente, más difícil que la administración de la justicia penal interna, lo cual se explica por varias razones estrechamente vinculadas. En primer término, los TPI no residen por principio en los países donde los crímenes que entran en su competencia han sido cometidos, sino que se sitúan en un país lejano, como es el caso del TPIY, o en un país vecino, como en el del TPI para Ruanda. En todo caso, no están ubicados en los lugares del crimen, es decir, no constituyen el *forum delicti commisi*; y como lo hizo notar justamente la Corte Suprema de Israel en el asunto *Eichmann*: “en principio, la gran mayoría de los testigos y la mayor parte de los elementos de prueba están concentrados en... el Estado [en el que el crimen ha sido cometido] y es por consecuencia el lugar donde será más cómodo sostener el proceso (*forum conveniens*)”.¹⁵¹

En segundo término, esta dificultad podría ser fácilmente superada si los tribunales internacionales estuvieran dotados de poderes normalmente atribuidos a las jurisdicciones penales internas, esto es, el poder de tomar los medios de prueba y de citar a los testigos a comparecer, el poder de hacer ejecutar los mandatos de la sentencia por las fuerzas del orden bajo la autoridad del tribunal, y otros poderes similares. Es decir, aunque ellos disponen de poder para deliberar los mandatos de la sentencia, así como para citar a comparecer, no pueden ejecutar los actos derivados del ejercicio de tales poderes. Y la razón del obstáculo que representa esta situación es simple: los testigos, sospechosos, acusados, etcétera, se encuentran en los territorios sometidos a la autoridad soberana de los Estados, y por consiguiente los tribunales internacionales deben remitirse necesariamente a los Estados soberanos por lo que respecta a la ejecución de sus ordenanzas y mandatos. Si los Estados están dispuestos a cooperar, los tribunales están en posibilidad de cumplir su misión; si, por el contrario, aquéllos rehúsan aplicar las ordenanzas o ejecutar los mandatos, los tribunales se tornan absolutamente impotentes.

De esta suerte, los problemas a los que debe hacer frente cualquier TPI ilustran las dificultades ligadas a la puesta en marcha del DIH por medio de un mecanismo jurídico-político internacional. Regularmente son presenta-

deseo de venganza, porque la corte que inflige al criminal el castigo que éste amerita da respuesta a las víctimas que exigen las represalias; c) entre más es practicada la justicia, más se estimula a las víctimas a reconciliarse con sus perseguidores de ayer, porque son conscientes de que estos últimos serán en adelante expiados por sus crímenes, y d) con la justicia penal internacional se establece un expediente bastante confiable que, amén de hacer un recuento de las atrocidades cometidas, permite a las generaciones futuras tener conciencia de la parte negra de la historia para no repetirla.

¹⁵¹ Consultar *I.L.R.*, vol. 36, p. 302

das diversas quejas a la AG de la ONU en el reporte anual del presidente del TPI, así como en el *Anuario*. Por principio, el Estatuto del Tribunal considera la cooperación de los Estados como el medio de realizar sus objetivos centrales, que consisten en perseguir a los individuos bajo el cargo de violaciones al DIH. El TPI, que no dispone de su propia policía, debe remitirse a la cooperación internacional para efectuar los arrestos. El hecho es que resulta muy difícil que los Estados cooperen de manera significativa para asegurar el respeto a las ordenanzas del tribunal tendientes a arrestar y presentar a los acusados a La Haya, así como para obtener su asistencia sobre las cuestiones de medios de prueba.

La impunidad es un riesgo bastante real cuando los Estados y las autoridades internacionales rehúsan arrestar a los individuos acusados, situación que se acentúa cuando existe ingente necesidad de proceder a más arrestos de dirigentes militares o políticos. Los Estados, cuando se deciden a proceder a los arrestos, dan prueba de una mejor voluntad cuando se trata de individuos de segundo rango, permitiendo al mismo tiempo a los dirigentes permanecer en libertad, por lo que el proceso de restauración de la paz y de la seguridad en la región afectada debiera ser más arduo. Además, la eficacia de los TPI se ve obstaculizada por barreras financieras y logísticas considerables, pues son de enorme cuantía los recursos económicos y técnicos que se requieren para instaurar en su totalidad una institución que sea plenamente eficaz. Por ejemplo, el TPI debe contar con salas de audiencia, así como de oficinas, equipos, reclutar personal originario del mundo entero, construir un cuartel penitenciario, financiar programas para la protección de las víctimas y los testigos, enviar equipos de investigadores sobre el terreno de los hechos, etcétera. De igual manera, la actividad de la Oficina del Fiscal, al igual que la de los otros órganos del tribunal, suele verse habitualmente disminuida por la falta de recursos, por lo que es indispensable aumentar los efectivos de investigadores a fin de asegurar la carga de numerosas investigaciones que, aunque complejas y recibidas en tiempo, no disponen de los medios necesarios para la realización del mandato de la institución.

Falta también reconocer, por ejemplo, los testigos en medio de la diáspora balcánica. Ellos debieron ser interrogados y conducidos a La Haya para atestiguar y, habido el caso, beneficiados de un programa para su protección, el cual no sólo es válido, sino necesario para los testigos de la fiscalía. A diferencia de las jurisdicciones internas, que pueden fundarse sobre decenas de códigos y una jurisprudencia considerable, el TPIY debió aplicar, además de su Estatuto, el derecho internacional consuetudinario, por lo que la consulta se ha hecho sobre fuentes bastante dispersas.

Esta situación se muestra con claridad en el asunto *Erdemovic*,¹⁵² cuando los jueces debieron de terminar sobre la cuestión de saber si el derecho internacional reconocía la violencia como una defensa, cuestión que el Estatuto no contemplaba. Además, el hecho de que no existía un código internacional de procedimiento penal que condujera el trabajo del tribunal internacional complicó aún más la situación, igual si se considera que el Reglamento de procedimiento y prueba, que fue laboriosamente redactado por el TPI, no sirvió en su momento sino posteriormente, como esquema a seguir por el sistema de la CPI. En este punto histórico concreto, la CPI habrá de contar a partir de julio de 1998 con un Estatuto como ley fundamental junto con instrumentos reglamentarios precisos, como los Elementos de los crímenes y las Reglas de procedimiento y prueba.

Para concluir este corto, pero importante epígrafe, debo insistir en lo indispensable que resulta que la comunidad internacional instaure la justicia penal internacional y la consolide. Dando por hecho que la justicia, por definición, no debe ser selectiva, los actuales tribunales *ad hoc* deben dar lugar a la CPI, que además de ser permanente está dotada de una competencia general. La justicia internacional está exigida de imperativos éticos y morales. Mas es igualmente en razón de imperativos prácticos que se impone el recurso a los tribunales penales internacionales. En tanto que no se obligue a los responsables de crímenes despreciables que laceran la conciencia de la humanidad a rendir cuentas, el odio étnico y el resentimiento nacionalista, el deseo de venganza y los gérmenes de la violencia armada se perpetuarán y continuarán amenazando la paz en los planos tanto interno como regional e internacional. Es en la búsqueda de una justicia verdaderamente internacional, imparcial y equitativa, como será posible responder a todos los peligros de la manera más civilizada y constructiva.

2. *La experiencia de los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR)*

El Estatuto del TPIY fue creado por el CS de la ONU en sus resoluciones 808, del 22 de febrero de 1993 y 827, del 25 de mayo de 1993, actuando en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,¹⁵³ y fue es-

¹⁵² App., *D. Erdemovic*, IT-96-23a., 7 de octubre de 1997.

¹⁵³ El capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas es el relativo a la acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de ésta o actos de agresión, y en cuyo artículo 39 establece que el CS determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas

tablecido para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del DIH cometidas en el territorio de la anterior Yugoslavia a partir de 1991. Asimismo, el TPI encargado de juzgar a los presuntos responsables de actos de genocidio o de otras graves violaciones del DIH cometidas en Ruanda, África, así como los ciudadanos presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1994, estuvo fundamentado jurídicamente en la Resolución 955 del CS, del 8 de noviembre de 1994.

Así, el rasgo particular en los tribunales de Yugoslavia y Ruanda, además de las semejanzas, e incluso nexos institucionales existentes, aun cuando sus jurisdicciones son independientes, es el haber sido establecidos conforme a una resolución del CS de la ONU, lo que les ha dado una característica no libre de polémica internacional. Esto es, no se recurrió a la elaboración de sendos tratados internacionales y no se trascurrió por el proceso de adopción, firma y ratificación de la comunidad de Estados, pues el móvil que los impulsó fue la compulsión de dar una respuesta, no precisamente inmediata, a los acontecimientos tras la desaparición de la extinta Yugoslavia y el brutal genocidio cometido en Ruanda. Es por esto que si bien ambos tribunales no derivan de alguna conflagración de tipo internacional, precisamente responden a la tendencia que ha detectado el DIH, y a la cual se ha ido avocando: que los conflictos bélicos actuales, llamados “conflictos nuevos”, ahora son más bien de tipo interno, con una rapidísima capacidad de internacionalización.¹⁵⁴

El punto de discusión y desacuerdo estriba en que ambos tribunales no resultan de un enfriamiento de tipo internacional y no han sido impuestos por los vencedores a los derrotados del modo que lo fueron Nüremberg y

—medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada o, si éstas demostraran ser inadecuadas, ejercer acciones por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres—, para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

¹⁵⁴ Actualmente se habla de “conflictos nuevos”, expresión que abarca a los llamados “desestructurados” y los denominados “de identidad” o “étnicos”. Los conflictos “desestructurados”, instalados a raíz del término de la Guerra Fría, se caracterizan por el debilitamiento o la desaparición total o parcial de las estructuras estatales: los grupos armados ocupan el vacío político para hacerse con el poder. Este tipo de conflictos devienen por el debilitamiento o incluso desaparición de la cadena de mando en los propios grupos armados estatales. Por su parte, los conflictos “de identidad” tienen el objetivo de excluir al otro mediante la práctica de una “limpieza étnica”, desplazando por fuerza a la población o exterminándola. Este tipo de conflicto se desarrolla a causa de una espiral de propaganda, de miedo, de violencia y de odio, en una dinámica tendiente a consolidar la noción de grupo, en detrimento de la identidad nacional existente, y a excluir cualquier posibilidad de cohabitación con otros grupos (*op. cit.*; “¿Es aplicable el derecho humanitario en los conflictos nuevos?”, en *DIH: respuestas a sus preguntas...*, CICR, p. 20).

Tokio, sino que son producto de decisiones políticas de los cinco miembros permanentes del CS. Además, se argumenta que pese a sus evidentes fallas (su falta de imparcialidad, así como la ambigüedad en su instauración, sus instrumentos inacabados y la delimitación de sus funciones), tienen el mérito de existir y de operar con suficiencia, además de que han sido determinantes en el camino a establecer una jurisdicción internacional penal de carácter permanente y dar validez como nunca antes al DIH y al DIP, y aun para el caso de los graves conflictos internos o interétnicos que se han desatado en el mundo en los últimos tiempos.

En cuanto al procedimiento de establecimiento de ambos tribunales, había dos posibilidades. Si se optaba por la vía convencional, es decir, la elaboración y la concertación de un tratado o de un acuerdo habría requerido mucho tiempo, y el tribunal sólo habría podido funcionar después de largos plazos, es decir, demasiado tarde, ya que los procedimientos habrían sido, en gran medida, ineficaces. La urgencia exigía pues, descartar esta alternativa y optar por la vía de decisiones unilaterales que, dado el estado de la convulsa sociedad internacional de finales del siglo XX, podían prevenir únicamente del CS de la ONU. Por tanto, esta fue la solución que se eligió; es decir, tomar como punto de arranque las resoluciones de este órgano, que se fundan en el capítulo VII de la Carta.¹⁵⁵ Empero, al igual que Nüremberg y Tokio, ambos tribunales están limitados; el primero, para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del DIH cometidas desde 1991 en el territorio de la desaparecida Yugoslavia, y el segundo, para juzgar a los presuntos responsables de actos de genocidio o de otras graves violaciones al DIH cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidos en el territorio de Estados vecinos entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1994. De lo anterior se desprende que, en el caso de la antigua Yugoslavia, aún está presente la jurisdicción del tribunal, apelando a la frase “desde 1991”, es decir, no hay una fecha que señale la disolución de dicho tribunal,¹⁵⁶ y que, en el caso del tribunal para Ruanda, se encuentra limitado *a priori* a 1994.

¹⁵⁵ Tavernier, Paul, “La experiencia de los tribunales penales internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda”, *Revista Internacional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)*, núm. 144, CICR, Ginebra, 1 de noviembre de 1997, pp. 645-653.

¹⁵⁶ Pese a que el Estatuto del TPIY no establece una fecha restrictiva de su competencia temporal, en la Resolución 1329 del CS del 30 de noviembre de 2000 se ha pedido al secretario general, remitir al Consejo, en la manera de sus posibilidades, una apreciación y sus propuestas considerando la fecha límite o terminal para la jurisdicción temporal del tribunal.

Así, el TPIY, en principio, tiene la competencia para “perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949... dirigidas contra personas o bienes protegidos por los términos de las disposiciones de dicha convención”; en tanto que el TPIR tiene la competencia para perseguir a los individuos que hayan cometido, colaborado, incitado directa y públicamente o hubieran apoyado tentativamente la comisión del genocidio. Cabe resaltar la diferencia de tiempos gramaticales que utilizan dichos estatutos, lo cual reafirma el argumento del párrafo anterior respecto de la competencia temporal disímil para estos tribunales. Esta cuestión no ha sido del todo esclarecida hasta hoy día. No obstante, las competencias de ambos órganos penales no se limitan a las infracciones a la Convención de Ginebra de 1949 y al delito del genocidio, según se aprecia de sus respectivos alcances jurisdiccionales.

En el TPIY, la *ratione materiae* son infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949, violaciones a las leyes y costumbres de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad; la *ratione temporis*, la competencia temporal se extiende al periodo que comienza el 1o. de enero de 1991; la *ratione personae* y la *ratione loci*, el tribunal tiene competencia con respecto a las personas físicas de acuerdo con las disposiciones de su Estatuto,¹⁵⁷ y se extiende al territorio de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, incluyendo su espacio terrestre, aéreo y aguas territoriales. En el TPIR, la *ratione materiae* se centra en el genocidio, los crímenes contra la

¹⁵⁷ De especial interés resulta el artículo 7o. del Estatuto del TPIY —y su equivalente en el artículo 6o. del Estatuto del TPIR—, que señala la figura de la *responsabilidad penal individual*, la cual se aplica a:

1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2o. a 5o. del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.

2. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena.

3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2o. a 5o. del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.

4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia”. Tavernier, *op. cit.*, p. 670.

humanidad, y violaciones al artículo 3o. común de las convenciones de Ginebra y al Protocolo Adicional II de 1977;¹⁵⁸ la *ratione temporis* se extiende a los crímenes cometidos entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1994; la *ratione personae* y la *ratione loci* comprenden los crímenes cometidos por ruandeses en el territorio de Ruanda y en el territorio de Estados vecinos, así como por ciudadanos no ruandeses responsables por violaciones al DIH cometidas en Ruanda.

Una de las particularidades de estos dos tribunales es su “competencia concurrente”, que les da la capacidad de ser simultáneamente competentes con las jurisdicciones nacionales para juzgar a los responsables de las violaciones condenadas en sus respectivos estatutos; pero aunado a esto, sendos órganos tienen prioridad sobre estas jurisdicciones nacionales, y en cualquier momento del proceso pueden solicitar oficialmente a los tribunales nacionales, que se desprendan de un asunto en su favor.¹⁵⁹ Asimismo, el principio de cosa juzgada (*res iudicata* y el consecuente *non bis in idem*) está presente en ambos tribunales, y prohíbe un subsiguiente juicio si ya ha sido resuelto por las jurisdicciones internacionales.¹⁶⁰ Además, los dos tribunales guardan estrechos nexos, aun cuando el Estatuto del TPIY fue elaborado un año antes que el del TPIR, 1993 y 1994, respectivamente. Cabe aclarar que después de su entrada en funciones éstos han sido modificados en cuanto a su estructura organizacional. Los estatutos en sus respectivos artículos 11

¹⁵⁸ Tales violaciones comprenden: “a) los atentados contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, en particular el asesinato, así como los tratamientos crueles como la tortura, las mutilaciones o toda forma de castigos corporales; b) los castigos colectivos; c) la toma de rehenes; d) los actos de terrorismo; e) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratamientos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor; f) el pillaje; g) las condenas excesivas y las ejecuciones efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal constituido regularmente y provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados y, h) las amenazas de cometer los actos precitados” (artículo 4o. del Estatuto del TPIR).

¹⁵⁹ Artículos 9o. y 8o., respectivamente, del Estatuto del TPIY y del TPIR.

¹⁶⁰ Asimismo, no cabe la posibilidad de pretender procesar a un nacional de estos Estados, por parte de las autoridades internacionales establecidas por el CS, si ya ha sido convocado ante una jurisdicción nacional, excepto si: a) el hecho por el cual ha sido juzgado estaba calificado como crimen de derecho común; b) la jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente; la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella tenía como fin sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional, o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente. Asimismo, para decidir la pena que se deba imponer a una persona condenada por un crimen contemplado bajo las jurisdicciones internacionales, el tribunal debe tener en cuenta la pena que dicha persona ya haya podido cumplir por el mismo hecho, y que le haya sido impuesta por una jurisdicción nacional.

a 13 y 10 a 12, disponían su organización con base en dos cámaras de primera instancia y una cámara de segunda instancia o de apelaciones, todas atendidas por un número en total de once jueces; un procurador o fiscal y un secretario. No obstante, respecto de estas disposiciones ha habido reformas más o menos radicales.

Diversas resoluciones del CS han introducido importantes cambios respecto del número de salas y de jueces adscritos a éstas, pero con la característica de que los cambios han sido en la misma forma y trascendencia para ambas magistraturas. Para el caso del TPIY, en un primer momento la Resolución 1166 del CS de 1998 introdujo modificaciones a los artículos 11 a 13 del Estatuto, y así, dispuso que se adhiriera una sala de primera instancia, quedando dispuesto que en adelante se conformara el Tribunal de tres cámaras de primera instancia y una de apelaciones; al mismo tiempo, se dispuso que el número de magistrados fuera de catorce, y se resolvió que tres de éstos sirvieran en cada una de las salas de primera instancia y cinco jueces se dispusieran asistir a la Cámara de Segunda Instancia. No obstante, en 2000, y según dispuso la Resolución 1329, una vez más del CS, se modificaron los artículos 12 a 14 del Estatuto del TPIY, y se innovó ahora, al disponerse que se estableciera un grupo o servicio de jueces *ad litem* y aumentar también el número de miembros de la Sala de Apelaciones.

Hasta ahora, la organización del TPIY ha quedado de la siguiente manera: dieciséis magistrados permanentes e independientes y un máximo de nueve jueces *ad litem*.¹⁶¹ Cada una de las tres cámaras de primera instancia están compuestas por tres magistrados y seis, posibles, jueces *ad litem*. Cada Cámara o Sala, a la cual sean asignadas jueces *ad litem*, podrán dividirse en secciones de tres jueces cada una, compuestas de ambos ministros (permanentes y *ad litem*). Cada sección de la Cámara tiene los mismos poderes y responsabilidades que cualquier otra Sala del Tribunal, todas bajo lo dispuesto por el Estatuto del TPIY y sus reglas de procedimiento y prueba. Asimismo, siete de los jueces permanentes deberán ser miembros de la Sala de Apelaciones. Ésta deberá, para cada interposición, tener un *quorum* de cinco de sus miembros.

¹⁶¹ Los jueces *ad litem* son electos por un periodo de cuatro años: de las candidaturas enviadas —con un máximo de cuatro— y teniendo en cuenta el equilibrio entre los sexos de los candidatos propuestos por los Estados parte y los Estados no miembros, pero que mantienen misiones y un estatus de observadores permanentes en la sede de la ONU, el secretario general transmitirá dichas listas al Consejo de Seguridad, y éste, con base en las propuestas recibidas, formará, teniendo en cuenta un equilibrio entre los diversos sistemas legales del mundo, una lista de no menos de 54 candidatos para la elección final, que será hecha en la Asamblea General, eligiendo a 27 jueces *ad litem*.

Otra situación que muestra el cercano nexo que existe entre ambas jurisdicciones se deriva de las reformas hechas en 2000 al Estatuto del TPIY en materia de elección de los jueces permanentes. El párrafo primero del artículo 12¹⁶² dispone que las Cámaras estarán compuestas por dieciséis magistrados; e igualmente, en el artículo 13 bis sobre la elección de los jueces permanentes, se señala que catorce de éstos serán electos por la AG de la ONU de una lista remitida por el CS, pero además de los dos magistrados restantes, el párrafo 4 del artículo 14 del Estatuto del TPIY señala que “dos de los jueces electos o designados de acuerdo al Artículo 12 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, serán asignados, por el presidente de ese Tribunal, en consulta con el presidente del TPIY, para ser miembros de la Sala de Apelaciones, así como magistrados del Tribunal”. Sobra decir que los candidatos a formar parte del TPIY deben ser personas de reconocida calidad moral, imparcialidad e integridad. Es vital que en sus respectivos países posean excelentes cualidades para ser nombrados en las más altas funciones judiciales; al igual en la composición de las cámaras, y en el caso, en las secciones de éstas, debe ser tomada en cuenta la experiencia y amplio conocimiento de los jueces en derecho penal y en derecho internacional, incluyendo el DIH, el DIP y el DIDH.

Posterior a que el secretario general haya solicitado nominaciones de los Estados parte y de los Estados no miembros, pero que mantienen misiones y un estatus de observadores permanentes en la sede de la ONU, dentro de los sesenta días posteriores a haber hecho la solicitud de candidaturas, y teniendo en cuenta que los candidatos deben cubrir los requisitos antes señalados, los Estados podrán nominar no más de dos aspirantes, además de que éstos no deben ser de la misma nacionalidad, al igual que no deben ser de la nacionalidad de alguno de los jueces de los que ya formen la Cámara de Apelaciones o de la nacionalidad de los magistrados del TPIR. Entonces, el secretario general remitirá las nominaciones recibidas al CS. De las nominaciones recibidas, el CS determinará una lista de no menos de veintiocho y no más de 42 candidatos, teniendo debida cuenta de una adecuada representación de los principales sistemas jurídicos del mundo. Entonces, el presidente del CS transmitirá la lista de candidatos al presidente de la AG. De esta lista, la AG elegirá catorce magistrados para el TPIY; los candidatos que reciban una mayoría de votos serán nombrados para ese cargo. En el caso de que dos candidatos de la misma nacionalidad se encuentren entre los que recibieron una mayoría de votos, será

¹⁶² Según las reformas dispuestas por la Resolución 1329, del 30 de noviembre de 2000 por el Consejo de Seguridad de la ONU.

electo el que obtenga el mayor número entre éstos. De producirse una vacante en alguna de las salas, el secretario general designará, previa consulta a los presidentes del CS y de la AG, a alguna persona que reúna los requisitos ya mencionados, para cubrir la vacante hasta la expiración del mandato de su predecesor. Los jueces permanentes serán electos para un periodo de cuatro años. Los términos y condiciones de servicio serán los de los magistrados que conforman la Corte Internacional de Justicia. Los magistrados son elegibles para reelegirse.

Por su parte, los magistrados del TPIY elegirán a un presidente de entre sus miembros, quien será miembro de la Sala de Apelaciones, y presidirá, aun sobre los procedimientos de ésta. Igualmente, el presidente, previa consulta a los demás magistrados, asignará cuatro de los jueces permanentes electos o designados de acuerdo con el artículo 13 bis del Estatuto, a la Sala de Apelaciones, y nueve a las salas de primera instancia.¹⁶³ Además, el presidente del TPIY, previa consulta a los magistrados, asignará los jueces *ad litem*, según sea necesario. Un magistrado servirá únicamente a la Sala para la cual fue asignado; no obstante, los magistrados de cada Sala elegirán a un magistrado presidente de la Sala de entre sus miembros, el cual será responsable de todos los procedimientos de esa sala. En igual proporción, pero sin considerar la figura de jueces *ad litem*, el TPIR ha modificado sus artículos 10 a 12 en 1998, por virtud de la Resolución 1165 del CS, del 30 de abril de ese año, y de nuevo, en 2000, conforme a la Resolución 1329, del 30 de noviembre, se transformaron los artículos 11 a 13. También, en 1998 se adhirió una tercera sala de primera instancia, además de la Sala de Apelaciones ya presente; de igual manera, el número de magistrados pasó de once a catorce, tres sirviendo en cada una de las salas de proceso y cinco en la Sala de Apelaciones, siendo que los miembros de la Sala de Apelaciones del TPIY servirán también como miembros de la Sala de Apelaciones del TPIR.¹⁶⁴

En esta ocasión, se convocó a la elección de tres nuevos jueces para el TPIR, que serían electos simultáneamente, y tendrían un periodo en funciones con término al 24 de mayo de 2003. No obstante, como antes lo mencioné, en 2000 se hicieron nuevas reformas, y el número de magistrados

¹⁶³ Así, los cuatro magistrados asignados a la Sala de Apelaciones, aunados a los nueve que sirven en primer instancia, los dos jueces que designa el presidente del TPIR, además del magistrado presidente del TPIY, suman los dieciséis magistrados que debe disponer el Tribunal para Yugoslavia.

¹⁶⁴ En el Estatuto original del TPIR de 1994 se disponía de dos salas de primera instancia y una Cámara de Apelaciones, todas, compuestas por once jueces: tres en cada Sala y cinco en la de Apelaciones.

también aumentó a dieciséis, tres funcionando en cada una de las salas de primera instancia y siete en la Sala de Apelaciones.¹⁶⁵

Por lo que respecta a las normas procedimentales, y como ejemplo de uno más de los estrechos vínculos entre los dos tribunales, ambas instituciones internacionales aplican, *mutatis mutandis*, el mismo Reglamento del Tribunal o Reglas de Procedimiento y Prueba, las cuales fueron adoptadas *a posteriori* por los jueces del Tribunal de Yugoslavia y, según lo establecido en el artículo 14 del Estatuto del TPIR, fue ampliada su jurisdicción a ese tribunal. Estas normas rigen la fase previa de la audiencia, la audiencia y los recursos, la recepción de pruebas, la protección de las víctimas y de testigos, y otros asuntos relativos al caso. Cabe acotar que, para el caso del TPIR, se determinó la posibilidad de poder implementar las modificaciones que se juzgaran necesarias. Así, el papel de los magistrados ha sido de vital importancia, y debido a lo estipulado por el artículo 15 del TPIY respecto de que éstos adopten el régimen que regirá los procesos, se reconoce a los magistrados de los dos tribunales un lugar preponderante en la elaboración de normas que rigen su actividad. Asimismo, han tenido a menudo total libertad para adoptar la interpretación que les parezca más adaptada, eficaz y más útil. Derivado de esto, los magistrados han aprobado detalladas normas de procedimiento y prueba que, como argumenta Paul Tavernier, “...han sido acogidas como un verdadero código internacional de procedimiento penal, en las que se zanján cuestiones esenciales”. Dicho procedimiento no está sometido a control alguno por parte del CS, y ha sido modificado en varias ocasiones, lo que, como aclara este autor, puede dar la impresión de cierta improvisación.¹⁶⁶

Un elemento más en común a los tribunales en comento es que comparten el mismo fiscal o procurador, quien está dispuesto para ser responsable de la instrucción de los expedientes y del ejercicio de la acusación de los autores de violaciones que persiguen ambas instituciones. Es de resaltar la gran autonomía que ostenta dicha autoridad. El fiscal se constituye como

¹⁶⁵ Con lo cual, de los once magistrados, ocho tomando parte en las salas de primera instancia, el presidente del Tribunal concurriendo en una de éstas, dos asignados a conformar la Sala de Apelaciones del TPIY, la cual está compuesta por siete magistrados (cinco más dos), todos estos conforman finalmente los dieciséis magistrados que deben formar el TPIR. De igual manera, independientemente de que el presidente del TPIY sea miembro de la Sala de Apelaciones, y que el presidente del Tribunal de Ruanda forme parte en una de las salas de primera instancia, cada sala de ambos tribunales puede nombrar a un magistrado-presidente de la Sala.

¹⁶⁶ Las Normas de Procedimiento y Prueba, adoptadas el 11 de febrero de 1994, han sido modificadas en veintiún ocasiones. Para la consulta de las Reglas de procedimiento y prueba del TPIY, disponible en: <http://www.un.org/icty/basic.htm>.

un órgano autónomo a los dos tribunales; es decir, actúa con total independencia: no solicita ni recibe instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna otra fuente. Además, la actividad del fiscal consiste en abrir un expediente de oficio o con base en testimonios e informes obtenidos de todo tipo de fuentes, especialmente los gobiernos, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales. El fiscal evalúa los informes recibidos u obtenidos y se pronuncia sobre la oportunidad o no, de iniciar las diligencias.

De la misma forma, el fiscal está habilitado para interrogar a los sospechosos, a las víctimas y a los testigos, reunir pruebas y a conducir investigaciones *in situ*. En la ejecución de sus actividades, el fiscal puede, de ser necesario, solicitar el concurso de las autoridades del Estado concernido. Si se llega a decidir que se han encontrado presunciones de delito que dan lugar a la apertura de diligencias, el fiscal incluirá un acta de acusación en la cual expone brevemente los hechos y el crimen o los crímenes con los cuales el acusado es responsable bajo la jurisdicción del tribunal de que se trate (TPIY/TPIR). El acta de acusación es transmitida a un juez de alguna de las salas de primera instancia. El fiscal es nombrado por el CS, lo que en alguna forma cuestiona su “absoluta independencia”, aunque para probarlo tendría que remitirse a la supervisión de su actuación. Lo cierto es que quien ostente este cargo debe tener reconocida calidad moral, gran capacidad y sólida experiencia en la instrucción de asuntos criminales, así como sus diligencias. Su mandato es de cuatro años, y es reelegible. Cabe aclarar que sus condiciones de empleo son las mismas que las de un secretario general adjunto de la ONU.¹⁶⁷

Ahora se pasarán a mencionar las disposiciones del proceso propiamente dicho. Previo a que se dé la “apertura y conducción del proceso”, existe el denominado “examen de la acusación”. Este razonamiento, que es realiza-

¹⁶⁷ La oficina dispuesta para el fiscal por parte del TPIR se encuentra en Kigali, capital de la República de Ruanda —lo que no debe confundirse con la sede del Tribunal Internacional para Ruanda, que se localiza en Arusha, Tanzania—. La oficina del fiscal, en el caso del TPIR, es dirigida suplementariamente por el fiscal adjunto. La oficina del fiscal está dividida en dos secciones: una de investigación, que está a su vez subdividida en equipos responsables por la recopilación de evidencia que implique a individuos que hayan cometido crímenes en Ruanda en 1994 y que sean de la jurisdicción del tribunal. La otra sección es de causa o acusación. Ésta se halla compuesta por abogados ante el proceso, que actúan como la parte acusadora, responsables tanto del expediente de la imputación como del proceso para todos los casos. Pero, por separado a las dos secciones, existe una Unidad de Información y Prueba (Information and Evidence Unit), que entera directamente al *fiscal adjunto*. No obstante, el fiscal también cuenta con un fiscal adjunto, para coadyuvar en las funciones de la fiscalía del TPIY.

do por uno de los jueces de una de las salas de primera instancia, que actúa como “receptor del acta de acusación” para su análisis, y si estima que el fiscal ha establecido que a la vista de las presunciones hay motivos para iniciar las diligencias, se confirmará el acta o no. De darse la calificación, el juez, a solicitud del fiscal —la única parte acusadora reconocida formalmente por ambos tribunales—, emite los autos y el mandato de arresto o de detención, para que le lleven o le remitan al o a los implicados, y todos los demás autos necesarios para pasar a la apertura y conducción del proceso.¹⁶⁸

Ante la apertura de un proceso, la Sala de primera instancia que lleva el caso debe ocuparse de que éste sea imparcial y expedito, y que la instancia se desarrolle de acuerdo con las reglas de procedimiento y prueba, que los derechos del acusado sean plenamente respetados y que se garantice la protección de las víctimas y los testigos. Toda persona indiciada, y que se encuentre en custodia como consecuencia de una ordenanza o de un mandato de arresto emitido por el tribunal internacional de que se trate, debe ser informada inmediatamente de los cargos en su contra y ser transferida a la unidad de detención del Tribunal. Posteriormente, la sala de primera instancia encargada del caso dará lectura del acta de acusación, se asegurará de que los derechos del acusado sean respetados, confirmará que el acusado ha comprendido el contenido del acta y le instruirá a que manifieste sus alegatos. La sala fija entonces la fecha del proceso. Una vez en la audiencia, ésta será pública, a menos que en la sala se decida realizarlas a puerta cerrada de acuerdo con sus reglas de procedimiento y prueba.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Un factor que no ha estado libre de polémica es el relativo a la ausencia de proceso por “contumacia”. El debate ha enfrentado a los defensores del *common law* y del *civil law*. Los primeros, que defienden el proceso de tipo acusatorio, característico de los países anglosajones y quienes reclaman un proceso equitativo (*fair trial, due process of law*), que se niegan a que un proceso tenga lugar sin estar presente el acusado y, por su parte, los partidarios del *civil law*, que postulan un procedimiento de tipo acusatorio, y cuya tesis se reflejó en la adopción del artículo 61 de las reglas de procedimiento y prueba comunes a ambos tribunales. No obstante que diversos especialistas consideran a este artículo una especie de híbrido, de monstruo jurídico y un sucedáneo que a nadie satisface, también reconocen su eficacia, ya que ha dado pruebas de utilidad práctica, como son los casos de Dragan Nikolic; Milan Martić; Mile Mrksić; Mlado Radic y Vasilin Sljivancanin, además de que también se utilizó este mecanismo en el “Caso de Milosevic y otros”. Por ejemplo, Paul Tavernier y otros colegas del CICR mencionan que sean como sean los defectos y la índole limitada de estas disposiciones, este procedimiento ha dado pruebas de utilidad práctica y permite mantener, e incluso aumentar la presión sobre los acusados, con la eventual ayuda del CS, en espera de que determinada situación política evolucione y permita el arresto de los criminales, convirtiendo a los acusados en “parias de la Tierra”, y al mismo tiempo, zanjando la cuestión de la impunidad.

¹⁶⁹ Artículos 20 del Estatuto del TPIY y 19 del TPIR, respectivamente.

De igual manera, en ambos estatutos se preceptúan los mismos cuatro derechos básicos del acusado: 1) todas las personas serán iguales ante el tribunal; 2) toda persona contra la cual se efectúen acusaciones tiene derecho a que su causa sea atendida imparcial y públicamente, con la reserva de la protección que dispondrán las reglas de procedimiento y prueba, que señalan deben darse medidas de salvaguarda a las víctimas y testigos que comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de la identidad de las víctimas; 3) toda persona indiciada es presumida inocente hasta que se establezca su culpabilidad de acuerdo con las disposiciones del Estatuto, y 4) toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del Estatuto tiene derecho, en uso del principio de igualdad, de una serie de garantías mínimas.¹⁷⁰

La Sala se pronunciará con una sentencia, e impondrá penas¹⁷¹ y sanciones contra los culpables de graves violaciones ante el DIDH. La sentencia será leída en audiencia pública por la mayoría de los jueces de la sala, será motivada, entregará los diversos razonamientos por escrito, y existe la posibilidad de adjuntar opiniones individuales o disidentes.¹⁷² Ante la imposición de una pena, para los dos tribunales, cabe el recurso de la apelación;

¹⁷⁰ Dentro de estas garantías destacan las siguientes: *a)* ser informada, en el más breve plazo posible, en una lengua que comprenda y de forma detallada, de la naturaleza y los motivos de la acusación en su contra; *b)* disponer del tiempo y de las facilidades necesarios para la preparación de su defensa, y de comunicarse con el abogado de su elección; *c)* ser juzgado sin indebida demora; *d)* estar presente en su proceso y defenderse en su propia persona o tener la asistencia de un abogado de su elección, ser informado de su derecho a tener consejo legal y, cada vez que el interés de la justicia lo exija, tener un defensor de oficio, sin cargo alguno si no tiene medios para pagarlo; *e)* interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, obtener, en las mismas condiciones, su comparecencia y el interrogatorio de éstos; *f)* hacerse asistir gratuitamente por un intérprete si no comprende la lengua en que se lleve la audiencia, y *g)* no ser forzado a dar testimonio en su contra o declararse culpable (artículos 21 del Estatuto del TPIY y 20 del TPIR, respectivamente).

¹⁷¹ Según lo establecen los artículos 24 del Estatuto del TPIY y 23 del TPIR, las penas sólo comprenden el encarcelamiento, impuesto por alguna de las salas de primera instancia, recurriendo a la práctica general con respecto a las penas de prisión de ambos tribunales. Para ello, se deben tener en cuenta factores como la gravedad de la infracción y las circunstancias individuales del sentenciado; pero además, se puede imponer la restitución a sus propietarios legítimos de todos los bienes y recursos que les hayan sido arrebatados por medios ilícitos, incluyendo la coerción. Cabe señalar que la ejecución de la pena de reclusión puede ser llevada, para el caso del TPIR, en mismo Ruanda, o también, para ambos tribunales, en cualquier otro Estado designado sobre una lista de naciones que hayan hecho saber al CS de la ONU, que están dispuestos a recibir a los condenados: la condiciones de prisión estarán sometidas a las reglas nacionales del Estado concernido, bajo el control de cada tribunal internacional.

¹⁷² Artículos 23 del Estatuto del TPIY y 22 del TPIR, respectivamente.

conociera de ésta, la Sala de Apelaciones, a petición sólo de la persona(s) condenada(s) por alguna sala de primera instancia, o por el fiscal, y sólo bajo los siguientes supuestos: *a)* que se presuma error en una cuestión de derecho invalidando la decisión; *b)* un error de hecho que haya ocasionado un “error judicial” o negación de justicia. En dado caso, la Sala de Apelaciones puede confirmar, anular o modificar las decisiones de la sala de primera instancia. Asimismo, si se descubre un nuevo hecho desconocido en el momento del proceso en primera instancia o en apelación, y que podría haber sido un elemento decisivo en la decisión, el procesado o el fiscal pueden presentar al tribunal una demanda de revisión de la sentencia.¹⁷³

Por el carácter internacional de ambos tribunales, el origen de donde dimana su poder y jurisdicción, el CS de la ONU que lo ha establecido y la AG que participa en la nominación y elección de los jueces, todos los miembros de la Organización deben colaborar con los tribunales en la búsqueda y en los juicios de aquellas personas acusadas de haber cometido graves violaciones al derecho internacional humanitario. Los Estados deben responder sin demora a toda demanda de asistencia u orden que dimane de una sala de primera instancia y que implique, pero sin limitarse a ello, la identificación y búsqueda de personas, la reunión de testimonios y la obtención de pruebas, la expedición de documentos, el arresto o la detención de personas y el traslado o la convocatoria del acusado ante el tribunal en cuestión.¹⁷⁴

¹⁷³ Artículos 26 del Estatuto del TPIY y 25 del TPIR, respectivamente.

¹⁷⁴ En el caso del TPIY, para 2000 se tiene que once acusados han sido arrestados por policías nacionales, dieciséis se han entregado voluntariamente y veintiuno han sido arrestados por fuerzas internacionales; todos han sido transferidos ante el Tribunal. Por otra parte, según dispone el artículo 7o. bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR, en el caso de que un Estado se negara a cooperar con el tribunal, será sujeto a ser reportado, por el presidente del TPIR, ante el CS. Sin necesidad de esto, la cooperación con el TPIR ha ido incrementando progresivamente: de las personas que fueron detenidas y enviadas a la Unidad de Detención en Arusha, nueve personas fueron arrestadas en Camerún, doce en Kenia, dos en Bélgica, Benin, Costa de Marfil, Namibia, Togo y Zambia, respectivamente y una en Burkina Faso, Malí, Sudáfrica, Suiza y Estados Unidos, respectivamente. Al igual, la cooperación internacional con respecto a los testigos ha sido esencial: muchos de los testigos no tienen un estado migratorio legal, válido o con documentación, incluso en sus países de residencia, a menudo países a los que ellos habían huido como refugiados. El desafío ha sido encontrar una manera de trasladarlos a Arusha, donde den su testimonio en los procesos y se les devuelva a los países que los han recibido. Varios países han colaborado con esta cuestión, incluyendo Bélgica, la República Centroafricana, El Congo (Brazzaville), Francia, los Países Bajos, Kenya, Senegal y Zambia. Estos países ayudaron a que el TPIR superara este obstáculo a través del otorgamiento de documentos de viaje especiales en cooperación con el Tribunal. Diversos gobiernos también han mostrado intención de cooperar con el cumplimiento de las sentencias. El 12 de febrero de 1999, el secretario del Tribunal y el gobierno de Malí firmaron un acuerdo de cumplimiento de las sentencias del Tribunal. Esto lo convirtió en el

Con respecto al estatus, privilegios e inmunidades para ambos tribunales, se dispone que la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, del 13 de febrero de 1946, es aplicada al tribunal, a los magistrados, al fiscal y a su personal, al igual que al secretario y a su equipo: los magistrados, el fiscal y el secretario gozan de los privilegios e inmunidades, de las exenciones y facilidades acordadas para los agentes diplomáticos de acuerdo con el derecho internacional. Asimismo, el equipo del fiscal y el del secretario gozan de las garantías para los funcionarios de las Naciones Unidas que otorgan los artículos V y VII de la Convención de 1946. Las demás personas, incluidos los indiciados, cuya presencia es requerida ante los tribunales internacionales, se beneficiarán del tratamiento necesario para asegurar el buen funcionamiento del tribunal en cuestión. Por su lado, los gastos de ambos tribunales son repercutidos sobre el presupuesto ordinario de la ONU, de acuerdo con el artículo 17 de la Carta.¹⁷⁵

Mientras que las lenguas de trabajo son el inglés y el francés. No debe pasarse por alto el que los artículos últimos de ambos estatutos mencionan que el presidente de cada tribunal debe presentar anualmente un informe al CS y a la AG. Sobre este aspecto, no es para nada fácil acceder a información de actualidad en ambos casos. En el sitio electrónico del Tribunal de Yugoslavia, el informe más reciente corresponde a 1999, y en el sitio del Tribunal de Ruanda no se localizó información alguna al respecto.

Ahora se pasará a revisar otros aspectos que dan fe de la importancia de ambos tribunales, que tienen la virtud de sancionar los crímenes contra el DIH y el DIP, al organizarse como instrumentos represores de las infracciones graves a los derechos humanos fundamentales que forman parte del DIP. Se trata de verdaderos instrumentos ejecutores de la sanción internacional, a pesar de las limitaciones derivadas de su propia naturaleza especia-

primer país de la lista de naciones que hicieron saber al CS que están dispuestos a recibir a los condenados en Malí. La República de Benin fue el segundo país en firmar el acuerdo el 26 de agosto de 1999. El reino de Swazilandia fue el tercer país en firmar el acuerdo el 30 de agosto de 2000. Bélgica, Dinamarca, Noruega y algunos otros países africanos también han manifestado voluntad para cooperar en la reclusión de personas sentenciadas por el Tribunal, aunque han dispuesto ciertas condiciones. Las negociaciones han continuado entre el Tribunal y varios países en esta materia. También, tal es el caso de Noruega, que tuvo a *Drazen Erdemovic*, sentenciado a cinco años en reclusión por el TPIY, o Alemania, donde estuvo en prisión *Dusko Tadic* por veinte años, además de Finlandia.

¹⁷⁵ Para el caso del TPIY, el presupuesto a lo largo de los primeros nueve años en funciones ha pasado de iniciar en 1993 con una asignación anual de 276,000 dólares, a 96'443,900 millones de dólares para 2001. Presupuesto similar al que ha sido asignado al TPIR, que es de alrededor de cien millones de dólares, sin dejar de mencionar que a finales de 1998 las contribuciones económicas al Fondo del Fideicomiso Voluntario de Apoyo a las Actividades del Tribunal de Ruanda sumaron 7,571,998 dólares.

lizada o *ad hoc*. Se tiene así que, pese a que ha sido cuestionada su implantación, la cooperación por parte de los Estados no ha sido denegada; como se ha mencionado para el caso del TPIY, su personal supera las mil personas, concretamente 1,120 colaboradores y miembros del Tribunal, de más de 75 nacionalidades. Un caso similar es el del TPIR, que cuenta con un *staff* de más de setecientas personas de más de 85 nacionalidades.

Para finales de 2002 y principios de 2003, de las 75 acusaciones que fueron hasta esa fecha liberadas sobre criminales responsables ante el TPIY, 46 acusados ya se encontraban bajo custodia en la Unidad de Detención del TPIY, dos fueron provisionalmente liberados (Simo Zaric y Miroslav Tadic, liberados el 19 de abril del 2000), y veintisiete estaban siendo buscados. Al mismo tiempo, 48 acusados se hallaban bajo proceso: dos en la etapa preliminar o previa, tres esperaban sentencia, seis por juicio y sentencia, tres estaban en pleno proceso, doce habían interpuesto una apelación, uno estaba a la espera de ser transferido a algún Estado para cumplir su sentencia, y Stevan Todorovic, quien el 31 de julio de 2001 fue sentenciado a diez años de prisión. Del total de los imputados ante el TPIY, 42 han sido acusados por violaciones ante las convenciones de Ginebra de 1949, pero también, 76 han sido acusados por violaciones a las leyes y costumbres de guerra, trece, por haber cometido o estar implicados en el crimen de genocidio, 66 por crímenes contra la humanidad, y veinte por crímenes de tipo sexual. Esto sugiere que los presuntos responsables presentados ante el TPIY han sido implicados por más de uno de los crímenes que sancionan los artículos 2o., 3o., 4o. y 5o. del Estatuto.

Por su parte, Zejnil Delalic fue encontrado inocente de once cargos contra las convenciones de Ginebra y violaciones a las leyes de guerra; fue declarado libre de culpa por la Segunda Cámara de Primera instancia el 16 de noviembre de 1998, e inmediatamente puesto en libertad. No obstante, pese a que la fiscalía interpuso una apelación a la sentencia el 20 de febrero de 2001, la Sala de apelaciones confirmó la inocencia de Delalic. Asimismo, Dragan Papic, igualmente fue encontrado no culpable de cargo alguno por crímenes contra la humanidad, y fue juzgado por la misma Sala II de Primera Instancia, puesto en libertad de inmediato y no se interpuso apelación alguna. Aunado a estos dos casos de inocencia encontrada o declarada en proceso, los cargos que pesaban sobre Marinko Katava, Ivan Santic y Pero Skopljak fueron retirados, y fueron puestos en libertad inmediatamente el 19 de diciembre de 1997. El asunto de Milan Kovacevic fue declarado concluido, por haber ocurrido la muerte natural del indiciado en la Unidad de Detención el 1o. de agosto de 1998; al igual ocurrió con Dorde Dukic, quien fue provisionalmente liberado por cuestiones de salud el 24 de abril

de 1996; su muerte ocurrió el 18 de mayo de ese año. Por otra parte, la situación de Slavko Dokmanovic fue concluida al ocurrir el suicidio de éste mientras se encontraba en la unidad de detención el 1o. de agosto de 1998.

De los procesos que realmente siguieron hasta un curso final, Drazen Erdemovic fue sentenciado a cinco años en prisión el 5 de marzo de 1998 por un crimen confirmado en su contra de violación a las leyes y costumbres de guerra, y por el cual había sido inculcado desde el 14 de enero del mismo año, siendo que en agosto siguiente inmediato fue transferido a Noruega para cumplir su pena. Dusko Tadic fue encontrado responsable de responsabilidad penal individual por cinco crímenes a las leyes y costumbres de guerra y seis crímenes contra la humanidad; juzgado por la Segunda Sala de primera instancia, fue sentenciado a veinte años de prisión el 14 de julio de 1997, y, pese a haber pasado procesos de apelación, fue confirmado el fallo el 31 de octubre de 2000, y Tadic fue transferido a Alemania para cumplir su pena.¹⁷⁶ Igualmente, en el caso de Zlatko Aleksovski, en un inicio fue condenado a dos años y seis meses de prisión, encontrándosele responsable de forma individual y como autoridad superior, pero, ya que estuvo retenido en la unidad de detención por dos años y casi once meses, fue puesto en libertad de inmediato. Ante esto, la fiscalía interpelló, y el 9 de febrero de 2000 ordenó la nueva detención de Aleksovski; se recibió la apelación del fiscal y se rechazó la que había interpuesto la defensoría contra el proceso y el juicio; la Sala de apelaciones resolvió modificar la sentencia, y el 24 de marzo de 2000 incrementó la pena final a siete años de prisión, y el 22 de septiembre de ese año fue transferido a Finlandia para cumplir con lo dispuesto por el TPIY.

Anto Furundzija fue encontrado culpable por crímenes de guerra y sentenciado a diez años de prisión por la Segunda Sala de Primera Instancia el 10 de diciembre de 1998, y, pese a que la defensa apeló, fue confirmado el fallo el 22 de septiembre de 2000; fue transferido a Finlandia para cumplir su pena. Por su parte, Goran Jelusic, quien fue liberado de cargos por genocidio el 19 de octubre de 1999, fue sentenciado a cuarenta años

¹⁷⁶ Dusko Tadic, el 14 de julio de 1997, tras haber sido declarado culpable y sentenciado a prisión por veinte años, el fiscal y la defensa interpusieron apelaciones. No obstante, el 15 de julio de 1999, la Sala de apelaciones encontró adicionalmente culpable de responsabilidad penal individual por nueve cargos “extra”, que incluían siete cargos de violaciones derivadas de las Convenciones de Ginebra, uno más de violaciones a las leyes de guerra y uno contra la humanidad; por lo cual el caso fue devuelto a las salas de primera instancia. El 11 de noviembre de 1999, Tadic fue nuevamente sentenciado, ahora por veinticinco años de prisión, interponiéndose de nuevo una apelación por la parte defensora ese mismo mes ante lo cual, analizando ambas sentencias de 1997 y 1999, el 26 de enero de 2000, la Sala de Apelaciones tomó la decisión final de condenar a Tadic a un máximo de veinte años de prisión.

de prisión el 14 de diciembre de ese mismo año por 31 cargos por crímenes contra la humanidad y violaciones a las leyes y costumbres de guerra por los que había sido inculcado desde 1998, y aunque se interpuso una apelación, el 5 de julio de 2001 fue confirmada la sentencia.¹⁷⁷ Un último caso que llama la atención es el de Biljana Plavsic, mujer de 72 años, expresidenta de la República Servia de Bosnia, y quien en algún tiempo fue conocida como “la dama de hierro de Bosnia”. Fue condenada a principios de 2003 a once años de prisión —que compurgó en Finlandia—, al ser declarada culpable de crímenes contra la humanidad (“limpieza étnica”, desaparición forzada, tortura, etcétera) cometidos entre 1992 y 1995. Durante la guerra de los Balcanes, la bióloga y catedrática de la Universidad de Sarajevo decía que todos los musulmanes bosnios eran “genéticamente deformes”. Aunque reconoció arrepentimiento, el juez británico del TPIY señaló que las acciones de Plavsic “fueron crímenes gravísimos que ningún dictamen puede llegar a reflejar”.

Para los casos tratados por el Tribunal para Ruanda, según la información de la que dispuse, más de 230 testigos habían sido presentados por ambas partes, Fiscalía y Defensoría, en los respectivos procesos, además de que más de cuarenta inculcados habían sido detenidos y enviados a la Unidad de Detención del TPIR, de los cuales se concluyeron los procesos del expresidente Jean Kambanda, además de Jean-Paul Akayesu y otros líderes militares y políticos. Cabe señalar que Kambanda fue en su momento el primer jefe de gobierno que ha sido convicto por los crímenes jurisdicción del Tribunal, además de que fue sentenciado a la reclusión de por vida. Al mismo tiempo, cabe señalar que los procesos de Akayesu y Kambanda fueron los primeros en la historia en sancionar por un tribunal internacional el crimen de genocidio como tal.

El TPIR ha sido pionero en proporcionar orientación jurídica a las víctimas, indemnizar jurídicamente a través de tribunales internacionales, según se instituyó en ambos estatutos, al mismo tiempo que en ofrecer ayuda legal a los testigos por la fiscalía, incorporando la prestación de servicios de tipo psicológico y médico. Aun cuando no se disponga con facilidad de información pormenorizada sobre la operación del TPIR, los avances saltan a la vista. Se ha constituido en un paliativo a la violencia interétnica, y ha creado un efecto de disuasión a los líderes políticos y militares, quienes sien-

¹⁷⁷ El caso Milosevic y otros merece mención especial. Basta resaltar que hasta el final de su vida, Milosevic ha desconocido la autoridad del TPIY, argumentando que éste fue impuesto por la OTAN, a la que acusa de haber invadido su país, declarando además que las acusaciones que pesan sobre él son “políticamente motivadas”, y ha negado la asistencia jurídica que le ha ofrecido el Tribunal de La Haya.

ten que pueden ser llevados ante una autoridad que será de tipo internacional, imparcial, y, sobre todo, que enfrentarán decisiones donde no podrán ejercer poder político alguno, y que con base en la cooperación internacional, no habrá lugar alguno para la impunidad, o Estado donde tarde o temprano no puedan ser detenidos. El avance de la actividad del TPIR ha sido un punto de partida hacia la cooperación internacional política, jurídica, judicial, y hasta económica y militar, para el cumplimiento y el respeto a la justicia y las normas del DIP, que han resurgido y se desarrollan de forma pionera en el continente negro, que históricamente se había caracterizado por una escasa participación en instrumentos del derecho internacional general clásico.

Para finalizar este apartado, conviene subrayar las nacionalidades de los jueces de ambos tribunales, pues sus nombres fueron invocados por sus gobiernos y propuestos para formar parte de la judicatura de la CPI en sus primeros años, más aún si se toma en consideración que estas personas ya contaban con liderazgo, experiencia, conocimiento y capacidad necesarios para cumplir con creces tan alta encomienda.

En el caso del TPIY, el presidente del Tribunal era de nacionalidad francesa, Claude Jorda; la vicepresidenta, Florence Ndepele Mwachande, provenía de Zambia; los presidentes de las tres salas de primera instancia, David Anthony Hunt, Richard George May y Almiro Simoes, eran de procedencia australiana, inglesa y portuguesa, respectivamente. Los demás magistrados eran oriundos de Malasia, Egipto, Guyana, Colombia, Marruecos, Jamaica, Estados Unidos, Italia y China. En el TPIR, la presidencia la ocupó con muy buen tino el sudafricano Navanethem Pillay; el vicepresidente fue el noruego Eric Mose; los presidentes de las dos restantes salas, Laïti Kama y Lloyd G. Williams, fueron un senegalés, y el último era nacional de Saint Kitts and Nevis Island (Isla de San Cristóbal y Nevis). Los demás magistrados tuvieron sus orígenes en Sri Lanka, la República Unida de Tanzania, Turquía, la Federación Rusa, Eslovenia, además de los que conformaron la Sala de apelaciones del TPIY. Vaya para todos ellos, y otros más que haya omitido involuntariamente, el más amplio, profundo y sincero reconocimiento de un profesor e investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México comprometido por siempre y para siempre con la justicia penal internacional.