

**SOBRE LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL O EL
DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE GUERRA**

DANIEL ARIZA ZAPATA

Monografía de Pregrado en Derecho

Asesor:

ALFONSO CADAVID QUINTERO

Abogado

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2009

Nota de aceptación

Jurado

Jurado

Medellín, mayo de 2009

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
1. DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	15
1.1 APROXIMACIONES	15
1.2 CONCEPTO DE “DERECHO PENAL INTERNACIONAL”	19
1.3 ORÍGENES	22
1.4 EL TRATADO DE VERSALLES	26
1.5 LA LEY DE NUREMBERG Y DE TOKIO	30
1.6 LOS TRIBUNALES PENALES <i>AD HOC</i> DE LAS NACIONES UNIDAS: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA	37
1.7 ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	48
2. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL SISTEMA ACTUAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	65

2.1 EL CONCEPTO DE SOBERANÍA ESTATAL Y LA <i>EUFORIA</i> EN TORNO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INTERNACIONAL	68
2.2 LA FÓRMULA <i>NULLA POENA SINE LEGE</i> EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	79
2.3 EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO DE GUERRA	86
3. CONCLUSIÓN GENERAL	96

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

CONSIDERACIONES INICIALES

Hablar de Derecho Penal es, sin lugar a dudas, una labor compleja en la medida en que, como suele ser habitual en el ámbito jurídico, no resulta sencillo delimitar su *horizonte de proyección*¹. Dado que la ciencia jurídica se expresa por medio de convenciones lingüísticas, de ella pueden predicarse las mismas falencias y dificultades de que adolecen los términos y las palabras², razón suficiente para advertir que, si se quiere abordar un problema esencial del Derecho Penal en cualquier espacio académico, es preciso comenzar por construir un *acuerdo de lenguaje* entre los sujetos involucrados en la discusión, en aras a realizar ciertas precisiones que permitan el desarrollo fluido de la exposición y descripción del tema que se haya elegido trabajar.

Tal *acuerdo* tendrá que tener por objeto una serie de conceptos y definiciones relacionadas con elementos centrales del Derecho penal, sobre las cuales no será preciso volver cada vez que se emprenda la tarea de construcción y defensa de una tesis enmarcada dentro de esta área del conocimiento jurídico.

No todas las construcciones teóricas de Derecho Penal tienen que comenzar por abordar el problema de la justificación del castigo, o de la limitación de derechos y libertades individuales llevada a cabo por el Estado al ejercitar su

¹ Expresión tomada de: ZAFFARONI Eugenio Raúl – SLOKAR Alejandro – ALAGIA Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar SA, Buenos Aires, 2000, pág.3

² En relación con los problemas de vaguedad y ambigüedad del lenguaje, NINO Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 9 edición, Ariel, Barcelona, 1999, págs. 11-16

facultad sancionadora. Éstos son sin lugar a dudas problemas *últimos* de la filosofía punitiva que no pueden dejarse a un lado. Sin embargo, dado que no existe un claro consenso en relación con las respuestas que deben darse a estos planteamientos, es posible adoptar posiciones neutrales, fundamentadas en pre-concepciones y en ciertos axiomas jurídicos, que permitirán continuar con la reflexión en torno a otros aspectos derivados de la evidente naturaleza *positiva*³ del Derecho penal y su evolución, para regular nuevas y complejas realidades sociales.

En consecuencia, para efectos prácticos y atendiendo a las pretensiones del trabajo que a continuación se presenta, se ha considerado fundamental comenzar por establecer una posición teórica clara frente a la naturaleza del Derecho Penal que dote de sentido y permita interpretar las ideas y tesis que más adelante se propondrán en torno al sistema de Derecho penal internacional.

Por Derecho Penal se entenderá la *“rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado constitucional de Derecho”*⁴. Se trata de una concepción del sistema penal como *fenómeno cultural*⁵ propio de las sociedades occidentales, construido en torno a valores adscritos al liberalismo político defendido por autores tales como John Rawls y Ronald Dworkin, de acuerdo con el cual, las *unidades elementales cuyo bienestar debe tenerse en cuenta para justificar instituciones, formas de organización*

³ Se hace referencia a una concepción *iuspositivista* de acuerdo con la cual, el derecho tiene un carácter artificial y es fruto de la praxis humana. Al respecto, dice John Austin, las normas jurídicas son *“leyes puestas por los hombres a otros hombres”*, en AUSTIN John, *el objeto de la jurisprudencia*, 1 Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág.33

⁴ ZAFFARONI Eugenio Raúl – SLOKAR Alejandro – ALAGIA Alejandro, *Derecho Penal, Parte General, cit.*, pág.4.

⁵ Tal concepción se encuentra en la obra del profesor argentino Daniel Pastor.

*social, medidas estatales, etc.; son cada uno de los individuos que integran una sociedad, y no cierta "entidad" supraindividual como el Estado*⁶. Se trata por tanto de un Derecho Penal entendido como límite al poder Estatal que, en esta medida, debe satisfacer las exigencias que la cultura penal mayoritaria impone para predicar la validez y legitimidad de las limitaciones a los derechos individuales inherentes a la imposición de las sanciones penales.

Se adoptará entonces una concepción *principialista*, de acuerdo con la cual, se está frente a una manifestación legítima del poder penal (en un estadio deontológico) siempre que se impongan penas respetuosas de los principios penales fundamentales y se limite el ejercicio del *ius puniendi* radicado ya, no sólo en cabeza de los Estados individualmente considerados, sino incluso de organizaciones supranacionales .

OBJETO Y MÉTODO DE ESTUDIO:

De acuerdo con las concepciones de Derecho Penal clásicas, podría afirmarse que, aún cuando la cultura de protección de intereses jurídicos materializada en la creación de un sistema de normas coactivas es un asunto universal –esto es, las construcciones dogmáticas-penales y su legitimación se desarrollan en un ámbito global-, la determinación de lo que debe ser abarcado por las normas punitivas tiene un carácter eminentemente

⁶ NINO Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. II: fundamentos del liberalismo político: derechos humanos y democracia deliberativa*, compilado por Gustavo Maurino, 1 Edición, Buenos Aires, 2007, pág.21.

regional⁷. En consecuencia, la ciencia penal tradicional evolucionó atendiendo a una particular dinámica, caracterizada por la tensión permanente entre las exigencias dogmáticas y la soberanía de los Estados a la hora de adoptar el contenido de sus normas sancionatorias.

En estos términos, existía una construcción de *deber ser* universal, que se enfrentaba al contenido del *Derecho penal efectivamente adoptado por los Estados*, sin que fuera posible pensar en la intervención y modificación de aquellos sistemas nacionales que no adecuaban sus ordenamientos a los lineamientos teóricos construidos en el ámbito de la reflexión académica. Además, como consecuencia directa de tal situación, regía la idea de acuerdo con la cual la comisión de un crimen reconocido como tal por un ordenamiento particular, afectaba exclusivamente los valores y principios defendidos por dicho ordenamiento.

Sólo a partir del siglo XX, la idea de una justicia penal universal se conceptualizó como un problema jurídico real⁸ a partir de la erosión ocasionada por la barbarie propia, pero no exclusiva, de la Segunda Guerra Mundial. Se pensó entonces en la creación y consolidación de un sistema de responsabilidad penal individual, que adoptara las características propias de la llamada “ley internacional”.

⁷ PASTOR Daniel, *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006, pág.24.

⁸ WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C Asser press, The Hague, 2005, pág.3 (Todas las citas de éste autor han sido traducidas por el autor).

No obstante, el proceso de implementación de tal sistema se vio entorpecido, teóricamente, por la aparición de dos obstáculos fundamentales relacionados con las concepciones propias de las tradiciones clásicas antes mencionadas y con las construcciones teóricas relativas al campo del Derecho Internacional Público general. Tales obstáculos son descritos por el profesor alemán Gerhard Werle⁹ de la siguiente manera:

1. En el Derecho Internacional clásico, los sujetos involucrados eran los Estados, no los individuos. Así, para crear normas penales de Derecho Internacional, primero era necesario reconocer al individuo como sujeto del Derecho Internacional.
2. Era necesario superar la actitud defensiva de los Estados frente a intervenciones externas –actitud basada en la defensa del concepto de soberanía-.

En este contexto, a partir de los denominados juicios de Nuremberg se han establecido diversos modelos de poder penal internacional que representan la adecuación del sistema jurídico nacional a determinados ámbitos internacionales –fenómeno de la internacionalización del Derecho penal¹⁰-, por medio del desarrollo de un complejo régimen interestatal, para ciertos casos y determinados países, que pretende superar los problemas antes mencionados, al tiempo que protege “*la paz, la seguridad y el bienestar del*

⁹ WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., pág.3

¹⁰ PASTOR Daniel, *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, cit., pág.28.

*mundo*¹¹. La creación de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, seguidos con alguna distancia histórica por el establecimiento de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, fueron los hitos fundamentales para la adopción, el 17 de julio de 1998, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El llamado Estatuto de Roma aparece hoy en día como el principal documento de Derecho penal internacional, recogiendo en sus 128 artículos toda la regulación correspondiente a la creación de la Corte Penal Internacional –es decir, todos los asuntos relativos a su constitución, administración y financiación-, la descripción de los procedimientos que deben llevarse a cabo ante la Corte y los mecanismos de cooperación entre los Estados y el órgano judicial internacional. De igual forma, el Estatuto enumera los crímenes sobre los cuales la Corte tendrá jurisdicción, y recoge los principios generales del Derecho penal internacional¹².

A pesar de su aparente conveniencia, el proceso de adopción del Estatuto no fue una tarea fácil y el ambiente que ha acompañado su implementación y consolidación se ha caracterizado por el comportamiento ambivalente por parte de los Estados involucrados en su concepción y por la creciente crítica en relación con el desconocimiento de los principios penales fundamentales a la hora de establecer las reglas de persecución y castigo de los crímenes internacionales (existen además algunos problemas en la propia definición de los crímenes).

¹¹ *Rome Statute of the International Criminal Court* of 17 July 1998, 37 *ILM* (1998), Preamble. (Traducción propia).

¹² *Estatuto de Roma*, Preámbulo y artículos 1-33

El presente trabajo pretende justamente realizar un análisis crítico en relación con el proceso de creación y adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, desde una perspectiva histórico-jurídica que permita abordar dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, se analizará la institución del Derecho penal internacional a la luz de los principios que la inspiran, para intentar delimitar el verdadero objeto del llamado “Poder Penal Internacional”. Tal análisis incluirá referencias al sistema de imputación propio del Derecho penal internacional y sus relaciones con el principio de legalidad.

En segundo lugar, a partir del estudio de la institucionalidad propia del Derecho penal internacional y de ciertos elementos políticos se analizará la tesis, sostenida por un grupo no despreciable de autores, de acuerdo con la cual el sistema de Derecho penal internacional, diseñado formalmente para la persecución de los llamados “core crimes”(los crímenes más graves que vulneran directamente los intereses superiores de la comunidad supranacional), se ha convertido en la herramienta idónea para el control de formas de criminalidad conexas, manifestadas en los fenómenos de la delincuencia organizada y los delitos políticos. En esta medida, pretende establecerse, a partir de una modesta construcción teórica, si el sistema de Derecho penal internacional cumple con las exigencias propias de la cultura Penal liberal contemporánea, o si por el contrario corre el riesgo de convertirse en un *poder militar, en una continuación de la guerra con*

*maquillaje de estrado judicial, que merezca iguales reparos éticos y jurídicos que la guerra misma*¹³.

Para llevar a buen término la tarea que nos hemos propuesto desarrollar, es preciso además realizar algunas anotaciones en torno a las características estructurales del tema que ocupa nuestra atención. Sólo de esta forma podrá comprenderse el sentido y alcance de una monografía cuyo propósito no es otro que el de servir de “pretexto” para el desarrollo de trabajos de investigación posteriores, que permitan profundizar y complementar las ideas aquí expuestas. Así, parece claro que la pretensión del presente trabajo no debe ser otra que la de limitar el campo de análisis de un tema sumamente extenso, cuya bibliografía total es prácticamente inabarcable y que cuenta con infinitos puntos de aproximación, dependientes de los particulares intereses de los sujetos que se aventuren a inmiscuirse en sus particulares problemas.

De acuerdo con el historiador francés Jacques Barzun, *“En los hechos no hay nada personal, pero sí lo hay en la elección y asociación de los mismos. Es mediante esta formación de pautas y el significado que se les adscribe como se transmite dicha visión”*¹⁴. Es precisamente esto lo que a continuación se presentará: una elección de hechos pertenecientes al ámbito del sistema de Derecho penal internacional, anudados a partir de la utilización de ciertos conceptos teóricos generales que permitirán inferir la visión particular del autor frente a las problemáticas seleccionadas. Por tanto,

¹³ PASTOR Daniel, *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, cit., pág.54.

¹⁴ BARZUN Jacques, *Del amanecer a la decadencia*, quinta edición, Taurus, Madrid, 2004, págs. 13-14.

aun tratándose de un trabajo de carácter eminentemente expositivo, resulta imposible evitar realizar una selección subjetiva de los hechos a tratar, y de las teorías y opiniones que frente a los mismos se han elaborado.

No debe sorprender entonces la aparente simplificación del colosal material disponible a unas cuantas páginas y a la presentación de *algunas* posiciones provenientes de autores que se han considerado fundamentales para la comprensión de un tema *sui generis* como lo es el Derecho penal internacional. Por el contrario, se trata de una elección deliberada que busca responder directamente a lo que se considera una “sobreproducción” de información, y a la necesidad de sintetizar y depurar los datos disponibles para someterlos a un tratamiento que se considera necesario.

Tal tratamiento parte del cuestionamiento de la forma en que tradicionalmente se han abordado los problemas relativos al sistema de Derecho penal internacional. Aun cuando es evidente que se está frente a un asunto que remite necesariamente al análisis de los conceptos de *poder* y de *cultura política*¹⁵, parece plausible defender la idea de acuerdo con la cual es

¹⁵ Como en el transcurso de este trabajo se evidenciará, el sistema de Derecho penal internacional parece estar estrechamente vinculado, no sólo con la utilización de la fuerza y la violencia, sino también con la promoción de ideas, creencias y valores que ayuden a la obtención de obediencia y a dotar de autoridad y legitimidad a las actuaciones de ciertos Estados. Tal idea se corresponde con la definición de *poder* propuesta por Rafael del Águila en su *Manual de ciencia política*. Así mismo, parece posible afirmar que, lo que pretende el sistema mencionado no es más que reformular el concepto de *cultura política*. Como lo plantea Mariano Torcal en el mismo manual, “*la cultura política ha sido uno de los conceptos que mayor interés ha despertado en el estudio de la política debido a su supuesta influencia en los sistemas políticos, y más en concreto en la estabilidad de la democracia, a través del comportamiento y la participación políticas. De hecho, las características culturales de los diferentes pueblos, definidas en términos de “carácter nacional” han constituido elementos frecuentemente utilizados por diversos pensadores para explicar el origen y evolución de diferentes regímenes políticos*”(DEL ÁGUILA Rafael, *Manual de ciencia política*, cuarta edición, Trotta, Madrid, 2004, pág.231); hoy, y concretamente a partir de la creación de órganos de carácter

necesario, mas no suficiente, partir de consideraciones de ésta índole para realizar un diagnóstico acertado de la justicia penal internacional. También se hace necesario el análisis de la estructura dogmática –o de la ausencia de la misma- en el ámbito penal internacional, para llegar a conclusiones similares a las presentadas por aquellos autores que han adoptado un punto de partida que no toma en consideración las implicaciones penales del tema discutido, con algo más de rigurosidad y objetividad.

Es por esto que el discurso “político”, ineludible en este ámbito de discusión, será matizado por consideraciones teóricas que, lejos de justificar las estructuras vigentes, particularmente aquellas relativas a la Organización de las Naciones Unidas y a la Corte Penal Internacional, dejarán claro que es necesario repensar el escenario penal internacional para dotarlo, de una vez por todas, de las garantías, condiciones e instituciones respetuosas de las exigencias propias de la cultura penal liberal antes mencionada.

Se trata en definitiva de decidir si estamos frente a un verdadero fenómeno de internacionalización de la justicia penal –partiendo del acuerdo según el cual, es necesario el sistema penal para regular las relaciones sociales, pero tal sistema debe ser limitado y reducido- o si, por el contrario, no se trata sino de la utilización del Derecho penal como un instrumento de guerra.

supranacional, que anteriormente estaban reservados al ámbito interno del Estado, podría pensarse que tal concepto pretende extenderse a la consecución de una *cultura política universal*, fundada en valores occidentales. Tal búsqueda justificaría la creación de una jurisdicción internacional con las falencias y vacíos que más adelante se expondrán.

1. DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1.1 APROXIMACIONES:

Los estudios jurídicos actuales tienden a reconocer de manera unánime la existencia del “Derecho penal internacional” como campo de estudio independiente, merecedor de una construcción teórica propia que no se supedita ni limita a la simple adopción de los conceptos y elaboraciones tradicionales de los sistemas de Derecho internacional público o de Derecho penal en sentido amplio. Sin embargo, en los últimos años se ha sostenido la idea de acuerdo con la cual el Derecho penal internacional debe considerarse como una parte integral del Derecho Internacional¹⁶: no se trata ya de un simple sistema de Derecho en construcción, sino que ahora es aplicado por las cortes internacionales, los Estados están llamados a colaborar en su implementación, y los procesos de incorporación a los ordenamientos internos ya se adelantan en varios países, respetando y sometiéndose a lo estipulado por la costumbre internacional y las leyes relativas a la adopción y ratificación de los tratados.

La Corte Penal Internacional, herramienta paradigmática del actual modelo de jurisdicción penal internacional, es un mecanismo accesorio, que no intervendrá si el caso que se ha puesto en su consideración ya se encuentra en etapa de juicio, o por lo menos investigación, bajo las reglas y jurisdicción de un tribunal nacional. Sólo cuando se cuestione la legitimidad de estos tribunales o se piense que con sus actuaciones se está protegiendo de forma deliberada a un individuo de ser sancionado penalmente, la Corte está

¹⁶ WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., pág.3

facultada para intervenir, asumiendo la investigación y juicio de los hechos relacionados con el caso y vinculando a los sujetos involucrados que considere necesarios. El afán primordial de la discusión actual se centra entonces, en la mayoría de los casos, en lograr determinar cuáles son las exigencias que deberán cumplirse para justificar la violación del tradicional concepto de “soberanía estatal”, permitiendo la realización de juicios y la imposición de penas por parte de un organismo internacional que despojará provisionalmente a las jurisdicciones nacionales de la potestad sancionatoria. Se trata así de un estricto problema de Derecho internacional, que se ha solucionado tradicionalmente recurriendo justamente a criterios y principios propios de este campo.

En relación, por ejemplo, con la aplicación del llamado *principio de persecución penal universal*, que opera como concreción del principio de *jurisdicción universal*, de acuerdo con el cual los jueces estatales de casi todo el mundo cuentan con jurisdicción para perseguir infracciones graves a las reglas contenidas en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y el protocolo adicional I del 8 de junio de 1977, sea cual sea el lugar de su comisión y la nacionalidad de los sujetos implicados en ellos¹⁷, no se han cuestionado asuntos de Derecho penal sustantivo o procesal –a saber, la adecuación de los llamados crímenes de guerra contenidos en los mencionados convenios al principio de legalidad y sus consecuencias derivadas, tales como la prohibición de retroactividad, la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena, entre otras-. La discusión se ha centrado en todos los casos en determinar, de acuerdo con la tradición *ius-*

¹⁷ REMIRO BROTONS Antonio, “Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial” en *El Derecho penal internacional*, cuadernos de derecho judicial, VII-2001, BACIGALUPO ZAPATER Enrique (director), Consejo general del poder judicial, Madrid, 2001, pág.72

internacionalista, los topes a la libertad de determinación soberana del ámbito de la jurisdicción penal contenida, tanto en los tratados de los que son parte los Estados como en las normas consuetudinarias de Derecho Internacional general¹⁸.

Sólo en el último tiempo, tal vez como consecuencia de la creación de la Corte Penal Internacional en 1998, algunos autores han abordado de manera rigurosa el análisis del sistema de Derecho penal internacional desde una perspectiva exclusivamente penal, cuestionando con ello la idea generalizada consistente en afirmar *tout court* la bondad de trasladar al ámbito internacional los sistemas de Derecho penal occidentales¹⁹, por suponer que las herramientas que sirven para la organización interna de los Estados y de las sociedades se pueden trasladar a un ámbito mayor de manera automática (justamente esta práctica, denominada por Daniel Pastor como “analogía interna”²⁰ es una de las claves del Derecho Internacional público general). Tal y como lo expresa el profesor argentino, normalmente se acentúan los aspectos internacionales del sistema, dejándose a un lado que la atribución de responsabilidad penal como consecuencia de la comisión de un ilícito, es *prima facie* extraña al Derecho Internacional Público, caracterizado por las relaciones entre Estados que no son, ni serán objeto de sanciones propiamente penales.

¹⁸ Ibid, pág.72

¹⁹ De acuerdo con la mayoría de autores, parece casi innegable reconocer que el sistema de Derecho penal internacional y su aplicación ha sido consecuencia de “...una concepción del sistema penal como fenómeno cultural de las sociedades occidentales. El programa político-jurídico de la Ilustración europea fue adoptado como propio por un sinnúmero de Naciones, muchas de ellas ajenas al ámbito socio-cultural del viejo continente”. PASTOR Daniel, *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, cit., pág.20. En el mismo sentido, afirma el penalista alemán, Kai Ambos en diferentes trabajos que la versión del Estatuto de la Corte Penal Internacional se funda en lo esencial, si no exclusivamente, en la influencia de los Estados del círculo cultural occidental.

²⁰ PASTOR Daniel, *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, cit., pág.24.

La importancia de esta iniciativa radica en plantear el problema de la reubicación del Derecho penal internacional dentro del marco de la epistemología jurídica: parece que no es suficiente con adscribirlo a los postulados propios del Derecho internacional. Es necesario además profundizar en su naturaleza sancionatoria para construir una dogmática de la justicia penal internacional que recoja y reconcilie los axiomas fundamentales tanto del Derecho internacional público como del Derecho penal en sentido formal²¹. Así pues, el elemento *internacional* opera como un criterio accesorio: estructural y funcionalmente los distintos delitos, sean de carácter nacional o internacional, tienen las mismas características, de tal suerte que las peculiaridades de los últimos radiquen en la complejidad de los hechos que involucran y en la valoración que de ellos se ha realizado por parte de la comunidad internacional²².

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, será necesario comenzar por la definición misma del concepto “Derecho penal internacional”, para proceder luego a describir la evolución histórica de sus contenidos e instituciones. Se hace esta aclaración, pues aun cuando la exposición que se presentará estará dirigida a analizar la concreta institución de la Corte Penal Internacional –y su respectivo Estatuto-, se defiende la tesis de acuerdo con la cual el modelo de justicia penal adoptado por la Corte Penal Internacional no es más que la recopilación de las anteriores experiencias de aplicación de justicia penal en el marco internacional.

²¹ Esto es, utilizando la definición dada por el Profesor Claus Roxin, “...la suma de los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. Entre sus presupuestos se cuentan ante todo las descripciones de conductas delictivas (...) pero también p.ej las disposiciones sobre error, capacidad de culpabilidad, legítima defensa, etc., de las que se deduce en concreto cuándo acarrea sanciones penales una conducta que coincide con una descripción delictiva”. ROXIN Claus, *Derecho Penal parte general*, Tomo 1, Civitas S.A, Madrid, 1997, pág.41.

²² PASTOR Daniel, *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, cit., pág.59.

Por esta razón la narración de la evolución histórica del sistema de Derecho penal internacional debe mirarse como parte de la descripción del actual modelo: no se trata de un acontecer inconexo de hechos sino más bien de un proceso que da cuenta de una idea, recurrente en diferentes elaboraciones teóricas²³, de acuerdo con la cual una paz estable y universal sólo será asegurada por un ordenamiento jurídico global, capaz de trascender el particularismo de las soberanías estatales y centralizar el uso legítimo de la fuerza en las manos de una autoridad “supranacional” –un Estado “universal”- desvinculada del respeto de la jurisdicción doméstica de los Estados y capaz de afirmar el predominio ético y político del ordenamiento jurídico internacional como *civitas* máxima que incluya a todos los miembros de la comunidad humana como sujetos propios²⁴.

1.2 Concepto de “Derecho penal internacional”:

Sin importar cuál sea el contenido que se le atribuya a la expresión que ocupa nuestra atención, es imperioso recordar que, en cualquier caso, el factor común de toda definición del sistema penal internacional debe partir necesariamente del reconocimiento de su carácter penal. Es decir, se trata de un mecanismo diseñado para aplicar sanciones, para restringir libertades individuales ante la comisión de delitos, y en tal sentido, no podrá perderse de vista el carácter de límite y control al poder punitivo del Estado (ahora de organizaciones supraestatales) que debe acompañar al concepto de Derecho de acuerdo con los términos que se han adoptado para la realización de este trabajo.

²³ Particularmente aquellas realizadas por los filósofos alemanes Christian Wolff e Immanuel Kant.

²⁴ Esta idea, formulada por Hans Kelsen, es criticada por el catedrático italiano Danilo Zolo en su texto *La justicia de los vencedores, De Nuremberg a Bagdad*, Trotta, Madrid, 2007, pág.27.

Algunos autores utilizan el término “Derecho penal internacional” en un sentido amplio que incluye, no sólo los aspectos criminales del Derecho internacional –particularmente los crímenes de Derecho internacional-, sino también los aspectos internacionales del Derecho penal nacional-interno, especialmente las reglas domésticas de la jurisdicción penal relacionadas con aquellos crímenes que contienen un *elemento extranjero*²⁵. En consecuencia, “Derecho penal internacional” será toda aquella materia jurídica que involucre el ejercicio del poder punitivo en conjunción con algún elemento de carácter supranacional. Harían parte del mismo, de acuerdo con esta definición, el Derecho penal supranacional, entendido como el conjunto de disposiciones penales propias de una organización política y jurídica formada por varios Estados; el derecho de cooperación judicial internacional en asuntos penales consistente en aquellas reglas nacionales o internacionales que establecen mecanismos de asistencia recíproca en causas penales con autoridades judiciales extranjeras o internacionales; el Derecho de aplicación del Derecho penal que se encargará de determinar el ámbito local y personal de vigencia de un sistema punitivo nacional y el Derecho penal internacional en sentido estricto que a continuación se explicará.

Tal sentido de la expresión es desarrollado, entre otros autores, por la profesora española Alicia Gil Gil quien limita el uso de la expresión a un restringido sentido material que descarta todo lo que no sea sustantivo o de fuente no internacional. En consecuencia, la materia del Derecho penal internacional se definirá por su función de protección de ciertos intereses jurídicos internacionales, identificados de determinada manera y sin tener en

²⁵ WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., pág.26

cuenta quién establece la pena y por medio de qué cuerpos judiciales²⁶. En la misma línea restrictiva que consideramos adecuada, y que por tanto orientará las ideas que durante todo el desarrollo temático se presentarán, el autor alemán Gerhard Werle considera que el Derecho penal internacional incluye todas las normas que establecen, excluyen o regulan la responsabilidad por crímenes desde la perspectiva del Derecho internacional, añadiendo que los crímenes de Derecho penal internacional son aquellos que involucran la responsabilidad penal individual bajo la ley internacional. De esta forma, quedarán por fuera de consideración, salvo que sea necesaria alguna referencia particular, los demás asuntos que hacen parte del sentido amplio explicado en el párrafo anterior.

Se reitera además que la configuración de la estructura de este particular sistema normativo está directamente relacionada con una serie de *hitos* históricos que han definido sus características esenciales, y de los cuales no puede prescindirse si es que quiere construirse un panorama de comprensión adecuado en relación con el estado actual de la administración de justicia internacional. Esta afirmación encierra un efecto teórico importante que es necesario resaltar: al hablar de “Derecho penal internacional” no se está utilizando el concepto de “Derecho” únicamente en su acepción *objetiva*. No se quiere resaltar de forma exclusiva su carácter de orden normativo de la conducta humana –esto es, de ordenamiento o sistema de normas que rige una sociedad en un momento histórico determinado-, sino que debe completarse tal comprensión con un elemento histórico ineludible²⁷.

²⁶ GIL GIL Alicia, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.

²⁷ Debe quedar claro que lo que se propone no es el enfrentamiento dos conceptos de Derecho diferentes para comprender el objeto de nuestro estudio (a saber, un concepto objetivo de derecho enfrentado a uno histórico). Solo se busca, con fines metodológicos, dejar claro que el sistema de Derecho Penal Internacional actual se encuentra profundamente condicionado por los acontecimientos históricos que le han precedido definiendo sus rasgos y características esenciales.

Se trata de una tradición institucional-normativa que se ha desarrollado en diferentes momentos históricos, cada uno de los cuales ha sido recogido, en sus rasgos y elementos primordiales, por la tradición posterior. En suma, las instituciones actuales aparecen como la síntesis de las normas y regulaciones anteriores, adoleciendo de los problemas propios de un sistema jurídico ecléctico que se ha construido sin haberse sometido a una reflexión seria y racional. A continuación se expondrán aquellos *hitos* que se han considerado de particular importancia para el objeto de estudio, dejando claro que la pretensión no es en ningún momento la de agotar de forma exhaustiva la descripción de todas sus causas y consecuencias, sino, únicamente, la de presentar una síntesis que permita comprender el por qué de las condiciones actuales del sistema internacional. Tal vez a partir de una mirada histórica selectiva puedan comprenderse las falencias actuales del sistema internacional, sobre todo en lo concerniente a su distanciamiento con los principios propios de la dogmática penal.

1.3 ORÍGENES:

Sin lugar a dudas, los orígenes del Derecho Internacional –por lo menos la construcción de un cuerpo teórico en torno al mismo- se encuentran en las obras de autores como Francisco de Vitoria y Hugo Grocio²⁸, desarrolladas en los siglos XVI y XVII de la era cristiana. Sin embargo, no se realizará una presentación detallada de sus planteamientos pues como ya se ha dicho,

²⁸ La importancia de sus planteamientos radica, fundamentalmente en haber defendido la independencia del sistema de derecho internacional de la teología o la existencia de Dios, de tal suerte que los problemas que se presentan y solucionan de acuerdo con sus preceptos normativos, no tendrán por objeto las relaciones entre cristianos e infieles, sino que estarán dirigidas a regular los contratos y acuerdos entre los gobiernos. En este mismo sentido, defendió la idea de *guerra justa* como fenómeno derivado del derecho natural, intentando construir un sistema que permitiera a los gobiernos negociar entre sí de acuerdo con un marco jurídico predeterminado. GROCIO Hugo, *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, traducido por A.C. Campbell, Londres, 1814, en <http://www.constitution.org/gro/djbp.htm>. (Traducción propia)

hemos decidido centrarnos en el enfoque penal de la discusión, y como tal, nos trasladaremos temporalmente al momento en el cual comenzó la discusión relativa a la posibilidad de imponer sanciones penales en el ámbito internacional, y no solamente de regular las relaciones diplomáticas entre los estados o las situaciones de guerra desde una perspectiva estrictamente contractual.

En el ámbito de los conflictos internos se desarrolló una normativa, más o menos clara, dirigida a establecer las reglas de la guerra que debían ser aplicadas a una guerra civil. Este cuerpo de ideas fue desarrollado por el filósofo y diplomático suizo Emerich de Vattel. En su obra *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, publicada en 1758, “...Vattel considera que [en las situaciones de guerra civil] se rompen los vínculos entre la sociedad y el Gobierno, que la Nación se divide en dos partidos independientes que se consideran como enemigos y no reconocen una autoridad común, por lo que deben considerarse mientras dure el enfrentamiento como dos cuerpos separados”²⁹. Tales cuerpos deben someterse en su enfrentamiento a una serie de máximas de humanidad, moderación, rectitud y honestidad pues su respeto y “la obligación de observar entre sí las leyes comunes de la guerra es pues absoluta e indispensable para ambos partidos y es la misma que la Ley natural impone a todas las naciones”³⁰. En todo caso, los enfrentamientos internos deben condenarse prácticamente en todos los casos, mientras que las guerras interestatales serán entendidas como un elemento normal y justificable dentro de la dinámica política de ese momento

²⁹ MANGAS MARTIN Araceli, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Universidad Salamanca, Salamanca, 1990, pág.37.

³⁰ DE VATTEL Emerich, *Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, (versión digital de la edición de 1758), vol. II, Libro III, cap. XVIII, párrafo 295, en http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1052&Itemid=27 (Traducción propia)

(evidentemente, la guerra civil debe ser evitada a toda costa si es que se quiere mantener la hegemonía de un sistema monárquico).

A la luz del universalismo humanístico de la Ilustración, el cual postulaba la obligatoriedad incondicional de buscar la paz universal desde el ámbito político y moral, carecía de sentido pretender legitimar un sistema de relaciones interestatales en el ámbito europeo. Tal posición era éticamente insostenible, de acuerdo con los autores Ilustrados, pues no parecía coherente condenar de manera absoluta e inexcusable la realización de la guerra interior –esto es, la desarrollada dentro de cada uno de los Estados, materializada normalmente en la forma de una guerra civil- al tiempo que se permitía y reconocía la legitimidad de las guerras interestatales. Aun teniéndose en cuenta las anteriores consideraciones, e incluso luego de la celebración del congreso de Viena en 1815 para reestructurar el sistema de relaciones y fronteras entre los Estados europeos con posterioridad a la caída de Napoleón, no se cuestionó la idea de un *jus ad bellum* en cabeza de los Estados soberanos, y con ello, la existencia de un Derecho de la guerra de naturaleza consensual y no impositiva³¹.

Estos primeros cuestionamientos plantean una idea fundamental que no puede perderse de vista: el Derecho internacional público no fue la herramienta adecuada para solucionar los conflictos interestatales que preocupaban a los pensadores del siglo XVIII, y que se habían multiplicado en todo el continente europeo (una vez finalizadas las guerras religiosas, el viejo continente tuvo que enfrentar la proliferación de movimientos revolucionarios, que una vez consolidados gracias a la figura de Napoleón,

³¹ OROZCO ABAD Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas, guerra y derecho en Colombia*, Instituto de estudios Políticos y Relaciones Internacionales Universidad Nacional, Bogotá, 1992, pág.16.

trasladaron el conflicto al ámbito internacional, enfrentándose en repetidas oportunidades con las monarquías de Austria, Rusia y Prusia) . Detrás de las ideas ilustradas se encuentra la necesidad de desarrollar un instrumento jurídico lo suficientemente fuerte como para reducir el impacto de los conflictos bélicos que azotaron a los territorios involucrados en los enfrentamientos.

En esta línea de pensamiento, el jurista suizo Gustave Moynier, presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, propuso en 1872 –una vez finalizada la guerra Franco-Prusiana, que concluiría con la unión política del Estado alemán- la creación, para juzgar las violaciones al Derecho humanitario de la Convención de Ginebra de 1864, de una instancia judicial internacional dedicada a garantizar la aplicación directa sobre los individuos de las normas del Derecho Internacional Humanitario, este será el primer intento histórico de implementación de un tribunal penal internacional³².

De nuevo, no puede pasarse por alto la importancia de este tipo de propuestas: se trató de un intento por supeditar la soberanía de los estados al respeto del Derecho Internacional Humanitario, de tal suerte que, aun cuando fueran miembros del mismo Estado quienes violaran las normas del Derecho Internacional Humanitario, incluso dentro de su propio territorio, podría pensarse en su criminalización por parte de un órgano supraestatal. Sin embargo, esta propuesta no prosperó en el ámbito de los, en ese entonces, Estados nacionales europeos.

³² Algunos autores, entre los cuales se destaca el ya citado profesor Werle no consideran este acontecimiento como un verdadero intento por establecer responsabilidad penal individual en el contexto internacional. Sin embargo, en nuestra opinión, la propuesta de Moynier sintetiza justamente las condiciones de punición en la esfera supraestatal que más adelante se desarrollarían en un contexto histórico diferente. WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit.

1.4 EL TRATADO DE VERSALLES:

El 25 de enero de 1919 la *Comission des responsabilités des Auteurs de la Guerre et Sanctions* creada por la Conferencia de paz de París con posterioridad a la finalización de la Primera guerra mundial, el 11 de noviembre del año anterior luego de la firma del conocido armisticio de Rethondes³³, elaboró un informe dirigido a regular la situación posterior al conflicto en relación con los crímenes cometidos durante el mismo y la situación jurídica de sus perpetradores. Sus mandatos incluían el establecer la responsabilidad de los iniciadores de la guerra, determinar las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra llevadas a cabo por las fuerzas armadas alemanas y sus aliados y conminar a la realización de propuestas para la formación de un tribunal encargado de juzgar a los presuntos responsables.

El 28 de junio de 1919 se suscribió el tratado de Versalles por medio del cual se creó la Sociedad de Naciones y se ordenó la constitución de un tribunal para juzgar al emperador alemán Wilhelm II von Hohenzollern, como mecanismo para materializar las propuestas contenidas en el informe preliminar anteriormente mencionado. En el artículo 231 del mencionado tratado se estableció la declaración de acuerdo con la cual *“Los gobiernos aliados y asociados afirman, y Alemania acepta, la responsabilidad de Alemania y sus aliados por haber causado todos los daños y pérdidas a los cuales los gobiernos aliados y asociados se han visto sometidos como consecuencia de la guerra impuesta a ellos por la agresión de Alemania y sus aliados.”*

³³ Se entenderá que la guerra ha finalizado en esta fecha por suponer la suspensión de las actuaciones bélicas, aunque formalmente tiende a reconocerse que su fin efectivo acaeció luego de la suscripción del Tratado de Versalles en una fecha posterior.

De acuerdo con el jurista alemán Carl Schmitt³⁴, a partir de la creación de la Sociedad de Naciones la tarea del Derecho internacional adquirió una nueva dimensión. Su misión no era ya exclusivamente la de ritualizar la guerra entre los Estados europeos, limitándola, moderándola, impidiéndole ser una guerra de aniquilación como lo habían sido las guerras religiosas. La función que se había asignado a sí misma la Sociedad de Naciones era la de ser al mismo tiempo un ordenamiento europeo y un ordenamiento universal y global. Pese a lo anterior, sólo se encargó de abolir la guerra mediante su prohibición en el plano jurídico, sin abogar por su efectiva limitación en el mundo de los hechos.

Siendo fiel a su autoproclamada misión, el nuevo proyecto creado para establecer la responsabilidad penal internacional comprendía cuatro grupos de crímenes: crímenes contra la inviolabilidad de los tratados, crímenes contra la moral internacional, violaciones a las reglas de humanidad y crímenes genuinos de guerra –es decir, la violación de las regulaciones de la Haya, la convención de la Cruz Roja celebrada en Ginebra en 1864 y las normas relativas a la guerra marítima-. Como adelanto de vital importancia para los desarrollos posteriores del Derecho penal internacional³⁵ se tiene la enumeración que se realizó de los denominados crímenes individuales de guerra, los cuales incluían, entre otros, los homicidios y masacres, el terror sistemático, los tratamientos crueles a la población civil, la generación intencional de situaciones de hambruna en la población civil y la deportación de civiles.

³⁴ SCHMITT Carl, *El nomos de la tierra en el derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 306-309.

³⁵ Estos delitos fueron recogidos de nuevo por el Estatuto de Nuremberg unos años después.

El ambicioso proyecto de creación de un tribunal penal internacional fracasó. Para poder hacer efectivos sus postulados, el tratado requería la entrega de los criminales de guerra por parte del Estado alemán y la asistencia en su persecución. Ninguna de estas dos condiciones se cumplió. El antiguo Emperador obtuvo asilo en Holanda y la persecución de los criminales de guerra se vio impedida como consecuencia de la renuencia alemana para entregar a los individuos a las potencias aliadas. No obstante, dicho Estado se declaró dispuesto a procesar a los presuntos criminales en su patria.

En consecuencia, el 18 de diciembre de 1919 la asamblea nacional alemana adoptó la “Law on prosecution of War Crimes and Offenses”³⁶. A través de sus disposiciones se le asignaba al *Reichsgericht* –Corte Suprema- la competencia necesaria para procesar los crímenes cometidos por los alemanes tanto dentro como fuera de su país durante el transcurso de la primera Guerra Mundial, es decir, con anterioridad al 28 de junio de 1919, en contra de ciudadanos, enemigos o propiedades enemigas. De los asuntos investigados, sólo trece casos alcanzaron la etapa de juicio, resultando en esta instancia seis personas condenadas y seis absueltas en los nueve casos que fueron calificados. En todo caso, ninguna de las sentencias fue ejecutada, suspendiéndose así los denominados “Juicios de Guerra de Leipzig” por la pérdida de interés de las potencias vencedoras en relación con su culminación³⁷.

En conclusión, no se emprendió una verdadera persecución penal internacional de los crímenes cometidos por los alemanes en la primera guerra mundial. No obstante, la importancia del modelo propuesto por el Tratado de Versalles no debe ser subestimada: por primera vez la idea de la

³⁶ Ley para la persecución de crímenes y ofensas de guerra.

³⁷ WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., pág.5

responsabilidad penal individual en el campo internacional fue explícitamente reconocida en un tratado internacional. Además, este antecedente tornó parcialmente inoperante el artículo 3 de la cuarta Convención de la Haya de 1907, de acuerdo con el cual sólo los estados podían ser llamados a responder por las violaciones del Derecho de guerra³⁸.

En nuestra opinión, toda la descripción que de este acontecimiento se ha realizado y la aparente aceptación de su valoración positiva intrínseca –es decir, el hecho de considerarlo como un hecho rescatable en sí mismo- debe revisarse con cuidado. El Tratado de Versalles no fue sólo el primer tratado internacional por medio del cual se manifestó la necesidad de atribuir responsabilidad penal individual por la realización de ciertos hechos considerados de especial gravedad para los intereses de la comunidad internacional. Fue también la primera ocasión en la que formalmente se desistió de investigar la responsabilidad de las naciones vencedoras en un enfrentamiento armado. Este es un dato empírico que tampoco puede subestimarse pues iluminará las reflexiones que en torno a la actual Corte Penal Internacional se realizarán.

Evidentemente se trató de un acuerdo de Derecho Internacional cuyo contenido estuvo inspirado por los intereses particulares de las naciones vencedoras; este es un hecho bastante conocido y sobre el cual no pretendemos profundizar. Lo único que objetivamente puede afirmarse es la incipiente tendencia, manifestada en los hechos relatados, a otorgar un mayor peso sobre el carácter *internacional* del Derecho penal internacional,

³⁸ ZOLO Danilo, *La justicia de los vencedores, De Nuremberg a Bagdad*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pág. 44. El artículo 3 de la Cuarta Convención de la Haya establece que “*La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento [se trata del reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre] estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada*”.

en detrimento de su carácter *penal*, de tal suerte que las reglas y principios propios de la actividad sancionatoria se sacrifiquen para privilegiar la naturaleza contractual³⁹ y dispositiva propia del ámbito de los tratados.

1.5 LA LEY DE NUREMBERG Y DE TOKIO:

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, aprobado por las cuatro potencias vencedoras en la segunda Guerra Mundial el 8 de agosto de 1945 como parte integral del acuerdo de Londres, puede considerarse formalmente como el acta de nacimiento del Derecho penal internacional por consagrar la obligación de perseguir a los criminales de guerra cuyos delitos no se circunscribieran a una ubicación geográfica determinada⁴⁰ (en este mismo sentido, aquellos criminales de guerra cuyos crímenes fueran localizables dentro del territorio específico de un país, debían ser procesados en los respectivos países). El Estatuto incorporó una posición revolucionaria al estipular que los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de la humanidad⁴¹ implican la responsabilidad penal individual desde la perspectiva de una ley internacional.

³⁹ Es preciso aclarar que, cuando se hace referencia a la naturaleza contractual del Derecho internacional en conexión con las prácticas que han acompañado el desarrollo de la administración de justicia internacional, no pretendemos referirnos a una *teoría contractualista* en su sentido puro, sino más a bien al carácter dispositivo y adhesivo que ha acompañado a tales prácticas. En este sentido, lo queremos resaltar es la evidente desigualdad en que se encuentran los Estados a la hora de defender sus posiciones e intereses en los procesos de creación y adopción de los tratados internacionales.

⁴⁰ *London Agreement*, capítulo 1. (Traducción propia)

⁴¹ De manera breve, el catedrático Gehrard Werle describe este cuerpo de delitos –expresamente detallados en el artículo 6 del Estatuto de Nuremberg– de la siguiente manera: los crímenes contra la paz incluyen la planeación, preparación y realización de una guerra de agresión. Las violaciones de las leyes y las costumbres de guerra quedarán incorporadas dentro de los crímenes de guerra, dirigidos a proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros involucrados en el conflicto. Por su parte, los crímenes de lesa humanidad incluyen las ofensas llevadas a cabo contra ciudadanos del propio Estado y se encuentran fundamentados en la idea según la cual ciertos ataques serios en contra de los individuos adquieren una dimensión internacional cuando son sistemáticamente llevados a cabo sobre una población civil específica. WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., pág.8.

Por primera vez los individuos fueron considerados “materia prima” de la ley internacional. Tal y como se desprende de los pronunciamientos propios del desarrollo de la actividad jurisdiccional del Tribunal, se estructuró y defendió el postulado de acuerdo con el cual *“Los crímenes contra la ley internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometan tales crímenes podrán cumplirse las disposiciones de la ley penal internacional”*⁴².

Bajo estas condiciones, y persiguiendo a individuos de carne y hueso – rompiéndose así de forma definitiva con la tradición propia del Derecho Internacional Público de acuerdo con la cual los únicos sujetos involucrados en sus asuntos son los Estados, quienes además se encuentran en una posición de igualdad-, las cortes de los países aliados contaban con jurisdicción sobre los crímenes cometidos por los alemanes dentro de los límites del Estado alemán. Todas las persecuciones y los juicios fueron realizados tomando como punto de partida, y porque no, de legitimación, el resultado de las investigaciones llevadas a cabo por la nombrada “Comisión de las Naciones Unidas para los crímenes de guerra”, creada en 1942. El juicio del Tribunal de Nuremberg comenzó el 20 de noviembre de 1945, acusándose –de acuerdo con las cifras presentadas por Werle- a un total de 24 personas, de las cuales sólo 21 pudieron ser llevadas a juicio.

Como era de esperarse, una vez se ha revisado de manera juiciosa la lógica coyuntural que orientó todo el proceso de creación y organización del tribunal, la Corte estaba compuesta por un juez proveniente de cada uno de los cuatro países vencedores con su respectivo suplente. Las decisiones

⁴² International Military Tribunal, Judgment of 1 October 1946, in *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany*, Part 22, p. 447 (Traducción propia)

requerían, para ser aceptadas, la mayoría de los votos y, en todo caso, la apelación no procedía como recurso contra la decisión del cuerpo colegiado. En este marco estructural, el Tribunal anunció su fallo los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946 –sólo 10 meses después de haber comenzado formalmente su labor-, marcando un innegable punto de quiebre en el hasta entonces poco teorizado Derecho penal internacional.

De nuevo recurriendo a la labor investigativa de Gehrard Werle, puede resumirse la labor de juzgamiento y el contenido práctico de la sentencia de la siguiente manera: doce acusados fueron sentenciados a pena de muerte, tres fueron sentenciados a la pena de prisión perpetua y cuatro a penas de prisión con periodos de duración que oscilaron entre los 10 y los 20 años. Tres acusados fueron absueltos y cuatro grupos fueron declarados “organizaciones criminales”, a saber, los órganos de dirección del partido político Nacional-socialista, la Geheime Staatspolizei – policía secreta del estado, más conocida como “Gestapo”-, la “Sicherheitsdienst” –el servicio de seguridad e inteligencia de la “Schutzstaffel” o escuadrón de defensa del partido Nacional-socialista- y el cuerpo de combate de este escuadrón – conocido como “Waffen SS”-.

Los análisis que sobre el juicio de Nuremberg pueden realizarse están acompañados siempre de una naturaleza controversial ineludible. Tradicionalmente se ha reconocido que el ejercicio de administración de justicia llevado a cabo por los Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética no fue más que la manifestación de una política diseñada por países vencedores, cuyas actuaciones bélicas –igualmente desproporcionadas e indiscriminadas- no fueron nunca juzgadas. Tal y como lo sostuvo Hans Kelsen *“el castigo de los criminales de guerra –no sólo los nazis- debería haber sido un acto de justicia y no la continuación de las*

*hostilidades bajo formas en apariencia judiciales, pero en realidad inspiradas por un deseo de venganza”*⁴³. Sin embargo, la crítica que debe llamar realmente nuestra atención es aquella encaminada a cuestionar los fundamentos jurídicos –en caso de haber existido- que justificaron y legitimaron la imposición de las penas más graves a los criminales de guerra, tales como la pena de muerte y la prisión perpetua.

En principio, parece fácticamente imposible que en un lapso tan corto de tiempo –esto es, entre el 8 de agosto de 1945, fecha en la cual se firma el Acuerdo de Londres y el 20 de noviembre del mismo año, día en el cual comenzó la actividad del Tribunal- haya podido construirse de manera juiciosa una parte general del Derecho penal internacional encargada de limitar y regular el ejercicio de la facultad punitiva asignada al Tribunal Militar. Ante este panorama, sólo es posible defender la idea de acuerdo con la cual el juicio de Nuremberg “...no fue imbuido de un acercamiento sistemático y racional del Derecho Penal a las atrocidades de la segunda Guerra Mundial”⁴⁴ sino que se limitó a utilizar la estructura de sistemas penales nacionales, trasladando de manera particular las características del modelo estadounidense a la esfera supranacional.

Tal como lo afirma el profesor alemán Kai Ambos “*la aplicación del Derecho penal internacional ha sido, después de todo un invento norteamericano. Hubo una repercusión negativa del dominio norteamericano en lo que se refiere al derecho que era aplicado por medio de esos tribunales penales internacionales* [hace relación a los tribunales de Nuremberg y Tokio]. *Estos*

⁴³ KELSEN Hans, en su ensayo “Will the judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, en *The International Law Quarterly*, 1947, pág.115. (Traducción propia)

⁴⁴ ESER Albin, *The need for a general part*, en BASSIOUNI M. Cherif, “Commentaries on the international Law Commission’s 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Toulouse, 1993, pp.43 y ss. (Traducción propia)

aplicaron el derecho penal estadounidense, el cual tiene un acercamiento algo pragmático y menos sistemático o fundamentado a los interrogantes subyacentes a la imputación penal”⁴⁵.

En resumidas cuentas, la creación de una Tribunal Penal Internacional estuvo de nuevo impulsada por una versión contractualista de acuerdo con la cual, antes de determinar el contenido de la ley penal aplicable o de someter a un juicio racional la idea consistente en la defensa de la atribución de responsabilidad penal individual, en el marco internacional, como la mejor opción para sancionar las barbaries propias de una guerra de semejantes magnitudes, era preciso preocuparse por asuntos formales relacionados con los intereses particulares de cada una de las potencias involucradas, la distribución de los territorios ocupados y la creación de un acuerdo interestatal en el cual las naciones vencidas –particularmente Alemania- se declararan responsables de las calamidades propias de un enfrentamiento armado sin cuartel, que paradójicamente requiere en todos los casos de la participación de un opositor decidido a afrontar la contienda con las mismas –o tal vez peores- tácticas de destrucción y violencia.

Atendiendo a los planteamientos de algunos autores como Hannah Arendt⁴⁶, no parece descabellado cuestionar la pertinencia de utilizar al Derecho penal como herramienta para enfrentar los desastrosos eventos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial. La importancia y trascendencia, no sólo histórica o política, sino sobre todo moral de todos los crímenes cometidos –se reitera, no sólo por las naciones derrotadas- no pueden pretender ser subsanadas con el castigo ejemplarizante un grupo reducido de individuos involucrados

⁴⁵ AMBOS Kai, *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2008, pág.15

⁴⁶ ARENDT Hannah, *Eichmann en Jerusalén, un estudio sobre la banalidad del mal*, Lumen, Barcelona, 1999, 460 páginas.

en su comisión. En el mismo sentido, el filósofo Karl Jaspers, en la correspondencia que sostuvo con Arendt manifestó, en relación con el juicio, por demás polémico y cuestionado, entablado en contra de Adolf Eichmann que los crímenes por los cuales se le juzgaba “...se encontraban por fuera de lo tolerable en términos humanos y morales (...) algo más, por encima de la ley se encontraba involucrado en este caso, y tratarlo en términos legales es un error”⁴⁷. Dados los efectos y las pérdidas asociadas a una guerra de tal magnitud, no parecía necesario añadir el elemento retributivo acompañado siempre de un deseo de venganza, propio de la imposición de la sanción penal.

Si los reparos provenientes del ámbito moral no pueden cuestionarse de manera racional, los problemas estrictamente dogmáticos involucrados en la concepción del modelo de administración de justicia implementado en Nuremberg no resisten una consideración más benévola. Desde un punto de vista legal, el juicio fue criticado por violar la prohibición de castigo retroactivo, un principio que fue incluso adoptado por el cuerpo normativo del propio Tribunal. No se ha logrado llegar a un acuerdo sobre la existencia jurídica, con anterioridad a su comisión, de los crímenes perseguidos y castigados luego de la segunda guerra mundial. En la mayoría de los casos, el problema no era determinar el carácter ilegal, y por tanto criminal de las conductas que ocuparon la atención del Tribunal. La punición de crímenes de guerra estaba plenamente justificada por la Ley que existía al momento de su comisión, así mismo, los crímenes de homicidio, esclavitud y tortura eran ilegales en casi todos los sistemas jurídicos. El asunto crucial, y frente al cual no existe un consenso claro, es determinar si el Derecho Internacional estaba legitimado para criminalizar de manera directa este tipo de conductas

⁴⁷ KOHLER Lotte., SANER Hans. (eds), *Hannah Arendt-Karl Jaspers Correspondence 1926-1969*, Harcourt Brace & Company, United States of America, 1993, pág.410.(Traducción propia)

teniendo en cuenta que los organismos de persecución y enjuiciamiento fueron concebidos y reglados con posterioridad a la comisión de los hechos.

El argumento esgrimido por autores como Werle para legitimar y defender los postulados que regularon la actuación del Tribunal de Nuremberg, radica en entender que es válido, y por tanto incuestionable el postulado que sostiene la inaplicabilidad del principio de no-retroactividad en materias de Ley internacional, pues este no fue pensado para proteger del castigo a las situaciones de abuso del poder que violan la Ley internacional. Llama la atención una defensa de esta naturaleza si se tiene en cuenta que, como ya se ha propuesto, el sistema de Nuremberg en todo lo relacionado con sus insumos penales, se limitó a hacer propias las reglas aplicadas en sistemas nacionales particulares de tradición occidental, dentro de los cuales, sin lugar a dudas, el principio de no retroactividad de la ley penal –por demás expresión manifiesta del fundamental principio de legalidad- se erige como piedra angular de las regulaciones tanto sustantivas como procesales de las actuaciones de los operadores jurídicos.

Todas las consideraciones que en el presente apartado se han expuesto pueden extenderse casi de forma automática al análisis del Estatuto y juicio de Tokio llevado a cabo entre 1946 y 1948. El objeto de este juicio fueron las políticas, calificadas como agresivas dentro del mismo, implementadas por Japón antes de 1945. De forma similar a como se había procedido en Nuremberg, los acusados fueron los políticos y militares involucrados en los hechos –un total de 28 personas⁴⁸-. Seguramente, atendiendo a razones políticas (una vez más parece que la atribución de responsabilidad penal no

⁴⁸ En esta oportunidad todos los acusados fueron condenados. Se impusieron siete penas de muerte, diez y seis sentencias de prisión perpetua, una sentencia de veinte años y una de siete años. WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., pág.12.

es más que una de las cláusulas que se negocian en los acuerdos internacionales celebrados por los Estados) ninguna acusación fue formulada en contra del emperador japonés. En la misma línea, los crímenes sancionados en el Estatuto de Nuremberg fueron el centro del “Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente”, creado el 19 de enero de 1946 como respuesta a la orden emitida por el estadounidense Douglas McArthur, jefe de las fuerzas aliadas.

1.6 LOS TRIBUNALES PENALES *AD HOC* DE LAS NACIONES UNIDAS: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

En el transcurso de las décadas posteriores a la finalización de la Segunda Guerra Mundial se originó un nuevo conflicto de diferentes características, protagonizado por los Estados Unidos y la Unión Soviética con la intención de dirimir las diferencias existentes entre dos bloques ideológicos diametralmente opuestos que lucharon, sin entrar en un enfrentamiento armado directo, por imponer su supremacía en el ámbito internacional.

Durante este periodo, que se extendió hasta principios de la década de los 90, los crímenes y principios formulados en Nuremberg fueron afirmados por medio de numerosas resoluciones de la Asamblea General de la joven, pero cada vez más poderosa, Organización de las Naciones Unidas (ONU), por las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y por los reportes y borradores emitidos por la Comisión de Derecho Internacional adscrita también a la ONU. De manera simultánea, la gran mayoría de normas que tradicionalmente se habían considerado como parte integral de la costumbre internacional fueron elevadas al rango de tratados (tal es el caso de la convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio del 9 de

diciembre de 1948 y de las cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949 al igual que sus dos protocolos adicionales de junio 8 de 1977).

Sin embargo, se trató únicamente de un respaldo formal a las normativas propias del todavía novedoso sistema de Derecho penal internacional, que no estuvo acompañado de la voluntad real y efectiva de los Estados para aplicarlos de manera sistemática y coherente. Sólo en algunos juicios posteriores celebrados ante ciertas cortes nacionales y tribunales militares la ley de Nuremberg fue utilizada.

Para combatir la actitud de renuencia manifestada por los Estados ante la aplicación de lo que podrían denominarse “leyes de Derecho penal internacional”, y como consecuencia de la latente situación de conflictividad que se evidenciaba luego del triunfo innegable del bloque occidental-capitalista en la Guerra Fría, a finales del siglo pasado se planteó en la esfera de las potencias económicas y militares –ampliamente representadas en el seno de la ONU- la posibilidad de aceptar al Consejo de Seguridad de la ONU como el órgano competente para crear tribunales penales internacionales de carácter provisional que intervinieran en aquellas situaciones extremas que involucraran, principalmente, la comisión de crímenes contra el Derecho humanitario y la violación de las leyes y los usos de la guerra.

Haciendo uso de su nueva competencia, el 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad de la ONU emitió una resolución en cuyo contenido manifestó catalogar los eventos ocurridos en Yugoslavia como acciones que atentaban directamente contra la paz internacional. Luego de la decisión adoptada mediante referendo por la mayoría del pueblo Bosnio, aceptando la iniciativa de declarar su independencia de la República Federal de

Yugoslavia siguiendo el ejemplo de las provincias de Croacia y Eslovenia que se habían independizado en 1991, se inició un conflicto armado, teñido de matices religiosos, étnicos y nacionalistas, conocido como la guerra de Bosnia. El origen del enfrentamiento armado puede sintetizarse en la resistencia explícita manifestada por el entonces presidente Serbio Slobodan Milosevic a aceptar tal pronunciamiento popular, siendo justamente la decisión de recurrir a las armas y las características del conflicto los motivos principales para justificar el pronunciamiento de la ONU.

Una vez expedida la resolución se llevó a cabo la intervención militar por parte de la OTAN. Posteriormente, y en vista de la magnitud de las atrocidades cometidas, se consideró que la estabilidad a largo plazo sólo sería posible si las medidas militares implementadas para conseguir la paz estaban acompañadas del castigo a los perpetradores de los crímenes contra la Ley Internacional⁴⁹. Tal castigo, se pensó, sólo podría determinarse y ejecutarse de manera adecuada mediante el establecimiento de un Tribunal Internacional para la persecución de las personas responsables por la comisión de las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia a partir de 1991.

Por otra parte, el 8 de noviembre de 1994 fue creado mediante la resolución 955 de 1995 del Consejo de Seguridad de la ONU el Tribunal Penal Internacional para la República de Ruanda. En esta ocasión, el evento que propició el pronunciamiento del órgano mencionado estuvo relacionado con las múltiples masacres llevadas a cabo por parte de los grupos étnicos *hutus* radicales en contra de facciones *tutsis* e incluso *hutus* moderados que habitaban el territorio del país. Aproximadamente 800.000 personas

⁴⁹ WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., pág.16

fallecieron en pocos meses, luego de que el presidente Juvénal Habyarimana, de origen *hutu* falleciera luego de un atentado cuya autoría no fue nunca esclarecida. Este Tribunal sólo se menciona en el presente acápite, pues en él se ha realizado un trabajo pionero en el desarrollo de la definición del crimen de genocidio. De hecho la sentencia proferida en contra de Jean Paul Akayesu, antiguo alcalde de la ciudad ruandesa de Taba, se considera la primera condena internacional por genocidio⁵⁰. Sin embargo, las anotaciones que frente al Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia se realicen podrán extenderse también a las características e instituciones propias del Tribunal creado para la nación africana⁵¹.

No nos detendremos ahora en los pormenores del Tribunal para la antigua Yugoslavia ni en las características de los casos que fueron enjuiciados pues como se ha dejado claro, los *hitos* históricos que aquí se presentan son simples medios para reforzar las ideas centrales que en este texto pretenden defenderse. Por consiguiente, lo relevante será realizar una breve síntesis de aquellos puntos coincidentes con experiencias de internacionalización de la justicia penal anteriores y de los nuevos eventos o características que marcaron un punto de quiebre con las ideas y prácticas que hasta ese momento se tenían.

No parece desacertado sostener la tesis de acuerdo con la cual la normatividad utilizada como soporte de las decisiones y la actuación del

⁵⁰ El alcalde fue condenado pues en su calidad de oficial no impidió las agresiones sexuales llevadas a cabo por miembros de las tribus *hutus*, dirigidas a eliminar sistemáticamente a toda una población *tutsi*. No debe olvidarse que en éstas etnias, la pertenencia a la comunidad de un individuo está determinada por la identidad de su padre, de tal suerte que, violando a las mujeres y obligándolas a dar a luz hijos de padres pertenecientes a un grupo diferente, se reduce el número miembros de una etnia específica.

⁵¹ Como lo señala Werle, hasta el año 2003 existió sólo una oficina para ambos tribunales y los miembros de la cámara de apelaciones del Tribunal de la antigua Yugoslavia lo eran también de la cámara de apelación del Tribunal Penal Internacional para la República de Ruanda.

tribunal yugoslavo fue la misma utilizada para llevar a cabo los juicios de Nuremberg –obviamente en su versión actualizada luego del perfeccionamiento al que fue sometida en el lapso de tiempo correspondiente a la Guerra Fría-. En consecuencia, la labor crítica que hemos emprendido comenzará por retomar aquellos puntos que en relación con el sistema penal construido como respuesta a los crímenes cometidos en la segunda Guerra Mundial se han sostenido.

En primer lugar, estamos de nuevo frente al clásico problema relativo a la legitimidad de un tribunal creado con posterioridad a la comisión de los hechos que pretenden juzgarse. Esta crítica es también reconocida por el profesor argentino Daniel Pastor, quien afirma de manera categórica que “...dichos tribunales lesionaban el Derecho fundamental del acusado a ser juzgado por un tribunal establecido previamente por la ley, además de la ausencia de un verdadero Derecho penal escrito previo”⁵² y adquiere pleno sentido por considerarse que la simple afirmación de acuerdo con la cual el principio de no-retroactividad no es aplicable en el ámbito de la Ley Internacional⁵³ carece de validez, pues no se encuentra lo suficientemente bien fundamentada desde el punto de vista teórico, como para sacrificar la aplicación de un principio de Derecho penal sustantivo básico de la tradición jurídica de Derecho occidental como lo es el principio de legalidad.

Por el contrario, es posible realizar una construcción teórica sólida dirigida a defender la aplicación extensiva del principio de legalidad y la prohibición de retroactividad al campo internacional. La *ratio* fundamental que ha orientado la concepción y el contenido de este principio está relacionada con la

⁵² PASTOR Daniel, *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, cit., pág.49.

⁵³ WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., pág.11.

necesidad de limitar la actuación de un legislador que en todo momento, motivado por la actualidad político jurídica en la que se desenvuelve su actuación, puede verse tentado a agravar con posterioridad a los hechos las condiciones de punición de eventos considerados como particularmente graves. Mediante este tipo de decisiones buscaría, sin lugar a dudas, evitar llegar a estados de alarma o de presiones políticas indeseables⁵⁴ utilizando al presunto criminal como un instrumento útil al sistema penal.

Sin embargo, como se ha dejado claro en la introducción de este trabajo, no comulgamos con una concepción *funcionalista* del Derecho que busca la afirmación del sistema jurídico por medio de la imposición de sanciones a los individuos con la intención de reafirmar la vigencia de la norma. Las *unidades elementales cuyo bienestar debe tenerse en cuenta para justificar instituciones, formas de organización social, medidas estatales, etc.*; son cada uno de los individuos que integran una sociedad, y no cierta “entidad” *supraindividual como el Estado*⁵⁵ o la norma jurídica. Estas consideraciones y exigencias pueden perfectamente trasladarse a un ámbito internacional cuya estructura se ha vanagloriado de ser una adecuación de los modelos liberales occidentales a la esfera supranacional. Citando textualmente las palabras del profesor Claus Roxin, resulta imposible negar, en la teoría jurídica contemporánea, la idea de acuerdo con la cual “*Actualmente el principio de legalidad también tiene en el ámbito internacional una vigencia extendida por casi todo el mundo como principio fundamental del Estado de Derecho*”⁵⁶.

⁵⁴ Ver ROXIN Claus, *Derecho Penal parte general*, cit., pág.161..

⁵⁵NINO Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. II: fundamentos del liberalismo político: derechos humanos y democracia deliberativa*, cit, pág.21.

⁵⁶ ROXIN Claus, *Derecho Penal parte general*, cit., pág.143.

En segundo lugar, y para reafirmar las anteriores consideraciones, es preciso detenernos en algunos aspectos relacionados con cuestiones generales del proceso que se desarrolla ante el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Una lectura detenida del Estatuto que regula su actuación arroja una conclusión desalentadora por las razones que a continuación se explicarán.

El mencionado Estatuto no regula, ni completa ni exhaustivamente, los asuntos procesales que deberían orientar todas las actuaciones de las partes involucradas en la formulación y enjuiciamiento de la acusación relacionada con la comisión de crímenes de Derecho Internacional sobre los cuales tiene competencia el Tribunal. Como lo constata el profesor Kai Ambos, *“Sólo once (artículos 18-23, 25-29) de sus 34 artículos se refieren a cuestiones procesales en sentido estricto. Por ello, el artículo 15 del Estatuto establece que los jueces deben dotarse a sí mismos de un ordenamiento procesal”*⁵⁷. A pesar de manifestar lo anterior, el mismo autor parece entender que la ausencia de una regulación clara y completa de todas y cada una de las fases del proceso no debe ser considerada un problema mayor. A partir del análisis que realiza de los 11 artículos que regulan las diversas cuestiones procesales, logra construir la secuencia de un proceso típico surtido ante el Tribunal en el cual, aparentemente, se satisfacen todas las garantías propias de un proceso adversarial – debe recordarse la marcada influencia que ha tenido el Derecho norteamericano en la construcción de este tipo de organismos y procesos internacionales, respetuoso de las exigencias derivadas del macro-principio del debido proceso.

⁵⁷ AMBOS Kai, “Defensa penal ante el Tribunal de la ONU para la antigua Yugoslavia”, en AMBOS Kai, *Nuevo Derecho penal internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002, pág.108.

En nuestra opinión, aunque hipotéticamente fuera posible la construcción de un juicio respetuoso de las libertades y derechos de los acusados por medio de la adecuada aplicación e interpretación de las reglas procesales consagradas en el Estatuto, el contenido del artículo 15 y su atribución de una libertad ilimitada al juez para diseñar su propio ordenamiento procesal cuestionan inexorablemente la rigurosidad y el alcance de los principios jurídico-penales que orientan la actuación de los Tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de la ONU. De nuevo estamos ante un panorama bastante particular, más cercano al ámbito de la autonomía privada en el que las partes acuerdan y modifican el contenido de las obligaciones que regularán sus actuaciones, que a la construcción de un sistema de Derecho penal respetuoso de las exigencias propias de la cultura Penal liberal contemporánea⁵⁸.

Esta afirmación adquiere sentido a partir de la formulación de una última crítica al proceso llevado a cabo para juzgar la actuación de los sujetos involucrados en los conflictos cuyas lamentables consecuencias llamaron la atención de la comunidad internacional. Entre el 24 de marzo y el 10 de junio de 1999 las fuerzas de la OTAN se enfrentaron a las fuerzas militares Serbias en la región de Kosovo, con el objetivo formal de poner fin, entre otros, al proceso de limpieza étnica perpetrado en contra de la población albanesa por parte del presidente serbio Slobodan Milosevic y sus fuerzas militares. La intervención de la OTAN en la provincia de Kosovo se extendió por 78 días durante los cuales se atacaron y bombardearon objetivos militares y civiles de manera indiscriminada y brutal.

⁵⁸ Vale la pena aclarar que los acuerdos mencionados deben ubicarse en la etapa de creación de las normas de Derecho internacional y no en su aplicación. En estos términos, los individuos procesados no hacen parte de las “negociaciones”, sino que serán los Estados involucrados en el diseño y adopción de los Tribunales y sus normativas los entes facultados para realizar acuerdos y concesiones en relación con sus contenidos y formas procesales.

De acuerdo con el jurista italiano Luigi Ferrajoli⁵⁹, la actuación de las fuerzas de la OTAN violó abiertamente las prescripciones contenidas en la carta de las Naciones Unidas. En los dos primeros artículos de este cuerpo normativo de carácter internacional, no sólo se prohíbe el recurso a la guerra sino que además se impone la utilización de “medios pacíficos” dirigidos a lograr “la composición y solución de las controversias internacionales”. Además, el mismo documento consagra las sanciones aplicables a los Estados que violen persistentemente los principios enunciados por la Carta, y sólo en caso de necesidad manifiesta y extrema, autoriza un uso regulado de la fuerza (artículos 42-48) radicado en cabeza de fuerzas armadas de intermediación y de acuerdo con los planes y previsiones adoptadas por el Consejo de Seguridad. En la práctica, ninguna de estas prescripciones fue respetada por las fuerzas de la OTAN, que diseñaron y ejecutaron una incursión armada desarrollada “...con actos y modalidades que violaron, de manera clara, los principios del llamado Derecho humanitario de guerra, perteneciente a la tradición internacionalista anterior incluso a la Carta de la ONU: el Derecho internacional consuetudinario, la Convención de la Haya de 1907, las distintas Convenciones de Ginebra, anteriores y posteriores a la segunda Guerra Mundial”⁶⁰.

El argumento esgrimido por los países comprometidos en el ataque – principalmente los Estados Unidos- se centró en alegar un estado de necesidad motivado por el cumplimiento de una obligación moral ineludible: era absolutamente necesario defender los derechos humanos de la población de Kosovo violados por las actuaciones bélicas propias del gobierno serbio. Sin embargo, tal y como lo expone de manera clara y directa el maestro italiano, en el campo de la política “*la única ética que cuenta es la*

⁵⁹ FERRAJOLI Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004, págs.37-48

⁶⁰Ibid, pág.41

*de la responsabilidad, no la de las intenciones; la de los efectos provocados y no la de los fines perseguidos*⁶¹. Ontológicamente, los ataques cometidos por la OTAN y las nefastas consecuencias de los mismos, no difieren en ningún punto con los actos que teóricamente se pretendían evitar. La limpieza étnica cometida por los serbios no puede ser objeto de una valoración moral negativa más rigurosa que la que merecen los bombardeos prolongados imputados a la OTAN.

En esta oportunidad, no sólo se evidenciaron los mismos problemas de Derecho penal sustantivo presentes en las experiencias anteriores, sino que además se descuidó el ámbito procesal, de tal suerte que el panorama de imputación de responsabilidad penal quedó sometido casi en su totalidad a la voluntad de los jueces y fiscales, dotados de unas competencias excesivamente amplias. Para ilustrar esta situación, resulta apropiada la referencia realizada por Danilo Zolo⁶² en lo concerniente a los argumentos esgrimidos por la fiscal general Carla del Ponte para rechazar las denuncias presentadas en relación con los excesos y crímenes cometidos por las fuerzas de la OTAN. La funcionaria consideró que en la realización de los mismos no existió una intencionalidad dolosa, y además, algunos de los errores técnicos que se cometieron –y que finalmente se concretaron en la muerte de cientos de civiles inocentes- se debieron a fallas en la información con que se contaba o a situaciones completamente accidentales.

Alejándonos de consideraciones propias del ámbito procesal, incluso, aceptando la posibilidad teórica y jurídica de legitimar la realización de una “guerra justa” para proteger ciertos intereses de carácter universal, la misma tendría que estar plenamente regulada y planificada, y sólo podría

⁶¹ Ibid, pág.43.

⁶² ZOLO Danilo, *La justicia de los vencedores*, cit, pág.53

emprenderse como último recurso, atendiendo de manera rigurosa e indisponible a las normativas que la ONU ha diseñado en cumplimiento de su actuación como garante del orden mundial. Por no haber cumplido ninguna de estas directrices, la OTAN –representada por sus jefes superiores, o en todo caso por sus máximas autoridades- debió haber sido también procesada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Parece evidente que las motivaciones que llevaron a esta organización a actuar de manera apresurada, por medio de la iniciación de una escalada militar, se encuentran en el plano político y económico y no entrarán a discutirse, por lo menos de manera directa, como tesis central de este trabajo. No obstante, las coincidencias históricas vuelven a aparecer, y de nuevo, el sistema de administración de justicia internacional “olvida” construir un cuerpo normativo claro, preciso y sobre todo, anterior a los hechos que pretende juzgar.

Tal vez las épocas descritas por Vitoria y Grocio hace ya algunos siglos no deben verse como un pasado remoto, cuyas prácticas jurídicas ya han sido superadas. En aquel entonces, las guerras se entendían como pactos de caballeros; detalles como su iniciación, sus condiciones, los contendientes involucrados y las armas que podían utilizarse, eran acordados con anterioridad a manera de pacto solemne, de tal suerte que pudieran satisfacerse los intereses de ambas partes, por lo menos mientras se desarrollaba el conflicto. Hoy en día, la guerra pretende desterrarse del vocabulario jurídico propio de las relaciones entre los Estados, y más bien parece que el ámbito de los acuerdos y las negociaciones se ha trasladado al campo de la administración de justicia internacional.

¿Cómo se juzgará? ¿Con base en qué reglas? ¿Qué partes se vincularán al juicio? ¿Qué principios orientarán las decisiones de los operadores

jurídicos?, o mejor ¿Será necesaria la adopción de principios para orientar la imputación de responsabilidad en el ámbito internacional? Estos parecen ser los elementos que pueden ser modificados por los Estados a la hora de decidir cómo enfrentar las situaciones que amenazan los valores predominantes en la comunidad internacional, valores que, en última instancia, pueden justificar el levantamiento en armas para asegurar su protección efectiva, convirtiendo a los Estados en potenciales sujetos pasivos de los Tribunales que ellos mismos han creado para juzgar acciones que, finalmente parecen seguir haciendo parte del vocabulario jurídico propio de las relaciones entre los Estados.

1.7 ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL:

Entre el 16 de junio y el 17 de julio de 1998 la ONU realizó su conferencia internacional en la ciudad de Roma con la intención manifiesta de negociar el Estatuto que diera origen a la Corte Penal Internacional. Se reunieron más de 160 Estados, cuya actividad estuvo cuidadosamente documentada por la atenta presencia de 17 organizaciones internacionales y alrededor de 250 organizaciones no gubernamentales⁶³. Los plenipotenciarios, representantes de los países adscritos a la organización, revisaron y discutieron el borrador presentado por el Comité preparatorio, el cual estaba compuesto por 116 artículos y 1400 adiciones, y tenía como objeto la creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente.

El 17 de julio luego de un mes de deliberaciones, periodo de tiempo demasiado corto si se tiene en cuenta que lo que debía crearse era un completo sistema de Derecho penal internacional tanto en su variante

⁶³Ver, WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., pág.21

sustantiva como procesal, fue adoptado el Estatuto de la Corte Penal Internacional luego del voto favorable de 120 Estados, la abstención de 21 y el voto negativo de los restantes 19. Tales cifras son un claro síntoma del marcado entusiasmo generado en la gran mayoría de Naciones adscritas a la ONU por la idea de adoptar un sistema de administración de justicia permanente a escala global.

Tal entusiasmo puede sorprender, sobre todo si se revisan detenidamente los caminos que hasta ese momento había trasegado el Derecho penal internacional. La gran mayoría de sus experiencias había concluido con resultados desalentadores y desastrosos en términos del respeto por las garantías construidas en torno a los sistemas penales liberales contemporáneos, pero sobre todo, atendiendo a los propósitos que orientan el presente trabajo, en términos teóricos, tal y como nos hemos esforzado por demostrar en el curso de este capítulo. A pesar de esta situación, cada nueva iniciativa tendiente a implementar un modelo de aplicación de la Ley penal Internacional que permitiera la imputación de responsabilidad individual era recibida de manera favorable por la comunidad de Estados, e incluso por los teóricos que confiaban en la corrección de los errores que en el pasado se habían cometido.

Daniel Pastor explica la aceptación mayoritaria por parte de los Estados de la propuesta consistente en crear una Corte Internacional de carácter permanente, aludiendo a dos razones fundamentales que él ha denominado *razón material* y *razón espiritual*. Para el mencionado autor, el fin de la guerra fría despejó el terreno para el surgimiento de un poder penal internacional sin oposiciones monolíticamente agrupadas en torno a razones

ideológicas compartidas⁶⁴. Pese a la diversidad inherente a los cientos de pueblos que habitan el planeta, luego de la finalización del conflicto protagonizado por los Estados Unidos y la Unión Soviética la estructura del poder económico mundial quedó claramente definida. Existía por tanto un acuerdo relativo entre las principales potencias económicas y militares en relación con los valores fundamentales que debían protegerse por la comunidad internacional en su conjunto, en aras a evitar la ocurrencia de nuevos fenómenos bélicos que pudieran significar el fin de la humanidad (la posibilidad de acceso a las herramientas nucleares aumentó, y en consecuencia, se temía que el próximo conflicto armado pudiera terminar incluso con continentes enteros).

Como se evidencia, se contaba con las condiciones *materiales necesarias* para depositar en una entidad supraestatal la función de castigar a quienes trasgredieran las normas básicas para la garantía de la supervivencia de los sistemas liberales democráticos⁶⁵. En otras palabras, los intereses protegidos por las normas de Derecho penal internacional se elevaron a la categoría de genuinos intereses jurídicos que debían, por tanto, ser protegidos a través de la imposición de verdaderas sanciones penales por fuera del espectro de las jurisdicciones nacionales.

⁶⁴ PASTOR Daniel, *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, cit., pág.49.

⁶⁵ Aun cuando teóricamente se proponga proteger los derechos humanos de los sujetos individualmente considerados, y en consecuencia éstos aparezcan como el fin último de todas las regulaciones, la dinámica propia del sistema internacional, soportada por las evidencias históricas que de la misma se tienen ha demostrado que, en términos de Niklas Luhmann, los individuos no han sido más que los canales pasivos por medio de los cuales se transmiten las comunicaciones de un sistema que pretende reducir su nivel de complejidad, para auto-preservarse. El vínculo con la teoría de Luhmann se rompe en este caso pues, como se verá, el sistema internacional pretende auto-preservarse por una razón cognoscible: perpetuar un estado de cosas determinado consistente en una particular distribución de poderes y recursos. Para Luhmann, la teoría y relación de los sistemas es producto de la aleatoria concatenación de sucesos. Ver LUHMANN Niklas, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Anthropos, Barcelona, 1998.

Por otro lado, la *razón espiritual* se entenderá en los postulados de Pastor como la euforia a favor de lo penal y del castigo que ha acompañado a la sociedad desde los años 80 –consideramos que esta afirmación puede extenderse para todos y cada uno de los periodos correspondientes a la historia humana-. Tal euforia, definida desde un punto de vista retributivo como la necesidad de infligir el castigo consistente en la privación de derechos individuales, para así sentir que se ha realizado el valor de la justicia frente al mal causado, permitió que la noticia de crear un tribunal penal fuera recibida con extraordinario júbilo.

La Corte Penal Internacional nació en medio de esta euforia punitiva como una organización integrada dentro del sistema y estructura de la ONU y cuya sede central se localizó en la ciudad Holandesa de La Haya. Sin embargo, el comienzo de sus labores quedó condicionado a la ratificación del Estatuto de Roma por parte de por lo menos 60 de los Estados que lo habían suscrito (esta exigencia se consignó en el artículo 126 del Estatuto). Tal cifra se alcanzó el 1 de julio de 2002, y en consecuencia, luego de las reuniones y ajustes pertinentes, la Asamblea de Estados miembros eligió entre febrero 4 y 7 de 2003 el cuerpo de 18 jueces que administrarían justicia en nombre de la comunidad internacional. Finalmente las operaciones del cuerpo colegiado comenzaron oficialmente el 11 de marzo del mismo año y el 21 de abril se completó su estructura con la elección del fiscal Luís Moreno Ocampo, de nuevo por parte de la Asamblea de Estados.

Al 1 de junio de 2008, 108 países habían ratificado su compromiso con la adopción del texto del Tratado; del análisis de los miembros de este grupo llama particularmente la atención la ausencia de países como China, Estados Unidos, Iraq e Israel, quienes no han mostrado interés por incorporar la normativa a sus ordenamientos jurídicos internos. Una posible razón para

encontrar dentro del grupo de Estados miembros de la ONU posiciones como esta, cuando acabamos de afirmar que justamente lo que caracterizó el proceso de discusión y aprobación del tratado fue un ambiente cargado de entusiasmo y apoyo a la creación de un Tribunal Penal permanente, puede estar relacionada con el resultado de las discusiones que en la conferencia de plenipotenciarios en Roma se presentaron.

Desde el principio de las reuniones fue evidente la clara separación ideológica existente entre dos grupos de Estados, que, a pesar de reconocer la necesidad y pertinencia de la aceptación y ratificación del Estatuto, tenían visiones diametralmente opuestas en relación con el nivel de independencia que le sería atribuida a la Corte Penal Internacional una vez creada⁶⁶. Por un lado, el grupo de Estados conocido con el calificativo de “Like minded”, compuesto por países como Australia, Canadá y Alemania, defendía la idea de una Corte Penal Internacional *fuerte*, que gozara de un amplio margen de actuación, y por tanto, con un nivel de independencia cercano a la autonomía total. En oposición a esta propuesta, un grupo de Estados en el que se encontraban los Estados Unidos, China e India asignaron un mayor peso a su soberanía interna y a la protección de sus propios ciudadanos. En síntesis, abogaron por la creación de una Corte *débil* y simbólica; una especie de corte *ad hoc* activada por el Consejo de Seguridad de la ONU sólo en situaciones de emergencia.

De igual manera, se discutieron asuntos relacionados con la jurisdicción de la Corte, particularmente aquellos relacionados con la determinación de si, y bajo qué presupuestos este organismo contaría con una jurisdicción

⁶⁶ Se adopta casi de manera textual la descripción de los hechos realizada por Gerhard Werle, quien a nuestro juicio ha esquematizado de manera clara y precisa los puntos que consideramos relevantes para ilustrar esta exposición. Ver. WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., págs.21-23.

automática, el rol y estatus del fiscal y las relaciones de la Corte con las Naciones Unidas, especialmente con el Consejo de Seguridad.

De acuerdo con las disposiciones finalmente adoptadas, tanto el fiscal de la Corte Penal Internacional como el Consejo de Seguridad de la ONU, además, obviamente, de cualquiera de los Estados que hacen parte del tratado, están facultados para iniciar las investigaciones tendientes a promover un juicio ante la Corte. Como puede apreciarse, la coalición de los Estados que estaban a favor de un cuerpo colegiado fuerte logró el reconocimiento de su posición dentro del texto del tratado. Se ha catalogado esta posición como defensora de una Corte *fuerte* pues buscaba evitar manipulaciones y dilaciones injustificadas, originadas en la asignación de un excesivo poder al Consejo de Seguridad cuyo funcionamiento está siempre condicionado por el ejercicio del poder de veto radicado exclusivamente en cabeza de 5 naciones. Si aceptamos otorgarle a esta discusión el valor que se merece podremos entender la decisión, tal vez política, de algunos países que han preferido permanecer al margen de los contenidos del Estatuto negándose a votar afirmativamente su adopción e implementación.

Las decisiones adoptadas por el Estatuto de Roma en relación con algunos cuestionamientos que en los párrafos anteriores se han dejado abiertos serán presentadas en el siguiente capítulo. Por ahora, culminaremos esta breve caracterización de la Corte Penal Internacional con algunos comentarios relativos a los delitos sobre los cuales tiene competencia para castigar y a los procesos que frente a ella se han iniciado en su corta vida.

Como ya se ha mencionado, la Corte Penal Internacional opera como un mecanismo jurisdiccional accesorio, que no intervendrá si el caso que se ha puesto en su consideración ya se encuentra en etapa de juicio, o por lo

menos investigación, bajo las reglas y competencia de un tribunal nacional. Sólo en los eventos en que se cuestione la legitimidad de estos tribunales o se piense que con sus actuaciones se está protegiendo de forma deliberada a un individuo de ser sancionado penalmente, la Corte está facultada para intervenir, asumiendo la investigación y juicio de los hechos relacionados con el caso y vinculando a los sujetos involucrados que considere necesarios⁶⁷. Deteniéndonos en los crímenes que perseguirá y castigará, es innegable afirmar que el texto del Estatuto de Roma representa la síntesis de los más graves atentados a la Ley Internacional contruidos a lo largo de su historia⁶⁸, y que, por lo mismo ya habían sido objeto de protección por medio de la imposición de sanciones penales en experiencias judiciales anteriores.

El Estatuto enumera los crímenes que delimitan la jurisdicción de la Corte así como los principios generales de Derecho penal que deberán respetarse y aplicarse en todas y cada una de sus actuaciones. Este último elemento merece una mención especial por reconocerse como uno de sus principales avances, aunque no haya sido, en nuestra opinión, desarrollado de manera exhaustiva ni completa. En los juicios de Nuremberg y Tokio, celebrados con posterioridad a la segunda Guerra Mundial, se aplicó básicamente “...*un sistema modestamente sofisticado de atribución o imputación de responsabilidad penal*”⁶⁹ consistente en la adopción de un modelo de responsabilidad objetiva de acuerdo con el cual la tarea del juez era simplemente la de probar la ocurrencia del resultado tipificado, deteniéndose

⁶⁷<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/about%20the%20court/icc%20at%20a%20glance/icc%20at%20a%20glance?lan=en-GB>. El Estatuto reconoce en su preámbulo el carácter subsidiario de la Corte Penal Internacional al afirmar que “...*la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales...*”

⁶⁸ Tales atentado se recogen en los artículos 5, 6, 7 y 8 del Estatuto por medio de los cuales se definen los crímenes sobre los cuales la Corte Penal Internacional tendrá competencia.

⁶⁹ AMBOS Kai, *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, cit., pág.14

exclusivamente en cuestionamientos procesales y en la verificación de los elementos propios del delito investigado. Con el surgimiento de los Tribunales de Ruanda y Yugoslavia, la creación de una parte general respetuosa de los mecanismos de imputación dogmático-penales contemporáneos se impuso como tarea ineludible que ha sido llevada a buen término, de acuerdo con la opinión de autores como Werle, con la adopción del Estatuto de Roma. Esta afirmación también se profundizará y criticará en las reflexiones correspondientes al próximo capítulo.

En lo concerniente a los crímenes perseguidos, el Estatuto recoge en su artículo 5 los crímenes nucleares del Derecho internacional concebidos originalmente por las definiciones clásicas de Nuremberg – a saber, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes contra la paz definidos en los términos del crimen de agresión y los crímenes de guerra-, en conjunción con el crimen de genocidio que ya había sido formulado en la convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio del 9 de diciembre de 1948 y aplicado por Tribunal Penal Internacional para la República de Ruanda en un caso que ya ha sido reseñado.

Todos los crímenes internacionales presuponen un contexto de uso de la fuerza sistemático o de gran escala. Para el caso de los crímenes de lesa humanidad, este contexto de violencia organizada consiste en un ataque sistemático o diseminado a la población civil, materializado en la realización de actos de exterminio, homicidio, esclavitud, encarcelamiento o privación de la libertad violando las leyes fundamentales de derecho internacional, violencia sexual, o cualquiera de las demás actuaciones consagradas en el artículo 7 del Estatuto de Roma. El crimen de genocidio supone un ejercicio de violencia organizada con la intención de destruir en todo o en parte, de manera intencional, a un grupo protegido (es decir, a un colectivo nacional,

étnico, racial o religioso). Los crímenes de guerra serán aquellos perpetrados en el marco de un conflicto armado, y deben ser parte de políticas de comisión a gran escala de violaciones a las leyes y costumbres aplicables en los conflictos armados internacionales (principalmente violaciones a las disposiciones de las Convenciones de Ginebra de 1949, dirigidas a proteger a los individuos que no participan en el enfrentamiento armado). El caso del crimen de agresión será sometido a un análisis posterior, pero puede afirmarse de manera preliminar que en su caso, el uso organizado de la violencia es por sí solo objeto de criminalización.

Estos crímenes son considerados como merecedores de la especial atención de la comunidad de Estados, por afirmarse que violan de forma directa e injustificada los principios supremos del Derecho Internacional definidos en el preámbulo del Estatuto como la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad⁷⁰. Paradójicamente, a pesar de la importancia intrínseca que se le asigna al evento de construcción y adecuación de una “carta de delitos” diseñada de acuerdo con las funciones, valores y objetivos propios de una Corte penal permanente, encargada de pronunciarse en relación con las afectaciones de los intereses jurídicos más relevantes, en el curso de la negociación y reformulación del Estatuto por parte de los plenipotenciarios, asuntos sustantivos como la formulación de las definiciones de los crímenes no fueron juiciosamente discutidos⁷¹.

⁷⁰ Para un análisis más detallado de los valores supremos de la comunidad internacional, se recomienda revisar: SLADE Tuiloma Neroni y CLARK Roger S., en LEE Roy S. (ed.), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, 1999, págs.421-426.

⁷¹ Aunque la definición de los crímenes en términos generales terminó siendo completa, la crítica que se plantea tiene un carácter meramente metodológico: dada la importancia del Estatuto que se discutía, era deseable que todos y cada uno de los temas fueran sometidos a una reflexión seria y racional.

El resultado de este descuido fue la utilización de un recurso que no parece conveniente si aceptamos que la reunión celebrada en Roma contaba con un significado especial por representar la oportunidad para emprender la construcción un modelo penal fruto del acuerdo racional, que superara las fallas y debilidades predicables de los frustrados intentos anteriores. Se terminó por aceptar que, como el Estatuto de Nuremberg y los Estatutos de los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda proveían modelos que ya habían sido probados en la práctica, la tipificación de sus delitos podría sumarse al texto del tratado sin ningún problema. Por esta razón, luego del trabajo de recolección y consolidación de disposiciones aisladas que no estaban necesariamente bien concebidas, los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra se encuentran divididos en más de 70 crímenes subordinados en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto⁷².

No se ha mencionado la particular situación del crimen de agresión por haber sido sus contenidos y alcances sometidos a un debate particular, con conclusiones que no parecen esperanzadoras. De acuerdo con las palabras del italiano Danilo Zolo *“A partir de los primeros decenios del siglo pasado, fue afirmándose en occidente, bajo la influencia de la cultura norteamericana, la idea de que, por un lado, la guerra de agresión debía ser considerada un crimen internacional y que, por el otro, era necesario introducir la justicia penal en el ordenamiento internacional para castigar, junto con los responsables de cualquier otro crimen de guerra, también a los responsables de una guerra de agresión”*⁷³. En estos términos, resulta plausible afirmar que la *génesis* del Derecho penal internacional se encuentra justamente en la necesidad de castigar la guerra de agresión que, desde la firma del Pacto

⁷² Esta idea parte es un desarrollo crítico de la exposición realizada por Werle. WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., pág.21.

⁷³ ZOLO Danilo, *La justicia de los vencedores*, cit, pág.11.

Briand-Kellogg en 1928, había sido declarada ilegal como consecuencia de la condena de la guerra como medio para la solución de conflictos interestatales.

El concepto de guerra de agresión ha sido depurado y reiterado a lo largo de todo el proceso histórico que en el presente capítulo se ha descrito. Por medio del artículo 227 del Tratado de Versalles, "*Las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex-Emperador de Alemania, por la ofensa suprema contra la moral internacional de la santidad de los Tratados*"; precisamente los tratados de 1831 y 1839 violados por Guillermo II consagraban la neutralidad de Bélgica en caso de enfrentamientos bélicos, neutralidad desconocida por el Emperador quien atacó a este país en el transcurso de la primera Guerra Mundial. En cualquier caso, la iniciación de un juicio de carácter penal en contra de Guillermo II de Hohenzollern parecía utópica pues su actuación sólo podría catalogarse como la comisión de un ilícito desde el punto de vista del Derecho Público Internacional⁷⁴ –no se trataba todavía de una ofensa criminal-.

Posteriormente, el Estatuto de Tokio equiparó los crímenes contra la paz con la realización de una "*guerra declarada o no declarada*"⁷⁵. Por su parte, los principios construidos en torno a los juicios de Nuremberg calificaron de nuevo a la guerra de agresión como un delito internacional que involucraba la responsabilidad penal de los individuos a los que se les imputaba la preparación y materialización de una guerra de este tipo⁷⁶. En la misma línea, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 también se refirió al respecto,

⁷⁴ TOMUSCHAT Christian, "From Nuremberg to the Hague", en *Law and State*, 53-54, 1996, pág.115.

⁷⁵ *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, art.5.a

⁷⁶ *Nuremberg Principles*, Principios I y VI, en WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., pág.427

al establecer el mandato de acuerdo con el cual “*Los miembros de la organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado...*”⁷⁷. A todas luces, la exigencia y el deseo de contar con un mecanismo de administración de justicia penal internacional dotado de las características que en las últimas páginas se han descrito, responde, y ha respondido históricamente, a la necesidad ineludible de controlar y regular las relaciones entre Estados soberanos capaces de enfrentarse por las armas con sus semejantes, y entre éstos y los modelos minoritarios que pretendan perturbar sus sistemas de organización política y económica.

Todo lo anterior apunta a resaltar la perplejidad, por lo menos teórica, que genera el contenido del artículo 5.2 del Estatuto de Roma, por medio del cual se afirma que “*la Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa imposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas*”. Los artículos 121 y 123 relativos a la realización de enmiendas al Estatuto, especifican que las mismas sólo podrán realizarse siete años después de la entrada en vigor del mismo, hecho que ocurrió el 1 de julio de 2002; así las cosas, sólo durante la Conferencia de Revisión de los Estados partes, con el fin de analizar el contenido de las enmiendas, podrán presentarse las propuestas tendientes a desarrollar el crimen de agresión. (En todo caso, de acuerdo con el artículo 121.5 del Estatuto, la enmienda sólo tendrá efectos frente a aquellos Estados que la acepten).

⁷⁷ *Carta de las Naciones Unidas*, art.2.4, <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/index.htm>

Como se observa, la Corte Penal Internacional ha comenzado su actividad sin ser competente para juzgar, justamente, el crimen que ha motivado el acelerado desarrollo de sus contenidos e instituciones en los últimos tiempos⁷⁸. No pretendemos proponer una jerarquía dentro de los llamados crímenes nucleares del Derecho Internacional, y afirmar con ello que la creación de una jurisdicción penal internacional carece de sentido si sólo tiene competencia para imponer sanciones penales por la comisión de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o crímenes de genocidio. Lo único que quiere resaltarse es, nuevamente, la aparente naturaleza dispositiva que ha acompañado la configuración del sistema de principios y definiciones, en esta oportunidad, del Estatuto de Roma. Parece ser que las condiciones y requisitos que se exigirán para considerar una conducta como delictiva, y a un individuo como responsable de su comisión, tendrán que satisfacer todos y cada uno de los intereses de las Naciones involucradas – tanto de aquellas que potencialmente podrían emprender una guerra de agresión como de las desafortunadas que tendrían que soportarla dentro de su territorio-. Obviamente, reconocemos el carácter *positivo* que acompaña, inexorablemente, al acto de creación de normas jurídicas, empero, no vemos por qué este proceso debe asumirse en el marco de relaciones privadas entre Estados, y no como un escenario de creación legislativa racional, que se guíe por los principios generales de la materia en cuestión de acuerdo con los cuales el Derecho debe ser limitado y controlado pues no es más que un instrumento para la protección de entidades, materializadas en el concepto de persona humana.

⁷⁸ Tal y como lo afirma Danilo Zolo “...un comportamiento respecto del cual no exista un instrumento de represión en funciones no puede ser considerado un comportamiento criminal”, ZOLO Danilo, *La justicia de los vencedores*, cit, pág. 58. Se enfatiza en este comentario toda vez, parte de los autores asumen que el crimen de agresión es efectivamente uno de los crímenes internacionales sancionados por el Estatuto de Roma; en nuestra opinión, esta afirmación es insostenible pues actualmente resulta jurídicamente imposible iniciar su persecución.

Finalmente, se hará una breve referencia a la actividad desarrollada por la Corte Penal Internacional en sus primeros años de funcionamiento⁷⁹. A la fecha de elaboración de este trabajo, el organismo Internacional ha emprendido la investigación de 3 casos accionados por la solicitud de tres Estados miembros del Estatuto, en relación con determinadas situaciones que se han originado al interior de sus territorios. En el mismo sentido, el Consejo de Seguridad ha hecho uso de su facultad para agitar el mecanismo de investigación, solicitando a la Corte su intervención en la aparente comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad en la región sudanesa de Darfur.

Los tres casos que se encuentran en curso ante la Corte por solicitud de los mismos Estados son los de Uganda, la República Democrática del Congo y la República Centroafricana.

- En diciembre de 2003, el presidente Ugandés, Yoweri Museveni decidió poner en conocimiento del fiscal de la Corte Penal Internacional, la situación relativa a las actuaciones de la guerrilla armada que opera en su país, conocida como *Lord's Resistance Army* (LRA). Luego de considerar que existían los elementos materiales suficientes como para iniciar la investigación, el fiscal decidió abrirla oficialmente el 29 de julio de 2004. Actualmente el caso se encuentra en audiencia ante la cámara de pre-juicio, y en el mismo se han emitido órdenes de arresto en contra de los 4 líderes de la organización, quienes –a pesar de no haber sido capturados– enfrentan cargos por la comisión de crímenes de lesa humanidad y

⁷⁹ Toda la información que al respecto se presentará ha sido obtenida con base en la lectura de los informes presentados al público por la Corte Internacional en su sitio web. <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/>

crímenes de guerra durante el desarrollo de sus múltiples actuaciones bélicas que no se han limitado sólo al territorio de la República de Uganda.

- En abril de 2004, el fiscal de la Corte Penal Internacional informó haber recibido del gobierno de la República Democrática del Congo, información relacionada con la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad en el territorio de este país –en especial en la población de Ituri – perpetrados por las fuerzas armadas adscritas a la Unión de Patriotas Congoleños y las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo. El fiscal decidió abrir la investigación, y la cámara pre-juicio emitió órdenes de captura en contra de 4 líderes pertenecientes a las mencionadas organizaciones. El 17 de marzo fue capturado el líder Thomas Lubanga Dyilo, convirtiéndose en el primer individuo sometido a este tipo de medidas, ordenadas por la Corte Penal Internacional (posteriormente fueron capturados otros dos acusados). Actualmente el proceso Lubanga se encuentra en etapa de juicio, mientras que los dos casos restantes se encuentran en audiencias ante la cámara pre-juicio.
- A principios de 2005, el gobierno de la República Centroafricana decidió remitir ante el fiscal de la Corte Penal Internacional un informe de los hechos acaecidos durante el conflicto armado que se desarrolló en la República Centroafricana entre los rebeldes encabezados por el ex jefe del Estado Mayor del ejército y actual presidente, François Bozizé, y las fuerzas leales al ex presidente Ange-Félix Patassé durante octubre de 2002 y marzo de 2003. Los mismos involucran la posible comisión de crímenes de guerra y algunas situaciones que

podrían constituir crímenes de lesa humanidad⁸⁰. Actualmente se adelanta el proceso en contra de Jean Pierre Bemba-Gombo (quien se encuentra detenido desde mayo 24 de 2008), antiguo vicepresidente de la República Democrática del Congo vinculado con los hechos investigados por el fiscal general. Su caso se encuentra en audiencia ante la cámara pre-juicio.

- Luego de la resolución expedida por el Consejo de Seguridad el 31 de marzo de 2005 relativa al conflicto étnico que se vive en la región Sudanesa de Darfur, el fiscal general decidió iniciar la investigación de los hechos luego de cumplir con los trámites exigidos para poder conocer de eventos ocurridos en países que no se han adherido a las normativas del Estatuto de Roma⁸¹. Actualmente se adelanta el estudio de dos casos ante la cámara pre-juicio de la Corte Penal Internacional. Los hechos que han accionado la actuación del fiscal son el resultado del conflicto armado protagonizado, aproximadamente desde febrero de 2003, por grupos de milicias pertenecientes a los denominados grupos *yanyauid* (presuntamente apoyados por el gobierno sudanés, encabezado por su presidente Omar Hassan al Bashir en contra de quien se ha emitido orden de captura el 4 de marzo del presente año aunque no ha sido llevada a

⁸⁰La información relacionada con el presente conflicto ha sido complementada con los documentos publicados por Amnistía Internacional en su página web. <http://asiapacific.amnesty.org/library/Index/ESLAFR190012005?open&of=ESL-CAF>

⁸¹ Tales trámites están dirigidos a garantizar que se tengan los elementos de juicio necesarios y suficientes para dar inicio a la investigación. En esta medida, el Fiscal deberá recolectar datos provenientes del mismo Estado, de órganos de las Naciones Unidas o de organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales catalogadas como confiables. Lo anterior deberá facilitar la construcción de juicios certeros referidos a la jurisdicción (la información provee razones suficientes para considerar que los crímenes han sido efectivamente cometidos), las condiciones de admisibilidad (es decir, la valoración de la gravedad de los hechos y la constatación de la no intervención de la jurisdicción local en el caso, o su intervención para proteger a los perpetradores) y finalmente, y los intereses de justicia involucrados (es decir, debe reconocerse que la intervención sólo está orientada por la pretensión de realizar valores de justicia y humanidad).

cabo) y los pueblos agricultores que habitan algunas zonas de la región localizada en el oeste de Sudán. De nuevo, la Corte Penal Internacional investiga la posible comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Aunque parece una idea obvia, que no merece ser objeto un análisis crítico demasiado extenso por encontrarse justificada en la teleología misma del sistema de Derecho penal internacional, e incluso, por responder a situaciones coyunturales particulares, consideramos llamativo el hecho de que todos los casos que han sido sometidos a la jurisdicción de esta institución han ocurrido en Estados africanos que cuentan con configuraciones políticas, sociales y económicas similares, caracterizadas en todos los casos por la inestabilidad y juventud de sus regímenes democráticos. Sobre esta situación se realizará una mención particular al analizar las relaciones existentes entre el sistema de imposición de sanciones penales diseñado por el Estatuto de Roma y el concepto de soberanía estatal.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL SISTEMA ACTUAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Como ha pretendido demostrarse, la evolución histórica del sistema de Derecho penal internacional no debe ser asumida ni interpretada como una simple cronología, carente de significado e impulsada exclusivamente por el azar. El estado de cosas actual de la administración de justicia internacional está permeado por una innegable tradición histórica que permite comprender el por qué de sus instituciones, actuaciones y normativas. Tal y como lo señala el profesor argentino Gerardo Pisarello en su prólogo a la obra “Razones jurídicas del pacifismo” del catedrático Luigi Ferrajoli, “...*en las sociedades modernas, caracterizadas por una gran variedad de expectativas concurrentes y por una creciente complejidad de las formas de vida, el Derecho y las mediaciones jurídicas son algo más que simples epifenómenos o elementos externos a la estructura material de la sociedad*”⁸². Tal estructura incluye, sin ningún lugar a dudas, los precedentes históricos y las exigencias particulares que han justificado y avalado el contenido de los enunciados normativos en diferentes áreas del análisis jurídico y espacios temporales.

No obstante, tales precedentes, y sobre todo, las exigencias políticas, económicas e incluso morales no pueden ser suficientes para definir el núcleo esencial del Derecho en un momento determinado. Particularmente, el campo del Derecho penal ha sido definido en el transcurso de las últimas décadas como “...*la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, que tiene para este último unas consecuencias altamente*

⁸² FERRAJOLI Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit, pág.12

*estigmatizadoras, y que por ello es preciso restringir y justificar al máximo*⁸³. Estas restricciones y justificaciones se materializan en la adopción de principios fundamentales que no pueden ser sometidos al acuerdo ni a la disposición voluntaria de los agentes involucrados en su concepción y aplicación, extendiéndose el contenido de esta afirmación a cualquier contexto en el que pretenda reconocerse el Derecho penal como herramienta para castigar la trasgresión de normas que involucren la lesión de ciertos intereses elevados al rango de jurídicos.

Anteriormente, en relación con el campo del Derecho penal internacional se han abordado los problemas relativos a su definición y sus alcances, concluyéndose que, aun cuando su ámbito de regulación normativa excede los límites de las tradicionales fronteras estatales, el rasgo que realmente debe caracterizarlo es aquel relacionado con la pretensión de atribuir responsabilidad penal individual ante la realización de conductas que violen el contenido de los mandatos tendientes a garantizar el orden y los valores propios de la comunidad internacional. En este contexto, el adjetivo “internacional” está relegado a un segundo plano, limitándose a describir el sistema de relaciones que han originado un cuerpo normativo con estas características, sin que esta función descriptiva derive de manera necesaria en la extensión e incorporación de los principios propios del Derecho Internacional Público que contradigan los axiomas propios del ámbito penal. Sin profundizar de nuevo en esta idea, reconocemos que, por ejemplo, la autonomía privada remitida a los sujetos estatales, juega un papel fundamental en las relaciones de Derecho Internacional Público materializadas en la ley de los tratados; sin embargo, su aplicación a la esfera penal puede generar en algunos casos consecuencias indeseadas, tal

⁸³ DEMETRIO CRESPO Eduardo, “Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo””, en *Nuevo Foro Penal*, No.69, Universidad Eafit, enero-junio 2006, pág.66

y como se desprende de las diferentes críticas que frente a las experiencias de justicia penal internacional se han construido en el capítulo anterior.

En palabras del jurista alemán Bernd Schünemann “...desde el punto de vista metodológico, la dogmática jurídico-penal se despediría como ciencia autónoma si se renunciara al principio de protección del bien jurídico (principio de lesividad social) como su fundamento, el cual limita el arbitrio legislativo y por eso sirve también para el trabajo de interpretación como *directiva superior*”⁸⁴. Justamente para evitar la adopción en materia internacional de un Derecho penal desprovisto de los conceptos y directrices dogmáticas fundamentales (lo que podría denominarse un *Derecho penal sin Derecho penal*), debe desarrollarse un trabajo de análisis profundo que permita, en primer lugar determinar la posibilidad conceptual de trasladar el cuerpo teórico propio de las tradiciones jurídicas liberales⁸⁵ al ámbito supraestatal, para posteriormente, en caso de haber dado una respuesta afirmativa, presentar algunas cuestiones sustanciales del actual sistema que deben depurarse para elaborar una verdadera teoría del Derecho penal internacional.

Aunque se reconoce que una labor como la propuesta excede por mucho las pretensiones que han dado origen al presente trabajo, consideramos pertinente exponer algunos de los problemas teóricos que presenta la justicia penal internacional tal y como se encuentra concebida en la actualidad, con el objeto de extraer una serie de conclusiones que sirvan como base, y, por

⁸⁴ SCHÜNEMANN Bernd, “Sistema del Derecho Penal y victimodogmática”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, reimpresión, Díez, Romero, Gracia (eds.), Tecnos, Madrid 2003, pág.160.

⁸⁵ Estas tradiciones no deben circunscribirse de manera exclusiva al ámbito europeo continental o a los sistemas de tradición anglosajona. Se trata de crear por lo menos un cuerpo teórico sistemático y racional que oriente las actuaciones de los operadores internacionales y garantice la protección de los derechos fundamentales de los procesados.

qué no, pretexto para posteriores investigaciones. A continuación se presentará la síntesis de tales asuntos, sin que deba olvidarse que el concepto de sistema de Derecho penal internacional que nos hemos propuesto analizar no se reduce a la actuación de la Corte Penal Internacional. A pesar de abordarse el sistema internacional desde un punto de vista *restringido*⁸⁶, se incluyen en su consideración todos aquellos elementos históricos que lo han configurado. Así las cosas, no deben circunscribirse las siguientes reflexiones al estudio de una institución particular, creada como respuesta a determinados requerimientos coyunturales. El futuro de la administración de justicia penal *universal* bajo las formas actuales es incierto y, en tal medida, consideramos necesario un estudio que no se restrinja a la descripción de una institución cuya vocación de permanencia se encuentra en entredicho –tal y como se evidenciará en las próximas páginas-, sino del *todo* al que esta pertenece.

2.1 EL CONCEPTO DE SOBERANÍA ESTATAL Y LA *EUFORIA* EN TORNO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INTERNACIONAL:

La mayoría de análisis que se centran en la evolución del sistema de Derecho penal internacional parecen coincidir en la defensa de la bondad intrínseca de una *internacionalización* de los modelos penales estatales para garantizar la defensa de ciertos conceptos que han sido elevados al rango de *valores fundamentales de la comunidad internacional*. Las referencias a su conveniencia y adecuación con los conceptos propios de los Estados modernos parecen haber sido superadas de manera convincente como consecuencia del vertiginoso ritmo histórico que dejó suficientemente claro el

⁸⁶ *Infra*, págs.20-21

enorme potencial destructivo de los conflictos interestatales y, además, la sorprendente facilidad con la que estos pueden ocurrir.

Recogiendo la idea presentada por el jurista colombiano Iván Orozco Abad, para quien “*El Derecho de gentes y el Derecho internacional humanitario ofrecen códigos de comportamiento y mecanismos de acotamiento y humanización de la guerra (...), los cuales gracias a su carácter marcadamente formal y neutral ofrecen, por lo menos a partir de un cierto grado, enormes ventajas racionalizantes sobre el Derecho público interno en general y sobre el Derecho penal en particular*”⁸⁷, parece que la pregunta por el fundamento último de una jurisdicción internacional ha sido relegada a un segundo plano. En otras palabras, ante la barbarie de la guerra y el conflicto⁸⁸, la imposición de sanciones penales internacionales ejemplarizantes es la carta de presentación que justifica el sacrificio de la soberanía externa de los Estados, para privilegiar en último término, y de manera accesoria al poder jurisdiccional de la comunidad internacional que, paradójicamente, no requiere contar con el aval de los Estados a los que aplicará sus disposiciones normativas.

Esta última idea no debe ser entendida en ningún momento como una crítica esgrimida frente al objeto de nuestro estudio. Simplemente consideramos

⁸⁷ OROZCO ABAD Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas, guerra y derecho en Colombia*, cit., pág.3. Consideramos importante introducir de manera breve la distinción existente entre dos conceptos fundamentales: el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de gentes. El primero de ellos hace referencia al conjunto de disposiciones contenidas principalmente en las Convenciones de Ginebra, y sus protocolos adicionales, con la firme intención de garantizar la indemnidad e integridad de los individuos que no participan en los conflictos armados (la defensa de tal finalidad se materializa en la limitación y regulación de los métodos y herramientas propias de la guerra). El derecho de gentes, por su parte, debe entenderse de manera mucho más amplia como *el conjunto de leyes, tratados, convenios, principios admitidos tácita o expresamente, y usos generalmente seguidos por las naciones cultas, en sus relaciones mutuas, ya de nación a nación, de una nación con un súbdito de otra, o entre súbditos de naciones distintas* (ARENAL Concepción, *Ensayo sobre el derecho de gentes*, en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/mcp/01482529989033708540035/index.htm>).

⁸⁸ Ver WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, cit., págs.58-62

necesario ahondar en aquellos elementos que permitan justificar con convicción la necesidad de adoptar el mencionado proceso de internacionalización penal, sin entenderlo como obvio o naturalmente deseable. Son justamente las respuestas que frente a las preguntas esenciales se construyan las que allanarán el camino para el tratamiento de otros temas estructurales, que se resolverán en atención a los principios sustanciales que regulan la materia de la cual son partes constitutivas. La pregunta sustancial en relación con la necesidad de una jurisdicción penal internacional frente a la cual hemos decidido tomar posición es aquella definida por la clásica tensión existente entre los conceptos de soberanía estatal y el deseo generalizado de implementar mecanismos supranacionales de imposición de sanciones ante la comisión de crímenes definidos como especialmente graves.

El problema se presenta como consecuencia de la consagración del deber de persecución que surge en cabeza de los Estados que han aceptado y ratificado el Estatuto de Roma. El sistema actual de Derecho penal internacional no sólo permite a la comunidad internacional y a los Estados perseguir los crímenes internacionales como consecuencia de la adopción del principio de jurisdicción universal⁸⁹, sino que bajo algunas circunstancias esta permisión se transforma en una verdadera obligación. En estas condiciones, la afirmación de Luigi Ferrajoli de acuerdo con la cual *“La ONU no es sólo una institución jurídica internacional sino también un ordenamiento jurídico supra-estatal. Algo parecido, aunque con funciones distintas a lo que representa el Estado respecto del ordenamiento jurídico estatal, en el cual*

⁸⁹ Este principio permite a cualquier Estado contrayente procesar a un reo independientemente de su nacionalidad, de la nacionalidad de la víctima o del lugar donde se haya cometido el crimen. ZOLO Danilo, *La justicia de los vencedores*, cit, pág51

*conviven fuentes estatales y no estatales”*⁹⁰ cobra plena vigencia y nos obliga a re-pensar el papel del concepto de soberanía estatal vigente en el mundo occidental desde los siglos XVI y XVII⁹¹.

Esta obligación de redefinición conceptual en torno al concepto de soberanía, que aceptamos de nuevo sin aparentes cuestionamientos, merece a su vez una justificación racional. En otras circunstancias podría afirmarse sin más la ilegitimidad de todos aquellos aspectos derivados del Derecho internacional que limitaran o restringieran la soberanía estatal por tratarse de un valor superior e intangible. El panorama actual, por el contrario, da cuenta de una situación tangencialmente opuesta: aquellos ordenamientos nacionales que contradicen normativas de orden supranacional –aunque su aplicación esté restringida a ámbitos regionales o continentales- son cuestionados en la gran mayoría de los casos, y los sistemas legislativos pueden incluso considerar la idea de modificar sus contenidos para atender a las previsiones que se consideran superiores a sus propios ordenamientos. Como lo resalta Alejandro Aponte *“Existe hoy una tendencia incesante hacia la internacionalización y globalización del Derecho y ello ha hecho que la incorporación de las pautas internacionales, como fórmulas de interpretación de diversas figuras del Derecho interno, sea un hecho cada vez más notorio”*⁹², configurándose así una nueva característica del Derecho internacional, consistente en el hecho de no encontrarse limitado por las

⁹⁰ FERRAJOLI Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit, págs.83-84.

⁹¹ La formulación del concepto de soberanía, a finales del siglo XVI, es obra del francés Juan Bodino en sus *Seis libros de la República*, donde la soberanía es definida como *“el poder absoluto y perpetuo de una república”*. DE GABRIEL José Antonio, *La formación del Estado moderno*, en del Águila (ed.), cit. pág.44

⁹² APONTE Alejandro, en *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho penal internacional*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (eds.), Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2008, pág.162

reglas cuyo objeto se encuentra definido por las relaciones entre Estados, sino que alcanza a inmiscuirse en la esfera doméstica de éstos⁹³.

Como ya se ha mencionado en páginas anteriores, nos encontramos en presencia de una *euforia* punitiva⁹⁴ concretada en la necesidad de infligir el castigo, consistente en la privación de derechos individuales, para satisfacer deseos vinculados con una clara concepción de justicia retributiva y ejemplarizante⁹⁵. Sin lugar a dudas, el desarrollo de nuevas manifestaciones de violencia, dirigidas principalmente a atacar los valores propios de los Estados occidentales, alientan la búsqueda de radicales soluciones que garanticen la seguridad e indemnidad de las instituciones propias de estos sistemas de organización política y económica. *“La alternativa es entre la inseguridad global de una sociedad mundial salvaje y una “política interna del mundo” que se haga cargo, mediante un adecuado diseño jurídico, tanto de la represión como de la prevención de los crímenes contra la humanidad”*⁹⁶ y en estos términos, parece aceptable la revisión de los conceptos que tradicionalmente han explicado las relaciones interestatales o, incluso, la ruptura de las fronteras jurisdiccionales en aras a controlar la expansión de nuevas formas de criminalidad, como el terrorismo, caracterizadas por contar

⁹³ En relación con esta afirmación, tal y como lo recomienda Werle, se sugiere revisar: TOMUSCHAT Christian, *Die Friedens-Warte* 73, 1998, págs.335-347 y ZIMMERMANN Andreas, *German Yearbook of International Law* 45, 2003, págs.35-37 y ss.

⁹⁴ *Infra*, págs.50-51.

⁹⁵ El sistema de Derecho penal internacional ha reconocido explícitamente la adopción de un concepto de justicia retributiva en diferentes pronunciamientos, particularmente a través de su jurisprudencia. A modo de ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, manifestó que *“...en general, la retribución y la disuasión son los propósitos fundamentales que deben observarse a la hora de imponerse sentencia por el Tribunal Internacional (...) El Tribunal piensa además que otro de los propósitos fundamentales de la sentencia es mostrar a la gente (...) que no existe impunidad para este tipo de crímenes”* *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, ICTY (Trial Chamber), juicio del 14 de enero de 2000, págs.848 y ss. En el mismo sentido, algunos autores como Jeschek sostienen que el castigo en este ámbito pretende *“volver a la humanidad consciente del hecho de que el derecho internacional es ley y será implementado contra sus trasgresores”*. JESCHECK Hans Heinrich, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, Röhrscheid, pág.195. (Traducción propia)

⁹⁶ FERRAJOLI Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit, pág.56.

con complejas estructuras de organización y precisos planes de actuación encaminados a lesionar bienes jurídicos de manera indiscriminada y atemorizante.

El castigo de los crímenes internacionales es, por tanto, la tarea de la comunidad internacional y en esta medida la innegable conexión existente entre este tipo de crímenes y los intereses supremos de la mencionada comunidad rompe la barrera de las soberanías nacionales. Esta ruptura se justifica entonces aludiendo a argumentos de carácter universal y humanitario que rebasan por mucho las posibilidades jurídicas de un sistema de Derecho Internacional Público desprovisto de un cuerpo judicial autorizado para imponer sanciones penales individuales. En palabras de Zolo *“Mientras que la finalidad del mantenimiento de la paz y el orden internacional es plenamente compatible con el principio particularista de la soberanía de los Estados nacionales”* de tal suerte que los Tribunales nacionales parezcan ser suficientes para garantizar la protección de estos valores, *“la finalidad humanitaria tiende a la negación radical de la soberanía de los Estados en nombre de una concepción universalista y cosmopolita del Derecho y las instituciones internacionales”*⁹⁷.

En conclusión, la necesidad de una jurisdicción penal internacional no parece poder cuestionarse. La labor que se impone realizar está relacionada con la construcción racional de sus instituciones y contenidos, de tal suerte que se confeccione una verdadera dogmática del Derecho penal internacional que subsane la manifiesta incapacidad de los tradicionales Estados soberanos para enfrentar las funciones de gobierno y tutela exigidas por *“las cada vez más estrechas interdependencias que hoy condicionan, de*

⁹⁷ ZOLO Danilo, *La justicia de los vencedores*, cit, pág.79

*manera irreversible, la vida de todos los pueblos del mundo”*⁹⁸. No obstante, antes de desarrollar esta idea, y de someter a examen al actual sistema Penal Internacional para determinar hasta qué punto sus instituciones y actuaciones recientes se han dirigido a cumplir realmente con los propósitos humanitarios que han inspirado su legitimación eufórica y unánime, consideramos necesario realizar una última anotación en relación con otra posible vía de justificación para la existencia y apoyo a un sistema de estas características.

El profesor español Juan Ramón Capella ha realizado un análisis referente a la transformación sufrida por el concepto moderno de soberanía como consecuencia de las interacciones propias del sector económico que consideramos, *mutatis mutandi*, adecuado para explicar la consolidación de un sistema de justicia penal transnacional. El mencionado autor explica la crisis actual de la teoría política tradicional a partir de la existencia de limitaciones externas y superiores a los poderes estatales en ciertos ámbitos. Aparece entonces la figura del *soberano privado supraestatal difuso*, dotado de un poder suficiente como para generar procesos con incidencia directa en el ámbito público y político. “*El soberano difuso no sólo es capaz de imponer sus propias políticas a los Estados penetrando la voluntad de las instituciones de éstos sino que además impide llevar a la práctica las políticas decididas por las instituciones estatales cuando son incoherentes con las suyas propias*”⁹⁹. Por medio de la utilización de su poder, el *soberano*, entendido como el conjunto de compañías transnacionales y conglomerados financieros, pretende orientar estratégicamente la economía mundial, pero para alcanzar su objetivo requiere de la instrumentalización de poderes estatales permeables subalternos.

⁹⁸ FERRAJOLI Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit, pág.92

⁹⁹ CAPELLA Juan Ramón, *Fruta Prohibida*, segunda edición, Trotta, Madrid, 1999, pág. 261.

Obviamente, tales consideraciones no pueden trasladarse sin más al análisis del sistema de Derecho penal internacional. Sin embargo, tampoco puede descartarse la idea de acuerdo con la cual la ruptura de la soberanía estatal se ha producido como consecuencia de las exigencias provenientes de entes supraestatales que pretenden “*mantener coercitivamente el actual statu quo de la globalización*”¹⁰⁰ mediante la imposición de sanciones penales individuales a aquellos individuos que amenacen, no sólo los valores humanitarios adoptados formalmente como la paz y el bienestar del mundo, sino, en último término, las necesidades y valores fundantes de un sistema particular. En este punto cobran relevancia todas las consideraciones esgrimidas en lo concerniente a la guerra de agresión y su falta de regulación dentro del estatuto de Roma¹⁰¹: si la justificación del sistema radica en la protección de la humanidad, y la euforia punitiva reclama instrumentos que garanticen la defensa de ciertos intereses jurídicos de carácter indisponible y supremo, “*cualquier guerra debería configurarse como “crimen de Derecho internacional” y ser férreamente rechazada como medio de solución de controversias internacionales*”¹⁰². Por el contrario, el estado de cosas actual de la guerra de agresión no sólo es preocupante en términos del Estatuto de la Corte Penal Internacional. También la Carta de las Naciones Unidas carece de una definición de este crimen de Derecho internacional; en vista de la anterior situación, el Consejo de Seguridad se ha convertido en el ente encargado de autorizar el uso de la fuerza en contra de los Estados agresores que violen o amenacen con violar la paz mundial¹⁰³.

¹⁰⁰ Ibid, pág.263.

¹⁰¹ *Infra*, págs.57-60.

¹⁰² FERRAJOLI Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit, pág.85.

¹⁰³ FALK Richard A. “Why International Law matters”, en Jura Gentinum, sección *Guerra, diritto e ordine globale*, <http://www.juragentium.unifi.it/>. (Traducción propia) Tal y como lo advierte Danilo Zolo, En el cuarto párrafo de su segundo artículo, la Carta de las Naciones Unidas impone que los miembros se abstengan de la amenaza y del uso de la fuerza en perjuicio de la integridad territorial y la independencia política de cualquier Estado. Sólo se prevé una excepción general a la prohibición del

En estas condiciones, parece que es necesario depurar un poco más la compleja relación existente entre los conceptos de soberanía e intervención penal internacional. Al asumir una posición como la defendida por Capella y constatar las lagunas jurídicas existentes frente al crimen de agresión surge un nuevo problema de ineludible solución, si es que pretendemos construir una justificación racional y coherente frente a la subordinación del concepto de soberanía estatal en relación con la protección de un estado de cosas que pretende ser preservado por la comunidad internacional.

Por desarrollarse nuestro análisis en el marco de las relaciones de Estados soberanos que deciden obligarse de forma voluntaria, limitando su soberanía a través de los mecanismos de adopción y ratificación de Tratados Internacionales, parece que la posición de carácter eminentemente *privatista* sostenida por Capella no puede erigirse como propuesta alternativa a la tradicional concepción, de acuerdo con la cual, la protección de la humanidad prevalece sobre el particular mecanismo de la soberanía, que impediría en todos los casos la investigación y persecución de las violaciones a los valores fundamentales cometidas al interior de un Estado cualquiera. En otras palabras: los Estados involucrados en la negociación de los tratados no pueden equipararse a sujetos de carácter privado pues se encuentran en un teórico plano de igualdad que no permite hablar de una situación de sometimiento o sumisión frente a un *soberano difuso*.

No obstante, nuestro intento alternativo puede explicar tal situación si introducimos una nueva consideración de orden metodológico: no pretendemos aplicar los postulados de Capella de manera directa al sistema

uso de la fuerza. En efecto, ésta puede usarse si el Consejo de Seguridad, comprobada la existencia de una amenaza contra la paz, de una violación de la paz o de un acto de agresión, decide que es necesario recurrir a la fuerza, bajo su dirección y control, para restablecer el orden internacional. ZOLO Danilo, *La justicia de los vencedores*, cit, pág.75.

internacional; simplemente rescatamos la evidencia histórica que da cuenta de una serie de experiencias a partir de las cuales es posible inferir que, detrás de los loables esfuerzos y valores humanitarios adscritos al surgimiento y desarrollo de la Organización de Naciones Unidas se encuentran otro tipo de intereses, que, sin ser sometidos a una valoración particular, explican las lagunas existentes en relación con el crimen de agresión, la falta de algunos presupuestos procesales básicos en las experiencias de los Tribunales *ad hoc* para Ruanda y Yugoslavia y la justificación de la intervención militar de la OTAN a Kosovo en 1999, que, en palabras de Kofi Annan, respondió a la preponderancia de la protección de los derechos humanos y a la declinante función de los Estados nacionales en la era de la globalización¹⁰⁴.

Se trata por tanto de retomar la antigua concepción de soberanía externa original en las obras de Francisco de Vitoria y Hugo Grocio y complementarla con los planteamientos derivados de las formulaciones garantistas de Luigi Ferrajoli. De acuerdo con la definición clásica, la sociedad internacional debe ser mirada como una sociedad de repúblicas libres e independientes, de tal suerte que, el rasgo definitorio de este tipo de soberanía sea la consagración del *ius ad bellum* en cabeza de cada uno de los entes que configuran la mencionada sociedad. En estos términos, *“cuanto más se supera en el plano interno el estado de naturaleza, más se desarrolla en el exterior. Y cuanto más se juridifica el Estado como ordenamiento, más se afirma como entidad*

¹⁰⁴ Esta posición se extrae de los planteamientos del profesor Danilo Zolo, y de la revisión del discurso oficial de Kofi Annan quien ante la Asamblea General de las Naciones Unidas afirmó además que *“Si los Estados se debilitan frente a un comportamiento que viola las leyes internacionales, deben saber que las fronteras no son una defensa absoluta. Si saben que el Consejo de Seguridad actuará para detener los crímenes en contra de la humanidad, entonces no se embarcarán en acciones con una expectativa de lograr la impunidad a través de invocar su soberanía inviolable”*, en http://www.comfama.com/biblioteca/Centro%20Documentacion/Resultados_busqueda.asp?Pagina=10&keyword=&cat=192&letra=&codigo=&titulo=&bus_categoria=&infoSel=&cmisdoc=&CampoOrden=&campoAscDesc=&orgExpide=&tipoDoc=&fechaIniExp=&fechaFinExp=&usarBusAvanzada=#

autosuficiente, identificada con el Derecho pero, precisamente, no sujeta al Derecho"¹⁰⁵. Teóricamente, con el surgimiento de la ONU deja de existir la soberanía externa, pues los Estados quedan sometidos al principio rector condenatorio de la guerra, sin embargo, es en este punto en el que la propuesta de Capella puede tener sentido: la limitación de la soberanía externa opera como un mecanismo selectivo orientado por los intereses y las dinámicas internas de una organización que no cuenta con una estructura democrática de toma de decisiones.

Mientras que la soberanía interna se limita como consecuencia de la adopción de modelos de Estado democráticos y constitucionales¹⁰⁶ que justificarán la intervención para preservar los valores fundamentales reconocidos por la comunidad internacional, la soberanía externa sólo se limitará a aquellos Estados que no cuenten con las condiciones exigidas para participar en los procesos de toma de decisiones localizados en el ámbito supranacional. Muestra de este postulado es la estructura jerárquica propia del Consejo de seguridad de la ONU, materializada en el poder de veto otorgado a sus 5 miembros permanentes, y cuya consecuencia práctica es inmunizar a estas Naciones frente al proceso de criminalización de la guerra de agresión, decidido precisamente al interior de este organismo. De igual manera, todos los vacíos e imprecisiones que a lo largo de las páginas anteriores se han expuesto en relación con la justicia internacional en todas sus etapas y modalidades parecen explicarse a partir de una tesis como la defendida en los últimos párrafos.

¹⁰⁵ FERRAJOLI Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit, pág.97

¹⁰⁶ Ibid, pág.94

2.2 LA FÓRMULA *NULLA POENA SINE LEGE* EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL:

Respetando el concepto de Derecho que para la elaboración de este trabajo se ha adoptado, es preciso recordar que elevamos al rango de deber ineludible del Estado de Derecho, y por extensión de la comunidad internacional en su conjunto, el hecho de “*proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal*”¹⁰⁷. Tal protección se materializa en la adopción de principios rectores que determinen el contenido de las instituciones adscritas a los procedimientos y sistemas concebidos con la única finalidad de imponer sanciones penales. En estos términos, el ámbito internacional, para adquirir el estatus de verdadero sistema penal –obviamente en el marco de un discurso deontológico- no puede ser ajeno a un juicioso examen que tenga por finalidad la comparación de sus postulados fundamentales con las exigencias propias de los sistemas penales liberales, contruidos justamente en torno a una concepción *principlalista*. Un examen de tal magnitud podría justificar la elaboración de un trabajo investigativo que sobrepasa por mucho las condiciones y objetivos de la tesis que nos hemos propuesto someter a estudio. Así las cosas, en los párrafos que a continuación se presentan nos encargaremos de plantear el inicio de algunas de las posibles discusiones que frente a esta tarea de comparación se han postulado. Particularmente se abordará la situación relativa al principio de legalidad en el marco del sistema propuesto por el Estatuto de Roma, tomando como punto de partida las ideas

¹⁰⁷ ROXIN Claus, *Derecho Penal parte general*, cit., pág.137. En contexto del Derecho penal internacional, la protección frente al derecho penal adopta una dimensión particular: ya no se trata de prevenir la posible comisión de delitos mediante la utilización de un sistema penal selectivo, sino que lo que se buscará será la criminalización efectiva de las conductas más graves –concretadas en los términos de los crímenes internacionales- y no su impunidad como consecuencia de la existencia de intereses parcializados pertenecientes a sectores particulares de la comunidad internacional.

que frente al tema ha desarrollado, de manera clara y rigurosa, el profesor alemán Kai Ambos.

De acuerdo con los antecedentes históricos de los que se tiene conocimiento, ya desde 1215, en el cuerpo constitutivo de la Carta Magna (documento aceptado por Juan I de Inglaterra como mecanismo para enfrentar y regular los problemas sociales y de política exterior que aquejaban a su reino) se estableció la prohibición terminante de restringir la libertad de un hombre, a menos que tal restricción fuera precedida por la realización de un juicio justo o por la aplicación de la ley de la tierra. En el siglo XIX, esta exigencia sería retomada por el filósofo alemán Ludwig Feuerbach, quien utilizó la expresión latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* para referirse al principio de legalidad, reformulado como la prohibición del castigo a conductas que no fueran consideradas como delictivas en el momento de su comisión¹⁰⁸.

Partiendo de esta simplificada definición, es posible comenzar a plantear algunos cuestionamientos relacionados con la formulación original del principio, que facilitarán la comprensión de las críticas que más adelante se formularán frente a la adopción del mismo por parte de la jurisdicción penal Internacional. Debe resaltarse que, a partir de un análisis sintáctico, la expresión *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* está compuesta por dos fórmulas lingüísticas con significados independientes¹⁰⁹. En primera instancia se ha reconocido de manera unánime e indiscutida el alcance, tradicionalmente identificado con la primera cláusula de la formulación, de acuerdo con el cual “no hay crimen o delito sin ley”, es decir de acuerdo con

¹⁰⁸ AMBOS Kai, *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, cit., págs.35-36

¹⁰⁹ Esta distinción es producto de la reflexión contemporánea y no se encuentra ni en las fuentes históricas descritas por Ambos ni en las obras adicionales consultadas para la elaboración de este trabajo.

la adopción legislativa de carácter europeo-occidental de la formulación de Feuerbach, “Un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho”¹¹⁰.

Frente al alcance de la segunda cláusula han existido diferentes interpretaciones que merecen ser revisadas por configurar, de manera directa el objeto de la discusión relatada por Ambos. El imperativo de acuerdo con el cual “no hay pena sin ley”, (*nulla poena sine praevia lege*) puede entenderse en un sentido *indeterminado*, como la mera previsión de por lo menos algún castigo en caso de cometerse la infracción, sin que sea necesaria la absoluta determinación de las características y límites del mismo. En síntesis: “*las penas indeterminadas no violan el principio nulla poena*”¹¹¹ pues la ley penal entendida en un sentido amplio no necesita penas precisas. Sin embargo, esta interpretación no parece proteger a los sujetos de los posibles excesos que pueden cometerse a partir de la instrumentalización de un Derecho penal facultado para determinar a *posteriori* la duración y características de las penas que se encuentra obligado a imponer, y por consiguiente no podrá aceptarse como parámetro válido para predicar la adopción plena del principio de legalidad por parte de un ordenamiento en concreto.

De acuerdo con el profesor Roxin “*no sólo la circunstancia de que una determinada conducta ya sea punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho*”¹¹². Éste, que debería ser el verdadero alcance del principio de legalidad no ha sido reconocido por todas las tradiciones jurídicas como elemento integral del

¹¹⁰ Art. 1 Código Penal Alemán

¹¹¹ AMBOS Kai, *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, cit., pág. 36

¹¹² ROXIN Claus, *Derecho Penal parte general*, cit., pág.138.

principio que por lo menos formalmente, y en ocasiones¹¹³, consagran. No sobra aclarar que, habiéndose aceptado ésta última interpretación, la adopción de la fórmula *nulla poena sine praevia lege* como exigencia inexorable de un principio de legalidad estricto y garantista, deberá traer aparejadas las mismas consecuencias que se predicán de la adopción del principio de legalidad en sentido *indeterminado*; siendo así, los cuatro grupos de efectos claramente ilustrados por Roxin en su Manual de Derecho Penal, a saber *nulla poena sine lege stricta*, *nulla poena sine lege scripta*, *nulla poena sine lege praevia* y *nulla poena sine lege certa*, cobran sentido, y deben por tanto verificarse en cualquier ordenamiento que pretenda restringir libertades individuales ante la comisión de hechos punibles mediante la atribución de responsabilidad penal.

Es exactamente éste el análisis que emprende Kai Ambos para concluir, de manera nuevamente desalentadora, que el elemento *lex certa* (consistente en la determinación legal de la pena con anterioridad al hecho) es ignorada sistemáticamente por el Derecho penal internacional. A partir de sus investigaciones concluye que “*Las convenciones del Derecho penal internacional, ya sea en el terreno del Derecho internacional, ya sea en el terreno del Derecho Internacional Humanitario (...) no contienen penas específicas ni determinan las penas a imponer por estas infracciones penales*”¹¹⁴, explicándose tal vez este hecho en la pertenencia de la mayoría de los tratados a sistemas de aplicación indirecta (consistentes en la

¹¹³ Tal y como lo expone Ambos, “*para el jurista tradicional del common law, la exigencia de una ley escrita podría parecer como excesivamente formalista, especialmente en lo que respecta a los delitos mala in se. Dado que el delito mala in se es reconocible por todo el mundo, en todo momento y de acuerdo con el puro sentido común, resulta innecesaria su explícita codificación*”. AMBOS Kai, *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, cit., pág.42. En esta medida, la consagración escrita del principio de legalidad no debe suponerse como un hecho cierto en todas las legislaciones existentes.

¹¹⁴ Ibid, pág.47.

persecución de los crímenes internacionales por parte de las jurisdicciones nacionales), que obligan a los Estados miembros a castigar los crímenes que forman parte de la ley internacional que han suscrito.

En relación con las experiencias propias de los modelos de aplicación directa de la ley Internacional (consistentes en la creación de tribunales en el ámbito internacional dotados con la facultad para sancionar de forma independiente la comisión de los crímenes sobre los cuales son competentes), la realidad no ha arrojado resultados diferentes: tanto en los Estatutos correspondientes a regular la actuación de los Tribunales Penales *ad hoc* para Ruanda y Yugoslavia como en el Estatuto de Roma mediante el cual se creó la Corte Penal Internacional, se establecieron únicamente las penas máximas que podrían imponerse al finalizar el proceso de atribución de responsabilidad penal individual, sin haberse agotado en ningún caso el contenido estricto del postulado de *lex certa*, de acuerdo con el cual, incluso en materia internacional o en los casos de creación de Tribunales Penales de carácter especial tendrán que existir penas precisas.

Profundizando un poco más en la estructura de la Corte Penal Internacional, parece que ésta, en materia del principio que ocupa nuestra atención, “...no ofrece un sistema diferenciado de penas comparable a las jurisdicciones nacionales que contienen marcos penales con penas mínimas y máximas”¹¹⁵. Esta falencia se concreta en fenómenos tales como la previsión de penas máximas aplicables en principio a todos los crímenes perseguidos por la Corte, sin establecer diferencias cuantitativas derivadas de la injusticia y gravedad de la lesión a los intereses jurídicos comprometidos en cada caso considerado *in abstracto*. La cuestión que se plantea entonces, como

¹¹⁵ AMBOS Kai, *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, cit., pág.50

solución teórica ante lagunas de este tipo, radica en la posible determinación de la jerarquía existente entre los diferentes crímenes de Derecho Internacional. Sin embargo, los criterios que orientarán tal proceso de jerarquización deberán ser determinados con anterioridad atendándose, en la medida de lo posible, a la entidad de los bienes involucrados y criterios racionales que satisfagan los requisitos propios de las construcciones penales contemporáneas¹¹⁶.

La importancia del tema que se ha reseñado es mayúscula si se tiene en cuenta la conexión existente entre el principio de legalidad y la concepción del Derecho penal como límite a la facultad sancionatoria atribuida de manera selectiva y desigual a las instituciones de Derecho internacional. El aparente descuido en el que incurrió el Estatuto de Roma a la hora de consagrar y desarrollar los diversos elementos atinentes al principio de legalidad, estuvo lejos de responder a una simple falla en la técnica legislativa o a un descuido derivado de la complejidad propia de las discusiones desarrolladas en el seno de la Asamblea general de Estados miembros de la ONU. En palabras del citado profesor alemán *“Durante el Proceso de negociación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (...) varias delegaciones abogaron por una mayor precisión en la previsión de las penas con base en el principio nulla poena. Sin embargo, no se llegó a ningún acuerdo. Lo único que se consiguió fue una remisión indirecta a la legislación y práctica nacionales en materia de determinación de la pena...”*¹¹⁷.

¹¹⁶ En este punto, Ambos resalta que, *“mientras puede argumentarse que las normas internacionales no prevén tal jerarquía, y por lo tanto, esta no puede determinarse con facilidad, la implementación nacional de la legislación ha establecido criterios diferenciadores entre distintos crímenes internacionales...”*. Ibid, pág.61

¹¹⁷ Ibid, pág.48.

Tal situación no deja de ser llamativa y parece confirmar las ideas que a lo largo de este trabajo se han construido a partir del análisis del sistema de Derecho penal internacional actual. De nuevo las construcciones dogmáticas básicas son sometidas a un proceso de negociación, e incluso los principios esenciales, sobre los cuales no existe ningún tipo de cuestionamiento en el ámbito nacional, adquieren nuevos contenidos carentes, en cualquier caso, de las condiciones necesarias para proteger a los individuos destinatarios de las sanciones penales de posibles arbitrariedades por parte de los órganos supraestatales encargados de proteger los valores globalizados. Sorprende en igual medida la idea sostenida por Kai Ambos de acuerdo con la cual “*Es difícil argumentar que los elementos *nullum crimen, nulla poena* sean idénticos, y resulta más convincente exigir requisitos más estrictos para el *nullum crimen* que para el *nulla poena*”¹¹⁸. Conceptualmente es innegable que, ante la hipotética situación dilemática en la que sólo pudiera escogerse la protección de una de estas fórmulas, la decisión tendría que favorecer los elementos del *nullum crimen*, sin embargo, de acuerdo con los principios que inspiran nuestro trabajo, el Derecho Penal, por lo menos en sus construcciones teóricas, no puede renunciar a las garantías básicas de su funcionamiento como límite al poder punitivo, ni justificar las limitaciones a ciertos principios por las aparentes dificultades existentes para determinar su campo de aplicación. Los requisitos que se exijan en materia de *nulla poena* deben ser en todo caso igual de estrictos y precisos como aquellos que tradicionalmente han orientado la adopción de la fórmula “no hay crimen o delito sin ley”.*

¹¹⁸ Ibid, pág.60.

2.3 EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO DE GUERRA:

De acuerdo con las diferentes consideraciones elaboradas hasta este punto, parece plausible extraer una conclusión provisional en relación con la naturaleza de los sistemas de Derecho penal internacional y la concepción que frente a los mismos se ha defendido desde mediados del siglo pasado. El proyecto de implementación de organismos ubicados por fuera del ámbito de administración de justicia interno de las Naciones, con la firme intención de justificar la construcción de mecanismos procesales adecuados para la atribución de responsabilidad penal individual ante la vulneración de intereses y valores jurídicos *universales* no es, en ninguno de sus planteamientos, una idea novedosa atribuible a las buenas intenciones de la cada vez más influyente comunidad de Estados.

Prácticamente desde el surgimiento de los Estados modernos, definidos en los términos de un poder político institucionalmente organizado al interior de un territorio claramente diferenciable, que ha monopolizado las fuentes de producción normativa y el uso de la fuerza¹¹⁹, surgió la necesidad de controlar y limitar el ámbito de relaciones entre estos entes soberanos, propietarios de las herramientas bélicas y burocráticas suficientes como para extender su dominio sobre otros Estados en formación. Tal limitación debe provenir necesariamente de una autoridad supraordenada, ajena a los intereses particulares de cada una de las partes a las que pretende cobijar con su jurisdicción. Desde los ya remotos intentos de la Santa Alianza, pasando por la construcción de la sociedad de Naciones hasta llegar a la actual Organización de Naciones Unidas se han defendido públicamente los

¹¹⁹ Ver, DE GABRIEL José Antonio, *La formación del Estado moderno*, en del Águila (ed.), cit. págs.35-52

mismos principios fundamentales, consistentes, de manera más o menos uniforme, en la garantía de un mundo democrático, respetuoso de las garantías y los derechos fundamentales de los individuos, en el cual se condena la iniciación de las guerras de agresión como antítesis de los valores imperantes que deben perpetuarse.

Aun cuando existen algunos sectores renuentes a aceptar la validez y legitimidad de una comunidad de Naciones que comulga con la protección exclusiva de los derechos y las tradiciones propias de las sociedades occidentales, consideramos que, en esencia, las particulares características actuales del mundo político y económico reclaman la creación de entes imparciales, encargados de preservar los derechos de las personas y los pueblos frente a las actuaciones de sus propios gobiernos y de la comunidad internacional. El proceso armamentista concretado en el desarrollo de armas de destrucción masiva con el potencial como para destruir el globo terráqueo, la lucha por recursos naturales escasos pero indispensables para garantizar la supervivencia de los seres humanos y el advenimiento de un crisis ecológica sin precedentes, son razones de peso más que suficientes para defender vehementemente la adopción de medidas globales de carácter urgente, tendientes a contener los efectos inmediatos de estos potenciales eventos autodestructivos.

En consecuencia, la pregunta no puede ser ya aquella encaminada a cuestionar la necesidad de contar con una jurisdicción Penal Internacional. La integración jurídica mundial, aparece como paso ineludible, no sólo en materia económica sino también en materia penal dadas las condiciones militares, políticas y ambientales que se han descrito. La misión que se impone, y que a lo largo de estas páginas hemos pretendido introducir, es la identificación del “cómo” que debe orientar la evolución de ésta integración.

Se trata de una construcción de *deber ser* en materia penal internacional, que en ningún caso puede ser neutral por tener que responder efectivamente a una serie de valores particulares, dentro de los cuales debe prevalecer la democracia como guía inamovible para permitir, justamente, por lo menos la participación igualitaria de los Estados en los procesos de toma de decisiones.

En palabras de Ferrajoli *“la situación actual de la comunidad internacional se parece más a la de un gobierno mundial controlado por las cinco potencias que tienen presencia permanente en el Consejo de Seguridad de la ONU”* por oposición a un ideal de modelo de democracia internacional identificado en todos los casos por *“el carácter democrático representativo de los órganos supra-estatales y, sobre todo, en su función de garantía de la paz y de los derechos fundamentales de los hombres y los pueblos”*¹²⁰. Las evidencias históricas dan cuenta de esta innegable realidad, identificada con la actuación de un sistema de administración de justicia penal que ha trasladado al espectro global las características de selectividad propias de los tradicionales sistemas domésticos. Por medio de la adopción de cuerpos normativos deliberadamente incompletos y desconocedores en la mayoría de los casos los principios fundantes de la ciencia penal -que si de algo puede presumir es de contar con un sistema dogmático serio, fruto de su constante discusión y reformulación a lo largo de los últimos siglos- se ha suscitado una desconfianza generalizada en el ámbito académico. Sorprendentemente la euforia punitiva, originada en el seno de los restantes sectores de la sociedad, continúa avalando la intervención de la Corte Penal Internacional en países que, coincidentalmente pueden describirse recurriendo a la utilización de caracterizaciones comunes: pobreza, debilidad institucional, y defensa de valores particulares ajenos a la tradición occidental.

¹²⁰ FERRAJOLI Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit, pág.81

En efecto, en los casos de Uganda, la República Democrática del Congo, la República Centroafricana y Sudán –los únicos sometidos hasta el momento a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional- pueden encontrarse todas estas características. Sin lugar a dudas, los hechos que han costado la vida de millones de personas en estas naciones africanas merecen el mayor de los reproches y no pueden justificarse desde ningún punto de vista. Sin embargo, se trata de Estados “en formación” (el primero en obtener su independencia de las potencias europeas fue Sudán en 1955), dotados de estructuras débiles, que atraviesan procesos equiparables a los vividos por las naciones europeas en los sangrientos siglos que fueron necesarios para permitir su consolidación. Además, sus economías distan de encontrarse en condiciones óptimas como para garantizar las condiciones básicas de vida a sus habitantes. Ante este panorama no queda más que preguntar si el Derecho penal y, conexamente, la imposición de sanciones restrictivas de las libertades individuales básicas, es una herramienta suficiente para garantizar la vigencia de los valores universales defendidos por la ONU en países que, como la República Democrática del Congo, contaban para el año 2008 con un ingreso *per capita* anual de 206 U.S.¹²¹.

Analizando las actuaciones de la Corte Penal, en contraste con los objetivos que se ha propuesto alcanzar, cobra sentido el cuestionamiento formulado por el jurista finlandés Martii Koskenniemi en relación con la actuación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia¹²². En su opinión, las experiencias de administración de justicia internacional –y particularmente la

¹²¹ Fuente: <http://www.imf.org/external/country/index.htm> (Página web del Fondo Monetario Internacional). Por su parte, el ingreso *per cápita* de Sudán es de 1.631U.S, el de La República Centroafricana es de 479 U.S y el de Uganda es de 469 U.S. Para tener una mejor ilustración, el producto *per cápita* de Colombia para éste mismo año fue de 5.174 U.S.

¹²² KOSKENNIEMI Martii, “Between Impunity and Show Trials”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 6, 2002, págs. 1-35, J.A Frowein y R. Wolfrum (eds.). (Traducción propia)

actuación de un tribunal como éste, frente al cual pueden formularse todo tipo de críticas tanto sustanciales como procesales- ha arrojado como conclusión una paradoja que parece insalvable: con el ánimo de transmitir una “verdad” histórica a su audiencia, el tribunal tendría que silenciar al acusado. Sin embargo, un juicio en el que al acusado no pudiera pronunciarse sería solamente un “*Show Trial*”. Por el contrario, para garantizar la legitimidad del juicio, el acusado debería poder hablar, ejercer su derecho de defensa de manera total. Pero en este caso, él podría cuestionar la validez de la “verdad” construida por el fiscal, relativizando así los cargos que pretenden imputársele. Se convertiría así al acusado en “*la verdad de la revolución y, simultáneamente en mártir de la causa revolucionaria*”¹²³. No debe olvidarse que la actuación del Tribunal *ad hoc* fue cuestionada pues las incursiones armadas, igualmente violentas y brutales, de la OTAN no fueron en ningún caso enjuiciadas.

Así las cosas, la Corte Penal Internacional parece estar ocupándose de casos “fáciles”, cuyos hechos apenas requieren ser probados, y que, sobre todo, no involucran en su configuración a ninguna de las tradicionales potencias occidentales. Los casos juzgados en el continente africano parecen ser verdaderos “*Show Trials*”, que aun debiendo ser juzgados dada la magnitud de los hechos perpetrados, no presentan una diferencia ontológica considerable en comparación con los resultados catastróficos propios de la denominada Guerra del Golfo de 1991, la intervención de la OTAN a los Balcanes en 1999, el ataque a Afganistán en 2001 y la invasión

¹²³ *Ibid*, pág.35. No debe olvidarse que, la propuesta de Koskenniemi parte de un razonamiento hipotético de acuerdo con el cual es necesario aceptar que existen conductas llevadas a cabo por ciertos Estados y organismos internacionales que, aun representando claras violaciones de los valores internacionales superiores –a saber, la paz, la seguridad y el bienestar del mundo- no son consideradas por el fiscal como merecedoras de un juicio de responsabilidad penal internacional.

a Irak en el año 2003¹²⁴. En todos estos casos, se vulneraron principios fundamentales de la Carta de la ONU tales como la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza en las relaciones entre Estados establecida en el artículo 2.4, o la obligación de resolver con medios pacíficos las controversias internacionales impuesta por el preámbulo y el artículo 2.3, no obstante, las actuaciones bélicas fueron legitimadas como justas y conformes a Derecho por los gobiernos occidentales (tal y como ocurrió en relación con la mencionada guerra del Golfo Pérsico) o simplemente desestimadas como potenciales actuaciones objeto de juicios penales internacionales¹²⁵.

En la totalidad de los casos que no han sido sometidos al conocimiento de la jurisdicción internacional (bien sea en su versión permanente luego de la creación de la Corte Penal Internacional en 2002, o a través de la creación de Tribunales Penales Internacionales para los crímenes cometidos con anterioridad) se ha visto involucrada la defensa de los intereses defendidos por las potencias occidentales. Aunque no nos detendremos en la exposición de las razones que motivaron cada uno de estos ataques, el simple hecho de encontrarnos frente de eventos que, aun representando la violación de normas de Derecho Internacional, no fueron sometidos a un juicio de responsabilidad penal Internacional nos permite reiterar la idea sostenida en diferentes partes de este trabajo, de acuerdo con la cual el sistema de Derecho penal internacional ha sido concebido de acuerdo con una lógica contractualista que faculta a las partes que han conservado intacta su soberanía externa, y por lo tanto pueden participar activamente en la toma de decisiones al interior de la comunidad internacional, para determinar las

¹²⁴ Todos estos casos son considerados por Luigi Ferrajoli como casos en los cuales no se cumplieron los requisitos exigidos para poder hacer un uso legítimo de la fuerza, y que, sin embargo no fueron sometidos a ningún tipo de juicio, reproche o sanción por parte de la comunidad internacional, y mucho menos por las instituciones encargadas de imponer sanciones penales ante la comisión de crímenes internacionales. FERRAJOLI Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit, págs.27-74

¹²⁵ Ver *infra*, pág.46.

condiciones en que dos hechos de la misma naturaleza serán sometidos a un tratamiento jurídico diferente.

En esta ocasión, ha quedado claro que el comienzo de la actuación de la jurisdicción penal Internacional dependerá de la calidad de los actores involucrados en la comisión de los crímenes condenados en la esfera supranacional y de los intereses que se encuentren en juego en cada caso. Es justamente esta consideración la que nos obliga a introducir un nuevo elemento de análisis que nos permita comprender el por qué del tratamiento diferenciado en situaciones que representan la lesión a bienes jurídicos idénticos, y que no encuentran ningún tipo de eximente desde el punto de vista de la dogmática tradicional. La elección de tal elemento tendrá que tomar en consideración todos los aspectos que del sistema de Derecho penal internacional se han expuesto, y, sobre todo, establecer un parámetro adecuado para delimitar el verdadero campo de actuación de la Corte Penal Internacional.

Tomando en consideración las particulares características del actual sistema de Derecho penal internacional, es posible defender de manera coherente la idea consistente en asignar a la jurisdicción penal supranacional una labor de legitimación de la guerra de agresión en diferentes condiciones históricas y por medio de diversos mecanismos e instituciones. Los fenómenos relativos a la multiplicidad de lagunas procesales, la adopción incompleta de principios generales de Derecho, y, primordialmente, la manifiesta tendencia a legitimar los ataques realizados por las potencias occidentales o los organismos militares que responden a los mandatos de éstas (a saber, las fuerzas de la OTAN), sólo sirven para demostrar que en el marco de las relaciones globales contemporáneas una versión privilegiada del *ius ad bellum* permanece vigente: sólo algunas naciones estarán facultadas para iniciar

guerras justas en contra de aquellos Estados, regímenes o sistemas que amenacen con alterar el estado de cosas actual en materia política y económica. Aunque formalmente la guerra es condenada por prácticamente todas las tradiciones civilizadas, la figura de la Corte Penal (e igual sus respectivos equivalentes en los diferentes *hitos históricos* expuestos) surge como el mecanismo encargado de imponer condenas ejemplarizantes en algunos “casos de exhibición”, que satisfacen las exigencias de la euforia punitiva latente en la mayoría de estamentos sociales.

El uso de las armas y la construcción de escenarios de conflicto parecen ser las herramientas adecuadas para proteger los valores occidentales tradicionales, de tal suerte que la tesis que en un principio nos habíamos propuesto someter a consideración deba ser ahora reafirmada: el sistema de Derecho penal internacional no sólo ha sido utilizado como un *poder militar*,[como] *una continuación de la guerra con maquillaje de estrado judicial, que [merece] iguales reparos éticos y jurídicos que la guerra misma*, sino que ha servido para legitimar agresiones, estructuralmente injustas, emprendidas por algunas naciones con el ánimo de mantener el *statu quo* por medio de la represión de conductas típicamente agrupadas en las categorías de la delincuencia organizada y los delitos políticos. En otras palabras, cuando las acciones bélicas atribuibles a los Estados privilegiados se emprenden con el ánimo de perseguir este tipo de conductas, la sanción penal internacional se diluye y legitima, amparada en razones conectadas directamente con la defensa de valores universales y derechos fundamentales de los ciudadanos.

El caso de los delitos políticos merece una explicación adicional, pues como es sabido, se trata de una clasificación sumamente discutida en el campo teórico, y cuya aplicación debería conducir a la concesión de un tratamiento

especial en materia procesal y penal a aquellos sujetos que han atacado la estructura estatal en cualquiera de sus elementos (esto es, en su existencia, integridad, seguridad o constitución). En estos términos, parece contradictorio afirmar que los delincuentes políticos son eliminados a través de escenarios de conflicto, cuando justamente, tal y como lo indica el jurista colombiano Iván Orozco Abad, la atribución a un sujeto de la calificación de rebelde o combatiente deben conducir “...a que se humanicen las acciones y el tratamiento recíproco entre los enemigos, y aun, para que, bajo ciertas circunstancias, se pueda poner fin al conflicto recurriendo a las negociaciones”¹²⁶. No obstante, la idea que pretendemos esbozar parte de la aplicación a la esfera penal internacional de la concepción defendida por este mismo autor, de acuerdo con la cual “*El tipo de criminalización por el cual se propugna no se limita al intento de reducir el enemigo político a la condición de delincuente. Se pretende ir, con frecuencia, aun más allá, mediante el expediente de asimilar al delincuente político o rebelde al delincuente común y terrorista*”¹²⁷.

Siendo conscientes de la dificultad evidente que trae aparejada la identificación del delito político en su faceta ontológica, pues resulta complicado determinar los límites que separan al “delincuente común” del delincuente político (si es que existe tal categoría), la tesis que defendemos puede entenderse a partir de la recurrente negativa de los Estados occidentales a buscar mecanismos pacíficos y negociados de solución de conflictos, tanto en materia nacional como internacional, frente a los hipotéticos delincuentes políticos¹²⁸, representados por aquellos grupos,

¹²⁶ OROZCO ABAD Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas, guerra y derecho en Colombia*, cit., pág. 11

¹²⁷ *Ibid*, pág.18.

¹²⁸ Se reitera que la expresión “delincuente político” no pretende utilizarse en este caso de manera estricta y depurada. Para efectos del presente trabajo, parece agrupar las condiciones reunidas por los

países o facciones que amenazan con desestabilizar y cuestionar las estructuras básicas de sus organizaciones nacionales (estructuras y valores que además, se asumen como propios de la comunidad internacional).

grupos y países que en el caso de las Guerra del Golfo y las intervenciones “humanitarias” en los Balcanes, Afganistán e Irak fueron atacados por países y ejércitos occidentales que los consideraban explícitamente una amenaza para los valores fundantes de sus tradiciones civilizadas.

3. CONCLUSIONES

Como parece quedar claro a partir de las ideas expuestas en los capítulos anteriores, el anhelo global relativo a la creación de un sistema de administración de justicia penal internacional ha tomado plena forma en la estructura y funcionamiento de la actual Corte Penal Internacional. La posibilidad de predicar la responsabilidad penal individual en el contexto supraestatal no es más un asunto discutido: los Estados han cedido el papel protagónico en los procesos que se inician para criminalizar a individuos particulares que, con sus actuaciones, han vulnerado los principios universales básicos defendidos por la comunidad de naciones.

En estas circunstancias, parece ser que la reflexión encaminada a determinar la conveniencia de internacionalizar el sistema sancionatorio penal ha pasado a un segundo plano¹²⁹. El punto neurálgico será el cómo habrá de llevarse a cabo tal proceso de expansión, de tal forma que se preserven los principios que, en mayor o menor medida, se han adoptado en las diferentes tradiciones jurídicas para proteger y respetar las garantías y derechos de los sujetos sobre quienes se imponen sanciones penales. Incluso ésta última afirmación tendrá que ser sometida a un debate previo en el cual se determine si el sistema de Derecho internacional debe ser un fiel reflejo de los ordenamientos jurídicos internos, o si por el contrario, tiene que diseñarse de manera autónoma, tomando en consideración las particularidades y exigencias del ámbito supranacional, de tal suerte que se

¹²⁹ El alcance de esta afirmación debe ser aclarado pues no debe entenderse en ningún caso que las posiciones contrarias –es decir, aquellas caracterizadas por opiniones críticas y escépticas frente a la internacionalización del Derecho penal- carecen de validez. Simplemente se reconoce que la práctica de la comunidad de Naciones se encuentra firmemente comprometida con la implementación de un sistema de justicia penal internacional y, en consecuencia, las críticas que se formulen deben partir del reconocimiento de su existencia efectiva.

elaboren de manera racional los principios adecuados para responder a tales necesidades.

Recordando que la concepción de Derecho penal que se ha defendido a lo largo de este trabajo parte de su comprensión como aquella “...*rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo...*”¹³⁰, y aceptando que el Derecho penal internacional debe ser caracterizado y desarrollado justamente a partir de su carácter *penal* y no exclusivamente por sus rasgos de *Derecho internacional*, es preciso afirmar que el sistema penal internacional, desde una perspectiva de *deber ser*, tiene que operar como límite al poder punitivo de la comunidad de naciones.

Para cumplir con tal cometido es necesaria la adopción de un cuerpo teórico que permita racionalizar la aplicación de las normas contenidas en los tratados y estatutos que recogen los valores globales cuya protección amerita la intervención del Derecho penal en un contexto que tradicionalmente le ha sido ajeno. Ésta es la idea rectora que ha inspirado el análisis de los diferentes elementos que nos hemos propuesto exponer en relación con el sistema de Derecho penal internacional. Tal análisis deja como resultado un panorama bastante peculiar que no debe descuidarse si es que se quiere tener una visión completa de la actuación y los fines de la Corte Penal Internacional, sin caer en la *euforia punitiva* imperante que ha llevado a exigir la imposición de sanciones ejemplares y simbólicas¹³¹ en detrimento de las garantías y los principios que deben orientar cualquier

¹³⁰ ZAFFARONI Eugenio Raúl – SLOKAR Alejandro – ALAGIA Alejandro, *Derecho Penal, Parte General, cit.*, pág.4.

¹³¹ Se cataloga a las sanciones que hasta ahora se han impuesto como simbólicas como consecuencia de los particulares conflictos que han sido sometidos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, desarrollados en todos los casos en Estados africanos que tal vez, como ya se ha manifestado requieren otro tipo de intervenciones diferentes a la del Derecho penal.

proceso de imputación de responsabilidad penal en el marco de concepciones penales liberales y garantistas.

Como se ha sugerido en el capítulo anterior, el Derecho Penal Internacional es efectivamente utilizado como una herramienta propia del conflicto bélico, dirigida a legitimar la realización de guerras de agresión a través de su renuncia a investigar las actuaciones violentas e indiscriminadas de las potencias que pretenden imponer un determinado sistema de valores en aquellos Estados que amenazan con desestabilizar su hegemonía en el orden global contemporáneo. Sin embargo, la Corte Penal Internacional no parece tener su existencia asegurada: el mecanismo de adopción e implementación del Estatuto de Roma al interior de los Estados ha sido duramente cuestionado (debe recordarse, por ejemplo, que países como Estados Unidos, Israel o China no hacen parte del mismo) y su relación con el Consejo de Seguridad de la ONU no parece brindar las garantías necesarias como para considerar que los conflictos que se juzgan ante la Corte son realmente los que merecen ser sometidos a su jurisdicción.

En esta medida, y atendiendo al carácter dinámico que ha acompañado al Derecho Penal Internacional a lo largo de su historia, no resultaría sorprendente escuchar, en un futuro no muy lejano, propuestas provenientes de sectores tan variados como la academia o los gobiernos de ciertos países, dirigidas a reformular el actual sistema de justicia penal internacional. Éste será sin lugar a dudas el momento decisivo en el que deberán tenerse en cuenta las enseñanzas que de los diferentes *hitos históricos* se han obtenido, de tal suerte que pueda configurarse un verdadero sistema de protección penal supranacional independiente, respetuoso de los derechos de los individuos y que actúe, en todos los casos, movido por el deseo de regular

incondicionalmente las complejas relaciones sociales que ahora se desenvuelven por fuera de las tradicionales fronteras nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS Kai, “Defensa penal ante el Tribunal de la ONU para la antigua Yugoslavia”, en AMBOS Kai, *Nuevo Derecho penal internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002.
- AMBOS Kai, *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2008.
- APONTE Alejandro, en *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho penal internacional*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (eds.), Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2008.
- ARENAL Concepción, *Ensayo sobre el derecho de gentes*, en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/mcp/01482529989033708540035/index.htm>.
- ARENDT Hannah, *Eichmann en Jerusalén, un estudio sobre la banalidad del mal*, Lumen, Barcelona, 1999.
- AUSTIN John, *el objeto de la jurisprudencia*, 1 Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002,
- BARZUN Jacques, *Del amanecer a la decadencia*, quinta edición, Taurus, Madrid, 2004
- CAPELLA Juan Ramón, *Fruta Prohibida*, segunda edición, Trotta, Madrid, 1999.

- DE GABRIEL José Antonio, *La formación del Estado moderno*, en del Águila (ed.), *Manual de ciencia política*, cuarta edición, Trotta, Madrid, 2004.
- DE VATTEL Emerich, *Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, (versión digital de la edición de 1758), en http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1052&Itemid=27.
- DEL AGUILA Rafael, *Manual de ciencia política*, cuarta edición, Trotta, Madrid, 2004,
- DEMETRIO CRESPO Eduardo, “Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo””, en *Nuevo Foro Penal*, No.69, Universidad Eafit, enero-junio 2006.
- ESER Albin, *The need for a general part*, en BASSIOUNI M. Cherif, “Commentaries on the international Law Commission’s 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Toulouse, 1993.
- FALK Richard A. “Why International Law matters”, en *Jura Gentium*, sección *Guerra, diritto e ordine globale*, <http://www.juragentium.unifi.it/>.
- FERRAJOLI Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004.

- GIL GIL Alicia, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GROCIO Hugo, *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, traducido por A.C. Campbell, Londres, 1814, en <http://www.constitution.org/gro/djbp.htm>.
- JESCHECK Hans Heinrich, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Röhrscheid, 1952
- KELSEN Hans, "Will the judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?", en *The International Law Quarterly* 1/2, 1947.
- KOHLER Lotte., SANER Hans. (eds), *Hannah Arendt-Karl Jaspers Correspondence 1926-1969*,Harcourt Brace & Company, United States of America,1993.
- KOSKENNIEMI Martti, "Between Impunity and Show Trials", en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 6, J.A Frowein y R. Wolfrum (eds.), 2002,
- LUHMANN Niklas, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Anthropos, Barcelona, 1998, 445 páginas.
- MANGAS MARTIN Araceli, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Universidad Salamanca, Salamanca, 1990.

- NINO Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. II: fundamentos del liberalismo político: derechos humanos y democracia deliberativa*, compilado por Gustavo Maurino, 1 Edición, Buenos Aires, 2007,
- NINO Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 9 edición, Ariel, Barcelona, 1999, págs. 11-16
- OROZCO ABAD Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas, guerra y derecho en Colombia*, Instituto de estudios Políticos y Relaciones Internacionales Universidad Nacional, Bogotá, 1992.
- PASTOR Daniel, *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006
- REMIRO BROTONS Antonio, “Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial” en *El Derecho penal internacional*, cuadernos de derecho judicial, VII-2001, BACIGALUPO ZAPATER Enrique (director), Consejo general del poder judicial, Madrid, 2001,
- ROXIN Claus, *Derecho Penal parte general*, Tomo 1, Civitas S.A, Madrid, 1997
- SCHMITT Carl, *El nomos de la tierra en el derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

- SCHÜNEMANN Bernd, “Sistema del Derecho Penal y victimodogmática”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, reimpresión, Díez, Romero, Gracia (eds.), Tecnos, Madrid. 2003.
- SLADE Tuiloma Neroni y CLARK Roger S., en LEE Roy S. (ed.), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, 1999,.
- TOMUSCHAT Christian, “From Nuremberg to the Hague”, en *Law and State*, 53-54, 1996
- TOMUSCHAT Christian, *Die Friedens-Warte* 73, 1998.
- WERLE Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C Asser press, The Hague, 2005.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl – SLOKAR Alejandro – ALAGIA Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar S.A, Buenos Aires, 2000,
- ZIMMERMANN Andreas, *German Yearbook of International Law* 45, 2003.
- ZOLO Danilo, *La justicia de los vencedores, De Nuremberg a Bagdad*, Trotta, Madrid, 2007.

Normas y Jurisprudencia:

- Carta de las Naciones Unidas
- CCL No. 10: Allied control Council Law No.10, Punishment of persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity.
- Código Penal alemán.
- German Code of crimes Against International Law (Völkerstrafgesetzbuch, VStGB).
- International Military Tribunal, Judgment of 1 October 1946, in *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany.*
- London Agreement: Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis
- Nuremberg Charter: Charter of the International Military Tribunal
- Rome Statute of the International Criminal Court
- Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.

- Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.
- Tokyo Charter: Charter of the International Military Tribunal for the far East