

LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL
(O EL REGRESO AL IUS GENTIUM)

FAVIO FARINELLA

PRÓLOGO DEL DR. EDUARDO HOOFT

LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL

(O EL REGRESO AL IUS GENTIUM)

Palabras previas

La tarea del grupo de investigación "Tercera Generación de Derechos" relativa al estudio de la jurisdicción penal internacional nace a comienzos del año 1998 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Los acontecimientos que al respecto venían sucediéndose a lo largo de la última década del siglo XX generaban una creciente inquietud que nos guió hacia un conocimiento específico y nos brindó la voluntad de su posterior explicitación. Ciertos crímenes aberrantes sucedidos sin solución de continuidad en diferentes situaciones de conflicto cobraron notoriedad jurídica a partir de la creación de los tribunales penales internacionales para la ex – Yugoslavia y Rwanda. Esto, sin olvidar otras situaciones igualmente violatorias de los derechos fundamentales que no corrieron igual suerte. A lo dicho se sumaron los casos de ex dictadores respecto de quienes pesaban graves acusaciones, alentándose la posibilidad de iniciar persecuciones penales en jurisdicciones diferentes de las reconocidas por el derecho penal clásico. La finalidad era lograr allende fronteras la justicia no lograda internamente. Estos hechos constituyeron el punto de partida.

Nuestro primer objetivo se fundó en un análisis trológico de las cuestiones generales implicadas en el tema: las ofensas internacionales, los autores y partícipes y las jurisdicciones involucradas. Reconocimos así que en la investigación se entremezclaban cuestiones vinculadas con los derechos humanos y libertades fundamentales del hombre, con otras que fincaban en el derecho internacional y aquellas nacidas en el derecho penal. Todas ellas debieron ser cohesionadas a partir del imprescindible sentido común que invocamos permanentemente. Se inició así el camino dirigido a concretar una tarea relacionada con un tema novedoso y actual respecto del cual y tal vez por esto, la doctrina reciente no es abundante.

Con esta intención en mente, pretendimos luego darle un contenido lógico a la estructura esbozada en un primer momento. Nuestro trabajo se basó en varios presupuestos y la potencial validación de tres hipótesis. La primera hipótesis afirma la existencia de ciertas conductas criminales creadas directamente por el Derecho Internacional. Analizamos así la evolución histórica y normativa de las conductas a las cuales se les ha reconocido el carácter de "ofensa internacional", reparando en la explicitación normativa lograda luego de las decisiones de Núremberg y Tokio, piedras de toque de la moderna doctrina de la jurisdicción penal internacional.

La segunda hipótesis afirma la posibilidad de juzgar y castigar a los autores y partícipes de estas conductas, sin que sea relevante la calidad que los mismos hubieran detentado o detentaran al momento del inicio del proceso. Se produjo aquí el inevitable enfrentamiento teórico entre los valores cosmopolitas y los valores estatales.

La tercera hipótesis entra de lleno en la consideración de la existencia y efectiva vigencia de la jurisdicción *internacional* como corolario necesario de la validación de las hipótesis anteriores, distinguiéndola y

dudando respecto de una posible afirmación de la jurisdicción *universal* para igual tipo de conductas.

Luego de validar con matices las tres hipótesis planteadas en función de una respuesta jurídica, analizamos la visión política. Esto porque entendemos que constituye un obligado complemento del análisis jurídico que nos ha ocupado. En las conclusiones, esbozamos ciertas ideas a modo de provocación intentando que el paciente lector tome partido a favor o en contra de nuestras ideas, pero en modo alguno quede indiferente.

La jurisdicción internacional es una característica mas de la globalización que nos sucede, cuya viabilidad hoy mas que nunca estará determinada por el rumbo político que la sociedad internacional adopte: la pluri – hegemonía del sistema de Naciones Unidas o del reducido grupo de estados desarrollados lideres o la hegemonía única de los USA (básicos opositores del Tratado de Roma junto con nada menos que China e India).

La protección internacional de los Derechos Humanos ha posibilitado el reconocimiento del individuo como sujeto del Derecho Internacional en su calidad de víctima de los abusos del poder estatal. La evolución se dirige entonces hacia la otra cara de la misma situación: el reconocimiento del individuo como sujeto activo de las figuras delictivas internacional aun cuando detentan al momento de producirse las acciones reprochables, aquellas inmunidades creadas y reconocidas por los Estados en función de la representación que como gobernantes o agentes investían en nombre del mismo Estado. Este es precisamente el punto controversial de la investigación y en el cual la dimensión dialéctica deviene prioritariamente relevante, en tanto las posiciones son múltiples por antagónicas.

La situación internacional ha sido complementada por la necesaria referencia al derecho doméstico argentino en la medida en que éste haya captado las tendencias y obligaciones internacionales como también aquellas situaciones de ausencia o incompatibilidad normativa.

Agradecimientos

Esta obra no hubiera sido posible sin la sinergia desarrollada dentro del grupo a partir de las actividades de todos sus integrantes, algunos de los cuales colaboraron activamente en la preparación de los borradores de trabajo que fueron luego revisados y enriquecidos por la tarea múltiple y conjunta. El profesor César Sivo asistió al grupo en varios aspectos penales de la investigación: a él también nuestro reconocimiento por su colaboración cálida y valiosa.

La totalidad de la obra ha podido ser revisada, resumida y re-estructurada a partir del trabajo que tuvimos oportunidad de efectuar en el Instituto de Derechos del Hombre de Estrasburgo, fundado por el Premio Nobel Rene Cassin. Su selectiva y profusa biblioteca nutrió y cohesionó los avances que hasta el momento habíamos logrado. Un especial agradecimiento entonces a los encargados del mismo en la persona de su Director General, M. Jean – Francois Flauss, del Secretario de la 34 eme Session d' Enseignement, M. Alain Vellieres y al personal de la Biblioteca, especialmente Mlle. Tamara Markowicz, quienes nos asistieron en todo momento en nuestra investigación. De igual manera, los comentarios tan lúcidos como agudos de los Profesores William Schabas, Emmanuel Decause, Marino Menéndez, Jim Murdoch, Cancado Trindade y Luigi Condorelli, actuaron a modo de disparadores a fin de redactar las conclusiones y conocer otras visiones incluso opuestas a las que manteníamos hasta ese momento, enriqueciendo en definitiva el resultado final.

Estas menciones no implican en modo alguno la pretensión de compartir los defectos, errores o imprecisiones en que incurramos. Como en cualquier obra humana, ellos pertenecen simplemente *al autor*.

Favio Farinella
Strasbourg, agosto de 2003.

Capítulo Introductorio

LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL (O EL REGRESO AL IUS GENTIUM)

*“If the legal structure of the society of states is radically egalitarian,
its political structure remains stubbornly hierarchical”*

1. Delitos domésticos y delitos internacionales

(No es necesario distinguir entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal).

La necesaria coexistencia entre las codificaciones penales de los distintos Estados y el Derecho Internacional genera incertidumbre tanto respecto de la aplicación de los ordenamientos comprometidos como de la autoridad competente. Para resolver estas dudas, cada sistema penal doméstico determina su propia jurisdicción, afirma la competencia *ratione materiae, personae, loci y temporis*, define los órganos encargados de aplicar la ley, a la vez que dispone medidas destinadas a prestar auxilio a otros Estados para facilitar la represión internacional del delito.

En suma, el denominado **Derecho Penal Internacional (DPI)** se compone de los siguientes elementos: (a) la jurisdicción en su triple dimensión de *poder para legislar, para enjuiciar y para ejecutar*; (b) la competencia como medida de tal jurisdicción; (c) la determinación de la ley aplicable al caso concreto y (d) las normas convencionales sobre cooperación y auxilio internacional pactadas entre los Estados.

La titularidad legislativa es compartida entre todos los Estados que conforman la sociedad internacional. Por esto, las normas que integran el DPI provienen de fuentes *domésticas*.

Por su parte, el **Derecho Internacional Penal (DIPenal)** es parte del Derecho Internacional Público (DIPu). Posee características que lo diferencian netamente del DPI. En el DIPenal (a) la sociedad internacional es la titular de la función legisferante; (b) esta función se expresa a través de la creación de figuras (las ofensas internacionales) e instituciones (las cortes internacionales) encargadas de velar por su aplicación; (c) las normas creadas poseen carácter internacional, siendo parte del Derecho Internacional convencional o consuetudinario; (d) los bienes jurídicos protegidos poseen un carácter supraestatal y jerárquicamente superior al derecho doméstico; (e) la existencia de un núcleo básico de derechos humanos fundamentales que forman ya parte de la idea de una moral internacional común a la Humanidad; y (f) los titulares de la acción son el individuo, la Humanidad representada por organismos internacionales o cualquier estado del sistema internacional en tanto se afirma la obligación de perseguir los delitos contrarios al sistema.

De lo afirmado derivan varias consecuencias. Primero, la titularidad supraestatal en cabeza de la persona humana y la Humanidad implica que un Estado no podrá invocar derechos propios para incumplir con las normas criminales internacionales en tanto las ofensas internacionales producen efectos sobre toda la

Humanidad excediendo los intereses de uno o varios Estados. Segundo, el llamado núcleo básico de derechos fundamentales forma parte del *ius cogens*. La evolución filosófica e histórica permite incluir dentro de ese núcleo básico de derechos humanos universales al crimen de agresión o contra la paz, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la Humanidad, entre *pocos* otros. Tercero, se afirma la personalidad jurídica internacional del individuo, las ONGs y la Humanidad como sujetos activos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cuarto, se afirma la personalidad jurídica internacional del individuo como sujeto pasivo de la responsabilidad penal internacional sin importar su calidad de gobernante o agente del Estado.

La concepción francesa diferencia el DPI del DIPenal, distinción que funda básicamente en las fuentes de derecho generadoras de uno y otro ordenamiento. Como ya explicamos, el DPI se nutre de fuentes pertenecientes al sistema jurídico interno de cada Estado en tanto el DIPenal abrevia en el conjunto de los sistemas de derecho doméstico considerado como un todo, ya desde lo convencional, ya desde la costumbre internacional de los estados. Reparamos desde el inicio en que en tanto el DPI lleva implícito el reconocimiento de la igualdad soberana de cada Estado, el DIPenal se sobrepone a la misma. Las ofensas que lo nutren protegen bienes jurídicos apreciados por la Humanidad y consecuentemente superiores a cualquier pretensión valorativa de carácter doméstico.

En su obra, BASSIOUNI (2002) identifica al DPI con el DIPenal, utilizándolos como sinónimos. Metodológicamente es la elección que adoptamos para nuestro trabajo, dejando a salvo las diferencias que marcamos. En lo básico, creemos que la responsabilidad penal que nace a partir de la violación de una norma prevista en el ordenamiento jurídico de un Estado es un principio general de Derecho. Este principio de responsabilidad existe ya sea en virtud del DPI porque así lo ha considerado la moral doméstica, o por obra del DIPenal porque así fue considerado por la moral media internacional. La diferencia mayor radica en la *fente* del Derecho aplicable.

Ahora bien, sabemos que el DPI crea figuras típicas a fin de perseguir y castigar a los responsables en cada ámbito doméstico. Si aceptamos lo dicho hasta el momento, el DIPenal posee igual potestad *legislativa*, de *enjuiciamiento* y de *ejecución* pero ampliadas a la órbita internacional aunque las dos últimas con carácter subsidiario a la potestad Estatal.

Es claro que entre ambos órdenes existe una relación de género a especie: las figuras captadas por el DIPenal responden a un sentimiento consensuado de los bienes jurídicos en cuya protección se halla interesada la Humanidad. Por esta razón los derechos domésticos se ven obligados a reconocer tales ofensas en sus ámbitos particulares. Por el contrario, los derechos domésticos podrán regular conductas en cuya protección no está interesada la moral media internacional, siendo el débito, la responsabilidad y la persecución *sólo* de carácter interno.

A su vez en lo que concierne a la supremacía, el DIPenal reconoce una graduación jerárquica interna, según su fuente sea el Derecho Internacional consuetudinario o convencional. El Derecho Internacional de fuente consuetudinaria constituye el punto mas elevado de protección normativa al que puede aspirar una ofensa internacional. Este origen potencia a la figura incluyéndola dentro de lo que llamaremos núcleo duro de ofensas internacionales las cuales forman parte del *ius cogens*.

Si el DIPenal es formulado a partir de la convención y/o la costumbre internacional, bien puede consecuentemente establecer los principios y reglas de la responsabilidad penal individual dentro de su jurisdicción que tendrá igual carácter internacional. La cuestión (tal la opinión de BASSIOUNI) de si luego tales normas son aplicadas de manera directa por un tribunal de cualquier Estado en interés de la Humanidad (jurisdicción universal); por un Tribunal Internacional en ejecución de una convención (jurisdicción internacional); o por intermedio de los tribunales de los Estados con interés directo en la cuestión (bases clásicas de atribución de la jurisdicción penal internacional), es un problema de otra naturaleza referido a la *técnica* de aplicación del Derecho Internacional Penal.

Por esto deslindado este punto, en el trabajo nos ocuparemos de tres cuestiones relacionadas con la formulación y aplicación del DIPenal. Partimos de la existencia de un DIPenal consuetudinario jerárquicamente superior a cualquier otra norma penal internacional convencional o doméstica. Al definir esta cuestión previa, afirmamos el punto central de nuestra preocupación: *la técnica de aplicación del DIPenal que damos como supuesto*.

La aparente intrascendencia del título esconde en parte la importancia de la respuesta: ¿los procesos de globalización alcanzarán a la aplicación de la Justicia?. Y en ese caso, ¿la soberanía como máximo soporte del derecho penal doméstico sufrirá la misma erosión padecida en otros ámbitos en función de la vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?. En un tema que concierne a la política internacional, nuestra respuesta jurídica deberá complementarse con una dimensión política.

Para nuestra tarea planteamos **tres hipótesis** cuya elucidación nos acercará a la afirmación de la jurisdicción internacional que pensamos como horizonte mediato en el sistema internacional de justicia penal. A este fin nos ayudamos con la enunciación de **cinco presupuestos** sobre los cuales edificamos las ideas. Luego intentamos validar las hipótesis. Complementamos los resultados jurídicos obtenidos con el análisis **político** para finalmente concluir con un enfoque **realista** acerca de la vigencia efectiva de una jurisdicción internacional en el mediano plazo.

2. El DIPenal y el ius gentium: ¿dos nombres para las mismas consecuencias?

El primer documento de la historia del DIPenal está constituido por el Tratado de Paz de 1268 A.C. entre Ramsés II, faraón de Egipto y Hahussilli príncipe de los Hititas, inscripto en el Templo de Karnack en Luxor y cuyo texto original en papiro se conserva en Turquía. El tratado contiene una cláusula sobre extradición recíproca de fugitivos de ambos Estados. Desde aquel primer esbozo de cooperación jurisdiccional entre soberanos al planteo del posible ejercicio de una jurisdicción internacional o bien universal se ha recorrido un camino que transitaremos a partir de los hechos e ideas expuestos a continuación por considerarlos relevantes. La cuestión básica es conocer si el DIPenal de fuente consuetudinaria puede ser asimilado al ius gentium.

Francisco de Vitoria sostuvo en sus *Re-lecciones Teológicas* (1538/9) que el ordenamiento jurídico obliga a todos, tanto a gobernados como a gobernantes, y la comunidad internacional (*totus orbis*) prima sobre el

arbitrio de cada Estado individual. El *sistema universal* surgido a partir del pensamiento de los españoles Suárez y de Vitoria junto con Grocio, Pufendorf, y Alberico Gentili fue reemplazado históricamente por la emergencia del positivismo jurídico que dotó al Estado de voluntad propia, reduciendo los derechos de los seres bajo su “potestas” (reforzado en la inspiración en la filosofía del derecho de Hegel). Sin embargo, hoy no es el Estado el depositario final de la libertad y responsabilidad de los individuos que lo componen y que en él se integraban de manera plena (formulación hegeliana y neo - hegeliana). Las dos grandes guerras del siglo XX sirvieron para el rescate doctrinario de aquellos derechos fundamentales de las personas y su emplazamiento por sobre el arbitrio estatal. El triple avance de la globalización a través del capitalismo en lo económico, la democracia en lo político y los derechos humanos en lo social refuerza lo afirmado.

El paso siguiente que proponemos consistirá en transitar de la subjetividad internacional de los individuos ya existente hacia su plena responsabilidad internacional en un pie de igualdad con los Estados sin importar su calidad de gobernante o agente del Estado: *“si hay capacidad individual para el delito internacional debe haber punición.”*.

Creemos entonces que el DIPenal de fuente consuetudinaria al explicitar las ofensas que atacan aquellos bienes esenciales del hombre y la humanidad no hace sino reflejar el antiguo *ius gentium* en función de la protección debida a los elementos considerados esenciales para la supervivencia del sistema internacional. Para esto las figuras que lo nutren deben poder ser aplicadas, por lo cual debe dotárselo de al menos un *tribunal* que juzgue y *personas* que puedan ser juzgadas sin el amparo de inmunidad alguna.

3. Las hipótesis

Así considerada la cuestión, basamos en tres hipótesis el desarrollo del trabajo. Aquí las adelantamos para tratarlas en profundidad en los capítulos siguientes:

3.a. el DIPenal puede imponer una obligación penal directa sin pasar por la intermediación normativa del Estado a través de su recepción en la legislación penal interna.

Respecto de esta primera hipótesis no se presenta como evidente una afirmación absoluta. Primero deberemos reparar en la fuente primaria que ha dado nacimiento a la norma penal internacional: la convención, la costumbre o los principios generales. Por otra parte, será de importancia fundamental conocer si tal norma puede ser considerada parte del *ius cogens* internacional.

En principio, la respuesta será afirmativa si la obligación proviene de una norma consuetudinaria que forma parte del *ius cogens* y negativa en caso que la obligación surja exclusivamente de los principios generales de derecho interno. Nuestra preocupación transitará entonces por los carriles intermedios para los cuales no tenemos una respuesta inmediata: esto es, aquellas figuras delictivas de carácter internacional que surgen a partir de las (a) convenciones internacionales como acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regidos por el Derecho Internacional o (b) de la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho respecto de la cual no existe consenso en que la misma forma parte del *ius cogens*. En otras palabras, la cuestión se plantea respecto de si el DIPenal convencional o consuetudinario poseen capacidad para originar figuras penales obligatorias con total

independencia de la incorporación brindada por la legislación penal interna. Para responder a esta incógnita, debemos analizar los caracteres y el tratamiento normológico y sociológico brindado a partir de Núremberg a la persecución y castigo de las violaciones de los derechos fundamentales de la persona humana en el ámbito internacional, junto con el desarrollo alcanzado hasta el presente por los llamados delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad.

Aunque con importantes matices, existen fuertes posibilidades de validar esta primera hipótesis.

3.b. la persona física puede ser sujeto de responsabilidad penal internacional y del DIPenal aplicable.

Kelsen opinó que el individuo es sujeto de una serie de obligaciones impuestas directamente por el Derecho Internacional, entre las que menciona el no dedicarse a la piratería, no romper un bloqueo, no atentar contra los diplomáticos, no dañar cables submarinos ni “*cometer delitos contra el Derecho Internacional*”. Verdross opinó de manera contraria en tanto observaba que el Derecho Internacional consuetudinario no obligaba a los Estados a sancionar a los piratas, sino que sólo los facultaba a ello.

La Asamblea General ONU adopta el 11/12/1946 la Resolución AG 95 (I) sobre la “*Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto de la Corte de Núremberg y por la Decisión de esa Corte*” que oportunamente tratamos, por la cual confirma el principio de responsabilidad penal individual directa, cualesquiera fueran las disposiciones del derecho doméstico.

Es lógico que si existen ofensas internacionales, haya personas *internacionalmente* responsables de su comisión. El punto central consiste en conocer si tal responsabilidad puede ser actuada desechando la inmunidad de soberanía concedida a los Estados por el Derecho Internacional clásico.

Intentaremos validar de manera completa esta segunda afirmación.

3.c. el DIPenal puede aplicarse directamente a los individuos sin pasar por los mecanismos de la jurisdicción doméstica.

El Derecho Internacional general ha resuelto esta cuestión mediante el dualismo y los sistemas de aplicación directa e indirecta. No obstante desde la órbita internacional penal es menester diferenciar entre: (a) la aplicación directa por un Tribunal Internacional con fundamento legal y legítimo a partir del consenso de la comunidad internacional (lo cual denominamos *jurisdicción internacional*) y (b) la aplicación del DIPenal por parte de cualquier Estado del mundo sin invocar alguna de las bases tradicionales de atribución de jurisdicción, y ejerciéndola sólo por el carácter *internacional* de los delitos perseguidos (lo cual llamamos *jurisdicción universal*). Y en este último caso preguntamos ¿cualquier ofensa internacional habilitará tan amplia jurisdicción?. Esta pregunta se vincula con la primera hipótesis en tanto será necesario considerar las ofensas internacionales para decidir si en base a ese carácter, habilitan la jurisdicción internacional o universal. Será igualmente útil reparar en los sistemas universal y regionales de promoción y protección del núcleo básico de derechos tanto administrativos como judiciales, lo cual hoy se conoce como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Respecto de esta tercera afirmación asumimos una posición realista que demanda el respeto de la jurisdicción originaria de los Estados y sólo cuando la misma no sea ejercida efectivamente, se conceda una jurisdicción internacional complementaria. Queda por opinar sobre la jurisdicción universal, lo que haremos

oportunamente.

4. Los presupuestos

Estas son las premisas que afirmamos para el desarrollo posterior de nuestras ideas:

- (a) en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe una lucha entre el universalismo y el relativismo que es probable se decida a favor del primero;
- (b) existe un núcleo básico de derechos fundamentales que representan la moral media internacional, protegen a la persona y la Humanidad como sujetos de derecho y forman parte del ius cogens;
- (c) existe como correlato de lo anterior un núcleo duro de ofensas internacionales que protegen el núcleo básico de derechos fundamentales y forman parte del ius cogens;
- (d) existe una tendencia hacia la humanización del Derecho Internacional y del DIPenal que provoca la inclusión de figuras del DIPenal ya existentes dentro del núcleo duro de ofensas internacionales;
- (e) existe una tendencia hacia la judicialización e internacionalización de los procedimientos protectores del núcleo básico de derechos.

Explicamos estos presupuestos a continuación.

5. Las tendencias en pugna. Universalismo y relativismo.

En el DIPenal confluyen tres tendencias jurídicas. Cada una enfatiza diferentes elementos de una misma problemática:

(a) una tendencia penalista: representada por el interés mutuo de los Estados en la cooperación penal internacional para perseguir los crímenes contemplados en sus ordenamientos internos.

Esta línea se expresa a través de las normas convencionales y consuetudinarias sobre extradición y cooperación y auxilio jurisdiccional - administrativo en el nivel de los Estados soberanos. Como vimos éste fue el origen del DIPenal hace mas de tres mil trescientos años atrás, enfatizando la asistencia entre soberanos a fin de castigar a los responsables de actos contrarios al interés Estatal en tanto los mismos residieran en una jurisdicción ajena;

(b) una tendencia internacionalista clásica: que enfatiza la igualdad soberana de los estados como elemento básico de la sociedad internacional.

Esta segunda línea de ideas se identifica con los límites impuestos a la persecución de los delitos internacionales, que encuentra en el principio de no – injerencia el respeto por la igualdad soberana de cada Estado materializada en las inmunidades de los gobernantes y agentes. Esta tendencia es útil para fundar la negativa a la persecución internacional de los responsables, reputando las ofensas cometidas como actos estatales, pasibles de ser juzgados únicamente por la jurisdicción interna en la medida en que transgredan la normativa penal doméstica;

(c) una tendencia proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: expresada en la consolidación de valores humanistas y humanitarios.

Esta tercera línea de pensamiento constituye nuestro punto de partida al identificarse con las nuevas tendencias del DIPenal mencionadas. En breve, se dirige a expresar desde el campo de la justicia penal, la

internacionalización de normas y procedimientos administrativos y judiciales. Este proceso, tan evidente y arraigado en lo económico, presenta dificultades de peso cuando pretende imponerse en el campo de la justicia penal, atrapada en el principio de la soberanía estatal y su consecuencia territorialista.

Las tres tendencias recorren el arco ideológico en pugna en la cuestión. Así, se desplazan desde la invocación del relativismo cultural en un extremo, hasta la afirmación de valores universales representados por el reconocimiento de derechos fundamentales de la persona en el otro. De la pretensión relativista se deriva que nadie *mejor que* y nadie *mas allá del* Estado para establecer los bienes dignos de protección y persecución penal así como los procedimientos ante su violación. El Estado es el único habilitado para juzgar a sus súbditos. De suscribir esta postura neo – hegeliana que enfatiza la realización de la persona dentro del Estado, deberíamos responder negativamente a las tres hipótesis planteadas.

En el otro extremo, la aspiración universalista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica establecer el abanico mas amplio de jurisdicciones en caso de violaciones al núcleo básico de derechos fundamentales de forma tal que ninguna trasgresión sea inmune y quede impune. Como consideración política, el universalismo posee la ventaja de correr aliado a la globalización en tanto pretende internacionalizar y estandarizar el reconocimiento de la normativa constituida por lo que llamamos *núcleo duro de ofensas internacionales* (o núcleo básico de derechos fundamentales).

Adoptamos para nuestro trabajo esta perspectiva desde la cual intentaremos validar las hipótesis enunciadas.

6. Ciertos ofensas internacionales forman parte del ius gentium

Se ha logrado consenso en afirmar que ciertas figuras protegen bienes socialmente valiosos para la preservación del sistema internacional. Las figuras se incluyen en el núcleo duro de ofensas internacionales y protegen el núcleo básico de derechos de la persona y la Humanidad. De esto deriva una consecuencia jurídica y una política. La consecuencia jurídica es que estas ofensas gozan de protección penal internacional. La consecuencia política es que nadie puede pretender ampararse bajo el principio de inmunidad soberana de los estados a fin de paralizar la persecución internacional en caso que ésta proceda.

El Estatuto de la CPI (1998) sintetiza el consenso que referimos. Contempla cuatro figuras básicas: (a) los crímenes contra la Humanidad; (b) los crímenes de guerra; (c) el genocidio y (d) el crimen de agresión. Son éstas las figuras típicas del DIPenal a las cuales se unen otras tradicionalmente aceptadas como la piratería o la trata de esclavos. Todas ellas se incluyen en el ***núcleo duro de ofensas internacionales***. Forman parte del ius – cogens con lo que significamos que han alcanzado el carácter de normas imperativas, inderogables e imprescriptibles que originan obligaciones de todos los Estados del mundo con independencia de su reconocimiento expreso. Su observancia es garantía misma de la continuidad y sostenimiento del sistema internacional. Esto les brinda un valor único y fundamental para la cuestión en análisis.

A su vez, la contracara de este núcleo duro de ofensas está constituida por aquellos derechos fundamentales de la persona y la humanidad en tanto sujetos de derecho internacional. Estos conforman el concepto ya avanzado de ***núcleo básico de derechos fundamentales*** de la persona y la humanidad.

Reconocemos dentro de este núcleo básico a la vida, la dignidad y la seguridad personal en lo que toca al hombre y a la paz y la seguridad en lo que concierne a la Humanidad. Estos bienes sintetizan los valores básicos respecto de cuya protección se interesa la comunidad internacional de naciones y que hacen a su misma naturaleza.

La relación entre ambos núcleos de ofensas y de derechos consiste en que el quebrantamiento del núcleo *básico de derechos* lleva a considerar la posible comisión de un delito internacional que puede o no formar parte del núcleo *duro de ofensas* internacionales. Los delitos u ofensas internacionales reconocen una graduación jerárquica según revistan o no la calidad de *ius cogens*, como explicaremos posteriormente.

7. La tendencia a la humanización del Derecho Internacional

El cuarto presupuesto de nuestro trabajo afirma la tendencia hacia la *humanización* del Derecho Internacional todo y DIPenal en particular que avanza junto con la consolidación de los Derechos Humanos como paradigma contemporáneo. Se produce en suma un "*retorno al ius gentium*".

Esta revolución se dirige (a) a delimitar ciertos bienes considerados fundantes del sistema internacional en general y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ya hemos mencionado; (b) a brindar a la persona un protagonismo cada vez mayor en su calidad de sujeto activo y pasivo del Derecho Internacional; (c) a otorgar a la persona la consecuente legitimación activa y pasiva en foros administrativos y judiciales internacionales frente a los Estados; (d) a producir dentro del DIPenal una diferenciación jerárquica que comienza con la captación y creación de la figura criminal internacional, continúa con su formulación convencional y finaliza con la potencial inclusión dentro del núcleo duro de ofensas internacionales.

Esto es relevante ya que la inclusión de una figura en el núcleo duro de ofensas internacionales como parte del *ius cogens* arroja como consecuencia el nacimiento de la jurisdicción internacional o bien universal, preocupación básica de nuestro estudio. Por esto, delimitamos las figuras criminales internacionales que han logrado tal consenso junto con otras que forman parte del DIPenal y en nuestra opinión, se unirán a las primeras, ampliando la esfera de protección de la persona humana por defender valores que han devenido globales perteneciendo a la Humanidad en su conjunto.

Al hablar de la humanización del Derecho Internacional significamos que de manera tan lenta como firme el Derecho Internacional surgido desde la existencia y necesidad de hacer respetar el *ius gentium*, vuelve a sus raíces. Las ideas originales de Vitoria, Suárez, Grocio, Gentili, Pufendorf fueron superadas y reemplazadas durante los siglos XVIII y parte del XIX por la hegemonía del Estado soberano. El positivismo reforzó en los comienzos del siglo XX la idea del Estado como único sujeto de Derecho Internacional, asumiendo el rol excluyente de legislador internacional y a la vez autoridad de control.

La tendencia hacia el reconocimiento normativo y efectivo de los Derechos Humanos independientemente de la nacionalidad de la persona o de los derechos positivos domésticos iniciada tras la IGM, se desarrolla rápidamente luego de la IIIGM con la creación de sistemas internacionales y regionales de promoción y protección de los derechos fundamentales. Estos sistemas junto con el impulso brindado por las organizaciones no gubernamentales y el individuo, han forzado al Derecho Internacional a aceptar y reconocer la existencia de otros sujetos diferentes del Estado clásico.

En suma, la humanización del Derecho Internacional implica el reconocimiento brindado al individuo en lo específico y a la Humanidad en lo genérico, a fin de ejercer en la esfera internacional derechos propios e inalienables. En consecuencia los nuevos sujetos podrán presentar quejas, denuncias, peticiones y como veremos mas adelante, llevar a proceso y demandar a cualquier Estado que viole a través de la acción u omisión de sus gobernantes o agentes los principios básicos del Derecho Internacional *humanizado*, esto es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

8. La tendencia a la judicialización e internacionalización de los procedimientos protectores del núcleo básico de derechos

El quinto y último presupuesto de la tarea es la tendencia a la judicialización e internacionalización de los procedimientos de protección del núcleo básico de derechos fundamentales. La mayoría de los sistemas promotores y protectores de los Derechos Humanos se han gestado y desarrollado básicamente “contra la voluntad” estatal en el sentido que los Estados se han visto obligados a aceptar imposiciones de la sociedad internacional respecto del trato brindado a poblaciones extranjeras en un primer momento, extendiéndose luego a todos los habitantes residentes en su jurisdicción.

La legitimación del poder transitó desde el principio dinástico al de la soberanía popular. Esto implicó la transformación del súbdito en ciudadano, reconociéndosele derechos civiles y políticos. A su vez, durante el siglo XX se equiparó al habitante con el ciudadano, sumándose derechos sociales y de incidencia colectiva. El monopolio legítimo de la fuerza en cabeza del Estado no reviste hoy el carácter de *absoluto* sobre el territorio bajo su jurisdicción y sobre las personas que en él habitan. Los Derechos Humanos se encuentran primero.

La primera gran batalla ganada por los sostenedores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos consistió en *quitar* del “*domaine réservé*” (dominio reservado) de los Estados el trato dispensado a la población bajo su jurisdicción. Se volvió así inaplicable para los casos de violaciones de derechos básicos la cláusula sobreviviente de la época dorada de la soberanía estatal, incluida en el art. 2.7 de la Carta ONU: “*Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescriptas en el Capítulo VII.*” Hoy cualquier violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una cuestión de inevitable preocupación internacional. Es más, la salvaguardia afirmada en el final del párrafo sirvió como vemos luego, para fundar jurídicamente la creación de los tribunales internacionales ad – hoc en los casos de la ex - Yugoslavia y Rwanda por parte del Consejo de Seguridad ONU. Posteriormente, la Resolución 1514 Asamblea General ONU dejó fuera del dominio reservado a las cuestiones relacionadas con la aplicación del principio de libre determinación de los pueblos, aún cuando MAYALL (1992) opine que en la evolución posterior la libre determinación ha sido fagocitada por la soberanía estatal, idea que en parte compartimos. Los nuevos Estados se han olvidado del principio que los hizo surgir y de los Derechos Humanos de las minorías que habitan sus territorios. Esta circunstancia es probable que habilite nuevamente la intervención internacional respecto de los nuevos estados.

La segunda gran victoria consistió en el establecimiento de reglas e instituciones comunes tanto a nivel internacional como regional, principalmente en Europa, América y parcialmente en África. Si bien podemos afirmar que en lo estructural la normativa posee fuerza de *ius cogens*, los mecanismos previstos para su resguardo revisten el carácter de no vinculantes. Esta concesión a la soberanía estatal explica su falta de fuerza al momento de hacer cumplir sus decisiones. En consecuencia los Estados continúan ejerciendo poderes que en teoría se encuentran compartidos con los nuevos sujetos internacionales. Considerando lo dicho, los Estados deciden (a) sobre la creación de obligaciones convencionales (al ratificar los instrumentos pertinentes); (b) si efectúan reservas o interpretaciones a los instrumentos ratificados en caso que sea posible; (c) si aceptan una jurisdicción internacional o aún la posibilidad de la jurisdicción universal; o (d) si una vez en vigor el tratado, optan por la denuncia de los documentos ratificados o adheridos. Todas estas conductas estatales constituyen ciertamente barreras para un pronto y efectivo reconocimiento y protección de los Derechos Humanos en la órbita internacional.

Luego del reconocimiento interno de derechos y de la imposición internacional de un núcleo básico de derechos fundamentales junto con las obligaciones de promoción y respeto, la década de 1990 produce un impulso sin precedentes que afirma las tendencias hacia la judicialización e internacionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos evidenciado por:

(a) el reconocimiento del *ius standi* a las víctimas de violaciones de los derechos fundamentales en los sistemas regionales europeo e interamericano;

(b) el fortalecimiento brindado a los órganos judiciales en los tres sistemas regionales mencionados;

(c) el desarrollo jurisprudencial llevado adelante por las instancias regionales y mundiales existentes. Esta circunstancia ha producido verdaderas creaciones pretorianas como:

c.1. la posibilidad que el individuo acuda a los mismos en demanda de medidas provisionales. Así lo decidió la CortelDH en los casos “Tribunal Constitucional” (2000) y “Loayza Tamayo v. Perú” (2000) a fin de evitar daños irreparables a los peticionantes. En el primero uno de los tres jueces expulsados de la Corte presentó directamente ante la CortelDH una petición de medida provisional de protección, en tanto que en el segundo el caso se hallaba en estado de supervisión de la ejecución de la sentencia ordenada.

c.2. la admisión de denuncias colectivas llevadas adelante por grupos indígenas y colectividades sin que las mismas posean personalidad jurídica. Tal la decisión de la CortelDH en el caso “Comunidad Mayagna Awas Tingni v. Nicaragua” por la cual se protege a la totalidad de la comunidad indígena y el derecho a la propiedad comunitaria de sus tierras conforme el art. 21 de la CADH.

c.3. el otorgamiento de medidas provisionales que benefician a grupos innominados de personas. Tal lo decidido por la CortelDH en dos casos. En el primero, “Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana” (2000) se adoptaron medidas provisionales para proteger la vida e integridad personal de cinco individuos, evitar la deportación o expulsión de dos de ellos, permitir la inmediata vuelta a la República Dominicana de otros dos y la reunificación de dos de ellos con sus hijos, además de la investigación de los hechos. En el segundo, “Comunidad de Paz de San José de Apartadó v. Colombia” (2000) la CortelDH ratificó la previa decisión ordenada por el Presidente a favor de los miembros de la “Comunidad de Paz” Colombiana requiriendo del Estado asegurar las condiciones necesarias para que las personas desplazadas de la comunidad pudieran retornar a sus hogares.

Esta tendencia a la ampliación de las personas protegidas se ha confirmado con lo ordenado por la CorteIDH en 2003 en el caso “Comunidades de Jiguamiandó y de Curbaradó”. En igual sentido agregamos la interpretación del TPI para la ex – Yugoslavia que amplía el núcleo de personas protegidas por los Convenios de Ginebra que ampliamos mas adelante.

Capítulo 1

EL DIPENAL PUEDE IMPONER UNA OBLIGACIÓN PENAL DIRECTA SIN LA INTERMEDIACIÓN NORMATIVA DEL ESTADO

1. Introducción

El Derecho Internacional impone obligaciones a los Estados desde dos fuentes básicas: la convención o la costumbre. El campo de acción de la costumbre como fuente normativa se encuentra básicamente limitado en la temática penal por la prohibición de la analogía y la interpretación extensiva.

En primer lugar los estados pueden crear **normas penales internacionales por vía de convención**. Tras la creación del tratado penal, su vigencia necesitará de la ratificación de un número pre – establecido de Estados. Además la ratificación del tratado genera la obligación de incorporarlo en su normativa según los procedimientos internos previstos. En tanto la ratificación impone una obligación de observancia y adecuación del Estado a la norma internacional, su incorporación efectiva en el derecho doméstico la hace accesible a los justiciables bajo su jurisdicción. En uno y otro caso el Estado puede estar en deuda con la ofensa internacional creada.

Si el Estado incorpora la ofensa en su derecho doméstico y luego no la reglamenta (en caso que fuera necesario) o la reglamenta pero no la aplica o de alguna otra manera evade la persecución penal establecida en esa norma, generará responsabilidad internacional. En tanto la falta de reglamentación se explica por si misma, menos común es la falta de voluntad del Estado para el cumplimiento efectivo. El Estatuto CPI contempla este último caso otorgándole a la Corte la facultad de decidir si existe o no “*disposición de un Estado en llevar adelante los procedimientos*”. Adelantamos que esta situación brinda una amplitud interpretativa que derivará necesariamente en una decisión política para una cuestión jurídica. Esto hará que se focalice la atención en la persona del responsable y no en el carácter de la ofensa o la víctima.

Por su parte si el Estado jamás incorpora la norma penal en su derecho doméstico, existirá responsabilidad internacional por omisión.

Ahora bien, cumplidos los pasos comentados y hallándose vigente la norma, aún entonces el Estado puede sustraerse al cumplimiento. Esto es posible mediante la denuncia del tratado a fin de evitar el compromiso y la responsabilidad internacional. Sin embargo, para provocar los efectos deseados la denuncia no debe ser intempestiva. Tal lo ocurrido con Perú dentro del sistema Interamericano, afirmando la CorteIDH que la “*pretendida denuncia a la jurisdicción contenciosa de la Corte era inadmisibile que tuviera efectos inmediatos*”, en tanto la denuncia de un tratado se halla sujeta a un procedimiento generalmente establecido en el mismo instrumento internacional o en el marco general de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

En resumen, la norma internacional penal de fuente estrictamente convencional puede ser triplemente burlada. Esta triple violación ocurre cuando *tras ratificarla* el Estado no la incorpora a su derecho doméstico; o *tras incorporarla* no la reglamenta o aplica o en su aplicación evade la persecución penal; o *denuncia* el tratado escapando a la observancia futura de la norma.

En las tres situaciones la justicia internacional se halla en deuda con las víctimas y con la Humanidad.

En segundo lugar, **la costumbre internacional puede generar normas penales internacionales**. En este caso la aprobación de una práctica generalmente aceptada como derecho por parte de los Estados, convierte a la misma en obligatoria. Cobran entonces importancia fundamental los antecedentes referidos a la persecución y castigo en la esfera internacional de determinado tipo de conductas criminales. En este segundo supuesto, la creación de la ofensa penal internacional, en otras palabras, la *tipificación* de la conducta considerada lesiva de bienes internacionalmente valiosos se vincula directamente con la jurisdicción habilitada para juzgar tal ofensa.

Históricamente la creación de un tribunal internacional se correspondió con la determinación de su competencia respecto de cuáles figuras caían dentro de su jurisdicción. La observación nos indica que sólo luego de perpetradas las conductas criminales internacionales, se decide establecer una jurisdicción encargada de juzgar los crímenes a la vez que se delimita su competencia. Si bien ambos elementos (tipificación y jurisdicción) se formulan de manera expresa, los instrumentos no hacen sino codificar el consenso internacional existente al momento. Consecuentemente, la tipificación normativa de las ofensas internacionales aparece cronológica y materialmente ligada a la evolución de los diferentes estatutos y reglas de procedimiento de la jurisdicción internacional (básicamente Versalles, Sèvres, Nüremberg, Tokio, Yugoslavia, Rwanda y ahora Roma).

Además esta concurrencia temporal de jurisdicción y tipificación que resume la costumbre internacional se produce como consecuencia directa de situaciones fácticas que intentan ser suprimidas o compensadas por su intermedio. Existe una presión de las fuerzas profundas de Renouvin o de la opinión pública internacional para que la misma sociedad internacional *actúe* al respecto.

Otra característica compartida por las ofensas de fuente consuetudinaria es que refieren conductas consideradas contrarias a la idea Kantiana que compartimos en referencia a una moral universal a la que debe subordinarse el accionar de los Estados.

Sabemos que la costumbre se compone de dos elementos: uno objetivo, la "*práctica general*" y otro subjetivo "*aceptada como derecho*" (la llamada *opinio iuris*). Si pretendemos afirmar cierta conducta como penalmente obligatoria para todos los Estados con independencia de la ratificación del instrumento que la prevé, deberemos conocer si afecta derechos fundamentales de la persona y de la Humanidad, si ha sido aceptada por acción u aquiescencia de los Estados y si coinciden en ella la práctica de los tribunales internacionales y la opinión doctrinaria.

En tercer lugar, y respecto de la jurisdicción encargada de perseguir y castigar las ofensas, provenientes tanto de una fuente convencional como consuetudinaria, los Estados pueden optar entre tres opciones jurisdiccionales:

- (a) las *domésticas*, ya sea de manera excluyente conforme los principios tradicionales atributivos de jurisdicción (juzgan solo los Estados con interés directo) o de manera concurrente a través de la aceptación de la jurisdicción universal (cualquier Estado juzga);
- (b) la *internacional*, creando una jurisdicción en cabeza de un órgano judicial internacional independiente al cual se someterán las ofensas; o bien
- (c) la *co-existencia* de ambos regímenes, colocando a la jurisdicción internacional independiente con carácter subsidiario y complementario de las jurisdicciones domésticas.

2. Las ofensas internacionales convencionales y consuetudinarias y la jurisdicción clásica, universal e internacional

Considerando lo dicho, afirmamos que al presente ciertas conductas reúnen los requisitos señalados, siendo pasibles de generar responsabilidad internacional individual por pertenecer al DIPenal de fuente consuetudinaria, protegiendo el núcleo básico de derechos fundamentales. En estos supuestos, la conducta estatal se ve seriamente limitada por la moral media internacional. Aquel Estado cuyos intereses se ven afectados por el respeto de la norma tiene vedado ignorarla.

En tanto aceptemos la existencia de un núcleo duro de ofensas internacionales como parte del *ius cogens*, el reconocimiento efectivo de los crímenes internacionales pasará realmente por el Derecho Internacional de fuente consuetudinaria, con independencia del reconocimiento normativo que decidan brindar los Estados. En caso de ausencia de reconocimiento internacional expreso, el Estado a través de sus gobernantes y agentes se verá igualmente obligado por el *ius cogens*. Y en caso de falta de previsión interna o de voluntad de protección, el Estado incurrirá en responsabilidad internacional por omisión.

En referencia a la *normativa internacional penal* (DIPenal), será necesario distinguir entre aquellas normas que imponen una obligación de otras que simplemente facultan a los Estados a la adopción de determinada conducta. Según adelantamos es lógico afirmar que las cuatro conductas que integran el núcleo duro de ofensas internacionales poseen carácter obligatorio. Respecto de las demás que serán enunciadas mas adelante, el carácter será básicamente facultativo en relación con su persecución y castigo penal internacional. En los supuestos de las ofensas internacionales que forman parte del *ius cogens* existe una verdadera obligación dirigida básicamente a los Estados de abstenerse de perpetrar tales conductas y al mismo tiempo, de ejecutar otras siempre en función de la protección debida a la persona y en ella al género humano. Son prohibiciones y obligaciones expresas susceptibles de generar responsabilidad internacional.

En referencia a la *jurisdicción internacional penal*, el principio de jurisdicción universal no reúne al presente el carácter de norma de *ius cogens*. En el caso Lotus, Francia y Turquía debatieron si los Tribunales Turcos podían según el Derecho Internacional, juzgar al capitán Francés (tesis Turca) o si existía una prohibición establecida por el Derecho Internacional impuesta a Turquía de que sus tribunales no juzgaran al acusado (tesis Francesa). El Tribunal Permanente de Justicia Internacional aceptó la tesis Turca: los tribunales Turcos se encontraban habilitados por el Derecho Internacional para juzgar al capitán Francés. La razón fue que la costumbre desarrollada hasta aquel momento demostraba que cuando un Estado había juzgado a

nacionales de otro en situaciones similares, los Estados de nacionalidad de los acusados no habían presentado quejas. Además, respecto de los Estados que encontrándose en igual situación que Turquía no habían iniciado procedimientos, no se había probado que su abstención estuviera provocada por la existencia de una obligación internacional en contrario que los obligara a abstenerse de iniciar procedimientos. Esto demuestra que existe solo la facultad de juzgar, mas no la obligación de hacerlo.

Ahora bien, afirmada la obligación internacional de los Estados de respetar el núcleo básico de derechos fundamentales y la responsabilidad consecuente ante su violación, nuestra pretensión es que tal responsabilidad sea efectiva. Esto implica que las víctimas reciban protección y que los responsables reciban el castigo correspondiente. Consecuentemente, la responsabilidad no puede quedar solo en cabeza de cada Estado, en tanto quienes perpetran las ofensas o permanecen pasivos ante su ocurrencia, actúan como gobernantes y agentes del mismo Estado. Es lógico que éstos deban responder por la comisión u omisión criminal internacional.

Una opinión contraria nos conduce a una contradicción fundamental. Por una parte, los estados crearían normas penales internacionales obligatorias por vía de sus conductas y su aceptación como derecho, pero su incumplimiento generaría responsabilidad internacional exclusivamente inter-estatal. Si esto sucediera, la verdadera persecución y condena individual de los responsables que ordenaron y ejecutaron tales actos, quedaría librada a la voluntad de unos pocos Estados conforme las bases tradicionales de jurisdicción. Dentro de éstas, sobresale el principio de territorialidad que constituirá mayormente la única fuente de atribución de jurisdicción, con lo cual el Estado tendrá un doble tarea: será juez y parte a la vez. *Acusador y acusado*.

Conforme esta solución basada en el principio de igualdad soberana de los Estados, las normas criminales internacionales devendrían irrelevantes. La igualdad soberana de los Estados base del sistema legal internacional constituiría el fundamento para el mismo quebrantamiento del Derecho Internacional.

Según esta lógica de la injusticia, el principio de la igualdad soberana es el fundamento para la *creación* de la norma, le brinda su carácter *obligatorio* pero al mismo tiempo, habilita a su *incumplimiento* al conceder inmunidad a los responsables. Esta inmunidad generalmente se traducirá en impunidad, con lo cual mediante la actividad doméstica, el Estado estaría evadiendo la aplicación de la norma consuetudinaria obligatoria en cuyo nacimiento participó y en cuya vigencia está interesa la sociedad internacional.

La contradicción es evidente.

Afirmamos entonces lo contrario: el derecho doméstico es pasible de quebrantar el Derecho Internacional Público si ejecuta, permite o no castiga las ofensas internacionales. Este avance de principios deviene fundamental: el Derecho Internacional Público deja de ser la sola expresión de los deseos estatales y pasa a convertirse en potencial gendarme de los derechos domésticos cuando los mismos intentan ser utilizados para convalidar la violación de principios internacionales.

Intentando escindir la tipificación de la conducta de la jurisdicción habilitada para su juzgamiento, afirmamos entonces que las ofensas internacionales que se fundan en el Derecho Internacional de fuente consuetudinaria deben desvincularse de manera absoluta de la voluntad presente de los Estados que han

convenido en la creación de una jurisdicción tendiente a castigar tales conductas. Nacida la norma consuetudinaria los Estados carecen de defensas dirigidas a impedir su obligatoriedad y su ejecutoriedad.

Resumiendo lo expuesto, el *DIPenal de fuente consuetudinaria* constituye el verdadero fundamento de las ofensas internacionales y la mas seria limitación al poder soberano de los estados.

Y en que toca a la *jurisdicción* habilitada, el responsable principal es el mismo Estado con interés directo en el juzgamiento fundado en los principios tradicionales de jurisdicción penal. Respecto de la jurisdicción *universal*, ésta solo podrá ser ejercida con carácter subsidiario y complementario de las jurisdicciones tradicionalmente habilitadas conforme los principios clásicos, siendo como vimos facultativa. La jurisdicción *internacional* también es complementaria y subsidiaria. Sin embargo, según las conductas consideradas, reviste carácter obligatorio en todo caso en que se cuestione una ofensa internacional perteneciente al *ius cogens*, en tanto la jurisdicción universal es siempre facultativa.

Pasaremos ahora a validar la afirmación referida a la existencia de normas penales internacionales de carácter obligatorio para los Estados y por lo tanto absolutamente independientes de su reconocimiento expreso por la normativa doméstica.

3. El *ius cogens* posee una textura abierta a la inclusión de nuevas ofensas criminales internacionales

La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) se refiere a las normas de *ius cogens* captando estos valores, aun cuando no les brinde contenido. Los artículos 53 y 64 CVDT hacen referencia a las "*normas imperativas de Derecho Internacional*" o *ius cogens*, habilitando a las mismas a provocar la nulidad de cualquier tratado opuesto a ellas. La falta de ejemplos concretos brinda al concepto un contenido equívoco que en parte debe ser llenado por fuentes secundarias como la jurisprudencia y doctrina internacionales.

Además de las figuras consensuadas en el Estatuto de la CPI, otras conductas criminales internacionales pueden llegar ser incorporadas en ese núcleo básico de derechos fundamentales conforme el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el DIPenal que los resume. Aquí afirmamos la posibilidad de ampliar significativamente el número de ofensas internacionales que forman parte del *ius cogens*. A su vez, esta inclusión brindará a las conductas incorporadas la jurisdicción internacional inherente a este tipo de ofensas.

Esta *promoción jerárquica* dependerá de variados elementos. En primer lugar deberá tratarse de una conducta cuya comisión violente de manera grave un bien jurídico protegido que forme parte del orden público internacional. Como ejemplos de tales bienes citamos a la paz y la seguridad internacionales, la protección de los derechos humanos, a los que pensamos debe sumarse la salvaguardia del medio ambiente internacional. En segundo lugar, la conducta no debe hallarse ya incluídas en el núcleo duro de ofensas internacionales. En tercer lugar, debe existir el convencimiento por parte de los Estados que tal conducta afecta a la Humanidad además de violar derechos personales o grupales. En cuarto lugar, los

responsables deberán haber ejecutado o participado de las acciones u omisiones en calidad de gobernantes o agentes de un Estado o un grupo insurrecto o movimiento de liberación nacional, sin importar si detentan actualmente tal calidad.

Por lo expuesto, podemos caracterizar al *ius cogens* como un facilitador para la emergencia de la jurisdicción internacional. Esto porque sirve como nexo de atracción e inclusión de aquellas ofensas internacionales ya existentes dentro del núcleo duro de ofensas internacionales. A partir de la fuerza otorgada por la costumbre interestatal y la jurisprudencia internacional todas las figuras con jerarquía de *ius cogens* podrán reclamar la jurisdicción internacional inherente.

4. Las ofensas internacionales

Partimos para su explicación de la minuciosa clasificación realizada por BASSIOUNI, quien distingue entre diversos tipos de ofensas internacionales. El autor establece una división tripartita y jerárquica entre (a) los crímenes internacionales; (b) los delitos internacionales y (c) las infracciones internacionales.

En primer lugar, define a los **crímenes internacionales** como *“aquellas prescripciones de Derecho Penal Internacional de carácter normativo que tienen como característica que su violación es susceptible de afectar la paz y la seguridad de la Humanidad, es contraria a los valores humanitarios fundamentales o resulta de la acción o de la política estatal, constituyendo entonces un crimen internacional”*. Son estas figuras:

- 1) el crimen de agresión;
- 2) el crimen de genocidio;
- 3) los crímenes contra la Humanidad;
- 4) los crímenes de guerra;
- 5) la utilización, producción y almacenamiento ilícito o prohibido de ciertas armas;
- 6) la sustracción de sustancias nucleares;
- 7) las actividades de mercenarios;
- 8) el apartheid;
- 9) la esclavitud y prácticas análogas;
- 10) la tortura y otras formas análogas;
- 11) las experimentaciones humanas ilícitas.

Del concepto que brinda el autor se desprende que los bienes protegidos son aquí la *paz y la seguridad de la Humanidad* junto con los *valores humanitarios fundamentales*. En relación con el primero es interesante pensar la paz y seguridad como derechos de la Humanidad en lugar de referirlos al sistema internacional, como tradicionalmente se los ha entendido. La *paz* en cuanto ausencia de conflicto y la *seguridad* como garantía de la integridad territorial de los estados, cambian de dimensión al ser consideradas como derechos de la Humanidad y no de los Estados soberanos.

En este nuevo contexto el significado de "paz" debe complementarse con la prohibición de conductas referidas a situaciones que al prohibir a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales implican

una agresión permanente contra la Humanidad, re – interpretando a MENON en su ya famosa definición de “*violencia estructural*”.

Por su parte, la interpretación de la “seguridad” cambiará básicamente siendo re – orientada en función de prohibir la producción, utilización, almacenamiento, sustracción y demás conductas vinculadas con los diversos tipos de armas, cuando se ejecuten por fuera de los canales internacionales habilitados.

En el segundo lugar de la jerarquía sitúa a los **delitos internacionales**, definidos como “*aquellas infracciones penales a la luz del Derecho Penal Internacional que afectan un interés protegido en el plano internacional y del cual su comisión implica a mas de un Estado o afecta a víctimas que son nacionales de mas de un Estado*”. La clasificación incluye a:

- 1) la piratería;
- 2) los atentados contra la seguridad de la navegación aérea internacional;
- 3) los atentados contra la seguridad marítima y la seguridad de plataformas en alta mar;
- 4) las infracciones contra aquellas personas beneficiadas con algún tipo de protección internacional;
- 5) los crímenes contra el personal de la ONU;
- 6) la toma de rehenes;
- 7) el uso ilícito de medios postales;
- 8) el financiamiento del terrorismo;
- 9) los atentados con explosivos;
- 10) el cultivo, la producción y el tráfico de estupefacientes;
- 11) la criminalidad internacional organizada;
- 12) el robo y/o destrucción de tesoros arqueológicos y del patrimonio cultural;
- 13) los atentados contra el medio ambiente.

Aquí se adopta una definición genérica del bien protegido mencionando la “*afección de un interés protegido en el plano internacional*”, lo que nos lleva a considerar específicamente cada figura de las incluidas en este segundo peldaño jerárquico. Considerando las mismas, encontramos tres categorías de bienes protegidos: (a) la integridad y seguridad personal en diferentes circunstancias; (b) la salud pública internacional; y (c) el patrimonio ambiental y cultural de la Humanidad. Es probable que en un tiempo mediano alguna de estas figuras sea elevada de jerarquía, incluyéndosela dentro del núcleo básico de derechos fundamentales.

En tercer y último lugar, BASSIOUNI refiere las infracciones internacionales, calificándolas de manera residual como “*las violaciones del Derecho Penal Internacional que no son abarcadas por los crímenes o delitos, constituyendo violaciones internacionales*”. Así enumera:

- 1) el tráfico internacional de material obsceno;
- 2) la falsificación de moneda;
- 3) la rotura de cables submarinos;
- 4) la corrupción de funcionarios públicos extranjeros.

Vemos que en esta categoría residual se tiende a proteger diversos bienes cuya importancia ha adquirido relieve internacional a partir de los procesos de globalización. Quedan cubiertos (a) la moral internacional;

(b) la economía internacional; y (c) las comunicaciones internacionales y el mismo sistema globalizado políticamente democrático y económicamente capitalista atacado por la corrupción endémica. Es interesante reparar en esta tercera categoría de ofensas internacionales que algunos denegarán y otros considerarán valiosa sólo a manera de propuesta. No obstante, notamos que sintetiza valores modernos que emergen como producto de la globalización. Con la salvedad de la rotura de cables submarinos, las demás ofensas se relacionan con cuestiones que nuestro presente considera de interés global. Y aún las comunicaciones internacionales que constituirían el bien protegido a partir de la incriminación de la rotura de cables constituye un antecedente valioso para una futura inclusión de figuras relacionadas con la violación de las comunicaciones a través de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (básicamente *Internet*).

Esta triple jerarquización adelanta el grado de desarrollo y consiguiente importancia alcanzado por cada una de las ofensas penales. Aun cuando no la adoptamos para nuestro trabajo, la estimamos por demás importante porque como ya adelantamos es probable que las ofensas situadas en los peldaños inferiores adquieran un valor tal que les permita ascender hasta alcanzar ese tope que llamamos “núcleo básico de derechos fundamentales” y que Bassiouni estima en once figuras, de las cuales nos hemos pronunciado afirmativamente por la inclusión de sólo cuatro de ellas como parte del *ius cogens*.

En la división efectuada entre las conductas que se fundan en el Derecho Internacional de fuente convencional y aquellas que reconocen su origen en la fuente consuetudinaria, nos interesamos solo por las figuras que integran el núcleo duro de ofensas a fin de (a) validar la existencia de obligaciones internacionales penales directas y (b) para afirmar respecto de ellas la existencia de una jurisdicción internacional complementaria, subsidiaria y obligatoria.

Será relevante analizar entonces las cuatro ofensas internacionales sobre las que existe pleno consenso en referencia a que protegen la paz y la seguridad de la Humanidad y los valores humanitarios básicos. Intentaremos demostrar que el núcleo duro de ofensas puede ampliarse con la incorporación de figuras mencionadas en clasificaciones secundarias, generando un bloque de bienes jurídicos protegidos internacionalmente, a partir de la consolidación de una moral internacional media que resulta de los procesos de mundialización. Estos procesos son guiados por la aspiración universalista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este contexto, la concepción del *ius cogens* juega un papel complementario y de cohesión en la medida en que las figuras referidas posean o pretendan poseer tal carácter. En cuanto la ofensa internacional es incluida como parte del mismo, afirmamos la inaplicabilidad del principio de inmunidad soberana de los Estados, rigiendo consecuentemente la obligación de juzgar o extraditar de la mano de la jurisdicción *internacional*, planteando también el interrogante sobre la aceptación de la jurisdicción *universal*.

5. Los elementos constitutivos de las ofensas internacionales

Las ofensas internacionales comprenden al menos dos elementos constitutivos. Uno de ellos reviste un carácter objetivo constituido por el acto criminal en sí (*actus reus*). El segundo, de carácter subjetivo, consiste en la conciencia criminal (*mens rea*). El elemento subjetivo varía según la conducta considerada.

Por ejemplo, la culpa en su forma de negligencia puede resultar suficiente en relación con los crímenes de guerra, en tanto otras figuras requieren necesariamente dolo. De todas maneras, la completa ausencia de la *mens rea* impide la persecución penal individual.

En relación con las ofensas previstas en el Estatuto CPI, ciertos aspectos referidos a la intencionalidad de las figuras consideradas y que comprenden elementos que entrañan juicios de valor, como aquellas que emplean términos como “inhumanos” o “graves”, no exigen que sea el autor quien haya procedido personalmente a realizar el juicio de valor, sino que sean objetivamente “inhumanos” o “graves” conforme la moral media internacional, salvo que expresamente se indique lo contrario.

Con la intención de impedir la persecución criminal individual, la falta de la conciencia criminal puede ser alegada por varias causas:

a) una primera la constituye el error de hecho (*ignorantia facti excusat*): el error de hecho excusa pero debe ser probado por el acusado que lo alega;

b) una segunda puede ser el error de derecho: a diferencia de la esfera interna, el error sobre el DIPenal puede llegar a alegarse en función de la inconsistencia normativa del sistema; por ejemplo existe duda sobre si el precepto “*ignorantia juris non excusat*” es aplicable o no a los crímenes de guerra, lo cual finalmente dependerá de la especificidad de la norma jurídica internacional cuya ignorancia al momento de suceder los hechos se pretende alegar;

c) una tercera causa está constituida por la concepción anglosajona de la “*duress*” o “*posibilidad de elección moral*”, la cual constituye el verdadero test de la responsabilidad criminal individual conforme lo afirmó el Tribunal de Nüremberg en 1946. Esta causa se sintetiza en conocer “*si la elección moral ha sido de hecho posible*” antes de la comisión del acto. Si al perpetrar el acto criminal no existe posibilidad de elección moral, si no existe otra alternativa que cometer el acto para salvar la propia vida o la de una persona cercana de manera inmediata, entonces podrá alegarse con éxito la falta de conciencia criminal con fundamento en la *duress*.

6. Análisis sintético del núcleo duro de ofensas internacionales

Proponemos el análisis de las ofensas con dos finalidades básicas: (a) exponer la evolución normativo - sociológica ocurrida en relación con la figura probando en consecuencia su existencia como parte del ius - cogens y (b) exponer ordenadamente las conductas que componen la figura junto con las circunstancias y consecuencias que corresponden a cada ofensa.

6.a. El crimen de agresión

6.a.1. Evolución normativo - sociológica

Las Naciones Unidas establecen la prohibición de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza entre sus principios fundantes (art. 2, inc. 4 Carta ONU). Existen tres excepciones a este principio generalmente reconocidas. En lo que nos interesa, una de ellas autoriza el recurso a la amenaza o uso de la fuerza como legítima defensa frente a una agresión.

El primer documento relevante en la definición de agresión que procuramos ocurre tras la IIGM. En Nüremberg se juzgó a los jefes nazis por la comisión de crímenes contra la paz, esto es, el planeamiento y ejecución de una guerra de agresión, una guerra de conquista en definitiva. Es extremadamente interesante conocer la acusación británica, ya que en ella se recurre extensamente al *“principio de la responsabilidad individual en el plano internacional”*, en función del plan diseñado por Hitler desde antes de su ascenso al poder en Alemania. En palabras del acusador Británico *“los tratados, las garantías, los derechos de los Estados soberanos no significaban nada. La fuerza brutal protegida por un elemento de sorpresa tan amplio como los nazis podían reservarse se unían para alcanzar lo que se juzgaba indispensable a fin de asestar a Inglaterra un golpe mortal.”* La guerra de agresión a fin de posibilitar a la Alemania nazi hacerse del “espacio vital” (living space o Lebensraum) que el país necesitaba traía como inevitable corolario el recurso a la fuerza como estrategia política a fin de satisfacer la necesidad de la “raza superior” a costa de las “razas inferiores” que habitaban la Europa oriental.

La Asamblea General ONU debió definir el concepto de agresión a fin de darle contenido y aplicación a esta permisión del uso de la fuerza. Se dicta entonces la Resolución AG ONU 3314 (XXIX): *“La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de la Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición (sic)”* (art. 1). Establece luego una presunción que puede ser dejada de lado: *“El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad”* (art. 2). Luego enuncia ciertos actos que son característicos de la agresión según se hubo definido entre los que se cuentan la invasión, ataque y toda ocupación militares, el bombardeo, el bloqueo de puertos y costas, etc. Sobre esta autorización al uso de la fuerza se ha construido el corolario básicamente erróneo, de la legítima defensa *preventiva*, utilizada en ocasiones desde la IIGM por aquellos Estados cuyo realismo político les impidió procurar sus intereses por vías internacionalmente lícitas.

Ya en el final del siglo XX, el Estatuto de la CPI reconoce competencia al cuerpo judicial que crea para entender en la comisión del crimen de agresión. Sin embargo de las cuatro ofensas internacionales reunidas en este documento, la agresión es la única cuya definición es dejada para mas adelante. *“La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.”* (art. 5, inc. 2 Estatuto de Roma).

Como se ha previsto su posterior delimitación jurídica no examinamos en este caso las conductas que hacen a la figura.

6.b. El crimen de genocidio

6.b.1. Evolución normativo - sociológica

El término genocidio fue formulado por Raphael Lemkin (1944) durante la IIGM, denotando la intención de destruir un grupo étnico. Las definiciones contemporáneas han ampliado su espectro a otros géneros tal como el *religioso* y en alguna medida, también el *político*.

Desde lo sociológico varios principios mantenidos en los procesos de Nüremberg y de Tokio fueron confirmados por la Asamblea General ONU en 1946 brindándole reconocimiento normativo. Así fue como la Asamblea General ONU declaró al genocidio como un crimen de Derecho Internacional, por el cual los autores resultan sujetos a un castigo, ya sean estadistas, funcionarios públicos o particulares. El 11/12/1946 la Asamblea General ONU mediante su Resolución 96 (1) resuelve considerar al genocidio como un delito internacional contrario a la misma Carta de las Naciones Unidas, definiéndolo: *"El genocidio es la negación al derecho de existencia de los grupos humanos, del mismo modo que el homicidio es la negación del derecho a la vida de los seres humanos individuales, de tal negación del derecho de existencia se siguen grandes pérdidas para la humanidad por la privación de las contribuciones culturales y de otro orden representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y fines de las Naciones Unidas."*

Seguidamente se dan los pasos necesarios para concluir una convención sobre la materia. Como resultado en 09/12/1948, la Asamblea General ONU adopta la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (CPSG), en vigor desde 1951. Esta Convención entiende por genocidio *"...cualquiera de los actos (...) perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso."* (art. 2 CPSG). Los Estados contratantes aceptando que el genocidio (sea cometido en tiempo de paz o de guerra) es un delito de Derecho Internacional, se comprometen a prevenirlo y sancionarlo. Los responsables serán castigados, *"ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares"* (art. 4 CPSG). Se afirma la obligación de los Estados de legislar domésticamente para la vigencia efectiva de la Convención dentro de su jurisdicción territorial así como la obligación de extraditar a las personas reclamadas en función de este delito (arts. 5 y 7 CPSG). Los Estados pueden solicitar a los órganos competentes de la ONU la adopción de medidas apropiadas para la prevención y represión de la ofensa (art. 8 CPSG). Se establece la jurisdicción internacional conjuntamente con la doméstica de acuerdo al principio de territorialidad (lugar de comisión del acto, art. 6 CPSG). También se opina que en base a la obligación de todos los Estados en perseguir la ofensa, existe jurisdicción universal (art. 5 CPSG). Adelantamos que no somos partidarios de este tipo de solución.

Por su parte, el mas reciente documento, el Estatuto CPI (1998), trata de la figura en diversos artículos. Se afirma la jurisdicción de la CPI sobre el delito (art. 1 ECPI). Las conductas comprendidas son similares a las previstas en la CPSG de 1948 por lo que a ella remitimos (art. 6 ECPI). Establece la responsabilidad criminal individual en general, pero respecto del delito de genocidio en particular, afirma la responsabilidad de quien instiga directa y públicamente a otros a cometerlo (art. 25, inc. 3.e. ECPI). A los fines de la invocación de la obediencia de órdenes de superiores, se afirma que aquéllas que impliquen la comisión de genocidio y crímenes contra la Humanidad son manifiestamente contrarias al Derecho (art. 33, inc. 2 ECPI).

En suma, la norma internacional recogiendo la práctica establecida en Nüremberg y Tokio tipifica la ofensa internacional, sienta el principio de territorialidad y le brinda además jurisdicción internacional con carácter

subsidiario, complementario y obligatorio.

El genocidio se diferencia de los crímenes de guerra por la existencia además de la violación de las reglas de la guerra (obligaciones entre Estados al fin y al cabo), de una violación a los derechos de la persona humana en particular y de la Humanidad en su conjunto. También es una especie de crimen contra la Humanidad que *infelizmente* en base a los crímenes aberrantes perpetrados, ha logrado su propia autonomía. Se intenta reprimir aquí la diversidad cultural, la diversidad ideológica, la diversidad racial.

Su fundamento reside en pretendidas teorías de superioridad grupal afirmada por quienes ordenan y/o perpetran las ofensas. Su finalidad, una pretendida depuración de la composición étnica de la Humanidad, quedando sólo los grupos auto - considerados *superiores* o *mas aptos*. La intención del victimario trasciende el simple asesinato. Se dirige a la eliminación de una cultura, de sus costumbres y con ella de su historia. La pretensión es lograr que nada quede hacia el futuro, lograr desde lo objetivo que esa etnia *jamás haya existido*. Por esto tanto el carácter como las condiciones personales de la víctima se vuelven un elemento secundario. Su pertenencia a la etnia es su sentencia de muerte.

Además de constituir un ataque contra el individuo, grupo o nación en cuestión, implica una agresión a la Humanidad como síntesis de la existencia de los pueblos, de su historia y cultura, representando un peligro concreto para la supervivencia de la totalidad y diversidad de los mismos. Calculándose en cerca de ocho mil las etnias culturalmente diferentes que habitan el planeta, sin contar las diferencias religiosas y de otros tipos, la omisión internacional referida al castigo de la figura podría llevar a que la purificación étnica como herramienta produjera consecuencias impredecibles.

Este es el fundamento básico del reconocimiento de la obligación internacional de juzgar o extraditar y en su caso, aceptar el accionar complementario y subsidiario de los mecanismos internacionales de justicia.

El ataque al individuo en cuanto miembro del grupo habilita en primer lugar la jurisdicción del Estado en cuestión y luego de aquellos Estados que pueden invocar las otras bases tradicionales de jurisdicción. El ataque a la Humanidad habilita la jurisdicción internacional en carácter de defensa última y extrema frente a la acción jurisdiccional pasiva u omisión jurisdiccional dañosa de los Estados directamente involucrados. El sistema internacional genera sus propios anticuerpos frente a una amenaza a la paz y la seguridad de la propia Humanidad, levantando la inmunidad como privilegio de los Estados renuentes en juzgar el delito internacional y posibilitando que el crimen sea castigado.

Desaparecidos los pueblos no quedarían Estados que pudieran alegar inmunidades de jurisdicción. Extremando la idea a fin de evidenciarla en toda su crudeza, si el Estado que afirma su superioridad étnica decide eliminar al resto de las etnias pretendidamente inferiores, solo quedará un Estado para juzgar las conductas agresivas. Evidentemente este Estado hegemónico conformado por el pueblo superior no llevará adelante proceso alguno porque sus gobernantes y agentes han cumplido "la ley" basada en su concepción de superioridad racial.

6.b.2. Elementos del genocidio

En los términos de la CPSG 1948, la figura se compone de dos elementos objetivos y un elemento subjetivo. Los elementos objetivos están constituidos por:

- (a) la existencia previa de un grupo nacional, étnico, racial o religioso y
- (b) las cinco formas materiales de comisión especificadas en el art. 2 del instrumento que son:
 - b.1. la matanza de miembros del grupo;
 - b.2. la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros;
 - b.3. el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial;
 - b.4. las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y
 - b.5. el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

En cuanto a los elementos particulares de cada una de las conductas involucrada en el genocidio, las expresiones “*matanza*” e “*imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos*” implican respectivamente la muerte de una o mas personas o que las medidas impuestas hayan estado destinadas a impedir nacimientos de personas pertenecientes a un grupo nacional, étnico, racial o religioso con la intención de destruir total o parcialmente al mismo en el contexto de una “*pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o que haya podido por sí misma causar esa destrucción.*”

La lesión grave a la integridad física o mental puede incluir actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, aún cuando no se limite exclusivamente a ellos.

El sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física del grupo puede incluir entre otras conductas el privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares.

En cuanto al genocidio cometido mediante el traslado por la fuerza de niños, “*la expresión “por la fuerza” no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción.*” Se entiende por niño a los menores de 18 años en tanto el autor conozca o debiera conocer esta circunstancia.

El elemento subjetivo está constituido por la intención clara y definida de destruir total o parcialmente a cualquiera de los mencionados grupos en su calidad de tales.

En cuanto a las formas de comisión, el genocidio implica la complicidad o la concurrencia en el delito de múltiples personas, ya que para poner en marcha la maquinaria de la aniquilación masiva se precisa tanto de un plan de acción como de una pluralidad de ejecutores. La CPSG castiga (a) el genocidio; (b) la asociación para cometer el delito; (c) la instigación directa y pública a cometerlo; (d) la tentativa; y (e) la complicidad (art. 3 CPSG).

Si se toma en su sentido estricto la definición del delito de genocidio proporcionada por la CPSG (ONU) y se la ubica en contexto como crimen contra la humanidad en general, puede afirmarse la ocurrencia durante el siglo XX de al menos cinco ejemplos genuinos de la ofensa: (a) el de los Armenios a manos de los Turcos (1915); (b) el de judíos y gitanos y otras etnias, cometido por los nazis (1939 – 45); (c) el de tribus Tutsi,

perpetrado por los Hutu en Rwanda (década de los noventa); (d) la del pueblo bosnio, cometido por grupos serbios durante la guerra de secesión y la del pueblo albano-kosovar a manos de serbios en igual período (década de 1990).

6.c. Los crímenes contra la Humanidad

6.c.1. Evolución normativo - sociológica

En una apretada evolución de la concepción de los crímenes contra la Humanidad, es necesario tener presente las siguientes fechas por ser relevantes:

- (1) 1907: las leyes de la guerra (Convenciones de La Haya de 1907) y la cláusula Martens que hablaba de “*laws of humanity*”;
- (2) 1915: primera aparición del término en la Declaración Conjunta del Reino Unido, Francia y Rusia, al referirse estas potencias a la matanza de Armenios perpetrada por Turquía en Anatolia;
- (3) 1919: en el Reporte Preliminar de la Conferencia de Paz posterior a la IGM, se propone la persecución criminal de aquellos “*culpables de ofensas con las leyes, costumbres de guerra y laws of Humanity*”, proposición que fue rechazada;
- (4) 1946: en el proceso de Nüremberg, el Derecho de guerra protegía a los civiles en épocas de conflicto armado pero se limitaba a los nacionales del Estado enemigo o aquellos que habitaban el territorio ocupado por la potencia invasora. Esto dejaba fuera de la protección al trato brindado por el Estado a la población nacional. La inclusión de la población nacional en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional fue un enorme adelanto. Dentro del sistema de Nüremberg hallamos la Control Council Law Nr. 10 que constituye el segundo instrumento internacional en incluir provisiones relativas a los crímenes contra la Humanidad según luego veremos. Proveyó una base legal para la persecución de causas en aquellos territorios que habiendo estado ocupados por el régimen Nazi, habían sufrido crímenes contra la Humanidad a fin de proceder a su juzgamiento a través de las propias jurisdicciones locales. La norma consideraba irrelevante que los actos lesivos no estuvieran punidos por el derecho doméstico del Estado en cuyo territorio habían sido perpetrados.
- (5) 1948: la CPSG es referida como parte de un subsistema de los crímenes contra la Humanidad ya que generalmente los actos de genocidio implican crímenes contra la Humanidad.
- (6) primera mitad de la década de 1990: la constitución de los TPI para la ex - Yugoslavia y del TPI para Rwanda por parte del Consejo de Seguridad ONU constituye el paso siguiente, destacando dos elementos: (a) la inclusión de ciertas conductas “nuevas” dentro de la figura genérica del crimen contra la Humanidad (violación); y (b) el no requerir conexión entre los actos enumerados y un conflicto armado *internacional*, aunque sí con algún tipo de conflicto armado.
- (7) 1998: el Estatuto de la CPI o tratado de Roma en su art. 7 refiere la jurisdicción de la Corte sobre los crímenes contra la Humanidad y allí mismo los define.

Antes de la IGM la noción de los “crímenes contra la Humanidad” aunque operaba sobre gobernantes y agentes de los Estados, constituía una regla moral antes que una obligación jurídica. Luego de la IGM, los horrores vividos traducen tal obligación moral a un derecho a la vez penal e internacional. Sin embargo, las infracciones todavía no se definen y el delito no lleva nombre. La calificación entonces será el paso

siguiente. En tanto el llamado derecho de La Haya y de Ginebra definían los actos que debían entenderse por “*crímenes de guerra*”, era natural que conductas similares perpetradas contra poblaciones civiles indefensas, constituyeran crímenes de mayor gravedad aún. Esta será la idea sobre la cual reposará la calificación de los “*crímenes de lesa Humanidad*” o “*contra la Humanidad*”. La gravedad de la violación de los derechos fundamentales es notoria ya en este supuesto las acciones criminales pueden ser perpetradas no solo durante conflictos armados sino en tiempos de paz y aún ejecutadas por el Estado contra la población que reside bajo su jurisdicción.

En la sintonía comentada, el Tratado de Versailles en sus arts. 227 a 230 constituye una avanzada en la protección de la persona humana, ordenando juzgar por un Tribunal Internacional al ex Emperador Guillermo de Hohenzollern, quien se había exiliado en Holanda, y a cada inculpado de cometer actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra, por las jurisdicciones militares aliadas de cada derecho interno en los territorios donde los crímenes habían sido cometidos.

“Las Potencias Aliadas y Asociadas enjuician públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, anteriormente Emperador de Alemania, por supremas ofensas contra la moral internacional y la santidad de los tratados. Un tribunal especial será constituido para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa...”. Y después “...En su decisión el tribunal será guiado por los mas altos motivos de la política internacional, con la mirada puesta en vindicar las solemnes obligaciones de los compromisos internacionales y la validez de la moralidad internacional...”. (Tratado de Versailles, art. 227).

Sin embargo nada se logra. Holanda rechaza la extradición del emperador y muy pocos criminales son juzgados en las jurisdicciones locales: de cerca de 900 nombres solicitados por los aliados, Alemania va a entregar a 6 inculpados, para posteriormente hacer saber que ella misma se ocupará de la punición del resto. Finalmente las condenas son pocas y livianas: como ejemplo, el oficial Dithmar comandante de un submarino, acusado de torpedear un buque hospital Británico, hundirlo y luego ordenar disparar sobre los botes de salvamento, matando a 234 personas, es condenado a la pena de 4 años de prisión. Terrible ejemplo para los partidarios de dejar libradas estas ofensas a las jurisdicciones nacionales tradicionales.

Uno de los cinco instrumentos que componen el sistema de Paz de Versailles, el tratado de Sèvres firmado entre las potencias aliadas y Turquía (10/08/1920), aceptó la jurisdicción internacional creando un tribunal de igual carácter para el juzgamiento de aquellos actos ocurridos después del 1/08/1914 en Turquía respecto de la minoría cristiana Armenia (art. 230 del Tratado de Sèvres):

“El Gobierno Turco se compromete a entregar a las Potencias Aliadas a las personas cuya detención sea requerida por estas últimas por ser responsables de las masacres cometidas durante la continuidad del estado de guerra en el territorio que formó parte del Imperio Turco en Agosto 1 de 1914. Las potencias Aliadas se reservan el derecho de designar al Tribunal que se encargará de juzgar a las personas acusadas y el Gobierno Turco se compromete a reconocer a tal tribunal. En caso que la Liga de Naciones habiendo creado con antelación suficiente un tribunal competente para tratar las alegadas masacres, las Potencias Aliadas se reservan el derecho de llevar a las personas mencionadas precedentemente ante dicho tribunal y el Gobierno Turco se compromete igualmente a reconocer tal tribunal....”.

Al igual que con el Tratado de Versailles, el resultado es desalentador. El Tribunal jamás se integrará ya que un posterior Tratado concluído en Laussane en 1923 pronuncia una amnistía tan general que lo es respecto de crímenes no definidos ni nominados “*ocurridos entre el 1/8/1914 y el 20/11/1922*”.

En plena IIGM, la Declaración de Moscú realizada por USA, el Reino Unido y la URSS (30/08/1943) tuvo por objetivo materializar la voluntad aliada de juzgar los crímenes cometidos por los gobernantes nazis y sus agentes. La Declaración menciona en primer lugar el traslado de soldados y miembros del partido Nazi a los países liberados donde cometieron sus crímenes para que sean juzgados. En segundo lugar, aquellas personas acusadas de cometer crímenes que no pudieran localizarse geográficamente de manera única (jurisdicciones múltiples), serían perseguidas por una decisión común de los gobernantes aliados. La Declaración adoptaba el criterio de la territorialidad (lugar de perpetración del crimen), criterio prevaleciente en los ordenamientos de los países anglosajones.

El concepto actual de crímenes contra la Humanidad se formula a partir de dos elementos que se reúnen por primera vez en 1945: (a) un hecho criminal particularmente odioso y (b) la existencia de una moral internacional suficientemente desarrollada para imponer una voluntad de justicia penal a los dirigentes de un Estado extranjero a partir de la creación de una jurisdicción internacional. La norma escrita tipificando la figura no existía al momento de la comisión, requisito básico del derecho continental romano. Sin embargo esta situación no impedía el proceso bajo la óptica del Common Law, al no implicar retroactividad. En la concepción del sistema anglosajón, las nuevas nociones se desprendían de infracciones ya formuladas y conocidas. Este poder del juez del Common Law existió hasta principios de la década de 1970. En este sentido, la prohibición de cometer tales conductas *pre-existía* a los actos perpetrados por el régimen nazi – fascista, en suma era anterior a 1939.

La definición de crímenes contra la Humanidad es formulada por primera vez en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional creado por el Acuerdo de Londres del 8/8/1945, “...c) *crímenes contra la Humanidad: homicidio, exterminación, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra o persecuciones fundadas en cuestiones políticas, raciales o religiosas en ejecución de o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, sin importar si fueron cometidos en violación del derecho doméstico del Estado en donde se perpetraron*” (art. 6, inc. c. Estatuto). Varios gobiernos adhirieron con posterioridad al Acuerdo de Londres. Entre los Latinoamericanos: Honduras, Panamá, Haití, Venezuela, Uruguay y Paraguay.

Poco después la definición será repetida en la Declaración del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en Extremo Oriente del 19/1/1946, que crea el Tribunal Militar Internacional de Tokio en su art. 5, inc. c. .

Sin embargo, los largos años de la bipolaridad y multipolaridad, obligarán a esperar hasta la Resolución 827 del Consejo de Seguridad ONU de fecha 25/5/1993 para que una nueva jurisdicción penal internacional sea creada a partir de la perpetración de crímenes contra la Humanidad. En el período intermedio se elaboraron ciertos documentos internacionales que se ocupan de la figura en examen.

Al presente, existe consenso en que esta figura involucra actos que atacan el orden público internacional, constituyendo infracciones contra el derecho de gentes.

6.c.2. Autores y víctimas de los crímenes contra la Humanidad

Al legislar este tipo de ofensas internacionales, es esencial conocer previamente a quiénes se pretende disuadir. *“Comprendre le pourquoi du crime est d’autant plus nécessaire pour le définir que pour le réprimer efficacement ou encore le prévenir”*. Si se pretende castigar sólo a los altos mandos, la definición deberá incluir un elemento mental referido a la intencionada participación en el planeamiento del ataque sistemático y generalizado. Pero esto dejaría fuera de la tipificación a la gran masa de victimarios que ejecutan tales ofensas.

La persona humana y la Humanidad se presentan como sujetos pasivos del delito en tanto los bienes protegidos y atacados por la comisión de estas infracciones son los valores humanitarios junto con la paz y seguridad de la Humanidad. En tanto no se presentan problemas al momento de calificar a la persona humana, el concepto de Humanidad connota dos acepciones internacionalmente utilizadas de manera indistinta. Se puede referir tanto al género humano (Mankind) como al sentido de la dignidad humana y cultural (Humanity). Los entendemos como complementarios y no contradictorios.

Cuando entramos a considerar los sujetos que pueden atentar contra la Humanidad en alguno o ambos sentidos del término expuesto, encontramos que los potenciales victimarios pueden ser:

- (a) el estado a través de cualquiera de sus órganos de poder (gobernantes y agentes);
- (b) los individuos particulares ligados al ejercicio del poder en nombre o por cuenta del Estado en tanto participen de lo que FAURÉ da en llamar *“un servicio público criminal”*.

A su vez, cualquiera de los victimarios mencionados pueden realizar las acciones en dos niveles: (a) el de quien se involucra en el crimen mediante su acción positiva y (b) el de quien lo ha ordenado previamente. Pueden igualmente cometerse por omisión, como por ejemplo la actitud omisiva del superior que en conocimiento de los actos criminales que perpetran sus subordinados, no realiza acción alguna para detenerlos. Por lo tanto, el criminal podrá ser tanto un funcionario público como un privado que actúe bajo órdenes, autorización o aún la “pasividad tácita” del Estado, colaborando para la realización del delito (el caso ya referido del industrial Krupp en Nüremberg).

Contestando a quienes afirman que solamente personas físicas actuando en nombre del Estado como gobernantes o agentes pueden ser inculcados, estamos de acuerdo con REISMAN quien se manifiesta en contra de definir a los crímenes contra la Humanidad como aquellos en donde sólo existe acción estatal, excluyendo a los cometidos por privados particulares que no responden a órdenes del Estado. Expresa el autor *“la globalización del Derecho Internacional y del orden mundial demanda rechazar las limitaciones normativas, la comunidad internacional debe condenar y punir actos inhumanos sean sistemáticos o ampliamente extendido dondequiera y cuando fuera que estos ocurran”*. Suscribimos lo dicho aun cuando de lege lata haya que aceptar que al momento, la acción del Estado constituye un requisito determinante en la posibilidad de ejercer la jurisdicción internacional basada en la comisión de un crimen contra la Humanidad.

Igual razonamiento debería utilizarse para los casos en que el Estado aún no existe pero sí una autoridad con poder efectivo suficiente sobre un territorio determinado que pretende la secesión a fin de organizarse como un Estado independiente o bien hacerse del poder. Este es el caso que analizamos mas adelante de

las colectividades no estatales como autoras de un ilícito internacional. Así considerado, el individuo deviene sujeto pasivo del Derecho Internacional, centro de imputación de obligaciones y responsabilidades, en un tercer estadio de la evolución que primero lo sindicó como objeto del Derecho Internacional, y luego lo contempló como sujeto activo, esto es titular de derechos básicos cuyos obligados pasivos son los Estados.

6.c.3. Elementos de los crímenes contra la Humanidad

Los crímenes contra la Humanidad forman parte hoy del *ius cogens*, por lo que en principio imponen obligaciones inderogables e imprescriptibles a los Estados del sistema internacional.

Recordemos que existen tres clases genéricas de ofensas internacionales:

(a) los actos antisociales que presentan un elemento extranjero (personal o real, tales como el autor, la víctima, el lugar de comisión, etc.). En este caso el Estado decide extender su jurisdicción a fin de reprimir estos actos, la norma es eminentemente doméstica;

(b) los delitos cuya previsión en el derecho doméstico deriva de la captación de una norma del Derecho Internacional. Estos son *internacionales* en cuanto al origen de la norma y tienden a reprimir el comportamiento de un particular criminal generalmente de carácter privado. Aquí los estados utilizan el Derecho Internacional para luchar contra una criminalidad de la cual ellos son víctimas (contrabando, tráfico de estupefacientes, atentados contra la seguridad de la navegación, la aviación civil, etc.); y

(c) *aquellos cometidos por un individuo en el ejercicio criminal de la soberanía de un Estado.*

Los crímenes contra la Humanidad *constituyen una ofensa internacional* incluida en esta última clase, por lo cual ésta es la relevante para nuestro examen. Aquí la obligación penal existe como regla de Derecho Internacional independientemente de su captación por los derechos domésticos. Su objeto es reprimir las conductas culpables de crímenes especialmente aberrantes cometidos en nombre o por cuenta de un Estado. Su finalidad consiste en asegurar la paz y la seguridad de la Humanidad como también el orden público internacional sostén de la sociedad internacional.

En segundo lugar, los crímenes contra la Humanidad *constituyen una ofensa perteneciente al DIPenal*, en tanto éste lo origina a partir de sus fuentes. Como distinguimos al comienzo de la obra, diversas ofensas internacionales que poseen elementos extranjeros son definidas por cada derecho interno y forman parte de un derecho penal transfronterizo basado en la cooperación y asistencia jurisdiccional, en tanto el DIPenal implica básicamente ataques realizados por uno o mas Estados contra una o varias sociedades o parte de ellas (el ejercicio criminal de la soberanía estatal). Además la norma penal internacional impone a los derechos domésticos la obligación de internalizarla, tipificando las conductas criminales dentro de cada derecho estatal.

En tercer lugar y como consecuencia de lo antedicho, *el Derecho Internacional Público necesita ser compatibilizado con los derechos penales domésticos.*

En la esfera doméstica cualquier criminal es perseguido y castigado, mientras que en líneas generales conforme el Derecho Internacional Público, los gobernantes y agentes del Estado gozan de inmunidades en virtud del principio de igualdad soberana de los Estados. Desde la legislación nacional, ciertas legislaciones

domésticas (Francia entre ellas) reconocen el delito de crímenes contra la Humanidad. Como los autores analizan la cuestión desde su mismo derecho doméstico, estudian la manera en que los Tribunales nacionales tratan el tema basados en el derecho penal interno y no desde la perspectiva del DIPenal. Se trata casi de una visión doctrinaria y jurisprudencial de la figura y un análisis práctico de la jurisdicción universal. No existe en consecuencia el análisis de una problemática de la existencia de la cuestión desde una visión internacional, sino sólo el comentario de normas existentes y su aplicación por las jurisdicciones locales.

Desde el prisma del Derecho Internacional, el crimen es cometido por un Estado y el criminal es un individuo que detenta el poder en ese Estado. En esta hipótesis, el derecho doméstico deviene irrelevante por *impotente*: el hacedor de las normas es el criminal a juzgar. Esta particularidad referida al autor y/o responsable del acto hace necesario extraer el tema del derecho doméstico, para situarlo en la órbita del Derecho Internacional.

McAuliffe refiere una interesante definición de los crímenes contra la Humanidad aportada en la decisión sobre los méritos en el caso Erdemovic fallado por el TPI para la ex – Yugoslavia. Aquí se los caracteriza como *“aquellos que trascienden al individuo porque cuando el individuo es atacado, la misma Humanidad es negada y afectada por ese ataque; es en consecuencia el concepto de humanidad como víctima lo que esencialmente caracteriza a los crímenes contra la Humanidad”*.

El art. 7, inciso 1º del Estatuto de Roma enumera los diferentes actos que se integran dentro de la figura: *“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”*

De los once actos enumerados, es interesante reparar en (a) la inclusión de varios delitos internacionales “tradicionales” por ser históricos, como los asesinatos en masa, la esclavitud, la persecución grupal y la tortura; (b) la inclusión de la “desaparición forzada de personas” que ha llegado a ser considerada una ofensa compleja y autónoma; (c) la inclusión del apartheid como sistema socio – político criminal que ya había merecido esta condena mediante Resoluciones del Consejo de Seguridad y Asamblea General ONU.

Los elementos que tradicionalmente han compuesto la figura son:

(a) *un nexo con el conflicto armado*: este requisito ha venido perdiendo fuerza, hasta llegar al Estatuto CPI (1998) documento que lo descarta. De ser requerido, no podrían incluirse a futuro situaciones tales como las vividas bajo los regímenes de Chile, Haití, Argentina.

(b) *una población civil* contra la cual se dirigen los actos incriminados en tanto el objetivo sea atacar a un número sustancial de la misma.

(c) *el discernimiento*: el Estatuto de Roma es el único instrumento internacional que requiere un elemento de “discernimiento” (discriminatory intent) para la comisión de crímenes contra la Humanidad. Según una interpretación este requisito implicaría que el victimario poseyera la intención de trascender la persona de la víctima, siendo su objetivo eliminar al grupo de pertenencia de la misma. Una segunda interpretación refiere que lo que Roma demanda son *bases de discernimiento* (discriminatory grounds) en lugar de la *intención de discernimiento* (discriminatory intent), bastando que el ataque a un individuo ocurra en el contexto mayor del ataque a un grupo particular.

En el caso Tadic juzgado por el TPIY, la Cámara de Apelaciones adoptó el criterio del *discriminatory intent* para juzgar todos los actos incluidos en su jurisdicción y competencia bajo la denominación de crímenes contra la Humanidad, lo cual alentó la controversia. En el caso AKAYESU, el TPI para Rwanda distinguió entre genocidio y crímenes contra la Humanidad en lo que concierne a la intención necesaria para cometer cada figura. El TPI estableció “*crimes against Humanity differs from genocide in that for the commission of genocide special intent is required. This special intent is not required for crimes against Humanity*” (los crímenes contra la Humanidad difieren del genocidio en que para la comisión de este último se requiere una intención especial, la cual no es requerida en los crímenes contra la Humanidad). Según se interprete, puede requerirse que el responsable tenga especial voluntad de exterminar el grupo al que pertenece su víctima, o bien solo puede solicitarse que el responsable cometa la ofensa en conocimiento de la existencia del ataque a un grupo particular.

(d) *una acción o política estatal o de una organización*: el Estatuto de Roma constituye el primer instrumento internacional en incluir la necesidad de la existencia de una “política estatal o de una organización” dentro de la definición de los crímenes contra la Humanidad.

(e) *un ataque sistemático o generalizado*: es éste un elemento central de la definición. Se requiere un nexo entre los crímenes alegados y el ataque sistemático o generalizado contra los civiles, requisito que diferencia los crímenes contra la Humanidad de los crímenes comunes cometidos en la jurisdicción doméstica. El Estatuto CPI lo contempla por primera vez.

(f) un elemento *mental*: raramente explicitado por ser evidente, implica que en las conductas comprendidas dentro de los crímenes contra la Humanidad, el victimario debe tener conocimiento del nexo existente entre el acto que comete (muerte, violación, etc.) y el ataque sistemático o generalizado contra los civiles que se está llevando a cabo. Así el art. 7 del Estatuto de Roma refiere: “... *with knowledge of the attack*” (con conocimiento del ataque).

De los seis elementos mencionados, el Estatuto CPI de Roma requiere tres con carácter esencial a fin de caracterizar a los crímenes contra la Humanidad. Debe tratarse de:

(a) un ataque generalizado o sistemático;

(b) cometido contra civiles; y

(c) debe existir un elemento subjetivo que conecte la ofensa perpetrada con el ataque mayor.

No es necesario que el victimario se proponga participar específicamente en el ataque sistemático o generalizado mayor, ni que conozca que tal ataque es parte de la ejecución de una política estatal o de una organización, como tampoco se requiere el nexo con el conflicto armado.

6.d. Los crímenes de guerra

6.d.1. Evolución normativo - sociológica

Esta ofensa se encuentra comprendida en el Derecho Internacional Humanitario o Derecho de los Conflictos Armados, a partir de la codificación contenida en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, los cuales han sido ratificados por casi todos los Estados del mundo. Las conductas graves allí previstas forman parte del *ius cogens*.

El Derecho Internacional Humanitario exige a cada Estado Parte en los Convenios buscar a los sospechosos de cometer u ordenar cometer infracciones graves previstas, enjuiciarlos ante sus tribunales nacionales o extraditarlos a Estados en los que exista *prima facie* una causa contra ellos o entregarlos a un tribunal penal internacional. El punto determinante en función de la aplicación de estas normas lo constituye la noción de “*infracciones graves*” y “*personas y bienes protegidos*”. Las infracciones se resumen en las conductas enumeradas y cometidas durante conflictos armados internacionales contra las “*personas y bienes protegidos*” por los Convenios (náufragos de las fuerzas armadas, marinos o soldados heridos, prisioneros de guerra y civiles). Las conductas abarcan:

- (a) el homicidio intencional;
- (b) la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- (c) el causar deliberadamente sufrimientos o atacar gravemente contra la integridad física o la salud mental;
- (d) la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita o arbitrariamente;
- (e) el obligar a un prisionero de guerra o a un habitante de un territorio ocupado a prestar servicio en las fuerzas de la potencia hostil;
- (f) el privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a un habitante de un territorio ocupado del derecho a un juicio justo y ordinario;
- (g) la toma de rehenes; y
- (h) la deportación o traslado ilícitos o el confinamiento ilícito de un habitante de un territorio ocupado.

Como podemos apreciar en los Convenios de Ginebra existen dos omisiones de gran importancia: (a) no prevé el trato brindado por un Estado a sus propios nacionales en ninguna de las cuatro categorías de personas protegidas; y (b) tampoco se previó inicialmente la comisión de las conductas sancionadas en tanto se cometan durante un conflicto armado no internacional. Esta última omisión fue salvada parcialmente por el II Protocolo de 1977 mediante el artículo 3 común a los Convenios.

6.d.2. Los elementos de los crímenes de guerra

El Estatuto CPI tras afirmar la competencia de la Corte en razón de la materia respecto de los crímenes de

guerra, enumera los actos comprendidos dentro de la figura (art. 8, inc.2). Básicamente las conductas incriminadas son cinco. Cada una cuenta a su vez con varias sub-figuras, preocupándose además por la diferenciación ya contenida en los Convenios de Ginebra entre conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales:

“a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra);

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa;

d) El párrafo anterior se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional;

f) El párrafo anterior se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.”

La enumeración es detallada, haciéndose eco de los actos contemplados de manera exhaustiva en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. El tratamiento de las situaciones de derecho internacional ha sido dejado a la interpretación que realice la CPI. En los incisos c) y e) se hace referencia a la aplicación de la normativa en conflictos armados que no sean de índole internacional “*dentro del marco establecido de derecho internacional*”. Sin embargo, a renglón seguido se deja en claro que tales párrafos no se aplican a “las situaciones internas y de disturbios interiores”. Con lo cual se deja abierta la calificación para aplicar o no la normativa en cada caso concreto.

Según observamos existe una importante tendencia que compartimos, dirigida hacia la ampliación de las personas protegidas, asimilando a este fin los conflictos armados internacionales con los internos. Tratamos el punto al comentar la decisión final del TPI para la ex – Yugoslavia en el caso Tadic.

Capítulo 2

LA PERSONA FÍSICA PUEDE SER SUJETO DE RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL Y DEL DIPENAL APLICABLE

1. Los autores de los ilícitos internacionales: la discusión cobra fuerza

Como autores de las infracciones internacionales, ASCENSIO distingue entre: (a) el Estado; (b) las colectividades no estatales; (c) los individuos, sean gobernantes, superiores jerárquicos o directamente ejecutores e incluso los individuos en tanto personas privadas. En las tres posibilidades mencionadas surgen cuestiones no resueltas en donde la norma *de lege lata* puede entrar en conflicto con la norma *de lege ferenda*, lo cual trataremos en estas líneas.

En toda pretensión estatal de aplicar el derecho interno ante la comisión de una ofensa de carácter internacional existe una cuestión fundamental subyacente. El Estado alegará que las conductas represivas actuadas durante el conflicto en contra de la población civil y los insurgentes han sido ordenadas y ejecutadas en miras de sostener la ley y el orden. La consecuente defensa estatal pasará por afirmar que los actos en cuestión fueron realizados dentro de las previsiones del estado de Derecho con lo cual se impide su juzgamiento.

Esta es la *pretensión de autosuficiencia jurisdiccional* penal estatal fundada en el principio de la igualdad soberana de los estados.

Las conductas violatorias de los derechos fundamentales de la persona constituyen ofensas del DIPenal, delitos *contra la Humanidad* en el sentido lato del término. Derivan dos consecuencias.

Primero, será inútil que los Estados invoquen protección alguna frente a la pretensión punitiva a fin de evitar que tales ofensas sean perseguidas por la jurisdicción internacional frente a la inacción o renuencia de los Estados concernidos. El respeto al *domaine réservé* de cada sujeto estatal cede ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Segundo, respecto del juzgamiento de tales ofensas, deviene intrascendente la situación en la cual se producen. Sean perpetradas en tiempo de paz o guerra, sea el conflicto de carácter interno o internacional en todo caso lo relevante es la comisión de la ofensa y la obligación de su conocimiento y castigo. En lo estrictamente relacionado con la figura de los crímenes de guerra, mencionamos que existe una importante corriente doctrinaria y jurisprudencial que se pronuncia por eliminar la distinción entre conflictos armados internacionales y no – internacionales. El carácter aberrante de las conductas incriminadas que superó las vallas de la soberanía estatal de los perdedores en la práctica y en las convenciones de ambas posguerras, continuará prevaleciendo a fin de ampliar el núcleo de personas protegidas. La gran batalla por dar es respecto de la responsabilidad de los ganadores...

A lo dicho se añade un fundamento moral. Si afirmamos que los actos controvertidos suponen una violación de los derechos fundamentales de la persona y de la Humanidad en su conjunto, tales figuras se relacionan de manera directa con el núcleo básico de derechos. Este núcleo recibe el amparo del Derecho Internacional, formando parte del *ius cogens*. Es evidente que cualquier ofensa internacional ejecutada por el Estado a través de sus gobernantes o agentes o particulares bajo su aquiescencia, no puede quedar al exclusivo arbitrio de la jurisdicción doméstica. Nace entonces la necesidad de ofrecer la posibilidad de jurisdicciones diversas en caso que el mismo Estado por acción u omisión brinde impunidad a los responsables.

Sumamos al fundamento axiológico otro de carácter histórico – sociológico. El principio de *inmunidad de jurisdicción* por el cual ningún estado posee jurisdicción sobre los agentes de otro Estado por actos ejecutados en su capacidad oficial no se aplicó al genocidio ni a los crímenes de guerra. Así quedó establecido en la letra de los Acuerdos de Paz de Versailles, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y en la Proclama de Creación del Tribunal Militar Internacional de Tokio. Con esto, la práctica de los Estados en ambas posguerras sumado a la positivización de los principios fundamentales que guiaron aquellas conductas estatales y su posterior aceptación por el resto de la sociedad internacional, colocan en la cúspide de la pirámide protectora al núcleo básico de derechos fundamentales por sobre cualquier derecho de los Estados.

Reparamos a continuación en los tres potenciales autores de las ofensas internacionales que refiere ASCENSIO, enfatizando el análisis del individuo como potencial autor criminalmente responsable de un ilícito internacional.

2. El Estado como autor de un ilícito internacional

Aquí la cuestión se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado en el doble carácter de persona pública y persona privada en base a la tradicional división entre actos de imperio y actos de gestión (*acti iure imperii et iure gestionis*). Tras la aceptación de esta distinción se pasó de la inmunidad absoluta a la inmunidad cualificada o relativa. Este último principio concede inmunidad de jurisdicción al Estado sólo respecto de aquellos actos ejecutados en su capacidad de sujeto de derecho internacional y no en relación con sus actos comerciales de esencial naturaleza privada.

Los primeros instrumentos internacionales que recogieron la distinción comentada fueron la Convención Europea sobre Inmunidad de Estados de 1972 y la Convención Preliminar de Montreal sobre Inmunidad de los Estados aprobada por la Asociación de Derecho Internacional en 1982. Comentan AKEHURST – MALANCZUK que hacia 1992 la Comisión de Derecho Internacional ONU había arribado a un consenso respecto del borrador de los artículos sobre Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y su Propiedad, existiendo una tendencia hacia el reconocimiento restrictivo de la teoría de la inmunidad estatal. Respecto de los actos ejecutados *iure gestionis* por un Estado extranjero, la opinión prevaleciente es que los estados son libres de garantizar inmunidad, no existiendo en definitiva una *obligación* impuesta por el Derecho

Internacional. En este aspecto vale recordar el llamado “caso Gronda” en el cual tuvo destacada actuación el profesor Goldschmidt. En el mismo quedó de manifiesto “*la tesis clásica sustentada por la Argentina de acuerdo con la cual no puede estar sometida a juicio ante un tribunal extranjero sin su conformidad y aun en el caso que por cualquier eventualidad ello sucediese, la sumisión a la cognición de un tribunal extranjero no implica análoga sumisión a las medidas ejecutivas que pudieran dictarse en el proceso...*”.

En relación con esta primera cuestión, ha cobrado fuerza básicamente en los USA la doctrina del “acto de estado” por la cual los actos de un estado, ejecutados dentro de su propio territorio no pueden ser controvertidos en las cortes de otros estados. Según la versión mas extrema de esta doctrina se afirma la inmunidad absoluta aún cuando tales actos fueran realizados en *violación* del Derecho Internacional. En general los Estados civilistas no receptan esta doctrina. La “doctrina del acto de estado” constituiría un corolario del principio de inmunidad soberana como regla del Derecho Internacional, por la cual gobernantes y agentes del Estado poseen inmunidad de proceso respecto de los actos ejecutados en nombre del estado bajo el cual sirven o han servido. Sin embargo, la misma doctrina del acto de estado excluye de su aplicación a los crímenes de guerra, los crímenes contra la Humanidad y los crímenes contra la paz. Volveremos sobre este punto al discutir la cuestión del individuo como autor de una ofensa internacional.

Es necesario diferenciar entre los actos ilícitos de naturaleza civil y comercial de aquellos de naturaleza criminal. La doctrina de inmunidad de jurisdicción tanto en su carácter absoluto como relativo se entiende enunciada respecto de los primeros. En consecuencia, la misma no debe ser utilizada para brindar inmunidad al Estado en relación con el conocimiento y castigo de actos de naturaleza criminal internacional ejecutados por sus agentes y/o gobernantes. Claro está que de manera previa, tales conductas deben poseer *reconocimiento internacional*. Así la base jurídica se ha constituido con el desarrollo progresivo de las figuras que hoy componen el DIPenal. Así considerados ambos supuestos, podemos pretender que la *inmunidad* reclamada no devenga en *impunidad*.

Ahora bien, es evidente que como persona jurídica el Estado debió servirse de ejecutores para la concreción de las ofensas criminales internacionales. Nace aquí la útil distinción entre la responsabilidad criminal de los individuos que actuaron como agentes o gobernantes de un Estado y que se han servido de sus estructuras para perpetrar tales ilícitos penales, y la responsabilidad internacional del Estado analizada desde el Derecho Internacional Público. En este último caso se aplican los principios comentados en el inicio siendo invocable la inmunidad absoluta o relativa. El Estado podrá alegar inmunidad como sujeto de derecho internacional, sin embargo sus gobernantes o agentes no podrán valerse de la misma a fin de obtener impunidad frente a la comisión de las conductas que forman parte del núcleo duro de ofensas internacionales.

3. Las colectividades no estatales como autoras de un ilícito internacional

Existen variados actores que complementan el accionar de los sujetos clásicos del Derecho Internacional.

Entre éstos cuentan las organizaciones internacionales, las organizaciones inter – gubernamentales, las organizaciones no gubernamentales, las compañías multinacionales, las minorías étnicas y pueblos indígenas y *los grupos insurgentes y movimientos de liberación nacional*. A los efectos del presente punto, reparamos en los últimos.

Al comentar la actividad de estos grupos, es conveniente diferenciar dos cuestiones que surgen. Por un lado, el tratamiento que el gobierno del Estado contra el cual actúan, brinda a los miembros de estas colectividades. Por otro lado se presenta la cuestión de *aquellas conductas criminales perpetradas por los miembros de estos mismos grupos*. ¿Existe en este último caso algún tipo de responsabilidad internacional o la jurisdicción estatal es la única habilitada? En este apartado reparamos en esta última cuestión.

Tanto los grupos insurgentes como los movimientos de liberación nacional al accionar en defensa de sus derechos pueden involucrarse en situaciones que impliquen una potencial responsabilidad por la comisión de ofensas internacionales. De ser así, en tanto no sean reputados como sujetos por el Derecho Internacional clásico, su responsabilidad quedaría acotada al derecho doméstico, el cual los juzgará como delitos comunes. Sin embargo en tanto el conflicto escale en gravedad y comience a teñirse de elementos extranjeros, habrá que reparar en la posibilidad de su internacionalización jurídica para que le sean aplicables los principios del Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y especialmente el DIPenal y su jurisdicción consecuente. La finalidad es evidente: cambiar el derecho aplicable y la jurisdicción competente en su caso. En otras palabras, internacionalizar la investigación y el castigo de las ofensas a fin de brindar las mayores garantías procesales tanto a víctimas como a victimarios.

Como veremos luego, tanto la Corte Internacional de Justicia ONU como los Tribunales Internacionales para la ex - Yugoslavia y Rwanda han establecido pautas fundamentales a fin de proceder al reconocimiento de personalidad jurídica internacional a los grupos insurgentes o de liberación nacional y en virtud de ésta, posibilitar su captación por la normativa internacional.

Respecto de los **grupos insurgentes**, ciertos artículos propuestos por la Comisión de Derecho Internacional ONU sobre la Responsabilidad de los Estados, concuerdan en no considerar como acto del gobierno en el poder a aquellas conductas antijurídicas perpetradas por un grupo insurgente que haya logrado el control de *parte* del territorio del estado. Sólo en caso que el grupo insurgente logre posteriormente hacerse cargo del gobierno, se reconocerán retroactivamente tales actos como ejecutados por el Estado en cuestión.

Con esto se presentan dos opciones según el éxito o fracaso de la insurgencia:

(a) si el grupo insurgente triunfa, existirá responsabilidad internacional del Estado en tanto el nuevo gobierno será el responsable de las ofensas internacionales cometidas. De igual manera es poco probable que el gobierno juzgue su propio accionar con lo cual tendremos que recurrir a la jurisdicción internacional o universal en su caso, en busca de justicia.

(b) si el grupo insurgente no triunfa, será el propio Estado el principal interesado en juzgar las ofensas criminales conforme el derecho doméstico muy probablemente en base al principio de territorialidad. Acá entra en consideración otra cuestión esencial que aunque no forme parte de nuestro trabajo, debemos

mencionar y que consiste en brindar las máximas garantías procesales a fin que el conocimiento y castigo de las conductas no sea trastocado por la simple venganza.

Diferente es la cuestión de los **movimientos de liberación nacional**. Aquí el punto clave no pasa por la situación fáctica de efectivo control de parte del territorio, sino por el reconocimiento político obtenido por el movimiento en su calidad de representante de la nación sometida a dominio extranjero. Su pretensión de personalidad jurídica estará ligada a la necesidad de controlar una parte del territorio, sólo respecto de la figura de los crímenes de guerra.

En lo relativo a la comisión de las otras tres figuras y especialmente el genocidio y los crímenes contra la Humanidad, opinamos que los movimientos de liberación nacional deben ser considerados sujetos del DIPenal a fin de reconocerles plena capacidad penal a sus integrantes para comparecer subsidiariamente ante una jurisdicción internacional.

Como tratamos posteriormente, el juzgamiento de los responsables de crímenes internacionales en la guerra civil que padeció Rwanda favoreció el desarrollo de una interpretación extensiva y protectora de los derechos fundamentales. En caso contrario, de llegarse a un acuerdo entre el respectivo movimiento de liberación nacional y el Estado contra el cual se alzó que implicara la no persecución de los responsables de ofensas internacionales, las mismas quedarían impunes. Si nos hemos pronunciado afirmativamente sobre la posibilidad de juzgamiento internacional de los responsables de la comisión de ofensas internacionales sin importar su calidad de gobernantes o agentes del Estado, no encontramos razones jurídicas de peso que impidan el juzgamiento de los miembros de los movimientos de liberación nacional. Máxime cuando los mismos pueden haber dirigido sus acciones desde diferentes jurisdicciones de las del territorio del Estado con el cual se mantiene el conflicto.

Es igualmente interesante reparar en que algunos de los actos perpetrados por sectores extremos de ciertos movimientos de liberación nacional, bien pueden ser simple y directamente identificados como **terroristas**. Es claro que los movimientos de liberación nacional que en virtud de su actividad política pacífica poseen reconocimiento jurídico internacional, podrán responder por las ofensas internacionales que cometan. Recordamos el año 1988 cuando el gobierno de USA invocando su normativa Anti – Terrorista intentó clausurar la oficina de la OLP en Nueva York aunque finalmente una corte norteamericana declaró tal proceder como violatorio del Acuerdo de Sede entre los USA y la ONU. Aún sin territorio, el tratamiento jurídico internacional debe ser similar al de los Estados.

La zona gris se presenta respecto de los *grupos extremistas o fundamentalistas* que existen dentro de estos movimientos. ¿Responderán en este caso los movimientos de liberación nacional?. Tales los casos de Hamas y Hizbollah frente a la Organización para la Liberación de Palestina, el Inkatha Freedom Party de Mangosuthu Buthelezi respecto del Congreso Nacional Africano de Mandela, o Al Qaeda respecto del reclamo político en el mundo islámico. Una pauta para la opinión podría estar dada por el efectivo control que se pueda tener de estos grupos fundamentalistas. Sin embargo la situación es muy compleja.

La posibilidad de considerar al terrorismo como una ofensa internacional autónoma o bien de incluirlo como una conducta mas entre las mencionadas como crímenes contra la Humanidad, habilitaría desde un segundo ángulo la jurisdicción internacional. Resaltamos que en esta cuestión, los Estados Unidos es uno

de los países mas interesados en la inclusión del terrorismo como ofensa internacional autónoma, aunque con la intención de ejercer la propia jurisdicción penal en base al principio universalista sin por esto favorecer jurisdicción internacional alguna.

4. El individuo como autor de un ilícito internacional

Este tercer tipo de autoría constituye el centro de nuestra atención a fin de validar la segunda hipótesis que afirma que la persona física puede ser sujeto de responsabilidad penal internacional y del DIPenal aplicable. La responsabilidad internacional de la persona física se afirma en los extremos representados por Nüremberg y Tokio (1945/6) por una parte y Roma (1998) por la otra. Existen además otros instrumentos internacionales como:

(a) el Proyecto de Código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (1954) en su art. 3: *“El hecho que una persona haya actuado como Jefe de un Estado o como autoridad del Estado no la exime de responsabilidad perpetración de cualquiera de los delitos definidos en el presente código”*;

(b) el nuevo Proyecto de Código en materia de Crímenes contra la paz y Seguridad de la Humanidad (1991) en su art. 13: *“El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, y en especial el hecho de que haya actuado como jefe de Estado o de gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal”*;

(c) el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex – Yugoslavia (1993) en su art. 7.2: *“La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena”*; y

(d) el Estatuto del Tribunal Internacional para la Rwanda (1994) en su art. 6.2: *“La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena”*

4.a. Los regímenes duales de justicia

Según afirmamos en el capítulo precedente, cada ordenamiento estatal debiera modelarse a fin que tanto su estructura como su contenido respeten el DIPenal. No obstante la realidad demuestra que las relaciones existentes entre cada normativa doméstica y el DIPenal son complejas. Se abre aquí un amplio panorama legislativo que va desde la simpatía absoluta hasta la contradicción íntima. En este último extremo hallamos desde normas que alientan directamente la comisión de ofensas internacionales hasta aquellas que provocan la inacción dolosa del Estado de manera que los crímenes puedan perpetrarse. También importará la forma organizacional del Estado, o bien será una autocracia donde no existe división de poderes o bien no existirán los controles efectivos que hacen al Estado de Derecho. En el régimen Hitleriano, existían dos aparatos represivos diferenciados que actuaban de manera independiente: uno de naturaleza jurídico - penal que formaba parte de la estructura clásica del Estado y otro de naturaleza política compuesto por las SS, SA y GESTAPO. Las detenciones políticas que llevaban adelante estas últimas no podían ser revisadas por la Justicia. Esto implicaba la convivencia de dos sistemas de justicia dentro de un mismo ordenamiento jurídico. El primero era el sistema clásico y administraba los conflictos del derecho penal común, cumpliendo al menos con la *mascarada* de un sistema de justicia. El segundo era un sistema que llamaremos de “justicia abreviada”, por ser de naturaleza sumarísima, desconocer las garantías procesales aportadas por el

humanismo y buscar desentenderse de manera inmediata del problema que previamente se ha identificado como enemigo del régimen. Lamentablemente este sistema Nazi fue y continua siendo imitado en variadas regiones y situaciones. El sistema argentino del período 1976-1983 recuerda en parte esta división de tareas. Como consecuencia, las figuras penales domésticas concurren al sistema estatal de justicia mientras que las ofensas internacionales son tan negadas como practicadas por el gobierno que las ejecuta en calidad de ejercicio criminal del poder.

Es claro que en las jurisdicciones donde existe esta división bipolar del sistema de justicia estatal, ninguna solución justa podrá lograrse en la esfera interna en tanto se encuentre vigente el sistema. Si posteriormente se logra quebrar la dualidad, instaurando un sistema único de justicia independiente, entonces deberá ser el Estado en cuestión quien tenga prioridad para investigar y castigar los crímenes perpetrados. Pero hasta tanto esto no ocurra es imposible pretender que el sistema dual de justicia se quiebre en favor de la investigación de las ofensas. Esto es así porque el fundamento mismo del sistema dual reside en la pretensión de *conservar las formas jurídicas* al tiempo que se *perpetran las ofensas internacionales* cumpliendo con el interés del régimen que se identifica con el interés nacional.

Es entonces natural que propongamos la aplicación inmediata de la jurisdicción internacional en todos los casos en que se encuentre vigente este régimen dual de justicia y exista la denuncia de una ofensa internacional sin que sea relevante la calidad personal de los responsables como ya veremos.

Esta es una contradicción tan íntima como perversa del sistema. Los estados a través del sistema dual de justicia, conservan la forma clásica de organización de justicia y en función de ella levantan la protección internacional de la inmunidad soberana, reclamando el ejercicio de su jurisdicción con carácter excluyente. Al mismo tiempo, tras esta mascarada se esconde el ejercicio criminal del poder estatal.

4.b. La calidad de los autores y responsables

Considerando las diferentes figuras que componen el núcleo duro de ofensas internacionales, la mayor parte de las conductas involucradas han sido tradicionalmente perpetradas por agentes de un Estado y ordenadas por sus gobernantes. Cuando esto sucede, nace la problemática en análisis. Sin embargo las ofensas también pueden ser cometidas por privados que actúan bajo la pasividad criminal de una jurisdicción que no dudamos en llamar cómplice.

Cierta doctrina distingue entre la criminalidad del gobernante y la del particular común. ROULOT (2002) cree conveniente distinguir las ofensas internacionales actualmente reconocidas de otras figuras de carácter internacional pero esencialmente cometidas por privados sin vinculación con el Estado, tales como el tráfico ilícito de estupefacientes, la trata de blancas, la pornografía infantil, etc. . Las primeras gozarían de una completa protección en tanto las segundas solo habilitarían a reclamar la defensa prevista por los Estados en función del auxilio y cooperación jurisdiccional, manteniendo incólume la concepción de la soberanía Estatal. De aceptarse esta idea, cabe preguntarse si las ofensas “privadas” no serán incorporadas en el núcleo duro de ofensas conforme la evolución del DIPenal.

La Comisión de Derecho Internacional ONU contempló estas ofensas en los borradores de lo que luego

sería el Tratado de Roma y las descartó hacia 1990 como conductas que pudieran conceder jurisdicción a la CPI.

Se opina que estas figuras de la criminalidad internacional “privada” tienen un simple carácter penal transfronterizo, involucrando diferentes Estados y sistemas normativos, diferente de aquellos crímenes contra la humanidad. En este último supuesto, el responsable de las ofensas es además de un criminal, un gobernante o agente de un Estado soberano.

No creemos relevante considerar la cuestión desde la calidad del sujeto (sea gobernante, agente o simple particular) sino en el carácter de la figura criminal imputada, dirimiendo si forma o no parte del núcleo duro de ofensas internacionales. Cualquiera sea la calidad del imputado, éste deberá responder en caso que sea hallado responsable de una ofensa internacional. Así, *el genocida será castigado* ya sea gobernante, agente o un simple particular que actuó bajo la absoluta pasividad del Estado. Ahora, si la figura *no se enmarca* conforme la evolución presente del DIPenal, *dentro del núcleo duro de ofensas internacionales*, tampoco importará la calidad del responsable. Es claro que la trata de blancas llevada adelante por un gobernante o agente estatal no brindará jurisdicción a la CPI por la sola calidad del autor.

Tampoco es relevante esta distinción basada en la calidad del responsable a fin de distinguir cuales ofensas criminales son internacionales y cuales no: existen aquellas sobre las cuales hoy existe consenso en que forman parte del *ius cogens* y aquellas que no han logrado esta calidad. Como ya afirmamos, la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como reflejo de la moral internacional podrá ayudar al aumento de figuras incluídas en el núcleo duro de ofensas, sin que el incremento se relacione con la calidad personal de los responsables.

En resumen, no creemos relevante en función de la responsabilidad internacional el diferenciar según la calidad del autor sea la de gobernante o agente estatal o simple particular. En todo caso surge una responsabilidad que posee el mismo carácter que la ofensa cometida, esto es, *internacional*.

4.c. La calidad de las víctimas

Pueden mencionarse tres características generalmente presentes en referencia a las víctimas: (a) su residencia en el territorio del Estado que comete las ofensas; (b) su oposición al gobierno que detenta el poder; y (c) sus características personales o sensibles.

Así, las víctimas comparten la calidad de súbditos que se oponen al poder político detentado por los gobernantes del Estado en el que habitan. No obstante, si bien la *residencia* es una característica relevante aunque no siempre presente, la *oposición* manifestada como acciones positivas contra el gobierno puede hallarse absolutamente ausente. En realidad, el rasgo distintivo siempre presente es la previa decisión del régimen de considerar a la persona como *peligrosa* para sus intereses debido a las características que llamamos personales o sensibles (religión, etnia de pertenencia, ideas políticas).

Hannah ARENDT realiza una muy lúcida distinción entre aquellas personas que se oponen abiertamente mediante actos manifiestos y aquellas otras que califica como “*enemigos objetivos*” del régimen estatal criminal. Encontramos así víctimas que han desarrollado una oposición violenta y víctimas que no se han manifestado en modo alguno. No obstante esta diferencia, todas son tratadas por igual. Esta ausencia total

de causa para la comisión de las conductas criminales lleva al Derecho Internacional de los Derechos Humanos a ocuparse del tratamiento que el gobierno brinda a la población bajo su jurisdicción.

Así, el puro “enemigo objetivo” no ejecuta conductas contrarias al régimen que explique aún sin justificar, la *reacción criminal*. Por el contrario, la futura víctima es previamente definida por el gobierno en base a su orientación política, racial, religiosa o de cualquier otro tipo que sea conceptualmente despreciada por el régimen.

En todo caso, la solución es la misma, el “enemigo objetivo” debe ser eliminado: asesinado, desaparecido o expulsado del territorio. El término acuñado hacia fines del siglo XX fue el de ethnic cleansing o limpieza étnica. Aquí el acto criminal consiste en eliminar al Hombre por el sólo hecho de existir y ser parte de una etnia *inferior*.

4.d. La naturaleza de las conductas involucradas

Las diversas figuras que integran el núcleo duro de ofensas internacionales constituyen verdaderos atentados criminales a los derechos del hombre realizados con el objetivo básico de aumentar o conservar el poder del gobernante. Tales conductas podrán ser realizadas de manera directa por los propios gobernantes o sus agentes o indirectamente a través de particulares bajo la anuencia estatal. Este atentado a los derechos fundamentales además de afectar a la víctima en particular, violenta la integridad de la humanidad. Mas allá de su residencia y oposición al régimen, en tanto la persona es perseguida por considerarla un “enemigo objetivo”, todos aquellos que compartan iguales características personales o sensibles correrán igual suerte.

Así el enemigo objetivo se irá construyendo a partir de factores étnicos, políticos, religiosos o culturales. Con la desaparición de cualquiera de estos grupos se suprime uno de los elementos cuya pluralidad enriquece a la necesaria diversidad de la Humanidad. Ésta se encuentra en peligro cuando se ejecutan actos orientados a reducir su pluralismo. Al contar con una comprensión abarcadora de la entidad real de los actos ejecutados por el gobierno en función de la “supresión y limpieza”, se evidencia la utilización de la violencia de manera sistemática e indiscriminada dirigida a la supresión de la diversidad étnica, religiosa, política o cultural.

Considerando todo esto, la naturaleza misma de los actos que componen el núcleo duro de ofensas internacionales consiste en poner en peligro la *paz* y la *seguridad de la Humanidad*.

5. La responsabilidad penal individual en Nüremberg y Tokio

En la acusación de Nüremberg, el Fiscal Hartley Shawcross al abordar la cuestión de la responsabilidad individual de los acusados, traza una comparación entre el derecho doméstico y el Derecho Internacional. Comienza refiriendo la actitud del derecho penal interno frente a una banda de ladrones que roban porque el jefe les ordena las conductas para luego adelantar: “*Les hommes que vous voyez ici ne sont pas dans une situation diferente parce que c’étaient des nations qu’ils cherchaient à piller et des peuples entiers qu’ils essayaient de tuer*” (los hombres que ustedes ven aquí no se encuentran en una situación diferente porque hayan sido naciones las que intentaron robar y pueblos enteros los que intentaron asesinar).

En relación con dos de las ofensas internacionales, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, el Tribunal de Nüremberg apreció una aplastante evidencia de sistemática violencia, brutalidad y terrorismo llevados a cabo por el gobierno alemán en los territorios ocupados por sus ejércitos. Millones de personas asesinadas en campos de concentración, varios de los cuales se encontraban equipados con cámaras de gas para el exterminio de judíos, gitanos y otros miembros de grupos étnicos o religiosos considerados como *razas peligrosas e inferiores*. Sin hallar directamente la muerte, también más de cinco millones de personas fueron deportadas de sus hogares y tratadas como mano de obra barata o esclava. Diversos tipos de actos atroces cometidos por la policía fueron también conocidos por el Tribunal.

El Tribunal Penal Militar de Nüremberg dictó su fallo el 30/09/1946. En el mismo, la aceptación de la idea de una responsabilidad individual se justifica de la siguiente manera: *“Hace tiempo se ha reconocido que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos igual que los estados... Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por los hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo a los individuos que cometen crímenes puede hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional... El principio de derecho internacional que, en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a los actos que tal derecho condena como criminales. Los autores de dichos actos no pueden resguardarse tras sus cargos oficiales para librarse de la sanción de los juicios apropiados... Quien viola las leyes de la guerra no puede lograr la inmunidad por el sólo hecho de actuar en obediencia a la autoridad del estado, cuando el Estado, al autorizar su actuación, sobrepasa su competencia según el derecho internacional... El hecho que se ordene a un soldado que mate o torture, en violación de la ley internacional de la guerra, jamás se ha reconocido como una defensa de tales actos de brutalidad, aunque la orden... pueda ser tomada en cuenta para mitigar la sanción.”*

El Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad contempla en su art. 3 la responsabilidad y castigo, distinguiendo entre la responsabilidad penal individual, la participación criminal y la tentativa. Se limita la responsabilidad criminal y el castigo consecuente a las personas físicas con exclusión de los Estados. Esto no implica que el Estado sea absolutamente exceptuado, sino que los principios y reglas del DIPenal contenidos en el proyecto se aplican exclusivamente a las personas físicas. Por su parte el Estado responderá conforme los patrones clásicos: *“El procesamiento de un individuo por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no exonera a ningún Estado de responsabilidad en Derecho Internacional por un acto o una omisión que le sea atribuible”* (art. 5 Proyecto). Esta es la interpretación correcta.

Como formas de participación se menciona a la complicidad, la conspiración y la tentativa.

La complicidad es definida como el acto “de proporcionar ayuda o asistencia o medios para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad”. La complicidad se había contemplado ya en el VII de los principios de Nüremberg, como también en el primer Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en 1954 y en la CPSG de 1948. Existen dudas en considerar como complicidad la ayuda, asistencia o entrega de medios cuando estas acciones son ejecutadas con posterioridad a la comisión del delito. Hay quienes opinan que en este caso se trata más de encubrimiento que de complicidad. Entendemos que esta es la interpretación que debe darse, quien da refugio a un genocida lo encubre, pero no es cómplice de la ofensa contra la paz y la seguridad de la humanidad.

La conspiración y la incitación directa a cometer los crímenes constituyen otra forma de participación posible. La idea que proviene del principio VI de Núremberg consiste en participar de un plan concertado para la realización de una ofensa de este tipo. La incitación directa se mencionaba en el Proyecto de 1954 en tanto la CPSG agrega que la incitación debe ser pública además de directa.

Por último la tentativa es definida conforme los siguientes elementos: (a) el propósito de cometer un crimen determinado; (b) un acto dirigido a cometerlo; (c) la posibilidad aparente de realizarlo; y (d) la no consumación del crimen por motivos ajenos a la voluntad del autor.

6. El tratamiento de la responsabilidad penal individual en Roma 1998

Como parte de la afirmación de los principios generales de derecho penal, se establece el principio de la responsabilidad penal individual en el art. 25 del Estatuto CPI, afirmándose la competencia solo respecto de las personas naturales, sancionándose la autoría tanto material como intelectual y diversas formas de participación como (a) el ordenar, proponer o inducir a la comisión de un crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa (Art. 25, inc. 3 parág. B); la complicidad, encubrimiento o colaboración en la comisión o la tentativa de comisión, incluso suministrando los medios para la comisión; (c) la contribución en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución debe ser intencional y tener el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte o a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; (d) la instigación directa y pública solo respecto del genocidio; y (e) la tentativa constituida por actos que supongan un paso importante para la comisión aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Aunque respecto de la tentativa, si se desiste de la realización o se impide la consumación no habrá condena si se renuncia íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

El Estatuto CPI prevé en su art. 30 que salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser condenada por la comisión de un crimen de competencia de la Corte, únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento. No importa la calidad pasada o presente de la persona, ni si actuó bajo órdenes.

Cuando en los Elementos de los crímenes no se hace referencia a un factor de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entiende aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el art. 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos. La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y de las circunstancias del caso. La intención implica el propósito de incurrir en una determinada conducta y a la vez el proponerse causar una consecuencia o ser consciente de que la misma se producirá conforme el curso normal de los acontecimientos.

El Estatuto CPI es claro en cuanto a la nula relevancia de la calidad personal del autor o partícipe. Así su art. 27.1.: *“El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena”*. Y en cuanto a las inmunidades

jurisdiccionales y reglas de procedimiento especiales, establece en su art. 27.2. *“Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”*.

Capítulo 3

EL DIPENAL PUEDE APLICARSE DIRECTAMENTE SIN PASAR POR LA JURISDICCIÓN DOMÉSTICA

1. Introducción

A los fines de validar la hipótesis sentada en este capítulo es fundamental reparar en los hitos históricos que hacen al reconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. La efectiva vigencia de la protección de la persona se evidencia durante el siglo XX en el paulatino reconocimiento del individuo como sujeto de Derecho Internacional tanto en instancias administrativas como judiciales de carácter regional y aún universal.

En palabras de la CorteIDH: *“El derecho de petición individual a los tribunales internacionales de Derechos Humanos junto con la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de éstos constituyen (sic...) verdaderas cláusulas pétreas de la protección internacional de los Derechos Humanos.”*

Cronológicamente mencionamos aquellos documentos que constituyen significativos avances en la evolución hacia la plena vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sintetizados en el consenso sobre la creación de una jurisdicción internacional que castigue a los responsables de violaciones al núcleo duro de ofensas. Distinguiremos entre la jurisdicción internacional y la universal, fundamentando por que nos mostramos favorables a la primera y opuestos a la última. Intentaremos reducir a un mínimo los antecedentes históricos básicos de la jurisdicción internacional, centrándonos en la evolución normativa, punto focal del presente capítulo.

2. Fundamentos normativos del Tribunal de Nüremberg

2.a. Acuerdo de Londres y Estatuto del Tribunal Penal Militar

Si bien los rasgos característicos del Derecho Internacional contemporáneo cobran impulso a partir de la IIGM, la idea referida a que ciertas conductas afectan a la sociedad internacional o al conjunto de naciones que la conforman es anterior. Así los escritores han indagado frecuentemente si el individuo es sujeto de derecho internacional; o si existe el deber internacional de actuar o abstenerse respecto de ciertos actos criminales; o si es punible un crimen contra el Derecho Internacional, sin tomar en cuenta la nacionalidad del actor o el lugar de comisión del hecho.

El Tratado de Londres se firma el 8/08/1945 por los representantes de los gobiernos de los cuatro grandes vencedores de la IIGM (USA, UK, Francia y la URSS). El documento aprueba la “Carta del Tribunal Militar Internacional” (TMI, anexo al Tratado), encargado de juzgar a los criminales de guerra nazis. El proceso se lleva a cabo en Nüremberg (Alemania) entre el 20 de Noviembre de 1945 y el 30 de Septiembre de 1946. El

objetivo del proceso fue enjuiciar y castigar a los principales criminales de guerra de las potencias del eje europeo, cuyos delitos no poseían límite geográfico espacial al trascender la jurisdicción territorial de un sólo Estado.

La entidad de las ofensas perpetradas habilitaba a trascender ciertos límites impuestos tradicionalmente por los principios generales del Derecho Internacional.

En primer lugar, la tipicidad doméstica de las figuras devino irrelevante. El Estatuto del TMI extendía su jurisdicción a la responsabilidad individual por delitos contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, sin importar si los mismos hubieran violado la ley interna del país donde habían sido cometidos.

En segundo lugar, la posición oficial que los acusados habían detentado o aún detentaban (en calidad de jefes de Estado, oficiales responsables del gobierno o de las fuerzas armadas, políticos o diplomáticos) no sería tomada en consideración a fin de eximirlos de responsabilidad o atenuar la sanción penal.

En tercer lugar y respecto básicamente de los autores materiales de las ofensas internacionales, la obediencia de órdenes superiores provenientes de su gobierno o de un oficial de rango superior no los eximiría de responsabilidad.

El Tribunal se componía por cuatro jueces, tratando dos grupos de cuestiones: (a) la responsabilidad criminal de los individuos inculcados; y (b) la responsabilidad criminal del gobierno del Reich, el Alto Mando de las Fuerzas Armadas Alemanas y ciertas organizaciones nazis como las SS (Schutzstaffeln), la Gestapo (Geheime Staatspolizei) o Policía Secreta, las SA (Sturm Abteilung) y las SD (Sicherheitsdienst) o Servicio de Seguridad. El 18/10/1945 se fijó la acusación de 24 personas, de las cuales comparecieron 22. La misma se fundó en una variedad notoria de crímenes y actos directamente atroces, entre los cuales contaban la deliberada preparación de una guerra de agresión, el planeamiento del exterminio de grupos raciales y religiosos, asesinatos, malos tratos, torturas y deportaciones de cientos de miles de soldados enemigos y de civiles que habitaban tanto el territorio Alemán como aquellos territorios ocupados por Alemania durante la guerra. Siete organizaciones que formaban parte del Gobierno nazi fueron también acusadas. Gran parte de las pruebas aportadas consistieron en documentos militares y diplomáticos que habían llegado a manos de las potencias aliadas tras la caída del gobierno alemán.

2.b. La Orden No. 10 del Comando Aliado

Además del Tratado de Londres y el Estatuto del TMI otra norma fundamental es la Ley Número 10 del Comando Aliado. Esta norma reguló el inicio de los procesos en el territorio de la Alemania ocupada por cada una de las cuatro potencias vencedoras. Su finalidad consistió en establecer una estructura común dentro de la cual cada Potencia pudiera conducir sus procesos sobre crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad, así como la membresía de los inculcados en cualquiera de los grupos u organizaciones declaradas como criminales por el TMI de Nüremberg por hechos ocurridos en el territorio Alemán (art. 1 CCL).

En las situaciones comentadas, las jurisdicciones locales fueron las encargadas de hacer justicia, estableciéndose ciertos principios básicos de cooperación y auxilio internacional en caso que el acusado se encontrara dentro del territorio Alemán y fuera reclamado bien por una Potencia de otra de las zonas de

ocupación, bien por otro Estado en tanto los crímenes hubieran sido perpetrados en un lugar distinto de su actual residencia. Los crímenes cometidos en el territorio alemán por el régimen Nazi contra su propia población, también serían juzgados por las potencias aliadas conforme las diferentes zonas de ocupación delimitadas.

Consecuentemente, tras el histórico proceso de Nüremberg, se celebraron otros 12 procesos bajo la autoridad de esta Ley 10 del Consejo. En ellos se enjuiciaron los crímenes cometidos en cada una de las cuatro zonas de la Alemania ocupada. Hubo 185 acusados. Al igual que en Nüremberg, la posición oficial de la persona pasada o presente como jefe de Estado o responsable oficial de una dependencia gubernamental no lo liberaba de la responsabilidad por un crimen como tampoco atenuaba su castigo. La obediencia de ordenes gubernamentales o de un superior no era considerada como eximente ni atenuante (art. 2, inc. 5, a. y b. CCL).

Entre los procesados se hallaban médicos que habían llevado a cabo experimentos sobre enfermos y prisioneros en los campos de concentración, jueces inculpados de participar en homicidios y otros delitos encubiertos bajo la apariencia de un proceso legal, industriales que habían participado en el saqueo de los países ocupados y en el programa de mano de obra forzada. Otros acusados fueron los miembros de las SS que habían dirigido los campos de concentración, administrando las leyes racistas nazis u organizando el exterminio de judíos y otros grupos en los territorios del este de Europa; también altos mandos civiles y militares, así como autoridades policiales del Tercer Reich. Como vemos se entremezclaban gobernantes y agentes estatales con personas de carácter privado que habían actuado bajo la acción u omisión pasiva criminal del Estado.

Como penas se preveía la muerte, la prisión perpetua o temporal con o sin trabajos forzosos, multas, el decomiso de propiedad, la restitución de la propiedad ilegalmente adquirida y la privación de todos o algunos de los derechos civiles. (art. 2, inc. 3 CCL). Ciertos médicos y líderes de las SS fueron condenados a muerte, y alrededor de ciento veinte fueron condenados a prisión. Sólo 35 fueron absueltos. Es interesante remarcar que la competencia temporal había sido delimitada entre el 30/01/1933 y el 1/07/1945. Se excedía así el nexo requerido entre las ofensas internacionales juzgadas y el conflicto armado internacional, requisito esencial a los ojos de la doctrina de la época, hoy justamente superada.

3. Consecuencias de Nüremberg: la Resolución 96 (I) de la Asamblea General ONU sobre los Principios del Derecho Internacional Penal

En 13/02/1946 la Asamblea General ONU adopta la Resolución 3 (I), por la cual "*toma conocimiento de la definición de los crímenes de guerra, contra la paz y contra la Humanidad tal como figuran en el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg de 8 de agosto de 1945*". La Asamblea General de ONU había solicitado a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Nüremberg. De manera unánime y sobre la base de un proyecto preparado por la Comisión, en su Resolución 96 (I), la Asamblea General ONU "*confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Nüremberg y por la Sentencia de ese*

Tribunal".

La Resolución declara al genocidio como un delito de Derecho Internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y condenado por el mundo civilizado. La codificación explicita el Derecho Internacional de fuente consuetudinaria existente en la época, con lo cual ésta es su verdadera fuerza jurídica. Los comentamos a continuación:

PRINCIPIO I: “*Toda persona que cometa un acto que constituya un crimen de Derecho Internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción*”.

Ni el estatuto del Tribunal Militar Internacional ni la Comisión de Derecho Internacional ONU definen lo que debe entenderse por “crimen de Derecho Internacional”. Simplemente se limitaron a enumerar aquellas figuras penales internacionales que a la luz de la época arrojaban como consecuencia la responsabilidad individual de sus autores y partícipes. Así afirmó la jurisprudencia de Nüremberg: “*Se ha alegado que el Derecho Internacional se ocupa de las acciones de Estados soberanos... . En opinión del tribunal, debe rechazarse tal alegación. Hace mucho tiempo que se ha reconocido que el Derecho Internacional impone derechos y obligaciones a los individuos, así como a los Estados*”.

Este es el gran legado de Nüremberg y la piedra angular del DIPenal.

PRINCIPIO II: “*El hecho que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya un crimen del Derecho Internacional no exime de responsabilidad en Derecho Internacional a quien lo haya cometido*”.

Se enfatiza aquí tanto la responsabilidad penal individual como el carácter internacional de los crímenes tratados en Nüremberg. Se refuerza el criterio de la jurisdicción internacional (sin arriesgar la *universalidad*) y la competencia del propio Tribunal, aún cuando las figuras imputadas a los acusados no constituyeran delito según el ordenamiento penal local (*lex loci*). Era lógico imponer esta solución cuando en la época en que se perpetraban los crímenes, los mismos acusados eran quienes creaban el propio derecho. Aún así se afirma la no violación del principio de legalidad (“*nullum crimen sine lege*”) ya que las ofensas internacionales perpetradas eran consideradas delitos en virtud de los principios generales del derecho reconocidos por la sociedad internacional antes de ser codificados. Esto fue confirmado luego en el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el cual establece que la promulgación de tal tipo de legislación es compatible con el principio de *nullum crimen sine lege*. El PIDCP establece que nada de lo allí afirmado respecto de la prohibición de imponer penas con efecto retroactivo “*se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”.

PRINCIPIO III: “*El hecho que la persona que haya cometido un acto que constituya un crimen del Derecho Internacional haya actuado como Jefe del Estado o como autoridad del Estado, no lo exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional*”.

La calidad de la víctima constituía un elemento central a vencer para llevar adelante condenas efectivas. Lo contrario hubiera significado la invalidez del proceso de Nüremberg. La inmunidad de jurisdicción estatal derivada del clásico concepto de igualdad soberana de los Estados fue así superada por primera vez en la práctica por el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. Estos habían sido flagrantemente violados por la planificación deliberada del exterminio y/o reducción a condiciones de

esclavitud de diferentes razas consideradas inferiores por la lógica del régimen nacional - socialista. La información y el conocimiento posterior de lo acaecido por parte de la opinión pública internacional fueron circunstancias que coadyuvaron al establecimiento de esta supremacía de los derechos del hombre en un camino de no - retorno.

PRINCIPIO IV: ***“El hecho que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción (duress)”***.

La obediencia debida a las órdenes gubernamentales o de superiores fue uno de los primeros puntos esgrimidos mayor entidad y significación por parte de los abogados defensores. Sin embargo, la posibilidad de su aplicación fue descartada de plano por el Tribunal de Núremberg. Para este cuerpo, la existencia de órdenes superiores que implicaran perpetrar los crímenes resumidos en el Estatuto no podía constituir eximente de responsabilidad, excepto cuando el acusado no hubiera tenido realmente una posibilidad moral de opción (*duress*). Esta imposibilidad moral es lo que el derecho anglosajón considera como requisito subjetivo o volitivo, dándole cabida bajo el concepto amplio de la “*duress*”, explicado al comentar los elementos de los crímenes internacionales. No obstante, la obediencia debida actuó en determinadas circunstancias a modo de atenuante conforme el amplio criterio del juez en interpretar esta posibilidad de opción moral o *duress*.

PRINCIPIO V: ***“Toda persona acusada de un crimen de Derecho Internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho”***.

Fue ésta una enunciación un tanto general y vaga de lo que luego se constituiría en la garantía del debido proceso legal (*due process of law*). Los proyectos elaborados con posterioridad al de la Comisión de Derecho Internacional de 1954 así como el Estatuto de Roma incluyen garantías específicas conforme los principios afirmados en los sistemas de derecho codificado, como el principio de *non bis in idem* y de irretroactividad de la ley penal como parte del debido proceso legal.

PRINCIPIO VI: ***“Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional: crímenes contra la paz; crímenes de guerra; crímenes de lesa humanidad”***.

En tanto al Tribunal Militar Internacional le fue otorgada jurisdicción para entender en el juzgamiento de las personas señaladas como responsables de la comisión o participación en los delitos contra el Derecho Internacional obrantes en su Estatuto, su competencia se limitó a las tres figuras mencionadas. Lo relevante fue la consagración definitiva de la responsabilidad criminal individual internacional tanto de gobernantes y agentes del Estado como de personas privadas. La competencia del Tribunal se extendía entonces a las tres figuras ya mencionadas:

VI.a) ***Crímenes contra la paz***, se definían aquí la planificación, preparación, iniciación o realización de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratados, acuerdos o compromisos internacionales y la participación en un plan conjunto o la conspiración para la realización de cualquiera de los actos mencionados;

VI.b) ***Crímenes de guerra***, los cuales incluían las violaciones graves de las leyes o costumbres de la guerra, conforme venían siendo codificadas a través de las vertientes normativas de los derechos de La Haya y de Ginebra. Entre las violaciones se incluían de manera enunciativa, el asesinato, maltrato o

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

VI.c) **Crímenes de lesa humanidad** contemplando el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos con el fin de cometer cualquier crimen que fuera de competencia del tribunal o en relación con tal crimen, implicara o no el acto una violación del derecho interno del país donde se había cometido.

Esta triple división de las ofensas internacionalmente punibles fue continuada en posteriores proyectos de códigos de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, formulados por la Comisión de Derecho Internacional a pedido de la Asamblea General como también por centros académicos públicos y privados. Finalmente, el Estatuto CPI contempla una división cuatripartita de las figuras internacionalmente punibles de competencia del Tribunal creado, ampliando asimismo la enumeración de actos incluidos dentro de cada una. Roma prevé el crimen de agresión, el genocidio, los crímenes contra la Humanidad y los crímenes de guerra como ofensas independientes que conforman la competencia en razón de la materia de la CPI. Estas cuatro ofensas constituyen según venimos exponiendo, el núcleo duro de ofensas internacional que forman parte del *ius cogens*.

PRINCIPIO VII: ***“La complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, de un crimen de guerra o de un crimen contra la Humanidad, constituye asimismo un crimen de derecho internacional”.***

Esta extensión o interpretación amplia de la propia competencia del Tribunal era inevitable por cuanto la mayoría de los jefes nazis no habían cometido materialmente crimen alguno. Ellos habían planeado, ordenado y supervisado su ejecución. Por esto, la interpretación del Tribunal incluyó la complicidad como forma de participación, aunque en el texto del principio VI y en relación con la agresión, el Estatuto de Núremberg contiene otras formas de participación criminal mas allá de la autoría intelectual, como la conspiración para perpetrar los actos mencionados en su inciso primero.

4. Fundamentos jurídicos del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente

Tokio fue el segundo lugar en el mundo donde se levantó un Tribunal Internacional de carácter militar y penal, con el propósito de juzgar los crímenes cometidos por los gobernantes y agentes del Imperio Japonés y personas privadas que actuaron bajo su aquiescencia durante la IIGM en el llamado Lejano Oriente. Así tuvieron lugar los procesos bajo procedimientos similares a los adoptados en Núremberg y bajo la Autoridad Internacional de las Potencias Aliadas vencedoras, los cuales culminaron con el castigo de los responsables Asiáticos. La Proclama efectuada por el general Douglas MacArthur en su carácter de Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas, efectuada el 19/01/1946 creó el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente compuesto por representantes de 11 países.

La Carta del Tribunal es casi idéntica a la de Núremberg, con la sola excepción de los crímenes contra la Humanidad, respecto de los cuales se aceptó que pudieran ser cometidos contra soldados. De igual forma, varias de sus decisiones se basaron en los argumentos adelantados por el Tribunal de Núremberg, así como en otros extraídos directamente del Acuerdo de Londres.

El juicio de Tokio comenzó el 3/05/1946 y finalizó el 12/11/1948. De los 28 acusados pertenecientes a la más alta jerarquía gobernante, entre los que se encontraban militares, políticos y diplomáticos, 7 fueron condenados a muerte, 16 a cadena perpetua, 2 a períodos cortos de prisión y 2 fallecieron durante el proceso. Ninguno fue absuelto. Como nota curiosa, en 1978, aquellos que habían sido ejecutados en la horca o muerto durante el cumplimiento de la pena de prisión fueron conmemorados como mártires.

5. Otros Tribunales Aliados de posguerra y sus competencias en función de crímenes cometidos durante la IIGM

Como ya mencionamos, otros procesos referidos básicamente a la ofensa de los crímenes de guerra fueron celebrados en países que habían sido ocupados por Alemania, Japón o sus aliados durante la IIGM. En ellos los tribunales locales constituidos a partir de la recomposición de cada Estado fueron los competentes para el juzgamiento.

Junto con las jurisdicciones domésticas, los tribunales militares aliados que actuaron en las cuatro zonas de ocupación de Alemania (Francesa, Británica, Estadounidense y Soviética) se arrogaron jurisdicción para entender en el procesamiento de aquellos Alemanes responsables en base a las leyes de la guerra.

Igualmente numerosos procesos de oficiales militares se celebraron en Filipinas y en Australia por Tribunales Militares Estadounidenses constituidos en suelo japonés, los cuales prorrogaban su jurisdicción para entender en estas situaciones. Así los tribunales Norteamericanos fueron competentes para conocer respecto de alegaciones de violación de las leyes de la guerra (crímenes de guerra) sin permitirseles juzgar las demás ofensas (crímenes contra la paz y crímenes contra la Humanidad).

6. Evolución posterior a Núremberg y Tokio.

6.a. Resolución de la Asamblea General ONU 177 (II) y los Proyectos de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

Dimos cuenta ya que los principios introducidos en Núremberg y Tokio fueron captados por la Asamblea General en su Resolución 96 (I). En 1947, la Asamblea General solicita a la Comisión de Derecho Internacional ONU mediante la Res. 177 (II), la formulación de un Proyecto de Código de los Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad que recogiera los Principios de Derecho Internacional reconocidos en Núremberg. La Comisión inicia su trabajo en 1949. Considerando las observaciones de varios gobiernos, la Comisión de Derecho Internacional presenta en 1954 su Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Sin embargo, la Asamblea General no tratará el tema sino en 1981 cuando invita a la Comisión a reiniciar la tarea finalizada en 1954 adaptándola al nuevo presente internacional. Es en 1991 cuando la Comisión adopta provisionalmente el Proyecto final que transmite a los gobiernos para

que formulen las observaciones convenientes. Pero como en el mismo 1991, la Asamblea General había solicitado a la CDI el estudio del establecimiento de una CPI, el proyecto vuelve a la CDI para analizar los dos pedidos de manera conjunta.

Finalmente la CDI adopta el texto de un proyecto (en la Sesión 48, 1996) conformado por 20 artículos que constituirían el Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La CDI intentó trasladar los elementos operativos existentes en los varios instrumentos aprobados desde la IIGM y adaptarlos a la tarea encomendada. Particularmente añadió ciertas conductas a las ofensas ya consideradas de carácter internacional a fin de incluir las primeras dentro del núcleo duro de ofensas internacionales como parte del ius cogens.

Los crímenes de agresión y genocidio se clasifican como ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad. Cobran así autonomía al constituirse per se en ofensas internacionales abarcando a su vez diversas conductas punibles. Esto demuestra la evolución del reconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el proyecto se afirman tanto los principios básicos que sustentan la jurisdicción internacional que puede devenir universal en función de la obligación impuesta a los Estados de perseguir los crímenes, como el respeto del DIPenal fundado en la responsabilidad internacional individual.

Así, los individuos responsables serían sancionados por los delitos enunciados (arts. 1º y 2º). El proyecto mantuvo el principio de la responsabilidad de gobernantes y agentes, estableciendo que el hecho de haber actuado el inculpado como jefe de estado o funcionario del gobierno, no se constituiría en eximente de responsabilidad para la misma (art. 3º). Agregaba además que el hecho que una persona hubiera obrado obedeciendo una orden de su gobierno o de su superior, tampoco la eximiría de responsabilidad en el Derecho Internacional si a la luz de las circunstancias del momento, era posible para ella no cumplir con tal orden (art. 4º). Esto era fundamental en tanto en la mayoría de los casos los subalternos eran los ejecutores materiales de los crímenes.

6.b. Declaración Universal de Derechos Humanos - Resolución 217 A (III)

Si bien podría argumentarse que formalmente no posee carácter vinculante, la Declaración refleja la fuerza del Derecho Internacional consuetudinario, constituyendo parte del ius cogens, resumiendo los principios reconocidos como básicos por las naciones civilizadas.

En primer lugar, es de importancia reparar en los dos últimos puntos expresados en su Preámbulo y asumidos por los Estados del mundo:

(a) en cooperación con la ONU, se asume el compromiso de asegurar el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre; y

(b) se afirma que una concepción común de estos derechos y libertades es de extrema importancia para el pleno cumplimiento del anterior compromiso.

La efectiva investigación y castigo de delitos internacionales dondequiera que éstos ocurran es requisito inescindible de un respeto pleno y efectivo. La aceptación de la jurisdicción internacional y tal vez universal en relación con la investigación y castigo de violaciones al núcleo básico de derechos jerarquizará a la

protección de los valores primarios de la persona en tanto éstos deban enfrentarse con valores estatales. El universalismo humanista justificará la jurisdicción internacional como obligaciones asumidas por todos los sujetos de la sociedad internacional.

En segundo lugar, a partir de los derechos fundamentales se deriva un núcleo duro de bienes básicos a proteger aceptados por la totalidad de las naciones. Su violación derivará consecuentemente en la comisión de conductas antijurídicas internacionales. La idea de un núcleo duro de ofensas internacionales se deriva de la Declaración Universal de Derechos Humanos, base normativa por tanto de una futura jurisdicción internacional en tanto se le reconozca calidad de *ius cogens*.

Así, dentro del núcleo básico de derechos se menciona a la libertad e igualdad sin distinción alguna (arts. 1 y 2); la vida, libertad y seguridad (art. 3); la prohibición de esclavitud, torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (arts. 4 y 5); el reconocimiento de la personalidad jurídica; la igualdad ante la ley; la prohibición de discriminación; el recurso efectivo ante violaciones a los derechos fundamentales y a un debido proceso; la prohibición de arresto arbitrario; la presunción de inocencia; la privacidad; la libre circulación; el asilo; la nacionalidad; el casarse y fundar una familia; la propiedad individual y colectiva; las libertades de pensamiento, conciencia, religión, opinión y expresión, de reunión y asociación pacíficas; el participar en el gobierno del país y la seguridad social; el trabajo; el descanso; un nivel de vida adecuado; la educación y el tomar parte en la vida cultural de la comunidad (arts. 6 a 29).

Creemos de capital importancia el art. 11 relativo al debido proceso legal, el cual en su inc. 2 menciona *“Nadie será condenado por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional.”* A esto agregamos el primer párrafo del art. 28 *“toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”*. Y el art. 30 fija límites al Estado en función de los derechos de la persona: *“Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”*.

Si los bienes jurídicos universalmente protegidos por la Declaración Universal dan lugar al nacimiento de ofensas internacionales, éstas últimas formarán parte del *ius cogens* en la medida en que progresivamente vayan alcanzando el consenso requerido. Lograda esta calidad, no será necesaria para su persecución, la tipificación doméstica de cada ordenamiento nacional. Su violación habilitará la persecución y castigo de los responsables conforme los principios básicos que otorgan jurisdicción penal a los Estados. A estas bases clásicas se sumarán la jurisdicción internacional y en su caso universal, que quedarán habilitadas por la existencia de un órgano penal internacional permanente o por la obligación de juzgar o extraditar a los responsables, respectivamente.

En caso que los inculpados intenten ampararse bajo el escudo protector de la inmunidad de jurisdicción de los estados, será importante reparar en los arts. 28 y 30 de la DUDH que afirman el compromiso de establecer un orden social internacional efectivo. Esta obligación obsta cualquier interpretación restrictiva sobre la subjetividad internacional de la persona humana, sea víctima o criminal. El art. 30 prohíbe al

Estado, grupos o personas, suprimir cualquiera de los derechos afirmados impidiéndoles alegar derecho alguno a tal fin.

Por lo visto encontramos en la DUDH el embrión de la hoy alegada supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por sobre ciertos principios del Derecho Internacional clásico como la igualdad soberana de los estados y la inmunidad de jurisdicción que es su consecuencia. Los compromisos comentados constituyen una avanzada notable para la época. En los años posteriores, el núcleo básico de derechos fundamentales afirmados en la DUDH será captado por los distintos sistemas regionales de promoción y defensa de los Derechos Humanos en Europa, América y África.

6.c. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio - Resolución 260 A (III)

La Convención constituye el primer instrumento internacional de carácter vinculante que afirma la jurisdicción universal restringida claro, al delito de genocidio. Constituye una pieza fundamental tanto en la evolución jurídica de esta figura como respecto de la supremacía de los derechos fundamentales de la persona humana por sobre las jurisdicciones soberanas de los Estados. La CPSG afirma que el genocidio, ya sea cometido en tiempos de paz o de guerra constituye un delito de Derecho Internacional. Luego califica la figura: *“en la presente convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:*

- a) matanza de miembros del grupo;*
- b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
- c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que haya de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
- d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;*
- e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”* (art. 2 CPSG).

Dentro de la figura de genocidio la CPSG castiga el acto de genocidio; la asociación para cometer genocidio; la instigación directa y pública a cometer genocidio; la tentativa de genocidio y la complicidad en el crimen (art. 3). Establece seguidamente la responsabilidad individual por la comisión, sin importar la calidad de gobernantes, funcionarios o particulares que pudieran tener los inculpados (art. 4).

La jurisdicción penal se establece en cabeza del tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o ante la Corte Penal Internacional que fuera competente respecto de las partes contratantes que hubieran reconocido su jurisdicción (art. 6). Tras afirmar el principio de territorialidad se establece complementariamente la jurisdicción internacional en cabeza de la futura Corte a ser creada, circunstancia que demoró medio siglo.

Finalmente se afirma la obligación de extraditar, reconociéndose el principio *aut dedere aut judicare* (art. 7). Con fundamento en la obligación impuesta a los Estados de cooperar en la persecución del delito, se afirma que la CPSG establece la jurisdicción universal. No obstante debe distinguirse entre el establecimiento de una obligación y la afirmación de una facultad para que cada Estado contemple la figura en su normativa interna la figura y en base a la misma, otorgue jurisdicción a sus tribunales. Por otra parte, la obligación de cooperación y auxilio internacional sobre cuya existencia no se duda, puede satisfacerse de muy variadas maneras. No podemos afirmar que al momento el ejercicio de la jurisdicción universal constituya una práctica generalizada considerada obligatoria en función de ser considerada parte del auxilio internacional

debido entre los estados. Retomamos este punto en las conclusiones.

7. Evolución de los sistemas Universal y Regionales de protección del núcleo básico de derechos de la persona.

7.a. Sistema universal

En primer lugar el sistema universal se resume en la Carta Internacional de Derechos Humanos integrada por tres instrumentos fundamentales: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) con sus dos Protocolos Adicionales (1966 y 1989) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

En segundo lugar, hallamos el Derecho Internacional de fuente convencional que resume y codifica la costumbre internacional en relación con los Derechos Humanos. Aquí hallamos la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención contra la Tortura y otros tratos y castigos crueles, inhumanos o degradantes (1984) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) con su Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía (2000). Los mecanismos con que cuentan estos instrumentos son similares. Consisten en sistemas de reportes periódicos junto con la recepción y seguimiento de quejas frente a violaciones de su respectivo articulado. Tanto los Estados como los grupos de personas y los mismos individuos se hallan habilitados para presentar sus quejas. Lamentablemente la Convención sobre los Derechos del Niño sólo contempla la actividad de los reportes.

En tercer lugar, encontramos a los organismos que desarrollan su actividad a partir de la normativa existente en la Carta ONU, debiendo su existencia a la misma. Éstos son la Asamblea General, el Consejo Económico y Social, la Secretaría General y dependiendo de ésta, las Agencias Especializadas.

La Asamblea General mediante Resolución 48/141 de 20/12/1993 creó la figura del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con cuatro funciones básicas: (a) las llamadas presencias de campo; (b) la cooperación técnica; (c) la educación en Derechos Humanos; y (d) el desarrollo de planes de acción e instituciones locales.

El Consejo Económico y Social estableció una Comisión de Derechos Humanos (1946) secundada por una Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías (1947), cuyas actividades se realizan a través de acercamientos temáticos o nacionales. A estas actividades sumó dos procedimientos de investigación de violaciones de Derechos Humanos: (a) el Procedimiento Público (mediante Resolución 1235, año 1967) que se pone en marcha a partir de información pública sobre violaciones de Derechos Humanos ocurridos en cualquier lugar del planeta y (b) el Procedimiento Confidencial (mediante Resolución 1503, año 1970) que se pone en funcionamiento a partir de quejas presentadas por individuos, grupos y ONGs.

La Secretaría General se relaciona con los Programas y Fondos creados bajo su auspicio como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDP), UNICEF, UNFPA, etc.

Finalmente, existen una serie de agencias especializadas ligadas a las Naciones Unidas a través de acuerdos especiales, coordinadas por el Secretario General (tales como FAO, ICAO, ILO, IMO, UNESCO, WHO, WIPO, WTO).

Todos estos mecanismos compuestos por órganos básicamente intergubernamentales respetan la fuente de su creación por lo cual intentan cooperar ante las violaciones cometidas, sin estar dotados de poder jurídico para castigar a los responsables de las conductas criminales.

7.b. Sistema Europeo

El sistema Europeo tiene sus raíces en el Consejo de Europa, institución que asocia a los estados democráticos del continente en 1949. Desde lo normativo, se compone del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4/11/1950) conocido como Convención Europea de Derechos Humanos, con sus hoy trece Protocolos; la Carta Social Europea (1961) con sus tres Protocolos; La Convención Europea sobre Prevención de la Tortura (1987) y sus dos Protocolos; y el Convenio Marco sobre Protección a las Minorías Nacionales (1995).

En tanto la Convención Europea sobre Derechos Humanos crea la Corte Europea de Derechos Humanos, ante la cual puede acudir directamente el individuo tras haber agotado las vías internas o demostrar que le fue imposible hacerlo, los demás instrumentos reconocen en diferente grado el *ius standi* de la persona individual. Así la Carta Social Europea contempla a partir de su Tercer Protocolo un sistema de quejas colectivas; y la Convención Europea sobre la Tortura crea un Comité encargado de emitir reportes y recomendaciones, el cual posee el derecho de visita a los Estados miembros.

Es el sistema mas avanzado que lidera el reconocimiento de la persona como sujeto activo y pasivo de derecho internacional. La competencia de la Corte Europea ha probado ser exitosa en función de obligar a los Estados a la armonización de sus legislaciones acorde el debido respeto del núcleo básico de derechos.

7.c. Sistema Interamericano

Formando parte de la dimensión normológica continental, deben mencionarse cronológicamente la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948); la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948) y sus Protocolos Adicionales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969) y sus dos Protocolos Adicionales; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura (1985); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (1994); la Convención Americana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con Discapacidad (1999). Remarcamos dos puntos importantes.

En primer lugar, las cuatro convenciones sirven a una plena explicitación de la competencia de la Comisión y Corte Interamericanas en tanto amplían el contenido de los derechos básicos de la persona humana afirmados en la CADH. En segundo lugar, los tres primeros instrumentos designan a los órganos interamericanos mencionados como la autoridad de aplicación de cada instrumento. No comprendemos la causa por la cual la Convención relativa a las personas con discapacidad crea un comité autónomo con un

sistema de reportes, en lugar de vincular su incumplimiento con la actividad de la Comisión y Corte Interamericanas.

Ya en el siglo XXI, tanto la Comisión como la Corte han reformado sus Reglamentos, jerarquizando la participación del individuo y de su reclamo en los procedimientos ante los órganos interamericanos.

7.d. Sistema Africano

El sistema normativo de protección de los derechos fundamentales en la Unión Africana (2000) se compone de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos (1981) con sus dos Protocolos (1998 y 2001); el Convenio Africano sobre Refugiados (1969); y la Carta Africana de Derechos del Niño (1990).

El sistema en el continente se halla en plena evolución. Los Protocolos a la Carta Africana son de extrema importancia: por el primero se crea la Corte Africana de Derechos Humanos con funciones consultivas y contenciosas; en tanto que a través del segundo Protocolo se intenta mejorar la situación de la mujer Africana, lo cual nos direcciona hacia la aceptación del principio de universalidad de los Derechos Humanos considerando las diferentes culturas y religiones que conforman este continente.

La Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos crea la Comisión Africana como autoridad de aplicación y supervisión del cumplimiento de la misma, aun cuando la ejecutividad de las decisiones sea dejada a cargo del Consejo de Ministros de la Unión Africana. En este caso solo se aceptan quejas interestatales y la presentación de comunicaciones generales no previéndose la presentación individual o grupal de quejas en contra de los Estados miembros.

La Carta Africana de Derechos del Niño en cambio establece un Comité de Expertos encargados de vigilar su observancia, el cual formula reportes y puede recibir comunicaciones individuales presentadas por grupos de personas y ONGs.

El sistema Africano se ha caracterizado desde su nacimiento por la evidente voluntad de resolver las cuestiones que se presentan a través de medios amigables y negociaciones políticas en lugar de recurrir a la vía judicial, por lo cual estimamos que el desarrollo de la proyectada Corte será ciertamente lento.

7.e. Los países árabes

Si bien debido a su novedad y prácticamente nula aplicación práctica no podemos calificarlo como un sistema, es relevante reparar en la existencia de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994. Como ha opinado CANÇADO TRINDADE "*The perspectives of the regional systems of protection ought to be considered necessarily within the framework of the universality of human rights*" (las perspectivas de los sistemas regionales de protección deben ser consideradas necesariamente dentro de la estructura de la universalidad de los Derechos Humanos). Es por esto que no obstante los tiempos históricos de cada región y subregión, la totalidad de la protección internacional debe ser enmarcada dentro de una visión y pretensión de universalidad.

8. Fundamentos jurídicos del Tribunal para la ex - Yugoslavia

8.a. Antecedentes inmediatos

Yugoslavia surge como Estado al final de la IIGM bajo el respeto de principios federativos y democráticos. Tras la muerte del Mariscal Tito en 1980, reviven viejos conflictos étnicos y religiosos. Variados problemas económicos surgidos luego de la caída del muro de Berlín (1989) tornan mas inestable la situación. Se inician pugnas étnicas internas que derivan en un proceso de escisión del territorio yugoslavo, iniciado con la declaración de independencia de Croacia y Eslovenia el 25/06/1991. El conflicto se agrava en marzo de 1992, cuando los ciudadanos de Bosnia-Herzegovina se pronuncian en un referéndum a favor de su independencia de la República Federal. Esta posición es rechazada por el autodenominado "Parlamento del Pueblo Serbio" constituido por nacionales bosnios pero étnicamente Serbios que integraban las fuerzas militares Bosnias. Estos proclaman la independencia de la "República Serbia de Bosnia-Herzegovina", pretendiendo integrarse a Serbia y Montenegro para constituir la "Gran Serbia". Al mismo tiempo, en la reconstituída República Federal de Yugoslavia se inicia un proceso de "purificación o limpieza étnica" que implica la comisión de ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, torturas, tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, detenciones arbitrarias, violaciones sistemáticas, embarazos y prostitución forzada de mujeres, entre otros. Hacia finales de este dramático 1992, se estimaba en 50.000 la cifra de muertos y en 2 millones la de desplazados y refugiados.

8.b. La respuesta y la jurisdicción internacional

La respuesta de los órganos de la comunidad internacional ante este primer gran conflicto Europeo posterior a la Guerra Fría fue negativamente cauta, debatiéndose mas allá de lo necesario la participación efectiva de la organización de seguridad regional (OTAN) o de la máxima autoridad mundial (ONU). Finalmente el Consejo de Seguridad ONU mediante su Resolución 808 (22/02/1993) decide establecer un Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex - Yugoslavia desde el año 1991. Pide además al Secretario General ONU que prepare un informe. Este informe que incluyó el Estatuto del Tribunal Internacional fue presentado ante el Consejo de Seguridad, quien lo aprobó mediante Resolución 827 del 25/05/1993 de conformidad con el Capítulo VII Carta ONU, quedando así legalmente establecido el Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia (TPIY).

8.c. Creación y competencia del Tribunal

La creación del Tribunal Internacional para Yugoslavia reconoce como fundamento jurídico la Convención sobre Prevención y Castigo del Delito de Genocidio (1948), la cual afirma la obligación internacional de los Estados de prevenir y sancionar los actos de genocidio que se cometan. A esto debe sumársele que esta ofensa constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales en el sentido de los arts. 1.1; 39; 41 y 42 Carta ONU. La competencia del TPIY adopta la clásica división cuatripartita en razón de la materia, las personas, el territorio y el tiempo.

En primer lugar, en razón de la materia entiende respecto de las “infracciones a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949”, que constituyen el cuerpo normativo del llamado Derecho Internacional Humanitario. El art. 2º del Estatuto establece: “*el Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos dirigidos contra personas o bienes protegidos por los términos de las disposiciones de dicha Convención: 1) el homicidio intencionado; 2) la tortura o los tratamientos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; 3) causar grandes sufrimientos intencionadamente, o atacar gravemente contra la integridad física o la salud; 4) la destrucción y la apropiación de bienes no justificada por necesidades militares, ejecutadas de forma ilícita e innecesaria a gran escala; 5) obligar a un prisionero o a un civil a servir en las fuerzas armadas enemigas; 6) privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado de forma legítima e imparcial; 7) la expulsión o el traslado ilegal de un civil o su detención ilegal; 8) la toma de civiles como rehenes*”.

También respecto de la materia entenderá respecto de las violaciones a las leyes o prácticas de guerra. El art. 3º del Estatuto establece: “*tales violaciones comprenden, sin que esto impida reconocerse otras, las siguientes: 1) El empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles; 2) La destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias militares; 3) El ataque o los bombardeos, por cualquier medio, de ciudades, pueblos, viviendas o edificios no defendidos; 4) La toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico; 5) El pillaje de bienes públicos o privados.*”

El TPIY entiende respecto de crímenes contra la humanidad. El art. 5 del Estatuto, establece: “*el Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: 1) Asesinato; 2) Exterminación; 3) Reducción a la servidumbre; 4) Expulsión; 5) Encarcelamiento; 6) Tortura; 7) Violaciones; 8) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; 9) Otros actos inhumanos.*”

En segundo lugar, respecto de la competencia en razón de las personas, el TPIY se halla habilitado para juzgar a las personas físicas responsables de las figuras incriminadas precedentemente. Conforme el Estatuto, “*El Tribunal Internacional tiene competencia para establecer la responsabilidad penal de personas físicas, de acuerdo con las disposiciones del Estatuto*” (art. 6).

En tercer lugar respecto de la competencia en razón del territorio, “*la competencia del Tribunal Internacional se extiende al territorio de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, incluyendo su espacio terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales... .*”

En cuarto y último lugar, en razón del tiempo, el mismo art. 8 del Estatuto establece: “*... la competencia del Tribunal Internacional se extiende al período que comienza el 1º de enero de 1991. De acuerdo a la resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993, dicha fecha se extenderá hasta aquella que determine el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.*”

El TPIY se compone de dos Cámaras de Primera Instancia y una Cámara de Segunda Instancia que actúa

en calidad de órgano de Apelación. Las Cámaras de Primera Instancia se integran por 3 jueces cada una y la de Apelaciones por 5. En total, el Tribunal está integrado por once magistrados, elegidos por la Asamblea General ONU, en base a una lista presentada por el Consejo de Seguridad para un mandato de 4 años, pudiendo ser reelegidos. El Tribunal elige su Presidente, quien además integra y preside la Sala de Apelaciones. Corresponde al presidente del Tribunal designar la integración de cada Sala. Cada Sala de Primera Instancia elige su presidente, responsable de todos los procedimientos ante la misma. (arts. 11 a 16 del Estatuto TPIY).

El Procurador constituye un órgano autónomo e independiente dentro del Tribunal, encargado de la etapa de investigación y de las diligencias previas necesarias en cada caso. Después de adelantar la investigación pertinente, el Fiscal decide si existe o no base para la presentación de una acusación, cuya admisibilidad examinará un magistrado de la sala de primera instancia. El Fiscal es nombrado por el Consejo de Seguridad ONU, tras una propuesta del Secretario General, por un mandato de 4 años, en base a su calidad moral y su sólida experiencia en la instrucción de asuntos criminales. (art. 11 y 16 del Estatuto TPIY).

Existe además un Secretario común a las Cámaras y al Fiscal, encargado de la administración y servicios del Tribunal junto con el personal administrativo necesario. (arts. 11 y 17).

9. Fundamentos jurídicos del Tribunal Penal Internacional para Rwanda

9.a. Antecedentes inmediatos

Antigua colonia belga, tras un breve y conflictivo período independiente, en octubre de 1990 rwandeses opositores en el exilio organizados en el Frente Patriótico Rwandés (FPR) invaden Rwanda con el apoyo de Uganda iniciando una guerra civil. El presidente Habyarimana inicia una serie de reformas políticas sintetizadas en la firma de un acuerdo de paz entre su gobierno y el FPR en Arusha, Tanzania (04/08/1993). En la guerra civil se utilizaba al racismo como eje para la instigación y encubrimiento de masacres de miembros de la etnia TUTSI, siendo los asesinatos perpetrados por grupos paramilitares HUTU. Existía un plan anterior tendiente a perpetrar el genocidio: durante meses la Radio – Televisión Libre des Mille Collines (RTMC) difundió diariamente propaganda racista incitando a la violencia e instando a los oyentes a que exterminaran a los tutsi. La pertenencia étnica de una persona se constituyó en su condena a muerte, confirmando el pensamiento de ARENDT acerca del enemigo objetivo.

El hecho detonante es la muerte del presidente Habyarimana en un sospechoso accidente aéreo sobre Kigali (03/04/1994), acontecimiento que desata una ola de violencia étnica en contra de los TUTSI y demás opositores. Se calcula que cerca de medio millón de TUTSI fueron masacrados por los paramilitares y el ejército regular. El genocidio se había consumado. Esto da pie al reinicio de la guerra civil entre los sucesores de Habyarimana y el FPR, el cual logra controlar la capital el 4/07/1994, deteniendo el genocidio e instaurando un nuevo Gobierno cuyo primera tarea consistió en restablecer el orden público y reconstruir las instituciones políticas y económicas.

En suma, durante 1994 en Rwanda se produjo una guerra civil en la que se perpetró el delito de genocidio en contra de la minoría perteneciente a la etnia TUTSI. La ONU interviene para castigar a los responsables creando un tribunal internacional.

9.b. La respuesta y la jurisdicción internacional

Al igual que con Yugoslavia, la respuesta de la sociedad internacional se hizo esperar. Conforme los comentarios realizados al autor por el Profesor William Schabas participante en varias inspecciones *in loco* en Rwanda, diversos organismos públicos y privados de Derechos Humanos venían denunciando ya desde 1991 la ocurrencia de diversos delitos que hacían prever el futuro genocidio y otros crímenes contra la Humanidad. Sin embargo estas denuncias no produjeron reacciones de peso a fin de prevenir las atrocidades. Recién a fines de 1994 el Consejo de Seguridad ONU vota la Resolución 894 (8/11/1994) creando un Tribunal Internacional encargado de procesar a los responsables de planear, organizar y ejecutar el genocidio cometido en Rwanda en contra de la minoría TUTSI. Por su parte el gobierno Rwandés comienza en abril de 1995, procedimientos judiciales domésticos a fin de castigar la figura de los crímenes de guerra.

9.c. Creación y competencia del Tribunal

Considerando que el fundamento jurídico de creación se apoya básicamente en la CPSG de 1948 que consideramos parte del *ius cogens* internacional y que además los crímenes perpetrados constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales, una primera cuestión se relacionó directamente con el carácter del conflicto. Esto implicaba la necesidad de fundamentar jurídicamente la posibilidad de aplicación del Derecho Internacional Humanitario saltando la valla de la *internacionalidad* del conflicto a fin de aplicar en toda su extensión la protección de la persona humana contenida en los cuatro convenios de Ginebra y no la protección acotada del artículo 3 común a los convenios.

Fue evidente desde el comienzo que el conflicto era interno. No existía elemento real que pudiera alegarse a favor de su internacionalización. Las circunstancias no habilitaban a realizar interpretaciones extensivas al respecto como en la ex – Yugoslavia. El conflicto Rwandés se presentaba como eminentemente interno, constituyendo un claro ejemplo de guerra civil.

Respetando el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados pero aplicando las medidas coercitivas en función de la existencia de una amenaza a la paz y la seguridad internacionales (art. 2, párr. 7 Carta ONU), la ONU envía una fuerza internacional de paz a fin de hacer respetar el Acuerdo de Paz de Arusha antes mencionado. En consecuencia el conflicto quedaba delimitado entre el gobierno Rwandés y un grupo insurgente o movimiento de liberación nacional, según el carácter que le fuera reconocido. El retraso de la ONU en intervenir en función de la espera del pedido del Estado Rwandés que sólo lo hizo cuando la situación era ya incontrolable, soslayaba el indagar si quienes perpetraban las ofensas internacionales no eran los mismos gobernantes y agentes Rwandeses en contra de su propia población. Es importante considerar que la posibilidad de intervención de la ONU en conflictos internos a petición del Estado involucrado no era nueva en relación con Rwanda. Anteriormente había sucedido en Angola, Nicaragua, Congo, Eritrea, etc.

La creación de este Tribunal se funda en el art. 36, párr. 1º Carta ONU que afirma “...*el Consejo de Seguridad podrá (...) recomendar los procedimientos y métodos de ajuste para una controversia que ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que sean apropiados*”. La creación de un tribunal constituía una posibilidades entre varias que poseía el Consejo de Seguridad. La misma CPSG

de 1948 establece: *“Las partes contratantes se comprometen a adoptar con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la convención y para establecer sanciones legales para castigar a las personas culpables de genocidio”* (art. 5), para luego afirmar *“las personas acusadas de genocidio serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido”* (art. 6). No obstante el sistema judicial Rwandés se hallaba en un estado cercano al colapso ya que el 80% de su personal, incluidos funcionarios y magistrados, habían sido asesinados con el propósito que los crímenes no fueran investigados.

Así, la Resolución 955 del Consejo de Seguridad ONU aprobada dieciocho meses después del antecedente Yugoslavo, establece el Tribunal Penal Internacional para Rwanda (TPIR), con el propósito de enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y Estados vecinos entre el 1/01 y el 31/12 de 1994. Su sede es la ciudad de Arusha, Tanzania. El Estatuto del TPIR es una repetición del que se había formulado para la ex Yugoslavia con la necesaria distinción respecto a que en Rwanda no podía invocarse prima facie internacionalización alguna del conflicto, con lo cual podía resistirse la aplicación amplia del Derecho Internacional Humanitario. Ya veremos como se soluciona esta cuestión. Analizamos a continuación la competencia del TPIR en relación con la materia, las personas, el territorio y el tiempo.

En razón de la materia la competencia del TPIR se limita al juzgamiento de las figuras de genocidio, crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra acotados a las violaciones al artículo 3 de las Convenciones de Ginebra y del Protocolo II Adicional a dichas Convenciones. Conforme el art. 2, inc. 2º del Estatuto, el TPIR es competente para perseguir a las personas que hubieran cometido genocidio o cualquiera de los actos enumerados en el inciso 3 del mismo artículo. Art. 2, inc. 2: *“Se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal:*

a) Asesinato de miembros del grupo; b) Graves atentados contra la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial; d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslados forzosos de niños del grupo a otro grupo”.

Y el art. 2, inc. 3: *“Serán castigados los siguientes actos: a) El genocidio; b) La colaboración para la comisión de genocidio; c) La incitación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.”*

En referencia a los crímenes contra la Humanidad, el art. 3º del Estatuto habilita al TPIR para juzgar a los presuntos responsables de los crímenes allí enumerados. Lo transcribimos: *“El Tribunal Internacional para Rwanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; Otros actos inhumanos.”*

Por último en relación con las violaciones al artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y el Protocolo II Adicional, el TPIR es competente para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves del Art. 3 común a la IV Convención de Ginebra del 12/08/1949 para la protección de las

víctimas en tiempo de guerra, y al Protocolo Adicional II a dichas Convenciones del 8/06/1977. Art. 4: “... *Dichas violaciones comprenderán los actos siguientes, sin que la lista sea exhaustiva:*

a) Los actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y el trato cruel como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal; b) Los castigos colectivos; c) La toma de rehenes; d) Los actos de terrorismo; e) Los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente; f) El saqueo; g) La aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin un fallo previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados; h) Las amenazas de perpetración de cualquiera de los actos precedentes.”

En segundo lugar la competencia en razón de las personas conforme al art. 5º del Estatuto, se establece sólo respecto de las personas físicas de acuerdo con las disposiciones del Estatuto. No puede juzgar entonces a personas jurídicas, gobiernos ni organizaciones.

En tercer lugar en razón del territorio de acuerdo con el art. 7º del Estatuto, la competencia se extiende al territorio de Rwanda, incluyendo su espacio terrestre y su espacio aéreo y al territorio de Estados vecinos en el caso de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas por ciudadanos rwandeses.

En último lugar y en razón del tiempo, el TPIR tiene competencia respecto de la figuras ocurridas entre el 1/01/1994 y el 31/12/1994.

La estructura del TPIR es similar a la comentada respecto del TPIY. La particularidad viene dada por la existencia de funcionarios comunes. Existen así tres Salas, dos de Primera Instancia y una de Apelación, conformadas por un total de 11 jueces elegidos por la Asamblea General a propuesta del Consejo de Seguridad. La Sala de Apelaciones será integrada por los mismos cinco jueces que conforman la Sala de Apelaciones del TPIY (art. 12.2 Estatuto TPIR). El Fiscal para este Tribunal es el mismo que cumple tales funciones en el TPIY, siendo asistido por un Fiscal Adjunto suplementario (art. 15). La Secretaría se encarga de la administración y los servicios requeridos por el Tribunal (art. 16).

10. Fundamentos Jurídicos de la Corte Penal Internacional.

10.a. Antecedentes

La creación de la Corte Penal Internacional (CPI) constituye un hito en la historia de la protección de la humanidad y en particular del DIPenal en función del reconocimiento del núcleo básico de los derechos fundamentales. Es la reconciliación entre la persona humana y el derecho internacional. Es la aceptación de la primera por el segundo.

Tras la segunda guerra, nace la obligación genérica de promover los derechos fundamentales. Luego se da paso a la protección formal aprobándose varios instrumentos internacionales. Hoy transitamos el tercer estadio de la protección material de la persona humana. Esto significa su reconocimiento como sujeto activo y pasivo de obligaciones internacionales.

La Resolución de la Asamblea General ONU 44/39 del 4/12/1989 encarga a la Comisión de Derecho Internacional retomar la cuestión de la creación de una Corte Criminal Permanente. En 1994 se adopta un primer proyecto que sirve como base de discusión a la Conferencia de Roma desarrollada entre el 15 y el 18 de Julio de 1998. Su resultado será la creación de la “*primera jurisdicción penal internacional de carácter permanente y vocación universal*”. La Convención entra en vigor en 1/7/2002 y la CPI solo entenderá en crímenes de DIPenal, y no en aquellos delitos que cometidos por personas de carácter privado, poseen elementos extranjeros, tales como el tráfico internacional de estupefacientes. Su carácter complementario y subsidiario de las jurisdicciones nacionales ha sido criticado por virtud y por defecto.

La CPI constituye el tribunal que con carácter permanente juzgará y sancionará a los individuos que comentan los delitos más graves de importancia internacional contra el núcleo básico de derechos. Actuará de manera “*complementaria*” de las jurisdicciones nacionales. Esta *complementariedad* reforzada por el art. 17, implica que la CPI sólo podrá actuar cuando la jurisdicción nacional no se halle dispuesta o sea incapaz de perseguir un delito que caiga en la esfera de su competencia. En otras palabras, si un procedimiento nacional está activado o en trámite o si la cuestión no es suficientemente grave, no se justificará la intervención de la CPI. Su sede es la ciudad de La Haya, en Holanda aunque puede sesionar en otro lugar (art. 3). La Corte se compone de los siguientes órganos: a) La Presidencia; b) Una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares; c) La Fiscalía; d) La Secretaría (art. 34 y siguientes). La Asamblea de Estados Partes constituye el máximo órgano, pudiendo introducir y aprobar enmiendas en el Estatuto (art. 119, inc. 2º, arts. 121, 122, 123). Los dieciocho magistrados que componen la CPI son elegidos por la Asamblea de Estados Partes (Art. 36.6).

“*El Estatuto de Roma, tratado que establece la Corte Penal Internacional (CPI) entró en vigor el 1º de julio de 2002, activando así la competencia del primer tribunal mundial permanente...*” al lograrse el depósito simultáneo de diez ratificaciones en 11/04/2002, superándose las 60 ratificaciones necesarias. Al momento cuenta con 92 ratificaciones.

10.b. Los principios de derecho penal afirmados

El estatuto de la CPI recoge aquellos principios de Derecho Penal que considera de alcance universal. En primer lugar, se afirma el principio “*nullum crimen sine lege*” (art. 22) debiendo el crimen hallarse contemplado dentro de la competencia material de la CPI al momento de su comisión. Esta circunstancia podría arrojar algún conflicto de interpretación en referencia al crimen de agresión como veremos posteriormente, en tanto las demás figuras se hallan tipificadas de manera autosuficiente. Se rechaza la analogía y ambigüedad. Consideramos relevante que la afirmación de este principio se independiza del reconocimiento futuro que puedan tener otras conductas o la ampliación de las existentes en cualesquiera otros instrumentos internacionales. Esto deja la puerta abierta para nuevas caracterizaciones en función de su importancia para los derechos de la persona humana.

En segundo lugar, se respeta el principio “*nulla poena sine lege*”: el convicto por la CPI será sancionado conforme las previsiones del mismo Estatuto (art. 23).

En tercer lugar, se afirma el principio de no – retroactividad, impidiéndose en consecuencia el procesamiento de una persona por conductas anteriores a la vigencia del Estatuto, y en caso de cambio de ley aplicable, regirá la norma mas favorable (art. 24).

Por último mencionamos la afirmación del principio “non bis in idem” (art. 20). Ninguna persona será procesada por la CPI respecto de conductas respecto de las cuales la persona hubiera sido ya juzgada culpable o inocente. Tampoco podrá ser juzgada por otra corte respecto de un delito contemplado en el art. 5, respecto del cual hubiera sido ya juzgada culpable o inocente por la misma Corte. Por ultimo, ninguna persona anteriormente juzgada por una conducta prohibida por los arts. 6, 7 u 8 será juzgada por la CPI respecto de iguales conductas, salvo que el anterior procedimiento: (a) hubiera constituido un escudo protectorio de la persona a fin de resguardarla de la jurisdicción internacional; (b) de alguna otra forma, no hubiera sido conducido de manera imparcial o independiente conforme las reglas del debido proceso reconocidas por el Derecho Internacional y hubiera sido conducido de manera inconsistente con el propósito de realizar la idea de justicia.

10.c. Conductas incriminadas y competencia de la Corte

Las figuras típicas son definidas en el mismo Estatuto CPI y los Elementos de los crímenes anexo al mismo. Se consensuó entre los Estados negociadores un núcleo duro de conductas básicas consideradas hoy parte del ius cogens, las cuales como consecuencia merecen respeto y obediencia por parte de los estados del mundo. Sumado al Estatuto CPI, se formulan los Elementos del Crimen, instrumento complementario que ayudará a la CPI a interpretar y aplicar los artículos sobre su competencia material.

Se establece una jerarquía de fuentes del Derecho aplicable (Art. 21), encabezada por el mismo Estatuto, los Elementos del Crimen y las Reglas de Procedimiento y Prueba todos ellos en paridad jerárquica; luego rigen los tratados aplicables y los principios y reglas de Derecho Internacional, incluyendo los principios establecidos pertenecientes al Derecho Internacional de los conflictos armados. En caso de necesidad, se recurrirá a los principios generales del derecho doméstico en tanto sean compatibles con el Estatuto y el Derecho Internacional. Por último, la CPI podrá recurrir a las propias decisiones precedentes. En todo caso la aplicación e interpretación deberá ser consistente con el reconocimiento internacional de los Derechos Humanos sin distinciones negativas basadas en causa alguna. Es de notar la importancia que en este punto cobra la jurisprudencia internacional considerada como un todo orgánico e integrado, sumando las decisiones europeas, interamericanas junto con las jurisdicciones especiales de la ex – Yugoslavia y Rwanda.

En razón de la materia, la CPI entenderá respecto de las siguientes figuras:

(a) genocidio: se toma la definición de la CPSG de 1948, refiriendo aquellos actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal (art. 6).

(b) crímenes contra la humanidad: estas figuras suponen un acto cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Son considerados como tales el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos

sexuales de gravedad comparable, la desaparición forzada de personas, la deportación, la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, el apartheid y otros actos inhumanos (art. 7).

(c) crímenes de guerra: se captan las normas codificadas del Derecho Internacional Humanitario, actuantes tanto en conflictos armados de carácter internacional como no internacional, cuando sean cometidas como parte de un plan o política o como parte de una comisión en gran escala de tales crímenes (art. 8).

(d) crimen de agresión: aun cuando no se encuentra definido, *“el crimen de agresión figura en el art. 5 como una de las cuatro categorías contempladas para la jurisdicción de la Corte”*, y en su inciso 2º establece que la *“la corte ejercerá jurisdicción sobre el crimen de agresión cuando se adopten las provisiones, de acuerdo con los artículos 121 y 123 para definir el crimen y establecer las condiciones bajo las cuales la Corte deba ejercer su jurisdicción respecto a ese crimen”*. *“...Aquellas provisiones deberán estar de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas”*. Esta última figura deberá entonces ser caracterizada por vía de “enmienda” (conforme el mencionado art. 121), debiendo transcurrir al menos siete años desde la vigencia del Estatuto para la introducción de las mismas.

En razón del tiempo, la CPI es competente para entender en los delitos cometidos luego de su entrada en vigor o después de la adhesión de cada Estado si la misma es posterior (art. 11). En consecuencia, la responsabilidad penal individual se limita a los actos realizados con posterioridad a la entrada en vigor (art. 24), en coherencia con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que sienta igual principio respecto de los Estados (art. 28 Viena).

En razón de la persona, destaca el principio de la responsabilidad penal individual. La CPI juzgará a personas físicas (art. 25, Párr. 1 y 2). La CPI no juzgará a empresas o personas jurídicas, vinculadas u opositoras al Estado. Continúan rigiendo aquí los principios generales: toda persona debe respetar ciertos deberes internacionales y si los transgrede, es pasible de responsabilidad penal internacional en forma individual. Se distingue entre la responsabilidad de la persona y la del Estado, por lo cual la existencia de la primera no afectará la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional (Art. 25.4). Como formas de autoría se reconocen la autoría individual, la co-autoría y la autoría mediata. Como formas de participación se prevé el ordenar, proponer o inducir a otro a un hecho consumado o intentado y el auxilio a un hecho consumado e intentado con el propósito de facilitar su comisión (Art. 25, párr. 3, b) y c). Se pena la tentativa (Art. 25, Párr. 3 f). Las condiciones subjetivas de los tipos exigen intención y conocimiento (Art.30). La edad mínima relativa a la capacidad de culpabilidad o de imputabilidad es de 18 años (arts. 26, 27, 29, 31 y 33).

Es irrelevante a los efectos del ejercicio de la acción, alegar haber ejercido o aún ejercer algún empleo o capacidad oficial como Jefe de Estado o Gobierno, miembro del Gobierno o Parlamento, representante elegido u oficial público. Ninguna de estas funciones servirá para exceptuar a la persona del ejercicio de la acción ni como base para la reducción de la sentencia. Las inmunidades o reglas especiales de procedimiento, sean éstas domésticas o internacionales, no impedirán el ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte (art. 27).

Existe responsabilidad de los jefes o superiores: se afirma la responsabilidad de los comandantes militares y otros superiores respecto de los actos cometidos por sus subordinados (art. 28).

En cuarto y último lugar, la competencia en razón del territorio es amplia, en tanto el tema se subsume en la

cuestión mayor de las bases para el ejercicio de la jurisdicción de la misma CPI. En principio, en relación con la aceptación de la jurisdicción de la CPI, existen tres supuestos:

(a) jurisdicción obligatoria en caso de Estado Parte (territorio bajo la jurisdicción del Estado Parte): el Estado Parte del Estatuto acepta automáticamente la competencia respecto de los crímenes referidos en el mismo (art. 12, inc. 1 y art. 5). Esto es, el genocidio, los crímenes contra la Humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Un Estado puede excepcionar esta automaticidad por un período de siete años desde la vigencia o ratificación si es posterior, pero sólo respecto de los crímenes de guerra (arts. 124 y 8).

(b) aplicación de los principios de territorialidad y nacionalidad: si la acción es iniciada por el Fiscal de oficio o le es referida por un Estado Parte, la CPI tendrá jurisdicción si el Estado es Parte o acepta la jurisdicción de la Corte, siempre que se dé alguno de estos supuestos: (b.1) si el hecho ha ocurrido en el territorio de ese Estado o en un buque o aeronave sujeto a su jurisdicción (Estado de registro); (b.2) si el acusado es nacional del Estado (arts. 12, inc. 2 y 13, inc. a y c).

(c) jurisdicción voluntaria en caso de Estado no parte: si la aceptación del Estado en cuyo territorio ocurrió el hecho se requiere en virtud de no ser Parte en el Estatuto, el Estado puede aceptar la jurisdicción de la Corte respecto del crimen en cuestión, declarándolo ante el Secretario del Registro (art. 12, inc. 3).

10.d. Elementos del delito y causales de exclusión de la responsabilidad criminal

Las conductas que caen bajo la jurisdicción de la CPI implicarán responsabilidad criminal y consecuente sanción sólo en caso que los elementos materiales sean ejecutados con (a) intención y (b) conocimiento.

Respecto de la intención, el Estatuto define lo que debe entenderse como "*intención de la persona*" en base a dos criterios cuando:

(a) en relación con la conducta, tal persona quiere involucrarse en la misma; y

(b) en relación con la consecuencia, la persona se dirige a la misma o es conciente que tal consecuencia ocurrirá según el curso ordinario de los eventos (art. 30, inc. 2°).

Por su parte respecto del segundo de los elementos volitivos, el conocimiento es definido como la "*conciencia que una circunstancia existe o una consecuencia ocurrirá según el curso ordinario de los sucesos*" (art. 30, inc. 3°).

En cuanto a las bases para excluir la responsabilidad criminal, el Estatuto contempla causales específicas en su art. 31. Así refiere en primer lugar la posibilidad que al momento de la comisión del acto,

(a) la persona sufre una enfermedad o defecto mental que obsta la capacidad de tal persona para apreciar la ilegalidad o naturaleza de su conducta o su capacidad para controlar la misma a fin de estar a derecho (inciso 1°);

(b) la persona se encuentre en un estado de intoxicación que obste su capacidad de apreciar la ilegalidad o naturaleza de su conducta o su capacidad para controlar la misma a fin de estar a derecho, a menos que la persona se halla colocado voluntariamente en esa situación bajo su conocimiento, o haya descuidado el riesgo que como resultado de su intoxicación pudiera tomar parte en la conducta que constituye un delito dentro de la jurisdicción de la Corte (inciso 2°);

(c) la persona actúa razonablemente para defenderse a si misma o a otra persona o en el caso de crímenes de guerra, para defender propiedad que es esencial para la supervivencia de la misma persona u otra

persona o que resultara esencial a efectos de completar una misión militar dirigida contra un uso de la fuerza inminente e ilegal, de manera proporcionada al grado de peligro para la propia persona, las otras personas o la propiedad protegida. El hecho que la persona se halle involucrada en operaciones defensivas no constituye de por sí base para la exclusión de la responsabilidad criminal; y finalmente, (d) la conducta incriminada haya sido causada por la llamada “falta de opción moral” o “duress”. Como explicamos, esta situación resulta cuando se está en presencia de una amenaza inminente de muerte o de continuas o inminentes lesiones graves contra la propia persona u otras, y el autor actúa necesaria y razonablemente a fin de evitar esta amenaza, en tanto no pretenda causar un daño mayor que el que espera evitar. Las amenazas pueden ser causadas por otras personas o presentarse en base a otras circunstancias que se encuentren más allá del control del inculpado.

Ya en el desarrollo del proceso, la CPI se encuentra habilitada para considerar otras causales diferentes de las referidas en tanto las mismas estén habilitadas por el derecho aplicable según referimos precedentemente conforme las Reglas de Procedimiento y Prueba.

El error de hecho sirve como causal de exclusión de responsabilidad solo si es causa de negación del elemento mental requerido por el crimen.

El error de derecho que se refiere a conocer si determinada conducta cae o no dentro de la jurisdicción de la Corte no constituye causal de exclusión de responsabilidad. No obstante, podrá ser alegado cuando el mismo sea causa de la negación del elemento mental requerido para el crimen (art. 32).

Por último, las órdenes de superiores sean éstos militares o civiles, no sirven para liberar al inculpado de su responsabilidad criminal, a menos que la persona se hallara bajo una obligación legal de obedecer tales órdenes del Gobierno o del superior en cuestión; o no supiera que la orden era ilegal; o la orden no fuera manifiestamente ilegal. A este fin, se afirma que aquellas órdenes que impliquen la comisión de genocidio o crímenes contra la Humanidad se consideran manifiestamente ilegales (art. 33).

10.e. Inicio de los procedimientos y admisibilidad de las presentaciones

La independencia de la CPI se intenta de variadas formas. La jurisdicción de la Corte se ejerce por tres caminos: (a) a instancia de un Estado Parte; (b) por el Consejo de Seguridad ONU; o a través de la Fiscalía (arts. 13 a 16).

En primer lugar, un Estado Parte puede requerir al Fiscal el inicio de investigaciones a efectos de determinar si una o más personas pueden ser acusadas de la comisión de algún delito que cae dentro de la jurisdicción de la CPI (art. 14).

En segundo lugar, el caso puede ser referido al Fiscal por el Consejo de Seguridad ONU, actuando éste bajo la normativa del Capítulo VII de la Carta. En este supuesto la jurisdicción de la Corte se activa automáticamente (art. 13, inc. b).

En tercer lugar, el Fiscal puede iniciar las investigaciones proprio motu sobre la base de información con que cuenta referida a crímenes que caen dentro de la jurisdicción de la CPI (art. 15). En este caso deberá analizar la seriedad y entidad de la información recibida. Si a partir de la misma concluye en la razonabilidad

de iniciar un procedimiento de investigación, pedirá autorización a una Cámara de Cuestiones Previas junto con las pruebas colectadas, incluso la presentación de víctimas. Esta Cámara se pronunciará respecto de la admisibilidad. Si rechaza el pedido el Fiscal puede presentarlo nuevamente en base a nuevas alegaciones y pruebas. De igual manera, el Fiscal puede decidir que la información que se le ha provisto no constituye elemento suficiente y consecuentemente no someter tal cuestión a la consideración de la Cámara mencionada.

Las cuestiones presentadas para la consideración de la CPI no serán admitidas si:

- (a) el caso está siendo investigado o sometido a proceso en un Estado con jurisdicción sobre el mismo, salvo que el Estado no posea voluntad o sea incapaz de llevar adelante la investigación o el proceso;
- (b) el caso ha sido investigado por un Estado con jurisdicción y se ha decidido no enjuiciar a la persona cuestionada, salvo que la decisión resultara de la ausencia de voluntad o inhabilidad del Estado para enjuiciar;
- (c) la persona en cuestión ha sido ya juzgada por la conducta base de la denuncia; o
- (d) el caso no es suficientemente grave para justificar el accionar de la Corte (art. 17, inc. 1º) .

Para juzgar la “voluntad del Estado” en hacer justicia se toman en cuenta ciertos parámetros objetivos tales como si el propósito que motivó la paralización de los procedimientos o si se la decisión que llevó a los resultados cuestionados fue tomada a fin de preservar a la persona de la jurisdicción de la Corte, o si hubo un retardo injustificado de justicia; o si los procedimientos no se han conducido de manera imparcial o independiente (art. 17, inc. 2º).

10.f. Sanciones

En principio, la pena más alta es la de reclusión no mayor de 30 años. Sólo en casos extraordinarios, debido a *"la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado"* (art. 77.1.b) podría imponerse la sanción de reclusión a perpetuidad. Puede además establecerse la sanción de multa y decomiso del producto, bienes y haberes originados en el delito. Se reafirma la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la CPI (art. 29).

Capítulo 4

LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL: FUERZAS CENTRÍFUGAS Y CENTRÍPETAS

1. Introducción

Apriorísticamente existen elementos favorables a la consolidación normativa del principio de jurisdicción penal internacional. Son éstos de carácter básicamente *jurídico* y actúan a modo de fuerzas centrífugas que convergen en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, en el extremo opuesto encontramos fuerzas esencialmente *políticas* que actúan a modo de factores de desunión. Estas últimas intentan desestabilizar lo andado, promoviendo el relativismo cultural y la soberanía estatal de las potencias como fundamento de la negación de un sistema internacional de protección efectiva. En este capítulo confrontaremos las bases jurídicas sobre las que hemos apoyado nuestra argumentación favorable a la consolidación de una jurisdicción penal internacional, con la realidad política que impera en la sociedad internacional.

Como Weber lo exponía, creemos que la política internacional es el reino del conflicto. Será inevitable en algún momento la confrontación entre los numerosos argumentos jurídicos y morales a favor de la jurisdicción internacional y la realidad política que se muestra contraria a los intereses del liderazgo del mundo unipolar. Por lo dicho resultará medianamente inútil opinar desde la visión de la política nacional, tradicional reino del derecho.

El entrechocar de ambas visiones junto con la inherente sed de justicia que habita en el ser humano nos mueve hacia un requerimiento ético contradictorio. Este requerimiento presenta la necesidad categórica de afirmar y fundamentar la existencia de la jurisdicción internacional al tiempo que informa que el liderazgo del mundo global y unipolar puede oponerse férreamente a la misma. Esta situación nos forzaría a pensar en estrategias que coloquen al Derecho en la mejor ubicación posible dentro de un sistema internacional que calla ante el ejercicio de la fuerza por parte de las potencias. La *jurisdicción internacional* será la estrategia jurídica aceptada a partir de una previa decisión política. Consecuentemente no podemos dejar a ésta en manos exclusivas de los Estados cuando el tema en cuestión es la protección de los derechos fundamentales de la persona y la humanidad.

Por esto entramos en su estudio.

2. La jurisdicción y sus dilemas

2.a. Bases para el ejercicio de la jurisdicción penal de un Estado

El concepto de jurisdicción es utilizado indistintamente para connotar diversas cuestiones. Reconocemos al

Estado como titular de tres diversos poderes ejercidos sobre la población que habita su territorio: (a) el de legislar; (b) el de juzgar; y (c) el de ejecutar las decisiones a partir de cada juzgamiento. Son éstos los tres sentidos más importantes en los que puede entenderse la jurisdicción. En nuestro trabajo resulta relevante distinguir el segundo grupo del tercero.

Antes de entrar en el debate, creemos conveniente mencionar tres textos que resumen las posiciones prevalecientes en el siglo XX y que sintetizan la evolución acaecida respecto del ejercicio de la jurisdicción penal por parte de un Estado. El primer texto pertenece al período entre – guerras, el segundo a la década de los sesenta en el inicio de la *détente*, y el tercero es contemporáneo, situado en la era de la mundialización y previo a la firma del Estatuto de Roma de 1998.

En primer lugar, en Harvard (1935) fueron enunciados los cinco principios que brindaban jurisdicción penal internacional de la siguiente manera (reparemos en que la enumeración es jerárquica):

- 1) el de la nacionalidad por el cual el Estado juzga a sus nacionales;
- 2) el de la territorialidad por el cual el Estado juzga los actos cometidos en su territorio;
- 3) el protectorio por el cual el Estado juzga aquellos actos cometidos fuera de su territorio pero cuyos efectos causan perjuicio en el mismo;
- 4) el universal por el que cualquier Estado juzga los delitos cometidos allende fronteras, este principio se atenúa al limitárselo solo a ciertas figuras;
- 5) el de la personalidad pasiva por el que el Estado juzga aquellos delitos en los que el nacional que se encuentra fuera del territorio es la víctima.

En segundo lugar, en los sesenta, BRIERLY (1963) al comentar los límites de la jurisdicción penal del Estado, realizaba la siguiente distinción entre principios:

a) la territorialidad: un grupo de Estados entre los que mencionaba a UK y USA se basaba en el principio de territorialidad. Este grupo aceptaba también pero de manera restrictiva la llamada territorialidad objetiva, que tiene lugar cuando la figura ejecutada en otra jurisdicción produce efectos en el territorio propio como vemos a continuación.

b) la territorialidad atenuada: un segundo grupo dentro de los cuales incluía a Francia, Alemania y la mayoría de los Estados, aceptaba el principio de territorialidad, admitiendo excepciones generalmente basadas en actos atentatorios contra la seguridad del Estado que luego se amplían a los actos que atentan contra el crédito financiero del Estado.

Así el Juez Moore en el dictamen del caso Lotus: *“It appears to be now universally admitted that when a crime is committed in the territorial jurisdiction of one state as the direct result of the act of a person at the time corporeally present in another state, International Law by reason of the principle of constructive presence of the offender at the place where his act took effect, does not forbid the prosecution of the offences by the former state, should he come within its jurisdiction”*.

c) la jurisdicción universal: un tercer grupo de estados constituido por Turquía, Italia y otros países rechazaba la territorialidad, basando su criterio en que las figuras delictivas dondequiera que fueran cometidas constituían un mal social respecto del cual todos los Estados se interesaban en reprimir. La consecuencia consistía en que cualquier Estado soberano podía arrogarse el derecho de juzgar las mismas.

En tercer lugar, ya en última década del siglo XX, WOLFRUM (1996) enumera de la siguiente manera los cinco criterios que dan pie al ejercicio de la jurisdicción penal de un Estado:

- a) el **territorial** por el cual el Estado juzga los actos cometidos en el territorio bajo su jurisdicción, aún aquellos ejecutados por extranjeros;
- b) el de los **efectos** (o territorialidad pasiva u objetiva): a los fines de la persecución penal, el acto se considera cometido donde actuó el acusado o donde ocurren sus efectos legales o donde según la intención del acusado debieron ocurrir. Ciertos desarrollos recientes en los USA han aceptado la territorialidad pasiva como base de la jurisdicción a los fines de juzgar actividades terroristas y crímenes similares. Así se sostuvo que la *“comunidad internacional reconocería la legitimidad del principio de la personalidad pasiva, aun cuando fuera la base mas controversial para la asunción de la jurisdicción criminal”*.
- c) el de la **nacionalidad activa, domicilio o residencia** por el cual el Estado persigue y castiga los crímenes cometidos por sus nacionales fuera de su territorio sin considerar si donde los cometieron constituían delito. Tanto el Reino Unido como los USA respetan este principio;
- d) el de la **nacionalidad pasiva**: no es generalmente reconocido por los estados y su aplicación ha sido tradicionalmente limitada. Un Estado puede reclamar jurisdicción sobre un acto cometido fuera de su territorio si el acto se dirige contra sus propios nacionales dondequiera que éstos se encuentren. México, Brasil e Italia comparten este principio. En 1886 en el caso Cutting, una Corte Mexicana asumió jurisdicción criminal sobre un ciudadano Norteamericano por la publicación de una difamación de un ciudadano mexicano en un periódico de Texas. Finalmente el ciudadano mexicano retiró los cargos. Tanto el Reino Unido como los USA se han opuesto tradicionalmente a este principio.
- e) el principio de **protección** por el cual un Estado puede perseguir actos de extranjeros, cometidos fuera de su territorio que amenacen la integridad de las funciones del gobierno y/o la seguridad del Estado en cuestión. Se citan como ejemplos el complot para derrocar al gobierno, el espionaje, la falsificación de moneda nacional y el complot para romper las regulaciones migratorias. AKEHURST’S – MALANCZUK lo diferencian de la protección diplomática en tanto ésta se refiere al derecho del Estado a intervenir diplomáticamente o presentar un reclamo internacional en nombre de sus nacionales frente a otro Estado, en otras palabras en la protección diplomática, el Estado *“endosa el reclamo”*.

Vemos a través de estas tres situaciones que durante el transcurso del siglo XX, las bases doctrinarias referidas al ejercicio de la jurisdicción penal internacional se ampliaron considerablemente. Esta misma situación se presenta en la costumbre, la normativa y la jurisprudencia internacional. Sin embargo nos hallamos lejos del consenso deseado. *Peor aún*, el disenso parte del Estado que ejerce el liderazgo político internacional.

2.b. La jurisdicción universal

Debemos diferenciar los principios jurisdiccionales hasta aquí relatados del principio de administración vicaria de justicia o *“justicia universal”*. Esta última impone obligaciones concretas a los Estados de adoptar medidas legislativas y judiciales respecto de determinados tipos de delitos que se presume ofenden al sistema internacional en su conjunto. Este grupo de delitos es lo que nosotros calificamos como núcleo duro de derechos fundamentales. Juega aquí el principio *“juzgo o extradito”*, particularmente reconocido en los sistemas legales europeos. En nuestra opinión la composición de este núcleo duro de derechos

fundamentales ha sufrido una transformación radical que refleja el cambio paradigmático ocurrido en las postrimerías del siglo XX. Las ofensas que clásicamente formaron parte del núcleo básico eran conductas que dañaban a los Estados. Actualmente las ofensas que incluimos dentro del núcleo violentan derechos fundamentales de la persona y de la humanidad. El cambio paradigmático que pasa de la protección de los Estados a la protección de la persona sintetiza el nacimiento y evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El centro de protección se traslada del Estado hacia la persona y la Humanidad.

El sistema de jurisdicción universal faculta u obliga (según la visión que se adopte) a los derechos penales internos a que sostengan ciertos valores en cuya protección se interesa el sistema internacional. En este supuesto el Estado persigue y castiga la ofensa porque el bien a proteger es necesitado de asistencia conforme el Derecho Internacional consuetudinario haya o no devenido convencional. De este hecho surge una triple obligación para los Estados:

(a) deben incorporar en sus derechos penales internos los estándares penales internacionales que conforman el DIPenal de fuente consuetudinaria así como aquellas ofensas reconocidas en los tratados que han ratificado;

(b) deben además castigar tales delitos; o bien

(c) deben cooperar para que los mismos no queden impunes.

Conforme la idea de la jurisdicción universal los tribunales domésticos actúan como instrumentos del sistema penal internacional –DIPenal-. Esta función se realiza de manera descentralizada consistiendo en llevar a proceso a los inculpados de la comisión de ofensas internacionales. La jurisdicción universal como base de atribución de jurisdicción entrará a jugar en caso que (a) no exista otro proceso en curso; (b) otro Estado se arrogue jurisdicción conforme las bases de atribución clásicas; o (c) se encuentre ya constituido un tribunal *internacional* competente. Queda por resolver la cuestión de aquel Estado que ha comenzado los procedimientos con lo cual inhibe la posibilidad de actuar la jurisdicción universal, pero que luego a partir de diversas estrategias de acción y omisión evidencia su renuencia a llegar a la verdad de los hechos investigados.

Los países anglosajones consideran normalmente a la jurisdicción universal como prohibida por el Derecho Internacional. En el caso Lotus, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional se abstuvo de pronunciarse al respecto de manera categórica aunque algunos jueces en su voto la declararon como “*normalmente contraria al Derecho Internacional.*” Los países con sistema continental no poseen una posición única. Algunos aceptan en sus derechos internos esta posibilidad.

Es usual escuchar al menos dos críticas referidas al principio de universalidad en relación con potenciales situaciones de *injusticia* que pueden producirse como consecuencia de su aplicación. Opinamos sobre ellas. En primer lugar, se argumenta que podría perseguirse a un individuo por la comisión de un acto en un territorio donde tal acción fuera legal. No creemos esta situación relevante en tanto las ofensas que dan lugar a su inclusión en el núcleo duro de derechos humanos internacionalmente protegidos están determinadas por demás y constan en todos los antecedentes de la cuestión. Sí podría suscitarse algún tipo de controversia en relación con nuevas figuras que pretendan ser incluidas dentro del mencionado núcleo. En segundo lugar, las jurisdicciones “fuertes” pertenecientes a los estados líderes de la sociedad internacional podrían monopolizar el juzgamiento de criminales, en tanto difícilmente alguna jurisdicción

“débil” se atrevería a procesar un nacional de una potencia, aun en caso que los actos violatorios atribuibles al inculpaado constituyeran parte del *ius cogens*. De esta manera, las jurisdicciones “débiles” se convertirían en “proveedoras de justiciables” a favor de la persecución criminal internacional de “solo algunos responsables”. Creemos que este es el argumento de mayor peso que nos dispone a adoptar una postura contraria a la aceptación de la jurisdicción universal. En tanto cada jurisdicción doméstica no hace sino reflejar el sistema de justicia estatal, la jurisdicción universal habilitando a cualquier Estado al juzgamiento de las ofensas internacionales solo serviría para desnivelar una vez mas la balanza a favor de las jurisdicciones fuertes y en perjuicio de las débiles. Reforzaría en suma el proceso de unilateralismo global liderado por los Estados Unidos y habilitaría a que las potencias que cuentan con jurisdicciones fuertes decidieran cuáles de las ofensas internacionales perpetradas deben ser castigadas y cuales deben ser perdonadas en función del territorio en que ocurran y de la nacionalidad de los inculpaados.

La respuesta al “unilateralismo universalista” es el “universalismo internacionalista”. En palabras mas simples, la pretensión de liderazgo hegemónico de Estados Unidos y sus aliados apoyada en extender el largo brazo de su ley a todos los rincones del mundo en que se encuentren afectados sus intereses nacionales debe ser contrarrestada con la pretensión de un liderazgo universal en cabeza de las Naciones Unidas sostenido por la Corte Penal ya creada que amén de todos los inconvenientes que puedan imputársele, constituye una garantía mayor que la sola “power - politics”.

2.c. Potenciales conflictos de jurisdicción

Reparando en las diferentes bases de jurisdicción comentadas, es muy posible que en una importante cantidad de situaciones, surjan jurisdicciones concurrentes. La condena o absolución de un inculpaado en una determinada jurisdicción puede dar pie a situaciones de conflicto en otras cuando las ofensas examinadas se relacionan con violaciones graves de los Derechos Humanos.

El principio de la nacionalidad y la teoría de los efectos colisionan ambos generalmente con la jurisdicción concurrente de aquel estado en cuyo territorio el acto o la omisión criminal ha tenido lugar (principio de la territorialidad). En *AKEHURST’S* se cita el ejemplo de la aplicación de ciertas regulaciones de la entonces Comunidad Europea a sus nacionales residentes fuera del ámbito territorial de la misma. En la segunda mitad de los noventa se debatió la llamada Helms – Burton Act de los USA (1996) por la cual los nacionales de terceros estados que negocian con propiedad Norteamericana expropiada por Cuba, utilizándola u obteniendo beneficios, pueden ser enjuiciados por daños ante la jurisdicción de USA. Este ejemplo de extraterritorialidad jurisdiccional de USA provocó protestas internacionales, habiéndose pronunciado al respecto el Comité Jurídico Inter-Americano.

En este punto el Derecho Internacional no brinda soluciones completas. Es probable que los conflictos se definan a partir del mismo concepto de *power – politics* con el cual concluimos el punto anterior, por el cual las jurisdicciones fuertes terminan imponiendo sus tribunales.

2.d. La jurisdicción internacional y la universal: sutiles diferencias para importantes consecuencias.

Además de la existencia de un tribunal de carácter internacional competente al estilo de la CPI, hemos referido que otra posibilidad para el juzgamiento de las ofensas internacionales está dada por la *jurisdicción*

universal. Al reparar en ella, la primera pregunta que cabe realizar es: ¿cualquier Estado juzga, pero *sobre la base de cualquier figura*?. Explicaremos los fundamentos existentes a fin de responder negativamente a esta cuestión.

Fácticamente según ya comentamos, la jurisdicción universal tendrá lugar toda vez que un Estado sin conexión directa con la ofensa internacional según los principios de atribución de jurisdicción penal reconocidos, se arroge el derecho de investigar tal conducta. El fundamento teórico en este caso viene dado por el principio de jurisdicción universal, pudiendo un Estado extender la misma porque así lo permite su propio derecho doméstico o bien el DIPenal. En el caso del derecho doméstico, la jurisdicción universal constituye una *posibilidad* ya que algunos Estados han legislado internamente habilitando a sus tribunales al ejercicio de la jurisdicción universal en relación con conductas asumidas como verdaderas ofensas internacionales. En el caso del DIPenal, existe una verdadera *obligación* internacional de perseguir el delito por parte de cada Estado ratificante del pertinente instrumento internacional. En esta misma línea opinamos que aún los Estados no ratificantes del instrumento internacional se encuentran igualmente obligados en tanto la ofensa internacional forme parte del *ius cogens*.

Ahora bien, es claro que tanto cualquier derecho doméstico como el DIPenal pueden servir como fuente de la jurisdicción universal que un Estado intenta ejercer. Sin embargo la diferenciación de fuentes no resulta de importancia en el punto.

Lo trascendente son las *ofensas* internacionales respecto de las cuales se habilita la jurisdicción en examen. La piedra de toque la da su relación con el núcleo duro de derechos fundamentales del Hombre y la Humanidad, que forman parte del *ius cogens*.

En primer lugar, si la ofensa que activa la jurisdicción forma parte del *ius cogens*, podrá atribuírsele jurisdicción universal porque en su persecución y castigo se interesa la Humanidad como tal, sin importar si el Estado la persigue en cumplimiento de una norma doméstica o si actúa en cumplimiento de una obligación impuesta por el Derecho Internacional de fuente convencional o consuetudinaria.

En segundo lugar, si la ofensa no forma parte del núcleo básico, entonces la actividad persecutoria y punitiva estatal deberá basarse estrictamente en el Derecho Internacional de fuente convencional y respecto de nacionales de Estados ratificantes del instrumento en cuestión. En igual situación de no inclusión en el núcleo básico, mucho menos podrá el Estado perseguir ofensas con único fundamento en su normativa doméstica.

Como vemos, retornamos a una afirmación con la cual comenzamos nuestro trabajo: no se trata de una cuestión de fuentes (derecho doméstico o DIPenal convencional o consuetudinario), sino de la aplicación de normas que tipifican las conductas criminales internacionalmente reprochables en función de una moral media internacional. Es prioritario confirmar la jerarquía de la ofensa internacional a fin de habilitar su persecución y castigo con igual carácter. Tan sólo luego se debatirá cuáles pueden ser las potenciales jurisdicciones llamadas a actuar.

El principio de la jurisdicción universal fue debatido en el caso Lotus fallado por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en 1927: “*el derecho o el deber de velar por el orden público no pertenece a ningún*

país en especial (...) cualquier país en el interés de todos puede ejercer jurisdicción y castigar". Sin embargo vimos precedentemente que otros jueces en su voto se mostraron mas cautos a la hora de su reconocimiento hablando sólo de la "facultad" de ejercer la jurisdicción y no de un verdadera obligación. La existencia de ofensas internacionales que habilitarían la jurisdicción universal se asume a partir de la aceptación tácita de este principio que realiza el Derecho de Nüremberg y especialmente desde la aprobación de los fundamentos normativos del Derecho Internacional Humanitario (Convenios de Ginebra de 1949) que afirman la obligación de los Estados partes de castigar a las personas culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad.

La Res. AG ONU 44/159 de 15/12/1989 constituye otro aval jurídico de peso en la cuestión de la jurisdicción universal y también la responsabilidad individual: "*Los gobiernos harán comparecer a esas personas ante la justicia o colaborarán para extraditarlas a otros países que se propongan someterlas a juicio. Este principio se aplicará con independencia de quienes sean los perpetradores o las víctimas, del lugar en que se encuentren, de su nacionalidad y del lugar en el que se cometió el delito*".

No obstante, abogar por la afirmación efectiva de la jurisdicción internacional no implica mostrarnos de acuerdo con la vigencia de la jurisdicción universal.

Como adelantamos, la jurisdicción internacional resume la pretensión de una justicia universal, siendo en definitiva una extensión del sistema de seguridad colectiva existente a partir de instituciones, órganos y organismos de carácter internacional.

La jurisdicción universal por su parte, significa según nuestro criterio un retroceso mayúsculo ya que afirma falsamente la igualdad soberana de los Estados al momento de ejercer jurisdicción, facultando el definitiva a las jurisdicciones fuertes a un accionar arbitrario y excluyente en perjuicio de la gran mayoría de jurisdicciones débiles que existen en el sistema internacional. Por otra parte, las jurisdicciones fuertes que actuarán esta jurisdicción, aplicarán como consecuencia su propia legislación, legalizando entonces la pretensión de extraterritorialidad de los grandes potencias.

El principio de jurisdicción universal resume la pretensión del unilateralismo hegemónico Norteamericano y sus aliados de retornar a la política de equilibrio de poderes como base del sistema internacional. En lo que atañe a la jurisdicción, el equilibrio de poderes se evidenciará en el pacto tácito entre las jurisdicciones fuertes a fin de no juzgar a sus nacionales y presionar a las jurisdicciones débiles para que tampoco lo hagan. Un sistema de equilibrio *jurisdiccional* de poderes llevaría a un respeto dual del núcleo básico de derechos fundamentales: existiría una vigencia *material* para los nacionales de unos pocos Estados y otra vigencia de carácter *formal* para el resto del mundo.

La jurisdicción universal tiene como fin último el dejar el poder decisorio sobre el juzgamiento de ofensas internacionales a los pocos Estados con suficiente poder político para llevarla a cabo, reflejando el respeto de las soberanías estatales como bien supremo.

La jurisdicción internacional tiene como último fin el respeto de los derechos del Hombre y la Humanidad, cohesionando al sistema internacional en el cual los pequeños Estados encontrarán mayor amparo que en cualquier relación bilateral.

Concluyendo, no somos partidarios de la aceptación del principio de jurisdicción universal porque

- (a) lleva implícito como característica principal el elemento de poder que gobierna las relaciones internacionales;
- (b) refleja y perpetúa el desequilibrio fáctico de poderes que existe entre los Estados en el orden internacional a partir de las jurisdicciones fuertes y las jurisdicciones débiles;
- (c) consecuentemente subjetiviza la toma de decisiones dejándola librada al poder decisorio arbitrario de las jurisdicciones fuertes;
- (d) faculta a que a partir de su ejercicio las potencias impongan su propia ley privilegiándola sobre la norma internacional;
- (e) no propende al desarrollo progresivo del Derecho Internacional en base a los diversos criterios jurisprudenciales a los que puede dar lugar;
- (f) podría motivar decisiones políticas en base al potencial compromiso llegado entre los poderes políticos del Estado que juzga y su poder judicial. Considerando todo lo dicho, la jurisdicción universal
- (g) *no garantiza soluciones justas.*

2.e. La jurisdicción internacional en el Estatuto de Roma 1998

El Estatuto de la CPI establece como principio básico el de la *jurisdicción internacional* con cabeza en la Corte que crea. Se deja abierta a la voluntad de los Estados ratificantes la posibilidad de habilitar la jurisdicción universal a partir de cada normativa doméstica.

Los Estados partes en el Estatuto aceptan la jurisdicción de la CPI. De igual manera, un Estado que no es parte puede “*consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate*” (art. 12.3). La CPI podrá ejercer su competencia cuando los Estados antes nombrados sean aquellos en cuyo territorio se cometió la ofensa, o si fueran los Estados de matrícula del buque o la aeronave donde se hubiera cometido el crimen, o si el acusado del crimen es nacional de estos Estados.

Los casos pueden llegar a la CPI por tres vías: (a) por remisión de un Estado Parte; (b) por remisión del Consejo de Seguridad ONU; o (c) por iniciativa del Fiscal.

Es claro que si un Estado remite un caso, está renunciando al ejercicio de su propia jurisdicción sea cual fuera la base de atribución sobre la cual pudiera fundamentar la misma. Las atribuciones del Consejo de Seguridad son mayores. Actuando de conformidad con el capítulo VII de la Carta ONU a fin de mantener o restablecer la paz o en un caso de agresión, puede remitir a la Corte una situación relacionada con delitos cometidos en el territorio cualquier Estado, aún aquellos que no sean Parte en el Estatuto. El Fiscal por su parte podrá iniciar de oficio una investigación “sobre la base de información acerca de un crimen de competencia de la CPI.

Así las cosas, será tarea de cada órgano legislativo de los Estados ratificantes del Estatuto CPI el promulgar la legislación (a) que *tipifique* domésticamente los delitos de competencia de la CPI; (b) *conceda* a sus tribunales jurisdicción universal sobre tales ofensas graves del DIPenal y en su caso (c) *facilite* la entrega de las personas acusadas a la CPI.

Respecto del primer punto creemos que no existe controversia posible ya que el legislador interno deberá limitarse a transcribir las figuras tipificadas en el Estatuto de Roma al incorporarlas en su normativa interna, sin posibilidad de agregar o suprimir elementos. Lo contrario equivaldría a crear ofensas diferentes de las que se incluyen hoy en el núcleo básico excediendo por virtud tal protección y su jurisdicción internacional o

bien, establecería una protección inferior a la que obliga la costumbre internacional codificada en Roma, con lo cual generaría por defecto, responsabilidad internacional. Existe aquí una obligación internacional asumida por el Estado al ratificar el Estatuto.

En referencia a la jurisdicción universal, cada Estado será libre de regular el punto y lo hará conforme su tradición en la materia. La práctica ocurrida hasta el momento nos dice que son pocos los Estados proclives a la misma, con lo cual cobra relevancia el accionar futuro de la CPI. Aquí existe una facultad del Estado, pero no una obligación.

En cuanto a la entrega de los acusados, como consecuencia de la observación anterior, en tanto los propios Estados partes del Estatuto no ejerzan la facultad de ejercer por sí la jurisdicción universal, es probable que sea la CPI la encargada de juzgar las ofensas internacionales. En este caso, la actividad de cada Estado parte pasará por el auxilio y cooperación internacional a fin de entregar rápidamente a los inculpadados.

2.f. La aceptación de las jurisdicciones internacional y universal en los derechos domésticos

Entre los dos extremos de la jurisdicción internacional provistos por los Tribunales de Nüremberg en 1945 y la CPI de Roma 1998-2002, sólo un reducido número de Estados previeron en virtud de su derecho interno la jurisdicción universal sobre las ofensas internacionales consensuadas. España por tomar sólo un ejemplo resonante que nos atañe, contempla en el punto 4º del art. 23 de la ley orgánica de su Poder Judicial, el principio de jurisdicción penal universal para determinadas formas de delitos. Son ellos el narcotráfico, el terrorismo, los crímenes de lesa Humanidad y el genocidio junto a otras figuras como la falsificación de monedas.

Mas reducido aún fue el grupo de países que ejercieron tal jurisdicción (sólo Australia, Canadá, Israel y el Reino Unido) y lo hicieron únicamente respecto de crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial.

En este mismo período 1945 - 2002, la mayoría de los Estados no legisló en los derechos domésticos a fin de conceder a sus tribunales la jurisdicción universal respecto de las ofensas internacionales. Desde fines de la década de los ochenta varios Estados, básicamente de América Latina, promulgaron leyes afirmando el ejercicio de la jurisdicción universal sobre ciertos delitos comprendidos en el derecho internacional cometidos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, muy pocos ejercieron esta jurisdicción. En estos casos, el fundamento teórico pasó por la afirmación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La extrema lentitud con la cual se avanzó a partir de la IIGM tanto desde la perspectiva de la jurisdicción internacional como de la de la jurisdicción universal cambia en la última década del siglo XX, con el surgimiento del mundo unipolar.

La jurisdicción internacional renace a partir del establecimiento de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda en 1993 y 1994. También la jurisdicción universal toma fuerza: los Estados comienzan a promulgar legislación facultando a sus tribunales al ejercicio de la jurisdicción universal sobre delitos internacionales graves. En Alemania, Austria, Dinamarca, los Países Bajos, Suecia y Suiza, los tribunales han ejercido la jurisdicción universal sobre ciertos delitos graves comprendidos en el derecho internacional cometidos en la antigua Yugoslavia. En Bélgica, Francia y Suiza, se han abierto investigaciones criminales o iniciado procesamientos por genocidio, crímenes contra la humanidad o

crímenes de guerra cometidos en 1994 en Ruanda, en respuesta a la Resolución 978 del Consejo de Seguridad de la ONU, que insta a los Estados a detener y recluir, conforme su derecho interno y las normas pertinentes del derecho internacional y en espera de su procesamiento por el Tribunal de Ruanda o por las autoridades nacionales, a las personas que se encuentren en su territorio contra las que haya pruebas suficientes de su responsabilidad en actos de la competencia del Tribunal de Ruanda. Italia y Suiza abrieron investigaciones criminales sobre casos de tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada ocurridos en Argentina durante los años setenta y ochenta. En un resonante caso España seguida luego por Bélgica, Francia y Suiza, pidieron la extradición desde el Reino Unido del ex presidente de facto de Chile Augusto Pinochet, contra quien se dictó un acta de acusación por esos delitos.

Como afirmamos al principio, la democracia pasa a constituirse en paradigma político de los procesos de globalización junto con el capitalismo como paradigma económico. Pareciera existir una tendencia hacia una explosión universal de justicia expresada en la impronta de la jurisdicción universal reconocida en las normativas domésticas. Tan solo luego el ejercicio efectivo de la misma en casos concretos nacidos generalmente ante la negativa de justicia obtenida en los Estados que debían ejercer la jurisdicción primaria respecto de la ofensa cometida, deriva en un intenso ejercicio diplomático entre los Estados involucrados a partir de potenciales cuestiones que rozan los límites de la injerencia y la invocación de la inmunidad del Estado.

2.g. La jurisdicción universal en la práctica estatal

Israel asumió la jurisdicción universal en el proceso que llevó a la condena del criminal de guerra Adolf Eichmann, capturado ilegalmente en Argentina. Según el procurador israelí existía “*plena justificación para aplicar aquí el principio de la jurisdicción universal porque el carácter internacional de los crímenes contra la Humanidad ... referidos en el proceso en cuestión ya no está en duda*”. En este caso las ofensas internacionales (crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad) habían sido cometidas en Europa durante la IIGM a lo que debe agregarse que el mismo Estado de Israel no existía al tiempo de la comisión de los crímenes por lo cual las víctimas no eran ciudadanas Israelíes. Eichmann fue condenado con independencia del incidente diplomático que motivo su secuestro y sin importar su calidad de agente estatal al momento de la comisión de las ofensas.

En 1980 en el caso *Filartiga v. Peña – Irala*, un nacional Paraguayo inició un reclamo en los USA contra un ex – oficial de policía Paraguayo que vivía ilegalmente en Nueva York al inicio de la demanda, por torturas seguida de muerte del hermano del denunciante cometidos en Paraguay en la década de 1970. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de USA halló que “*a los fines de la responsabilidad civil, el torturador ha devenido (al igual que anteriormente el pirata o el traficante de esclavos) hostis humani generis, esto es, un enemigo de la Humanidad.*” La decisión se basó en que la tortura aún cuando no pudiera ser atribuída claramente al gobierno Paraguayo, constituye una violación del Derecho Internacional y consecuentemente los torturadores extranjeros descubiertos en USA pueden ser perseguidos ante las cortes americanas. Dejando de lado este valioso precedente, otros reclamos referidos a violaciones de Derechos Humanos diferentes de la tortura, corrieron menos suerte en las cortes Norteamericanas. Tampoco importó aquí la calidad de agente gubernamental de Peña - Irala.

Es relevante la mención del caso *Siderman* fallado por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de USA (1992). En 1982 la familia *Siderman* comienza una demanda contra Argentina por la tortura de José *Siderman* y ciertas expropiaciones que tuvieron lugar tras el golpe de estado de 1976. En relación con la tortura en primera instancia se falla a favor de la familia concediéndole U\$S 2,7 millones (Argentina no participó de los procedimientos invocando inmunidad). En 1985 la segunda instancia rechazó la acción en base a la inmunidad de jurisdicción reclamada por Argentina. Finalmente en 1992, la Corte de Apelaciones revocó esta sentencia ordenando continuar con los procedimientos basada en que la carga de la prueba relativa a la inexistencia de excepciones a la inmunidad de jurisdicción previstas en la ley Americana (US Foreign Sovereign Immunity Act) recaerá en Argentina. En el caso se afirmó nuevamente que el delito de tortura posee la naturaleza de *ius cogens*. Este caso es diferente de los anteriores en tanto no se discutió la calidad de los victimarios sino la responsabilidad internacional de un Estado por hechos de sus agentes. Creemos que en el presente estado de evolución histórica, en este supuesto la inmunidad de soberanía no puede ser negada. Estimamos relevante la afirmación de la tortura como ofensa internacional y su caracterización como parte del *ius cogens*, aun cuando estimamos prudente incluirlo dentro de la figura mayor de los crímenes contra la humanidad.

En otros diferentes casos, se presentaron demandas en los USA contra individuos que habían actuado o aún actuaban en capacidad oficial como gobernantes o agentes del Estado. Así puede mencionarse el caso del Filipino *Ferdinando Marcos*, el del Argentino *Carlos Guillermo Suárez Mason*, el del ex – presidente Haitiano *Prosper Avril*, el del ex – Ministro de Defensa Guatemalteco General *Héctor Alejandro Gramajo Morales*, el del General Indonesio *Panjaitan*, el del ex – funcionario público del gobierno Etíope *Negowo* y el del líder Serbio *Karadzic*.

En resumen, si la conducta forma parte del núcleo duro de ofensas internacionales, se habilita la jurisdicción *internacional* en cabeza de la CPI conforme los supuestos comentados, y en su caso podrá habilitarse la jurisdicción *universal* en la medida en que el estado tenga prevista la punición de tal figura y correspondiente jurisdicción en su derecho doméstico.

Si en cambio la conducta no forma parte del núcleo duro de ofensas internacionales, podrá aceptarse algún tipo de jurisdicción internacional en la medida en que la misma se encuentre prevista convencionalmente por los Estados con interés directo en la cuestión. Este interés viene dado por las bases clásicas de atribución de jurisdicción penal. También en este supuesto podrá tener lugar la jurisdicción internacional en caso que así lo decida el Consejo de Seguridad ONU en virtud de los poderes que le otorga la Carta. De igual manera en el mismo supuesto, *negamos* por las razones ya expuestas, la posibilidad que cualquier Estado se atribuya jurisdicción universal, salvo que respecto de la figura penal, ésta se haya previsto convencionalmente. Podría presentarse como excepción a esta negativa el caso en que la ofensa internacional se encontrara prevista en una norma internacional vigente, la cuestión se suscitara entre los Estados parte y el mismo instrumento facultara a la persecución de la ofensa (la Convención para la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 por ejemplo). Sin embargo creemos que en este supuesto, la piedra de toque viene dada por si la ofensa forma parte del *ius cogens*, caso en el cual la jurisdicción universal podría invocarse aún por Estados no parte y aún contra Estados no parte en el instrumento

internacional.

3. La visión política de la jurisdicción penal internacional

3.a. Los principios jurisdiccionales en la ley de USA

En la vieja discusión entre monismo y dualismo, el legislador Norteamericano tomó decidido partido por la supremacía de su propio derecho.

“En los USA la cláusula de Supremacía de la Constitución (art. VI) impone como obligatoria para las Cortes a la legislación federal, por lo cual éstas deben obedecer los mandatos del Congreso aún en violación del Derecho Internacional consuetudinario que restringen la jurisdicción”.

En “The Paquete Habana” (1900), el Presidente de US ordenó el bloqueo de Cuba. El comandante a cargo de la operación atrapó dos buques pesqueros y los vendió como recompensa. En la demanda iniciada para recuperar el dinero, la Suprema Corte de USA dijo: *“International Law is part of our law and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction, as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination. For this purpose where there is no treaty and no controlling executive or legislative act or judicial decision, resort must be had to the customs and usages of civilized nations”.*

Y también *“el Derecho Internacional consuetudinario es federal por naturaleza porque implica las relaciones exteriores de los USA”.* Esto arroja como inevitable consecuencia que se requiera una interpretación uniforme en el ámbito nacional.

En caso que la previsión legal doméstica no sea clara, los Tribunales asumen que el legislador no pretendió violar los principios de la jurisdicción penal internacional, por lo cual aplican las bases de atribución de jurisdicción antes referidas. En el caso USA v. ALCOA se aplicó el principio de los efectos con fundamento en la ley norteamericana (Sherman Act). Se trataba de un contrato celebrado en el extranjero que pretendía afectar el comercio de USA, aún cuando el acuerdo era entre compañías extranjeras y sería ejecutado enteramente fuera de la jurisdicción norteamericana. El principio protectorio tuvo un limitado uso en los USA, dada la preferencia anglosajona por la territorialidad.

Otra interesante característica es que en los USA, las partes invocan el Derecho Internacional ante sus tribunales en cualquier situación que les parezca relevante, aunque en realidad no es el sistema legal internacional el que opera sino aquellos principios del Derecho Internacional que la Corte de USA decide aplicar porque le parecen apropiados en el caso en particular. Sin embargo no tienen que preocuparse por justificar su supremacía en el caso concreto ya que de todas formas, será aplicado siempre y cuando el decisor lo crea conveniente para una justa solución *conforme los principios básicos del derecho propio*. En suma, prevalecerá la autoridad y criterio del decisor norteamericano mas que la autoridad de la comunidad de naciones.

3.b. La posición de USA frente a la jurisdicción penal internacional, el Derecho Internacional de los

Derechos Humanos y el Tratado de Roma y su Corte Penal Internacional

Los USA han acentuado recientemente su tradicional visión sobre la primacía del derecho doméstico frente al Internacional. Las cortes Norteamericanas han desarrollado varias líneas de pensamiento tales como la regla de la última norma en el tiempo, a fin de fundamentar las razones por las cuales el Derecho Internacional no se encuentra vigente en determinadas circunstancias en su jurisdicción.

Esta actitud es calificada por los autores como el “*excepcionalismo americano*” (American exceptionalism). Este es un fenómeno cultural más que jurídico, especialmente evidente en los acercamientos a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En lo que atañe a las cuestiones jurídicas, los USA invocan el universalismo denunciando al resto de los países que no cumplen con los estándares de libertades fundamentales, pero practican el particularismo nacional junto con el relativismo cultural, los cuales denuncian cuando son practicados por otros estados. La visión dominante es que los Derechos Humanos nacen de la experiencia Norteamericana para ser luego exportados hacia el mundo. De esta manera, jamás han aceptado la necesidad y mucho menos la *obligación* de cambiar normas o prácticas internas con fundamento en algún debido respeto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Consecuente con la visión informada, la política desarrollada tradicionalmente por los USA se ha basado en un fuerte impulso a la promoción de Declaraciones sobre derechos humanos, que por su misma naturaleza no poseen carácter vinculante como instrumento jurídico. Al mismo tiempo, niegan con igual énfasis la pertenencia a organismos internacionales provistos de órganos vinculantes que no sean dirigidos de alguna manera por las potencias y especialmente el mismo USA. En este contexto, no es concebible que los intereses nacionales Norteamericanos sean sometidos a jurisdicciones diferentes de la propia.

Considerando esto, la administración Bush ya había decidido continuar con un marcado unilateralismo aún antes de los atentados del once de septiembre de 2001. Así, (a) se negó a negociar con mayor flexibilidad el Protocolo de Kyoto sobre el calentamiento global; (b) se negó a debatir la proyectada regulación de armas pequeñas en los conflictos armados; (c) se opuso a las mejoras en tratados ya existentes tendientes a controlar las armas biológicas; y finalmente (d) también se mostró contraria a debatir los sistemas misilísticos de defensa. Notemos la importancia del elemento militar dentro de este nuevo aislacionismo. La ocurrencia de conflictos militares aislados en tiempo y lugar como motor de la economía del país y expresión del poder militar deviene una necesidad recurrente. En palabras de GALBRAITH “*With economic power, military power is (...), one of the two effective pillars of foreign policy*”.

Esta suerte de política de “*hegemonía estabilizante*” decidida por los USA implica la creación de instituciones multilaterales a medida de las necesidades de las potencias. Estas instituciones y mecanismos no deben poseer demasiadas constricciones a la propia independencia de los Estados líderes (en tanto las reglas son para los demás...). La Organización Mundial de Comercio constituye una alentadora excepción a esta regla que gobierna las instituciones internacionales, desde que cuenta con verdaderos poderes que permitieron condenar más de una vez a los USA. La Corte Penal Internacional constituiría la segunda gran excepción a este principio que domina la política exterior Norteamericana desde la IIGM.

Respecto del Estatuto de Roma y la CPI es importante remarcar los antecedentes sobre la creación por

parte del Consejo de Seguridad ONU de los Tribunales para la ex - Yugoslavia y Rwanda (1993/4), cuya constitución fue aceptada y favorecida por los USA. Estos tribunales poseen jurisdicción internacional. Sin embargo, la circunstancia que al presente los USA lideren la oposición a la CPI no debe entenderse como un error de su política. Por el contrario, la estrategia Norteamericana en los casos de la ex - Yugoslavia y Rwanda se enmarcó en la idea de otorgar amplios poderes al Consejo de Seguridad para que decida sobre la justicia penal internacional en la medida en que este órgano puede obstruir decisiones inconvenientes para los titulares del doble derecho de veto.

Llegados a este punto, encontramos dos objetivos manifiestamente opuestos que enfrentan a los USA con la gran mayoría de naciones firmantes de Roma. El conflicto se manifiesta por el deseo del establecimiento de un estado de derecho que sea internacionalmente respetado por las naciones, situación que se opone a la necesidad vital de las administraciones Norteamericanas referida a su propia independencia en las relaciones internacionales. Esta circunstancia que en nuestra visión aparece como dicotómica, desde la visión Norteamericana posee una sencilla solución. Esta consiste en la transformación del sistema internacional conforme los principios de la ley norteamericana, al menos en aquellas cuestiones consideradas vitales para el interés nacional. En otras palabras la visión de USA frente a la normativa internacional consiste en invocar la existencia de la misma al tiempo que modelarla conforme sus principios e intereses a través de la negociación y variadas formas de presión, sin excluir la utilización de la fuerza unilateral. En este contexto de pretendida legalización de situaciones fácticas que resumen los intereses nacionales mencionamos como ejemplo la teoría de la legítima defensa *preventiva*.

En el futuro mediato asistiremos a una triple dimensión del conflicto entre ciertos principios básicos sentados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional clásico en relación con la jurisdicción internacional y la universal. Estas tres dimensiones reconocen un carácter normativo, otro sociológico y un tercero político. Las analizamos a continuación.

4. El conflicto normativo

La primera dimensión del conflicto es normativa. Aquí se presenta con fuerza irresistible el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Resulta abrumadora la cantidad y calidad de instrumentos internacionales en curso de negociación, ratificación y aprobados mediante los cuales se sientan los fundamentos jurídicos que otorgan prevalencia a los derechos fundamentales de las personas y la Humanidad por sobre los derechos de los estados. Es interesante reparar que gran parte de ellos son negociados y aprobados por los mismos Estados, forzados por la presión de la opinión pública internacional, ONGs y otros actores internacionales. Los objetivos y fines de estos instrumentos reflejan y cimientan el establecimiento de una moral y un orden público internacionales y a la vez, delimitan el núcleo duro de ofensas internacionales que al formar parte del *ius cogens* posibilitan la jurisdicción internacional y potencialmente, universal.

No obstante el estado de situación internacional comentado, USA esgrime una tentativa de oposición jurídica. Esta se funda en el art. 12 del Estatuto CPI.

Este artículo permite que los ciudadanos de los Estados no parte (incluido el personal militar que constituye

la mayor preocupación de USA) caigan bajo la jurisdicción de la CPI si los actos violatorios han sido ejecutados en el territorio de un Estado parte en el Estatuto. Los USA alegan que los tratados sólo obligan a los Estados ratificantes y que con esta previsión se estaría burlando tal principio. En consecuencia en tanto los USA no ratifiquen el Estatuto, los ciudadanos norteamericanos no podrían caer bajo la jurisdicción de la CPI aún cometiendo en territorio de Estados parte aquellas ofensas que son de competencia de la CPI.

Es relativamente sencillo contra-argumentar jurídicamente a esta primera cuestión. Otros tratados contienen similares disposiciones (tal por ejemplo el caso del que trata sobre Terrorismo, cuya aprobación y vigencia interesa primordialmente a los USA). Los Tribunales de Nüremberg y Tokio constituyen antecedentes jurisprudenciales valiosos. Pero básicamente, se trata de la comisión de figuras que forman parte del núcleo básico de derechos fundamentales de la persona, su persecución y castigo interesa a la Humanidad, con lo cual poco importará la *nacionalidad* del victimario si previamente hemos afirmado que conforme la jurisdicción internacional inherente a estas ofensas, es irrelevante la calidad de gobernante o agente Estatal de los responsables.

De acuerdo con esto, los esfuerzos de USA se centran en la obtención de exenciones especiales, expresas y absolutas para sus nacionales (léase tropas) en cualquier lugar del mundo en que se encuentren. No obstante los tropiezos y resistencias que encuentra esta política, la necesidad de contar con el apoyo Norteamericano para la continuidad de las operaciones de mantenimiento de la paz, decidieron la aprobación de la Resolución 1422 del Consejo de Seguridad ONU (14/7/2002) por la cual se:

“1. Pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1° de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario;

En su segundo párrafo la Resolución expresa la intención de ser renovada anualmente, situación que ocurrió durante el año 2003.

Por su parte, esta misma estrategia se actúa bilateralmente respecto de los Estados parte en el estatuto de la CPI. Con esto, los USA tienden a asegurar la propia inmunidad en cualquier territorio sometido a jurisdicción soberana de Estados respecto de ofensas internacionales que en situaciones similares pero ejecutadas por el “resto de la Humanidad”, serán de potencial competencia de la CPI.

Este doble estándar de juzgamiento de los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y crimen de agresión constituye la política de la potencia hegemónica: su justicia es la única habilitada para el juzgamiento y en su caso, la única responsable de la impunidad de los gendarmes internacionales. My Lai ocurrió, por citar sólo un ejemplo.

5. El conflicto sociológico

El segundo tipo de conflicto transita por la dimensión sociológica en la medida en que las instancias judiciales internacionales vayan alineándose en torno de dos polos que estimamos opuestos y que en algún momento tal vez colisionen abiertamente. Encontramos en un extremo a la jurisprudencia de la Corte

Internacional de Justicia ONU como defensora máxima de los principios clásicos del Derecho Internacional y tal vez la más renuente a aceptar las tendencias actuales dirigidas hacia la plena capacidad internacional de los individuos y ONGs defensoras de derechos humanos. En el otro extremo se sitúa la jurisprudencia de los tribunales internacionales para la ex - Yugoslavia y Rwanda, pudiendo prever que la hoy vigente CPI profundice estas decisiones en tanto sus miembros son reconocidos juristas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La CIJ es creada a fin de consolidar aquellos principios básicos del derecho inter – estatal, léase el respeto por la soberanía, igualdad, independencia política e integridad territorial de cada Estado, quebradas toda vez que se amenace o ponga en peligro la paz y la seguridad internacionales. Los tribunales de la década de 1990 son creados a instancias de la presión pública internacional y de las ONGs, a fin de consolidar y actuar el respeto de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por el contemporáneo Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para esto se actualiza y redefine el concepto fundamental de amenaza o peligro a la paz y seguridad centrándolos en la Humanidad en lugar de los estados.

Referimos dos ejemplos.

Primero, presentamos ciertos casos en los cuales los USA han incumplido tanto normas internacionales de fuente convencional (como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares) como decisiones tomadas por la Corte Internacional de Justicia y con esto, violado derechos básicos de los justiciables sometidos a proceso en su jurisdicción.

En el caso “Alemania c. Estados Unidos” (caso Lagrand, 27/06/2001), la Corte Internacional de Justicia sostuvo que USA violó la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares al permitir la continuación del procedimiento de pena capital en su estado de Arizona contra 2 ciudadanos alemanes, en tanto éstos no habían tenido contacto con funcionarios de su nacionalidad desde el momento de su detención. Los convictos fueron ejecutados después del fallo de la Corte Internacional de Justicia.

Similar situación se había producido anteriormente respecto de un nacional Paraguayo, pero la CIJ no se había expedido ya que Paraguay habiendo incoado el reclamo, luego desistió del mismo (Breard v. Greene – 23 U.S. 371, Paraguay c. USA, 1998). Huelga aclarar que el ciudadano Paraguayo Breard fue ejecutado.

Actualmente, México ha iniciado acciones contra los Estados Unidos (caso Avena, 2003), por la misma violación en perjuicio de varios de sus nacionales. En estos casos, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia se encamina hacia el respeto de las obligaciones internacionales convencionalmente asumidas por los Estados. A partir de este respeto del Derecho Internacional convencional podría derivarse la protección a los derechos de los nacionales que fueron ejecutados sin las garantías del debido proceso.

Sin embargo, la protección debida a los derechos fundamentales de la persona no deriva de manera única del incumplimiento convencional de ciertas cláusulas por parte de un Estado y respecto de otro co – contratante. Esta protección es independiente de cualquier otra y por lo tanto es debida *per-se* por todos los Estados de la sociedad internacional y aún otros actores como ya mencionamos (grupos insurgentes y movimientos de liberación nacional). A nuestros fines, no es relevante ni innovador una decisión de la CIJ por la cual se protege un derecho fundamental de la persona tan solo porque un Estado ha violado una obligación impuesta por el Derecho Internacional de fuente convencional. Este fundamento habilitaría a la violación del derecho en tanto el Estado no hubiera ratificado el instrumento internacional y solo en tanto el Estado endosara el reclamo a favor de su nacional. Esta es la visión clásica del Derecho Internacional: la

persona protegida en función de su pertenencia a un determinado Estado.

El incumplimiento del fallo de la CIJ en el caso Lagrand por parte de los USA implica dos violaciones concurrentes: (a) del Derecho Internacional clásico constituida por la violación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y luego por la inobservancia de lo decidido por la CIJ; y (b) del Derecho Internacional de los derechos humanos, gravísima violación en relación con la anterior ya que se privó a la persona del más fundamental de sus derechos, en tanto la pena de muerte fue cumplida luego de hallarse probado el quebrantamiento de las garantías fundamentales del debido proceso. USA no hizo más que seguir fiel a su tradición jurídica aislacionista en la cual lo único relevante es el propio derecho: así en el caso "U.S. v. Page" (2000) se estableció que los tratados internacionales no crean derechos individuales que puedan imponerse en los procedimientos judiciales.

La primera violación es clásica en el sentido de constituir una tradicional violación del Derecho Internacional prevista por el sistema y sancionada por el mismo con el límite consabido y aceptado impuesto por las soberanías estatales: *jurisdicción voluntaria* y en su caso *ejecución voluntaria* de la sentencia. Aquí la persona es objeto de derecho.

La segunda violación desecha el concepto de soberanía. Pertenece al núcleo básico de derechos de la persona que se sobrepone a cualquier límite en función de derechos de los Estados, incluida la soberanía estatal. Aquí la persona es sujeto de derecho.

En suma, este primer conjunto de casos demuestra que dentro del **sistema de justicia internacional clásico**, la persona humana puede ser protegida de manera limitada y débil, en tanto sólo es objeto de derechos. Los verdaderos titulares son los Estados, quienes producida la ofensa internacional podrán: (a) demandar a otro Estado sólo si existe una obligación internacional exigible que básicamente deberá ser convencional; (b) endosar el reclamo de sus nacionales recurriendo a la jurisdicción internacional si lo estiman políticamente conveniente; y (c) aún produciéndose los dos anteriores supuestos, el cumplimiento de lo decidido también pasará por la voluntad estatal.

La decisión del Estado gobierna desde el inicio del procedimiento hasta el cumplimiento efectivo de lo decidido. La persona es sólo víctima y mero espectador. La decisión política cobra importancia decisiva: las normas internacionales devienen un complemento útil al momento de ejecutar decisiones de política internacional tomadas en función de los intereses nacionales de cada Estado: pura *Realpolitik*.

Segundo, referiremos valiosas diferencias interpretativas producidas a partir de una sentencia del TPI para la ex – Yugoslavia respecto de lo previamente resuelto por la CIJ en el caso "Nicaragua c. USA".

En relación con las atrocidades cometidas en Bosnia Herzegovina durante el año 1992 contra pobladores bosnios musulmanes, el ex general Dusko Tadic fue arrestado en Alemania en el año 1994 y transferido a La Haya. En 15/07/99 se dicta el pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión. La Cámara de Apelaciones del TPI:

(1) adoptó una visión diferente de la sostenida por la Corte Internacional de Justicia en relación con la distinción entre conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales en el Derecho Internacional Humanitario;

El punto controversial se refería al conflicto en la región de Prijedor. Interesaba aquí conocer si a partir del

19/05/1992, día en que las fuerzas armadas de la República Yugoslava se separan de Bosnia Herzegovina (al haber ésta declarado su independencia), las fuerzas Bosnio - Serbias podían ser consideradas, órganos o agentes de facto de la República Federal Yugoslava (Serbia). Si así fuera según el Derecho Internacional, el conflicto debía considerarse *internacional* porque se le atribuiría a la República Federal Yugoslava la responsabilidad del mando, en tanto las fuerzas rebeldes actuaran dirigidas de manera completa por la República Yugoslava.

El antecedente en esta cuestión lo brindaba la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso "Nicaragua v. Estados Unidos", en el cual no se llegó a probar que los USA dirigieran las operaciones de los "contras" en Nicaragua. La Cámara del TPI rechaza el argumento sentado por la Corte Internacional de Justicia requiriendo la "**dirección completa** de las operaciones". Funda su opinión en que se encuentran en debate "*graves violaciones*" del Derecho Internacional Humanitario. La Cámara TPIY realiza luego una distinción entre la *responsabilidad del Estado* (interpretando que ésta es la cuestión que la CIJ decide en el caso de Nicaragua) y la *responsabilidad individual*. Para que surja esta última el **simple control** por parte del Estado extranjero sobre la organización militar rebelde es considerada suficiente para generar la responsabilidad individual internacional de sus gobernantes y agentes por todos los actos cometidos por los rebeldes. Este control simple es además suficiente para considerar *internacional* al conflicto y en consecuencia afirmar la aplicación de la normativa completa del Derecho Internacional Humanitario.

Creemos de extrema importancia esta lúcida distinción que permite avanzar en la responsabilidad individual de gobernantes y agentes de un Estado a la vez que amplía el núcleo de personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, interesándose mas por las víctimas de los conflictos que por el respeto de las soberanías estatales que pudieran invocar la no internacionalidad del conflicto a fin de aplicar sólo su derecho doméstico, descartando el respeto de los derechos mínimos de combatientes y poblaciones civiles.

(2) actualizó el concepto de personas protegidas existente en las Convenciones de Ginebra de 1949;

Tadic resultó condenado sobre la base del art. 3 del Estatuto del TPI para la ex – Yugoslavia y del art. 2 ampliándose como adelantamos el concepto de personas protegidas, que se extendió a los nacionales del Estado victimario. Respecto de las personas protegidas, la Cámara reemplazó el factor de la nacionalidad por los factores de lealtad y protección efectiva. La consecuencia lógica es que de seguirse este criterio, de ahora en adelante en los conflictos internacionales, todas las víctimas se beneficiarán del estatus completo de personas protegidas bajo Ginebra.

(3) extendió el concepto de responsabilidad criminal debida a la participación en un grupo con un propósito común mas allá del límite que los juristas de los sistemas de derecho civil continental se hallan acostumbrados a conocer en sus derechos domésticos;

Tadic participó del traslado de hombres no serbios de las villas de Sivci y Jaskici (en esta villa hubo cinco muertos al menos). La Cámara comprobó que Tadic era parte del grupo armado que realizó las operaciones, encontrándolo culpable aún cuando los crímenes hubieran sido cometidos por otros miembros del grupo armado y aún cuando la matanza de habitantes no fuera parte necesaria del plan del grupo. Según la Cámara la responsabilidad existió desde que el riesgo de muerte se volvió una consecuencia previsible de la ejecución del plan del grupo y el acusado frente a ese riesgo respondió de manera indiferente o temeraria.

En relación con la participación criminal como integrante de un grupo, la Cámara crea una tercera categoría

de responsabilidad que se suma a las dos ya existentes:

(a) conforme la primera categoría todos los inculpados actúan según un designio común y poseen la misma intención criminal. En este caso, el inculpado que no participó materialmente en el acto es responsable criminalmente si de manera voluntaria toma parte en algún aspecto del diseño del plan o propósito común y pretende el resultado criminal;

(b) la segunda categoría comprende aquellos casos que involucran a un sistema organizado dirigido a cometer crímenes (tales como los campos de concentración). Cualquier participación en la ejecución del sistema basta como “actus reus”, mientras que el requisito de la “mens rea” requiere conocimiento de la naturaleza del sistema y la intención de llevar adelante el propósito común planeado;

c) la tercera categoría nacida a partir del fallo de la Cámara del TPI para la ex – Yugoslavia avanza en la responsabilidad en calidad de co – autores de los inculpados, mas allá del plan común del grupo. Como antecedentes de Derecho Internacional convencional la Cámara mencionó la Convención Internacional para la Supresión de los Bombardeos Terroristas del 15/12/1997 (Asamblea General ONU Res. 52/164) y el Estatuto de Roma de la CPI (1998).

(4) clarificó el concepto de crímenes contra la Humanidad respecto de dos cuestiones: en una de ellas contrariando tanto al Consejo de Seguridad de ONU como al Secretario General de ONU.

Al explicar los elementos de los crímenes contra la Humanidad, el tribunal de primera instancia mencionó como requisito necesario la prueba de la existencia de un conflicto armado y un nexo entre el acto incriminado y el conflicto. La Cámara clarificó lo que debe entenderse por nexo: el acto debe ligarse tanto geográfica como temporalmente con el conflicto. Debe haber relación entre ambos: el autor del acto incriminado debe conocer el **contexto** mayor dentro del cual dicho acto ocurre. Se descartó el requisito referido a que el acto no hubiera sido realizado “por puros motivos personales”.

Por último, la Cámara interpretó que el requisito de “discernimiento” (“discriminatory intent”) solicitado por el Estatuto del TPIY sólo se aplica a las conductas que poseen un tipo persecutorio (“persecution type”) dentro de los crímenes contra la Humanidad. Esto es, no a todos los actos enumerados en el art. 5 del Estatuto del TPIY, sino sólo al inciso h): *las persecuciones fundadas en motivos políticos, raciales o religiosos*. En la interpretación de la Cámara las demás conductas que componen la ofensa de los crímenes contra la humanidad no requieren el requisito de discernimiento referido al ataque al grupo en cuanto tal.

En suma, este segundo ejemplo demuestra que dentro del sistema del Derecho Internacional de los derechos humanos, la persona cobra el protagonismo de verdadero sujeto de derecho frente a los estados. Esta situación le brinda un respeto pleno y completo. Como inconveniente, la escisión del Derecho Internacional hacia un plano diferente y superior en tanto protege a la persona, deberá recorrer un largo camino y enfrentar una dura lucha en tanto su pretensión sea imponerse. El polémico fallo “Tadic” tal vez alentó una respuesta de la CIJ, que llega a partir de la decisión preliminar adoptada en el caso “Yerodia” que mencionamos a continuación.

Tercero, comentamos el caso Yerodia que se ventila ante la Corte Internacional de Justicia ONU. El inculpado revestía la calidad de funcionario del gobierno de la República Democrática del Congo y es acusado por la comisión de ofensas internacionales en el territorio de su país. En ejercicio de la jurisdicción universal fundada en el derecho doméstico, Bélgica dicta una orden de arresto internacional a fin de

proceder luego al pedido de extradición del inculpado. Ante la queja Congoleña, la CIJ sostiene la plena inmunidad de jurisdicción criminal y de inviolabilidad personal, a la cual le reconoce carácter *ultra-activo*. Opina también que la extensión de la inmunidad es en principio absoluta, no reconociendo excepciones a favor de lo que nosotros llamamos núcleo básico de derechos fundamentales de la persona en tanto no existe al presente práctica estatal alguna que habilite tal afirmación. Como opina HOOFT (2003): “A través de esta dogmática doctrina, la CIJ reafirma el principio de la igualdad soberana de los Estados, consagrada en el Tratado de Paz de Westfalia en 1648 y recogida por la comunidad de Estados (...). Su corolario es “*par in parem non habet imperium*”, ningún Estado está subordinado a la jurisdicción de otro Estado.”

Como resulta notorio al reparar en esta decisión de la CIJ, la correcta dogmática que alienta su pensamiento violenta varios de los avances ocurridos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto de su superioridad jerárquica por sobre el Derecho Internacional convencional nacido en Westphalia. En la toma de posiciones, es claro que la CIJ asume el rol de defensora del Derecho Internacional clásico y los principios sobre los que se sustenta el orden anárquico (BULL, 1977) de la sociedad internacional.

En suma, este tercer ejemplo demuestra el incipiente enfrentamiento entre los principios del Derecho Internacional clásico y los del Derecho Internacional de los derechos humanos.

Finalmente, los tres ejemplos referidos evidencian la discordancia entre tribunales internacionales (TIPY y CIJ respectivamente) los cuales si bien comparten un carácter internacionalista, se fundan en objetos y fines básicamente diferentes: la persona humana y la Humanidad y su defensa en el primer caso y los Estados soberanos y la protección del sistema en el segundo. Es de esperar que las diferencias se profundicen conforme avancen las decisiones. Notamos que se perfila el enfrentamiento entre el *Derecho Internacional de los derechos humanos* que abrega en valores individuales ya presentes en el *ius gentium* y el *Derecho Internacional positivo* aliado a una visión Hegeliana del Estado.

Este segundo nivel que llamamos “del conflicto sociológico” demuestra la defensa jurídica clásica que será menester trasvasar a fin de lograr la plena vigencia de una jurisdicción internacional fundada normativamente en el respeto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la cual el individuo sea penalmente responsable sin importar su nacionalidad o calidad.

6. El conflicto político

La tercera de las dimensiones conflictuales se enrola en lo político. Aquí es de importancia reparar en la negativa de los Estados líderes de peso económico – político y aún demográfico. Mencionamos aquí a USA, aunque también a China e India, líderes de la oposición a la CPI. Entre los argumentos políticos en contra de la ratificación del Tratado de Roma remarcamos:

(a) las *atribuciones del fiscal*: USA objeta que un fiscal independiente con la sola aprobación de una cámara compuesta por tres jueces pueda inculpar al personal estadounidense. USA prefiere que los casos sean referidos al conocimiento de la CPI solamente a través del Consejo de Seguridad ONU. Recordemos que a este cuerpo le es permitido incoar la persecución penal pero de manera concurrente con los Estados parte y

el Fiscal actuando de oficio. La explicación es simple: USA es miembro permanente y posee derecho de veto en la toma de decisiones del CS ONU.

En opinión de Forsythe (2002), seguramente los casos mas probables que surjan a la investigación penal internacional en el inicio del accionar de la CPI, sean aquellos iniciados por un fiscal independiente que cuestione las políticas Estadounidenses relativas a la elección de objetivos militares y/o armamentos utilizados. Aun cuando sea altamente improbable que vuelvan a producirse situaciones como la masacre de My Lai (Vietnam, 1968), es útil recordar que ni allí ni en situaciones similares, autoridad Estadounidense alguna tomó a cargo investigaciones efectivas. Así, USA no actuó internamente ante los ataques militares en una planta farmacéutica de Sudán (1998); no investigó la causa de los muertos civiles en la invasión a Panamá (1989); no investigó la elección de objetivos y/o armamento en el ataque a Afganistán (2001) o Irak (2003).

Firme la voluntad política de la administración Norteamericana a partir de la “*cruzada contra el mal terrorista*”, es natural consecuencia que el amparo que este discurso brinda a la elección de lugares y objetivos por todo el mundo, no pueda ser coartado por la pretensión de responsabilidades penales ulteriores ante jurisdicción internacional alguna.

(b) el *déficit democrático* del procedimiento de Roma es otra de las objeciones presentadas. En la visión de USA, la CPI no posee un sistema democrático de toma de decisiones, ya que a través de sus decisiones tiene el poder de cambiar las políticas decididas por Estados democráticos, sin control político alguno.

Se han brindado diferentes respuestas para esta objeción. En primer lugar se afirma que los mismos Estados Unidos no poseen una historia como campeones de la democracia en organismos tales como la ONU o la OMC, donde tampoco existen verdaderos controles democráticos. En segundo lugar, la legitimidad de las decisiones de la CPI bien puede provenir de una fuente distinta de la regla de la mayoría. Y en tercer lugar, tanto el fiscal como los jueces responden ante la Asamblea de los Estados partes, la cual los elige.

De todas formas, actualmente cualquier estado puede perseguir a nacionales de USA por la violación de las leyes del Estado en cuestión. En cuanto a las ofensas de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad si se acepta que las mismas poseen jurisdicción universal, cualquier estado podría juzgar al personal de USA mas allá de la CPI. Pero es clara la cuestión: pocos o ningún estado se atreverán individualmente a desafiar la oposición de USA, en tanto la CPI tendría poder suficiente.

Por esta razón, la estrategia de oposición indirecta Norteamericana consiste en forzar acuerdos bilaterales de inmunidad de jurisdicción para sus ciudadanos. La finalidad es obvia: avanzar hacia la constitución de una verdadera policía internacional Norteamericana: *immune* a toda jurisdicción extraña y *financiada* por la comunidad internacional. Situación que nos recuerda la palabra *mercenarios*. GALBRAITH refiriéndose a la guerra del Golfo de 1991: “*It did not go wholly unmentioned that the American soldiers, airmen and sailors who led and dominated in the conflict made up what would anciently have been called a mercenary force that was extensively subsidized by Japan, Germany and Saudi Arabia*”. (no pasa desapercibido que las fuerzas americanas que guiaron y dominaron el conflicto, conformaron lo que antiguamente se llamaba una fuerza mercenaria, extensamente subsidiada por Japón, Alemania y Arabia Saudita).

Dentro de USA, se expresaron a favor de la CPI sólo algunos Demócratas, Patrick Kennedy entre los mas notorios. Existen además ciertas ONGs y fuerzas de trabajo a favor de la aprobación por parte de los USA de la CPI. Entre las mismas puede citarse al Washington Working Group on the International Criminal Court

y la Coalición de ONGs por la Corte Penal Internacional.

Entre los aspectos negativos que la posición americana arroja para el propio país, se destaca en primer lugar los conflictos con aliados históricos que no sólo han ratificado la Convención sino que desde su política exterior alientan la vigencia efectiva de la misma (el Reino Unido o Francia). En segundo lugar se evidencia la disociación de la imagen Estadounidense en cuestiones tan caras a la opinión pública internacional como los son el respeto al Derecho Internacional de los derechos humanos.

En el Congreso de USA, el ataque Republicano a la CPI fue directo. El Senador Rod Grams declaró en una sesión en referencia a la actitud que su país debe asumir en relación con la CPI: *“to make sure that it shares the same fate as the League of Nations and collapses without our support, for this Court truly I believe, is the monster and it is the monster that we need to slay”* (para asegurar que corra la misma suerte que la Liga de Naciones que colapsó sin nuestro apoyo, porque esta Corte sinceramente creo que es un monstruo y es este monstruo el que debemos acabar).

Al aprehender estas palabras, nos preguntamos cuánto cambió la política Norteamericana desde aquel año 1919 cuando otro Senador Estadounidense, esta vez proveniente del Estado de Missouri pronunció las siguientes palabras en el debate sobre la Corte Permanente de Justicia Internacional, órgano judicial de la Liga de Naciones: *“Think of submitting questions involving the very life of the US to a Tribunal on which a Níger from Liberia, a Níger from Honduras, a Níger from India... each have votes equal to that of the great US”* (piensen en someter cuestiones que involucran la vida misma de los USA a un Tribunal en el cual un negro de Liberia, un negro de Honduras o un negro de India... cada uno tenga votos iguales a los del gran USA).

CONCLUSIONES

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: *del idealismo al realismo*

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone de las normas internacionales de carácter convencional cuyo objeto y fin está constituido por “*la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes*”. Es el fundamento jurídico útil para trasvasar el principio de igualdad soberana de los Estados. Sus normas devuelven a la persona el lugar internacional que le fue negado a partir del positivismo y el ensalzamiento del Estado como única y máxima situación para la realización personal. Por esto afirmamos en nuestro subtítulo “el regreso al *ius gentium*”.

Las dos visiones principales de la política internacional, el idealismo y el realismo, coinciden en presentar cuestiones no resueltas al analizar el tema que nos ocupa. Esta es la batalla actual que se intenta dar jurídicamente en favor de una efectiva protección universal de los Derechos Humanos frente a variados intereses vitales del Estado moderno.

La teoría afirma la igualdad de los estados. No obstante, la sociedad internacional se funda en la desigualdad. El poder y la fuerza participan en pie de igualdad con los ordenamientos nacionales e internacional.

La teoría afirma la superioridad de los derechos de la persona y la Humanidad frente a los derechos del Estado. Sin embargo se levanta la inmunidad de jurisdicción a fin de empecer el juzgamiento de presuntos criminales internacionales.

La dialéctica deber ser – ser se presenta en la cuestión. “*En tanto la estructura legal de la sociedad de estados es radicalmente igualitaria, su estructura política permanece obstinadamente jerárquica*”. El tema por tanto, no se agota.

La misma contradicción persona – Estado que forzó a MILL a preguntarse “*What, then, is the rightful limit to the sovereignty of the individual over himself? Where does the authority of society begin?*” (¿cuál es entonces el límite recto a la soberanía de la persona sobre si misma?. ¿Cuándo comienza la autoridad de la sociedad?) se presenta en nuestros días. Ya no sólo en la órbita interna sino también en la internacional. Preguntamos entonces, ¿Cuál es el límite entre los derechos de la sociedad internacional y los de la persona?.

Para el **idealismo** existen cuestiones a resolver. Las afirmaciones de derechos han constituido un paso gigante en la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En una segunda etapa se concretaron mecanismos administrativos, receptores de informes y denuncias referidas a violaciones de los derechos de la persona. Vivimos la siguiente etapa que gira en torno de la protección efectiva de los derechos declarados. Aquí comienza la nueva batalla por la concreción y puesta en marcha de mecanismos judiciales con jurisdicción efectiva.

También para la visión **realista** existen cuestiones pendientes. La soberanía estatal es un principio de *muy flexible* interpretación práctica para las potencias. La política que los USA vienen ejecutando desde la IIGM se caracteriza por asentar su hegemonía en instituciones internacionales que tras crear, *controlan*. Esta estrategia debió asumir contratiempos como la descolonización Africana y el surgimiento del Tercer Mundo no alineado. El final de la guerra fría fue otro inconveniente particularmente odioso para la continuación de la exitosa estrategia Norteamericana.

Validados como principios fundantes del nuevo orden internacional el sistema económico *capitalista* junto con el sistema político y social *democrático*, el sistema de mayorías deviene lógica consecuencia en los procesos de toma de decisiones. Pero en un mundo dividido según límites políticos anacrónicos, el Tercer Mundo pauperizado juega con ventaja numérica al momento de decidir. En tales ocasiones, el elemento jurídico da paso a la política para obstruir de alguna forma aquellas mayorías *inconvenientes*.

En este contexto, la ONU aún con dos fuertes lastres, intenta desprenderse de quienes pretenden utilizarla como instrumento de la política internacional Norteamericana. La crisis de Irak es tal vez el ejemplo mas reciente. La OMC demuestra igualmente la imposibilidad Estadounidense de dominar completamente las organizaciones internacionales. Aquí las condenas sufridas por el quebrantamiento de sus normas constituyen un segundo ejemplo. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares brinda un tercer ejemplo que demuestra la falta de reciprocidad Norteamericana al momento de cumplir la ley internacional. Abundaremos en esta idea mas adelante.

El realismo falla al momento de disciplinar las mayorías, esenciales para continuar afirmando el discurso democrático que tan buenos resultados le ha dado hasta el presente. Es en este contexto de power – politics que la sociedad internacional ha decidido forzar la constitución de un órgano judicial penal y darle jurisdicción sobre las consensuadas ofensas internacionales a fin de juzgar a los criminales internacionales. Desde la postura idealista se afirma la *necesidad* de defender el núcleo básico de derechos de la persona y la Humanidad. Desde la postura realista se *trabaja y presiona* por la constitución de una base jurídica mínima de ofensas internacionales que sea respetada por los Estados junto con la puesta en marcha de un órgano internacional competente para juzgarlas en ausencia de voluntad estatal.

En suma, la conjugación del *universalismo* como aspiración de la opinión pública internacional y fundamento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con el *relativismo* como base del realismo político de los Estados, decidirá según la proporción en que estos elementos se combinen, el nivel de protección a lograr para una defensa internacional efectiva. Para este fin deben conocerse claramente las conductas que integran el *núcleo básico de derechos fundamentales* y su contracara, el *núcleo duro de ofensas internacionales*, las cuales se incluyen como parte del ius cogens. La jurisdicción internacional en este sentido es una derivación natural de la afirmación de la existencia de ambos.

2. La justicia internacional: entre lo político y lo jurídico. La víctima cautiva

Uno de nuestros presupuestos lo constituyó la tendencia hacia la humanización del Derecho Internacional y

del DIPenal, situación que provoca la inclusión de figuras ya existentes del DIPenal dentro del núcleo duro de ofensas internacionales. Aquí resulta vital rescatar los principios fundantes del *ius gentium* a fin de oponerlos a los del Derecho Internacional clásico al producirse una contradicción jurídica entre aquellos *principios fundantes* y estos *principios clásicos* que debe ser resuelta. En este contexto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye simplemente un retorno al *ius gentium* desplazando al derecho interestatal clásico. No es prudente entonces plantear la cuestión como un mero debate entre el humanismo y la soberanía estatal.

Situándonos intelectualmente en el derecho natural y valorando el pensamiento de los padres del Derecho Internacional como Vitoria, Suárez, Grocio, Pufendorf entre otros, encontramos una recurrente situación de privilegio detenida por la persona humana en el contexto de las relaciones internacionales. La creación del Estado como vehículo mediante el cual viabilizar el desarrollo de la persona terminó por absorber a ésta o al menos poner en peligro ciertos derechos fundamentales. El pensamiento liberal intentó desencadenar a la persona, fijando límites al poder estatal, pero al mismo tiempo cayó preso de su naturaleza. Los derechos afirmados frente al Estado terminaron cautivos de la propia jurisdicción estatal dentro de un sistema en el cual los Estados eran los únicos sujetos y el principio de no injerencia se sobreponía a las violaciones de derechos perpetradas por el Estado respecto de sus nacionales.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos rompe con este esquema. El nuevo humanismo producto de la mundialización refleja la vuelta a los valores del *ius gentium*. No debe entenderse como un reciclaje del sistema internacional y su organización jurídica clásica nacida en Westfalia. Es una verdadera revolución que se vale de las estructurales presentes para trastocar la naturaleza misma del sistema. De adoptar la interpretación propuesta, el conflicto disminuye ya que sin alterar la mayoría de los principios básicos del sistema, sólo debemos despojarlos del lastre llamado soberanía en una sociedad internacional que en lo económico, la *ignora* desde hace tiempo. Así la economía internacional ha suprimido de su lenguaje el concepto de soberanía hace ya décadas. Sin embargo respecto de los derechos de la persona, se levanta el término de manera dogmática. Concluimos entonces en que es un problema esencialmente político mas que jurídico. Y llegados a este punto, notamos que la falsa dicotomía "*derecho internacional de los derechos humanos vs. igualdad soberana de los estados*" no es sino el manto bajo el cual se encubre el realismo político que decide afianzar a la fuerza por sobre el derecho y particularmente, a la *legítima defensa preventiva* como principio del Derecho Internacional.

Esta pretensión se identifica directamente con el interés de las Potencias en contar con una *facultad de intervención absoluta, irresponsable y mercenaria* que pasamos a explicar. La intervención entonces se producirá dondequiera que sea menester según la propia concepción del interés nacional.

Será *absoluta* porque ya no dependerá de organización internacional alguna sino que se basará en el principio de legítima defensa preventiva a fin de contrarrestar el terrorismo internacional. Si se logra pasar la decisión por el tamiz de la legitimidad internacional mucho mejor, si no es posible, *no importa* (Irak 2003).

Será *irresponsable* porque se habrá logrado previamente la inmunidad para las fuerzas nacionales que intervienen. Si existiera seguridad en el enjuiciamiento y castigo interno de las ofensas internacionales cometidas por fuerzas armadas nacionales, no existiría negativa a una jurisdicción internacional que solo conoce en casos en los que el Estado involucrado sólo omite.

Finalmente, será *mercenaria* porque tanto el financiamiento de la intervención militar como el desarrollo armamentista necesario se logra sobre la base de un crecimiento desmesurado del déficit fiscal Estadounidense.

Esta es la interpretación *política* a partir de los intereses de las potencias líderes del sistema. El enfrentamiento político sobre la vigencia efectiva de una jurisdicción internacional se da en el plano internacional a través de las relaciones de poder existentes. Las mismas evidencian el realismo político que debe ser asumido si la intención es contrarrestarlo.

Ahora bien, el realismo político produce consecuencias *jurídicas*. En este retorno al *ius gentium*, deben considerarse particularmente a dos actores internacionales con intereses contrapuestos:

- (a) las ONGs de actuación internacional quienes alientan la afirmación de la promoción y protección de los Derechos Humanos;
- (b) la mayoría de los Estados de reciente independencia, quienes defienden el respeto de la soberanía estatal, en tanto les asegura la supervivencia en un sistema en el cual su inviabilidad económica es notoria.

Estos sectores en pugna se expresan jurídicamente.

Los partidarios de la jurisdicción internacional afirman la existencia de un núcleo básico de derechos fundamentales de la persona y la Humanidad. Estos derechos básicos son anteriores a la constitución del Estado por lo cual éste les debe respeto. El Derecho Internacional posee capacidad para tipificar las conductas que violentan los bienes protegidos. Luego, el reconocimiento se formaliza mediante la tipificación de las ofensas internacionales que al formar parte del *ius cogens* poseen supremacía jerárquica por sobre cualquier otro derecho de los Estados. Los tribunales de Nüremberg, Tokio, las demás jurisdicciones creadas a fin de juzgar los delitos de la IIGM, luego los de la ex - Yugoslavia, Rwanda y finalmente la CPI avalan esta postura. Los últimos logros de esta posición lo constituyen la aprobación del Estatuto de Roma que crea la CPI (1998) y su entrada en vigencia tras la obtención de las ratificaciones necesarias (2002), elementos básicos para la protección mencionada.

Los partidarios del respeto a ultranza del principio de igualdad soberana de los Estados se fundan en diversas causas por lo cual existen matices que impiden resumir la posición de manera unívoca. Aun entre quienes aceptan la existencia de ofensas internacionales, hay quienes se oponen a la posibilidad de consentir la jurisdicción universal, salvo que la ejerza el Estado que a su vez la niega al resto. Respecto de la jurisdicción internacional, de llegar a aceptarla, le imponen fuertes condicionamientos que generalmente dejan a salvo el respeto de la voluntad estatal y sus gobernantes y agentes. Es probable que la CIJ devenga el sostén jurídico de esta posición, en base a su constitución y antecedentes, siendo el representante intelectual del sistema clásico de organización internacional nacido en Westfalia.

En suma, la tendencia hacia la humanización del Derecho Internacional no es sino una revolución dirigida a retornar al *ius cogens*. Sin embargo, una tendencia no habilita por sí a la afirmación del resultado. El Derecho Internacional en general y el DIPenal en particular deben cuidarse de satisfacer las necesidades del realismo político que intentará utilizarlos para legitimar la supremacía de la fuerza por sobre el derecho. Entre lo político y lo jurídico *la víctima puede restar indefensa*.

3. El DIPenal puede imponer obligaciones directas

La primera de las hipótesis afirmó la creación de obligaciones penales directas por parte del DIPenal. Vimos aquí que tradicionalmente los países anglosajones se han opuesto a la existencia de “*delitos internacionales*” per-se temiendo verse obligados a aceptar su lógica consecuencia, la jurisdicción internacional. En la división mundial entre países intervinientes y países intervenidos, es lógico que las potencias se opongan a que sus tropas comparezcan y en su caso sean sancionadas por jurisdicciones extrañas. En todo caso según esta lógica, los potenciales excesos serán “consecuencias colaterales” no deseadas pero inevitables en función de la consecución de los objetivos propuestos.

No obstante lo dicho, ciertos intereses actuales han forzado a modificar parcialmente esta posición. La preocupación relativa a los atentados terroristas han motivado básicamente al Reino Unido y USA a reconocer la existencia de un núcleo duro de ofensas internacionales. Delitos internacionales que existen con independencia del reconocimiento doméstico. Entre las figuras aceptadas por estos países encontramos a los crímenes de guerra, la piratería, el secuestro y variadas formas de terrorismo internacional. En AKEHURST’S se refiere que USA acepta que el “*Estado posee jurisdicción para definir y prescribir el castigo de ciertas ofensas reconocidas por la comunidad de naciones como de preocupación universal, tales como la piratería, el tráfico de esclavos, los ataques o secuestro de aeronaves, el genocidio, los crímenes de guerra y tal vez ciertos actos de terrorismo.*” La base de esta enumeración la da el propio Derecho Internacional de fuente *consuetudinaria*.

La interpretación que estos Estados líderes realizan del reconocimiento del núcleo duro de ofensas es restrictiva. Su finalidad básica consiste en auto-reconocerse jurisdicción a fin de tipificar las figuras y en función de ellas, perseguir las conductas incriminadas utilizando su propia jurisdicción. En otras palabras, el reconocimiento de las ofensas internacionales se realiza con la intención de aplicar extraterritorialmente la propia normativa penal. Sin embargo, la reciprocidad es básicamente negada. Nada alienta a pensar algo distinto conforme se conoce el pensamiento político y los usos jurisprudenciales Norteamericanos, a lo cual nos hemos referido anteriormente.

Todo considerado, aún cuando sea por diferentes motivos nos encontramos con la aceptación del núcleo duro de ofensas internacionales de fuente consuetudinaria. La lógica consecuencia sería la aceptación sin mayores inconvenientes de una jurisdicción internacional, o aún universal.

Si la inclusión de nuevas ofensas es realizada por vía del Derecho Internacional de fuente *convencional*, los obligados serán sólo los ratificantes. El desarrollo progresivo del Derecho Internacional es probable que las incluya finalmente dentro del núcleo de protección.

Notamos como lo interpretan los anglosajones, que puede establecerse una diferencia jerárquica entre las diferentes ofensas internacionales según su fuente sea el Derecho Internacional consuetudinario o convencional. Las primeras facultan a los países a legislar tales conductas prohibidas por la costumbre internacional; las segundas requieren una obligación asumida mediante la ratificación de un tratado internacional vigente. La doble consecuencia es lógica:

(a) la ofensa internacional de fuente consuetudinaria puede ser captada por el derecho doméstico y ejercer éste la pretensión jurisdiccional punitiva. Si esto no ocurre, de igual manera es obligatoria y genera

responsabilidad internacional individual y en su caso, también estatal. En consecuencia el núcleo duro de ofensas internacionales forma parte del *ius cogens* pudiendo reservar a las figuras en él incluidas tanto la jurisdicción internacional como la universal;

(b) la ofensa internacional de estricta fuente convencional sólo generará responsabilidad internacional individual y en su caso estatal, en función de la obligación asumida por el Estado al ratificar o adherir al tratado que la prevé en los términos allí establecidos y en tanto éste se encuentre vigente. Si luego, estas ofensas internacionales “convencionales” llegan a ser incluidas dentro del núcleo duro de ofensas es una cuestión que forma parte del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estas ofensas merecen jurisdicción internacional o universal en tanto se halle abierta la posibilidad en el tratado y solo en relación con los ciudadanos de los Estados respecto de los cuales se encuentre en vigor.

En el primer capítulo hemos podido validar la existencia de ofensas internacionales nacidas a partir de la costumbre internacional. Estas ofensas constituidas por el crimen de agresión o contra la paz, los crímenes contra la Humanidad, el crimen de genocidio y los crímenes de guerra han alcanzado al presente un reconocimiento tal que nos permiten incluirlas dentro de esa categoría superior de normas que trascienden la voluntad de los Estados, el llamado *ius cogens*.

4. La persona física es sujeto criminalmente responsable en la esfera internacional sin importar su calidad y la jurisdicción internacional es la lógica consecuencia

Como hemos podido comprobar en el capítulo 2, desde Versailles hasta Roma se fue afianzando la idea de la responsabilidad penal internacional de la persona física por la comisión de aquellas conductas que conforme la costumbre existente en la fecha crítica, eran consideradas como contrarias a la moral media internacional concepto luego reemplazado por el de “núcleo básico de derechos” o Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Nuestra mención de los regímenes duales de justicia que pueden existir dentro de los límites jurisdiccionales de un Estado, evidenció que el primer violador del núcleo básico puede ser el mismo Estado. Este se valdrá de sus propios gobernantes y agentes, o los particulares obrando bajo su pasividad u omisión criminal. De producirse esta situación es claro que la violación sistemática de los derechos se constituye en una ofensa internacional conforme los tipos ya mencionados sobre los cuales existe consenso.

La defensa a invocar por el Estado para sustraer del juicio internacional a los responsables será un derecho de pertenencia y titularidad exclusivamente estatal: la inmunidad de jurisdicción. Ahora esta pretensión de *preferencia jurisdiccional excluyente* debe entenderse como bivalente: su cara negativa implica la sustracción del caso de la esfera internacional o de otro Estado que pretenda juzgar la ofensa (jurisdicción internacional o universal), pero su cara positiva debe ser igualmente valorada. Esta implica la obligación del Estado de juzgar y castigar la ofensa. Toda vez que esto no suceda, cae la pretensión negativa mencionada y las otras jurisdicciones entran en acción.

Llegados a este punto, debemos enfrentar la oposición evidente de principios y tomar posición frente a los

mismos. La simplicidad de la respuesta en favor de la supremacía del núcleo básico de derechos no desvió sin embargo nuestra atención respecto de su efectiva instrumentación. Las dificultades que plantea una jurisdicción internacional ejercida respecto de individuos nacionales de cualquier Estado incluidos los países líderes del sistema son relevantes.

Sin embargo, el respeto de los derechos implica su efectiva vigencia. Aquí la mayoría de las jurisdicciones *débiles* negociará pretendiendo obtener la vigencia efectiva de una jurisdicción internacional en cabeza de la CPI. Hay quienes proponen como opción de máxima el reconocimiento de la jurisdicción universal. El resultado es incierto. La jurisdicción internacional puede entenderse tanto como un control efectivo de las políticas de intervención militar de las potencias como un límite a la independencia política de cualquier estado. En todo caso quienes acuerden el respeto de la jurisdicción internacional serán los gobiernos que en algún tiempo futuro podrían ser los acusados.

La suerte de la CPI pasará por el esfuerzo de los propios estados ratificantes, que suman ya casi la mitad de los Estados existentes en la sociedad internacional. A este esfuerzo se oponen gigantes de peso: aquellos Estados con intereses mundiales o regionales hegemónicos, cuya política exterior les impone constituirse en una suerte de policía mundial o regional no sujeta a otra jurisdicción que la propia. También se oponen o abstienen un número interesante de Estados clientes que siguen como lo accesorio la suerte de lo principal. Y el tercer grupo de Estados "renuentes" lo constituyen aquellos Estados cuyo sistema político actual violenta seriamente los principios democráticos y humanitarios. Como ya mencionamos, es marcada la oposición de USA, China, India e Israel a la vigencia efectiva de la CPI.

La batalla *jurídica* fue casi ganada: la CPI existe y la responsabilidad individual es un principio firme en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Falta la otra mitad de la historia: la batalla *política* recién comienza y su resultado es altamente incierto. Nos pronunciamos entonces a favor de la aceptación de una jurisdicción internacional que posibilite juzgar a los individuos responsables de crímenes internacionales. Es la lógica evolución en el camino del reconocimiento de los derechos de la persona y la humanidad frente a los derechos de los Estados. Somos contrarios a la aceptación de la jurisdicción universal. Creemos que solo ayudará a consolidar el realismo político al promover una división entre jurisdicciones fuertes y débiles, en la que estas últimas serán útiles solo al efecto de proveer justiciables. Es paradójico que en la práctica, la jurisdicción universal signifique un retroceso respecto de la idea de una justicia universal. El verdadero equilibrio democrático y pluralista se alcanza conformando un cuerpo en el que exista verdadera representación internacional, y esto fue logrado en la CPI.

El conflicto jurídico que constituyó la base de nuestro trabajo nace por la existencia de dos cosmovisiones, una *antropocéntrica* y otra que llamamos "*Estado - céntrica*". Comprendemos que los individuos habitan sistemas políticos fundados en el modelo del estado soberano, pero afirmamos que los Estados que no garantizan derechos efectivos a sus habitantes, difícilmente se diferencian de una banda de ladrones ejerciendo coacción para mantener la unidad. En consecuencia la síntesis de ambas cosmovisiones modelará la efectiva concreción de una jurisdicción internacional de la que pueden depender millones de vidas humanas a partir de las decisiones de individuos que poseyeron o poseen la calidad de gobernantes o agentes de un Estado.

La tarea de quienes creemos en la vigencia de valores universales sumará al momento de evaluar si la idea Kantiana de una moral universal a la cual se subordine el accionar de los Estados es posible o si en cambio Hegel tenía razón y nada mejor hay fuera del mismo Estado.

Favio Farinella