

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Notes on the genesis and historical development of International Criminal Law

MARCOS PABLO MOLOEZNİK*
JORGE ALEJANDRO GÓNGORA MONTEJANO**

RESUMEN

El trabajo que se pone a consideración del lector, persigue dar cuenta de la génesis del derecho penal internacional así como de su desarrollo histórico *ex ante* de la creación de la Corte Penal Internacional, incluyendo los principios del derecho internacional y de los procesos penales internacionales establecidos por los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio; adicionalmente, se presenta un panorama de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y se cierra con algunas consideraciones finales.

Palabras Clave: *Derecho internacional. Jurisdicción ad hoc. Tribunales internos. Justicia penal. Tribunal de Núremberg*

* Profesor-investigador del Departamento de Estudios Políticos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Miembro nivel II del Sistema Nacional de Investigadores. Primer académico no estadounidense en ser acreedor al Premio William J. Perry a la Excelencia en Educación en Seguridad y Defensa en la categoría individual, por parte del William J. Perry Centro Hemisférico de Estudios de Defensa, dependiente de la Universidad Nacional de la Defensa, Washington, D. C., Estados Unidos, 21 de septiembre de 2017.

** Magister en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Guadalajara, Jalisco, México; ha realizado estancias en el Centro William J. Perry de Estudios Hemisféricos de la Defensa en los cursos de Estrategia y Política de Defensa (2013), Lucha contra el Crimen Transnacional Organizado y las Redes Ilícitas (2015) e Implicaciones Estratégicas en el Estado de Derecho y Derechos Humanos (2016). Es profesor-investigador de la Universidad de Guadalajara y Fiscal Especial de Derechos Humanos de la Fiscalía del Estado de Jalisco.

ABSTRACT

The work that is put to the reader's consideration, seeks to account for the genesis of international criminal law as well as its *ex ante* historical development of the creation of the International Criminal Court, including the principles of international law and international criminal proceedings established by the international military courts of Nuremberg and Tokyo; additionally, an overview of *ad hoc* international criminal courts is presented and closes with.

Keywords: International law. *Ad hoc* jurisdiction. Internal courts. Criminal justice. Nuremberg Court's Court

1. BREVES PALABRAS INICIALES

La persecución de los crímenes clásicamente descansa en el derecho interno de cada Estado soberano, específicamente en el derecho penal, traducido en la columna vertebral sobre la cual se estructura todo el sistema represivo de un Estado-nación y encuentra su origen en el principio de territorialidad, en virtud del cual el país donde se comete un delito es competente para juzgarlo. A esta facultad de juzgar se la denomina "jurisdicción": es la competencia judicial en el ámbito penal de un Estado que, a su vez, constituye uno de los mecanismos de manifestación del principio de soberanía.

Sin embargo, esta jurisdicción no proporciona solución plena a los ataques que lesionen intereses básicos de un Estado, cuando se cometen allende sus fronteras; ante ello, el derecho ha encontrado mecanismos alternativos o subsidiarios, cuyo objetivo es complementar el enjuiciamiento de aquellos delitos que la jurisdicción territorial no puede abarcar (Sorensen, 1998).

De ahí la pertinencia de explorar la génesis del derecho penal internacional, así como de su desarrollo histórico *ex ante* de la creación de la Corte Penal Internacional, incluyendo los principios del derecho internacional y de los procesos

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

penales internacionales establecidos por los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, que muchos años después serán retomados por los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, de los que se da cuenta también en un apartado específico.

2. PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

A los mecanismos alternativos o subsidiarios a los que se hace referencia en párrafos anteriores se los concibe como *principios del derecho internacional* y su principal característica descansa en la extraterritorialidad, a saber:

a.- Principio real, de protección o de defensa.

En cuya virtud, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico agredido por el ilícito, le otorga facultad para aplicar la ley nacional sin tomar en cuenta el lugar donde fue cometido ni la nacionalidad de su autor o autores, a lo que se suma como elemento fundamental –siguiendo a Guillermo Fierro– la naturaleza eminentemente pública del bien jurídico tutelado (Fierro, 1997, pág. 316).

En este sentido, el derecho comparado ofrece el objetivo del principio de forma clara a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que ha resuelto en dos ocasiones distintas que: “Si el delito perpetrado en un Estado afecta exclusivamente los hechos y los intereses de otro, es a éste a quien corresponde la jurisdicción represiva” (Caso Teobaldo Fogliatti, 1909). El derecho internacional sudamericano reconoce jurisdicción represiva a favor del Estado damnificado por el delito, porque es el único que puede invocar la defensa jurídica como base de la penalidad y razón del castigo (Caso Wilhem Wolthusen, 1826).

De esta manera la República Argentina les reconoce a otros Estados jurisdicción por aquellos crímenes en los que sus intereses se vean afectados. Este principio también se encuentra consagrado en instrumentos internacionales tales como el Tratado de Montevideo sobre Propiedad Intelectual (1940), y algunas convenciones como la de Tokio sobre Delitos Cometidos Abordo de Aeronaves (1963), la de la Haya sobre Apoderamiento Ilícito de Aeronaves en Vuelo (1970) y el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971). Conviene destacar que este principio está plasmado en muchos ordenamientos nacionales; en México, por ejemplo, se encuentra recogido en el artículo 2º del Código Penal Federal.

b.- Principio de nacionalidad o personalidad activa.

Se trata de una jurisdicción que no encuentra obstáculos para su aplicación, pues la mayoría de los países reconocen –dentro de su codificación– su existencia; se traduce en la aplicación de la jurisdicción en crímenes cometidos por nacionales en un país extranjero, o en contra de nacionales en un país extranjero, y se divide en dos tipos:

b.1.- Pasiva: cuando el delito se comete en contra de un nacional en territorio de otro Estado; se trata de una expresión del Principio Real, aunque lo único que se toma en cuenta es la nacionalidad de la víctima del delito. No obstante que este principio no es aceptado por muchos Estados, ha sido reconocido en diversas convenciones tanto a nivel universal (ONU, 1987) como regional (OEA, 1987) de manera que el principio rige para aquellos países que no la tengan reconocida en su legislación doméstica, a la luz de la suscripción de cualquiera de esos instrumentos internacionales.

b.2.- Activa: cuando el delito lo comete un nacional en territorio de otro Estado. Este principio, evita la posibilidad de impunidad cuando quien comete el crimen en un país distinto regrese al propio a sabiendas de la prohibición de los tratados de extradición. En México, ambas jurisdicciones son reconocidas en el Código Penal

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Federal en el artículo 4º, que a la letra reza: “Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República...” (Congreso de la Unión, 1931).

En cuanto a la activa, por lo general se establecen ciertos requisitos para su aplicación, de ahí que en nuestro país es casi nula, pero en Europa su utilización ha sido mucho más constante que en América. Incluso, esta jurisdicción ha sido elevada al rango de regla consuetudinaria internacional (Sorensen, 1998).

c.- Principio de justicia supletoria o justicia penal subsidiaria.

Se aplica cuando el poder punitivo de otros Estados competentes legitimados para actuar no pueden hacerlo; su finalidad es colmar posibles lagunas que generen impunidad, por lo que de esta forma un Estado puede ejercer jurisdicción en lugar de quien tenía la legitimación para hacerlo y no quiso o no pudo, siempre y cuando existan ciertos requisitos: que exista identidad de norma, es decir, que se encuentre tipificado como ilícito en ambos Estados; y que exista el principio de liquidación, esto es, que no haya sido juzgado, amnistiado o indultado por el Estado donde aconteció el crimen. En México no existe reconocimiento a este tipo de jurisdicción en su derecho interno; sin embargo, como Estado parte del estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, acepta las reglas de complementariedad y supletoriedad por parte de ese órgano jurisdiccional.

d.- Principio de universalidad, mundial o cosmopolita.

Se denomina “jurisdicción universal” a aquella que, sin reparar en el territorio en que se ha cometido el crimen o la nacionalidad de la víctima o del perpetrador o si se han afectado intereses nacionales y, en rigor, desentendiéndose de toda circunstancia fáctica, atribuye jurisdicción a los tribunales de todos los Estados debido a la naturaleza misma del delito involucrado (Relva, 2001).

Esto significa que los Estados que han suscrito las diversas convenciones que tipifiquen delitos de naturaleza internacional, asumen el compromiso de perseguir a los delincuentes que los cometan o bien los extraditen al Estado que lo solicite¹

Ejemplo de ello es el caso Cavallo en el cual el Estado mexicano realizó su detención, pues existían señalamientos en su contra por la comisión de crímenes considerados de *lesa humanidad*, de acuerdo con el derecho internacional y una solicitud de extradición expedida por España, precisamente en aplicación de la jurisdicción universal.²

Un conocido aforismo latino reza: *Ubi societas, Ubi ius*.³ Resulta importante tomarlo en cuenta en la medida que nos permite trazar una perspectiva cuando se pretende hacer un abordaje histórico de instituciones del derecho, en su concepción de reguladoras de la conducta del hombre y como limitadoras de su libertad en tanto convive con otras libertades. Desde el nacimiento del pensamiento jurídico se ha tratado de formular una doctrina capaz de establecer un orden internacional en la que el respeto de los derechos del hombre sea constante; a lo largo del devenir histórico de la humanidad esta idea se ha direccionado al derecho penal

¹ En este principio se reconoce la máxima acuñada por GROCIO: “*aut dedere, aut punire*” (entregar o castigar) o más bien la adecuación realizada por Cherif BASSIOUNI “*aut dedere, aut iudicari*” (entregar o juzgar), pues de lo contrario se estaría prejuzgando la culpabilidad del presunto delincuente.

² El CASO CAVALLO no tiene parangón en el derecho mexicano, pues es la primera vez que el sistema judicial de nuestro país hace un análisis del derecho internacional para un caso concreto a fin de resolverlo. Vale la pena destacar que, a pesar del criterio sostenido en este caso por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual reconoce y legitima la existencia de la jurisdicción universal, si hacemos una revisión de la posición de la Corte desde un punto de vista crítico, en su resolución el máximo Tribunal mexicano aceptó que la jurisdicción universal también aplica para México. De ahí que lo que debió haber determinado era que Cavallo fuese procesado en nuestro país, por tribunales nacionales y no como ocurrió al autorizar su extradición a España.

³ Esto es, donde existe sociedad, existe el derecho.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

internacional, en la búsqueda de someter las conductas criminales a reglas jurídicas universalmente reconocidas.

3. GÉNESIS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Desde los tiempos de la organización humana de clanes se ha transitado paulatinamente de la venganza privada individual (*vindicta privata*) hasta la colectiva o de sangre; posteriormente a la ley del talión; más adelante, se evolucionó a la composición o compensación, al principio fue de manera voluntaria y negociada libremente entre el ofensor y ofendido; y, finalmente, hasta la que hoy conocemos como la composición legal, fijada por el poder público, que no es otra cosa que la dictada a través de los tribunales.

En el campo del derecho penal internacional, la evolución se presenta de manera similar hasta finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX, durante los cuales la humanidad experimentó cambios dramáticos y radicales, en particular en las áreas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional, que han permitido la evolución de la justicia penal internacional. Las fuerzas que han interactuado para este desarrollo son diversas y van desde la filosofía, la tecnología, la religión y la propia conducta humana capaz de cometer actos abominables (Campos, 2002).

No obstante, la juventud del derecho penal internacional, existen registros históricos de la existencia de un primer tribunal internacional; se trata, del que sometió a juicio en 1474 a Peter von Hagenbach, quien, al servicio de Carlos *El Temerario*, Duque de Borgoña, cometió atrocidades en la ciudad de Breisach donde actuaba como gobernador. Este funcionario, siguiendo con excesivo celo las instrucciones de su señor, instauró un régimen de arbitrariedad, brutalidad y terror a fin de reducir la población de Breisach al sometimiento total. Los homicidios, las violaciones, la imposición ilegal de impuestos y la confiscación arbitraria de la propiedad privada se volvieron prácticas generalizadas. Estos actos no solo se

presentaron contra pobladores locales, sino también contra los habitantes de los territorios vecinos y comerciantes suizos que acudían a la feria de Frankfurt.⁴

Al tomar conocimiento de estos excesos, los gobiernos de Austria, Francia, Berna, así como las ciudades y caballeros del Alto Rin, formaron una coalición internacional⁵ a fin de poner fin a las acciones perniciosas cometidas en nombre de la ambición del Duque de Borgoña (Neir, 1998, pág. 12).

Así, después de reducir militarmente a von Hagenbach, la coalición instauró una corte *ad hoc*, conformada por 28 jueces para juzgar sus acciones. Los argumentos de acusación iban desde la vulneración de las leyes del hombre hasta las de Dios,⁶ mediante el homicidio, la violación, el perjurio, y otros actos maléficos (*malefacta*), entre los que se incluía el impartir órdenes a sus mercenarios de matar a los hombres en las casas donde se alojaban para que las mujeres y los niños quedaran

⁴ Véase, SCHWARZENBERGER, G. (1968) "International Law as Applied by International Courts and Tribunals"; en, Vol. II: *The Law of Armed Conflicts*, London, Stevens, Londres, p. 15; Ögren, K. (1996) "El derecho humanitario en los *Artículos de Guerra* decretados en 1621 por el Rey Gustavo Adolfo II de Suecia"; en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No 136, julio-agosto de 1996, p. 472. Los *Artículos de Guerra* suecos, que tuvieron considerable influencia en Europa, estaban basados, al mismo tiempo, en los primeros modelos continentales del siglo XVI; citado en, GREPPI, Edoardo, "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional". Disponible en: <http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/0/0fd5a3c9f14adc45032568c500485681?OpenDocument> (consultado el 19 de junio de 2022)

⁵ De acuerdo con SCHWARZENBERGER, G. (1968) en un marco de derecho cuasi-internacional, cuya característica es "un estado de igualdad *de facto* en el que los entes manejan sus relaciones mutuas como si fueran sujetos de derecho internacional", el Sacro Imperio Romano "se había desintegrado a tal punto que las relaciones entre sus miembros se manejaban en unas condiciones difíciles de diferenciar de las relaciones internacionales". *Vid Supra*, p. 464.

⁶ Recordemos que en esa etapa de la historia los mandatos de la iglesia se consideraban reglas divinas, de modo que ante cualquier tribunal debía señalarse las reglas de Dios que fueron violentadas.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

a su merced. No obstante utilizar la obediencia debida⁷ como medio de defensa, von Hagenbach fue hallado culpable, privado de su grado de caballero y de los privilegios que dicha investidura le otorgaba (por haber cometido crímenes que tenía la obligación de prevenir) y posteriormente ejecutado.

A pesar de que la implementación de este tribunal internacional fue un acto que la historia registra como aislado, se observa que ya comenzaba a gestarse lo que al paso de los siglos se consideraría como crímenes de *lesa humanidad*. Por otra parte, no se puede afirmar que la existencia de este tribunal estuviera sentando las bases de la justicia penal internacional individual, pues su objetivo no era conocer de crímenes en lo general y establecer un tribunal permanente, sino llevar a juicio a un individuo en lo particular.

4. INICIOS DE LA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

Tratar de entender el origen de la persecución de los crímenes de derecho internacional en el marco del derecho pactado por las naciones, impone un breve recuento de los instrumentos jurídicos que dieron vida al interés mundial para su judicialización.

⁷ Para mayor información respecto de esta figura; véase, DINSTEIN, Y. (1965) “The Defence of Obedience to Superior Orders”; in *International Law*, Leiden; MULLER-RAPPARD, E. (1965) “L'ordre Supérieure Militaire et la Responsabilité Pénale du Subordonné”, París; GREEN, L.C. (1976) “Superior Orders in National and International Law”, Leiden, 1976; SACERDOTI, G. (1997) “A proposito del caso Priebke: la responsabilità per l'esecuzione di ordini illegittimi costituenti crimini di guerra”; en, *Rivista di Diritto Internazionale*, p. 130; GAETA, P. (1998) “Rilevanza dell'ordine superiore nel diritto internazionale penale”; en, *Rivista di Diritto Internazionale*, p. 69.

a.- Los Tratados de Versalles

No es sino hasta 1919, que un instrumento internacional trae a la vida jurídica la figura de responsabilidad penal internacional: los Tratados de Versalles, que permitían la persecución de presuntos criminales de guerra alemanes por conductas cometidas en la primera conflagración mundial, también llamada *Gran Guerra* que tuvo verificativo de 1914 a 1918. Agotada ésta con la victoria de la *Entente* – integrantes del bando de los aliados–, se analizó la urgente necesidad de crear una justicia penal internacional para evitar dejar en la impunidad crímenes de guerra cometidos durante este conflicto armado por las *Potencias Centrales* –beligerante que sufrió la derrota– Así, por virtud del Tratado de Versalles, se determinó someter a Alemania y a sus aliados a sanciones económicas y territoriales y, además, llevar a juicio al Káiser Guillermo II de Hohenzollern, emperador de Alemania, para responder por la *violación grave contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados*.

Por otra parte, se ordenó la creación de un tribunal especial para juzgar a los demás acusados, donde se les asegurarían las garantías esenciales del derecho de defensa (Sentencia C-578 , 2002). Este primer intento de crear un tribunal internacional fracasó por diversos factores: el gobierno de los países bajos se rehusó a extraditar al Káiser alemán a los Poderes Aliados, ya que consideró que el delito por el que se le acusaba era una infracción política; además, el tribunal especial para juzgar al resto de los criminales nunca se integró, aunque se permitió a Alemania iniciar juicios internos en Leipzig ante su Corte Suprema. Sin embargo, estos juicios tuvieron un fin más disciplinario que de justicia internacional, ya que, de los 895 presuntos criminales registrados por las autoridades aliadas, solo condenó a 13, y lo hizo por penas que no fueron superiores a dos años, en tanto que el resto fueron absueltos o huyeron.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

b.- Los Tribunales Penales Internacionales de Núremberg y Tokio

Debido a los magros resultados obtenidos para juzgar a criminales de la primera conflagración mundial, la Sociedad de Naciones se dio a la tarea de redoblar esfuerzos para crear un derecho internacional positivo aplicable en todo momento; de esta manera surge, en el marco de la Asamblea de la Sociedad de Naciones de 1927, la declaración sobre las guerras de agresión y posteriormente el Tratado de París o también llamado *Pacto Briand-Kellog* (27 de agosto de 1928) sobre la renuncia de la guerra como instrumento de política internacional, que fue suscrito por Alemania.

Durante la segunda guerra mundial (1939-1945) la voluntad de aplicar ese derecho converge con acciones crueles y despiadadas: el nacionalsocialismo hitleriano (1933-1945) fue el detonante, mediante la aberrante práctica de la intolerancia y los excesos que quedaron al descubierto, ante un mundo entero que clamaba por una justicia que era necesaria, porque fue a la humanidad en su conjunto a la que se afectó. El camino para lograr estas exigencias y, al mismo tiempo, lograr el desenvolvimiento del derecho internacional y el mantenimiento de la paz, era la vía judicial.

De esta forma, en 1945 mediante el Acuerdo de Londres sobre Persecución Judicial y Castigo de los principales criminales de guerra de los países Europeos del Eje (2002, pág. 315), se estableció el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, cuyo anexo contenía el estatuto del nuevo tribunal, así como la definición de los crímenes por los cuales serían juzgados, principalmente, los líderes del régimen nazi.

Este tribunal comenzó a funcionar el 14 noviembre de 1945 y concluyó sus funciones el 1º de octubre de 1946; el primer juicio que llevó a cabo fue en el que se procesó a 24 principales líderes alemanes del Tercer Reich (*major war criminals*), por los siguientes cargos:

- Crímenes contra la paz: actuaciones que llevaran a la planificación o ejecución de violaciones de tratados internacionales o comisión de actos de agresión injustificada contra naciones.
- Crímenes inhumanos o contra la humanidad: planificación, ejecución o participación en exterminios y genocidios.
- Crímenes de guerra: violaciones de las leyes y convenios internacionales sobre la guerra.
- Conspiración: actuación con otros o asociación con ellos para cometer cualquiera de los crímenes señalados en los cargos anteriores (Overy, 2003, págs. 69-78).

De ellos solamente veintidós terminaron el proceso. Se dictaron doce condenas de muerte, tres condenas perpetuas, cuatro penas de prisión por determinado tiempo y tres absoluciones. De manera paralela a este Tribunal, con sustento en la Declaración de *Potsdam* del 26 de julio de 1945, el 19 de enero de 1946 el general Douglas MacArthur, comandante supremo aliado en Japón, hizo pública la orden de inicio del proceso a los criminales de guerra japoneses por parte del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, mejor conocido como el Tribunal de Tokio (Prieto Sanjuán, 2005, pág. 29).

El acta de acusación contenía los cuatro cargos esgrimidos en el Tribunal de Núremberg (conspiración, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de *lesa humanidad*). El proceso inició en contra de 28 personas, de las cuales solo fueron juzgadas efectivamente veinticinco: siete condenados a muerte, dieciséis a cadena perpetua y dos a penas de prisión de veinte y siete años de prisión, respectivamente.

Los juicios de Núremberg y de Tokio, no solamente sirvieron para sancionar a participantes y representantes de regímenes que pasaron por alto disposiciones internacionalmente reconocidas, sino que con su jurisprudencia contribuyeron a sentar las bases del actual sistema de justicia penal internacional, ya que mediante sus sentencias crearon principios de derecho internacional que modificaron el paradigma de la responsabilidad penal.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

A 73 años de distancia, el significado histórico de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio descansa en los innegables precedentes e impronta para la creación de los Tribunales *ad hoc* de la ex Yugoslavia y Ruanda, así como el impuso al Estatuto de Roma para la emergencia de la Corte Penal Internacional establecida el 17 de julio de 1998 (Huhle, 2011, págs. 54-56). A lo que se suma su influencia sobre los contenidos y alcances de la Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio (en vigor desde enero de 1951) y los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, máxima expresión del derecho de los tratados del derecho internacional humanitario.

5. PRINCIPIOS Y CRITERIOS QUE RIGEN LOS PROCESOS PENALES INTERNACIONALES

Estos principios establecidos en Núremberg y Tokio, desde entonces rigen los procesos penales internacionales, ya que por mandato de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) dichos principios fueron recogidos como parte de un instrumento de opinión que, a la postre, se convertirían en derecho consuetudinario; asimismo, por encargo de la propia Asamblea General de la ONU, se ordenó a la Comisión de Derecho Internacional para que tratara la cuestión de la codificación de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y, al mismo tiempo, iniciara los trabajos para la creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente (Prieto Sanjuán , 2005).

a.- Responsabilidad individual en delitos de derecho internacional

Hasta antes de los Tratados de Versalles de 1919 y las sentencias del Tribunal de Núremberg de 1946, la figura de la responsabilidad penal internacional del individuo aparece estrechamente vinculada a la posición que la persona humana ocupaba en el derecho internacional, no sujeto del derecho internacional desde la óptica de la doctrina positivista clásica –con la salvedad del caso von Hagenbach ampliamente señalado y otros como la piratería–; es decir, solamente se consideraba a las personas sujeto de derechos pero no de obligaciones. Basta ver las posiciones que mantenían algunos de los juristas de finales del siglo XIX y principios del XX,

tales como Bluntschli y von Liszt, que se resistían a aceptar la subjetividad del individuo en el derecho internacional, para advertir que esa postura era la imperante en esa época (Espinoza Carrión, 2003, págs. 2-3).

Sin embargo, existían otros juristas, como Heffter y Fiure que, por el contrario, defendían la subjetividad del individuo, basados en los derechos internacionales de los que era titular (2003, pág. 3). Esta postura fue ratificada por los Tratados de Versalles cuando se determinó llevar a juicio al Káiser Guillermo II y a otros criminales de guerra; aunque estas disposiciones resultaron nulas por las circunstancias ya señaladas, por lo que no fue sino con la resolución adoptada por el Tribunal de Núremberg que se hizo realidad. De esta forma, los argumentos esgrimidos por esta instancia se sustentaron en la afirmación de que los crímenes contra el derecho internacional son realizados por los hombres y no por entidades abstractas, *por lo que sólo castigando a los individuos que los cometieron pueden ser aplicadas las disposiciones del derecho internacional* (Delgado & Martín Martínez, 2001, pág. 18).

De manera que, en la actualidad, no sólo se le reconocen a los individuos derechos y obligaciones, sino también capacidad de obrar (Rodríguez Carrión, 1994, pág. 144). Esta subjetividad es de alcance limitado y nada comparable a la de los Estados, pues es a través de la voluntad de éstos que se crean las normas internacionales que permiten reconocer la subjetividad del individuo en el plano internacional, cuya efectividad se logra a través de los propios Estados, salvo excepciones.

La sentencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de noviembre de 1946 al respecto, a la letra reza: “... Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por personas y no por sujetos abstractos, por eso únicamente a través del castigo de los individuos que perpetran tales actos pueden tener aplicación los preceptos del Derecho Internacional” (Osmanczyk, 1976, pág. 1208).

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

b.- Primacía del derecho internacional sobre el derecho interno

Se trata de otro aporte fundamental de los Tribunales de Núremberg y Tokio; este principio descansa sobre la idea-fuerza de la supremacía del derecho internacional sobre los derechos internos, pues consiste en determinar que el argumento de cumplimiento del derecho interno por parte del criminal internacional no lo exime de responsabilidad. Con este principio no solo se estableció la primacía del derecho internacional sobre el nacional, sino que además se dejaba claro que la ilicitud de los hechos sería determinada por el derecho internacional y no por el derecho nacional del criminal.

Esta determinación encuentra sustento en teorías unitarias como la *monista* que se define de acuerdo con el principio de subordinación, por el cual todas las normas jurídicas se hallan subordinadas entre sí en un orden rigurosamente jerárquico. Admite dos variantes, a saber: la primacía del derecho internacional o la primacía del derecho interno. En Hans Kelsen encuentra uno de sus principales defensores, al adoptar el monismo con primacía del derecho internacional, aunque sin desconocer la hipótesis de la primacía del derecho interno. En verdad, detrás de la teoría monista (Kelsen, 2009), sea cual sea la hipótesis que se acepte, hay un planteamiento *iusfilosófico*, esto es, el normativismo, unidad de todas las normas jurídicas.

Bajo esta teoría se plantea como un hecho que, en el caso de tratados internacionales, su aplicación en el ámbito doméstico sería automático; no obstante, en México esto no resulta del todo posible. Ejemplo de ello es la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que encuentra su fundamento en el Convenio Americano sobre Derechos Humanos, instrumento ratificado por nuestro país, que además ha aceptado su competencia contenciosa; en un caso hipotético en el que México fuese condenado por aquella instancia a modificar determinadas normas o a realizar determinadas acciones para reparar el daño ocasionado, nos encontraríamos ante una situación complicada pues de hacerlo a

pesar de no existir la disposición para su materialización en la norma, el Estado Mexicano estaría vulnerando el principio de legalidad, por el que el Estado solo puede hacer lo que se encuentra permitido en la norma.

Por otra parte, de no atender la sentencia dictada por la Corte Interamericana, se estaría violentando el contenido de la citada Convención; por lo que es preciso, en algunos casos, contar con dispositivos legales que permitan la implementación de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana. Siguiendo al propio Kelsen, Alfred Verdross establece la existencia de un “monismo moderado” sobre la base del derecho internacional, en el cual se mantiene la distinción entre derecho internacional y el derecho estatal, pero subraya su conexión dentro de un sistema jurídico unitario basado en la constitución de la comunidad jurídica internacional (Verdross, 1985, pág. 65).

Frente a la teoría monista se erige la teoría del *dualismo* que establece la separación absoluta y completa entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional. Tradicionalmente, se reconoce a Triepel y Anzillotti como sus acérrimos defensores. Esta teoría sostiene que las normas internas no son obligatorias, en virtud de que la norma básica del derecho y las normas internacionales no pueden influir sobre el valor obligatorio de las normas internas y viceversa (Pizarro, 1967). Es decir, considera al derecho internacional y al derecho interno como dos sistemas iguales, independientes y separados, pero que no se confunden nunca.

Aceptar esta teoría sería como aceptar que ningún tratado internacional puede ser aplicado de manera directa en el ámbito interno, cuando en México la realidad nos dice lo contrario; ejemplo de ello, es la Convención de los Derechos del Niño, cuya aplicación es ampliamente realizada por órganos jurisdiccionales a pesar de no existir un mecanismo jurídico de implementación.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

c.- La ley internacional es aplicable a individuos, sin distinción de jerarquía, o si se trata o no de agentes del Estado.

El hecho de que una persona que haya cometido una conducta que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.

Este principio tiene que ver de manera directa con el primero de los ya mencionados, pues alude a la responsabilidad individual de la persona humana, aunque en este caso se refiera a la necesidad de juzgar sin distinción de jerarquía o rango a los responsables de la comisión de crímenes. En este sentido, vale la pena citar los argumentos que la sentencia del Tribunal de Núremberg hacía respecto de la responsabilidad individual:

“...El principio de Derecho Internacional que, bajo ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a actos condenados como criminales por el Derecho Internacional. Los autores de estos actos no pueden refugiarse en su posición oficial para eludir el castigo en procesos apropiados {...} El que viola las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad al actuar bajo la autoridad de un Estado, si el Estado que autoriza la acción sobre pasa su competencia conforme al Derecho Internacional...”

Con esta tesis se echaba por tierra el argumento sostenido por Napoleón I de que los crímenes de Estado no pueden ser reprochados a nadie (Herzog, 1949).

d.- Elimina la obediencia debida

El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no lo exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional, siempre que de hecho haya tenido la posibilidad de elección moral; sin embargo, puede esta circunstancia ser tomada en consideración para atenuar la pena si la justicia así lo requiere.

De ahí la siguiente sentencia del Tribunal de Núremberg: “...Que se haya ordenado a un soldado matar o torturar en violación del Derecho Internacional de Guerra no puede reconocerse como defensa para tales actos de brutalidad, aunque [...] la disciplina debida deba ser tenida en cuenta para mitigar el castigo...”

Frente a la obediencia debida, aparece como alternativa viable la objeción de conciencia, que no es sino el análisis ético–moral interno que hace y exterioriza un individuo ante órdenes que vulneran una norma que es deber respetar y cuyas consecuencias tendrían un efecto mayor que negarse a cumplir lo ordenado.

e.- Procesamiento en juicio imparcial

Este principio hace referencia a las garantías mínimas con que debe contar una persona que es sujeto a un proceso criminal y que van desde la asesoría de un defensor, hasta la posibilidad de presentar pruebas y gozar del beneficio de la libertad caucional, si procede.

f.- Delitos punibles en el derecho internacional

Este principio incorporó conductas que ya el derecho interno consideraba como punibles (delitos contra la paz y delitos de guerra) y que formaban parte de instrumentos de derecho internacional, pero concibió una categoría nueva de crímenes cuya brutalidad afectaba a la humanidad en su conjunto; a éstos, se los denominaron crímenes de *lesa humanidad*, y los elementos característicos de estos crímenes han ido modificándose a lo largo del tiempo, pero su definición respeta la característica esencial de ofensa a la humanidad y su imprescriptibilidad.

g.- El derecho internacional se aplica a organizadores, instigadores y cómplices

La complicidad también fue considerada como uno de los principios del Tribunal de Núremberg, cuando se realice en el contexto de uno de los crímenes ya citados; de esta manera, cualquier individuo que haya participado de manera indirecta será sujeto de responsabilidad internacional. Estos principios y criterios son los que

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

rigen, desde el fin de la segunda conflagración mundial, los procesos penales internacionales.

6. LOS TRIBUNALES DE OPINIÓN Y LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES AD HOC

Con posterioridad a Núremberg, surgieron tribunales de opinión y *ad hoc*, de los que conviene poner a consideración del lector:

6.1. Los Tribunales de Opinión

Así llamados porque no ejercían una jurisdicción real, pero que nacen debido a la situaciones candentes del escenario internacional; ejemplo de ello, es el *International Tribunal on the American War Crimes in Viet-Nam*,⁸ fundado por el filósofo británico Bertrand Russell, que a la postre sería conocido como el “Tribunal Russell”, cuyo cometido –tan solo de opinión– fue analizar los crímenes cometidos por el ejército estadounidense (*US Army*) en la guerra del Sudeste Asiático y en el que trabajaron juristas norteamericanos que habían participado en el proceso de Núremberg (Cala Sage, 1998).

Años después, el senador italiano Lelio Bassao creó el “Russell Tribunal II”, que se ocupó de las dictaduras militares de Brasil y Chile. En 1979 se constituyó en Bolonia, Italia, el *Tribunal Popular Permanente* entre cuyos miembros destacan el premio Nobel de la paz Adolfo Pérez Esquivel, que ha investigado la intervención de Estados Unidos en Nicaragua, el endeudamiento del tercer mundo, la destrucción de la selva Amazónica de Brasil, la presencia soviética en Afganistán, entre otros asuntos. Mientras que en Latinoamérica se conoce la existencia del *Tribunal Antiimperialista de Nuestra América* que fue presidido por el guatemalteco Guillermo Toriello Garrido.

⁸ Tribunal Internacional para los crímenes de guerra cometidos por norteamericanos en Vietnam.

La función principal de estos organismos de opinión no radica solamente en la denuncia y estigmatización moral y política de los crímenes contra la humanidad, sino, como lo señala Luigi Ferrajoli: “contribuir a la afirmación del derecho internacional” (2004, pág. 121).

6.2.- Los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*

Se trata del antecedente inmediato a la creación de la Corte Penal Internacional.

Los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda deben ser considerados como tribunales de carácter limitado, pues al ser jurisdicciones *ad hoc* (a modo) solamente tienen competencias territoriales, personales y temporales, debidamente delimitadas; no obstante, ello, su creación se advierte como un modo de hacer frente a situaciones calificadas como amenazas a la paz y a la seguridad internacional.

6.2.1.- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

A partir de 1991 se desintegra la estructura de la llamada República Socialista Federativa de Yugoslavia dando lugar a sucesivos conflictos (con o sin carácter internacional) que culminan con violaciones graves, masivas y generalizadas del derecho de gentes en su territorio, particularmente en Bosnia-Herzegovina. El Consejo de Seguridad de la ONU ya tenía la percepción de que las violaciones masivas de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario afectaban a la paz y seguridad internacional y, por tanto, justificaban la adopción de medidas previstas en el Capítulo VII de la Carta de San Francisco, dentro del sistema institucionalizado de seguridad colectiva.

Y así, después de recordar en diversas resoluciones de 1991 y 1993 la obligación estatal de respetar el Derecho Internacional Humanitario, el Consejo por medio de las Resoluciones 771/1992 y 780/1992 (ante los informes sobre violaciones generalizadas del Derecho Internacional Humanitario en Bosnia-Herzegovina) solicita la constitución de una Comisión de Expertos para informar al secretario general de la ONU de la situación.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Poco después, la Resolución 808/1993 del Consejo de Seguridad de la ONU pidió al secretario general un Informe con el fin de establecer el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Y, al aprobar dicho Informe, la Resolución 827/1993 del Consejo, con expresa referencia al Capítulo VII de la Carta, creó el mencionado Tribunal Internacional y aprobó su Estatuto (Rodríguez-Villasante, 2000).

En dicha resolución, el Consejo de Seguridad de la ONU, expresó su profunda alarma, “dados los continuos informes de violaciones generalizadas y flagrantes del Derecho Internacional Humanitario que tienen lugar en el territorio de la ex Yugoslavia, y especialmente en la República de Bosnia y Herzegovina, inclusive los informes de asesinatos en masa, de detenciones y violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas, y de la continuación de la práctica de la depuración étnica...”, situación que constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacional; por lo que decidió la creación de un tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1º de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez instaurada la paz. Al mismo tiempo, se aprobó el Estatuto del Tribunal, lo que permitiría que, de un listado de 130 inculpados, haya procesado y dictado diversas condenas a poco más de 50, la más severa hasta al momento, en contra de Radislav Krstic por genocidio, con 46 años de prisión.

Vale la pena recordar que se sobrepasó el procedimiento en el cual se acusaba a quien fuera presidente de Serbia, Slobodan Milosevic, debido a que durante el proceso falleció sin haberse dictado sentencia. Debido a que el Consejo de Seguridad no había determinado el fin de la jurisdicción del Tribunal en marzo de 1999, los crímenes cometidos en la crisis de Kosovo pasaron a ser de su competencia, lo que dio lugar a la acusación cursada el mismo contra Milosevic en mayo de 1999.

Hay que precisar que el Tribunal no puede juzgar a Estados, sino sólo a personas físicas sospechosas de haber cometido los crímenes en los que es competente, así como a quienes los hayan ordenado, incitado o contribuido a preparar y ejecutar. En este sentido, los altos funcionarios y autoridades del Estado, incluido el jefe de Estado, no gozan de estatuto privilegiado alguno que les exonere o atenúe la responsabilidad que hayan podido contraer. La “obediencia debida” de los subordinados no es aceptada como eximente de la pena, aunque puede considerarse como causa atenuante para rebajarla. A su vez, los superiores son responsables de los actos cometidos por sus subordinados si los conocían o estaban en situación de conocerlos y no adoptaron medidas para impedirlos.

En cuanto a las penas, podrán ser de privación de libertad teniendo en cuenta la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado. Además, se podrá ordenar la devolución a los propietarios legítimos de los bienes e ingresos adquiridos por medios delictivos.

En la práctica, el funcionamiento del tribunal es lento y se ve lastrado por la falta de medios económicos, la excesiva burocracia y la falta de cooperación por la policía yugoslava. A mediados del año 2000 eran una treintena las personas acusadas, en general con un nivel de responsabilidad inferior.

6.2.2.- Tribunal Internacional para Ruanda

Por lo que se refiere al conflicto de Ruanda, ante el desarrollo de disturbios internos, desintegración del aparato estatal del país y la existencia de matanzas masivas, el Consejo de Seguridad de la ONU condenó la violencia allí desatada y pidió un Informe al secretario general. Rendido éste en términos muy esclarecedores, al destacar que “la magnitud de la calamidad humana [...] pudiera ser inimaginable”, y con la información presentada por una Comisión de Expertos imparcial, se emitió la Resolución 955/1994 del Consejo de Seguridad (actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta) que estableció un Tribunal Internacional para enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del Derecho Internacional

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994, aprobando también el Estatuto del mencionado Tribunal.

Sin duda la sentencia más sonada de este tribunal ha sido la dictada a Jean-Paul Akayesu (septiembre de 1998). El Tribunal lo declaró culpable de nueve cargos, por genocidio y crímenes contra la humanidad, se le condenó a tres cadenas perpetuas y a ochenta años de prisión por violaciones sexuales y por estimular la ampliación de la violencia sexual.

Su competencia se aplica a los hechos cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 tanto en Ruanda como en el territorio de los Estados vecinos. Para mediados del año 2000, el número de condenados ascendía a una cincuentena, un volumen muy reducido teniendo en cuenta la magnitud de la tragedia juzgada.

6.3. Tribunales Mixtos

Estos tribunales son similares a los de la ex Yugoslavia y Ruanda, en tanto que fueron establecidos para intervenir en tiempos y contra personas delimitadas por hechos ya ocurridos previo a su creación (*ad hoc*); sin embargo, existen diferencias sustanciales, una de ellas es que tienen la cualidad de que integran elementos internacionales a su jurisdicción nacional, es decir, se trata de instancias internas que apoyan su actuación en principios del derecho internacional (de ahí su denominación de mixtos) pero desde su fuero interno, lo que les permite actuar con mayor legitimidad.

6.3.1. Timor Oriental o Timor del Este

A raíz de la violencia desatada con la ocupación y anexión de este país por Indonesia durante veinticinco años, que concluyó gracias al referendo donde se aprobó su independencia, el Consejo de Seguridad de la ONU decide crear un organismo al que denominó Administración Transitoria de las Naciones Unidas en el Timor Oriental.⁹ Instancia que posteriormente crearía las Salas con competencia exclusiva sobre delitos criminales graves.

Con base en esta última, se establecen paneles o salas para el conocimiento de graves crímenes en la Corte de Distrito de Dili, cuya competencia es exclusiva respecto de crímenes de *lesa humanidad*, genocidio y crímenes de guerra, cometidos entre el 1º de enero y el 25 de octubre de 1999. Las disposiciones de esta jurisdicción se encuentran contenidas en la Resolución 200/15 del 6 de junio de 2000 (Prieto Sanjuán, 2005).

6.3.2. Sierra Leona

Este tribunal fue creado de conformidad con la resolución 1315 del Consejo de Seguridad de la ONU del 14 de agosto de 2002, mediante acuerdo de la ONU y el gobierno de Sierra Leona suscrito el 4 de octubre de 2000 en Freetown. Se le denomina *Special Court for Sierra Leone*, institución que no tiene el carácter de órgano de la ONU, aunque encuentra su sustento en una resolución de su Consejo de Seguridad.

La competencia de este tribunal es retroactiva a partir del 30 de noviembre de 1996, y comprende crímenes de *lesa humanidad*, violaciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional II. Cabe resaltar que debido a la participación de “niños soldados” en los crímenes de su competencia, este órgano puede procesar a menores de edad, comprendidos entre los 15 y 18 años (De Versalles a Rwanda: La Internacionalización de la Jurisdicción Penal, 2005).

⁹ Por sus siglas en inglés UNTAET, adoptada mediante Regulación 1272 del 25 de octubre de 1999, del Consejo de Seguridad de la ONU.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

6.3.3. Kosovo

Después de la intervención de la Organización del Atlántico Norte (OTAN) en Kosovo (provincia de mayoría albanesa de la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia, hoy Serbia), mediante Resolución 1244 del 10 de junio de 1999, el Consejo de Seguridad de la ONU establece la Misión Transitoria de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK, por sus siglas en inglés), cuya labor en el ámbito judicial habría de funcionar en colaboración con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia –que tiene prelación sobre los tribunales nacionales–, en relación con los principales autores de crímenes cometidos durante la desintegración del territorio de la ex Yugoslavia.

Su competencia la ejerce a través de cinco tribunales de Distrito y uno de apelación ante el Tribunal Superior de Prístina, aplicando el código penal de Kosovo.

6.3.4. Camboya

Después de la Segunda Guerra Mundial, el genocidio de mayor escala que ha ocurrido es el atribuido al *Khmer Rojo* (Partido Comunista de Camboya, después denominado Partido Democrático Comunista de Camboya y posteriormente Partido Democrático de Kampuchea), que detentó el poder a lo largo de la segunda mitad de la década de los setentas del siglo XX, durante la cual exterminaron a cerca de dos millones de personas, a lo que se le ha denominado “auto genocidio”.

Con posterioridad a la caída del régimen encabezado por Pol Pot,¹⁰ y de su muerte en 1998, el poder real, las fuerzas políticas camboyanas y la ONU,

¹⁰ Cuyo nombre original era SALOTH SAR, fue el principal líder de los *Jemeres Rojos* desde su surgimiento en la década de 1960, hasta su propia muerte en 1998. Fue primer ministro de "Kampuchea Democrática", forma en la que se constituyó políticamente el actual Reino de Camboya bajo el poder de su régimen entre 1975 y 1979. Forjador de un estado de corte maoísta, durante el cual llevó a cabo una drástica política de reubicación de la población de los principales centros urbanos hacia el campo como una medida determinante hacia el tipo de comunismo que deseaba implantar.

entablaron negociaciones que redundaron en la ratificación –el 3 de octubre de 2004– por parte de la Asamblea Nacional del Reino, del Acuerdo establecido entre el Gobierno de Camboya y el Secretario General de la ONU del 3 de junio de 2003, relativo a la creación de Salas Extraordinarias o Especiales que dentro del marco del derecho de Camboya juzgará a los responsables del régimen del *Khmer Rojo*.

A mediados de 2005, comenzaron a ser juzgados algunos de esos dirigentes por su responsabilidad en los crímenes de infracciones graves del derecho penal de Camboya, el derecho internacional humanitario, las normas consuetudinarias en la materia y las convenciones internacionales de las que el país forme parte, cometidos entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979. Entre los crímenes que conocerá se encuentra el genocidio y los crímenes de *Les a Humanidad*, según se encuentran definidos por el Estatuto de Roma de 1998.

6.3.5. Iraq

Con la captura de Saddam Hussein el 13 de diciembre de 2003, por parte de las fuerzas de ocupación en Irak, se revivió el debate en torno a la instancia y mecanismos para su enjuiciamiento, así como de sus principales colaboradores. Tres días antes, el Consejo de Gobierno Iraquí, con la cesión de la autoridad legislativa de manera temporal por parte del Administrador de los Estados Unidos, creó el Estatuto del Tribunal Especial.

La competencia de éste le permite conocer de hechos ocurridos a partir del 17 de julio de 1968, cuando Hussein y miembros del Partido *Ba'ath* tomaron el poder, hasta el 1º de mayo de 2003, cuando se declaró el fin de las principales operaciones de combate en el territorio. Su competencia material son los crímenes contra la humanidad, de guerra y genocidio, el uso de armas químicas y otros actos de barbarie contra la población (kurdos principalmente), así como la masacre, tortura y desplazamiento forzado de árabes chiitas y de los pantanos (*Ma'dan*) después de la Primera Guerra del Golfo. Su competencia territorial abarca tanto territorio iraquí como aquellos crímenes perpetrados durante la guerra contra Irán

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

entre 1980 y 1998, así como durante la invasión y ocupación de Kuwait en 1990; además, se le suman tres crímenes más del derecho nacional: intento de manipulación de la magistratura, la malversación de recursos nacionales o fondos públicos, el abuso de autoridad y la adopción de políticas que pudiesen conducir a la amenaza de la guerra o al uso de la fuerza armada contra un país árabe. Así, Saddam Hussein fue condenado a muerte y ejecutada la sentencia en la horca, al igual que varios de los miembros de su régimen.

Cabe señalar que el Tribunal Especial de Iraq, funcionalmente ejerció como atribuciones las competencias: a) personal, al juzgar a Saddam Hussein; b) espacial, sobre el territorio; y, c) temporal, por los crímenes cometidos desde el 17 de julio de 1968 hasta el 1° de mayo de 2003, incluyendo los de la guerra de Irán y la invasión y ocupación militar de Kuwait (Garduño Yáñez, 2019).

6.3.6. Líbano

El denominado Tribunal Especial para el Líbano (TEL) se creó de común acuerdo entre el gobierno del Líbano y la ONU para enjuiciar a los responsables del atentado terrorista perpetrado el 14 de febrero de 2005, en Beirut, que causó la muerte al ex primer ministro del Líbano, Rafiq Hariri, y a otras 22 personas, así como heridas a docenas de personas.

La primera fase para la edificación de este tribunal consistió en la creación, en abril de 2005, de una Comisión Internacional Independiente de Investigación (IIIC por sus siglas en inglés) para “ayudar a las autoridades del Líbano a investigar todos los aspectos de [este] acto terrorista e incluso a identificar a sus autores, patrocinadores, organizaciones y cómplices” (2005).

Pero, fue a petición del propio gobierno del Líbano –a través de una carta de fecha 13 de diciembre de 2005 (S/2005/783) dirigida al Secretario General de la ONU– que se empezó a vislumbrar la posibilidad de establecer un tribunal de carácter internacional para enjuiciar a todos los responsables del asesinato de Rafiq

Hariri y que, a su vez, se extendiera a los atentados terroristas que habían tenido lugar en el Líbano desde el 1° de octubre de 2004. Fue entonces, cuando en marzo de 2006, el Consejo de Seguridad de la ONU mediante Resolución 1664 encomendó al “Secretario General a negociar con el Gobierno del Líbano un acuerdo para establecer un tribunal de carácter internacional”. Un año después, se celebró el Acuerdo entre la ONU y el Gobierno del Líbano para el establecimiento del Tribunal Especial para el Líbano, que entró en funciones el 1° de marzo de 2009.

Según lo establecido en el artículo 1 del Estatuto “el Tribunal tendrá competencia para enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano, Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras personas. Si el Tribunal determina que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1° de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005, [...], están conectados conforme a los principios de la justicia penal al atentado del 14 de febrero de 2005 y son de naturaleza y gravedad similares, también será competente para enjuiciar a los responsables de esos ataques.” Estos últimos se refieren a los ataques que sufrieron distintos personajes clave de la política libanesa.

Curiosamente, una de las características del TEL que valen la pena resaltar, es la posibilidad de llevar a cabo juicios en ausencia (*in absentia*) del acusado; situación que resulta poco común en los tribunales internacionales debido a las garantías del acusado y normas de debido proceso. Sin embargo, en el Artículo 22 del Estatuto se establecen claramente los supuestos en que será posible celebrar un juicio aún en ausencia del acusado.

En el mes de enero del año 2011, el Fiscal presentó la primera acta de acusación relacionada con el caso Hariri, de manera confidencial, debido a la sensibilidad de su contenido. Si bien es cierto que estos dos últimos tribunales son de creación más reciente que la propia Corte Penal Internacional, también lo es que los hechos que los motivaron son anteriores a la gestación del Estatuto de Roma;

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

además, algunos de ellos no pueden considerarse internacionales porque su jurisdicción la aplican tribunales internos conformados por ciudadanos de esas naciones.

Este Tribunal fue creado el 30 de mayo de 2007 y comenzó a operar el 1 de marzo de 2009 en La Haya. Los primeros cargos fueron presentados por el fiscal en contra de cuatro acusados, el 17 de enero de 2011. Aunque hasta ahora no ha habido ninguna sentencia pronunciada, la Corte de Apelaciones del Tribunal resolvió varias preguntas de la Defensa sobre la definición de su jurisdicción en su primera decisión. El juicio contra cuatro acusados empezó en enero de 2014. El Tribunal sigue funcionando en la actualidad¹¹.

Es el primer tribunal internacional en juzgar crímenes solo bajo el derecho nacional. Es también relevante indicar que el Tribunal Especial no juzga a autores de crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio como el resto de los tribunales internacionales. De manera única también, el mandato del tribunal se enfoca en un evento criminal específico a pesar del pasado nacional marcado por guerras y otras violencias. La inclusión del terrorismo dentro de la competencia del Tribunal constituye otro rasgo excepcional para una jurisdicción híbrida¹².

7. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho internacional tiene su origen en el *ius gentium* romano (amalgama de todos los derechos de los pueblos del imperio); éste, según Concepción Arenal (Arenal, 1999), ha dado lugar a la generación del Derecho de gentes positivo; es decir, al conjunto de leyes, tratados, convenios, principios admitidos –tácita o expresamente– y usos generalmente seguidos por las naciones cultas, en sus relaciones mutuas, ya de nación a nación, de una nación con un súbdito de otra, o

¹¹ Para profundizar; ver: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Factsheet-Libano.pdf> (consultado el 27 de abril de 2019)

¹²*Ibidem*.

entre súbditos de naciones distintas. Este derecho de gentes positivo fue distinguido, por primera vez, por Hugo Grocio.¹³

Posteriormente, se incrustó en el derecho internacional la teoría sostenida por Immanuel Kant, según la cual, aunque los Estados siguen siendo los principales actores de la escena internacional, los individuos son, y deberían serlo aún más, el centro de las relaciones internacionales. Efectivamente, con anterioridad –bajo la hegemonía de la teoría de Grocio– los individuos solamente estaban en contacto a través de sus respectivos Estados, de la misma forma que regía al igual que con las relaciones entre Estados; más tarde, con la teoría de Kelsen, los individuos se convierten en sujetos de derecho internacional por *mutuo* propio, sin necesidad de intervención, pero sí bajo la supervisión del Estado.

Otra de las características que confluyen a las relaciones internacionales, según esta teoría (Cassese, 2010), es la existencia de un núcleo de valores universalmente reconocidos (la paz, el respeto por los derechos humanos, la libre autodeterminación de los pueblos, entre otros). Bajo esta premisa, se enmarca el principio de derecho penal internacional sostenido en el fallo definitivo del Tribunal de Núremberg: los crímenes de derecho internacional *los cometen individuos*, normalmente actuando en una capacidad oficial como agentes del Estado: líderes militares, soldados, oficiales de policía, ministros de gobierno, u otros.

¹³ En su obra *Mare Liberum* (1609) GROCIO distingue entre el Derecho de gentes primario, que considera inmutable por derivarse del Derecho natural, y el Derecho de gentes secundario, voluntario o positivo. Este Derecho se derivaría de la voluntad de las naciones y sí sería susceptible de modificación.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Es precisamente dentro de los principios y usos seguidos por las naciones en sus relaciones internacionales, donde la punibilidad de los crímenes materia de competencia de la Corte Penal Internacional encuentra su sustento. Para nosotros, el bien jurídico que tutela este tipo de figuras deberían ser considerados normas *ius cogens* (en inglés *peremptory norms*), a saber:

La voz (*ius cogens*) es una locución latina que hace referencia a normas de derecho imperativo, en contraposición a las de derecho dispositivo. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,¹⁴ son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. Además, poseen la característica de ser inderogables y que su obligatoriedad se impone, incluso, por encima del consentimiento de los Estados.

Entre los ejemplos de este tipo de normas, interpretados así por organismos internacionales, conviene citar:

a) En el asunto sobre la *licitud de la amenaza o el uso de las armas nucleares*; la Corte Internacional de Justicia hizo referencia a "principios intransgredibles de derecho internacional", pero no usó expresamente el término *ius cogens*. Se refería a tres principios de derecho internacional humanitario, aplicables en caso de conflicto

¹⁴ Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Disponible en: http://www.oas.org/36AG/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf#search=%22%22Convenci%C3%B3n%20de%20viena%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20tratados%22%22 (consultado el 11 de julio de 2022)

armado. En primer lugar, la prohibición de ataques contra civiles y el uso de armas que no distingan entre civiles y militares; en segundo lugar, la prohibición del uso de armas que causen un daño mayor que el necesario para conseguir objetivos militares legítimos; y, en tercer lugar, el trato otorgado a civiles y militares de acuerdo con principios de humanidad, en atención a la disposición del derecho internacional humanitario conocida como Cláusula Martens, que a la letra reza:¹⁵

“Mientras que se forma un código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.

De esta cláusula se infiere que los principios del derecho de gentes se aplican en todo conflicto armado, tanto si una situación dada no se halla prevista por el derecho convencional o de los tratados como si éste no vincula, en cuanto tal, a las partes en conflicto (CICR, 1977).

b) El Comité de Derechos Humanos ha afirmado expresamente que son normas de *ius cogens* la prohibición de la tortura y la privación arbitraria de la vida (Observación general N.º 24), así como el derecho a las garantías procesales

¹⁵ La Cláusula Martens -llamada así en honor al diplomático ruso Frederic de Martens, quine la formuló- se encuentra asentada en el Preámbulo de los Convenios sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 y 1907. Posteriormente se incorpora al Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), aprobado en Ginebra el 8 de junio de 1977, en cuyo artículo 1, párrafo segundo, se establece que: “En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

mínimas, en especial el derecho a la presunción de inocencia (Observación general N.º 29).¹⁶

c) Además, hay otras normas internacionales esenciales, como el principio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), por el cual un Estado y demás personas internacionales quedan obligadas por los tratados celebrados en forma regular y que hayan entrado en vigor, a cumplirlos de buena fe. Los precedentes que la consagran son innumerables y la creencia que es obligatoria es totalmente universal (Sorensen , 1998); en virtud de ello, esta disposición se traduce en una norma *ius cogens*, dado que sin ella no cabría la existencia de ningún tratado internacional.

d) De acuerdo con el prestigiado experto alemán Kai Ambos, los crímenes codificados en los artículos quinto, sexto y séptimo del Estatuto de Roma, son reconocidos por el derecho consuetudinario internacional, incluso como *ius cogens* (Ambos, 2003, pág. 27), y no resulta ocioso hacer notar que el artículo séptimo de ese instrumento se refiere a los crímenes de *lesa humanidad*.

De ahí que sea obligatorio para todos los Estados, en el ámbito de las relaciones internacionales, respetar cualquiera de esas disposiciones; y, en la medida que su derecho doméstico lo permita, perseguir y juzgar conductas que violenten esas normas. De donde se desprende que el gran reto continúa siendo la expedita justicia en el sentido de su pronta intervención y resolución para que no se sigan cometiendo conductas y delitos atroces en los lugares donde se originan; a su vez, en el marco de las mismas sentencias, la incorporación no solo de sentencias ejemplares, sino la de otorgar garantías en las reparaciones integrales de los daños cometidos a las comunidades agraviadas, así como las medidas de protección y no repetición.

¹⁶ Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos de la ONU, para su consulta en la *web*; ver, <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>. (consultado el 11 de julio de 2022).

Recapitulando, el derrotero histórico del derecho penal internacional encuentra sus raíces en Europa a fines del siglo XV, cuya continuidad se hace presente con los Tratados de Versalles; pero es de la mano de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio cuando se establecen los principios que rigen los procesos por crímenes imprescriptibles al considerarse que vulneran la dignidad y la condición humana en su conjunto.

Finalmente, la dinámica del derecho penal internacional, a la sazón como instrumento coercitivo que trasciende a Estados-nación, pone en la mesa de debate el alcance de la jurisdicción a sujetos atípicos del derecho internacional e, incluso, la posibilidad de responsabilizar a las empresas que coadyuven conspire o colaboren en las violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (CICR, 2012).

8. REFERENCIAS DE CONSULTA

- Resolución 1595 (Consejo de Seguridad de la ONU 2005).
- Ambos, K. (2003). *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional/Fundación Konrad Adenauer.
- Arenal, C. (1999). *Ensayo sobre el Derecho de Gentes*. Madrid.
- Cala Sage, J. J. (1998). *Un acercamiento al estudio de un Tribunal Penal Internacional*. Comité Internacional de la Cruz Roja. Recuperado el 12 de Julio de 2022, de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlj3.htm>
- Campos, C. A. (2002). *Reseña de la Evolución de la Justicia Penal Internacional. El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional: Adecuación de la legislación peruana*. Lima. Obtenido de <http://www.iccnw.org/espanol/ponencias/Anicama.pdf>
- Caso Teobaldo Fogliatti (Corte Suprema de la Nación Argentina 10 de Diciembre de 1909).
- Caso Wilhem Wolthusen (Corte Suprema de la Nación Argentina 05 de marzo de 1826).
- Cassese, A. (2010). Un gran paso para la justicia internacional. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Obtenido de http://www.crimesofwar.org/icc_magazine_s/icc-cassese.html

**APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO
PENAL INTERNACIONAL**

- CICR. (1977). *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977*. Obtenido de <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>
- CICR. (30 de septiembre de 2012). *La evolución del derecho penal internacional y el caso de la participación de empresas en crímenes internacionales*. Obtenido de <https://www.icrc.org/es/international-review/article/la-evolucion-del-derecho-penal-internacional-y-el-caso-de-la>
- Congreso de la Unión. (14 de agosto de 1931). *Código Penal Federal*. Obtenido de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Codigo_Penal_Federal.pdf
- Delgado, I. L., & Martín Martínez, M. (2001). *La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel.
- Espinoza Carrión, K. (2003). *La Responsabilidad Penal Individual y la Jurisdicción en la Corte Penal Internacional. Tesis para obtener el grado de Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de San Marcos, Lima, Perú*. Lima, Perú.
- Ferrajoli, L. (2004). *Razones del Pacifismo*. Madrid: Trotta.
- Fierro, G. (1997). *La Ley Penal y el Derecho Internacional*. Buenos Aires: Tipográfica Editorial.
- Garduño Yáñez, F. (2019). *Tribunal Penal Internacional para Irak, una visión crítica*.
- Herzog, J. B. (1949). *Recuerdos del proceso de Nuremberg. Recuerdos del proceso de Nuremberg*. Santiago: Derecho y Jurisprudencia.
- Huhle, R. (2011). *Hacia una comprensión de los “crímenes contra la humanidad” a partir de Nuremberg*. Bogotá: Nuremberg Human Rights Center.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. México D. F.: Porrúa.
- Neir, A. (1998). *War Crimes*. Toronto: Random House.
- OEA. (28 de febrero de 1987). *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*. Recuperado el 09 de Julio de 2022, de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>
- ONU. (26 de junio de 1987). *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Recuperado el 09 de Julio de 2022, de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>

- Osmanczyk, E. J. (1976). *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Overy, R. (2003). *Interrogatorios, El Tercer Reich en el banquillo*. Barcelona: Tusques Editores.
- Pizarro, J. P. (1967). Los Tratados Internacionales como fuentes del derecho administrativo. *Anales de la Facultad de Derecho Cuarta Época*. Recuperado el 30 de junio de 2022, de http://www.analesderecho.uchile.cl/CDA/an_der_completa/0,1363,SCID%253D1666%2526ISID%253D78,00.html
- Prieto Sanjuán, R. A. (2005). *De Versalles a Rwanda: La Internacionalización de la Jurisdicción Penal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Biblioteca Jurídica DIKE.
- Relva, H. A. (2001). La Jurisdicción Estatal y los Crímenes de Derecho Internacional. *Revista Relaciones Internacionales*.
- Rodríguez Carrión, A. (1994). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- Rodríguez-Villasante, J. L. (2000). Crímenes contra la Humanidad y Genocidio. *Duque de Ahumada*. Madrid.
- Sentencia C-578, Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002v “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de la Corte Penal Internacional (30 de Julio de 2002).
- Sorensen, M. (1998). *Manual de Derecho Internacional Público*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Verdross, A. (1985). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Aguilar.