

**LA RESPONSABILIDAD DEL INDIVIDUO EN EL DERECHO
INTERNACIONAL: DE NUREMBERG A LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL**

LAURA GARCÍA COUDURIER

EL COLEGIO DE MÉXICO, A.C.

**La responsabilidad del individuo en el derecho internacional:
de Nuremberg a la Corte Penal Internacional**

TESIS

que para obtener el título de Licenciada en Relaciones Internacionales presenta:

LAURA GARCÍA COUDURIER

**Centro de Estudios Internacionales
México, D.F.
2007**

ÍNDICE

Introducción	1
I. Los Tribunales de Nuremberg y Tokio	4
Nuremberg: El primer tribunal penal internacional	
Los crímenes de competencia del tribunal	
La sentencia del Tribunal	
El legado de Nuremberg	
Los Tribunales de Tokio	
II. La difícil gestación de una Corte Penal Internacional: la Guerra Fría y la búsqueda de formas alternas de jurisdicción	23
Los inicios del proyecto para crear una corte penal internacional	
Otras vías de desarrollo del derecho penal internacional	
Un espacio alternativo: La jurisdicción universal en las cortes nacionales	
El Tribunal Internacional ad hoc para la Antigua Yugoslavia	
El Tribunal Internacional ad hoc para Ruanda	
El caso Pinochet	
III. La negociación del Estatuto de Roma	75
Roma como escenario de un nuevo orden mundial: las ONGs y la ‘coalición de potencias afines’	
Los resultados de la negociación: mecanismos ‘conciliatorios’, innovaciones y anomalías	
IV. El funcionamiento de la Corte Penal Internacional	95
La cooperación como requisito imprescindible para el funcionamiento de la CPI	
Obstáculos políticos que dificultan el funcionamiento de la CPI	
Casos actuales de la CPI	
Uganda	
Darfur, Sudán	
República Democrática del Congo	
Conclusión	130
Bibliografía	135

INTRODUCCIÓN

En agosto de 1939, Adolfo Hitler reunió a sus generales y les ordenó destruir la población polaca justificándose en una pregunta: “¿quién se acuerda del genocidio armenio?”¹ Los sucesos posteriores a esta fecha contribuyeron a un saldo histórico de millones de víctimas de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Al terminar el Siglo XX, la comunidad internacional reunió los avances de la justicia penal internacional para crear el estatuto de Roma, acta de advenimiento de la Corte Penal Internacional (CPI). Este tratado internacional, adoptado en 1998 por 120 países, emanó de la voluntad de la comunidad internacional para no dejar impunes los crímenes más atroces. La CPI introduce al individuo como sujeto del derecho penal internacional e impide que se acoja a la ausencia de vínculos entre el individuo y este orden legal para escapar a la condena y el castigo en caso de ser culpable de crímenes graves contra los derechos humanos.

La historia que antecede a la CPI refleja las dificultades y las ventajas que tendrá para su jurisdicción efectiva. Esta tesis es una evaluación de la trayectoria de los tribunales previos para estimar la efectividad de la CPI. Una de las lecciones más importantes de los tribunales *ad hoc* de Nuremberg, Tokio, Ruanda y la Antigua Yugoslavia es que, la justicia no es un mero mecanismo que intenta subsanar a las víctimas en la medida de lo posible y remediar algo irremediable. Es una herramienta útil que sirve para prevenir

¹ Citado en: Michael P. Scharf, “From the Exile Files: An Essay on Trading Justice for Peace”, Washington and Lee Law Review, 339 (2006) 63, p. 349. Todas las traducciones de esta tesis son mías.

actos futuros, establecer la verdad de los hechos en un foro público y contribuir a la reconstrucción pacífica de las sociedades que sufrieron guerras o crímenes masivos.

La investigación y el juicio por crímenes como el genocidio revelan la organización y planeación a gran escala previas a su comisión. Esto indica que pueden prevenirse los crímenes masivos mediante una comunidad internacional más observadora y eficaz a la hora de reaccionar ante situaciones similares. La CPI, por su carácter permanente y con ámbito cada vez más amplio geográficamente, es el foro más importante para sacar a la luz hechos condenables que de otra forma contribuirían a la amnesia histórica, como ha sucedido en el pasado.

La aplicación efectiva de la justicia penal internacional también está íntimamente relacionada con el aseguramiento de la paz mundial. La justicia es un componente esencial de la paz duradera. A pesar de que todavía existen serias dudas sobre la coexistencia de la paz y la justicia en momentos de guerra, los organismos internacionales que trabajan para la paz se convencen cada vez más de que esto es posible, sin dejar de ser difícil.

Medio siglo después de los tribunales de Nuremberg y Tokio, la comunidad internacional, respaldada por la ONU, buscó crear una corte penal internacional permanente pero el debate quedó congelado durante la Guerra Fría. No obstante, la urgencia de actuar frente a las atrocidades cometidas en la Antigua Yugoslavia y Ruanda provocó que el Consejo de Seguridad estableciera los tribunales *ad hoc* como herramientas para mitigar la inacción. La experiencia de tribunales *ad hoc*, que le dieron un carácter formal a los

principios de Nuremberg, y la presión internacional de luchar contra la impunidad, forjaron el camino para la creación de la CPI.

La negociación del estatuto de Roma de la CPI demostró un orden mundial diferente, en el que el papel de las ONG y las potencias medianas contrarrestaron las presiones de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad para crear un aparato de justicia independiente de la ONU, complementario a los sistemas nacionales y de carácter permanente.

A cinco años de su funcionamiento, la CPI enfrenta obstáculos políticos importantes. La oposición de Estados Unidos y China y la falta de cooperación de países como Sudán, en donde actualmente está en proceso una investigación, propician un ambiente poco favorable a la aplicación efectiva de la justicia internacional. La CPI también enfrenta obstáculos legales que emanan de su estatuto, ya que para lograr la negociación en Roma los países tuvieron que ceder a presiones políticas, provocando contradicciones legales. Por otro lado, si bien esos obstáculos han perjudicado los procesos actuales de la Corte, no la han paralizado.

Las experiencias de los tribunales penales internacionales indican claramente que la justicia efectiva requiere de la voluntad política para ejercerla y de la fortificación de los principios legales que la sustentan. Con el tiempo, la jurisprudencia que vaya creando la propia CPI será importante para su efectividad. De igual forma, este avance seguramente ayudará a crear un ambiente más favorable a la cooperación internacional.

CAPITULO I

LOS TRIBUNALES DE NUREMBERG Y TOKIO

Nuremberg: El primer tribunal penal internacional

El primer tribunal internacional para juzgar a individuos por crímenes graves surgió después de varios intentos frustrados. En 1864, Gustave Monnier, fundador de la Cruz Roja, sugirió que se añadiera a la Convención de Ginebra el establecimiento de un tribunal internacional con jurisdicción sobre los crímenes de guerra estipulados.² Esta iniciativa fracasó por ser demasiado radical para su época.

El Tratado de Versalles de 1919 puso fin a la Primera Guerra Mundial y estableció en sus artículos 227 y 229 que las potencias aliadas acusaban públicamente a Guillermo II, ex emperador de Alemania, por ofender la moral internacional y violar tratados internacionales. Sin embargo, el juicio nunca se llevó a cabo porque Holanda, país que asilaba al ex emperador, se negó a extraditarlo.³

A principios del siglo XX la comunidad internacional comenzó a codificar algunas normas del derecho de guerra, que dieron un aspecto más formal a la sujeción del individuo ante tribunales penales internacionales. Anteriormente el

² Sergio García Ramírez, La Corte Penal Internacional, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002, p. 15.

³ Este juicio incluía a otros alemanes, pero el resultado volvió a ser desfavorable para los aliados, quienes aceptaron que los juicios se llevaran a cabo en los Tribunales de Leipzig bajo leyes alemanas. El resultado fue que, de una lista de 896 acusados de “actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra”, al final sólo 45 fueron enjuiciados y sólo seis condenados. Jacques Descheemaeker, Le Tribunal Militaire International des Grands Criminels de Guerre, París, Éditions A.Pedone, 1947, p.6

individuo –militar o gobernante- se consideraba agente del Estado, pero con la evolución del derecho internacional humanitario se establecieron las primeras reglas que codifican el comportamiento legítimo de un beligerante durante la guerra. Se distingue así la responsabilidad de aquél que comete crímenes de guerra, o de lesa humanidad, de la responsabilidad propia del Estado.

Las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, la de Ginebra sobre Prisioneros de Guerra, la Convención de la Cruz Roja y la de Protección de Civiles en 1929 son ejemplos de este proceso de codificación aplicable al derecho de guerra y al derecho internacional humanitario. Pero varios asuntos quedaron inconclusos. Se detallaron actos prohibidos sin especificar una responsabilidad criminal individual en caso de violar las normas. El Preámbulo de la Convención IV de La Haya, en 1907, reconocía que aquello que no se estipulara en la Convención (y era mucho) “debía resolverse con los principios del derecho de las naciones civilizadas, las leyes humanitarias y los dictados de la conciencia universal.”⁴ A falta de precisión sobre cómo mitigar estos huecos legales, la trayectoria legal de la jurisdicción internacional del individuo quedó estancada varios años más.

Aún cuando faltaba mucho por codificar la responsabilidad penal individual, la llegada de la Segunda Guerra Mundial hizo urgente eliminar la impunidad. El enjuiciamiento de algunos responsables de crímenes al término de esta guerra fue el paso siguiente. El deseo de las potencias aliadas de castigar al enemigo por brutalidades durante la guerra los llevó a reconciliar las diferencias importantes entre los sistemas legales de cada país para lograr

⁴ Telford Taylor, Nuremberg and Vietnam, An American Tragedy, Nueva York, Bantam Books, 1971, p.29.

crear el estatuto de Nuremberg.⁵ Además, los intereses políticos de las potencias también variaban, por lo que tuvieron que llegar a un común denominador que balanceara las posturas más radicales.

Los británicos insistían en fusilar a los culpables pues temían que los nazis utilizaran el tribunal como foro de propaganda o, peor aún, que lo manipularan y salieran libres.⁶ Por otra parte, la mayoría de las autoridades estadounidenses y francesas sostenían la importancia de un juicio para evitar que en el futuro se repitieran las atrocidades de la guerra y para trazar una imagen de justicia y democracia en el nuevo orden mundial. Terminar la guerra con un juicio contra los enemigos no era sólo justo sino aseguraba una estabilidad política, pues al enjuiciarlos y castigarlos no quedaría duda de su culpabilidad ni de la victoria rotunda de los Aliados.

En cuanto a los soviéticos, Stalin declaró en 1943: “deben tomarse medidas para asegurar que todos los fascistas responsables de esta guerra y del sufrimiento de la gente tengan un castigo duro.”⁷ Esas medidas debían asegurar también que los alemanes destacaran como responsables únicos de la guerra y del sufrimiento de la gente. Por eso los soviéticos abogaron por un juicio en el que se reescribiera la historia y se borrarán los crímenes soviéticos, las invasiones y los pactos soviéticos de no agresión con Alemania. Finalmente, un proceso contra los alemanes consolidaría a la Unión Soviética

⁶ El Canciller inglés añadió en 1942 que “la culpabilidad de estos individuos es tan profunda que excede el ámbito de cualquier proceso judicial.” Richard Overy, “The Nuremberg trials: international law in the making”, en: Philippe Sands, ed., From Nuremberg to The Hague, The Future of International Justice, Cambridge University Press, 2003, p.3.

⁷ Joseph Stalin, War Speeches, Londres, p.82, cit. por: Ian Brownlie, International Law and the Use of Force by States, Oxford University Press, 1963.

como parte del bloque de los Aliados, escudo que consideraban necesario en ese momento. Nuremberg fue para la Unión Soviética una herramienta oportuna para reivindicar su posición al lado de los países vencedores.

Finalmente, el Pacto de Londres del 8 de agosto de 1945 estableció el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg con su estatuto respectivo.⁸ Como no había antecedentes de un tribunal internacional, hubo que improvisar todo el aparato legal, lo que dio pie a muchas lagunas legales en el estatuto. El abogado estadounidense Robert H. Jackson, que nombró Harry S. Truman, fue el arquitecto principal del Tribunal, quien se encargó de mantener la alianza entre los jueces soviéticos, británicos y franceses, representantes de los únicos otros países que participaron en el juicio.⁹ Sin embargo, a pesar de que el liderazgo del equipo estadounidense aceleró el juicio, la elección de los acusados y de los crímenes que serían competencia del Tribunal, así como la estructura legal del Tribunal, sumergieron a los Aliados en una discusión política difícil de superar.

Nuremberg no podía tomar la forma de un tribunal militar cualquiera, pues debía cumplir otros propósitos, además de ejercer justicia. El proceso habría de cerrar la guerra con una victoria legítima de los Aliados, motivo por el cual Jackson mantuvo siempre una campaña pública en pro del Tribunal. Sus creadores anhelaron que el Tribunal de Nuremberg fuera precursor de la justicia internacional del futuro, por ser el primer tribunal que ejercía jurisdicción internacional contra individuos culpables de crímenes graves.

⁹ Richard Overy, art.cit., en: Philippe Sands, ed., op.cit., p.7.

El peso histórico anticipado del Tribunal exigía legitimidad por la misión jurídica que representaba. Por eso fue necesario mitigar objeciones sobre la posible ilegalidad y parcialidad del Tribunal y alejar de la opinión pública la idea de que existían intenciones disfrazadas de ejecutar a los condenados pasando por encima de la ley. Pero Nuremberg no tardó en enfrentar su propia paradoja: la trascendencia histórica del Tribunal como piedra angular de la justicia internacional implicaba ejercer jurisdicción violando principios de legalidad. Los jueces quedaron atrapados en una lucha constante por proteger los intereses políticos de sus países que insistían en condenar a los culpables y a la vez trascender estos intereses para hacer justicia. La manera en que fueron resolviendo este conflicto reflejó la prominencia política internacional del Tribunal.

Los vencedores de la guerra fueron también sus jueces se aseguraron de que los actos de sus propios connacionales quedaran excluidos del juicio. Las reglas se establecieron ex post facto, en violación del principio *nullum crimen sine lege*.¹⁰ Los crímenes de competencia no se definieron en el Estatuto, y se optó por la mera interpretación de los jueces, mismos que habían llevado la investigación. La admisión de pruebas se hizo sin seguir ninguna regla preestablecida.¹¹ Estos elementos de ilegalidad provocaron desconfianza en la opinión pública alemana, pero nunca amenazaron el proceso puesto que las potencias aliadas siempre estuvieron determinadas a imponer su fuerza

¹⁰ Significa “no hay delito sin ley”.

¹¹ Cuando el Tribunal comenzó su investigación, se enfrentaron a millones de documentos que tomarían mucho tiempo en clasificar como evidencia. Por otro lado, el juicio tenía que ser rápido para mantener a la opinión pública interesada en el proceso por lo Jackson decidió que cada caso debía tomar “la mejor evidencia disponible” para proceder con el juicio.

para llevarlo a cabo a toda costa. Además, la opinión pública en los países aliados juzgó que el Tribunal era legítimo. Algunos juristas internacionales protestaron sobre esta presunta ilegalidad del Tribunal, pero no eran mayoría entre la opinión jurídica internacional, que aceptó que el Tribunal no se apegara a los principios existentes del derecho internacional sino que estableciera nuevas reglas de conducta para inhibir en el futuro actos similares de agresión.

La preocupación principal de los Aliados era imponer su interpretación de la guerra e inhibir la comisión de crímenes similares en el futuro. Había que contar la historia con base en la condena a Alemania por preparar e iniciar una guerra de agresión. El éxito del Tribunal dependía de que se dictaminara la culpabilidad de los enjuiciados y se les responsabilizara de conspirar para la guerra; de que se explicara la historia y jerarquía del Tercer Reich a partir de la acumulación de pruebas de las atrocidades de los nazis; y se asegurara que los alemanes no reincidirían en aquellos actos. En un informe dirigido a su Secretario de Defensa, el presidente Roosevelt explicó la intención del Tribunal:

El hecho de que Alemania es la nación vencida debe quedar impreso en su conciencia individual y colectiva para que no vuelva a comenzar una guerra...El pueblo Alemán debe asimilar que la nación entera estuvo envuelta en una conspiración ilegal contra los valores de la civilización moderna.¹²

Por eso el Tribunal de Nuremberg se instauró como sala testimonial, donde los Aliados hicieron un recuento histórico y detallado del complot de

¹² Charles Anthony Smith, "The Primacy of Politics: Justice, Power, and War Crimes Trials", Online Journal for Peace and Conflict Resolution, agosto 1999, http://www.ciaonet.org/olj/ojpcr/ojpcr_2_3/ojpcr_2_3a.html

Alemania para la guerra, empezando por las violaciones de tratados internacionales (sobre todo el de Versalles); luego se detallaron las invasiones de otros países y, finalmente, las agresiones contra Polonia, Noruega, Holanda, Francia y la Unión Soviética.

Los crímenes de competencia del tribunal

El deseo de hacer el recuento de la guerra y de culpar a todos los que participaron en el régimen nazi, antes y durante la lucha armada, dio lugar a un debate complejo sobre la competencia y los crímenes que conocería este tribunal. Los jueces buscaron desde un principio respaldar legalmente la competencia del tribunal definiendo cuidadosamente los crímenes que entrarían en su jurisdicción y aprovechándose de todos los recursos existentes del derecho internacional, como las Convenciones de La Haya, la costumbre internacional en el derecho de guerra, tratados internacionales que prohíben el uso de la fuerza, etc. Sin embargo, como ninguno de los recursos era vinculante hasta ese momento, tuvieron que buscar otras maneras de evitar que la Defensa cuestionara constantemente la legalidad del tribunal y lo estancara. En última instancia, los jueces utilizaron el principio de la “competencia de la competencia”, lo que significa que el tribunal cierra la discusión al argumentar que le corresponde determinar su propia competencia.¹³ Pero también buscaron crear un estatuto que se alejara lo más posible de tener que utilizar este recurso. Para ello, reunieron primero las

¹³ Este recurso se utilizó más tarde en los tribunales internacionales *ad hoc*. En el primer caso del Tribunal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia, el caso del Fiscal contra Dusko Tadic, la Sala de Apelaciones resolvió que el Tribunal determina su propia competencia.

pruebas y luego definieron cuidadosamente qué crímenes entrarían dentro de la competencia del tribunal, lo que facilitó determinar la culpabilidad de los individuos sin entrar en otras discusiones. Las pruebas reflejaron que las atrocidades que cometieron los nazis no fueron actos alejados del sistema de gobierno, sino justamente lo contrario, las instituciones como la Gestapo y la SS eran los motores de instigación al crimen. Por eso se imputó responsabilidad penal a las organizaciones nazis, lo que fue una innovación del derecho internacional.¹⁴

Los Aliados consideraban necesario tipificar crímenes que permitieran castigar tanto a los militares que participaron en la guerra como a los líderes políticos del gobierno nazi. Toda participación importante en el partido o en el gobierno nazi era evidencia de conspiración para la guerra. Naturalmente, la intención de inculpar a todos estos individuos dificultaba el acuerdo sobre los elementos del crimen que entrarían en el Estatuto.

Estados Unidos propuso resolver el debate sobre la definición y clasificación de los crímenes mediante el concepto de “crimen de conspiración”, que abarcaría todas las acciones de preparación, planeación de la guerra y agresión. Pero esta propuesta complicó más el debate, pues la amplitud e imprecisión de ese crimen volcaba la atención sobre acciones de los Aliados durante la guerra. Se optó entonces por definir los crímenes de competencia de acuerdo a acciones específicas de Alemania durante la guerra.

¹⁴ El Tribunal determinó que “una organización criminal es análoga a la conspiración criminal ya que la esencia de ambas es cooperación para propósitos criminales”. De las seis organizaciones acusadas, tres fueron declaradas criminales, incluyendo la SS y la Gestapo (D.J. Harris, Cases and Materials on International Law, 4a ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1991, p.744).

A partir de ahí, el primer paso fue determinar que los alemanes eran responsables de llevar a cabo una guerra de agresión, circunstancia que los distinguía de los Aliados por la naturaleza de sus acciones bélicas. Sin embargo, no existía acuerdo internacional previo sobre la definición de este crimen, y eso volvió a poner a los Aliados en una situación comprometedora. Si Jackson permitía una definición general de guerra de agresión, entonces también la Unión Soviética era culpable por sus ataques contra Polonia y Finlandia en 1939.¹⁵

Finalmente, los cuatro países Aliados aceptaron el compromiso de excluir sus acciones criminales durante la guerra al adoptar la siguiente definición de los crímenes de competencia en el artículo 6º del estatuto del Tribunal:

El Tribunal [...] tendrá el poder de enjuiciar y castigar aquellos quienes, actuando a favor de los intereses de los países del Eje Europeo, como individuos o miembros de organizaciones, cometieron alguno de los siguientes crímenes...

a. Crímenes contra la Paz: definidos como la dirección, preparación, iniciación o la persecución de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de tratados o acuerdos internacionales, o la participación en un complot para el cumplimiento de alguno de los actos mencionados.

b. Crímenes de Guerra:

I. Asesinato o maltrato de poblaciones civiles de territorios ocupados o a personas que se encuentren en Alta Mar.

¹⁵ La carpeta de investigación sobre la definición de “Agresión” incluyó el acuerdo soviético-alemán sobre la repartición de Polonia, pero esto permaneció fuera del juicio. (Richard Overy, “The Nuremberg trials: international law in the making”, en: Philippe Sands, op.cit., p.19)

- II. Deportación con fines como trabajo y otros, de civiles de territorios ocupados.
- III. Asesinato o maltrato de prisioneros de guerra u otros miembros de las fuerzas armadas de países que estuvieron en guerra con Alemania.
- IV. Asesinato de rehenes.
- V. Pillaje de bienes públicos o privados. [Este rubro contiene nueve párrafos precisando lo que aquí se comprende, como la toma de materias primas, equipo industrial, productos agrícolas, productos manufacturados y pillaje de objetos de arte]
- VI. Sanciones colectivas.
- VII. Destrucción sin razón de ciudades y pueblos, y devastaciones no justificadas por las necesidades militares.
- VIII. Movilización de trabajadores civiles.
- IX. Germanización de territorios ocupados.

c. Crímenes de Lesa Humanidad: el asesinato, la exterminación, la esclavitud, deportación y todo otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil antes o durante la guerra; o bien persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, seguidas de todo crimen que quede dentro de la competencia del Tribunal Internacional, y que estas persecuciones hayan constituido o no una violación del derecho interno donde fueron perpetradas.¹⁶

De esta manera se eximía de culpabilidad a todos los que no actuaron “a favor de los intereses de los países del Eje Europeo”. El texto sobre crímenes contra la paz refleja claramente el método para redactar el Estatuto: se describieron muchas de las acciones de Alemania contra de los Aliados, luego se les definió como crímenes internacionales. El párrafo sobre crímenes de

¹⁶ Jacques Descheemaeker, op.cit., p. 34-36.

guerra incluye frases que sólo atarían al enemigo, como el asesinato y maltrato de poblaciones civiles “en territorios ocupados”; el asesinato y maltrato de prisioneros de guerra “en países que estuvieron en guerra con Alemania”; finalmente, la “germanización de territorios ocupados” tampoco comprometía a los Aliados.

La defensa insistió en protegerse argumentando que los aliados también habían cometido actos criminales en la guerra. Pero como señalaron los jueces desde el principio, no fue aceptable utilizar la falacia *tu quoque*, es decir, argumentar que la acción de uno es aceptable porque su oponente también la hizo.

El compromiso de no relacionar a ningún Aliado con acciones de guerra señaladas en el Estatuto fue un instrumento de *realpolitik* bajo el nuevo orden mundial. Los Aliados debían contar con la legitimidad moral necesaria para establecerse en los territorios de los vencidos y construir un nuevo orden político. El Tribunal de Nuremberg, gracias a la parcialidad con la que ejerció su jurisdicción, impidió relativismos morales que pusieran a los Aliados en tela de juicio a la par de los alemanes, lo que habría creado un clima de inestabilidad poco propicio para la construcción del nuevo orden mundial en la posguerra.

La sentencia del tribunal

En términos legales, el talón de Aquiles de Nuremberg fue la retroactividad en la aplicación de normas que establecía *ex post facto* el propio Tribunal. La solución del Fiscal (poco admisible jurídicamente) fue argumentar que, dada la gravedad de los crímenes cometidos, la justicia internacional llamaba castigar a

los responsables. Este argumento fue particularmente importante en el caso de los crímenes de lesa humanidad, de los que prácticamente no había precedentes.

Otra solución del Tribunal fue recurrir a los tratados internacionales para determinar la ilegalidad de la guerra de agresión. En la sentencia del Tribunal, se señaló lo siguiente:

Por ocupar los cargos que tenían los acusados en el gobierno de Alemania, por lo menos algunos de ellos debieron conocer los tratados firmados por su país que prohibían el recurso de la guerra...A la luz de esta circunstancia, [la máxima *nullum crimen sine lege*] no tiene aplicación en este caso. Este dictamen se ve fortalecido al considerar el estado en que se encontraba el derecho internacional, en 1939, en el tema de la guerra de agresión...El Pacto de París era vinculante para 63 naciones, incluyendo Alemania, Italia y Japón al inicio de la guerra en 1939. En opinión del Tribunal [...] quienes hacen la guerra están cometiendo un crimen [...]¹⁷

Por su parte, la Defensa consideró que “en el entendido de que un pacto general y ambiguo existiera y prohibiese la guerra, las consecuencias legales por la violación de ese pacto serían una ofensa contra el derecho internacional, pero esto no acarrearía responsabilidad criminal por parte de los estados ni de

¹⁷ “Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal” en: D.J. Harris, op.cit., p.741. Por otro lado, el Pacto de París, que tuvo inicialmente el objetivo de condenar la guerra para así procurar el mantenimiento de la paz entre las naciones, estuvo condenado desde el principio a su incumplimiento. Varios países establecieron reservas, y Schuman incluso opinó en 1933 que “en un grado mayor que los demás tratados, esto es un pedazo de papel que compromete a nadie a hacer nada.” (The Penguin Dictionary of International Relations, Londres, Penguin Books, 1998, s.v., “Kellog-Briand Pact”)

los individuos.”¹⁸ A pesar de que Jackson admitió en ocasiones la falta de precedente legal para la jurisdicción del Tribunal, determinó finalmente que “el derecho internacional es resultado de tratados entre naciones que van formulando costumbres aceptadas. Pero cada costumbre tuvo su origen en un solo acto [...] A menos que queramos abandonar todo principio de derecho internacional, no podemos negar que hoy tenemos el derecho a instituir costumbres que serán el nuevo derecho internacional del futuro.”¹⁹ Jackson se respaldó en el derecho consuetudinario inglés al argumentar que éste no permitía defender el principio de no retroactividad para el castigo de una primera ofensa.

Después de enfrentar los problemas de jurisdicción, el Tribunal procedió a revisar los casos individuales. De los 23 individuos acusados, tres fueron absueltos y veinte sentenciados a penas que acordaron las cuatro potencias aliadas. De los veinte alemanes sentenciados, doce (incluyendo a Goering, Von Ribbentrop, Keitel, Streicher y Bormann) fueron condenados a muerte, tres a cadena perpetua (incluyendo a Hess) y cuatro a 20 años de prisión.²⁰

El legado de Nuremberg

Al hacer una evaluación en retrospectiva, el cuestionamiento de los fundamentos jurídicos de Nuremberg encuentra un contrapeso en el legado que culminó, décadas más tarde, en la creación de la CPI. Sin embargo, eso no es motivo para suponer que la historia ha absuelto a este proyecto de sus

¹⁸ Ian Brownlie, op.cit, p.170.

¹⁹ Jackson Report, p.23, cit. por ibid., p.162.

²⁰ Para el veredicto final de Nuremberg léase: Howard Ball, Prosecuting War Crimes and Genocide: The Twentieth-Century Experience, University Press of Kansas, 1999, pp. 51-61.

tropiezos legales. Más bien, la gravedad de esos tropiezos fue la base para construir un sistema internacional más justo, donde los intereses políticos y las lagunas del derecho internacional sean cada vez menores.

A partir de los Tribunales de Nuremberg se codificaron elementos importantes de la justicia penal internacional. La definición de los crímenes de lesa humanidad facilitó el establecimiento de tribunales internacionales *ad hoc* posteriores y, más tarde, la creación de la CPI. El artículo 7° del estatuto de Nuremberg, que insistió en que ninguna investidura gubernamental exentaba de responsabilidad a un individuo, fue otro precedente importante de los tribunales internacionales consecuentes. El artículo 8° sentó otro precedente, al prohibir el recurso de un individuo a invocar las órdenes de un superior: “El hecho de que el acusado haya actuado cumpliendo las órdenes de su gobierno o de un superior no lo librá de responsabilidades, aunque puede ser considerado para mitigar el castigo.”²¹

Por otra parte, el Juicio de Nuremberg se llevó a cabo en circunstancias excepcionales que aseguraron sus resultados. Alemania estaba en situación de derrota absoluta, y los líderes nazis quedaron a merced de los vencedores. A pesar de sus diferencias, los Aliados vieron, en el compromiso mutuo de llevar a cabo el juicio, ventajas políticas para establecer un orden mundial que los consolidara como potencias legítimas. El compromiso de los Aliados contribuyó también para ganar la aprobación pública general de un juicio que en otras circunstancias habría sido inaceptable. Finalmente, el régimen nazi tuvo la característica peculiar de documentar todos sus actos, lo que facilitó comprobar la criminalidad de la mayoría de los acusados.

²¹ D.J. Harris, *op.cit.*, p.742.

Estas condiciones fueron excepcionales, porque no todas las guerras acaban en rendición incondicional que permita a los países vencedores ingresar al territorio del país vencido y aprehender a sus líderes sin gran resistencia. Eso indica que el ejercicio efectivo de la justicia penal internacional depende del poder y de la voluntad política de quienes lo emprenden, pues para detener a los culpables y llevarlos a juicio es necesario ingresar al territorio o forzar al país a entregar a sus líderes. Esto se verá más adelante en los Tribunales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y Ruanda, pues en ambos casos la justicia internacional ha enfrentado la dificultad de arrestar a los acusados.

Los Tribunales de Tokio

Cansados de la guerra y con toda su atención puesta en Nuremberg, los Aliados dejaron que las fuerzas políticas regionales manipularan abiertamente los Tribunales de Tokio, que no recibieron atención como el de Nuremberg. El General estadounidense Douglas MacArthur, nombrado Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en Japón, tuvo licencia para disponer de estos Tribunales como quisiera.

Lo que realmente determinó las decisiones del Tribunal fue la presión política de MacArthur para asegurar que éste no amenazara el éxito de la ocupación. Tokio fue un producto perfecto de la política, y MacArthur, que desde la guerra había prometido volver a Asia, no dudó en hacer de los Tribunales un instrumento de venganza para asegurar el control de Estados Unidos. En enero de 1946, en pleno ejercicio de sus facultades como

Comandante Supremo, MacArthur nombró a todos los miembros del Tribunal, incluidos su secretario general y su presidente.

En los Tribunales de Tokio hubo jueces de China, Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Canadá, Francia, la Unión Soviética, India y las Filipinas, entre otros países. La jurisdicción temporal del tribunal fue de 1927 a 1945, con lo cual se incluyó a un número mucho mayor de acusados y de pruebas; sólo la primera parte del litigio (sin incluir las respuestas de las partes demandadas) se registro en 57,000 hojas.²²

El estatuto de los Tribunales de Tokio, producto de las órdenes del general MacArthur, se basaba en los procedimientos y principios legales de Nuremberg, pero presentó más ambigüedades.²³ Se dispuso que ninguna regla técnica sobre el uso de pruebas limitaría al Tribunal. De ahí que se descartaran, con plena arbitrariedad, pruebas que deseaba presentar la defensa, mientras que el fiscal pudo incluir aquellas que en cualquier otro tribunal se habrían considerado inadmisibles.²⁴ Varios asuntos no mencionados por escrito se decidieron en el momento, casi siempre a favor de los Aliados. El fiscal, que contó con el financiamiento de Estados Unidos, tenía un grupo de

²² Los acusados más famosos fueron nueve civiles y diecinueve miembros del ejército japonés, entre los cuales se encontraban cuatro ex Primer Ministros, cuatro ex Ministros de Guerra, dos ex Ministros de la Marina, seis generales, dos embajadores, tres líderes económicos y financieros, un consejero imperial, un teórico radical, un almirante y un coronel. De éstos dos murieron por causas naturales durante el juicio; uno de ellos tuvo un colapso nervioso al principio del juicio y tuvo que ser enviado a un hospital psiquiátrico; todos los demás salieron culpables en su sentencia, de los cuales siete fueron sentenciados a muerte, dieciséis a cadena perpetua, y dos a condenas menores.

²³ El Estatuto de los Tribunales Militares Internacionales para el Lejano Oriente (Tribunales de Tokio) omitió jurisdicción sobre los Crímenes de Lesa Humanidad.

²⁴ "Fue admitida como evidencia una conversación con un hombre muerto; algunas cartas supuestamente escritas por japoneses que no tenían ninguna prueba de autenticidad..." (Charles Anthony Smith, art.cit., p.9)

seiscientos abogados, investigadores, traductores, etc., que por recaudar información y trabajar más rápido que la defensa japonesa logró imponer el ritmo y el rumbo del proceso. Ningún abogado de la defensa fue nominado directamente por los japoneses, sino que el Tribunal (sujeto al general MacArthur) los designó. Además, pocos días antes de que se dieran a conocer las acusaciones, hubo cambios importantes en el Estatuto que dificultaron aún más el trabajo de la defensa. Varios elementos del crimen se anexaron durante el enjuiciamiento sin hacer mención pública. La mayoría de los acusados fueron detenidos antes del juicio para que los aliados los interrogaran, sin derecho a contar con asistencia legal de su elección; por supuesto, a la defensa japonesa no se le permitió hacer esto. Sin embargo, la deslegitimación de los Tribunales de Tokio no se debe a la ambigüedad y arbitrariedad de su procedimiento, sino al hecho de que no se juzgó al principal instigador de la guerra: el emperador Hirohito.

A pesar de que la capacidad industrial y militar de Japón era prácticamente nula en 1945 y de que acababa de sufrir dos ataques nucleares, miles de japoneses seguían armados y dispuestos a morir en ataques suicidas en nombre de su emperador. La resistencia de Japón a rendirse creó un clima diferente del de Alemania tras su rendición incondicional. La única condición para aceptar una derrota era que no se comprometiera ninguna prerrogativa del emperador como soberano gobernante. Después de meses de ataques suicidas masivos, Estados Unidos aceptó que Hirohito permaneciera como jefe de Estado, pero lo obligó a declarar por radio que no era descendiente del sol. El emperador accedió a cooperar con los Aliados a cambio de que no se le enjuiciara como criminal de guerra en los Tribunales de Tokio, gracias a lo cual

nunca pisó los Tribunales, a pesar de las críticas de varios países (sobre todo Australia y la Unión Soviética). Como Estados Unidos mantenía el control geopolítico de Asia en esos momentos, poco pudo hacerse por la justicia en los Tribunales. La inmunidad de Hirohito y unos cuantos militares muy allegados a él fue el precio que se pagó para llevar a cabo los demás juicios.

El 29 de octubre de 1945 inició el juicio en contra del general Tomoyuki Yamashita. El fiscal lo acusó de haber matado a cientos de filipinos y arrasado con sus ciudades. Sus soldados saquearon Filipinas con violencia extrema. Yamashita argumentó que no tuvo conocimiento de las atrocidades que cometieron los soldados de su división. La respuesta del Tribunal fue que, por virtud de su relación jerárquica con los soldados, un superior tiene la responsabilidad de conocer y prevenir los actos que sus soldados cometen. Hay dos condiciones para responsabilizar a un comandante militar: la primera, que debió haber sabido que sus soldados cometieron o estaban por cometer crímenes y, en segundo lugar, que no tomó las medidas necesarias para prevenir los actos o castigar a quien los cometió. Elementos como éste resultaron indispensables en los estatutos de los tribunales internacionales posteriores. La razón de ser de estos mecanismos de inculpación es que, frente a crímenes masivos donde generalmente se aprovecha la jerarquía y organización de aparatos de gobierno y militares, es muy difícil determinar la responsabilidad penal individual de los superiores, quienes se encuentran físicamente alejados de la escena del crimen y muchas veces ni siquiera dan las ordenes precisas de que se cometa el crimen. Los impulsores de la responsabilidad penal internacional comprendieron que era necesario crear un

sistema legal adecuado a las circunstancias en las que se cometen los crímenes más graves para evitar la impunidad de los más responsables.

Los tribunales de Nuremberg y Tokio fueron el primer paso de responsabilidad individual ante el derecho penal internacional. Sus estatutos definieron el espacio orgánico y sustantivo para la futura creación de un régimen de justicia internacional respaldado por un órgano permanente, la CPI. Sin embargo, la Guerra Fría congeló el proyecto por cuatro décadas más.

CAPITULO II

LA DIFÍCIL GESTACIÓN DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LA GUERRA FRÍA Y LA BÚSQUEDA DE FORMAS ALTERNATIVAS DE JURISDICCIÓN

Crear una corte penal internacional permanente es posible sólo cuando se conjugan la voluntad política de la comunidad internacional y la evolución teórica de los principios legales que la guían. Como se vio en el capítulo anterior, Nuremberg y Tokio se hicieron realidad gracias a la determinación de los países vencedores. De manera paradójica, pues en sus inicios no contó con respaldo legal suficiente, Nuremberg sentó las bases para la evolución teórica del derecho penal internacional, que a la larga sirvió para establecer la CPI.

Durante la Guerra Fría, el entorno político impidió la consolidación de un tribunal internacional *ad hoc* o, no se diga, uno permanente. Esta parálisis política se debió al choque de los bloques Este-Oeste y retrasó la institucionalización de los principios anclados en Nuremberg, que no podían prescindir del respaldo multilateral. Sin embargo, hubo cierta evolución del derecho penal internacional mediante convenciones internacionales y el trabajo en las comisiones de expertos del derecho internacional que, al terminar la Guerra Fría, facilitó instaurar los tribunales *ad hoc* de Ruanda y la antigua Yugoslavia.

El recorrido histórico del derecho penal internacional confirma que la impartición de justicia es eficaz únicamente cuando lo permiten las circunstancias políticas. No obstante, la voluntad de la comunidad internacional de evitar que permanezcan impunes los crímenes internacionales más graves

provocó que se buscaran formas alternas de ejercer la justicia internacional. Así lo prueban los Tribunales de la antigua Yugoslavia y Ruanda y el caso Pinochet, cuando el proyecto de una corte permanente estaba estancado. Estos casos sentaron precedentes prácticos que influyeron directamente en el estatuto de Roma.

Como en todas las guerras entre superpotencias, lo que ocurrió al terminar la Segunda Guerra Mundial fue un reacomodo en el orden mundial. Durante la lucha, los cuatro aliados tenían ya planes para asegurar la paz en el futuro. El resultado de sus negociaciones fue la creación de las Naciones Unidas en San Francisco, donde los estados dominantes compartirían la responsabilidad de mantener el orden y la paz mundiales. Sin embargo, al terminar la guerra la rivalidad entre Estados Unidos y la Unión Soviética hizo que la paz, la justicia y el orden quedaran supeditados a la competencia bilateral.

La política quedó a la sombra de la carrera armamentista que caracterizó este periodo, militarizó las relaciones entre las dos potencias e intensificó la desconfianza mutua. Una vez que desaparecieron los intereses comunes al terminar la guerra, Estados Unidos y la Unión Soviética hicieron de las Naciones Unidas un foro polarizado, a merced de la competencia ideológica y política entre bloques.

Los inicios del proyecto para crear una Corte Penal Internacional

A pesar de que la Guerra Fría inspiraba un ambiente hostil en los foros multilaterales, hubo propuestas para establecer una corte penal internacional permanente. En 1948, la Asamblea General formuló una resolución que

invitaba a la Comisión de Derecho Internacional a considerar el establecimiento de un corte penal internacional con jurisdicción sobre el genocidio y otros crímenes, según los principios de Nuremberg. En 1950, la Comisión de Derecho Internacional entregó el reporte “Principios del Derecho Internacional reconocidos en el estatuto del Tribunal de Nuremberg y en la Sentencia del Tribunal, 1950”, que sirvió como punto de partida para el proyecto de una corte penal internacional. Pocos años después, la Asamblea General nombró un Comité Especial (Committee on International Criminal Jurisdiction) para preparar el borrador de un estatuto, pero esta iniciativa estuvo limitada desde el principio, porque ningún país quiso hacer concesiones para establecer un tribunal que pudiera enjuiciar a sus nacionales, y muchos expresaron reservas que modificaron en esencia la idea de una corte penal internacional permanente. En un reporte del Comité en 1953, los estados miembros declararon que:

En el contexto actual de las relaciones internacionales y de la organización internacional, cualquier intento de establecer una jurisdicción penal internacional encontrará obstáculos insuperables. Como objetivo último, una corte penal internacional sería deseable, pero en estos momentos traería más daños que beneficios. Un sistema rígido de la justicia criminal puede amenazar el mantenimiento de la paz.²⁵

El debate sobre la posible jurisdicción de la corte terminó por insertarse en el borrador del Estatuto, de manera que se le dio más peso a la soberanía

²⁵ “Report of the 1953 Committee on International Criminal Jurisdiction” en: Susan Hannah Farberstein, The Effectiveness of the Exercise of Jurisdiction by the International Criminal Court: The Issue of Complementarity, European Centre for Minority Issues, Working Paper #12, Agosto 2001, p.21.

de los estados que a la jurisdicción penal individual.²⁶ Desde el inicio se modificó la parte sobre la jurisdicción de la Corte para especificar que ésta “no debía darse por sentada” y que un estado no estaba obligado a aceptar esta jurisdicción. Se suprimió también el requisito de que la decisión sobre la jurisdicción de la corte pasara por la Asamblea General.²⁷

El Comité Especial para el establecimiento de una corte penal internacional no tuvo más opción que seguir un camino mucho menos visionario. Esto se ve reflejado en quienes dirigieron el Comité: los dos relatores oficiales diferían, pues el primero era idealista pero su sucesor se apegaba al realismo político y creía que el momento no era adecuado para crear la corte.²⁸

En 1954, el borrador del Estatuto se entregó a la Asamblea General y pronto enfrentó su destino: quedó archivado por varias décadas, porque otra comisión especial encargada de definir los crímenes más graves (que se incluirían en el Estatuto) no lograba tipificar el crimen de agresión.²⁹ Por las circunstancias políticas adversas, el Comité Especial para una corte penal internacional trabajó completamente separado del que estaba a cargo de precisar los crímenes graves. El proyecto de una corte penal internacional se

²⁶ Este tema continuó siendo central en las conversaciones posteriores para establecer una corte penal internacional y llegó hasta Roma. El principio de complementariedad del Estatuto de Roma procede del debate iniciado décadas antes.

²⁷ M. Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, Nueva York, Transnational Publishers, 2003, p.442.

²⁸ Ibid., p.440.

²⁹ No se consolidó una definición del crimen de agresión hasta 1974, cuando la Asamblea General adoptó una después de dos décadas de trabajo de cuatro comités. Más tarde expongo que esta definición no fue satisfactoria al preparar el Estatuto de Roma.

paralizó por la falta de interés político en integrar ambos comités y hacer de esto un proyecto mejor estructurado.

Frente a las amenazas a la seguridad durante la Guerra Fría, nadie podía darse el lujo de avanzar en un proyecto hasta un punto que pudiera incomodar a alguna de las potencias. Las dos instituciones de la ONU que se dedicaron a estas dos tareas por separado siguieron cursos distintos y su labor quedó truncada. Un comité trabajaba en Ginebra, el otro en Nueva York; producían textos separados, y nunca hubo coordinación.

Otras vías de desarrollo del derecho penal internacional

Pese a que el proyecto para una corte penal internacional se estancó, el derecho penal internacional tuvo un desarrollo considerable, cuyo impulso provino del derecho humanitario internacional, relativo a la protección de los derechos humanos. La protección del individuo se convirtió en elemento esencial del derecho de la guerra, y, a pesar de que los Estados se pronunciaron muchas veces contra esta tendencia, varios esfuerzos multilaterales le dieron fuerza suficiente para culminar en una codificación del derecho internacional. Las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977 se convirtieron en los instrumentos principales del derecho humanitario internacional, toda vez que fijaron estándares de conducta durante los conflictos armados (de carácter internacional e interno). En estos documentos el individuo desplazó al Estado como el foco de atención principal, y se convirtió ya fuera en víctima o en responsable de crímenes internacionales.

Las Convenciones de Ginebra reflejaron un giro del derecho internacional, que se alejó de la doctrina de reciprocidad entre estados y afirmó la responsabilidad penal individual. El Comité Internacional de la Cruz Roja desempeñó un papel importante para adecuar el derecho humanitario internacional a los acontecimientos mundiales del momento. Gracias a la documentación que este órgano entregó al comité diplomático de las Convenciones de Ginebra, pudieron regularse formas de conflicto antes no tipificadas, como las guerras civiles y las guerrillas. Posteriormente, las Convenciones de Ginebra sirvieron de respaldo para la redactar el estatuto del Tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia.

Otro avance importante fue la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio de 1948, que ratificaron 40 países y donde se estableció que el crimen es una ofensa grave bajo el derecho internacional, en momentos de paz o guerra y el individuo es el responsable directo³⁰. Según el artículo II:

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;

³⁰ El 26 de febrero de 2007 la Corte Internacional de Justicia (CIJ) emitió su primer fallo sobre genocidio, específicamente la aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina contra Serbia-Montenegro). La CIJ, encargada de dirimir controversias entre Estados, resolvió una demanda de Bosnia-Herzegovina contra Serbia-Montenegro por la violación a la Convención. Adelante se discutirá brevemente la sentencia de la Corte, específicamente en relación a la definición del grupo protegido.

- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.³¹

Con la ayuda de expertos como Rafael Lemkin, quien primero acuñó la palabra genocidio, y Donnedieu de Vabres, el juez francés de Nuremberg, la Convención recogió varios elementos de Nuremberg y obligó a los estados a prevenir este crimen y responsabilizar a quienes lo cometan, sin otorgar amnistías. No obstante, la definición de genocidio quedó un tanto limitada por las presiones que ejercieron algunos países.³² Por ejemplo, en la definición de la Convención se retiró la mención de grupos políticos dentro del texto debido a la presión que ejerció la Unión Soviética para evitar que sus actos contra la oposición al régimen fueran actos de genocidio. Pero la CIJ, en su fallo del 26 de febrero de 2007, explica el razonamiento legal detrás de la definición del grupo protegido del crimen:

El rechazo a las propuestas para incluir en la Convención a grupos políticos y genocidio cultural también demuestra que los redactores estaban preocupados por darle una identificación positiva y bien establecida al grupo protegido, con características inmutables [...] La Corte observa que la Sala de Apelaciones del

³¹ <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0023.pdf>

³² “La definición de genocidio adoptada en la Convención representa el mínimo común denominador que emergió del contexto político de la incipiente Guerra Fría [...] La definición estuvo totalmente ligada a los hechos del Holocausto, y se omitió la protección de ciertos grupos (políticos, económicos y sociales) con quienes los estados del Bloque Soviético deseaban permanecer aliados” (Steven R. Ratner, Jason S. Abrams, Accountability for Human Rights Atrocities in International Law, Beyond the Nuremberg Legacy, 2a ed., Oxford University Press, 2001, p.42).

Tribunal de la Antigua Yugoslavia en el caso *Static*, [...22 de marzo de 2006] también concluyó que el grupo protegido debe definirse con características positivas, esencialmente por las mismas razones que la Corte ha dado.³³

En estos últimos años, el Tribunal de Ruanda ha expuesto la dificultad para enjuiciar a personas que planearon el genocidio contra la minoría Tutsi, cuyo carácter es no sólo étnico, también político.³⁴ La misma dificultad se ha presentado al enjuiciar a los responsables de crímenes en la región de los Balcanes, cuya intención de destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal, estuvo estrechamente vinculada con el objetivo de dominarlos políticamente. Por esta razón, la experiencia de ambos tribunales *ad hoc* ha demostrado la necesidad de acordar una definición más precisa.

La Convención tampoco resolvió el tema de la persecución y el castigo del genocidio. Se cuestionó la efectividad este Tratado y, por temor a que no la ratificara la mayoría, se terminó formulando una opinión poco precisa sobre la persecución del acto: “el genocidio es un crimen contra el derecho internacional, contrario al espíritu de las Naciones Unidas y condenado por el mundo civilizado [...] y para liberar a la humanidad de tan odioso acto, es necesaria la cooperación internacional”³⁵; se exhortó a los países a que adoptaran las medidas legislativas necesarias para perseguir el genocidio y extraditar a los acusados, sin especificar cómo debían hacerlo. No obstante, al final de la Convención se hace referencia al establecimiento de una corte penal

³³ <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>, párras. 194-5.

³⁴ En el capítulo II se trata el tema de los problemas que ha enfrentado el Tribunal *ad hoc* de Ruanda en cuanto a las sentencias por genocidio. El juicio contra Jean-Paul Akayesu se refiere a este tema en particular.

³⁵ D.J. Harris, *op.cit.*, p.745.

internacional como la medida más eficaz para combatir el genocidio, con la aclaración de que debería establecerse en otro momento más adecuado.³⁶

La Convención del Apartheid de 1973 también trató el tema de una corte penal internacional, aunque sólo para perseguir ese crimen. A pesar de que la definición de este crimen también signifique un avance importante del derecho penal internacional, la Convención dejó varias cosas inconclusas. Por ejemplo, el apartheid no fue incluido como crimen de lesa humanidad, y permaneció como un fenómeno aislado y atribuible únicamente a los sucesos de África.³⁷

En varias convenciones internacionales que trataban temas de derecho penal internacional, los países se resistieron a llegar a acuerdos para definir los crímenes y su persecución internacional, como en el caso del terrorismo. Por la obstinación política que limitó las convenciones, hubo que buscar otras alternativas para reforzar la justicia internacional contra crímenes graves.

Por ejemplo, la Comisión de Derecho Internacional continuó trabajando con la definición de Nuremberg de los crímenes de lesa humanidad hasta 1996, cuando entregó un documento final. Avances como éste permitieron que el estatuto de Roma se desarrollara rápidamente en cuanto hubo consenso político; para entonces, varias definiciones de crímenes se consideraban ya parte del derecho internacional.

Un espacio alternativo: la jurisdicción universal en las cortes nacionales

³⁶ Varios países ejercieron presiones para que en la Convención no hubiera más que una mera mención de la posible Corte Penal Internacional. Estados Unidos fue el primero en señalar que, más allá de condenar por escrito el genocidio, no tenía intención de perseguirlo, y no fue sino en 1988 cuando ratificó la Convención, con varias reservas.

³⁷ En el Estatuto de Roma, el Apartheid forma parte de los crímenes de lesa humanidad.

En la espera de la creación de una corte penal internacional, algunas cortes nacionales ejercieron jurisdicción contra crímenes internacionales apelando al principio de “jurisdicción universal”. William A. Schabas explica que este principio se aplica en el derecho internacional consuetudinario a un número limitado de crímenes por los que un Estado, aun en ausencia de vínculos personales o territoriales, tiene derecho a enjuiciar al culpable.³⁸ Los crímenes sujetos a jurisdicción universal y la forma en que un Estado puede aplicarla han sido temas difíciles de resolver para la comunidad internacional.³⁹

Sin embargo, mediante un uso bastante atropellado del principio de jurisdicción universal, hubo casos que reflejaron voluntad política- muy al estilo de Nuremberg y Tokio- que buscó castigar unilateralmente a los culpables de crímenes atroces. El caso de Eichmann ilustra a la perfección cómo, a falta de una corte multilateral permanente, se apeló a la justicia universal en un juicio muy alejado de la legalidad. Ese juicio ocurrió en Jerusalén en 1961 y no fue sino disfraz de la venganza del Primer Ministro del nuevo Estado de Israel.⁴⁰

³⁸ An Introduction to the International Criminal Court, Reino Unido, Cambridge University Press, 2001, p.73.

³⁹ Por un lado, algunos limitan el ejercicio de la jurisdicción universal a aquellos crímenes que la costumbre internacional ha consagrado, como los de piratería, tráfico de esclavos, mujeres y niños; por el otro, algunos sostienen que debe extenderse la aplicación de este principio, con base en tratados internacionales, en los casos de secuestro de aviones, ataques nucleares, terrorismo, y tortura. La preocupación de varios juristas internacionales es que el principio de jurisdicción universal no debe ampliarse sin el debido respaldo legal del derecho internacional porque se corre el riesgo de que los estados abusen de él, como se verá más adelante en el caso ejemplar de Adolf Eichmann.

⁴⁰ El procedimiento fue arbitrario desde el principio, pues se le secuestró en Argentina para llevarlo a la Corte Distrital de Jerusalén. Cínicamente, el Primer Ministro Ben Gourion declaró, según el principio ilegal de la ejemplaridad, que “Eichmann fue detenido también para denigrar a los otros nazis” (Hannah Arendt, Eichmann à Jérusalem, Rapport sur la Banalité du Mal, trad. Anne Guérin, Paris, Gallimard, 1977, p.55). Gourion no asistió al juicio, pero se

Otros juicios como los de Demajanjuk, Barbie, Polyukhovich, Preibke y Touvier, ocurrieron también en cortes nacionales y sin apego a los principios establecidos del derecho internacional.⁴¹

Empero, estos juicios cuestionables fueron los únicos, durante la Guerra Fría, que permitieron procesar a algunos responsables de crímenes de lesa humanidad y otros crímenes graves; son la excepción, en un periodo de la historia caracterizado por la incapacidad de la comunidad internacional para exigir el ejercicio de la justicia penal internacional en acontecimientos como los de Camboya, Sri Lanka, Sudáfrica, Guinea Ecuatorial, Centro y Sudamérica, China e Indonesia.⁴²

El fin de la Guerra Fría abrió un espacio para la negociación multilateral y despertó esperanzas en un nuevo régimen mundial libre de las presiones de dos bandos políticos en pugna. Sin embargo, la comunidad internacional vaciló

aseguró de nombrar desde el principio al fiscal como representante del gobierno, “quien hacía lo imposible para obedecer a su jefe” (*loc.cit.*) Por estas razones, Hannah Arendt explica que “el proceso nunca se convirtió en un verdadero juicio; fue un espectáculo. Ben Gourion así lo había deseado desde el principio. Le daba una oportunidad de enseñar sus ‘lecciones’ a los judíos, a los no judíos, a los habitantes de Israel, a los árabes y al mundo entero... Resumió [estas lecciones] desde antes del proceso en una serie de artículos destinados a explicar por qué Israel tuvo que secuestrar a Eichmann.”(*op.cit.*53) Finalmente, Eichmann fue acusado de crímenes que, según el dictamen del juez, “...rechazando el argumento de que no existe jurisdicción respecto de estos crímenes, hay la necesidad, en ausencia de una Corte Penal Internacional, de dar efecto a juicios mediante órganos legislativos de cada país. La jurisdicción sobre crímenes contra el derecho internacional es universal.” (Dictamen del juez del gobierno de Israel contra Eichmann, International Law Review, 36, 1961, en: Martin Dixon, Robert McConquodale, Cases and Materials on International Law, 2ª ed., Londres, Blackstone Limited, 1998, p.163).

⁴¹ Jackson Nyamuya Maogoto, War Crimes and Realpolitik, International Justice from World War I to the 21st Century, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 2004, p.127.

⁴² Steven R. Ratner, *op.cit.*, p.333.

unos años antes de utilizar los mecanismos de las Naciones Unidas (que habían estado latentes) para mantener la paz y la seguridad en el mundo.

Los conflictos en la antigua Yugoslavia y Ruanda avivaron el debate en la comunidad internacional sobre temas como el de la intervención y el ejercicio de la soberanía en países donde se presentaban violaciones sistemáticas de los derechos humanos. Desgraciadamente, los conflictos se agravaron mucho antes de que las Naciones Unidas y sus estados miembros llegaran a un consenso sobre los límites y alcances de los mecanismos multilaterales para asegurar la paz.

El Tribunal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia

Después de casi cincuenta años de parálisis en el procedimiento penal internacional, la limpieza étnica en la antigua Yugoslavia propició la formación del primer tribunal internacional *ad hoc*, creado con base en dos resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU que respondieron a una amenaza específica contra la paz y la seguridad internacionales. De acuerdo con las provisiones del capítulo VII de la Carta de la ONU, la resolución 808 del Consejo de Seguridad estableció en febrero de 1993 el Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991.⁴³ Esta interpretación del capítulo VII de la Carta, que

⁴³ Por “violaciones graves” la sala de apelaciones del Tribunal explicó, en su primer caso, que son aquellas que “constituyen una trasgresión a una norma que protege valores importantes, y esta trasgresión debe tener consecuencias graves para la víctima” (El fiscal contra Dusko Tadic, sentencia de apelación del 2 de octubre de 1995, parr.610, citada en: Claire de Than, International Criminal Law and Human Rights, Londres, Sweet and Maxwell, 2003, p.280).

no tenía precedentes, fue cuestionada por algunos a pesar de que el artículo 29 de la Carta de la ONU le permite al Consejo de Seguridad “establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones”. Sin embargo, la realidad es que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad se convencieron más por las ventajas prácticas de establecer un órgano judicial que por su voluntad a favor del establecimiento de una jurisdicción penal internacional.

La competencia de este tribunal se justificó por las violaciones contra las Convenciones de Ginebra de 1949, la violación de normas y costumbres de guerra, el genocidio y otros crímenes de lesa humanidad.⁴⁴ En cuestión de semanas, se creó un Tribunal Internacional *ad hoc*, con límites temporales y territoriales. La forma en que se estableció le permitió existir en el momento oportuno, porque, si se hubiera discutido en la Asamblea General, el proceso de negociación y ratificación habría tardado demasiado.

El Tribunal para la antigua Yugoslavia fue producto de negociaciones políticas acordadas principalmente con los intereses de Estados Unidos y Europa; además, nació de la voluntad de buscar alternativas a los intentos fallidos por detener la guerra y mitigar las protestas internacionales contra la inacción. Como señala Martha Minow en su libro *Between Vengeance and Forgiveness, facing history alter genocida and mass violence*, “dados los recursos limitados y los esfuerzos fallidos de generar más apoyo internacional por la guerra, la limpieza étnica y las torturas en la Antigua Yugoslavia, la creación de un tribunal es una respuesta política más que un homenaje al derecho”.⁴⁵ El

⁴⁴ Javier Dondé Matute, art.cit., p.102.

⁴⁵ Boston, Beacon Press, 1998, p. 37.

crecimiento de una opinión internacional atenta a los abusos contra los derechos humanos en varias regiones del mundo fue uno de los efectos del término de la Guerra Fría. Lo que Geoffrey Robertson llama “el factor CNN” alude a la presión de la comunidad internacional en pro de la intervención, ejercida a partir de la difusión por el canal televisivo CNN (entre otros medios de comunicación) de los crímenes de guerra y las violaciones de los derechos humanos en los Balcanes.⁴⁶ Gracias a la atención que otorgaron la prensa y muchas ONGs internacionales al conflicto en los Balcanes, se supo de los campos de concentración serbios a lo largo del territorio de Bosnia, fosas comunes donde enterraban a cadáveres de civiles de manera indiscriminada, limpiezas étnicas, violaciones en masa, entre otros crímenes graves. Esto, a su vez, facilitó que el comité de expertos para el establecimiento del Tribunal viajara a estos lugares y concluyera que se contaba con pruebas legales de genocidio. Lo mismo ocurrió con las “casas de violación” encontradas en el área de Foca, al sur de Bosnia.⁴⁷

La ola de críticas contra la actitud poco enérgica de la ONU frente a lo que sucedía obligó a los miembros del Consejo de Seguridad y al Secretario General de las Naciones Unidas a buscar soluciones. Sin embargo, para entender por qué fue inadecuada la reacción de la comunidad internacional, es conveniente explicar cómo se desarrolló la crisis en los Balcanes. Se entenderá, a la vez, por qué la creación del Tribunal para la antigua Yugoslavia estuvo directamente vinculada con las circunstancias políticas de la crisis.

⁴⁶ Op.cit., p168.

⁴⁷ John Hagan, Justice in the Balkans Prosecuting War crimes in the Hague Tribunal, The University of Chicago Press, 2003, p.13.

Antes de la desintegración de Yugoslavia en 1991, las tensiones habían alcanzado ya su punto máximo. Durante la Segunda Guerra Mundial, Yugoslavia surgió como un Estado federado bajo la férrea dirección de Josip Broz Tito. La estabilidad frágil de la zona se resquebrejó tras la muerte de su líder hegemónico, en 1980, y el debilitamiento del Estado Soviético que se acercaba a su fin.

En medio de la lucha por el control de los Balcanes, el sentimiento nacionalista serbio crecía a la par la agitación en su contra. En 1987 Slobodan Milosevic subió al poder y aceleró esta ruptura con su retórica nacionalista. Dos años después, Eslovenia, Croacia, Macedonia y Bosnia-Herzegovina declararon su independencia, actos que provocaron la invasión del Ejército Nacional Serbio. Esta guerra fue la primera de varias que se desencadenaron a resueltas de los movimientos secesionistas de varios grupos no-serbios de las regiones de Bosnia-Herzegovina, Croacia, Macedonia, Montenegro, Serbia y Eslovenia.⁴⁸

Desde que el conflicto se extendió a otras zonas de los Balcanes a principios de 1991, la Comunidad Europea envió a los representantes diplomáticos de Italia, Luxemburgo y Holanda para tratar de negociar un cese al fuego entre las facciones en guerra. Esa presencia diplomática no sirvió de mucho, pues le faltó el respaldo de todo el aparato político de los países. El Consejo para la Cooperación y Seguridad Europea (CCSE), que también acudió a la zona en crisis, se vio igualmente incapacitado para aplicar algún

⁴⁸ Los antecedentes históricos del conflicto están resumidos en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso de Bosnia-Herzegovina contra Serbia Montenegro, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>, párrafos 231-241.

plan de acción contundente, porque la Comunidad Europea estaba ocupada en concluir las negociaciones de la Cumbre de Maastricht.⁴⁹ Esto significó un reacomodo en el orden político europeo, que complicó el debate sobre la postura que debería adoptar la Unión Europea frente al exterior. Por eso la respuesta europea en los Balcanes no fue decisiva cuando se desató el conflicto, pero la cercanía geográfica obligó a los europeos a tener cuando menos una presencia diplomática endeble.

Mientras que Europa se ocupaba de sus propias transformaciones estructurales, Estados Unidos vivía un momento difícil en su política exterior. La Guerra del Golfo Pérsico le había dejado un saldo muy oneroso y difícil de justificar plenamente ante la opinión pública. Además, el fracaso reciente de la intervención de tropas estadounidenses en Somalia dejó un mal recuerdo que llevó al gobierno a buscar una presencia internacional reservada.

Estas preocupaciones estadounidenses se vieron reflejadas dentro del Consejo de Seguridad. Las primeras discusiones sobre intervención se estancaron con el argumento de que debían agotarse todos los recursos regionales. El Consejo de Seguridad emitió algunas resoluciones por influencia de Estados Unidos, que denotaron falta de voluntad para intervenir con fuerzas armadas. Por ejemplo, en la resolución 713 se expresó “preocupación grave” por el conflicto en los Balcanes y como remedio se decretó un embargo del flujo de armas que llegaba ahí. Sin embargo, esto empeoró el problema, pues cambió el equilibrio de poder militar en la región, consolidó la ventaja militar de

⁴⁹ Jackson Nyamuya Maogoto, op.cit., p.147.

los serbios e impidió que sus enemigos- ya en desventaja- pudieran defenderse.⁵⁰

La presión de la comunidad internacional para resolver la crisis mediante intervención, que los miembros del Consejo de Seguridad no deseaban aceptar, llevó a una búsqueda desesperada de otras soluciones políticas. Se optó entonces por la vía del derecho, con la esperanza de que esto apaciguara las críticas y acelerarse la resolución del conflicto. Pero no fue así, porque el proceso de paz quedó bloqueado entre los llamados a enjuiciar a individuos acusados de crímenes internacionales y las negociaciones de paz en las que ellos mismos participaban.

El 25 de mayo de 1993 el Tribunal de la antigua Yugoslavia quedó oficialmente instituido en La Haya. En septiembre de ese año, la Asamblea General eligió a los veintisiete jueces del tribunal y al fiscal. Data de un año atrás el Estatuto, producto de un comité de expertos bajo el mandato del Secretario General de las Naciones Unidas y la presión de la Secretaria de Estado de Estados Unidos, Madeleine Albright, quien trataba de contrarrestar la falta de acción militar de su país en los Balcanes. Ese comité, que presidía Cherif Bassiouni, retomó el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, que por varios años había recogido todos los avances en el tema, y así formuló un estatuto que incluía el procedimiento legal y los elementos del crimen. No obstante, parte de la estructura legal y administrativa del Tribunal se definiéndose durante el proceso.

Hasta hoy, el Tribunal de la antigua Yugoslavia funciona combinando los progresos del derecho penal internacional y su propia jurisprudencia. La

⁵⁰ Ibid., p.148.

desventaja de un tribunal internacional *ad hoc* es que el proceso muchas veces se estanca por falta de leyes y reglas de procedimiento vigentes con anterioridad, en tanto los jueces enfrentan la dificultad de juzgar y, simultáneamente, tipificar crímenes y definir reglas de procedimiento. Por ejemplo, si bien el Tribunal se estableció con base en las Convenciones de Ginebra, su propia jurisprudencia ha trascendido las fronteras legales de las convenciones en cuestiones como la caracterización de los conflictos. En la primera sentencia del Tribunal en el caso del fiscal contra Dusko Tadic, los jueces llegaron a la conclusión que “es innegable que las normas y costumbres han evolucionado para incluir los conflictos no internacionales.”⁵¹ Pese a que el estatuto del Tribunal sólo contempla los conflictos de carácter internacional, los jueces lucharon por ampliar la jurisdicción a los conflictos no internacionales.⁵² Otra razón por la que el estatuto del Tribunal no contiene precisiones legales y de procedimiento es que, ante la crisis política que era urgente establecer un tribunal, no hubo tiempo para organizar sesiones preparatorias que pudieran dar solución a los problemas que se presentarían.

El problema de la retroactividad de las leyes del tribunal se apreció también en el caso de Drazen Erdemovic. Él era croata, casado con una serbia, y entró al ejército de Bosnia donde participó en los asesinatos de Srebrenica en 1995. Al recibir su condena, apeló argumentando que no tuvo otra opción más

⁵¹ Sentencia del 2 de octubre de 1995, parr.127, citada en: Claire de Than, op.cit., p.282.

⁵² En su explicación, la sala de apelaciones en el caso Tadic argumentó que “las guerras modernas, a diferencia de las anteriores, se centran muchas veces en la etnicidad y no en la nacionalidad, por lo que en estas circunstancias, el requisito de nacionalidad [característica de un conflicto internacional] es aún menos adecuado para definir a las personas protegidas.” (Sentencia del 2 de octubre de 1995, parr.164, citado en: Claire de Than, op.cit., p. 284)

que obedecer. Pero al escuchar esto, los jueces cayeron en cuenta que el estatuto no tenía contemplado el procedimiento para casos de admisión de culpabilidad una vez que la sentencia se haya emitido. Decidieron entonces llevar el juicio a otra sala para que el detenido pudiera declararse culpable desde el inicio y así poder determinar una sentencia acorde a estas circunstancias.⁵³

Un tema de gran preocupación para la comunidad internacional ha sido la independencia del Tribunal respecto al Consejo de Seguridad y a los países que conforman este órgano. Desde un principio se presionó porque el Tribunal fuera un órgano independiente, dentro de lo posible. El artículo 16 de su estatuto otorga al fiscal especial independencia respecto del Consejo de Seguridad, a pesar de que este último lo nombra.⁵⁴ Pero no se contemplaba en el estatuto que el Consejo de Seguridad tardaría más de un año en nombrar a uno. La prisa para echar a andar el Tribunal contrastó con la falta de iniciativa para designar al fiscal especial. Durante las negociaciones hubo veto contra más de ocho nominaciones; cinco vetos provinieron de Rusia, lo que hizo temer que se repitiera el sabotaje político al estilo de la Guerra Fría.

Finalmente el juez Richard Goldstone fue nombrado después de intensas batallas políticas, pero las presiones políticas no cesaron una vez que inició su trabajo. Escribe en sus memorias: “Tuve siempre que buscar un equilibrio entre políticos que me dictaban quién debía llevarse a juicio y quién no, y cuándo debía presentar la acusación.”⁵⁵ De manera contundente añadió

⁵³ Martha Minow, op.cit., p. 36.

⁵⁴ M. Cherif Bassiouni, op.cit., p.427.

⁵⁵ For Humanity: Reflections of a War Crimes Investigator, New Haven, Yale University Press, 2000, p132, en: J.Peter Pham, “Politics and International

que el Tribunal para la antigua Yugoslavia “fue un gesto simbólico sin capacidad para llevar a cabo su misión.”⁵⁶

Por otra parte, como medida para contrarrestar el control político del Consejo de Seguridad sobre el Tribunal, se estableció que el presupuesto provendría de la Asamblea General, que en la práctica ha resultado muy ineficaz para el Tribunal. Los fondos siempre han sido muy escasos y apenas cubren los gastos administrativos. Esto ha vulnerado la impartición de justicia, por falta de apoyo para la investigación. La Comisión de Expertos que envió la ONU a la zona de conflicto, que apoyaba la investigación del Tribunal tuvo que buscar financiamiento alternativo para poder concluir su trabajo, pues la ONU dejó de aportarle fondos. Al final se dibujó un tribunal poco coherente, construido a la medida del Consejo de Seguridad y bajo su control pero sin contar con su respaldo económico directo.

La lentitud de los juicios ha suscitado dudas acerca de la capacidad para ejercer jurisdicción y de las intenciones verdaderas del Tribunal a la hora de formular acusaciones. El hecho de que haya casos como el de Momcilo Krajisnik, quien fue arrestado en abril de 2000 y sentenciado hasta septiembre del 2006,⁵⁷ aviva inquietudes y críticas por la manera de manejar los casos:

“Los intentos de los fiscales por ofrecer una crónica histórica de las guerras en los Balcanes, al redactar acusaciones demasiado descriptivas, han causado mucha controversia. Estos esfuerzos [...] han resultado en acusaciones tan complejas que, combinadas

Justice in a World of States”, Human Rights and Human Welfare, (4) 2004, p.126.

⁵⁶ Ibid, p.125.

⁵⁷ <http://www.un.org/icty/krajisnik/trialc/judgement/kra-jud060927e.pdf>

con el débil aparato de procedimiento, producen maratones de juicios que terminan por ser arbitrarios.”⁵⁸

Si los Tribunales de Nuremberg y Tokio funcionaron como foros donde se reescribió la historia, el de Yugoslavia parece seguir la misma pauta. En una entrevista, el exfiscal especial Richard Goldstone defiende las intenciones del Tribunal cuando dice que “el establecimiento de un registro histórico que describa lo que pasó en la antigua Yugoslavia, mediante centenares de testigos e investigaciones, se recordará como el legado más importante de los fiscales...un legado que trasciende el procedimiento penal.”⁵⁹ Ciertamente, en una situación tan delicada como la de los Balcanes, donde la fragmentación geopolítica, étnica y cultural sigue siendo crítica, el que un tribunal enjuicie a una mayoría serbia y simultáneamente reescriba la historia no es la mejor manera de inducir el proceso de reconciliación.

Los dos objetivos principales del Tribunal para la antigua Yugoslavia, al menos en teoría, fueron coadyuvar a la pacificación de la zona y sentar un precedente legal de disuasión. Para lograr ambos propósitos, se consideró necesario enjuiciar a responsables de alto rango que hubieran cometido algunos de los crímenes estipulados. Pero la guerra misma impidió que esto se cumpliera, y en los primeros años sólo se llevó a juicio a individuos de baja jerarquía política y militar. En regiones como Serbia, Bosnia y Croacia, el

⁵⁸ Anna Uzelac, “Hague Prosecutors rest their Case”, Institute for War and Peace Reporting, diciembre de 1994, <http://www.globalpolicy.org/intljustice/tribunals/yugo/2004/1227rest.htm>.

El caso de Tadic, por ejemplo, tardó siete meses en que se presentara la evidencia, y la transcripción en inglés fue de más de siete mil hojas (Sean D. Murphy, “Progress and jurisprudence of the International criminal tribunal for the Former Yugoslavia”, American Journal of International Law, 93 (1999), p. 62).

⁵⁹ art.cit.

control militar estaba en manos de aquellos que perseguía el Tribunal, quienes negociaban con los organismos de pacificación europeos y estadounidenses.

Durante sus primeros años de actividad, el Tribunal quedó solo en su lucha por detener a estos individuos. A pesar de que el Estatuto estableció que los gobiernos de la antigua Yugoslavia estaban obligados a cooperar (y cuando no fuera así, el Consejo de Seguridad buscaría maneras de sancionar el acto),⁶⁰ ni los gobiernos ni el Consejo de Seguridad se han ceñido a lo estipulado. La verdadera preocupación del Consejo de Seguridad es el establecimiento de la paz, no la justicia. El error fue esperar que este órgano cumpliera esta última tarea.

La comunidad internacional no mostró gran interés en dotar al Tribunal de los mecanismos necesarios para llevar a juicio a los culpables. Los Acuerdos de Dayton de 1995, en los que se negoció un cese al fuego, establecieron fuerzas multilaterales (IFOR, por sus siglas en inglés) para mantener la paz, desarmar grupos rebeldes y brindar seguridad a la zona. No hubo mención alguna de que estas fuerzas multilaterales tendrían que aprehender a quienes acusara el Tribunal para la antigua Yugoslavia. Ni las fuerzas de la OTAN ni el Consejo de Seguridad presionaron para que esas fuerzas multilaterales desempeñaran la nueva tarea. Más aún, la OTAN se negó a entregar a varios sospechosos en la zona bajo control de la

⁶⁰ El Estatuto del Tribunal de la antigua Yugoslavia establece en su Artículo 61 que en casos donde no se coopere con el Tribunal, éste podrá acusar al Estado en falta ante el Consejo de Seguridad. El Tribunal ha reportado periódicamente casos en los que el gobierno de Serbia se ha negado a colaborar, sin que esto provoque reacción del Consejo de Seguridad.

organización, por miedo a que Milosevic rompiera los Acuerdos de Dayton.⁶¹ Para el Tribunal la OTAN era el aliado esencial, pero era reacio para recabar evidencia y efectuar arrestos, para no enajenar a aquellos con quienes negociaba ni comprometer la seguridad de sus soldados.⁶²

El Tribunal se esforzó por superar todas esas limitaciones a medida que surgieron. La segunda fiscal del Tribunal, Louise Arbour, se comprometió a cambiar la estrategia de su antecesor para aprehender sospechosos, que no dio buenos resultados. Uno de los errores del Tribunal en sus inicios fue que la prensa difundía información de los arrestos antes de llevarlos a cabo. Esto minaba la capacidad de los militares encargados de la misión, al propiciar que los sospechosos se escondieran o huyeran. En 1997 Arbour ideó una estrategia de “arrestos secretos”, que implicaba negociar un plan confidencial con comandantes militares de la OTAN para arrestar a los acusados. La prensa, que cubría todos los actos del Tribunal para atraer el interés público, sólo recibía noticias del arresto una vez consumado y sin detalles de quienes lo llevaron a cabo. Se daba a conocer, por ejemplo, que “el Tribunal de la antigua Yugoslavia capturó, mediante una operación secreta, al antiguo alcalde de Vukovar.”⁶³

También las reglas de procedimiento del Tribunal han evolucionado en pos de mayor efectividad. Arbour lo ejemplifica así:

⁶¹ El general estadounidense Wesley Clark, quien fue comandante de la OTAN, se encargó de negociar con Milosevic para que el Tribunal pudiera entrar a Kosovo. En una ocasión Milosevic lo amenazó diciéndole que “tratar de detener a estos ‘criminales de guerra’ es poner un cerillo sobre gasolina” (John Hagan, op.cit., p.108).

⁶² Ibid., p.74.

⁶³ A pesar de que el Tribunal no cuenta con fuerza policíaca, por falta de información la prensa comenzó a reportar los arrestos de esta manera (Reporte difundido por The Observer, citado en: Ibid., p.104).

Las reglas que daban a entender que sólo podía enviarse una orden de aprehensión a un Estado y [sólo éste] podía cumplirla, cambiaron para que la orden llegara directamente a la persona encargada del arresto [...] Tratamos de eliminar todas las reglas que limitaran nuestra flexibilidad en los arrestos y ejercimos presión en las sesiones plenarias del Tribunal para adecuar el marco jurídico... [y lograr los objetivos] en Bosnia utilizando las fuerzas de la OTAN y manteniendo fuera del asunto a las autoridades locales.⁶⁴

La prensa es otra herramienta que la Oficina del Fiscal utilizó a su favor. En la zona de control de Francia en Bosnia vivían algunos de los acusados. Al preparar las órdenes de arresto, el Tribunal solicitó a los militares franceses atestiguar para contribuir al proceso de investigación penal, pero el ministro de Defensa francés lo impidió, convencido de que el Tribunal era un “espectáculo de justicia”. En consecuencia, la Fiscal Arbour decidió ir a Paris y dar una conferencia de prensa donde criticó esa actitud, ya que los criminales de guerra se sentían seguros en territorio de ocupación francesa, y Francia era el único país de la OTAN que no estaba cooperando.⁶⁵ A raíz de que la Oficina del Fiscal acusó en la prensa a Francia, la presión de su propia opinión pública hizo colaborar a este país.

Además de estos cambios que han permitido la consolidación del Tribunal, existe una explicación circunstancial, pues las fuerzas de la OTAN cesaron sus negociaciones y en mayo de 1999 optaron por llevar a cabo una misión humanitaria en Kosovo, del 24 de marzo al 10 de junio de 1999. Las fuerzas de la OTAN entraron a Kosovo con el objetivo de desplazar a los

⁶⁴ Ibid., p.109.

⁶⁵ Ibid., p.111.

militares serbios y proteger a los kosovares. Ante la oleada de refugiados a raíz de esta campaña, la OTAN se vio más determinada a resolver el conflicto, y Milosevic terminó por aceptar la presencia de tropas de la ONU en la región. A partir de ahí, Milosevic y otros comandantes que acusó el Tribunal dejaron de ser piezas importantes en la negociación de la paz y se convirtieron en enemigos de guerra que merecían castigo.

Las capturas de personas de alto rango militar y político que ordenó el Tribunal respondieron a las condiciones de guerra en Kosovo. Varios de los acusados ya no estaban sentados a la mesa de negociación con comandantes de la OTAN, quienes pudieron entonces capturarlos. Por eso, en 2002 el Tribunal tenía en custodia a 55 individuos, entre ellos Milosevic, el primer jefe de Estado juzgado en un tribunal penal internacional. Hasta su muerte, el 13 de marzo de 2006, Milosevic enfrentó cargos por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en Croacia, Bosnia-Herzegovina y Kosovo.⁶⁶

En cuanto aumentó el número de capturas, el Tribunal entró en crisis económica y administrativa que ha durado hasta hoy, pese a que se ha multiplicado el presupuesto anual de este órgano.⁶⁷ En 2003, dos resoluciones del Consejo de Seguridad (1503 y 1534) ordenaron a la Oficina del Fiscal a finalizar todas las investigaciones. Se acordó que el Tribunal finalizara todos los juicios en 2008 y las apelaciones en 2010.

Hasta mayo de 2007, el Tribunal ha acusado formalmente a 161 individuos de las fuerzas militares yugoslavas, serbias, bosnias, croatas,

⁶⁶ <http://www.un.org/icty/>

⁶⁷ En 1993, el presupuesto anual para el Tribunal de la antigua Yugoslavia fue de 276,000 dólares, en 2004 sumó 271,854,600 millones de dólares y en 2006 \$276,474,100 (<http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm>)

albanesas y macedonias. De ellos, 51 han sido sentenciados, 42 están bajo custodia del Tribunal, 8 bajo libertad provisional y 55 enfrentan juicio en la actualidad.⁶⁸ Cuatro de los acusados están prófugos, dos de los cuales son de especial importancia, pues se les acusa de planear y llevar a cabo el genocidio de Srebrenica: Ravodan Karadzic y Ratko Mladic, ex-presidente de la República de Srpska y comandante del ejército Serbio-Bosnio, respectivamente.⁶⁹ Se cree que ambos están escondidos en la región entre Serbia-Montenegro y Bosnia, al alcance de las autoridades de Serbia.

La sentencia final de la Corte Internacional de Justicia en febrero de 2007, en el caso Bosnia-Herzegovina contra Serbia-Montenegro, determinó que Serbia violó la Convención del Genocidio por no haber prevenido el genocidio de Srebrenica.⁷⁰ No obstante, no se encontraron pruebas de que Srebrenica haya sido planeado e instigado por la entonces República Federal Yugoslava. En lo que concierne directamente al Tribunal para la Antigua Yugoslavia, la CIJ añadió que Serbia violó la Convención porque no colaboró con el Tribunal para transferir a responsables, incluyendo a Ratko Mladic. En consecuencia, la CIJ ordenó a Serbia tomar pasos efectivos para colaborar plenamente con el Tribunal y transferir a los individuos acusados de genocidio en Srebrenica.⁷¹ Así como la CIJ señaló en su fallo que “debe aceptar como

⁶⁸ <http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm>

⁶⁹ La masacre de Srebrenica, en julio de 1995, tomó por sorpresa al mundo entero, pues ocurrió en una zona segura de acuerdo con las Naciones Unidas. Al comenzar la matanza, un comandante de la OTAN pidió apoyo aéreo que le fue negado; las fuerzas de ocupación serbias sitiaron la ciudad, deportaron a más de veinte mil personas y asesinaron a cerca de ocho mil hombres y niños.

⁷⁰ Ver <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>

⁷¹ La CIJ resolvió en el mismo fallo que “la dualidad de responsabilidad [de Estados e individuos] sigue siendo un rasgo constante en el derecho internacional. Esta característica se encuentra en el artículo 25, párrafo cuarto,

sumamente persuasiva la prueba encontrada por el Tribunal de la Antigua Yugoslavia”⁷², probablemente sucederá lo mismo con la sentencia de la CIJ para casos del Tribunal. Esto ayudará a ejercer más presión para que el Estado de Serbia cumpla con sus responsabilidades en materia de cooperación y entrega de documentos oficiales.

En la recta final de su camino, el Tribunal de la antigua Yugoslavia exhibe paradojas derivadas de la búsqueda simultánea de la paz y la justicia en una región en conflicto. La pregunta más importante atañe a la posibilidad de asegurar paz y justicia simultáneamente, si no es que ambos objetivos son antagónicos. El Tribunal enfrentó enormes dificultades para ejercer su jurisdicción durante la negociación de paz a partir de los Acuerdos de Dayton, pero esos obstáculos no impidieron su funcionamiento, gracias a que el Tribunal buscó maneras de superar los obstáculos que le imponían, entre otros, la flexibilidad en su mandato y las presiones de la opinión pública para lograr cooperación internacional. Además, el fin de los acuerdos de paz y el inicio del bombardeo de la OTAN ensanchó el campo de acción del Tribunal, pues la OTAN impuso su fuerza en la región y dejó de estar comprometida con los militares locales. Con todo, el Tribunal sigue enfrentando problemas de

del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ahora aceptado por 104 estados: ‘Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.’ “ La CIJ también citó a la Comisión de Derecho Internacional al aclarar que en la mayoría de los casos donde autoridades del Estado cometen un crimen internacional, el Estado también es responsable. Sin embargo, la responsabilidad individual continúa siendo distinta de la responsabilidad del Estado. En este sentido, la CIJ señaló que la responsabilidad de un Estado por genocidio no depende de las sentencias individuales de otros tribunales. (<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>, párrafos 172-3 y 182).

⁷² <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>, para. 223.

cooperación, y los dos acusados más importantes siguen bajo la protección de sus autoridades.

A la luz de la experiencia del Tribunal de la antigua Yugoslavia, algunos se han preguntado si no habría sido mejor dejar a la OTAN resolver el conflicto y pacificar la zona sin tratar de imponer la justicia, que prolongó la guerra. Pero si la razón de la presencia de la OTAN en la región fue en el fondo la misma que la del Tribunal, es decir, la protección de las víctimas de la guerra, entonces el Tribunal sirvió para confirmar y complementar los objetivos de la OTAN. En otras palabras, la pregunta sobre la relación entre la paz y la justicia desemboca en la afirmación de que es necesario buscar ambos fines simultáneamente, porque son imprescindibles para la comunidad internacional. Así lo declaró el presidente del Tribunal, Antonio Cassese, cuando concluyeron los Acuerdos de Dayton en 1995:

La justicia es un ingrediente indispensable en el proceso de reconciliación nacional, esencial para la restauración pacífica de relaciones entre pueblos que han tenido que vivir bajo un reino de terror. La justicia rompe el ciclo de violencia, odio y retribución extra-judicial. Es por ello que la paz y la justicia van de la mano.”⁷³

El Tribunal de la antigua Yugoslavia ha logrado que más de 3,500 víctimas cuenten su historia en un foro público e internacional, que además respalda un aparato fincado en los avances de la justicia internacional. Mediante las investigaciones, los testimonios y los procesos de juicio, se ha construido la crónica del conflicto en la antigua Yugoslavia a partir de 1990.⁷⁴

⁷³ <http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm>

⁷⁴ <http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm>

Finalmente, los juicios seguramente servirán como jurisprudencia valiosa para el funcionamiento efectivo de la CPI.

El legado del Tribunal de la antigua Yugoslavia para la CPI es considerable. Los precedentes legales que ha establecido este Tribunal se indican en el estatuto de Roma, lo que contribuye a un mejor funcionamiento de la CPI. Valga enumerarlos:

- Se ampliaron algunos elementos de los crímenes por violaciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949, al definir la “prueba de control total”, identificar la existencia de un “conflicto armado internacional” y formular la definición exacta de los “individuos protegidos” dentro de estas Convenciones.
- Se limitaron las diferencias entre las costumbres y el derecho de guerra, aplicables en conflictos internos e internacionales, para así mantener un solo modelo de protección a los individuos.
- Se ha identificado una prohibición general de la tortura, la cual no puede ser derogar ningún tratado, ley doméstica u otra ley.
- Se han logrado avances significativos en lo relacionado con el tratamiento legal y castigo de la violencia sexual en tiempos de guerra.
- Se han especificado elementos cruciales en el crimen de genocidio, particularmente la definición del objetivo de ese crimen, un grupo o parte de un grupo de individuos.
- Se han especificado las definiciones de esclavitud y persecución, entre los crímenes de lesa humanidad, lo que ha dado lugar a las primeras sentencias sobre esclavitud después de la Segunda Guerra Mundial basadas en una definición amplia.

- Se ha identificado y fortalecido la doctrina moderna de la responsabilidad penal de los superiores, conocida como “responsabilidad del comandante”, y aclarado que no se requiere una relación formal de superior-subordinado para determinar responsabilidad penal.
- En el mismo tema, se han resuelto dudas sobre el nivel de conocimiento esperado de un superior, cuyos subordinados han cometido o estuvieron a punto de cometer crímenes que no impidió la autoridad superior.
- Se han hecho enormes contribuciones en materia de derecho procesal, incluso medidas de protección a testigos, confidencialidad y divulgación de información relacionada con la seguridad nacional de los estados, declaración de culpabilidad y la coacción como defensa.⁷⁵

Estos precedentes legales se han fortalecido en los procesos judiciales del Tribunal Internacional *ad hoc* de Ruanda, establecido meses después del de la antigua Yugoslavia. A la vez, el Tribunal de Ruanda también confirma los obstáculos que enfrenta el ejercicio de la justicia internacional en la actualidad y ofrece nuevas lecciones, emanadas de situaciones distintas a las de la antigua Yugoslavia. El Tribunal de Ruanda muestra que los problemas de cooperación internacional siguen presentes tanto en escenarios bélicos como en países donde la guerra ha terminado. Ambas experiencias reflejan un hecho que atañe al funcionamiento de la CPI: la cooperación internacional es necesaria para la justicia internacional, contra la resistencia para cumplirla. La renuencia de la comunidad internacional a cubrir los costos que exige el

⁷⁵ Loc.cit.

Tribunal de Ruanda para su buen funcionamiento guarda una relación proporcional con el resultado de su jurisdicción.

El Tribunal Internacional *ad hoc* para Ruanda

La matanza planeada y sistemática de la minoría Tutsi en Ruanda, en abril de 1994, que arrojó entre quinientos mil y un millón de muertos en menos de cuatro meses, es la culminación de una historia de violencia continua que ha vivido el pueblo de Ruanda desde la década de 1950. Durante todo este período, la comunidad internacional desatendió la violación de los derechos humanos en ese país desde su independencia, en 1959. En 1994, ante el Consejo de Seguridad, el representante del gobierno ruandés denunció la indiferencia de la comunidad internacional frente a los acontecimientos en su país: "...Cuando las tragedias sucedían el mundo permaneció en silencio y actuó como si no comprendiera que había una violación sistemática de los derechos humanos."⁷⁶

El genocidio en Ruanda fue resultado de una compleja planeación del equipo cercano al gobierno del presidente Juvenal Habyarimana. Tras la invasión de fuerzas Tutsi en el exilio que sufrió Ruanda en 1990 y la presión internacional para democratizar su gobierno, Habyarimana se vio forzado a firmar un acuerdo que establecía el cese al fuego y ciertas oportunidades para que los Tutsi ingresaran al gobierno. En 1993, las Naciones Unidas mandaron una misión de 1458 hombres únicamente para coadyuvar a la transición política y al restablecimiento de la paz. Simultáneamente, algunos de los miembros

⁷⁶ Jackson Nyamuya Maogoto, op.cit., p.179.

más extremistas del gobierno ruandés establecieron la Coalición para la Defensa de la República, donde comenzaron a planear el genocidio.⁷⁷

El general a cargo de las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU organizó un equipo de inteligencia extraoficial para investigar algunas actividades del grupo extremista que actuaba en el interior del gobierno ruandés. La información reveló que este grupo estaba armando milicias y planeaba atacar las fuerzas de paz de la ONU, por lo que el mismo general solicitó al Consejo de Seguridad permiso para incautar las armas. La ONU, por conducto de su equipo gestor de fuerzas para la paz, negó el permiso y aclaró que el personal de la ONU podía actuar sólo con la aprobación del gobierno ruandés. Años más tarde, en una entrevista para la BBC, uno de los miembros del equipo de la ONU que tomó esta decisión la justificó porque nadie quería “repetir una situación como la de Somalia.”⁷⁸

También los gobiernos de Estados Unidos y Francia recibieron informes de sus equipos de inteligencia sobre lo que iba a suceder en Ruanda, un año antes de que se perpetrara el genocidio. Una Comisión Internacional de Investigación de organizaciones no gubernamentales sometió un reporte a varios gobiernos europeos que advertía de los abusos masivos contra los derechos humanos y de la propaganda racista contra los Tutsi.

⁷⁷ La Coalición, que formaban consejeros y familiares del presidente, organizó el adiestramiento de milicias armadas para lograr la rápida matanza de los Tutsi, a las que repartió armas, simultáneamente los jefes de la Coalición tomaron la estación de radio que usaron para divulgar mensajes genocidas contra los Tutsi y los Hutu moderados. Durante el genocidio, el grupo que adiestró la Coalición fue el que más personas mató, a pesar de que participaron también miles de civiles y miembros del ejército. (Anon., “Génocide au Rwanda”, Human Rights Watch, mayo 1994, Vol. 6, No. 4).

⁷⁸ “When Good Men do Nothing”, BBC Panorama, diciembre de 1998, en: Nicholas J. Wheeler, Saving Strangers, Humanitarian Intervention in International Society, Oxford University Press, 2000, p.216.

Finalmente, el Consejo de Seguridad se reunió a petición del Secretario General para discutir la situación, pero el debate se centró en la disyuntiva de aumentar o disminuir la presencia de las fuerzas de la paz, por el peligro que corrían. En un recuento crítico del papel de la ONU frente al genocidio, Nicholas J. Wheeler considera que “a pesar de las advertencias [...] y la responsabilidad moral de los signatarios de la Convención del Genocidio de 1948 de actuar para prevenirlo, es sorprendente que no se haya discutido el papel que podía tomar UNAMIR [la misión de la paz en Ruanda] para proteger a los ciudadanos de Ruanda.”⁷⁹ Como la discusión no se centró en este hecho, una vez que comenzó el genocidio y las fuerzas de la ONU se vieron amenazadas por la violencia, el Consejo de Seguridad acabó reduciendo el apoyo militar a 270 soldados.⁸⁰

Mientras que el Consejo de Seguridad permanecía al margen del conflicto, un reporte del New York Times en junio de 1994 expuso cómo el gobierno de Clinton instruyó a funcionarios de su gobierno de no usar el término “genocidio”, pese a que muchos de ellos estaban seguros de que estaba sucediendo: “Esta precaución refleja la actitud de un gobierno cansado de entrometerse en conflictos en el extranjero, particularmente en casos como el de Ruanda, país africano con el que Estados Unidos no tiene ningún vínculo histórico...”⁸¹

⁷⁹ Ibid., p.217.

⁸⁰ Un motivo importante de esta decisión fue que el gobierno de Bélgica decidió retirar a todos sus soldados de la misión, tras la muerte de diez.

⁸¹ Douglas Jehl, “Officials Told to Avoid Calling Rwanda Killings 'Genocide'” The New York Times, Junio 10, 1994, <http://partners.nytimes.com/library/world/africa/061094rwanda-genocide.html>

Por no haber intervenido a tiempo para detener el genocidio en Ruanda, la comunidad internacional decidió establecer un tribunal que a la larga contribuyera a la reconstrucción y reconciliación de Ruanda.⁸² Una vez que terminó el genocidio, el tribunal parecía el único mecanismo internacional para reparar la ruptura social en un país devastado. Cuando el nuevo gobierno Tutsi tomó el control y restableció la paz, solicitó ayuda internacional, específicamente mediante la creación de un tribunal, lo que aceleró su establecimiento. Esto llevó a países miembros del Consejo de Seguridad a cuestionar la aplicación del artículo VII de la Carta según el cual el Consejo de Seguridad puede tomar medidas coercitivas únicamente en casos de mantenimiento o restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales. Pero en ese momento, cualquier otra fórmula para establecer un tribunal internacional habría comprometido su jurisdicción, por lo que se optó por un tribunal bajo el mandato del Consejo de Seguridad. Ese respaldo fue oportuno, a pesar de que ya no había guerra, porque el gobierno ruandés se había desintegrado, la región sufría de inestabilidad política y era necesario contar con el apoyo obligatorio de países vecinos involucrados en el conflicto.

Los obstáculos institucionales y políticos que enfrenta la ONU para actuar a tiempo en emergencias humanitarias se manifestaron de lleno en Ruanda. No obstante, las limitaciones del sistema internacional para detener las violaciones masivas contra los derechos humanos han llevado al Consejo

⁸² El 8 de noviembre de 1994, a dieciocho meses del establecimiento del Tribunal para la Yugoslavia, el Consejo de Seguridad formuló la resolución 955 en la cual se comprometió a establecer, con base en el artículo VII de la Carta de la ONU, el “Tribunal Internacional para enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda o en el territorio de estados vecinos.”

de Seguridad a aplicar el artículo VII de la Carta de la ONU para intervenir en crisis humanitarias, sin necesidad de demostrar una amenaza directa a la paz internacional, y eso es un avance importante. Los casos de la antigua Yugoslavia y Ruanda contribuyeron a insertar el tema de las violaciones graves de los derechos humanos entre las prioridades del Consejo de Seguridad bajo el capítulo VII de la Carta.

Por otro lado, el gobierno de Ruanda trató de instituir un tribunal internacional para enjuiciar a las decenas de miles de detenidos, pues su sistema judicial estaba absolutamente rebasado por las circunstancias. Por su parte, el objetivo del tribunal internacional era únicamente el de enjuiciar a los instigadores principales del genocidio, sin abarcar crímenes no considerados como crímenes internacionales, por ejemplo el homicidio.⁸³ Las diferencias entre lo que solicitaba el gobierno de Ruanda y lo que estaba dispuesto a hacer el Consejo de Seguridad llevaron a que, como miembro no permanente de este órgano en ese momento, Ruanda terminara por retirar su apoyo y votara contra el establecimiento del Tribunal.⁸⁴

Esta ruptura entre el gobierno de Ruanda y el tribunal internacional se ha mantenido a lo largo de proceso y muchas veces ha amenazado el

⁸³ El Estatuto del Tribunal se adaptó en tal forma que el fiscal tendría la libertad discrecional para escoger a los acusados. No se adoptó ninguna regla sobre el tipo de individuos que se someterían a juicio, porque en Ruanda instigaron el genocidio no sólo altos oficiales del gobierno, también empresarios, otros civiles y funcionarios de mediano rango en el gobierno y el ejército.

⁸⁴ A pesar de que en las negociaciones para emitir la resolución muchos temas legales y políticos fueron sugeridas por Ruanda y adoptados (por ejemplo, el límite temporal del Tribunal y su sede) el gobierno ruandés decidió retirar su apoyo al ver que el estatuto del Tribunal no aceptaba la pena de muerte y proponía juzgar únicamente el crimen de genocidio (Daphna Sarga, Ralph Zacklin, "The International Criminal Tribunal for Rwanda", European Journal of International Law, 17 (1996) 4.

<http://www.ejil.org/journal/Vol7/No4/art3.html>)

funcionamiento y legitimidad del tribunal. Éste ha enfrentado sus propias paradojas al trabajar junto con cortes nacionales, cuyo sistema de justicia distinto ha transmitido a menudo inquietudes. Por ejemplo, juzgar a los responsables de más alto nivel en un tribunal internacional que no permite la pena de muerte, en tanto las cortes nacionales dictan sentencias de muerte por crímenes menores, ha hecho dudar que el tribunal internacional realmente contribuya a la reconciliación nacional.⁸⁵

Empero, el estatuto del tribunal le otorga primacía sobre las cortes nacionales, aunque en la práctica son los jueces internacionales los que han marcado la pauta. De acuerdo con la interpretación de los jueces, en ocasiones se ha dado prioridad a demandas legales, otras veces a principios de derecho penal internacional que reconoce la ONU, tales como el tipo de penas que se aplican. Este equilibrio entre sistemas judiciales refleja también la necesidad de que los jueces tomen decisiones políticas útiles para mantener la legitimidad del tribunal *ad hoc*.

Como se ha mencionado ya, gracias a que los estatutos de Ruanda y la antigua Yugoslavia conceden mucho espacio a la interpretación de los jueces, se han marcado innovaciones en el derecho penal internacional. “Una vez que los crímenes quedaron definidos, los redactores de los estatutos [de Ruanda y la antigua Yugoslavia] dejaron a discreción de los jueces temas como la evaluación de la prueba y de la responsabilidad de los cómplices y otros actores ‘secundarios’.”⁸⁶ Pese a que estas innovaciones han provocado

⁸⁵ Esta discrepancia entre sistemas ha traído a discusión la efectividad del principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional, que se tratará en el próximo capítulo.

⁸⁶ William A. Schabas, *op.cit.*, p.90.

inquietud por la naturaleza *ad hoc* del Tribunal, que viola el principio de no retroactividad de la ley, el estatuto de Roma, al adoptar varios de esos avances, logró trascender esa limitación.

Por otra parte, el caso de Ruanda ha exhibido las dificultades para aplicar la justicia en un país desarticulado por la tragedia del genocidio, donde murió cerca de un millón de una población de ocho millones de personas y huyeron del país dos millones. El aparato gubernamental no ha podido lidiar efectivamente con el alto número de detenidos, y varios de los responsables del genocidio que se han refugiado en países vecinos han creado un conflicto político grave en la región.⁸⁷ Hasta 1998, el nuevo gobierno Tutsi detuvo a más de 135,000 participantes en el genocidio, pero la capacidad de los centros de detención en Ruanda era de sólo 18,000 personas. Antes del genocidio había 750 jueces en el país, de los que permanecieron sólo 244 después del conflicto.⁸⁸ Estos problemas del aparato judicial interno de Ruanda se reflejaron en las labores del tribunal internacional *ad hoc*, sobre todo en las de investigación, que están relacionadas con el aparato administrativo ruandés. Más aún, la sede del Tribunal, que es Arusha, en Tanzania, ha afectado su credibilidad pues la población de Ruanda no está enterada de los juicios, y la lejanía y la falta de recursos de esta ciudad ha mantenido un tanto desinteresada a la prensa internacional.⁸⁹

Además de esos obstáculos el trabajo del Tribunal ha tenido que enfrentar la falta de compromiso internacional para brindarle recursos acordes

⁸⁷ Daphna Shraga, Ralph Zacklin, art.cit.

⁸⁸ Howard Ball, op.cit., p.183.

⁸⁹ James Blount Griffin, "A Predictive Framework for the Effectiveness of International Criminal Tribunals", Vanderbilt Law Journal, (34) 2002.

con sus objetivos. Desde la instauración del Tribunal de Ruanda, sus fiscales especiales del se han quejado de la falta de apoyo económico, administrativo y de personal calificado.⁹⁰ El Tribunal comparte con el de la antigua Yugoslavia las Cámaras de Apelación y la Oficina del Fiscal, situada en La Haya. Se decidió nombrar también a un solo fiscal, pese a que los Tribunales están situados a más de once horas de vuelo uno de otro. La explicación oficial y de algunos académicos para vincular así los dos sistemas fue que el proceso del Tribunal de Ruanda se aceleraría al instaurarlo a la par del otro, además de que valía la pena crear un solo cuerpo legal para emitir declaraciones afines de derecho internacional.⁹¹ Sin embargo, el Tribunal de Ruanda, que ha dependido del apoyo internacional en igual forma que el de la antigua Yugoslavia, ha recibido menos atención de la prensa internacional y un financiamiento menor.⁹² La prensa internacional ha seguido mucho más de cerca el Tribunal de la antigua Yugoslavia, lo cual ha afectado la legitimidad del

⁹⁰ Por falta de apoyo económico para crear un programa efectivo de protección de testigos, el Tribunal no ha podido proteger a estos individuos una vez que regresan a Ruanda. Dos testigos fueron asesinados ahí luego de testificar contra Jean-Paul Akayesu, de cuyo juicio se hablará más adelante (Howard Ball, op.cit., p. 177). Un fiscal adjunto hizo notar la falta de personal del Tribunal en su queja ante de que la Oficina del Registro estaba retrasada en la entrega de documentos transcritos, porque hubo que contratar a compañías estadounidenses por falta de personal local (Howard Ball, op.cit., p.175).

⁹¹ “El objetivo de compartir instituciones y reglas de procedimiento es promover consistencia en el derecho y en la práctica de ambos tribunales, así como su eficacia. Además, el hecho de que el tribunal de Ruanda haya copiado el modelo de su contraparte permitió la rapidez en su establecimiento” (Steven R. Ratner, op.cit., p. 203).

⁹² La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó para el periodo 2004-2005 los siguientes presupuestos: 271 854 600 dólares para el Tribunal de la antigua Yugoslavia y 255 909 500 para el Tribunal de Ruanda. En el período de 2002-2003, la diferencia fue mayor, de 46 millones de dólares. (Página de la Coalición por la Justicia Internacional, www.cij.org)

Tribunal de Ruanda, que a la vez incide en falta de cooperación de los países que albergan a sospechosos. Las diferencias geopolíticas entre regiones explicarían por qué dos tribunales establecidos con estructura casi idéntica han tenido efectos diferenciados en la comunidad internacional. Las consecuencias de esta diferenciación son indeseables porque la aplicación efectiva del derecho internacional humanitario requiere infraestructura y apoyo adecuados para superar los obstáculos jurisdiccionales y políticos de todos los tribunales internacionales.

Esta circunstancia lleva a Cherif Bassouni a preguntar si las razones para nombrar un solo fiscal y las mismas cortes de apelación para ambos tribunales fueron realmente para crear vínculos institucionales y legales, no el simple ahorro de dinero:

La decisión de vincular los dos cuerpos no se basó en argumentos legales válidos. Estados Unidos, que presionó a favor de esta fórmula, no quería retrasar el nombramiento del fiscal, como ocurrió en el Tribunal de la antigua Yugoslavia. La lógica de compartir las salas de apelación es el ahorro económico que significó. La decisión de nombrar a un solo fiscal fue particularmente inadecuada pues nadie, por talentoso que sea, puede vigilar dos procedimientos que separan 10,000 millas. La idea de que alguien se traslade de La Haya a Tanzania como parte de su trabajo cotidiano es absurda. Uno de los dos tribunales estaba destinado a sufrir las consecuencias de esto, y se comprobó que era el de Ruanda.⁹³

⁹³ Op.cit., p.432. El Tribunal de Ruanda finalmente obtuvo un fiscal independiente a partir de la Resolución 1503 de la ONU el 28 de agosto de 2003.

Más allá de los problemas administrativos del Tribunal de Ruanda, quizá el tema primordial en el análisis del funcionamiento de la CPI sea el de la cooperación internacional. El Tribunal de Ruanda ha enfrentado conflictos políticos y administrativos derivados de falta de coordinación entre este país, sus vecinos y el Tribunal. El arresto y traslado de fugitivos ha sido difícil por falta de preparación e información de la policía local en los países vecinos. Hoy se sabe que individuos con acusaciones formales del Tribunal están escondidos en Nairobi, Brazzaville y Kingshasa, pero los gobiernos de estas ciudades capitales no han llegado a acuerdos de extradición con el Tribunal. Circunstancias como ésta muestran que, si bien Ruanda no presenta un escenario bélico como el de la antigua Yugoslavia, el proceso judicial sigue siendo un reto considerable para la comunidad internacional, toda vez que el Tribunal de Ruanda es sumamente instructivo de los desafíos que encaran los procedimientos penales internacionales enfrentan.

Por otro lado, así como ha ocurrido en el Tribunal de la antigua Yugoslavia, los conflictos derivados de la falta de cooperación con los países involucrados no se han mantenido estáticos. El Tribunal ha logrado arrestar a los líderes importantes del conflicto, lo cual ha avivado el interés de la prensa internacional, y esto a su vez ha brindado más legitimidad a un tribunal con el que los gobiernos se sienten más dispuestos a cooperar. Hasta marzo de 2007, el Tribunal de Ruanda dictó 27 sentencias; 28 individuos se encuentran en proceso de juicio; y 7 personas esperan enjuiciamiento.⁹⁴

⁹⁴ En Agosto de 2003, junto con el Tribunal de la antigua Yugoslavia, el Consejo de Seguridad emitió una resolución donde solicitaba a ambos Tribunales que terminaran sus juicios en 2008. El Tribunal de Ruanda sometió

Los juicios más importantes que se han llevado a cabo son el del ex Primer Ministro, Jean Kambanda, y el de Jean-Paul Akayesu, ex alcalde de la comunidad de Taba, sentenciado en septiembre de 1998 por los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones a la Convención de Ginebra. En la sentencia de Akayesu, por primera vez un tribunal internacional se apoyó en la definición de genocidio de la Convención de 1948. A la vez, se definieron detalladamente los crímenes de violencia sexual, que por primera vez se vincularon con el de genocidio, ya que son actos que causan severos daños físicos y mentales con la intención de destruir un grupo en particular.⁹⁵

El juicio de Akayesu, además de nutrir la definición de genocidio derivada de la Convención de 1948, marcó el camino para aplicar este principio en un juicio.⁹⁶ Primero, para determinar la presencia de un genocidio, el Tribunal dictó que las víctimas se escogen no por razones individuales “sino por pertenecer a un grupo específico”.⁹⁷ Se añadieron, además, definiciones de varios grupos:

Un grupo étnico está compuesto por miembros que comparten la misma cultura o lengua; un grupo religioso es aquel que comparte la misma religión, denominación o forma de culto; un grupo nacional es un conjunto de personas que se distingue por compartir un vínculo legal basado en una ciudadanía común y comparte también los mismos derechos y obligaciones; un grupo

un mes después su plan final, que redujo los casos previstos para poder ceñirse a la fecha límite.

⁹⁵ <http://www.ictr.org/default.htm>

⁹⁶ Desde el proceso de investigación para el juicio de Akayesu, el fiscal usó el lenguaje de la Convención del Genocidio, por ejemplo, concluyó que las víctimas eran “miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Esto dio pie a que se desarrollara en el juicio un proceso de análisis sobre la aplicación de la Convención del Genocidio.

⁹⁷ www.ictr.org

racial está basado en rasgos hereditarios físicos identificados comúnmente con una región geográfica, independiente de factores lingüísticos, culturales, nacionales o religiosos. Al considerar si los grupos protegidos por la Convención del Genocidio deben limitarse a estos cuatro, el Tribunal opinó que la protección debe extenderse a cualquier otro grupo estable o permanente, lo que extendió las fronteras de la Convención.⁹⁸

Estas aclaraciones no se incluyen en el estatuto de Roma entre los elementos del crimen. Sin embargo, los avances para precisar el lenguaje sin duda servirán como jurisprudencia en futuras sentencias de la CPI. Se ha criticado que los juicios en los tribunales *ad hoc* de Ruanda y la antigua Yugoslavia han tardado mucho, porque cada crimen se ha analizado minuciosamente en sus peculiaridades y en términos de la definición de los crímenes; a pesar de que esto ha sido una desventaja para esos tribunales, el resultado ha dejado frutos para la práctica futura de la CPI.

Al final del juicio contra Akayesu, se demostró su responsabilidad en crímenes estipulados en la Convención del Genocidio, en el artículo III de la Convención de Ginebra y en los Principios de Nuremberg (aplicables a crímenes de lesa humanidad). Por ende, el juicio de Akayesu reactivó principios de derecho penal internacional latentes por décadas; los puso en práctica y añadió precedentes legales importantes, que convirtió en jurisprudencia y base para el funcionamiento de la CPI.

El otro caso trascendente en el Tribunal de Ruanda ha sido el de Jean Kambanda, por el hecho de enjuiciar a un ex Primer Ministro y confirmar así que los Jefes de Estado no tienen inmunidad frente al derecho internacional, y

⁹⁸ http://www.crimesofwar.org/tribun-mag/mag_rwanda2.html

porque él fue el primer individuo en la historia que aceptó responsabilidad de genocidio ante un tribunal internacional. Finalmente, los obstáculos políticos que ha enfrentado el Tribunal de Ruanda y los elementos de procedimiento legal innovadores que ha inscrito en el debate y desarrollo del derecho internacional se convirtieron en el eslabón que, junto con la experiencia del Tribunal de la antigua Yugoslavia, dio pie para el establecimiento de la CPI.

La creación de los tribunales de Ruanda y la antigua Yugoslavia reflejó una tendencia firme de la comunidad internacional a apoyar la justicia penal internacional. La jurisprudencia que han dejado estos tribunales ha influido en el derecho internacional por varias vías: una es la negociación exitosa del estatuto de Roma, otra es la presión de algunos países y ONG internacionales para otorgar a los sistemas legales nacionales competencia sobre violaciones de los derechos humanos cometidas en el extranjero. El caso Pinochet refleja este impulso.

El caso Pinochet

Un principio de Nuremberg inscrito en las Naciones Unidas en 1946 determinó que nadie debe quedar exento de juicio luego de cometer los crímenes internacionales más graves. Este principio tomó forma no en un juicio *ad hoc* internacional sino en un arresto y una demanda de extradición de dos países terceros en el caso Pinochet. Dada su larga cronología de complejos procedimientos legales bajo el sistema británico, se mencionarán únicamente los hechos relacionados con la aplicación de la jurisdicción universal y el principio de inmunidad.

El 16 de octubre de 1998 el ex dictador de Chile, Augusto Pinochet Ugarte, fue arrestado en Londres mientras viajaba con pasaporte oficial del gobierno chileno, en el que se justificaba el viaje como misión oficial. Sin embargo, este permiso no cubría los requisitos establecidos en la Convención de Misiones Especiales que concede inmunidad diplomática a los enviados especiales, gracias a lo cual pudo detenerlo la policía de Londres.⁹⁹ Inmediatamente después de su arresto, el gobierno chileno se quejó de violación a su soberanía y aseveró que sólo Chile tenía derecho a juzgar a su ex dictador. A continuación se reseña la situación política interna de Chile que impedía enjuiciar a Pinochet, lo cual dio pie a que otros países promovieran el juicio.

En 1998 Chile estaba llevando a cabo algunas investigaciones sobre Pinochet, pero las circunstancias políticas de Chile en ese momento indicaban que era imposible enjuiciarlo, salvo que hubiera un cambio institucional radical. Pinochet se resguardaba bajo una ley de Amnistía de 1978, su posición como senador vitalicio y el respaldo político del que gozaba en el gobierno.

Chile estaba viviendo una transición pacífica a la democracia, iniciada en 1990 y basada en un acuerdo político entre miembros de la dictadura que encabezó Pinochet y los partidos de oposición. A cambio de instaurar un gobierno democrático, se aceptó que Pinochet fuera jefe del ejército hasta 1998, después senador vitalicio. El acuerdo estableció impedimentos institucionales para que las nuevas autoridades vincularan a Pinochet con

⁹⁹ José Zalaquett, "The Pinochet Case: International and Domestic Repercussions", <http://ciaonet.org/wps/zajo1.pdf>

violaciones de los derechos humanos bajo su dictadura. En resumen, Chile aceptó la democracia a cambio de que nadie tocara a Pinochet.¹⁰⁰

Una inmunidad como la otorgada a Pinochet es una práctica común, a la que recurren países cuyas poblaciones han sufrido violaciones masivas de los derechos humanos. Tales son los casos de Zimbabwe, Sudáfrica, Guatemala, Argentina y El Salvador, donde por medio de comisiones de la verdad se concedió amnistía a personas responsables de crímenes internacionales graves. Sin embargo, el caso Pinochet y el desarrollo de los tribunales internacionales *ad hoc* han revelado que las amnistías de este tipo no son congruentes con el derecho internacional.

España fue la primera en desafiar la decisión de Chile de conceder amnistía a los militares para asegurarse una transición democrática. Después de llevar a cabo una investigación judicial contra Pinochet, las cortes españolas llevaron a las autoridades del Reino Unido una petición para su arresto y extradición. El juez instructor Baltazar Garzón organizó con premura un expediente que entregó por conducto de Interpol al gobierno británico cuando se enteró de que Pinochet estaba en Londres. El caso llegó a España en 1996, cuando algunos abogados, activistas y ONG presentaron querellas criminales

¹⁰⁰ Una encuesta en Chile, de 1999, demuestra la paradoja de un acuerdo político como éste: “en los últimos ocho años 70% de los chilenos opinan que las violaciones de los derechos humanos bajo la dictadura deberían perseguirse, y se sienten frustrados porque no ha sucedido. Sin embargo, no están dispuestos a arriesgar lo que han logrado a cambio de aplicar la justicia. Aunque no como amenaza real el posible arresto de Pinochet y preferirían un juicio en Chile, no en el extranjero, reconocen al mismo tiempo que ese juicio sería prácticamente imposible.” (M.A. Gareton, “Chile 1997-1998: The Revenge of Incomplete Democratization” International Affairs, 2 (1999) p.261, en: Ben Chigara, “Pinochet and the Administration of International Criminal Justice”, The Pinochet Case, A Legal and Constitutional Analysis, Diana Woodhouse, ed., Oregon, Hart Publishing, 2000, p.123)

donde acusaban al ex dictador de genocidio, tortura, secuestro, asesinato y “desapariciones” en Chile entre 1973 y 1990.¹⁰¹

El caso prosperó en España gracias a la aplicación del principio de “jurisdicción universal” aceptado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual establece que el genocidio, la tortura, el terrorismo y “cualquier otra ofensa dentro de los tratados o convenciones internacionales deben ser perseguidos por España.”¹⁰² La “jurisdicción universal” parte de la idea de que todo Estado tiene la obligación de extraditar o enjuiciar¹⁰³ a los responsables de crímenes internacionales de gran envergadura, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad de responsables y víctimas.

En el proceso de extradición contra Pinochet en Gran Bretaña, los cargos de genocidio y terrorismo no sobrevivieron, pero el de tortura desencadenó una serie de decisiones legales que inmediatamente repercutieron en el mundo. La prensa internacional no se despegó del caso, en tanto Francia Bélgica y Suiza, se movilizaron para respaldar la decisión de España. El sistema judicial moderno británico nunca había conocido un caso de extradición tan público que requiriera interpretaciones tan trascendentales del derecho internacional. Varias ONG (en especial Human Rights Watch, Amnesty

¹⁰¹ La vinculación directa de Pinochet con los crímenes surgió al investigar la Operación Condor, que tuvo lugar en Argentina y otros países del Cono Sur bajo la dirección de Pinochet y que llevó a cabo la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) chilena.

¹⁰² Artículo 23.4, Ley Orgánica del Poder Judicial, en: Reed Brody, Michael Ratner, eds., The Pinochet Papers, Londres, Kluwer Law International, 2000, p.25.

¹⁰³ El requisito de “extraditar o enjuiciar” (*aut dedere aut judicare*) posteriormente lo utilizó uno de los lores ingleses que dictaminaron los fallos contra Pinochet. Como se verá adelante, el caso Pinochet afirmó tanto en España como (implícitamente) en el Reino Unido los principios de jurisdicción universal.

International y la Comisión Internacional de Juristas) celebraron el avance de su lucha contra la impunidad, e incluso las invitadaron a participar en el proceso legal. La opinión dominante en la prensa mundial es que se dio un golpe rotundo a la impunidad. Como dice Reed Brody:

El simple hecho de que España solicitara a Gran Bretaña la extradición del general Pinochet por crímenes que cometió en Chile, y que otros cuatro países europeos se alinearan con España para exigir la extradición, demuestra lo alejados que estamos de aquella época en que los tiranos podían aterrorizar a sus poblaciones y sentirse seguros de que lo peor que podía esperarles era un exilio tranquilo.¹⁰⁴

En un segundo intento por impedir la extradición de Pinochet (el primero fue la petición chilena de enjuiciar a su ex dictador), el gobierno de Chile invocó la inmunidad de su ex jefe de Estado. En consecuencia, el sistema judicial británico se vio forzado a replantear el tema y determinar en un contexto práctico los límites de ese principio. Aunque una primera decisión en la Alta Corte de Inglaterra y Gales concedió inmunidad a Pinochet, el caso llegó por apelación a la Cámara de los Lores, máximo tribunal británico, donde se planteó si la tortura y otros crímenes podían considerarse funciones de Estado y, por ende, podían resguardarse bajo el principio de inmunidad. Mediante dos fallos emitidos en la Cámara de los Lores, se desestimó la petición de inmunidad.

¹⁰⁴ Op.cit., p.7.

En el primer fallo¹⁰⁵, Nicholls of Birkenhead declaró que, si bien un ex jefe de Estado goza de inmunidad por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, “la tortura no se considera en el Derecho Internacional como función de jefe de Estado.”¹⁰⁶ Agregó que:

El Derecho Internacional reconoce, naturalmente, que entre las funciones de un jefe de Estado pueden hallarse actividades indebidas, o incluso ilegales, según la ley de su propio Estado o las leyes de otros estados. Pero el Derecho Internacional ha dejado en claro que ciertos tipos de conducta, incluidos la tortura y el secuestro, no son aceptables para nadie. Esto se aplica tanto a los jefes de Estado -incluso más a ellos- que a cualquier otro; la conclusión opuesta convertiría el Derecho Internacional en una farsa.¹⁰⁷

El segundo fallo se apoyó en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos y Degradantes de 1984. Los abogados de Pinochet y del gobierno de Chile reclamaban la no retroactividad de los crímenes mencionados de extradición y la aplicación del principio de “doble criminalidad”, el cual establece que un acto debe ser criminal en los dos países que participan en la extradición. No obstante, los lores se inclinaron a favor de las obligaciones internacionales estipuladas en la Convención contra la Tortura, alusivos al compromiso de extraditar o enjuiciar, y, dado que el Reino Unido y Chile ratificaron ambos esta Convención, negaron nuevamente la inmunidad de Pinochet.

¹⁰⁵ Este primer fallo se anuló posteriormente en razón de un favoritismo en la corte, ya que Hoffmann era consejero de Amnistía Internacional, organización a la que se le permitió intervenir en el caso en representación de algunas víctimas de los crímenes en cuestión.

¹⁰⁶ <http://www.el-mundo.es/internacional/chile/pinochet/encontra.html>

¹⁰⁷ Loc.cit.

En octubre de 1999, la embajada de Chile, en un acto desesperado por obtener la libertad del ex dictador, entregó un reporte médico al ministro del Interior, Straw (quien tenía autoridad para declarar si la extradición procedía o no) según el cual había que liberar a Pinochet, porque su salud estaba deteriorándose. En respuesta, Straw pidió otro examen médico a cargo de un equipo especial, con base en el cual llegó a una conclusión. En una carta dirigida a las partes en pugna, y publicada en la prensa, Straw escribió que los resultados médicos llegaban a la conclusión “unánime e inequívoca” de que Pinochet no estaba en condiciones de ser sometido a juicio, por lo que decidía cancelar la extradición.¹⁰⁸

A pesar de este giro en el proceso de extradición, los logros del caso Pinochet en materia de jurisdicción internacional son muy significativos. Pinochet sentó un precedente que permitió echar a andar la maquinaria de jurisdicción universal. Gracias a esto, se han presentado otros casos, donde se ha aplicado este principio. En febrero de 2000, a iniciativa de Human Rights Watch, un grupo de abogados presentó una demanda criminal contra el ex dictador de Chad, Hisssein Habre, exiliado en Senegal. La demanda exigía justicia por las muertes y tortura de miles de víctimas del régimen dictatorial. Sin embargo, a pesar de que el proceso comenzó y se escucharon declaraciones de testigos y víctimas, la Corte de Senegal dictaminó en julio de 2000 que no tenía jurisdicción extraterritorial para proceder. Otras demandas se han presentado con apoyo de ONG internacionales para enjuiciar a responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como Ely Ould Dah, capitán del ejército de Mauritania; Jean-Claude Duvalier, ex dictador de

¹⁰⁸ Reed Brody, op.cit., p.18.

Haití; Yerodia Abdoulaye Ndongbasi, ministro de Relaciones Exteriores del Congo; y Alfredo Stroessner, ex dictador de Paraguay.

Por otra parte, el proceso de extradición de Pinochet ayudó a que finalmente Chile abriera juicio en su contra. Jeremy Corbyn, miembro del Parlamento Británico del partido Laborista, opinó que “el hecho de que [Pinochet] estuvo detenido 17 meses en Londres dio un lapso para que los jueces avanzaran en su investigación y las ONG de derechos humanos promovieran el caso”.¹⁰⁹ En 1999, Corbyn anunció que “lo que ha hecho el caso Pinochet es ayudar a la aprobación del tribunal penal internacional en el Parlamento inglés”.¹¹⁰ Al igual que los tribunales internacionales *ad hoc*, el debate en Gran Bretaña y en el mundo sobre los alcances de la jurisdicción universal influyó en el foro para crear la Corte Penal Internacional y en la ratificación de ésta por varios países.

En diciembre de 2000, Pinochet fue objeto de un primer desafuero en su país, y en enero de 2001 el juez chileno Juan Guzmán lo declaró en condiciones de enjuiciamiento, a pesar de apelaciones que presentaron sus abogados por motivos de salud. Posteriormente las cortes emitieron una orden de arresto, pero el caso se suspendió, porque las mismas declararon que el estado de salud de Pinochet impedía enjuiciarlo. De mayo de 2004 al 11 de diciembre de 2006, fecha en que el exdictador muere en un hospital chileno, el aparato de justicia en Chile vivió un embate político constante a raíz de las más de 200 acusaciones penales en su contra que oscilaban entre evasión fiscal, asesinato, secuestro, tortura, desaparición forzada, entre otros delitos. Sus

¹⁰⁹ <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/>

¹¹⁰ Loc.cit

abogados pelearon hasta el final por quitarle los arrestos domiciliarios, pero por el tipo de acusaciones de delitos graves no tuvieron suerte. Los jueces fueron desnudando su inmunidad caso por caso. Durante sus últimos meses de vida ya era imposible detener los juicios que se avecinaban.¹¹¹

El juicio contra Pinochet en Chile, desde su primer desafuero, se vio interrumpido por los amparos que presentó la defensa cada vez que había una acusación contra él. Éstos resultaron en la suspensión de los cargos, por la salud precaria del ex dictador. Sin embargo, se avanzó en los procesos de desafuero, la investigación de crímenes y las órdenes de arresto domiciliario. En los procesos contra Pinochet por evasión fiscal y corrupción, las cortes lograron negarle su impunidad.

Independientemente de los resultados de cargos contra Pinochet en cortes nacionales, los jueces de Inglaterra establecieron un precedente valioso al dictaminar que la inmunidad de un jefe de Estado no se aplica contra crímenes graves, universalmente reconocidos. La tendencia mundial a eliminar la impunidad se confirma en el estatuto de Roma. Finalmente, como señala la fiscal Louise Arbour del tribunal de la antigua Yugoslavia, el caso Pinochet sentó un precedente que contribuyó a desarrollar el estatuto de Roma:

Me parece que [...] con la aprehensión de Pinochet, los 120 países en Roma que firmaron el texto del Tratado comienzan a expresar la necesidad de [liquidar la] cultura de impunidad en el ámbito internacional. El caso Pinochet se inserta con precisión en el espíritu del Tratado de Roma, -que las cortes domésticas tomarán la iniciativa y sólo cuando estén indispuestas o se nieguen a llevar a cabo los juicios, se pondrá a funcionar el foro internacional [...] Estamos empezando a sentir una voluntad,

¹¹¹ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1209914.stm>

particularmente en los círculos judiciales, de recurrir a métodos de aplicación de las leyes contra los peores crímenes contra los derechos humanos.¹¹²

¹¹² Louise Arbour citada en: Howard Ball, op.cit., p.235.

CAPITULO III

LA NEGOCIACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA

Los tribunales internacionales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y Ruanda confirmaron la tendencia del derecho internacional que existen principios aplicables a toda la humanidad y que éstos trascienden las leyes internas de cada Estado. Como avance en este proceso, el estatuto de Roma logró definir y codificar esos principios. Este tratado internacional tiene competencia sobre tres crímenes: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. El crimen de agresión, que no llegó a ningún consenso sobre su definición, se incluyó en el Estatuto debido a que varios países presionaron para incluirlo. Sin embargo, quedó pendiente la definición de sus elementos. La Asamblea de Estados Partes es responsable de crear un comité especializado para completar la definición de este crimen.

La Conferencia de Roma no puede explicarse sin tomar en consideración la convivencia entre lo político y lo legal:

Limitar la competencia de la corte a genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad (la posición de la mayoría) o incluir crímenes como tráfico de drogas, secuestro de aviones y terrorismo; requerir la autorización del Consejo de Seguridad para iniciar una investigación o dar esa capacidad a un fiscal independiente o a los estados parte; adoptar un esquema de competencia amplia o limitada- todas estas preguntas de diseño institucional no son susceptibles de resolverse mediante la simple aplicación de principios legales preexistentes [...] Sin embargo sería incorrecto

decir, teórica y descriptivamente, que el derecho no controló los puntos de discusión en Roma.¹¹³

La creación del Estatuto se dio en un momento donde ya existían normas e instituciones judiciales internacionales que condicionaron el proceso. El consenso se formó a partir del principio de que el individuo es sujeto del derecho internacional, con la capacidad de ser sometido a juicio por los crímenes más graves.

La preparación para la Conferencia de Roma se dio en diciembre de 1989, en la Asamblea General de la ONU. Por iniciativa de Trinidad y Tobago y en relación al tráfico de drogas y crimen transnacional organizado, vuelve a discutirse la creación de una corte penal internacional. En 1993, la Asamblea General pidió a la Comisión de Derecho Internacional elaborar el borrador de un estatuto para una convención sobre el establecimiento de una corte permanente. El borrador se completó un año después.

En 1995, la Asamblea General formó un comité (conocido como el Comité *ad hoc*) para trabajar con el borrador de la Comisión de Derecho Internacional. Copiando el perfil de los tribunales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y de Ruanda, la Comisión de Derecho Internacional consideró que la corte penal internacional debía tener primacía sobre las cortes nacionales. Sin embargo, en una decisión sin precedentes, el Comité *ad hoc* creó lo que fue la piedra angular del estatuto de Roma: el principio de la complementariedad¹¹⁴, es decir, que la corte sólo podrá actuar cuando un estado sea incapaz o no esté dispuesto a ejercer jurisdicción. Otro avance del

¹¹³ David Wippman, "The International Criminal Court", en: Christian Reus-Smit, The Politics of International Law, Cambridge University Press, 2004, p. 153.

¹¹⁴ También se le conoce como "subsidiariedad".

Comité fue que, a diferencia de todos los trabajos anteriores, definieron de manera exacta y con detalle los crímenes de competencia de la corte y los incluyeron en el Estatuto.¹¹⁵ Como se vio en los capítulos anteriores, los otros tribunales dejaban estas definiciones a la discreción de los jueces. Además, los elementos del crimen siempre habían estado separados de los estatutos. Esta vez, el Comité *ad hoc* incluyó las definiciones de los crímenes y los principios generales de derecho en el Estatuto.

Utilizando el borrador del estatuto, en diciembre de 1995 la Asamblea General creó el “Comité Preparatorio” que convocaba a los estados, organismos internacionales y ONG’s a discutir los elementos administrativos y sustantivos del borrador. Después de dos años de trabajo, el Comité Preparatorio formuló finalmente un texto que contenía 116 artículos con 1,400 paréntesis que resaltaban los puntos de desacuerdo entre los estados. Los paréntesis contenían opciones que indicaban la falta de consenso y pronosticaban negociaciones difíciles en Roma.¹¹⁶ A pesar de que varias delegaciones vieron esto como una señal de alarma, el Comité Preparatorio logró organizar discusiones separadas de los temas más sensibles, como el de la complementariedad, la independencia del fiscal y la relación entre el Consejo de Seguridad y la corte. Esto permitió que la Conferencia pudiera avanzar sin quedar estancada por ningún tema particular.

Los comités de preparación para la conferencia se dividieron en grupos de trabajo donde participaron organismos internacionales y ONG’s

¹¹⁵ William A. Schabas, *op.cit.*, p.14.

¹¹⁶ Philippe Kirsch, John T. Holmes, “The Rome Conference on an international criminal court: The negotiating process”, The American Journal of International Law, (93) 1999, p.2.

especializadas en temas particulares como derecho internacional humanitario, derechos humanos, procesos de extradición, cooperación internacional, víctimas, financiamiento internacional, etc. La Conferencia de Roma copió esta estructura y dividió en grupos de trabajo las trece partes del Estatuto.¹¹⁷ Paralelamente se constituyeron grupos regionales y políticos que influyeron en la Conferencia de Roma. El más importante de estos, la ‘coalición de potencias afines’ (‘Like-minded countries’), jugó un papel fundamental que logró frustrar varios obstáculos impuestos por las grandes potencias.¹¹⁸

Sin embargo, la forma de organización no basta para explicar por qué se logró por fin consolidar el proyecto de una corte penal internacional permanente. Si bien la evolución de las normas internacionales a partir de los principios de Nuremberg es la raíz de este proyecto, conviene destacar los factores circunstanciales que permitieron el establecimiento de la CPI. Cabe resaltar que la CPI se creó aún cuando potencias como Estados Unidos, China, India, y Rusia se opusieron al Tratado. El análisis sobre la negociación en Roma refleja que el interés político de los estados es uno de varios factores que influyeron en el Tratado. Este capítulo expone dos causas fundamentales por las que se logró el estatuto de Roma: un orden internacional favorable a la institucionalización de principios preestablecidos y la introducción de

¹¹⁷ Mahnoush H. Arsanjani, “The Rome Statute of the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, (93) 1999, p.23. Las trece partes del Estatuto son: 1. El Establecimiento de la Corte; 2. Competencia, Admisibilidad y Derecho Aplicable; 3. Principios Generales del Derecho Penal; 4. Composición y Administración de la Corte; 5. Investigación y Enjuiciamiento; 6. El Juicio; 7. Las Penas; 8. Apelación y Revisión; 9. Cooperación Internacional y Asistencia; 10. Ejecución de la Pena; 11. Asamblea de Estados Parte; 12. Financiación; 13. Cláusulas Finales.

¹¹⁸ Loc.cit.

mecanismos 'conciliatorios' en el Estatuto para permitir el consentimiento de varios Estados.

Roma como escenario de un nuevo orden mundial: las ONG's y la 'coalición de potencias afines'

La situación internacional posterior a la Guerra Fría permitió que la Asamblea General de la ONU diera carácter prioritario, no sólo formal, al proyecto de estatuto para una corte penal internacional. El establecimiento de los comités preparatorios no involucró un grupo reducido de juristas internacionales independientes, sino que hubo un grupo de trabajo de estados miembros, organizaciones internacionales y ONG's que cabildeaban y negociaban entre sí. Estos grupos de trabajo tuvieron suficiente apoyo internacional y voluntad política para revivir este proyecto, gracias a que por primera vez el orden internacional no impidió la negociación entre estados para crear una institución de esa naturaleza. Esa voluntad política respondía a las presiones de la comunidad internacional por mantener la paz y la seguridad mundial, así como evitar que los crímenes más graves quedaran impunes. Como dice David Wippman, "el tratado de Roma refleja el deseo de resolver problemas de acción colectiva y reducir los costos inherentes de los tribunales *ad hoc*. Sin embargo, el tratado proviene principalmente del deseo de muchos participantes en las negociaciones para desarrollar normas de comportamiento legítimo para actores estatales y no estatales".¹¹⁹ En el mismo sentido, Roma fue un acontecimiento legal donde algunos intereses políticos lograron trascender únicamente cuando se sustentaban en principios de derecho internacional.

¹¹⁹ David Wippman, op.cit. p. 153.

Del 15 de junio al 17 de julio de 1998, 160 países negociaron el estatuto de Roma junto con 33 organizaciones internacionales y una coalición de 236 ONG's. Al final de la conferencia, se aprobó el Estatuto por 120 votos a favor, 7 en contra (incluyendo China, Estados Unidos e India) y 21 abstenciones (incluyendo Turquía, Singapur y México). El número de países participantes ha sido el más grande en cualquier conferencia de las Naciones Unidas para la codificación del derecho internacional de las Naciones Unidas.¹²⁰ El Secretario General de la ONU, Kofi Annan, utilizó por primera vez fondos de su oficina para financiar la estancia de treinta y cinco delegados de los países más pobres durante la conferencia. Desde el comité preparatorio se había acordado la lista de ONG's invitadas a participar que revisó el Secretariado con la ayuda de la coalición de ONG's por una Corte Penal Internacional.¹²¹ Los doscientas treinta y seis ONG's acreditadas se constituyeron en un foro de debate, que llevó a la agenda de negociación varios temas de interés particular, como la tipificación de algunos crímenes de guerra, específicamente, la deportación y delitos sexuales como la violación y esterilización forzada.¹²² La Coalición por una Corte Penal Internacional (CICC, por sus siglas en inglés) organizó ella misma la participación de las ONG y permitió su entrada a mesas de trabajo regionales y temáticas, lo que favoreció el cabildeo. La participación de ONG en mesas de negociación internacionales es tan común hoy en día que, como

¹²⁰ Philip Nel, "Between counter-hegemony and post-hegemony: The Rome Statute and normative innovation in world politics", Enhancing Global Governance: Towards a New Diplomacy?, Andrew F.Cooper, John English y Ramesh Thakur, eds., United Nations University Press, 2002, pp.157-158.

¹²¹ Loc.cit.

¹²² Las delegaciones de ONG's más grandes e influyentes en la Conferencia de Roma fueron las de Amistía Internacional, Human Rights Watch y Lawyers Committee for Human Rights, también representadas dentro de la Coalición por la Corte Penal Internacional (CICC, por sus siglas en inglés).

lo señala Eric K. Leonard, “la comunidad de Estados invita a las ONG’s a sentarse con los delegados, negociar con ellos y asistirlos. La conferencia de Roma es un ejemplo más de la influencia y la importancia de las ONG durante los procesos de negociación.”¹²³

Sería exagerado proponer que la participación de las ONG’s en Roma favoreció un proyecto internacional democrático o expresó a la “sociedad civil internacional”.¹²⁴ Pero sí consolidó una nueva forma de diplomacia internacional, en la que muchas decisiones dejaron de tomarse en el Consejo de Seguridad, como sucedió sin excepción durante la Guerra Fría. Si bien hubo temas que reflejaron los viejos mecanismos de poder y así quedaron plasmados en el estatuto de Roma, otros se alejaron de la estructura hegemónica para favorecer el establecimiento de coaliciones y trascender los temas de seguridad tradicionales (dominio exclusivo de las potencias).

Las ONG’s lograron influir en Roma por las mismas razones que destacan Margaret Keck y Kathryn Sikkink en su artículo sobre redes transnacionales de influencia:

la capacidad de influir es posible porque los actores de estas redes contribuyen simultáneamente a definir el asunto en cuestión, convencer a los públicos elegidos de que los problemas así definidos tienen solución, prescribir soluciones y vigilar que éstas se adopten...las redes articuladas en torno a un asunto son más efectivas cuando están integradas no sólo por ONG sino también por individuos que forman parte de fundaciones, órganos

¹²³ The Onset of Global Governance, International Relations Theory and the International Criminal Court, Estados Unidos, Ashgate Publishing Company, 2005, p. 135.

¹²⁴ Serge Sur, “Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité”, Revue Générale de Droit International Public, (3) 1999, p. 31.

estatales u organizaciones internacionales, o incluso por sectores completos de éstos. Son ámbitos de la política en los que la división entre los actores sobre los que se busca influencia y los que pretenden influir rara vez coincide exactamente con la de 'Estado' y 'sociedad civil.'¹²⁵

Del mismo modo, en la conferencia de Roma una coalición de fuerzas no estatales presionó a los estados y a la vez trabajó con ellos para llegar a un acuerdo. Esto no quita que se fijaron límites para la puesta en práctica de los acuerdos. El Estatuto fue producto de una votación, no del consenso como algunos esperaban. En opinión de ciertos críticos, el Estatuto es un documento que, si bien expresa las tendencias de los grupos de influencia principales, está lleno de soluciones técnicas forzadas, fórmulas extrañas y concesiones que no satisfacen a nadie por completo.¹²⁶ Pero el estatuto de Roma es también el primer tratado que recoge la evolución conceptual de la responsabilidad del individuo frente al derecho internacional, desde los principios anclados en Nuremberg hasta las sentencias dictadas en los tribunales de Ruanda y la antigua Yugoslavia. Por eso el resultado de la Conferencia de Roma es un gran avance, sobretudo porque se establece por primera vez un órgano permanente que se rige por los principios más innovadores del derecho internacional hasta nuestros días.

Es verdad que el estatuto de Roma contiene ambigüedades como: la relación entre el Consejo de Seguridad y la CPI, reglas de procedimiento contradictorias que vinculan el derecho común y el derecho civil, la

¹²⁵ "Redes transnacionales de cabildeo e influencia", Foro Internacional, (34)1999, pp.413-414.

¹²⁶ Phillippe Kirsch, John T. Holmes, art.cit., p. 11.

participación de personas como testigos y víctimas en un mismo procedimiento, los derechos de la defensa frente a la participación de las víctimas desde la primera etapa del juicio, entre muchas más. Pero en palabras del presidente de la CPI, Philippe Kirsch, son “ambigüedades constructivas”, es decir, espacios de interpretación donde los jueces tendrán que decidir conforme a la jurisprudencia y práctica de otros tribunales. Los casos recientes de la Corte que se analizan en el siguiente capítulo muestran que los jueces han superado varias de esas ambigüedades evitando la parálisis en el procedimiento. No obstante, no se ha actuado con la rapidez que se deseaba: en el caso de Thomas Lubanga, el primer acusado que enfrenta juicio, la defensa objetó que se vulneraron sus derechos debido a una detención injustificadamente larga en la etapa preliminar del juicio, que duró un año y donde se emitieron aproximadamente trescientas decisiones de los jueces.¹²⁷ No obstante, en el caso de Tadic, el primer acusado ante el tribunal de la Antigua Yugoslavia, también se retrasó porque cada decisión implicaba para los jueces definir la dirección que Tribunal iba a tomar.

Por otra parte, los avances conceptuales del Estatuto permiten un mejor desempeño en sus juicios: por ejemplo, se establece que los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos en tiempos de guerra o de paz, en conflictos internos o internacionales; la violencia sexual fue tipificado como crimen específico; el principio de “Responsabilidad del Comandante” permite fincar responsabilidad directa de los acusados ante un crimen; etc. Estos conceptos no se encontraban tipificados en los tribunales *ad hoc*, donde las salas de

¹²⁷ http://www.icc-cpi.int/cases/RDC/c0106/c0106_docPreTrial5.html

apelación tuvieron que resolver las controversias que emanaban de ese vacío legal.

Además del papel importante que desempeñaron las ONG's en la Conferencia de Roma, la coalición de potencias afines impulsó el estatuto de Roma hasta su adopción. Con Canadá a la cabeza, esta coalición incluía un grupo geográficamente heterogéneo de 60 países que abogaban por una corte independiente.¹²⁸ Los principios con los que se comprometieron los países miembros de la coalición eran la eliminación del veto del Consejo de Seguridad en casos de investigación y juicio; la independencia del fiscal; la posibilidad de que éste iniciara procedimientos; la prohibición de reservas al Estatuto y la jurisdicción universal sobre individuos responsables de crímenes de guerra en cualquier parte del mundo.¹²⁹ El mayor anhelo de la coalición fue lograr el establecimiento de la Corte como órgano permanente; el aglutinarse los intereses de numerosos estados, les permitieron dominar la Conferencia. Otro factor que aseguró la influencia de la coalición fue que varias funciones clave de la Conferencia quedaron a cargo de delegaciones parte de la coalición, entre ellas la presidencia del Buró del Comité del Pleno y las representaciones de casi todos los grupos de trabajo.¹³⁰

Por otra parte, hubo grupos adversos a la coalición, en particular los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Gran Bretaña se unió a la coalición a raíz del triunfo del Partido Laborista, pero los demás miembros permanentes del Consejo de Seguridad buscaron asegurarle un papel

¹²⁸ Los países de la Unión Europea formaban la mayoría de las potencias afines porque el proceso de integración europea provocó que se aceptara más fácilmente un órgano judicial externo.

¹²⁹ William S. Schabas, *op.cit.*, p.15.

¹³⁰ *Ibid.*, p.16

importante a éste órgano en la Corte y pugnaron porque las armas nucleares no quedaran prohibidas en el Estatuto. Un tercer grupo, el de México, India y Egipto, entre otros, se oponía a los miembros del Consejo de Seguridad, pero debido a su larga tradición de defensa de la soberanía, buscaban también limitar los poderes de la Corte.¹³¹

Estados Unidos ejerció presiones contra de coalición todo el tiempo. Junto con China y Francia, la fórmula que defendía era que los casos pudieran provenir del Consejo de Seguridad únicamente. Como medida para proteger a los soldados estadounidenses en misiones de paz en el mundo, proponían que se requiriera el consentimiento del Estado al que pertenecía el responsable antes de enjuiciarlo. Pero los grupos rivales a esta fórmula eran mucho más numerosos y dinámicos, de modo que las propuestas estadounidenses no encontraron eco. Estados Unidos estaba sólo; a pesar tener intereses en la mayoría de los grupos de trabajo, no podía asistir a todas las reuniones. John Washbourn, el Vicepresidente del Comité de Washington para la Corte Penal Internacional, señaló: “En negociaciones futuras tan complejas e importantes como ésta, Estados Unidos tendrá que considerar cuáles son sus intereses prioritarios y encontrar aliados que compartan la responsabilidad de protegerlos.”¹³²

La Conferencia de Roma logró superar las barreras de las potencias gracias a la coalición y las presiones de las ONG para impulsar el proyecto y evitar que se estancara en las cuestiones más difíciles: la relación entre la CPI

¹³¹ Philippe Kirsch, John T. Holmes, art.cit., p.4. Otros grupos incluyeron el de los países árabes quienes presionaban por la prohibición de las armas nucleares y apoyaban la inclusión de la pena de muerte en el estatuto.

¹³² “The Negotiation of the Rome Statute for the International Criminal Court, Lawmaking in the 21st Century”, Pace International Law Review, 11 (1999), p. 6.

y el Consejo de Seguridad, la definición exacta de los crímenes bajo su jurisdicción y la jerarquía de este órgano frente al derecho interno. A continuación describo los mecanismos que adoptaron para resolver estos problemas.

Los resultados de la negociación: mecanismos 'conciliatorios', innovaciones y anomalías

El estatuto de Roma recoge principios anclados en el derecho internacional a partir del establecimiento de tribunales *ad hoc* en el Siglo XX. Sin embargo, la negociación de un tribunal permanente dio pie a innovaciones basadas en acuerdos conciliatorios entre países. Estos arreglos reflejan el común denominador de los intereses de la mayoría, aunque también los de las potencias.

Philippe Kirsch, presidente del Comité del Pleno, declaró que una de las razones para establecer la CPI es “alejarnos del monopolio que tenía el Consejo de Seguridad”.¹³³ No obstante, el Estatuto refleja la negociación con los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, quienes buscaban un papel de peso en este órgano, porque una de las formas por las que se otorga competencia a la CPI es a iniciativa del Consejo de Seguridad. La experiencia de los Tribunales de Ruanda y la antigua Yugoslavia ilustra lo que sucede en estos casos, es decir, que el Consejo de Seguridad utiliza esa atribución cuando ninguno de sus miembros permanentes esté en desacuerdo. Pero, a diferencia de los Tribunales anteriores, en ninguna parte del estatuto de Roma

¹³³ Reed Brody, “International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court”, The American Journal of International Law, 96(2002), p. 269.

se estipula que el Consejo de Seguridad seguirá ocupándose de los casos que refirió, sino que la CPI tendrá jurisdicción plena e independiente de la ONU.

Además de remitir una investigación a la CPI, el Consejo de Seguridad puede intervenir mediante el artículo 16 para suspender la investigación o procedimiento llevado a cabo por un período de 12 meses y con capacidad de volver a invocar la suspensión al acabar este período. Si bien este artículo se creó gracias a la influencia política de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, vale la pena analizar también las razones legales que lo sustentan.

A raíz de las experiencias recientes de los tribunales internacionales *ad hoc* y de amenazas a la paz y seguridad mundiales, como ocurrió en los últimos años en Timor Oriental, Sierra Leona y Haití, el Consejo de Seguridad propuso la judicialización como herramienta para enfrentar su discrecionalidad.¹³⁴ Sin embargo, la compleja relación entre la paz y la justicia ha provocado que en ocasiones el Consejo de Seguridad posponga o sacrifique la justicia en aras de la paz.¹³⁵ Por eso la tendencia de recurrir a la justicia internacional como mecanismo de paz ha sido poco uniforme en la ONU. Los conflictos que han resurgido en regiones donde ya se encontraban

¹³⁴ Javier Dondé Matute, "El Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional: Perspectivas para la remisión de casos", Inter Criminis, INACIPE, (6) 2006, p.100.

¹³⁵ En el caso de Sierra Leona, en 1999 el Consejo de Seguridad optó primero por establecer una Comisión de la Verdad y la Reconciliación a partir del Acuerdo de Paz (Acuerdo de Lomé) entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona. Sin embargo este acuerdo no se cumplió y la violencia se intensificó, por lo que el Consejo de Seguridad en su resolución 1315 reconoció que "en las circunstancias particulares de Sierra Leona el establecimiento de un sistema de justicia y rendición de cuentas por los gravísimos crímenes cometidos en ese país pondría fin a la impunidad y contribuiría al proceso de reconciliación nacional y al restablecimiento y mantenimiento de la paz" (<http://www.un.org/french/docs/sc/2000/res1315f.pdf>)

las fuerzas de la ONU negociando la paz (Camboya, Sierra Leona, Haití, Timor Oriental y la República Democrática del Congo) confirman cada vez más que la paz sin justicia no es una paz duradera. En los últimos treinta años, Angola, Argentina, Brasil, Camboya, Chile, Costa de Marfil, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Perú, Sierra Leona, Sudáfrica, Togo y Uruguay han negociado tratados de amnistía a cambio de paz.¹³⁶ La mayoría de estos países volvieron a caer en la violencia tras negociar la paz; las autoridades de facto volvieron a someter a su población; la corrupción incrementó y resurgieron los abusos graves de los derechos humanos. Tales escenarios reflejan que la reconstrucción de países en guerra necesita la legitimidad en el derecho y el establecimiento de la verdad a partir de hechos concretos, ventaja ineludible de los procesos judiciales sobre las comisiones de la verdad.¹³⁷

Aún así hay quienes sostienen que la prioridad del Consejo de Seguridad es frenar la violencia de inmediato, lo que muchas veces implica negociar la paz con los perpetradores de ésta. La controversia se plasmó en el artículo 16 del estatuto de Roma, pues en situaciones de extrema violencia la investigación de personas vinculadas con el proceso de paz puede amenazar su cumplimiento. También el artículo 53 del Estatuto señala que:

[e]l fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: [...] existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los

¹³⁶ Michael P. Scharf, art.cit., p. 342.

¹³⁷ Para un análisis exhaustivo de la relación entre las comisiones de la verdad y los procesos de justicia, léase: Martha Minow, op.cit.

intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

Sin embargo, el Estatuto prevé que los jueces deben evaluar esta decisión del fiscal, quienes de acuerdo al derecho internacional (específicamente a la Convención de Viena) deberán interpretar el Tratado de Roma según su contexto, su espíritu y propósito. Así, se deberá respetar el preámbulo, donde los Estados Parte deciden “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.¹³⁸ Pero más allá de lo estipulado en el Estatuto, las fronteras del artículo 16 y 53 están por definirse. En diciembre de 2004, el fiscal de la CPI reunió a varias ONG para consultar sobre el significado de la frase “interés de la justicia”. Una de estas ONG, Human Rights Watch, preparó un documento en el que recomendó al fiscal adoptar una definición limitada de la frase. El documento concluye que la justicia no es un obstáculo sino una condición necesaria para la paz y, como tal, la implicación del artículo 53 debe ser únicamente en cuanto a tiempos para actuar, y no para cancelar una investigación debido a negociaciones de paz, amnistías o controversias políticas. La creación del artículo 53 no fue para proteger la discreción política del fiscal sino para balancear las consecuencias políticas de su trabajo con los esfuerzos de paz y seguridad mundiales.¹³⁹

La CPI puede atraer casos mediante tres vías: la remisión por vía del Consejo de Seguridad, vía un Estado o *motu proprio* por el fiscal. Apenas iniciada la Corte, se criticó los mecanismos de competencia porque, a pesar de

¹³⁹ Human Rights Watch, “The Meaning of the ‘Interests of Justice’ in Article 53 or the Rome Statute”, junio 2005, <http://hrw.org/campaigns/icc/docs/ij070505.pdf>

que terminarán por equilibrar el poder de injerencia de las potencias o el Consejo de Seguridad sobre los casos que lleguen a la Corte, era probable que este órgano de la paz refiera la mayoría de los casos. Geoffrey Roberston advirtió que la CPI se podía convertir “en un ‘tribunal permanente *ad hoc*’, dependiente de las referencias del Consejo de Seguridad de investigar crímenes de lesa humanidad en países como Ruanda y la antigua Yugoslavia donde ninguno de los combatientes tiene el apoyo de alguna superpotencia”.¹⁴⁰ Sin embargo, la experiencia reciente de la CPI muestra que son los Estados quienes han referido tres de las cuatro situaciones que investiga la Corte: la República Centroafricana, la República Democrática del Congo, y Uganda refirieron su situación al fiscal, y Sudán lo refirió el Consejo de Seguridad.

Otro objeto de serias dudas es el principio de complementariedad, quizá el más importante e innovador de la Corte, que la distingue de todos los tribunales previos. Este principio se refiere a la relación entre los tribunales nacionales y la CPI, y refleja el conflicto de países que buscan defender su soberanía, pero al mismo tiempo establecer un órgano independiente y efectivo con jurisdicción internacional sobre los crímenes más graves.¹⁴¹ Como lo señala Cherif Bassiouni, quien presidió el comité de redacción de la Conferencia Plenipotenciaria para la creación de la CPI, “nunca hubo la intención de crear una corte supra-nacional ni lo hubieran aceptado así la mayoría de los estados. Siempre se le concibió como una institución legal

¹⁴⁰ Crimes Against Humanity, The Struggle for Global Justice, Nueva York, New Press, 1999, p.350.

¹⁴¹ Susan Hannah Farbstien, op.cit., p. 70.

basada en un tratado internacional, que fuera el último recurso, protegiendo la primacía de los sistemas legales domésticos de las partes contratantes.”¹⁴²

Para conseguir la anuencia de los estados, se logró un equilibrio -por irreconciliables que parezcan a primera vista- entre la soberanía y el ejercicio de la jurisdicción internacional independiente del Estado en cuestión. El principio de complementariedad es fruto de una negociación difícil. Más allá de lo que indica sobre la negociación de la CPI, la complementariedad ilustra las oportunidades y trabas que tendrá el Tribunal en la práctica.

Este principio denota el conflicto, a la luz del derecho internacional, que deriva de proteger la soberanía estatal sin permitir la violación de los derechos humanos. En el Siglo XX, el concepto de la soberanía como única fuente de autoridad del Estado fue desgastándose frente al auge de temas relativos a derechos humanos, justicia y seguridad. El cambio en la concepción clásica de la soberanía ha permitido, a su vez, innovaciones mundiales como el establecimiento de la CPI, que fue posible porque el concepto de soberanía fue cediendo ante el concepto de jurisdicción universal en los casos de Nuremberg, Tokio, Ruanda, la antigua Yugoslavia y Pinochet en Chile. Con estos antecedentes, la comunidad internacional pudo definir, mediante la norma de complementariedad, el perímetro de acción en los casos de crímenes contra la humanidad: genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

La complementariedad en el Estatuto está vinculada a los crímenes bajo competencia de la Corte, las condiciones de admisibilidad y derecho aplicable, la cooperación y asistencia internacional, entre otros asuntos. Como este

¹⁴² “The ICC: Quo Vadis?”, Journal of International Criminal Justice, Julio 2006, p.421.

principio está estipulado en varios artículos, en la negociación los países estaban dispuestos a adoptar un artículo sin conocer el lenguaje y contenido de los demás artículos. Sin embargo, una vez cerrada la controversia sobre el Artículo 17, que se refiere a la admisibilidad de la Corte, se aseguró la adopción de los demás artículos y del Estatuto en general. Ese artículo se estipula que:

1. La Corte [...] resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:
 - a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que [ese Estado] no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;¹⁴³

En el tercer párrafo se definen los términos por los cuales se determina la incapacidad de investigar o enjuiciar un asunto:

la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas [ni de] los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.¹⁴⁴

Una vez que quedaron establecidos los crímenes bajo jurisdicción (dejando a un lado propuestas por incluir el tráfico de drogas, terrorismo, lavado de dinero y tráfico de armas), los estados pudieron aceptar la competencia inmediata de la Corte sin que ésta dependa del consentimiento previo del Estado. En otras palabras, el principio de complementariedad no significa que la Corte solamente actúe cuando un estado se lo permita, sino

¹⁴³ Artículo 17(1)(a), Estatuto de Roma,
www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute

¹⁴⁴ Loc.cit.

que su competencia es inmediata cuando se cumplen los requisitos de admisibilidad (que el Estado no pueda o se abstenga de ejercer su propia jurisdicción).

Por otro lado, el principio innovador de la complementariedad no sólo indica capacidad de la CPI para ejercer su jurisdicción sin vulnerar la soberanía de los países, también exhibe capacidad real de funcionamiento. A pesar de opiniones como las del delegado de Alemania durante la Conferencia de Roma, en el sentido de que “el régimen de complementariedad del Estatuto es bastante fuerte, pero su competencia no lo es [...] debido a la posición sumamente restrictiva de Estados Unidos”,¹⁴⁵ el Estatuto sí abre posibilidades específicas de ejercer jurisdicción en situaciones como las que se indican en el artículo 17, párrafo tercero. Los casos recientes de la Corte muestran su capacidad para continuar con las investigaciones y proceder a juicio. Sin embargo, esos casos también han demostrado que el buen funcionamiento de la Corte depende de la cooperación y voluntad de los estados: todos los mecanismos estipulados en el Estatuto no son suficientes para asegurar su efectividad.

En la práctica, la complementariedad es muy difícil de ejercer. Para contrarrestar la presión política internacional o para evitar que un acusado llegue a juicio, el Estado puede disimular un proceso judicial o una investigación. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos muestra mecanismos legales que determinan el debido proceso judicial, en el cual debe haber un plazo razonable de tiempo, sin atrasos injustificados en la investigación o durante el juicio. Para cada investigación

¹⁴⁵ Reed Brody, art.cit., p. 269.

que ejerza el fiscal, hay un examen de complementariedad antes de presentar la acusación ante los jueces. Posteriormente le toca a la sala de cuestiones preliminares comprobar los hechos con la información del fiscal, llamar a las autoridades del estado si es necesario y determinar si se cumplen los requisitos de la complementariedad. Como muchos principios abstractos de derecho, éste es uno que el juez debe aplicar según su propio criterio y ofrecer la mejor interpretación posible de acuerdo a los hechos.

Como hemos visto, la jurisdicción de un tribunal internacional depende de sus facultades legales, pero también de los mecanismos políticos que aplique hasta lograr que los estados cooperen para trasladar sospechosos, proveer de información y hacer todo lo que haría la policía local si el caso estuviera sujeto a la legislación doméstica. La conjunción de factores legales y políticos determina el funcionamiento de la CPI. Así como es imposible explicar los tribunales *ad hoc* de Nuremberg, Tokio, la antigua Yugoslavia y Ruanda sin mencionar tanto sus facultades judiciales como las limitaciones y los aciertos políticos de sus fiscales, la CPI no funcionará a falta de uno de estos dos tipos de factores. El camino que han recorrido esos tribunales indica que su efectividad ha variado, puesto que los factores políticos y los estatutos fueron cambiando a lo largo del proceso. De igual forma, la CPI utiliza mecanismos políticos o de procedimiento legal no especificados en su Estatuto, para mejorar su efectividad.

CAPITULO IV

EL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El 1º de julio de 2002 la Corte Penal Internacional (CPI) entró en vigor una vez que se habían depositado las sesenta ratificaciones que estipula el Artículo 126 del Estatuto de Roma. En marzo del siguiente año, la Corte quedó oficialmente inaugurada. El 20 de noviembre de 2003, la Asamblea de Estados Signatarios de la Corte eligió a dieciocho magistrados y nominó a Luis Moreno Ocampo de Argentina para la fiscalía. Los magistrados eligieron a Philippe Kirsh de Canadá como presidente de la Corte. Al día de hoy, 104 países han ratificado el Estatuto de Roma, en virtud de lo cual se convirtió en el tratado de derecho internacional con mayor número de signatarios.

Sin embargo, como se verá en este capítulo, el número de países signatarios no basta para que la Corte cumpla efectivamente con su trabajo; sino que también son necesarias la participación y el compromiso activo de las partes, así como la legitimación por parte de la sociedad civil internacional. Más todavía, el análisis del funcionamiento de la CPI incluye el examen de los obstáculos a su funcionamiento que se derivan de su naturaleza jurídica e internacional. Asimismo, hay que analizar los casos recientes para evaluar si esos obstáculos se han podido superar.

Como se ha visto más arriba, la experiencia en el pasado de tribunales internacionales brinda lecciones que vale la pena resaltar algunas:

- Los crímenes que son competencia de la Corte son masivos, cuyo esclarecimiento exige una investigación sumamente exhaustiva

en regiones inseguras. En estas condiciones las investigaciones de los tribunales se han visto paralizadas.

- En muchos casos la Corte no está familiarizada con la región donde ejercerá su jurisdicción; este desconocimiento puede acarrear un cierto grado de ilegitimidad que puede traducirse en una pobre disposición a la cooperación de la población y de las autoridades. Además, la falta de conocimiento de las culturas y puede provocar la polarización de las sociedades en conflicto y agravar las dificultades que se oponen a su solución.
- Los juicios de la Corte ocurren a miles de millas del conflicto, y se desarrollan conforme a las reglas de sistemas legales y lenguajes ajenos a las poblaciones involucradas en el conflicto en cuestión.

La cooperación como requisito imprescindible para el funcionamiento de la CPI

El verdadero talón de Aquiles de la CPI es la cooperación de los Estados involucrados en el conflicto, que es un requisito fundamental para el ejercicio de su jurisdicción. El preámbulo del Estatuto afirma que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.¹⁴⁶ En la inauguración de la Corte, el presidente Philippe Kirsch advirtió lo mismo: “es importante apreciar que, en muchos sentidos, [la CPI] no puede sostenerse sola. Es al mismo

¹⁴⁶ Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

tiempo independiente e interdependiente de muchas de las instituciones y actores de la comunidad internacional.”¹⁴⁷

La comprensión del ejercicio del derecho internacional requiere del análisis del sistema internacional como un conjunto de soberanías que, mediante la cooperación, se adhieren a un orden legal internacional. Hay una tensión práctica, si no teórica, entre la soberanía de los estados y el uso de la fuerza en la aplicación de la justicia internacional. En la sección IX del Estatuto de Roma (artículos 86 al 102), que define las pautas para la cooperación¹⁴⁸, aparece la diferencia entre el ejercicio del derecho internacional y las leyes nacionales, que se deriva fundamentalmente de la ausencia de una autoridad o policía que vigile su cumplimiento. A diferencia de las legislaciones nacionales la CPI es un sistema casi horizontal del ejercicio del derecho pues su funcionamiento eficaz depende de la cooperación de los Estados., La CPI depende del ejercicio de la fuerza de los Estados y de la transformación de las legislaciones nacionales que exige el cumplimiento de las obligaciones que

147

<http://www.iccnw.org/resourcestools/statements/others/KirshInauguration11Mar03.doc>

¹⁴⁸ El artículo 86 del Estatuto de Roma establece que los Estados signatarios “cooperarán plenamente con la Corte en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.” De manera más específica, el artículo 88 señala que “los Estados signatarios se asegurarán de que la legislación nacional incluya procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte.” Por otro lado, el principio de complementariedad anclado en el Estatuto de Roma también respeta las legislaciones nacionales cuando prevé la posibilidad de realizar consultas con la Corte para elegir la mejor forma de cooperación entre las que especifica el artículo 93 que incluyen: identificar y buscar personas u objetos; practicar y presentar pruebas (dictámenes, informes periciales, etc.); interrogar a una persona, entregar documentos oficiales; facilitar la comparecencia voluntaria de expertos o testigos; ayudar al traslado provisional de personas; realizar inspecciones; transmitir registros y documentos; proteger a víctimas y testigos; y decomisar bienes obtenidos del crimen; entre otros.

podría imponer la Corte o, en su caso, aplicar el principio de complementariedad. Estos dos elementos, la fuerza de los Estados y la complementariedad, están íntimamente vinculados a la cooperación que demanda el buen funcionamiento de la CPI.

La difícil relación entre la soberanía y la jurisdicción internacional es un tema que nunca desaparecerá mientras existan Estados soberanos. Si bien el derecho internacional define y limita las fronteras de la soberanía nacional, ésta se manifiesta cuando los Estados no cooperan y la comunidad internacional es incapaz de imponer su fuerza.¹⁴⁹ Los casos recientes de la CPI, que se verán más adelante, reflejan la tensión que existe entre la soberanía y la jurisdicción de órganos internacionales, que se traduce en los requisitos que la Corte impone a los Estados para entregar pruebas, trasladar a sospechosos, decomisar bienes y, principalmente, arrestar a personas.

Antonio Cassese, expresidente del Tribunal para la Antigua Yugoslavia, advierte el contraste entre la política internacional, muchas veces traducida como expresión de la soberanía de diferentes Estados, y el derecho internacional, traducido como expresión de la comunidad internacional:

“Mientras los Estados retengan aspectos esenciales de su soberanía y no construyan mecanismos efectivos para arrestar a personas y ejecutar sentencias, los tribunales penales internacionales no tendrán más que un impacto normativo. Vemos una vez más los límites que impone la política internacional al derecho internacional.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Antonio Cassese, citado en: Bruce Broomhall, International Justice and the International Criminal Court, between sovereignty and the rule of law, Oxford University Press, 2003, p.57.

¹⁵⁰ Loc.cit.

El apoyo del Consejo de Seguridad a las exigencias de cooperación de los Estados será muy importante para el funcionamiento de la CPI. Cuando un Estado no coopera, la CPI puede referir el asunto a la Asamblea de Estados signatarios o al Consejo de Seguridad.¹⁵¹ Sin embargo, en la negociación del Estatuto de Roma no se especificaron las medidas que la Asamblea de Estados signatarios pueda tomar en esos casos. Esto refleja que, a pesar de que las medidas coercitivas contra Estados que no cooperen sea una piedra angular, los negociadores no quisieron ahondar más en el tema por miedo a echar por tierra el proyecto con propuestas que comprometían el concepto de soberanía. Falta por ver cómo se irá pavimentando el camino y si esas medidas de presión internacional incluirán sanciones económicas multilaterales, condenas diplomáticas, o el uso de la fuerza por organismos internacionales como la OTAN, por ejemplo. Lo cierto es que, si las medidas de la Asamblea de Estados signatarios no son adecuadas, el apoyo del Consejo de Seguridad será determinante.¹⁵²

La participación irregular del Consejo de Seguridad en el ejercicio de los tribunales internacionales *ad hoc* enseña que la CPI tiene que robustecer un sistema de cooperación internacional ajeno a este órgano y no depender de él para el cumplimiento de sus funciones. Tal y como se vio en el capítulo anterior, la relación del Consejo de Seguridad y la justicia internacional depende en buena medida de las ventajas prácticas que la justicia internacional puede reportar a los trabajos del Consejo.

¹⁵¹ El artículo 87 del Estatuto permite que la Corte le pida a cualquier organización intergubernamental que disponga de formas de asistencia y cooperación que puedan ser acordadas en dicho organismo y de acuerdo a su mandato.

¹⁵² *Ibid.*, p.159.

El 4 octubre de 2004 varios órganos de las Naciones Unidas firmaron un acuerdo marco para la cooperación con la CPI. Este acuerdo establece los mecanismos para que las oficinas del Alto Comisionado de Derechos Humanos, el Alto Comisionado para los Refugiados, y el Consejero para la Prevención del Genocidio, entre otras, proporcionen a la Corte servicios, información y testimonios de funcionarios de la ONU. Esta decisión ha recibido numerosas críticas porque existe el riesgo de que los funcionarios de la ONU (que muchas veces intervienen en negociaciones de paz) comprometan su trabajo cuando son citados como testigos.¹⁵³

En noviembre de 2006, se presentó el caso de Thomas Lubanga Dyilo, un congolés acusado de reclutar a niños menores de 15 años a sus fuerzas armadas. El principal testigo del fiscal de la CPI en este juicio fue una trabajadora de la ONU –miembro de MONUC, las fuerzas de paz en el Congo– que dirigía la sección de investigación de niños en zonas de conflicto. Por un lado, al aportar de esta manera pruebas importantes al fiscal, la ONU mostró su disposición a cooperar con la CPI. Por otro, esta experiencia también permitió entrever los problemas que plantea ventilar los resultados de una investigación confidencial, pues la testigo reveló información sobre los métodos de trabajo de la MONUC, y al hacerlo dificultó las acciones de otros investigadores involucrados en el caso. Dadas las dificultades de investigar crímenes masivos en regiones de conflicto, la fiscalía ha presentado como pruebas las investigaciones de campo de organizaciones no gubernamentales y de periodistas, que son los únicos que han logrado entrar a la región en conflicto Y

¹⁵³ Hans-Peter Kaul, "Construction Site for More Justice: The International Criminal Court after two Years", American Journal of International Law, (99) 2005, p.382.

han llevado a cabo una observación directa. Aunque los jueces no aceptan estas investigaciones como pruebas, ni las han utilizado para tomar sus decisiones, vale la pena reconocer las dificultades que supone recabar pruebas en las circunstancias del conflicto.

Human Rights Watch, que ha trabajado en el Congo investigando la participación de niños en la guerra, tiene ahora dificultades para continuar su trabajo pues la fiscalía utilizó varias de sus publicaciones como pruebas. Todos los periodistas que den información a la CPI tendrán que tomar una decisión difícil, pues al hacerlo estarán posiblemente comprometiendo su trabajo como observadores neutrales de los conflictos. No obstante, en un juicio es inevitable cuestionar la imparcialidad de actores que testifican o entregan pruebas, incluyendo a grupos humanitarios. En un mismo sentido la misma pregunta se plantea para los cascos azules pueden ser actores parciales del conflicto.

Obstáculos políticos que dificultan el funcionamiento de la CPI

El primero de ellos tiene que ver con el financiamiento, estipulado en el artículo 117, que establece que provendrá de las contribuciones de sus estados miembros según la escala de Naciones Unidas que se basa en la riqueza y población de los países. La CPI también podrá aceptar fondos de la ONU para los casos que sean referidos por el Consejo de Seguridad y puede recibir contribuciones voluntarias de organizaciones o empresas internacionales. No obstante, a pesar de que Francia, Alemania, Canadá y la Gran Bretaña son contribuyentes importantes de la Corte, sus recursos son muy limitados. Esto ha dificultado el trabajo de la fiscalía y del fondo para víctimas, principalmente.

Los tribunales internacionales *ad hoc* han sido sumamente caros, lo que ha orillado a las Naciones Unidas a tomar decisiones que afectan su funcionamiento. En el caso de los tribunales mixtos de Sierra Leona y Camboya, todo el presupuesto proviene de contribuciones voluntarias, cuestión que amenaza la continuidad de sus operaciones. Un dilema similar enfrenta la CPI, pues debe encontrar el equilibrio entre su independencia y el buen funcionamiento, al mismo tiempo que necesita del apoyo financiero de organismos como las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos o la Unión Africana, que puedan vulnerarla. Los presupuestos anuales de la CPI han sido bastante modestos, y a pesar de que todavía no tiene que gastar en el cumplimiento de las sentencias de los acusados ni en la compensación a las víctimas, la diferencia de su presupuesto con el combinado de los tribunales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y Ruanda es enorme. El presupuesto anual de los tribunales *ad hoc* en el 2004 sumó más de 250 millones de dólares,¹⁵⁴ mientras que el presupuesto anual de la CPI para el 2005 se estimó en 82 millones de dólares.¹⁵⁵

Por otro lado, Estados Unidos, China, India, Rusia y Pakistán no pertenecen a la CPI. La ausencia de estos países representa un problema político grave, más allá de que su pertenencia a la Corte significaría el incremento de los recursos financieros de este órgano. Tres de esas potencias son miembros permanentes del Consejo de Seguridad y una de ellas, Estados

¹⁵⁴ Reporte del Secretario General de la ONU, "The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies", UN Doc. S/2004/616, en: Mahnoush H. Arsanjani, W. Michael Reisman, "The Law-in-Action of the International Criminal Court", American Journal of International Law, (99) 2005, p. 402.

¹⁵⁵ Jonathan O'Donohue, John Washburn, "Se aprobó el presupuesto para el 2005", Monitor de la Corte Penal Internacional, (28) 2004, p.4.

Unidos, ha encabezado una campaña agresiva contra la CPI¹⁵⁶. Me concentraré en el caso de Estados Unidos para valorar el impacto de su ausencia sobre el funcionamiento de la CPI.

Desde los tribunales *ad hoc* en La Haya y Arusha hasta poco antes de la Conferencia de Roma, Estados Unidos se había pronunciado a favor de una corte penal internacional. El presidente Clinton y la Secretaria de Estado Madeleine Albright, habían defendido simultáneamente los tribunales *ad hoc* así como la idea de uno permanente. Pero meses antes de Roma la intervención del Pentágono en la discusión sobre el tema empezó a cambiar la posición de Estados Unidos hacia una posición contraria a la CPI. En abril de 1998, el Pentágono convocó a más de cien militares de diferentes países para cabildear en contra de la CPI, arguyendo los riesgos de que las fuerzas de paz fueran sujetas a este tipo de corte.¹⁵⁷

Hasta agosto de 2007, Estados Unidos no ha ratificado el Estatuto de Roma y la actual administración ha dejado clara su firme oposición a la Corte por considerarla fundamentalmente defectuosa en muchos sentidos. El gobierno de Washington plantea la cuestión del Consejo de Seguridad *vis a vis* el fiscal de la Corte. Estados Unidos teme que al concederle al fiscal el poder de iniciar un juicio *motu proprio*, éste pueda cometer injusticias basadas en sus

¹⁵⁶ La oposición de Rusia, China e India se podría traducir más bien en ambivalencia. No hay campañas públicas de oposición sino más bien sus diplomáticos han lanzado comentarios negativos. (Olimpia Bekou, Robert Creer, "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter?", International and Comparative Law Quarterly, enero 2007, volumen 56, p. 54).

¹⁵⁷ Posteriormente, en un memorando el Pentágono advirtió sobre los peligros de la CPI tenga un fiscal con demasiada independencia para decidir sobre las investigaciones. (Eric Schmitt, "Pentagon battles plans for International War Crimes Tribunal", The New York Times, 14 de abril de 1998)

consideraciones personales o políticas. En otras palabras, la diferencia entre el fiscal y el Consejo de Seguridad es que este último trasciende posturas políticas individuales, es capaz de autorregularse y tiene una misión objetiva que cumplir.¹⁵⁸ Esta postura se desarrolló desde la Conferencia, donde los Estados Unidos presionaron para que sólo se trataran casos provenientes del Consejo de Seguridad. Además, como miembro permanente del Consejo, Estados Unidos posee el derecho de veto, facultad que le permitiría evitar que llegaran a la CPI casos que podrían afectarle.

Los argumentos en contra de la Corte que Estados Unidos dio en la Conferencia los ha mantenido hasta ahora: por ejemplo, que una corte independiente está sujeta a abusos de los jueces. En 2001, Henry Kissinger comentó que eso podría desatar “una tiranía universal de los jueces”¹⁵⁹, opinión que trajo muchas críticas por la falta de confianza de Estados Unidos en un sistema independiente e internacional en el que la potencia sería un actor más, sin privilegios: “La verdadera queja del Dr. Kissinger es la pérdida de poder de los diplomáticos.”¹⁶⁰

Otra objeción de Estados Unidos a la Corte tiene que ver con la jurisdicción sobre individuos originarios de Estados que no son parte del acuerdo. Desde la Conferencia, Estados Unidos quiso asegurarse por todos los medios posibles que ningún soldado americano estaría sujeto a la jurisdicción de la CPI sin su consentimiento. David Scheffer, embajador de Estados Unidos en la Conferencia de Roma, reiteró la condición de que, a menos que fuera el

¹⁵⁸ Bill Richardson, ex embajador de Estados Unidos, en: Howard Ball, op.cit., p.202.

¹⁵⁹ “The Pitfalls of Universal Jurisdiction”, Foreign Affairs, 80 (2001) 4, p.87

¹⁶⁰ Geoffrey Robertson, op.cit., p. 529.

Consejo de Seguridad quien remita el caso a la Corte, no podía haber ninguna otra forma en la que un individuo de un Estado no miembro sea sujeto a la jurisdicción de la Corte mientras se llevan a cabo operaciones de paz.¹⁶¹ A partir de esta postura, Estados Unidos decidió aprovechar la cláusula prevista en el artículo 98 del Estatuto de Roma para firmar acuerdos bilaterales en los términos que señala el mismo artículo:

“1. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado, a la inmunidad diplomática de una persona, o del bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para obtener la renuncia a la inmunidad.

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega [de personas] en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado requerido [...] para entregar a la Corte a una persona sujeta a su jurisdicción, a menos que ésta (la Corte) obtenga primero la cooperación del Estado requerido [...] para que dé su consentimiento a la entrega.”¹⁶²

En agosto de 2002, el Congreso estadounidense aprobó la ley de protección para sus soldados llamada “American Servicemembers Protection Act”, según la cual se cancelará la ayuda militar a los países no miembros de la OTAN que decidieran no acceder a firmar un tratado de protección en los

¹⁶¹ Robert W. Tucker, “The International Criminal Court Controversy”, World Policy Journal, (18) 2001, p. 78.

¹⁶² www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute

términos del Artículo 98. Este medio agresivo de conseguir acuerdos bilaterales logró que Estados Unidos consiguiera firmar cerca de cien tratados para junio de 2005. Sin embargo, la ley de protección a soldados ya había perdido importancia en el Congreso por las críticas de los países aliados en la guerra contra Irak y el esfuerzo de Estados Unidos por extender sus alianzas.

Otro recurso de Estados Unidos para imponer sus intereses fue lograr que el Consejo de Seguridad votara el 12 de julio de 2002 doce meses de inmunidad ante la CPI para soldados estadounidenses. Se alcanzó este compromiso gracias a que Estados Unidos lo impuso como condición al Consejo de Seguridad bajo amenaza de retirar a sus tropas de Bosnia si no se aceptaba el compromiso de inmunidad. Pero el escándalo público internacional que provocaron los abusos en las cárceles de Irak levantó de nuevo críticas en todo el mundo que impidieron la renovación del compromiso en el Consejo de Seguridad.

A pesar de obstáculos políticos importantes como la oposición de Estados Unidos, la Corte ha logrado atraer sus primeros casos y funciona actualmente como un órgano de justicia penal internacional. En todos y cada uno de estos casos la CPI se ha topado con problemas estructurales y políticos que limitan su capacidad, por ejemplo, la falta de cooperación de algunos gobiernos; la falta de legitimidad con las poblaciones donde provienen los casos; y las dificultades legales para interpretar el Estatuto de Roma. No obstante, cada caso también enfrenta dilemas particulares que vale la pena analizar. La intención de analizar los casos de Uganda, seguido de Darfur y finalmente el de la República Democrática del Congo, es para evaluar si los obstáculos estructurales y políticos de la Corte se han podido superar.

Casos actuales de la CPI

Uganda

Desde 1986, la población de Uganda ha sido víctima de una guerra entre el “Ejército de Resistencia del Señor” (Lord’s Resistance Army, LRA por sus siglas en inglés) y el ejército ugandés (Uganda People’s Defence Force, UPDF, por sus siglas en inglés), que ha cobrado decenas de miles de víctimas de ejecuciones, torturas, mutilaciones, secuestros y crímenes sexuales, entre otros. A raíz de la guerra, un millón y medio de personas (el 90 por ciento de la población del norte de Uganda) han sido desplazadas. Con apoyo del gobierno de Sudán, el grupo armado LRA se formó como una fuerza insurgente apoyándose en los remanentes de las fuerzas de Idi Amin, antiguo dictador de Uganda. El LRA ha intentado por la fuerza reclutar a la población Acholi, del norte de Uganda, para luchar contra el gobierno. Esta movilización se ha traducido en la captura forzada de miles de niños que constituyen más del 80 por ciento de las fuerzas del LRA. Antes de julio de 2006, fecha en que iniciaron las últimas pláticas de paz en la ciudad de Juba entre el LRA y el gobierno de Uganda, la capacidad del gobierno para reprimir la rebelión era nula frente al apoyo que el LRA recibía de Sudán. Grupos neutrales que estudian el conflicto, como International Crisis Group, reconocieron que Sudán ha sido una pieza central para la supervivencia del LRA, pues cada vez que el

ejército ugandés atacaba, los rebeldes se refugiaban en bases seguras al sur de ese país.¹⁶³

De 1986 hasta las pláticas de paz en Juba, cuyos resultados aún no se conocen en agosto de 2007, las negociaciones y promesas de amnistía a cambio de abandonar las armas no se cumplían porque alguno de los actores involucrados violaba los compromisos acordados. Por ejemplo, en el Acuerdo de Pece Pece del 3 de junio de 1988, el gobierno de Uganda engañó al LRA al prometer una tregua y días después ordenar la “aniquilación de todos los rebeldes”.¹⁶⁴ Durante las pláticas de paz de 1993 los rebeldes continuaron luchando, lo que dio pie a que esta iniciativa terminara.

Ante la falta de interés de otros Estados que no mostraron la disposición de presionar a Sudán para que retire su apoyo al LRA, en diciembre de 2003, el presidente de Uganda, Yoweri Museveni, refirió la situación a la CPI como su único instrumento para introducir esta guerra olvidada en el escenario internacional.¹⁶⁵

A la CPI le favoreció iniciar la primera investigación por invitación de parte del Estado en conflicto. Las otras vías para iniciar una investigación *motu proprio*, ya sea por iniciativa del fiscal o por referencia del Consejo de Seguridad, no hubieran sido bien recibidas por la comunidad internacional.

¹⁶³ Payam Akhavan, “The Lord’s Resistance Army Case: Uganda’s Submission of the First State Referral to the International Criminal Court”, American Journal of International Law, (99) 2005, p.416.

¹⁶⁴ Caroline Lamwaka, “Protracted conflict, elusive peace: initiatives to end the violence in northern Uganda”, Accord: International Review of Peace Initiatives, num. 11, 2002, <http://www.c-r.org/our-work/accord/northern-uganda/peace-process-1986-90.php>

¹⁶⁵ Payam Akhavan, art.cit., p.404.

El 29 de enero de 2004, el fiscal de la Corte se reunió con el presidente Museveni en una conferencia pública en Londres e hicieron el anuncio conjunto de la apertura de la investigación. De inmediato, surgieron muchas críticas acerca de la parcialidad¹⁶⁶ del proceso porque las fuerzas del gobierno ugandés también han cometido violaciones graves contra los derechos humanos.¹⁶⁷ En reacción a este acto público grupos de la sociedad civil en Uganda acusaron al fiscal de ser un arma política del gobierno, y aseguraron que le impedirá formalizar acusaciones posteriores en contra del ejército UPDF.

En febrero de 2006, la Barra Penal Internacional hizo una investigación en varias comunidades al norte de Uganda y concluyó que la población se refería comúnmente a la CPI como brazo político del gobierno ugandés:

La aparición pública del fiscal junto al presidente; el sitio de Internet de la CPI donde aparece únicamente el LRA bajo investigación, y las declaraciones del gobierno de Uganda que, en caso de que se descubran violaciones por parte del ejército, el gobierno los enjuiciará en tribunales nacionales; todo esto ha provocado que la gente no perciba a la CPI como un actor imparcial.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Grupos como International Crisis Group, Human Rights Watch y Amnesty International, que llevan años documentando la situación en Uganda, se manifestaron por que el fiscal “investigue los crímenes de guerra y de lesa humanidad de cualquier grupo en el conflicto” y que no ignore “los crímenes que el gobierno de Uganda ha cometido” (International Crisis Group, “Northern Uganda: Understanding and Solving the Conflict”, abril 2004, citado en: Payam Akhavan, art.cit., p. 411).

¹⁶⁷ Human Rights Watch, “Uprooted and Forgotten, Impunity and Human Rights Abuses in Northern Uganda”, septiembre 2005, vol.17, no.12.

¹⁶⁸ “ICC Monitoring and Outreach Programme”, International Bar Association, junio de 2006, citado en: “Victims, Perpetrators or Heroes? Child Soldiers before the International Criminal Court”, The Redress Trust, septiembre 2006, <http://www.redress.org/publications/childsoldiers.pdf>, p. 16.

En un sondeo realizado entre los ugandeses a propósito de sus actitudes frente a la paz y la justicia, en junio de 2005, el 78 por ciento respondió que los miembros del ejército UPDF deben ser juzgados por sus crímenes.¹⁶⁹ En respuesta a ese panorama, el fiscal aclaró públicamente en una carta dirigida al presidente de la CPI que la petición de Uganda para llevar el caso ante la Corte no le impide investigar al gobierno también. Pero su aparición pública junto al presidente fue un error político cuyo efecto no ha podido contrarrestar. Las palabras del jefe electo de una comunidad Acholi del norte de Uganda reflejan la suspicacia de la gente ante las investigaciones de la fiscalía:

¿Cómo puede ser imparcial la CPI si sólo están trabajando en un lado del conflicto? Debería haber justicia, administrada de forma imparcial [...] los soldados del gobierno han cometido crímenes [...] ¿deberíamos ignorar eso? La CPI dice que, si estas atrocidades son tan graves como las cometidas por el LRA, entonces van a investigar. Tendré que esperar para ver que eso suceda.¹⁷⁰

Otro motivo de tensión para la población en Uganda es la demanda de aplicar métodos de justicia tradicionales, que se centran en la reconciliación y el perdón colectivo. Incluso el presidente Museveni en noviembre de 2004 invitó públicamente a los combatientes del LRA a participar en mecanismos de reconciliación y justicia tradicionales como alternativas a la investigación de la CPI. No obstante, el fiscal continuó su investigación y en octubre de 2005 la

¹⁶⁹ Phuong Pham, et.al., Forgotten Voices, a Population-based Survey of Attitudes about Peace and Justice in Northern Uganda, julio 2005, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Berkeley, p. 30.

¹⁷⁰ "Victims, Perpetrators or Heroes? Child Soldiers before the International Criminal Court", *ibid.* p. 15.

Corte presentó 5 órdenes de arresto contra los seis líderes más importantes del LRA: Joseph Kony, cabeza del LRA, y sus cuatro comandantes.¹⁷¹

La aplicación de mecanismos tradicionales de justicia y reconciliación es un tema en que la Corte podrá examinar las fronteras del principio de complementariedad, pues la interpretación de una justicia tradicional sin castigo no debe calificar como proceso judicial. Los mecanismos tradicionales de justicia abarcan el mato oput, del grupo Acholi (principal grupo víctima de los crímenes del LRA) que se guía por la confesión, la mediación y la reparación, y el Gomotong, que se ha utilizado en los procesos de reconciliación tribales. Históricamente, el grupo Acholi practica la confesión y la mediación como ejercicios de la justicia en la región. Sin embargo, hay otras tribus que no comparten esos mecanismos, por esta razón la aplicación de estos procesos en toda la región resultaría complicada. Pero las comunidades no consideran que estos mecanismos deban aplicarse a los responsables de más alto rango, incluyendo a las cinco cabezas del LRA que el fiscal busca arrestar. En el mismo sondeo mencionado previamente sobre las actitudes de la población frente a la paz y la justicia, el 66 por ciento respondió a favor de la prisión o la muerte para los líderes del LRA, mientras que sólo el 22 por ciento favorecía el perdón, la reconciliación y su reintegración a la comunidad.¹⁷² Además de lo previsto en el Estatuto de Roma, las preferencias de los ugandeses indican que la aplicación de estos mecanismos tradicionales tendrá que ser complementaria al trabajo de la CPI y paralela a las acusaciones individuales que formule. La combinación de métodos tradicionales de justicia y procesos

¹⁷¹ Hasta la fecha, ningún acusado ha sido capturado por el gobierno de Uganda.

¹⁷² Phuong Pham, et.al., op.cit., p. 5.

penales internacionales tuvo éxito en Ruanda porque descongestionó el aparato judicial mediante la aplicación de la justicia comunitaria.¹⁷³

El 13 de octubre de 2005 las órdenes de arresto de los cinco miembros del LRA se hicieron públicas e inmediatamente estallaron las críticas sobre lo que eso podía significar para el proceso de paz. La mayoría de las comisiones que han trabajado para la restauración de la paz en Uganda pusieron en tela de juicio los alcances prácticos de la justicia internacional en momentos de guerra. Sin embargo, a pesar de peticiones de esos grupos, el fiscal no ha anulado las órdenes de arresto de los líderes del LRA, quienes para agosto de 2007 siguen prófugos. Como se ha visto anteriormente, esto no es un tema nuevo en los tribunales internacionales, y la reacción del fiscal de la CPI se asemeja a las de fiscales de los tribunales ad hoc. La respuesta de la fiscal Louise Arbour del Tribunal de la Antigua Yugoslavia, tras la emisión de la orden de aprehensión de Slobodan Milosevic, ejemplifica esta postura:

No creo que sea apropiado que los políticos cuestionen si la orden de arresto se emitió en un buen momento y si ésta ayuda o repercute en el proceso de paz. Éste es un proceso legal, judicial. La mejor opción para los políticos es llevar a cabo la orden de arresto...¹⁷⁴

Adoptando una posición contraria, representantes de organizaciones no gubernamentales de Uganda se han manifestado contra los arrestos porque “arruinan los procesos de amnistía al fomentar en los líderes el espíritu de que

¹⁷³ Este sistema en Ruanda se llama Gacaca, y son juicios orales donde combinan el sistema legal ruandés con procesos comunitarios de verdad y reconciliación.

¹⁷⁴ Marieke Wierda, et.al., “Pursuing Justice in Ongoing Conflict- A discussion of Current Practice” International Center for Transitional Justice, mayo 2004, p.2.

‘no tienen nada que perder’”¹⁷⁵ Las mismas organizaciones han declarado que el número de perpetradores que abandonan las armas ha disminuido desde que se emitieron las órdenes de arresto en 2005.¹⁷⁶ A raíz de esta consecuencia, muchos-incluyendo jefes de tribus Acholi en Uganda- han adoptado el lema “paz ahora, justicia después”.

En las negociaciones de Juba que ya se mencionaron previamente y que comenzaron en el verano de 2006 en Juba, Sudán, no se han podido resolver los temas prioritarios que son: la reconciliación, la amnistía y los juicios contra los perpetradores de los crímenes. Los líderes combatientes que busca la CPI no han participado en estas negociaciones por miedo a ser aprehendidos. Su ausencia ha entorpecido el funcionamiento de la mesa de negociación pues si los líderes no participan surgen dudas sobre la verdadera representatividad de los combatientes y la efectividad de los acuerdos de paz.

Por otro lado, el poder del LRA ha disminuido significativamente desde que se hicieron públicos los arrestos gracias a la presión internacional para que Sudán no suministre armas ni ofrezca refugio a los combatientes:

La realidad es que la CPI ha debilitado al LRA al presionar a Sudán para retire su apoyo a los rebeldes. La disposición del LRA de sentarse a negociar en Juba es una señal de su desesperación. Al transformar lo que sería una guerra olvidada en una prueba de los alcances prácticos de la CPI, Uganda se insertó en la comunidad internacional e incrementó los costos que significaba para Sudán el apoyo al grupo rebelde.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Entrevista con UNICEF, Uganda, febrero de 2006, citado en: ¹⁷⁵ “Victims, Perpetrators or Heroes? Child Soldiers before the International Criminal Court”, *ibid.* p. 16.

¹⁷⁶ *Loc.cit.*

¹⁷⁷ Payam Akhavan, *art.cit.*, p.416.

La presión internacional de estos últimos dos años ejercida por la Unión Africana, representantes de Naciones Unidas, el gobierno de Gran Bretaña y otros actores internacionales que participan en las negociaciones de Juba, ha servido para aislar al LRA de apoyos extranjeros. Esto reafirma la necesidad de sumar esfuerzos internacionales para lograr que el trabajo de la CPI sea efectivo. En el caso de Uganda, la participación de países vecinos como Sudán y la República Democrática del Congo en las negociaciones de Juba en 2006 fue decisiva en el debilitamiento del grupo armado. A pesar de que ambos países han sugerido ofrecer amnistías a los líderes del LRA, “esto contraviene los intereses de sus propias poblaciones, y resulta en un juego peligroso para los gobiernos.”¹⁷⁸ Gracias al debilitamiento del LRA por falta de apoyo en Sudán, la postura de la CPI en el contexto local ha mejorado. Incluso los jefes de tribus Acholis visitaron la Corte recientemente con la intención de promover su mandato en las comunidades. La interacción entre los jefes y la CPI trajo a su vez otro efecto positivo: los colocó como intermediarios entre la población y la Corte, aumentó su legitimidad y abrió espacios para que en el proceso participen víctimas.¹⁷⁹

La relación difícil entre paz y justicia, discutida a lo largo de la tesis y que actualmente afecta la situación de Uganda en la CPI, ha surgido en otros procesos de justicia, como el de Charles Taylor, expresidente de Liberia, que

¹⁷⁸ Chandra Lekha Sriram, “Conflict Mediation and the ICC: Challenges and Options for Pursuing peace with justice at the regional level”, *Building a Future on Peace and Justice*, memorias de la conferencia, Nuremberg, 25 de junio de 2007, p. 13.

¹⁷⁹ Marieke Wierda, et.al., “Pursuing Justice in Ongoing Conflict- A discussion of Current Practice” International Center for Transitional Justice, mayo 2004, p.18.

fue arrestado por orden del tribunal especial de Sierra Leona.¹⁸⁰ La orden de arresto de Taylor se emitió mientras participaba en las negociaciones de paz en Ghana en 2003; por esta razón dejó de hacerlo y tuvo que regresar a Liberia. Los gobiernos y las organizaciones regionales que habían entablado las negociaciones vieron en la orden de arresto una amenaza a las iniciativas de paz. No obstante, el fiscal del Tribunal sostuvo que él estaba cumpliendo su mandato y les recordó a los negociadores que estaban sentados en la mesa con alguien que ya había violado por lo menos 17 acuerdos pacíficos y ceses al fuego.¹⁸¹ El presidente de Libia, Muammar Al-Qadhafi criticó el arresto “porque cualquier jefe de estado puede correr la misma suerte. Esto crea un precedente muy peligroso”.¹⁸² Esta respuesta es un paso adelante para el aparato de justicia internacional, en vista del récord de abusos contra los derechos humanos del presidente libio.

¹⁸⁰ Este tribunal se estableció de manera coordinada entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona con el mandato de enjuiciar a los responsables de los actos más graves cometidos en el territorio de Sierra Leona desde noviembre de 1996. Este tipo de tribunales mixtos o híbridos combinan financiamiento, jurisprudencia y recursos humanos internacionales con el sistema legal y jueces nacionales.

¹⁸¹ Marieke Wierda, et.al., art.cit., p.14. La presión política internacional para que se emitiera la orden de arresto aunada a las tensiones de guerra en la capital de Liberia hicieron que Taylor negociara con la Unión Africana, la ONU, Estados Unidos y el Reino Unido, una amnistía y asilo político en Nigeria a cambio de que se alejara del poder en Liberia para poner en marcha la restauración del orden en la región. Sin embargo, la orden de arresto previa a este acuerdo político acabó por convencer a los miembros del Consejo de Seguridad (que el establecimiento del Tribunal Especial de Sierra Leona) de que había que mantener la presión sobre Nigeria para que entregara a Taylor. Así sucedió y con ayuda de las fuerzas de la ONU fue trasladado a La Haya donde actualmente espera juicio (Michael P.Scharf, art.cit., p. 341).

¹⁸² Citado en: Marieke Wierda, et.al., art.cit., p.15.

El caso de Charles Taylor también muestra que una orden de aprehensión puede ayudar a la pacificación de una región, a pesar de que al principio parezca lo contrario:

El tribunal especial de Sierra Leona jugó un papel fundamental en las negociaciones de paz en Liberia. La emisión pública de la orden de arresto de Charles Taylor el primer día de las negociaciones de paz tuvo un impacto positivo porque eliminó la posibilidad de que fuera un actor principal en un gobierno futuro, y terminó por deslegitimizarlo. En estas condiciones Taylor se vio obligado a abandonar el poder dos meses después y buscar refugio en Nigeria.¹⁸³

Volviendo al caso de Uganda habría que reconocer que las órdenes de aprehensión de los cinco líderes del LRA le han restado peso político al grupo armado pues ya no aparecen públicamente por temor a ser arrestados. Las sugerencias del presidente Museveni de conceder amnistías a los líderes del LRA sin duda afectan el funcionamiento de la Corte y la cooperación del gobierno para hacer efectivas las órdenes de arresto. No obstante, la introducción de la situación de Uganda en el escenario internacional también ha impedido que el gobierno tome decisiones que contravengan lo estipulado en el estatuto de Roma, como las amnistías a los cinco líderes del LRA. La CPI tendrá que duplicar sus esfuerzos por conseguir una mayor aprobación entre los ugandeses, y así deslegitimar la posibilidad de amnistías para los perpetradores de crímenes graves. Así como el arresto de Charles Taylor por el tribunal especial de Sierra Leona y las órdenes de arresto de Karadzic y Mladic

¹⁸³ Priscilla Hayner, "The Challenge of Justice in Negotiating Peace: Lessons from Liberia and Sierra Leone", Building a Future on Peace and Justice, memorias de la conferencia, Nuremberg, 25 de junio de 2007, p. 4.

por el tribunal de la Antigua Yugoslavia, produjeron su marginalización de la vida política en sus países, las órdenes de arresto en contra de Joseph Kony y sus comandantes del LRA también han reducido su poder local, y han contribuido a la pacificación de la región.¹⁸⁴

Darfur, Sudán

Desde agosto de 2002, el gobierno de Sudán mantiene una campaña violenta contra fuerzas armadas rebeldes en Darfur. Por un lado, la insurgencia rebelde recluta a miembros de las tribus Fur, Zaghawa y Masalit, y por otro el gobierno en Sudán coordina sus ataques con el ejército, la policía y una milicia de tribus árabes llamada Janjaweed.¹⁸⁵ Una característica del conflicto en Darfur es que la gran mayoría de las muertes de civiles se han producido en ataques en los que la milicia Janjaweed ha participado.¹⁸⁶ Las consecuencias humanitarias del conflicto no se desconocen: se estima que cientos de miles han muerto por violencia directa o como resultado de la hambruna y las condiciones de vida impuestas por estos ataques.¹⁸⁷ La ONU calcula que más de dos millones de personas han sido desplazados, la mayoría ha encontrado refugio en Chad. Los rebeldes cruzan la frontera para continuar aterrorizando la población con el objetivo de impedir el reagrupamiento de las fuerzas rebeldes. La

¹⁸⁴ Human Rights Watch, "The Meaning of 'The Interests of Justice' in Article 53 or the Rome Statute", art.cit., p.15.

¹⁸⁵ La traducción del árabe de Janjaweed es "hombres diabólicos a caballo". Comúnmente se utilizaba para describir a los bandidos que pillaban los pueblos del desierto.

¹⁸⁶ "Prosecutor's Application under Article 58(7)", Corte Penal Internacional, 27 de febrero de 2007, ICC-02/05-56, http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-56_English.pdf

¹⁸⁷ Loc.cit.

regionalización del conflicto ha sido un factor importante para exigir la acción inmediata de la comunidad internacional.

El conflicto en Darfur estalló cuando el gobierno islamista radical de Khartoum llegó al poder y aisló política y económicamente al país. Darfur es la región de Sudán más rica en petróleo, donde habitan cerca de seis millones de personas que pertenecen a tribus africanas. Antes de que los rebeldes en Darfur se organizaran, había ya una tensión palpable entre los grupos africanos y los “arabizados”. Desde la década de los ochenta, los gobiernos islamistas en Khartoum armaron y equiparon a las milicias árabes para defender los intereses petroleros de la región. La campaña que inició el gobierno tras el ataque de rebeldes a un aeropuerto al oeste de Darfur se convirtió pronto en una guerra indiscriminada contra los civiles de las tribus africanas de donde provienen los rebeldes. El resultado es una catástrofe demográfica que algunos han descrito como “limpieza étnica” e incluso se discute la posibilidad de que se trate de un genocidio.¹⁸⁸

No obstante, el análisis de la reacción de la comunidad internacional que finalmente trajo el caso a la Corte revela que el conflicto en Darfur esconde intereses económicos que no pueden ignorarse. El petróleo ha jugado un papel fundamental en los conflictos de Sudán. Las compañías petroleras estadounidenses y canadienses que originalmente explotaban el petróleo decidieron retirarse de Sudán porque era un refugio para terroristas, por lo que Sudán buscó clientes nuevos para la explotación de su recurso. El gobierno chino fue el mejor postor y apoyó al presidente de Sudán, Omar El-Béchir, en

¹⁸⁸ Scott Straus, “Darfur and the Genocide Debate”, Foreign Affairs, 84 (2005) 1, p. 128.

incrementos a la inversión en la seguridad y la protección de los pozos petroleros para desarrollar la industria en la región. Como respuesta a la exigencia de China de fortalecer las medidas de seguridad en las zonas petroleras, Omar El Béchir optó por la estrategia de “divide y vencerás”: armó a tribus de nómadas árabes y los instruyó para pillar y destruir las comunidades africanas y así debilitarlas e impedir cualquier tipo de levantamiento. El petróleo se convirtió en el centro de la violencia, provocándola y alimentándola con las ganancias que provienen de la industria: “era un círculo perfecto de intereses económicos que sólo comenzó a desgastarse cuando la comunidad internacional se involucró en la crisis”.¹⁸⁹

El gobierno compra su armamento a Rusia y también a China, país que se beneficia doblemente de toda esta operación, gracias, primero, al petróleo y luego, a las armas. Por esta razón y pese a las presiones internacionales, China ha defendido la soberanía de Sudán en el Consejo de Seguridad y en otros foros internacionales donde se toca el tema de Darfur. Con un crecimiento anual del 11 por ciento, China está desesperada por asegurar los recursos naturales que le permitan mantener ese crecimiento, especialmente el petróleo.¹⁹⁰ Eso es lo que inicialmente trajo a la potencia al continente africano, donde ahora obtiene el 31 por ciento de su petróleo, 7 por ciento proveniente de Sudán.

La crisis de Darfur entró en la agenda del Consejo de Seguridad y de varias organizaciones no gubernamentales internacionales desde el 2003. Inmediatamente después, el gobierno de Sudán empezó a impedir el acceso a

¹⁸⁹ Sebastian Junger, “Enter China, the Giant”, Vanity Fair, suplemento especial de África, julio de 2007, p.98.

¹⁹⁰ Ibid., p.97.

la región de observadores internacionales y reporteros. Las agencias humanitarias también se han topado con restricciones de acceso. El apoyo diplomático de China a Sudán, basado en la defensa de su soberanía, ha sido fundamental para que las fronteras permanezcan cerradas. También respondiendo a intereses políticos internos, China ha insistido en el tema de la soberanía para impedir el acceso de las fuerzas de la ONU que pueden amenazar sus intereses económicos.

Pero la presión del Secretario General, ONG internacionales y varios países europeos y africanos terminaron por obligar a China a ceder en su postura rígida. Como primer resultado, se pudo adoptar la resolución 1564 del Consejo de Seguridad que determinó el envío de un grupo de expertos para que investigara los abusos cometidos en Darfur, específicamente “investigar los reportes de violaciones del derecho internacional humanitario y de derechos humanos en Darfur [...]; determinar si se han cometido actos de genocidio; e identificar a los perpetradores de esas violaciones para llevarlos a juicio.”¹⁹¹ La Comisión Internacional de Investigación en Darfur llegó a la conclusión que el gobierno de Sudán es responsable de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y que “se deben tomar medidas urgentes para impedir que se cometan esas violaciones”.¹⁹² Lo que siguió fue la negociación y adopción de la Resolución 1593, en marzo de 2005, donde:

Determinando que la situación en el Sudán sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales,
Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, [el Consejo de Seguridad]

¹⁹¹ Resolución del Consejo de Seguridad 1564, S/RES/1564 (2004).

¹⁹² http://www.icc-cpi.int/library/cases/Report_to_UN_on_Darfur.pdf

1. Decide remitir la situación en Darfur desde el 1° de julio de 2002 al Fiscal de la Corte Penal Internacional;
2. Decide que el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria para la aplicación de la presente resolución y, aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente;¹⁹³

La situación de Sudán es la primera remisión del Consejo de Seguridad a la CPI. Las implicaciones políticas de este acto son muy importantes: primero, la abstención de Estados Unidos para la adopción de la Resolución 1593 marca un giro en su posición política frente a la CPI; segundo, la presión que la comunidad internacional ejerció sobre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad provocó que este órgano confirmara a la CPI como una herramienta que contribuye al restablecimiento de la paz; y en tercer lugar, el interés de China de mantener fuertes las relaciones económicas con el resto del continente africano ha conducido a flexibilizar su postura frente a la crisis de Darfur. Todo esto ha presionado a Sudán para que coopere con la CPI, sin embargo, la cooperación está lejos de ser la óptima.

Al negociar la Resolución 1593, Estados Unidos propuso la creación de una corte africana regional como alternativa a la CPI. Pero la mayoría de los países y la Comisión Internacional de Investigación en Darfur coincidieron que

¹⁹³ S/RES/1593 (2005)

una corte ad hoc sería muy difícil, lenta, cara y, sobre todo, innecesaria dada la existencia de la CPI.

Esta experiencia del Consejo de Seguridad muestra cómo la CPI cancela la opción de tribunales internacionales ad hoc. Estados Unidos quedó atrapado en una difícil batalla en la que quería resolver las presiones políticas internas sin conferirle legitimidad a la CPI.¹⁹⁴ Al final pesaron más las ventajas prácticas de adoptar la Resolución y evitar la condena moral del veto. El delegado de Estados Unidos en el Consejo de Seguridad no tuvo más espacio para negociar otra salida que no fuera la remisión a la CPI. Finalmente aceptó que:

al adoptar esta resolución, la comunidad internacional establece un mecanismo de procuración de justicia para los perpetradores de las atrocidades en Darfur [...] Pese a que Estados Unidos cree que un mejor mecanismo hubiera sido un tribunal híbrido en África, es importante que la comunidad internacional ejerza una sola voz para promover la aplicación efectiva de la justicia.¹⁹⁵

En Darfur China también se ha visto arrinconada. La postura crítica de líderes africanos (posiblemente porque también están arrinconados) para presionar a Sudán a cooperar con la CPI permitió que el fiscal entrara en cuatro ocasiones a investigar. Como lo explica un embajador de China en la región, “África representa 53 países, 48 que reconocen a Beijing...eso es más del 25

¹⁹⁴ Estas presiones políticas obligaron a que en julio de 2004, el congreso estadounidense declarara la crisis en Darfur como genocidio. Además, desde que la crisis de Darfur se dio a conocer en el ámbito internacional, varios grupos civiles estadounidenses se han involucrado en la lucha, como el grupo parlamentario africano en el congreso, grupos de la sociedad civil, editorialistas y organizaciones no gubernamentales cristianas, entre otros. (Scott Straus, art.cit., p.128).

¹⁹⁵ The International Criminal Court Monitor, vol.29, abril 2005, p.6.

por ciento de la Asamblea General de la ONU. China necesita ese apoyo no sólo en la Asamblea General sino en sus comisiones separadas, como el Comité de Derechos Humanos.”¹⁹⁶

A la presión de países africanos, podría sumarse la campaña internacional que se propone boicotear las olimpiadas en Beijing en razón al apoyo de China a Sudán, llamándoles “las olimpiadas genocidas”, y que provocó finalmente que el ministro de relaciones exteriores chino le pidiera al presidente de Sudán que aceptara la entrada de una misión humanitaria de la ONU. Falta por ver si Sudán acatará la decisión de Naciones Unidas.

La investigación del fiscal se ha dificultado por la falta de cooperación de Sudán, por ejemplo, las negativas de información, sobre todo de personas de alto nivel en el gobierno. No obstante, la fiscalía no ha presentado ninguna queja ante el Consejo de Seguridad, un recurso que podría presionar al gobierno de Sudán para que coopere con las investigaciones.¹⁹⁷ En estas condiciones, la mayoría de las pruebas, incluyendo testimonios de víctimas, las ha reunido el fiscal desde Chad. Por cuestiones de seguridad, la fiscalía ha tenido que realizar sus investigaciones en este país vecino.

Un factor que ha favorecido la investigación del fiscal es el reporte de la Comisión Internacional de Investigación en Darfur, pues aunque “el fiscal tiene la obligación de conducir investigaciones independientes [...] se ha beneficiado de la información de la Comisión”.¹⁹⁸ El reporte y las pruebas reunidas dieron

¹⁹⁶ Sebastian Junger, art.cit., p.102.

¹⁹⁷ Antonio Cassese, “Is the ICC still having teething problems?”, Journal of International Criminal Justice, (4) 2006, p.439.

¹⁹⁸ “Prosecutor’s Application under Article 58(7)”, Corte Penal Internacional, 27 de febrero de 2007, ICC-02/05-56, http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-56_English.pdf

pie a que, el 27 de febrero de 2007, el fiscal presentara a la Sala de Cuestiones Preliminares dos peticiones de órdenes de arresto para el ex ministro del interior de Sudán, Ahmad Harun, y el principal líder de la milicia Janjaweed, Ali Kushayb. La Sala emitió las órdenes de arresto y pidió al Consejo de Seguridad que formulara una petición para que cada Estado miembro de la ONU (sea o no parte de la CPI) coopere en la aprehensión de estas dos personas. Hasta agosto de 2007, los dos acusados siguen libres. Dado que Sudán no quiere entregarlos, la forma más factible para arrestarlos será por medio de una misión humanitaria que entre finalmente en la región. Otra opción es que estos individuos salgan de su país y sean arrestados en el país receptor. Posiblemente las órdenes de detención limitarán el campo de acción político de los acusados, como ha sucedido con Karadzic y Mladic, del tribunal ad hoc de la Antigua Yugoslavia, y con los cinco miembros del LRA de Uganda.

La investigación de los crímenes en Darfur involucra a todo el aparato militar y de seguridad del gobierno, encabezados por el presidente Omar El Béchir. Por consiguiente, él es el principal responsable. El hecho de que no se le acuse todavía, a pesar de que las pruebas existen,¹⁹⁹ sugiere que el fiscal no ha querido vulnerar la poca cooperación que hay con el país. De ser así, esa

¹⁹⁹ En la petición de arresto de Harun y Kushaib el fiscal presenta como prueba que “en marzo de 2003, el presidente de Sudán anunció en Al Fashir, la capital del norte de Darfur, que el gobierno usaría fuerza militar e instruyó al ejército a apagar la rebelión en dos semanas” (párrafo 45) “Los discursos públicos de Harun reforzaron las intenciones de la milicia Janjaweed [...] ese día Musa Hilal habló antes de Harun en un tono notoriamente racista, caracterizando el conflicto como una guerra santa. Inmediatamente después Harun declaró que el presidente le había entregado la Oficina de Seguridad de Darfur y que tenía el poder de destruir y matar a cualquiera en Darfur” (párrafo 155). “Prosecutor’s Application under Article 58(7)”, Corte Penal Internacional, 27 de febrero de 2007, ICC-02/05-56, http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-56_English.pdf

decisión política-por más práctica y conveniente que perezca- no encuentra ningún respaldo en el Estatuto de Roma y va en contra del mandato de la fiscalía. A pesar de que dificultaría más su trabajo, el fiscal debería acusar a los responsables más importantes en el caso Darfur y asegurar la cooperación mediante el apoyo que el Consejo de Seguridad le debe brindar. No obstante, el fiscal acusó a personas que respondían a órdenes superiores, lo que impedirá que esas acusaciones paralicen el plan militar de Darfur o reduzcan la capacidad del gobierno de continuar por el mismo camino. Puede suceder que, por presiones de la Corte y del Consejo de Seguridad, el presidente entregue a su ex ministro del interior y al jefe de la milicia Janjaweed como chivos expiatorios, pero eso no debería desalentar las acusaciones de la Corte contra los principales responsables.

República Democrática del Congo, caso del fiscal contra Thomas Lubanga

El 17 de marzo de 2006 Thomas Lubanga llegó a la prisión de la Corte en La Haya desde Kinshasa, donde había estado detenido, por el gobierno del Congo. Thomas Lubanga Dyilo, jefe del grupo armado “Unión de Patriotas Congolese” (UPC), comenzó su trayectoria como líder político en la región del Ituri, al norte de la República Democrática del Congo. Ituri es la región más rica del país en recursos minerales donde se ha concentrado la mayoría de los conflictos en el Congo. Uganda ha intervenido en la región desde 1998, financiando y entrenando grupos armados con la intención de apoderarse de las minas de oro.²⁰⁰ El grupo armado de Thomas Lubanga tuvo en un principio

²⁰⁰ La presencia de Uganda en la región del Ituri motivó a que Congo demandara a su país vecino ante la Corte Internacional de Justicia. La

apoyo de este país para financiar su lucha. Se había pronunciado por la autonomía de la región en contra del gobierno y por la defensa de la etnia Hema que luchaba contra la etnia Lendu, que tenía apoyo de otro grupo armado.

Al igual que los otros grupos armados y el ejército del Congo, el UPC practicaba sistemáticamente el reclutamiento de niños soldados de la región, lo que dio como resultado que la mayoría de sus soldados fueran niños que habían secuestrado o que se habían integrado por su voluntad o porque sus familias los habían obligado a incorporarse al ejército. Las investigaciones de niños soldados en el Congo revelan que hay cerca de 30,000 niños soldados, de los cuales 12,500 son niñas que sirven como esclavas sexuales a sus superiores.²⁰¹

El fiscal acusa a Thomas Lubanga de reclutar a niños menores de 15 años y de utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. Pero la posición del fiscal ha sido criticada porque se sabe que el UPC ha cometido muchos otros crímenes, como violencia sexual, tortura y asesinatos.²⁰² Después de que el UPC asesinó a nueve soldados de la misión de la ONU en el Congo, el gobierno capturó a Thomas Lubanga en marzo de 2005. Una vez que fue detenido en Kinshasa fue relativamente fácil para la Corte arrestarlo y

sentencia concluyó que Uganda violó el principio de no intervención por apoyar militar y económicamente a grupos armados en la región. Además, la Corte declaró que “Uganda, por conducto de sus fuerzas armadas, cometió actos de ejecución, tortura [...] entrenó a niños soldados [...] violando sus obligaciones establecidas en el derecho internacional humanitario” (Sentencia final de la Corte Internacional de Justicia, 19 de diciembre de 2005, <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>)

²⁰¹ “Child soldiers in the DRC”, <http://news.amnesty.org/mavp/mediaclip.nsf>

²⁰² El 31 de Julio de 2006, 8 ONG (Avocats Sans Frontières, Redress, Human Rights Watch, FIDH, entre otras) escribieron una carta al fiscal pronunciándose a favor de que continuara investigando más crímenes cometidos por el UPC.

trasladarlo a La Haya. Estas acciones plantearon la necesidad de una aclaración: si Lubanga esperaba juicio en Kinshasa entonces la Corte tendría que justificar su traslado a La Haya respetando el principio de complementariedad. Los jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares admitieron el caso de Lubanga bajo el argumento que los delitos por los que se le detenía en Kinshasa no eran los mismos que los que sostiene el fiscal. De haberlo sido así, la Corte hubiera tenido que permitir que “los sistemas nacionales se ocuparan de la persona y la conducta específica de la que se le acusa en la Corte.”²⁰³

En la misma decisión, los jueces tuvieron que justificar la gravedad de la situación pues el Estatuto indica que se acusará únicamente a los perpetradores de los crímenes más graves.²⁰⁴ Para ello se formularon los siguientes requisitos: que la conducta sea sistemática, que la persona sea un líder importante en la organización que dirige y que la persona juegue o haya jugado un papel esencial en esta organización de tal modo que su participación sea imprescindible para la comisión del crimen.

El caso de Thomas Lubanga ha servido para crear los fundamentos de interpretación del Estatuto de Roma. Los jueces se han basado en la jurisprudencia de los Tribunales de la Antigua Yugoslavia y Ruanda, pero han tenido que interpretar principios que sólo existen en el Estatuto. Por ejemplo, la participación de víctimas en todas las etapas del proceso es una innovación del Estatuto que ha sido difícil de ejercer en la práctica porque es incompatible con

²⁰³ “Decision on the Prosecutor’s Application for a warrant of arrest”, Caso del Fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06.

²⁰⁴ El artículo 17 del Estatuto señala que “La Corte [...] resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando [...] no sea de gravedad suficiente [...]”

el principio de presunción de inocencia del acusado, es decir, si los jueces ya reconocieron legalmente a una víctima desde el inicio del juicio (víctima de actos que supuestamente cometió el acusado), los actos que reconocieron indican también la culpabilidad del acusado.

Las víctimas en el caso de Lubanga son niños soldados que durante esta etapa del juicio decidieron mantenerse en el anonimato. Esto también ha puesto en peligro los derechos de la defensa, pues es imposible alegar contra hechos sin que puedan especificarse fechas, lugares, o nombres. Por esta razón la Sala de Cuestiones Preliminares decidió limitar la participación de las víctimas para que éstas no puedan añadir pruebas al acta de acusación del fiscal, ni cuestionar a los testigos durante el juicio.

El modo de obtención de las pruebas ha sido otro reto para el funcionamiento de la Corte. Las ONG y las agencias humanitarias de la ONU son casi siempre las primeras en llegar a la escena del crimen, y por eso aportan la mayoría de pruebas del fiscal. Además, la falta de cooperación de los gobiernos hace indispensable la ayuda de agencias de la ONU. Pero la ONU y las ONG carecen de investigadores criminales, y se apoyan sólo en reporteros o trabajadores humanitarios. Estos últimos se preocupan por proteger la identidad de sus fuentes, lo que pone en tela de juicio el valor de esa prueba. En la etapa preliminar del juicio de Lubanga, la defensa criticó el valor de aquellas pruebas del fiscal que no revelaban la identidad de las personas entrevistadas por la MONUC. Como resultado los jueces decidieron limitar el valor de estas pruebas, sin excluirlas del archivo del fiscal.

La utilización de pruebas de las ONG por la fiscalía también tiene consecuencias sobre el trabajo humanitario que realizan. Si colaboran con la

Corte, el acceso futuro a zonas de guerra puede restringirse al igual que la comunicación con personas clave en los conflictos. Una investigación criminal puede vulnerar la neutralidad de varias ONG, como la Cruz Roja Internacional y Reporteros Sin Fronteras, así como su prioridad que es la protección de a las víctimas. Aunque no sea opcional trabajar simultáneamente con la fiscalía en la misma región de conflicto, las ONG deberán decidir cuánto colaborarán con el fiscal.

El juicio que actualmente enfrenta Thomas Lubanga demuestra que la Corte funciona a pesar de las dificultades que se topan a la investigación, detención y enjuiciamiento de un individuo. La detención de Lubanga significa un señor de la guerra menos para la región del Ituri. Los que rodeaban a Lubanga en su ejército hoy tienen claro que, aún cuando sea muy usual, reclutar a niños soldados es un crimen perseguido por una instancia internacional que funciona y es capaz de detenerlos si continúan cometiendo crímenes de esa naturaleza.

CONCLUSIÓN

Nuremberg marcó el inicio de la búsqueda de mecanismos legales de prohibición de la impunidad para crímenes particularmente atroces. A partir de ahí se fueron concretando esfuerzos por crear una corte permanente que remediara el vacío legal que existía. Estos esfuerzos reflejaron una plataforma común de valores que los estados soberanos comparten, valores también reflejados en la trayectoria de los derechos humanos en el sistema internacional. Aunque muchos casos demuestren que la impunidad continúa siendo practicada para crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, la comunidad internacional ha ido aceptando cada vez menos el exilio tranquilo de dictadores y la amnistía para criminales de guerra a cambio de entregar las armas. Además, esta tendencia también ha logrado reforzar la noción de que “la justicia y la paz no son objetivos que se excluyen mutuamente sino, por el contrario, ambas se fortalecen.”²⁰⁵

El estatuto de Roma llegó a la clausura del siglo veinte plasmando la responsabilidad penal individual como una de las piezas necesarias para fortalecer la justicia internacional. Gracias al trabajo de recopilación en la materia que emprendieron algunos órganos internacionales así como la jurisprudencia reciente de los tribunales *ad hoc*, los crímenes de competencia de la CPI quedaron definidos a precisión en su estatuto. Con el tiempo, los

²⁰⁵ Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (3 agosto 2004, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>) Este reporte fue presentado al Consejo de Seguridad durante las reuniones que sus miembros organizaron para discutir los procesos de justicia en zonas de conflicto.

tropiezos legales de Nuremberg sirvieron para construir un sistema de leyes más justo y donde el papel de la política queda más constreñido.

Sin embargo, el derecho internacional no es un solo un conjunto de reglas escritas sino un proceso de interpretación continúa donde las consideraciones políticas son inevitables.²⁰⁶ Como se vio a lo largo de esta tesis, la justicia internacional depende de la voluntad política de los estados que la imparten. Pero aunque esta relación difícil entre la política y el derecho vulnere la aplicación imparcial del segundo, al mismo tiempo le asegura al derecho el carácter flexible necesario para enfrentar los cambios y las exigencias del sistema político internacional. Es así como emergió el concepto de jurisdicción universal como reacción a la parálisis del proyecto de creación de una corte permanente para crímenes internacionales específicos. A su vez la negociación exitosa del estatuto de Roma se debe en gran parte a la introducción de “mecanismos conciliatorios” legales que permitieron el consenso político. Como en todos los tratados internacionales, el cabildeo, la negociación y las presiones políticas de grupos no gubernamentales forman parte de la estructura de creación del derecho internacional. Es así como el estatuto de Roma refleja, por un lado, el interés de los estados por defender su soberanía mediante el principio de complementariedad y, por el otro, la voluntad de avanzar valores en común y principios universales de derechos humanos.

Frente a las atrocidades que ocurrieron durante el siglo XX es normal creer que la CPI tardó demasiado en crearse. Pero dada la estructura del

²⁰⁶ Rosalyn Higgins, Problems and Process, International law and how we use it, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 5.

sistema internacional como un conjunto de soberanías sin un orden superior, es sorprendente presenciar el establecimiento de un órgano coercitivo internacional como la CPI. El proceso de creación de la CPI reflejó los mismos factores que necesita ahora para su funcionamiento efectivo en situaciones políticas adversas: el consenso y la defensa de valores compartidos por la comunidad internacional. Sin embargo, estos factores también están acompañados del interés egoísta de los estados por buscar el control político de este órgano, como se observó con los miembros permanentes del Consejo de Seguridad durante las negociaciones en Roma.

Los casos e investigaciones que la CPI tiene activados presentan retos políticos similares a los que se han visto en procesos de los tribunales *ad hoc*, aunque la estructura de la CPI la vuelve más independiente del Consejo de Seguridad. No obstante, la influencia de la política y la justicia no es unilateral, es decir, también los procesos normativos logran afectar el comportamiento de los estados. El contexto en que los estados negocian un tratado como el estatuto de Roma también es importante para la construcción de sus identidades e intereses. Es así como el derecho internacional juega un papel importante en las relaciones internacionales. En este caso particular, las manifestaciones contra la impunidad después de las guerras dieron pie a la creación de tribunales *ad hoc* e influyeron como un proceso cognitivo para los estados, forjando valores e intereses que los impulsó finalmente a crear una corte penal permanente. Por eso sería erróneo concluir que los estados por su naturaleza no van a cooperar con la CPI y que los estados poderosos siempre buscaran el control de este órgano. Si bien las coyunturas en las que trabaja la Corte fomentan conflictos de cooperación, los estados también se interesan por

formar una imagen legítima que les permita interrelacionarse fácilmente con el resto de la comunidad internacional. El caso de China en Darfur lo demuestra así, pues si bien hay mucho interés de esta potencia en mantener a la comunidad internacional fuera de Sudán, las presiones diplomáticas y críticas de ONG en vísperas de las olimpiadas en Beijing, han logrado disminuir la protección que le da a Sudan a un punto donde se permitió la entrada de ayuda humanitaria sin el veto de China en el Consejo de Seguridad.

Las regiones donde se cometen los crímenes de jurisdicción de la Corte provocan que la justicia entre en conflicto con la reconstrucción de la paz. Pero así como la creación de la CPI dependió de un momento histórico favorable y el impulso adecuado de los estados interesados, el ejercicio de la justicia durante un conflicto armado también necesitará de ciertas coyunturas y mecanismos efectivos de cooperación. Los actores involucrados (jueces y fiscal, autoridades de estados, organizaciones internacionales, principalmente) deberán aplicar la ley considerando los obstáculos políticos de manera abierta, si no metódica. Las experiencias de tribunales anteriores muestran que el funcionamiento más efectivo de la justicia se dio al encontrar vías creativas e innovadoras dentro de un contexto político complejo. Por ejemplo, los arrestos exitosos del tribunal de la Antigua Yugoslavia se efectuaron cuando la OTAN encontró la capacidad para imponer sus condiciones en las negociaciones de paz. Además, los fiscales supieron las dificultades de ordenar el arresto público de los militares involucrados en las negociaciones de paz y por eso decidieron que los arrestos permanecieran confidenciales.

En el mismo informe que se mencionó en páginas anteriores, Kofi Annan explica que “debemos desechar modelos universales e importados para

todos los casos y tratar de basarnos en las necesidades y aspiraciones de cada país para cada caso.”²⁰⁷ Si bien el estatuto de Roma pone límites en lo que podrá utilizarse de los modelos de justicia tradicionales (por ejemplo, no se permite ni la pena de muerte ni las amnistías), el principio de complementariedad quedó suficientemente abierto a la interpretación de los jueces para dar lugar a que ambos sistemas se complementen en el proceso. Ruanda es un buen ejemplo de cómo el tribunal incluyó prácticas de justicia locales para hacerlo más compatible con el sistema judicial nacional. Gracias a una mejor coordinación entre el trabajo del tribunal y el sistema de justicia nacional, el primero ha logrado mayor legitimidad en el ámbito doméstico.

Finalmente, el derecho internacional refleja la construcción de ideas que con el tiempo representan a los estados y a la comunidad internacional. La falta de cumplimiento del mandato de la Corte no es el único factor determinante para evaluar si funciona o no esta institución, pues eso es sólo la última parte de un proceso en el que también se identifican valores universalmente aceptados y se promueven los mismos en los ámbitos legales domésticos.

²⁰⁷ Art.cit.

BIBLIOGRAFÍA

- Arendt, Hannah, Eichmann à Jérusalem, Rapport sur la Banalité du Mal, trad. Anne Guérin, Paris, Gallimard, 1977.
- Ball, Howard, Prosecuting War Crimes and Genocide: The Twentieth-Century Experience, University Press of Kansas, 1999.
- Bassiouni, Cherif, Introduction to International Criminal Law, Nueva York, Transnational Publishers, 2003.
- Brody, Michael, Steven Ratner, eds., The Pinochet Papers, Londres, Kluwer Law International, 2000.
- Broomhall, Bruce, International Justice and the International Criminal Court, between sovereignty and the rule of law, Oxford University Press, 2003.
- Brownlie, Ian, International Law and the Use of Force by States, Oxford University Press, 1963.
- Cassese, Antonio, International Criminal Law, Oxford University Press, 2003.
- Cooper, Andrew F. John English y Ramesh Thakur, eds., Enhancing Global Governance: Towards a New Diplomacy?, United Nations University Press, 2002.
- Descheemaeker, Jacques, Le Tribunal Militaire International des Grands Criminels de Guerre, París, Éditions A.Pedone, 1947.
- De Than, Claire, International Criminal Law and Human Rights, Londres, Sweet and Maxwell, 2003.
- Dixon, Martin, Robert McConquodale, Cases and Materials on International Law, 2ª ed., Londres, Blackstone Limited, 1998.
- Farberstein, Susan Hannah, The Effectiveness of the Exercise of Jurisdiction by the International Criminal Court: The Issue of Complementarity, European Centre for Minority Issues, Working Paper #12, agosto 2001.
- García Ramírez, Sergio, La Corte Penal Internacional, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.
- Hagan, John, Justice in the Balcans Prosecuting War crimes in the Hague Tribunal, The University of Chicago Press, 2003.
- Hayner, Priscilla, "The Challenge of Justice in Negotiating Peace: Lessons from Liberia and Sierra Leone", Building a Future on Peace and Justice, memorias de la conferencia, Nuremberg, 25 de junio de 2007.

- Harris, D.J., Cases and Materials on International Law, 4a ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1991.
- Higgins, Rosalyn, Problems and Process, International law and how we use it, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- Leonard, Eric K., The Onset of Global Governance, International Relations Theory and the International Criminal Court, Estados Unidos, Ashgate Publishing Company, 2005.
- Minow, Martha, Between Vengeance and Forgiveness, Facing History after Genocide and Mass Violence, Boston, Beacon Press, 1998.
- Nyamuya Maogoto, Jackson, War Crimes and Realpolitik, International Justice from World War I to the 21st Century, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 2004, p.127.
- Pham, Phuong, et.al., Forgotten Voices, a Population-based Survey of Attitudes about Peace and Justice in Northern Uganda, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Berkeley, julio 2005.
- Ratner, Steven, R. Jason, y S. Abrams, Accountability for Human Rights Atrocities in International Law, Beyond the Nuremberg Legacy, 2a ed., Oxford University Press, 2001.
- Reus Smitt, Christian, The Politics of International Law, Cambridge University Press, 2004.
- Roberston, Geoffrey, Crimes Against Humanity, The Struggle for Global Justice, Nueva York, New Press, 1999.
- Sands, Philippe, ed., From Nuremberg to The Hague, The Future of International Justice, Cambridge University Press, 2003.
- Schabas, William, An Introduction to the International Criminal Court, Reino Unido, Cambridge University Press, 2001.
- Taylor, Telford, Nuremberg and Vietnam, An American Tragedy, Nueva York, Bantam Books, 1971.
- Wheeler, Nicholas J., Saving Strangers, Humanitarian Intervention in International Society, Oxford University Press, 2000.
- Woodhouse, Diana, ed., The Pinochet Case, A Legal and Constitutional Analysis, Oregon, Hart Publishing, 2000.

Artículos:

Akhavan, Payam "The Lord's Resistance Army Case: Uganda's Submission of the First State Referral to the International Criminal Court", American Journal of International Law, (99) 2005.

Amnesty International, "Child soldiers in the DRC",
<http://news.amnesty.org/mavp/mediaclip.nsf>

Arsanjani, Mahnoush H., W. Michael Reisman, "The Law-in-Action of the International Criminal Court", American Journal of International Law, (99) 2005.

"The Rome Statute of the International Criminal Court", American Journal of International Law, (93) 1999.

Barra Penal Internacional, "Victims, Perpetrators or Heroes? Child Soldiers before the International Criminal Court", The Redress Trust, septiembre 2006,
<http://www.redress.org/publications/childsoldiers.pdf>

"The ICC: Quo Vadis?", Journal of International Criminal Justice, Julio 2006.

Bekou, Robert Creer, "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter?", International and Comparative Law Quarterly, (56) 2007.

Blount Griffin, James, "A Predictive Framework for the Effectiveness of International Criminal Tribunals", Vanderbilt Law Journal, (34) 2002.

Brody, Reed, "International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court", The American Journal of International Law, (96) 2002.

Cassese, Antonio, "Is the ICC still having teething problems?" Journal of International Criminal Justice, vol.4, 2006, p.439.

Dondé Matute, Javier "El Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional: perspectivas para la remisión de casos", Iter Criminis, INACIPE, (6) 2006.

Human Rights Watch, "The Meaning of the 'Interests of Justice' in Article 53 or the Rome Statute", junio 2005, <http://hrw.org/campaigns/icc/docs/ij070505.pdf>

"Uprooted and Forgotten, Impunity and Human Rights Abuses in Northern Uganda", 17 (2005) 12.

"Génocide au Rwanda", 6 (1994) 4.

Jehl, Douglas, "Officials Told to Avoid Calling Rwanda Killings 'Genocide'" The New York Times, Junio 10, 1994.

Junger, Sebastián, "Enter China, the Giant", Vanity Fair, suplemento especial de África, julio de 2007.

- Kissinger, Henry, "The Pitfalls of Universal Jurisdiction", Foreign Affairs, 80 (2001) 4.
- Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", 3 agosto 2004, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>
- Kaul, Hans-Peter, "Construction Site for More Justice: The International Criminal Court after two Years", American Journal of International Law, (99) 2005.
- Kekh, Margaret, Kathryn Sikkink, "Redes transnacionales de cabildeo e influencia", Foro Internacional, (34)1999.
- Kirsch, Philippe, John T. Holmes, "The Rome Conference on an international criminal court: The negotiating process", The American Journal of International Law, (93) 1999.
- Lamwaka, Caroline, "Protracted conflict, elusive peace: initiatives to end the violence in northern Uganda", Accord: International Review of Peace Initiatives, (11) 2002.
- Lekha Sriram, Chandra, "Conflict Mediation and the ICC: Challenges and Options for Pursuing peace with justice at the regional level", Building a Future on Peace and Justice, memorias de la conferencia, Nuremberg, 25 de junio de 2007.
- Murphy, Sean D., "Progress and jurisprudence of the International criminal tribunal for the Former Yugoslavia", American Journal of International Law, (93) 1999.
- O'Donohue, Jonatha, John Washburn, "Se aprobó el presupuesto para el 2005", Monitor de la Corte Penal Internacional, (28) 2004.
- Pham, J.Peter, "Politics and International Justice in a World of States", Human Rights and Human Welfare, (4) 2004.
- Scharf, Michael P., "From the Exile Files: An Essay on Trading Justice for Peace", Washington and Lee Law Review, 339 (2006) 63.
- Schmitt, Eric, "Pentagon battles plans for International War Crimes Tribunal", The New York Times, 14 de abril de 1998.
- Shraga, Daphna, Ralph Zacklin, "The International Criminal Tribunal for Rwanda", European Journal of International Law, 17(1996) 4.
- Smith, Charles Anthony, "The Primacy of Politics: Justice, Power, and War Crimes Trials", Online Journal for Peace and Conflict Resolution, agosto 1999.
- Straus, Scott, "Darfur and the Genocide Debate", Foreign Affairs 84 (2005) 1.

Sur, Serge, "Vers une Cour pénale internationale: la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité" Revue Générale de Droit International Public, (3) 1999.

Tucker, Robert W., "The International Criminal Court Controversy", World Policy Journal, (18) 2001.

Uzelac, Anna, "Hague Prosecutors rest their Case", Institute for War and Peace Reporting, diciembre de 1994.

Washbourn, John, "The Negotiation of the Rome Statute for the International Criminal Court, Lawmaking in the 21st Century", Pace International Law Review, (11)1999.

Wierda, Marieke, et.al., "Pursuing Justice in Ongoing Conflict- A discussion of Current Practice" International Center for Transitional Justice, mayo 2004.

Zalaquett, José, "The Pinochet Case: International and Domestic Repercussions", <http://ciaonet.org/wps/zajo1.pdf>

Páginas de internet:

www.icc-cpi.int

www.iccnw.org

www.un.org

<http://www.un.org/icty/>

www.icttr.org

www.icj-cij.org

www.crimesofwar.org

www.acnur.org

www.el-mundo.es

www.derechos.org

<http://news.bbc.co.uk>

www.globalpolicy.org

Libros de referencia:

The Penguin Dictionary of International Relations, Londres, Penguin Books, 1998.