

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**  
Catedrática de Filosofía del Derecho de la  
Universidad de Valencia

**ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO**  
Catedrática de Derecho Mercantil de la  
Universidad CEU San Pablo

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**  
Catedrático de Teoría y Filosofía de  
Derecho, Instituto Tecnológico  
Autónomo de México

**JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**  
Ministro de la Suprema Corte  
de Justicia de México

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
Juez de la Corte Interamericana de Derechos  
Humanos, Investigador del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la UNAM

**OWEN M. FISS**  
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la  
Universidad de Yale (EEUU)

**LUIS LÓPEZ GUERRA**  
Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad Carlos III de Madrid

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
Catedrático de Derecho Civil de la  
Universidad de Sevilla

**MARTA LORENTE SARIÑENA**  
Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**RUTH ZIMMERLING**  
Catedrática de Ciencia Política de la  
Universidad de Mainz (Alemania)

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía  
Política de la Universidad de Valencia

**VÍCTOR MORENO CATENA**  
Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

**ANGELIKA NUSSBERGER**  
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.  
Catedrática de Derecho Internacional de la  
Universidad de Colonia (Alemania)

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
Catedrático de Derecho Internacional de la  
Universidad del Rosario (Colombia) y  
Presidente del Instituto Ibero-Americano de  
La Haya (Holanda)

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad Carlos III de Madrid

**TOMÁS SALA FRANCO**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del  
Tribunal Supremo de España

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**  
Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad de Valencia

# DERECHO INTERNACIONAL PENAL, JUSTICIA TRANSICIONAL Y DELITOS TRANSNACIONALES: DILEMAS POLÍTICOS Y NORMATIVOS

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**

Catedrático de Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Colombia)

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz,  
los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH, Holanda)

Director del Anuario Ibero-Americano  
de Derecho Internacional Penal – ANIDIP

Procedimiento de selección de originales, ver página web:  
[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

**tirant lo blanch**  
Valencia, 2017

## Capítulo II

# La encrucijada del derecho internacional penal a la luz de su proceso histórico: ¿de dónde viene y hacia dónde se dirige?

### II.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA ACTUAL ENCRUCIJADA DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

A pesar de que para autores como Badinter (2000: 155-164) y Leibman (1994: 705 *et seq.*) el DIP ha evolucionado de manera lineal a lo largo del siglo XX, el DIP no parece haber tenido ni un desarrollo, ni una aplicación, progresiva constante. Por el contrario, se ha elaborado y aplicado “a saltos” en momentos históricos muy concretos, en particular en los cinco años de postconflicto que siguieron a la Segunda Guerra Mundial (1945-1950), en la “década dorada” de la justicia internacional penal al término de la Guerra Fría (1992-2002) y en los años siguientes (2002-2010) en los que se recogerían sus frutos.

Este último periodo ha servido, a su vez, para mostrar las importantes limitaciones de los mecanismos de respuesta, o aplicación, directos e indirectos del DIP (tribunales internacionales penales, tribunales híbridos y jurisdicciones nacionales actuando, en particular, conforme a los principios de territorialidad y jurisdicción universal). A esta situación se ha unido el paulatino debilitamiento de los mismos en la segunda década del siglo XXI. De esta manera, si como veíamos en el capítulo I, el Derecho penal transnacional no es capaz de ofrecer una respuesta eficaz ante los delitos transnacionales cometidos por estructuras empresariales clandestinas que operan en una sociedad globalizada, lo mismo cabe decir del Derecho internacional penal en relación con aquellos crímenes que, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, afectan a los fundamentos mismos sobre los que se construye la sociedad internacional, con

la diferencia de que estos últimos son frecuentemente cometidos a instancia de las propias estructuras del Estado.

Como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que el DIP se encuentra en una auténtica encrucijada. Para comprenderla en todas sus dimensiones, el presente capítulo analiza, en primer lugar, la cuestión sobre los orígenes del DIP, para lo que realiza un estudio histórico que, sin pretender ser exhaustivo, aborda los principales elementos que permiten entender como la sociedad internacional y el Derecho internacional fueron evolucionando hasta dar lugar a la aparición de los primeros precedentes y manifestaciones del DIP. Respondida a la cuestión sobre sus orígenes, estudiamos a continuación el desarrollo sustantivo, institucional y procesal que el DIP experimentó en los veinte años que siguieron al final de la Guerra Fría. Finalmente, abordamos el progresivo debilitamiento que sus mecanismos de aplicación están experimentando en la segunda década del siglo XXI y exploramos algunas de las propuestas que pretenden ofrecer una orientación sobre hacia donde debe dirigirse el DIP para salir de la actual encrucijada en la que se encuentra.

En última instancia, el objetivo de este capítulo no es dar una respuesta única a la situación planteada, sino ofrecer al lector una visión panorámica que le provea de suficientes herramientas para analizar los distintos factores involucrados. Es también por esta razón que la extensión del mismo es superior a la de los demás capítulos.

## II.2. LA POSICIÓN DEL SER HUMANO EN EL NACIENTE SISTEMA EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL: LOS TRABAJOS DE VITORIA, SUÁREZ Y WOLFF

Desde el nacimiento del Derecho internacional como conjunto de normas que regulan las relaciones entre comunidades políticamente organizadas, el tratamiento del ser humano, con sus distintas dimensiones (cívico-política, económico-social, cultural-espiritual), tanto en tiempos de paz como de conflicto armado, ha sido parte del mismo. Así se refleja, entre otros, en los códigos neo-sumerio de Ur-Nammu (2100 a.e.c.) y babilónico de Hammurabi (1750 a.e.c.),

el derecho natural que los romanos identificaron como derecho de gentes (*ius gentium*), las doctrinas medievales árabe-musulmanas del Al-Siyar y el Dihmmi (650 en adelante) y en la *Charter du Manden* (pronunciada por Soundiata Keita al ser coronado emperador de Mali en 1222).

Es en esta línea en la que ha de enmarcarse el debate sobre la posición del ser humano en el sistema europeo de Derecho internacional, que comenzó a gestarse en Europa a partir del siglo XVI, adquirió dimensiones propias a partir de los tratados firmados en 1648 en Münster y Osnabrück como consecuencia de la paz de Westphalia que puso fin a la guerra de los treinta años<sup>29</sup>, se desarrolló durante los siguientes doscientos años, y terminó imponiéndose a nivel global durante la segunda mitad del siglo XIX para servir así de base en la construcción del actual sistema de Derecho internacional en el siglo XX (Neff, 2014: 11).

El siglo XVI fue testigo de los debates sobre la cuestión de si existía un Derecho que fuera igualmente aplicable a las naciones de Europa y a los pueblos amerindios que vivían desde tiempos ancestrales en las tierras a las que acababan de llegar los europeos. Esta no era una pregunta nueva en la civilización occidental, porque los griegos, los romanos y la propia cristiandad medieval se la habían hecho en diversas ocasiones en relación con otros pueblos de su entorno (Allott, 2002: 411).

Francisco de Vitoria (1492-1556) abordó la cuestión afirmando que todos los miembros de la especie humana conforman una sociedad que se encuentra gobernada por una misma Ley universal que los vincula, y cuyo fundamento se haya en la razón natural, característica distintiva de todos los seres humanos. Según Vitoria, esta Ley universal se encuentra por encima de cualquier poder civil que se imponga sobre un grupo humano en particular (Vitoria, 1529). Es en esta época en la que se realizaron las críticas más importantes al recién establecido régimen de las encomiendas en Hispano-América, que

<sup>29</sup> Tratado de Münster de 24 de octubre de 1648 entre el Emperador de los Estados del Sacro Imperio Romano y el Rey de Francia y Tratado de Osnabrück de la misma fecha entre el Emperador y los Estados del Sacro Imperio Romano y la Reina de Suecia.



trataban de responder a la pregunta presentada por sus principales exponentes, Fray Antón de Montesino y Fray Bartolomé de las Casas: “¿Con qué derecho, con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios?” (1511)<sup>30</sup>.

Profundizando en esta línea de pensamiento, Francisco Suárez (1548-1617) afirmó que la especie humana, con independencia de los pueblos o naciones en los que pueda dividirse, está constituida por una cierta unidad, que además de ser natural, es también moral y política, y gira en torno al precepto del amor y la misericordia mutuos. De ahí que todo Estado (ya se organice internamente como una República o un Reino), además de constituir una comunidad en sí mismo, debe ser considerado en relación con la especie humana como miembro de una sociedad universal (Suárez, 1621).

Casi un siglo después, Christian von Wolff (1679-1754) subrayaría nuevamente la existencia de una sociedad universal entre todos los miembros de la especie humana, cuya negación a causa de la creación de las sociedades particulares de los Estados sería contraria al Derecho natural, puesto que llevaría al absurdo de eliminar la obligación universal que todos tenemos frente a todos los demás. Para Wolff, del mismo modo que cada órgano del cuerpo humano, a pesar de tener una mayor interconexión con algunos órganos que con otros, no deja de ser una parte de un todo, cada miembro de la especie humana, a pesar de que se agrupe con otros para formar sociedades particulares, continúa perteneciendo a la sociedad universal formada por todos los seres humanos. En consecuencia, si consideramos como cierto que todos los seres humanos que han creado un Estado actúan como si tuvieran “una sola mente y un solo cuerpo”, entonces una vez que la especie humana se haya agrupado en diferentes Estados, la sociedad universal que antes existía entre los seres humanos, se transformaría en una sociedad universal entre todos los Estados (Wolff, 1749).

<sup>30</sup> Sermón dado por Fray Antón de Montesino en la Isla de La Española el cuarto domingo de adviento (21 de diciembre de 1511). Disponible en: Gutiérrez, F. (2011). *Texto del Sermón de Anton Montesino según Bartolomé de las Casas y Comentario de Gustavo Gutiérrez*. Disponible en: [http://www.dominicos.org/kit\\_upload/file/especial-montesino/Montesino-gustavo-gutierrez.pdf](http://www.dominicos.org/kit_upload/file/especial-montesino/Montesino-gustavo-gutierrez.pdf).

### II.3. LA LÓGICA DEL PODER SOBERANO DEL ESTADO EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL

A pesar de las múltiples manifestaciones del humanismo en la doctrina internacionalista de los siglos XVI, XVII y primera parte del siglo XVIII, éstas terminarían siendo desplazadas en la construcción de un naciente sistema europeo de Derecho internacional, que evolucionaría en los ciento cincuenta años siguientes en torno al denominado Estado Moderno soberano – con un sistema normativo cada vez más complejo y codificado, y que se constituiría históricamente como el pre-sistema de los actuales Estados Contemporáneos – (Anderson, 1974)–, y al entendimiento de la sociedad de naciones como una estructura meramente relacional, en la que una pluralidad de Estados se limitaban a coexistir entre sí (Diez de Velasco, 2009: 66-74; 96-97).

El elemento central de su construcción era un nuevo concepto de organización político-jurídica, denominado “Estado”, caracterizado por el poder (soberanía) de imponer sus mandatos de forma coercitiva a los sujetos (población) que habitan dentro de un determinado espacio físico (territorio), y de desarrollar independientemente relaciones con otras entidades jurídico-políticas que respondían a sus mismas características (competencia exterior) (Neff, 2014: 11)<sup>31</sup>.

Se trataba, por tanto, de un sistema cuyo principal foco de atención era la distinción entre aquellas sociedades políticas “aptas” para formar parte del mismo porque su organización política seguía el modelo de Estado soberano, y aquellas otras sociedades que carecían de dicha aptitud debido a las “insuficiencias” en su organización política (Brotóns *et al.*, 2007: 94-95). A las primeras se las reconocía como miembros de la sociedad de naciones. A las segundas se les negaba

<sup>31</sup> En su definición de Estado, Laski pone el acento en el poder de coerción que integra una determinada sociedad: “Por Estado, me refiero a una sociedad de esta clase que se integra a través de la posesión de una autoridad coercitiva legalmente suprema sobre cualquier individuo o grupo que forma parte de dicha sociedad. Una sociedad de este tipo es un Estado cuando el estilo de vida que deben conformar estos individuos y asociaciones se define por una autoridad coercitiva vinculante sobre todos ellos. Este poder es denominado soberanía” (Laski 1935).



la condición de sujetos de Derecho, pasando, junto con su territorio y población, a ser consideradas como "entes/cosas" que podían ser objeto de apropiación ("*res nullius*") por las primeras (Lesaffer, 2011: 404-440).

La articulación política de los Estados miembros de la sociedad de naciones era prácticamente inexistente, puesto que de lo que se trataba era de la mera coexistencia de una pluralidad de sujetos soberanos (Vattel, 1758). En consecuencia, el Derecho internacional se limitaba a regular aquellas materias que, como la guerra y la paz, la soberanía territorial y personal, la protección diplomática y el comercio internacional, eran necesarias para facilitar dicha coexistencia (Shaw, 2014: 19-21).

De esta manera, salvo ciertas manifestaciones marginales –como el *ius emigrandi*, consistente en el derecho de los habitantes del territorio cedido al Estado vencedor al término de un conflicto armado, de trasladarse a otra parte del territorio del Estado derrotado para así poder seguir practicando su religión (surgido a raíz de las divisiones entre las distintas iglesias cristianas que aparecieron desde el siglo XVI en Europa continental)–, el tratamiento de la persona humana y de los diversos tipos de sociedades no-estatales formados en torno a la misma quedaron completamente al margen del Derecho internacional (Nussbaum, 1962: 186-196) (Shaw, 2014: 27-30) (Verzijil, 1968: 435-447).

Los textos de Emerich de Vattel (1714-1767) constituyen un fiel reflejo de la construcción teórica sobre la que se estableció el sistema europeo de Derecho internacional. Para este autor, los seres humanos habían renunciado voluntariamente a sus derechos y sometido su voluntad, en lo que se refiere al bien común, al conjunto de la colectividad social encarnada en el Estado (Vattel 1758). De esta manera, ya no disponían de libertad para actuar, correspondiendo al Estado y a sus dirigentes el cumplimiento de los deberes adquiridos frente a terceros Estados. Así mismo, para Vattel resultaba inconcebible la idea de una sociedad de naciones en la que, por un lado, los Estados soberanos renunciaran a algunos de sus derechos en favor de la colectividad general (la sociedad universal de naciones), y, por otro lado, se creara una autoridad universal capaz de emitir mandatos frente a

los propios Estados, establecer el Derecho e imponer su cumplimiento a quienes lo desobedecieran (Vattel, 1758) (Allott, 2002: 414-416).

De esta manera, se negaba aquel Derecho de las naciones, que en los trabajos de Hugo Grotius (1583-1645), había sido definido como (i) el conjunto de normas adoptadas de común acuerdo por el conjunto de Estados soberanos que conforman la sociedad de naciones; (ii) con el fin de satisfacer los intereses comunes de todos ellos; y (iii) con fuerza vinculante para cada Estado a pesar de ser soberano e independiente (Grotius, 1625)<sup>32</sup>.

Apoyados en su superioridad militar y tecnológica, y con la justificación jurídica que les ofrecía el nuevo sistema europeo de Derecho internacional, se llevó a cabo, tras la conquista de amplias partes del continente americano por España en el siglo XVI, el reparto en los siglos XVII y XVIII entre Bélgica, España, Francia, Holanda, Portugal y Reino Unido de los territorios y poblaciones de aquellas comunidades que no cumplían con los requisitos de estatalidad. Esto sucedió con particular virulencia en el continente americano, donde la superioridad tecnológico-militar de las potencias europeas llevó a eliminar casi por completo los vestigios de la civilización amerindia, incluyendo su concepto de persona humana, su integración en comunidades políticamente organizadas y la forma de regular las relaciones entre dichas comunidades (Sánchez Albornoz 1990). Otras regiones del mundo, como el Imperio Otomano, la China imperial o el Japón del Shogunato Tokugawa no correrían la misma suerte hasta bien entrado el siglo XIX (Neff, 2014: 7-8, 12-13) (Gerry, 2004: 30-37, 75-76).

#### II.4. La independencia de EEUU, Haití y las Repúblicas Hispano-americanas, la Revolución Francesa y la contra-reforma del Congreso de Viena

El 4 de julio de 1776, las comunidades de emigrantes europeos que el Reino Unido había trasladado a sus colonias en Norteamérica, a tra-

<sup>32</sup> Para Grotius, el Derecho de las naciones era distinguible del Derecho natural (que es producto de las características propias de la naturaleza humana como su racionalidad y sociabilidad) y del orden moral que viene directamente de Dios. De esta manera, de igual forma que las leyes de cada Estado soberano se crean para la satisfacción de sus intereses, es posible establecer por consentimiento mutuo leyes que se dirijan a satisfacer los intereses de todas las naciones (Grotius 1625).

vés de sus representantes en el Segundo Congreso Continental reunido en Filadelfia (Pennsylvania), aprobaron la declaración de independencia de los Estados Unidos de América<sup>33</sup>. Apenas un mes antes, el 12 de junio de 1776, la Convención de Delegados de Virginia había aprobado la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia<sup>34</sup>, que serviría de fundamento teórico a la primera. Este consistía en colocar al ser humano en el centro de la construcción política de la nueva comunidad, cuya finalidad principal era la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales inmanentes a la dignidad humana (Janis, 2010: 25-27, 93-115) (Shaw, 2014: 19). Sin embargo, este reconocimiento de la dignidad humana se limitó a los hombres emigrantes europeos, y a sus descendientes, sin que se extendiera al resto de miembros de la sociedad, en particular a las mujeres, a los miembros de las poblaciones amerindias y a los esclavos afro-americanos (Janis, 2010: 25-27, 93-115).

De la misma manera, la Revolución Francesa (iniciada simbólicamente con la toma de la Bastilla el 14 de julio de 1789) pretendió colocar también al “hombre” en el centro de la construcción política conocida como Estado (Shaw, 2014: 18-21), si bien excluyó de la misma a la mujer – la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana de 1791<sup>35</sup>, que parafraseaba la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>36</sup>, fue rechazada y su redactora, Olympe de Gouges, guillotizada por su “osadía”. Además, limitó la aplicación de este nuevo modelo político a la metrópoli, dejando por tanto fuera del mismo a las colonias de ultramar y a aquellas comunidades cuya organización política no cumplía con los requisitos de estatalidad (Nussbaum, 1962: 118-121).

<sup>33</sup> El texto de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 4 de julio de 1776, se puede encontrar en: <https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>.

<sup>34</sup> La Declaración de Derechos aprobada por la Convención de Delegados de Virginia el 12 de junio de 1776 sirvió de antesala a la Declaración de Independencia que se realizaría el 4 de julio de ese mismo año. Su texto se puede encontrar en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>.

<sup>35</sup> El texto de la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana se puede consultar en: <http://www.fmyv.es/ci/es/Mujer/13.pdf>.

<sup>36</sup> El texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se puede consultar en: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espanol/es\\_ddhc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espanol/es_ddhc.pdf).

Tras la características únicas que presenta el proceso de independencia de Haití entre 1792 y 1804<sup>37</sup>, las nuevas Repúblicas de Hispano-América, independizadas de España entre 1810 y 1825, pusieron, siguiendo el modelo de EEUU y Francia, al ser humano en el centro de sus nuevas construcciones políticas, si bien excluyeron también de su aplicación a la inmensa mayoría de su población, constituida por mujeres, campesinos y artesanos sin el requerido nivel de alfabetización e ingresos, miembros de los pueblos amerindios, y esclavos afro-americanos y sus descendientes (Miller, 2011: 847).

Como reacción a estos desarrollos, se estableció en el Congreso de Viena de 1815 un sistema de seguridad colectiva (Concierto de Europa) dirigido a proteger en la Europa Continental el sistema inter-estatal y la Monarquía Absoluta como forma de gobierno (Nussbaum, 1962: 186-190). Con ello, derrotado Napoleón, se frenaron las tendencias dirigidas a situar a la dignidad humana en el centro de la construcción política del Estado (Nussbaum, 1962, p. 188). La intervención en 1823 de los “cien mil hijos de San Luis” enviados por Francia para poner fin por la fuerza armada al trienio liberal en España (1820-1823), es un buen ejemplo de los fines y forma de funcionamiento del nuevo sistema de seguridad colectiva creado en 1815 (Sánchez Mantero, 1981: 51-52) (Aróstegui, Canal & González Calleja, 2003) (Fontana Lázaro, 2015).

## II.5. LA EXPANSIÓN GLOBAL DE IMPERIO BRITÁNICO Y DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL EN EL SIGLO XIX: LOS PRIMEROS PRECEDENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Desde la derrota de Napoleón en 1815, el siglo XIX observó la expansión global del Imperio Británico, que no sólo ocupó una cuarta parte del territorio mundial, sino que desarrolló a raíz de la revolución

<sup>37</sup> Vid la presentación del texto de la Declaración de Independencia de Haití que realiza Armando Martínez Garnica (2011) y que se encuentra disponible, junto con el texto de la misma en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93722645011>.



industrial un poder político, económico y militar en la esfera internacional sin precedentes, que impediría el éxito de cualquier iniciativa de envergadura de los demás miembros de la sociedad de naciones sin su aquiescencia (Shaw, 2014: 20). De ahí que autores como Allot (2002: 417) afirmen que el “invencible sentido común anglo-americano” se convirtió en el auténtico representante de la sociedad de naciones –que pasó a denominarse sociedad internacional– y de su sistema de Derecho internacional<sup>38</sup>.

En este contexto, la segunda mitad del siglo XIX vio como aquellas Potencias que hasta entonces habían conseguido mantenerse al margen del sistema europeo de Derecho internacional (Imperio Otomano, China y Japón) terminaban por ser sometidas al mismo (Nussbaum, 1962: 190-196). Inmersos en esta lógica, el Congreso de Berlín de 1885 serviría para que las Potencias europeas (con inclusión de las recientemente unificadas Alemania e Italia), extendieran la hegemonía “mesa de los sacrificios de la historia” repartiéndose los territorios y las poblaciones del interior del continente africano, siguiendo el modelo de *res nullius* que había permitido en los siglos anteriores el reparto de América, Asia y Oceanía (Nussbaum, 1962: 193).

Sería, sin embargo, a finales de siglo XIX y comienzos del siglo XX cuando comenzaría a vislumbrarse un incipiente proceso de reconocimiento del ser humano y de su dignidad en el Derecho internacional con la aprobación de los primeros instrumentos de DIH dirigidos a mejorar la suerte de los heridos en combate (Convenio de Ginebra, 1864), prohibir la utilización de determinados proyectiles (Declaración de San Petersburgo, 1868), regular la guerra terrestre (Convenios

<sup>38</sup> Ejemplo de esta sentido práctico anglo-americano es la definición de Derecho internacional ofrecida en 1880 por W.E. Hall. Según este autor, “[c]omo el Derecho de las naciones está basado en el consentimiento común de los Estados como comunidades soberanas, los Estados miembros de la familia de las naciones son iguales en cuanto sujetos de Derecho internacional. Por su propia naturaleza, los Estados no son iguales en lo que se refiere a su poder, extensión, constitución, y otros atributos. Pero como miembros de la sociedad de naciones todos ellos son iguales, cualquiera que puedan ser las diferencias que existan entre ellos. Esto es consecuencia de su soberanía y del hecho de que el Derecho de las naciones es un Derecho entre Estados, y no impuesto desde arriba a los mismos (traducción del autor) (Hall 1880: 1).

de la Haya, 1899; 1907) y adaptar la guerra marítima a los nacientes principios humanitarios (III Convenio de La Haya, 1899)<sup>39</sup>.

Así mismo, el 3 de enero de 1872, Gustave Moynier presentó en Ginebra su proyecto de creación de una jurisdicción internacional penal con jurisdicción sobre las violaciones del Convenio de Ginebra de 1864 y de sus artículos adicionales<sup>40</sup>. Se acordaron además mecanismos para la resolución pacífica de las controversias internacionales, incluyendo la creación de una Corte Permanente Internacional de Arbitraje, con el fin de evitar acudir a la guerra (Convenios de La Haya, 1899; 1907). La cláusula Martens, recogida por primera vez en el Preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, constituyó sin duda la principal manifestación de este incipiente proceso<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Las Conferencias de Paz de la Haya, inspirada en los trabajos de la Conferencia de Paz de Bruselas de 1874, y convocadas a propuesta del Zar Alejandro II de Rusia, tuvieron lugar del 15 de mayo al 31 de julio de 1899, y del 15 de junio al 18 de octubre de 1907.

<sup>40</sup> El proyecto de Gustave Moynier, que contenía diez artículos y un extenso preámbulo, fue publicado en el Bulletin International des Sociétés des Secours aux Militaires Blessés, Núm. 11, pp. 121-131. Sobre el proyecto de Gustave Moynier, vid. Hall (1998: 63-82) y Petit Gabriel (1999: 29-87).

<sup>41</sup> La cláusula Martens dice lo siguiente: “Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”. La cláusula debe su nombre al profesor Fiódor Fiódorovich Martens, quien siendo delegado de Rusia la presentó en la Conferencia de la Paz de 1899. La propuesta de Martens se produjo ante el desacuerdo de los Estados participantes en la Conferencia sobre el estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante. Mientras los Estados con fuerzas armadas más pequeñas consideraban que debían ser considerados como combatientes legítimos, las potencias militares del momento entendían que debían ser considerados como francotiradores y estar sujetos a ejecución (Pustogarov: 1996: 324-339) (Kalshoven 1987: 14). Diferentes versiones de esta cláusula serían recogidas en varios tratados de DIH, incluyendo el Preámbulo del IV Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (18/10/1907), los cuatro Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (12/08/1949) (CG I: art. 63) (CG II: art. 62) (CG III: 142) (CG IV: art. 158) y el Preámbulo del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra (8/06/1977).

## II.6. LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL Y EL POSTCONFLICTO

Casi al tiempo en que se firmaban los últimos Convenios de La Haya de 1907, se tornaba la atención a la creciente expansión militar, política y económica del nuevo Imperio Alemán (establecido el 18 de enero de 1871 en torno a Prusia tras sus victorias en las guerra austro-prusiana (1866) y franco-prusiana (1870-1871), como culminación del proceso histórico de unificación en Europa Central que había comenzado cuatro décadas antes)<sup>42</sup>. Sus crecientes demandas de territorios de ultramar donde establecer regímenes coloniales que le permitiesen abastecerse de materias primas en las mismas condiciones que hacía la metrópoli británica, amenazaban por primera vez desde 1815 la supremacía global del Imperio Británico, y conducían paulatinamente a la Primera Guerra Mundial, que comenzaría el 28 de julio de 1914<sup>43</sup>.

Al año siguiente, los gobiernos de Francia, Reino Unido y Rusia realizaron una declaración conjunta afirmando que el Imperio Oto-

<sup>42</sup> A principios del siglo XIX existían en Europa Central 37 Estados soberanos, de los que Prusia y Austria eran los que presentaban una mayor capacidad política, económica y militar. El camino a la unificación se inició con la Unión Arancelaria (*Zollverein*) iniciada por Prusia en 1834, a la que se adhirieron inicialmente los Estados de Baviera, Hesse-Darmstadt y Wurtemberg, y que acabaría atrayendo a otros Estados de la región cuyas principales exportaciones eran agrícolas, y que veían muy rentable la eliminación de los aranceles aduaneros con una Prusia que exportaba manufacturas muy demandadas en los mismos. Posteriormente, tras la guerra de los ducados Schleswig-Holstein en 1864, que permitió a Prusia arrebatarse los mismos a Dinamarca, se desarrolló en 1866 la guerra austro-prusiana, que tuvo como objetivo expulsar a los austriacos de la Confederación Germánica, eliminando así cualquier posibilidad de unificación en torno a Austria. Finalmente, la guerra franco-prusiana (1870-1871) tuvo como fin limitar territorialmente a Francia y buscar una motivo de unidad entre los Estados alemanes, que permitiera unificarlos bajo la égida de Prusia en el Imperio alemán, como fundamento necesario para una futura expansión colonial. Sobre la Unificación del Imperio alemán, vid. Blackburn (1998) y Bridge & Bullen (2004).

<sup>43</sup> También en 1870, con la incorporación de Roma y el Lacio, últimos reductos de los Estados Pontificios, se completó la unificación italiana, iniciada dos décadas antes, tras los fallidos intentos frenados por Austria y sus aliados entre 1821 y 1849. En 1919 con el tratado de Saint-Germain-en-Laye se incorporarían tras la Primera Guerra Mundial los territorios de Istria, Trentino, Trieste, y la ciudad de Zara en Dalmacia. Vid a este respecto, Banti (2004) y Holt (1971).

mano, aliada del Imperio Alemán y del Imperio Austro-Húngaro durante la guerra, había cometido delitos que afectaban a la "conciencia de la humanidad" contra cerca de 800.000 armenios que habitaban en su territorio<sup>44</sup>. Finalizada la Primera Guerra Mundial, el proyecto del Tratado de Sevres (firmado el 20 de agosto de 1920) afirmaba el derecho de las potencias vencedoras a enjuiciar a los responsables de tales delitos y la obligación del Imperio Otomano de entregar a los miembros del gobierno turco y de sus Fuerzas Armadas que los habían incitado (Matas: 1989). Estados Unidos y Japón se opusieron a esta disposición, al considerar que la categoría de delitos contra la conciencia de la humanidad no había sido definida a nivel internacional con anterioridad a la violencia ejercida contra los armenios residentes en Turquía (Bassiouni, 2011: 88-89). Finalmente, el tratado, a pesar de ser firmado por Reino Unido, Francia, Italia y Turquía, no llegó nunca a entrar en vigor.

Mientras tanto, la cuestión relativa a los crímenes de guerra cometidos durante la Primera Guerra Mundial, se había encargado a la Comisión sobre Responsabilidades por la Guerra y su Conducta, compuesta por 15 miembros de 10 países aliados, y dirigida por el Secretario de Estado de EEUU, Robert Lansing. Sobre la base de sus informes se redactaron los artículos 227 a 230 del Tratado de Versalles (1919). El art. 227 preveía el establecimiento de un tribunal internacional penal *ad hoc*, compuesto por cinco jueces nombrados respectivamente por EEUU, Francia, Italia, Reino Unido y Japón, con jurisdicción para conocer de los crímenes contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados cometidos por el Kaiser Guillermo II de Hohenzollern<sup>45</sup>. El art. 228 reconocía a su vez el derecho

<sup>44</sup> Esta declaración se recoge en el memorándum armenio, presentado el 14 de marzo de 1919 por la delegación griega a la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre la Ejecución de las Penas, formada por los Estados aliados al final de la Primera Guerra Mundial. Su texto se puede encontrar en Schwelb (1949: 178-181). Vid. también a este respecto Dadrian (1989) y Willis (1982).

<sup>45</sup> Vid. Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles). Firmado el 28 de junio de 1919. En vigor desde el 10 de enero de 1920. El artículo 227 del mismo establecía: "Las Potencias Aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, por ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de



de las Potencias Aliadas y asociadas "de llevar ante sus tribunales militares a los acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra". Por su parte, el art. 229 preveía la creación de tribunales militares mixtos, compuestos por miembros pertenecientes a los tribunales militares de las Potencias interesadas, para conocer de los "actos criminales cometidos contra súbditos de varias Potencias Aliadas y asociadas". Finalmente, el art. 230 establecía la obligación del gobierno alemán de cooperar con las actuaciones mediante la entrega de quienes fueran acusados y la entrega de la prueba documental requerida<sup>46</sup>.

Sin embargo, el tribunal internacional penal *ad hoc* previsto en el artículo 227 no pudo llegar a ser finalmente establecido porque el Kaiser Guillermo II, tras su abdicación en el otoño de 1918,

los Tratados. Se constituirá un tribunal especial para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. Se compondrá de cinco jueces, nombrados por cada una de las cinco Potencias siguientes: Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. El tribunal juzgará inspirándose en los principios más elevados de la política entre las naciones, con objeto de garantizar el respeto a las obligaciones solemnes y a los compromisos internacionales, así como a la moral internacional. Le corresponderá fijar la pena que a su juicio deba aplicarse. Las Potencias Aliadas y asociadas dirigirán al Gobierno de los Países Bajos un requerimiento en solicitud de que les entregue al ex emperador para que sea juzgado".

<sup>46</sup> Los artículos 228 a 230 del Tratado de Versalles disponían lo siguiente: Artículo 228: "El Gobierno alemán reconoce a las Potencias Aliadas y asociadas el derecho de llevar ante sus tribunales militares a los acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra. Se aplicarán a los que resulten culpables las penas previstas por las leyes. Esta disposición se aplicará, sin perjuicio de los procedimientos que se sigan ante una jurisdicción de Alemania o de sus aliados. El Gobierno alemán deberá entregar a las Potencias Aliadas y asociadas, o a la que de entre ellas le fuere indicado, las personas que, acusadas de haber cometido un acto contrario a las leyes y a las costumbres de la guerra, sean designadas, bien por su nombre, bien por el grado, la función o el empleo que tenían en las jerarquías alemanas". Artículo 229: "Las personas culpables de actos criminales contra súbditos de varias Potencias Aliadas y asociadas comparecerán ante tribunales militares, compuestos de miembros pertenecientes a los tribunales militares de las Potencias interesadas. En todo caso, el acusado tendrá derecho a designar por sí mismo a su abogado". Artículo 230: "El Gobierno alemán se compromete a suministrar todos los documentos y datos, sea cual fuere su naturaleza, cuya presentación se considere necesaria para el conocimiento pleno de los hechos delictivos, el descubrimiento de los culpables y la apreciación exacta de las responsabilidades".

se había refugiado en Holanda, que se había declarado neutral durante la Primera Guerra Mundial y donde reinaba su tía Guillermina. Tras concederle el asilo, el gobierno holandés se negó a entregarlo a las Potencias vencedoras que pretendían juzgarlo, alegando que los cargos de los que se le acusaba no existían en las leyes holandesas (Cryer *et al.*, 2010: 109-111). El conflicto por la creación del tribunal internacional penal se cerró en 1920 cuando Reino Unido, Francia y Bélgica (EEUU. ya se había desmarcado pues consideraba que los delitos imputados no habían sido definidos a nivel internacional con anterioridad a su comisión) aceptaron la propuesta alemana de juzgar ante su tribunal supremo en Leipzig, con la presencia de una misión de observadores aliados, 45 casos que había sido seleccionados por dichos Estados (Mullins, 1921: 98-112).

Los cuatro primeros juicios, relativos a maltratos a prisioneros británicos, se celebraron en Leipzig entre el 21 de mayo y el 4 de junio de 1921, y terminaron con una absolución y tres sentencias condenatorias de cuatro a diez meses. En el mes siguiente se desarrollaron seis juicios más sobre maltratos a prisioneros franceses y belgas, que dieron lugar a cinco absoluciones y una condena. Como resultado en enero de 1922, Reino Unido, Francia y Bélgica solicitaron a Alemania que el resto de casos fueran juzgados ante sus tribunales nacionales. Sin embargo, Alemania se negó, y el Reino Unido se inhibió. Durante los ocho años siguientes continuarían los procesos penales contra soldados y mandos medios del ejército alemán que habían presuntamente incurrido en crímenes de guerra, con un resultado de 13 condenas sobre un total de 861 juicios penales que tuvieron lugar. Ninguno de los posibles "máximos responsables", incluidos los generales Ludendorff y Hindenburg, el almirante von Tirpitz o el Ministro de Asuntos Exteriores Bethmann-Hollweg, fueron llamados a comparecer (Becker, 1996).

## II.7. EL PERIODO DE ENTREGUERRAS 1919-1939

El proceso de reconocimiento del ser humano y de su dignidad en el Derecho internacional registró nuevas manifestaciones con la

creación en 1919 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>47</sup>, que subrayaba la necesidad de garantizar la justicia social como premisa para alcanzar una paz universal y permanente (en contraste con la explotación de los trabajadores que había tenido lugar hasta entonces en los países industrializados), y reconocía la cada vez mayor interdependencia económica del mundo y la importancia de cooperar para garantizar una cierta igualdad en las condiciones laborales en los Estados que competían por los mercados (Preámbulo Constitución OIT)<sup>48</sup>.

Así mismo, en el seno de la Sociedad de Naciones, organización internacional creada en 1919 por el Tratado de Versalles con el fin de crear un sistema de seguridad colectiva que evitara una nueva confrontación mundial, se desarrolló en la década de 1920 el régimen de protección de las minorías nacionales, que terminaría convirtiéndose en el antecedente del principio de libre determinación de los pueblos (Ruiz Vieytez, 2012)<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> La Organización Internacional del Trabajo fue creada en 1919, como parte del Tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial. Su constitución fue elaborada entre enero y abril de 1919 por una Comisión del Trabajo establecida por la Conferencia de Paz, que fue presidida por Samuel Gompers (presidente de la Federación Estadounidense del Trabajo), y compuesta por representantes de Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Francia, Italia, Japón, Polonia, Reino Unido y Estados Unidos. El resultado fue una organización tripartita, con representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores en sus órganos ejecutivos, que asumió algunas de las ideas que ya había sido aplicadas por la Asociación Internacional para la Protección Internacional de los Trabajadores, fundada en Basilea en 1901.

<sup>48</sup> En este sentido, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, establece: "Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; [ ] Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones; [ ] Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países".

<sup>49</sup> El 15 de noviembre de 1917, el soviét de comisarios del pueblo adoptó la *Declaración de los pueblos de Rusia*, en la que reconoce el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, superando, las políticas de rusificación zaristas, y aceptando, al menos teóricamente, la separación y la formación de Estados inde-

Sin embargo, a medida que transcurría la década de 1920, se iba haciendo cada vez más palpable el temor de que el oneroso régimen de reparaciones impuesto a Alemania en el Tratado de Versalles (que terminaría provocando la caída de la República de Weimar con la llegada al poder del partido nacional socialista en 1933), y las políticas cada vez más agresivas de Italia y Japón (que habían sido parte del bando vencedor durante la Primera Guerra Mundial) por establecer regímenes coloniales que les permitieran el acceso a un mayor volumen de materias primas a bajo coste, podrían acabar generando un nuevo conflicto armado de consecuencias incalculables. La crisis financiera de 1929, y la permisividad contemporizadora de EEUU, Gran Bretaña y, en menor medida, Francia, agravarían en los años siguientes dicha amenaza.

Esta situación llevó a destacados dirigentes de la sociedad internacional a buscar en las reflexiones de Francisco de Vitoria (1529), Francisco Suárez (1621), Hugo Grotius (1625), Christian von Wolf (1749) y el propio Immanuel Kant (1784:1795-1796), la fórmula para "instaurar" la paz y evitar que dicha amenaza llegara a materializarse. La fórmula finalmente acogida fue el Pacto Briand-Kellogg, concluido el 27 de agosto de 1928 en París<sup>50</sup>, por el que, en apenas unas líneas, los mandatarios de Alemania, Bélgica, Checoslovaquia, EEUU, Francia, India, Italia, Japón, Polonia y el Reino Unido: "(i) renunciaban, en nombre de sus respectivos pueblos, a la guerra como instrumento de política nacional en sus relaciones entre sí; (ii) se comprometían al arreglo pacífico de toda diferencia o conflicto cualquiera que fuese su naturaleza u origen; y (iii) condenaban a quien recurriera a la guerra para solucionar controversias

pendientes (en aplicación de esta declaración, Lenin permitió la independencia de Finlandia el 6 de diciembre de 1917). Mes y medio después, el 8 de enero de 1918 el Presidente de EE UU, Woodrow Wilson, hizo público su *programa de 14 puntos* como fundamento de la paz, que reconocía el derecho de libre determinación de los pueblos. Sin embargo, los aliados se opusieron a su plan de aplicar este derecho a sus propios pueblos y territorios, por lo que en última instancia la Sociedad de Naciones terminó creando un régimen de protección de minorías nacionales y otro de mandatos, que constituyeron una alternativa, más que una realización, del derecho de autodeterminación.

<sup>50</sup> El Pacto Briand-Kellogg (también conocido como Pacto de París), que se denominó oficialmente Tratado General para la Renuncia a la Guerra como Instrumento de Política Nacional, fue firmado el 27 de agosto de 1928 y entró en vigor el 24 de julio de 1929.



internacionales". De esta forma se daba un significativo paso adelante en relación con lo dispuesto en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 para la Resolución Pacífica de las Controversias Internacionales, que se habían mostrado insuficientes para evitar la Primera Guerra Mundial.

Años después, el 16 de noviembre de 1937, se abriría a la firma en Ginebra la Convención para la Creación de una Corte Penal Internacional<sup>51</sup> con jurisdicción sobre los delitos de terrorismo previstos en la Convención contra el Terrorismo de 1937 (Bassiouni, 1999b: 14)<sup>52</sup>. Sin embargo, esta nueva iniciativa para crear una jurisdicción internacional penal fracasó una vez más como consecuencia de la invasión japonesa de Manchuria (1931), la invasión italiana de Etiopía (1935), la guerra de España (1936-1939) y las anexiones alemanas de Austria (1938) y la República de Checoslovaquia (1938). Habían pasado apenas diez años desde el Pacto Briand-Kellog, cuando el 1 de septiembre de 1939, la invasión de Polonia por Alemania y la inmediata declaración de guerra a esta última por el Reino Unido marcaban el inicio de la Segunda Guerra Mundial, que probaría ser mucho más destructiva que su antecesora, y terminaría con la utilización del arma más mortífera que la historia haya conocido jamás: la bomba atómica (Truman Papers, 1946:16).

## II.8. LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y LOS PROCESOS PENALES POR CRÍMENES CONTRA LA PAZ, CRÍMENES DE GUERRA Y CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD COMETIDOS DURANTE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: LOS CASOS DE ALEMANIA, ITALIA Y JAPÓN

No es hasta el periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial (1945-1950) que se observan las principales mani-

<sup>51</sup> Convención para la Creación de una Corte Penal Internacional. Sociedad de Naciones. Doc. 547(I). M.384(I).1937v.1938. Aunque se abrió a la firma en Ginebra el 16 de Noviembre de 1937 nunca llegó a entrar en vigor.

<sup>52</sup> Convención para la Prevención y Sanción del Terrorismo. Sociedad de Naciones. Doc. C.546 (I). M. 383 (I). 1937, V (1938).

festaciones del reconocimiento del ser humano y el establecimiento de mecanismos para la protección de su dignidad en el Derecho internacional (Del Arenal, 2002: 32) (Marchett Gauche, 2002: 485). De hecho, para Cançado Trindade (2010: 275-276), la envergadura de la transformación experimentada por un Derecho internacional tradicionalmente basado en los conceptos de Estado y soberanía fue de tal magnitud, que sólo parece haber sido posible ante el colapso del modelo ético-material y jurídico-formal anteriormente existente como consecuencia de las dos guerras mundiales.

La completa destrucción del continente europeo y de amplias regiones de Asia y África, llevaron a los dirigentes de EEUU, Reino Unido y la URSS a diseñar en las Conferencias de Dumbarton Oaks (7/10/1944) y Yalta (11/02/1945) los aspectos centrales de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945)<sup>53</sup>, que, junto con los

<sup>53</sup> La historia de la Carta de las Naciones Unidas se remota a la "Declaración de Londres", firmada el 12 de julio de 1941 por los representantes de Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido y Sudáfrica, junto con los representantes de los gobiernos en el exilio de Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, Francia (representada por el general De Gaulle), Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Yugoslavia. En la misma, se declaraban a favor de la concertación de la paz de forma conjunta, estableciendo que la única base de una paz duradera era la cooperación voluntaria de todos los pueblos libres para evitar la amenaza de una agresión. Meses después, el 14 de agosto de 1941, los presidentes de EEUU y Reino Unido firmaban la denominada "Carta del Atlántico", en la que señalaban que al terminar la guerra esperaban el establecimiento de una paz que: (i) ofrezca a las naciones seguridad y que sus habitantes vivan libres del temor y la necesidad; (ii) haga que todas las naciones del mundo renuncien al uso de la fuerza; y (iii) promueva la colaboración entre las naciones para lograr mejores condiciones de trabajo, adelanto económico y seguridad social. El 1 de enero de 1942, representantes de 26 Estados firman la "Declaración de las Naciones Unidas" en la que asumen el compromiso de proseguir juntas la lucha contra las potencias del Eje (en este documento se utiliza por primera vez la expresión "Naciones Unidas"). Posteriormente en las Conferencias de Moscú, celebrada el 1 de noviembre de 1943 y de Teherán, que tuvo lugar un par de meses más tarde, se exhorta a la creación de una nueva organización general internacional basada en la igualdad soberana de los Estados, con el fin de evitar futuras confrontaciones. Pero no sería hasta la conferencia de Dumbarton Oaks (7 de noviembre de 1944) y Yalta (11 de febrero de 1945), en la que sólo interverían EEUU, Reino Unido y la URSS, cuando se elaboraría el diseño de la nueva organización, cuyo proyecto de Carta sería sometida dos meses y medio después a la consideración de los 50 Estados participantes en la Conferencia de

acuerdos de Bretton Woods (22/07/1944) sobre el modelo monetario, comercial y financiero que crearon el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, constituyen los pilares esenciales sobre los que se construyó la nueva sociedad internacional surgida de la Segunda Guerra Mundial (Kennedy, 2007).

De esta manera, se creaba un nuevo régimen jurídico internacional que, con el fin de garantizar la paz y seguridad internacionales, estaría formado por tres elementos principales: (i) se otorgaba competencia exclusiva al CSNU (compuesto por quince Estados, donde EEUU, Reino Unido y la URSS, junto con Francia y China (principales Potencias Aliadas en los teatros de operaciones europeo y asiático) tendrían representación permanente y derecho de veto, y el resto sería elegido cada dos años conforme a criterios de representación geográfica) sobre cualquier situación que constituyera una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión; (ii) se prohibía todo recurso a la fuerza armada, a menos que fuera autorizada por el CSNU, o estuviera permitida por "el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta que el Consejo de Seguridad [hubiera] tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales"; y (iii) "[l]as medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa [debían ser] comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectar[í]an en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estim[ara] necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales"<sup>54</sup>.

Así mismo, con el acuerdo de Londres celebrado el 8 de agosto de 1945 entre EEUU, Francia, Reino Unido y la URSS, se creó el Tribunal Militar Internacional, con sede en Nuremberg, con jurisdicción sobre crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (incluido el genocidio) cometidos por personas u organi-

zaciones que hubiesen actuado por cuenta de los países europeos del Eje<sup>55</sup>. Meses después, el 19 de enero de 1946, el comandante en jefe de las fuerzas norteamericanas en el Pacífico establecía por decreto el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente<sup>56</sup> con sede en Tokio y con jurisdicción para conocer sobre esos mismos delitos cuando hubieran sido cometidos por individuos u organizaciones del Lejano Oriente<sup>57</sup>. De esta manera, de entre las varias opciones políticas barajadas sobre cómo tratar a los dirigentes de las Potencias derrotadas, se desechó la propuesta británica y rusa de fusilarlos, prevaleciendo la posición norteamericana (sustancialmente distinta a la sostenida por EEUU al final de la Primera Guerra Mundial a pesar de que el DIP apenas había evolucionado desde entonces) de someterlos a enjuiciamiento ante tribunales militares internacionales conformados por jueces de las Potencias vencedoras (Ferenzc, 1990: 325 *et seq*) (King, 2000: 2421 *et seq.*) (Taylor, 1992).

Sin embargo, tanto el TMI como el TMILO conocerían únicamente de un sólo proceso penal. Así, el TMI enjuició, entre el 20 de noviembre de 1945 y el 1 de octubre de 1946, a los 24 principales dirigentes políticos, militares, económicos e ideológicos del régimen nacional-socialista que gobernó Alemania entre 1933 y 1945, que habían sobrevivido a la Segunda Guerra Mundial y habían sido capturados por las Potencias Aliadas (las cuatro principales organizaciones de dicho régimen fueron también procesadas)<sup>58</sup>. Como resultado la mitad de los acusados fueron condenados a muerte y ejecutados, tres fueron condenados a cadena perpetua, cuatro recibieron penas de entre 10 y 20 años de prisión y el resto fueron absueltos o no recibieron

<sup>55</sup> *Investigación y Enjuiciamiento de los Mayores Criminales de Guerra de los Países Europeos del Eje*. 8 de agosto de 1945. Serie Tratados de Naciones Unidas. Vol. 82: 279 *et seq.* (Incluye la Carta de Tribunal Militar Internacional de Nuremberg).

<sup>56</sup> Proclamación Especial: Establecimiento de un Tribunal Military Internacional para el Lejano Oriente. 19 de enero de 1946. Serie Tratados y Otros Actos Internacionales. Núm. 1589: 3 *et seq.* Reproducido en Minear (1991: 185-199), donde se incluye la Carta del Tribunal Militar Internacional de Tokio.

<sup>57</sup> Art. 5 de la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.

<sup>58</sup> TMI. *Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*. 1 de octubre de 1946. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/imt/judgen.asp>.

San Francisco (25 de abril-26 de junio de 1945). El proyecto de Carta, con algunas enmiendas menores presentadas por los Estados participantes, fue aprobado por unanimidad del 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre de ese mismo año. Vid a este respecto, Kennedy (2007).

<sup>54</sup> Vid artículos 2(4), 12, 24, 25, 39-51 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas.



condenas (Cryer *et al.*, 2014: 117-119). Para 1966 sólo Rudolf Hess, asistente personal de Hitler, permanecía en la prisión de Spandau, donde murió en 1987 (Cohen, 1997: 113 *et seq.*)

El TMILO enjuició, entre el 3 de agosto de 1946 y el 12 de noviembre de 1948, al primer ministro de Japón Hideki Tojo y otros 24 altos cargos del gobierno y de las fuerzas armadas japonesas (si bien, con el fin de facilitar la transición en Japón, el General Mc Arthur, así como la Fiscalía y las propias defensas de los acusados, protegieron al emperador Hirohito, Jefe del Estado Imperial Japonés, que ni tan siquiera fue llamado a declarar)<sup>59</sup>. Como resultado, siete acusados fueron condenados a muerte y ejecutados, dieciséis fueron condenados a cadena perpetua, y dos recibieron penas de 20 y 7 años respectivamente. Shigemitsu Mamoru; Ministro de Asuntos Exteriores del gobierno japonés durante la Segunda Guerra Mundial fue indultado en 1950 y cuatro años más tarde volvería a ser nombrado Ministro de Asuntos Exteriores. El resto de condenados fueron indultados y puestos en libertad en 1955. Varios de los condenados serían enterrados a su muerte en el Santuario Yasukuni de Tokio (Majima, 2015: 36-42) (Minear, 1971) (Pritchard, 1995: 25-35).

Si bien en principio se había previsto que el TMI realizara más de un juicio, las crecientes diferencias entre las cuatro Potencias que habían establecido el tribunal hicieron imposible que esto pudiese llevarse a cabo (Heller, 2011: 85). Sin embargo, la Ley Núm. 10 del Consejo de Control Aliado, de 20 de diciembre de 1945<sup>60</sup>, permitió que, entre 1946 y 1951, EEUU, Francia, Reino Unido y Rusia enjuiciasen en tribunales militares propios situados en sus respectivas zonas de ocupación a otros dirigentes, mandos medios y autores materiales de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad<sup>61</sup>. En la zona de ocupación norteamericana se llevaron a cabo

<sup>59</sup> TMILO. *Judgment of 4 November 1948*. Disponible en: <http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>

<sup>60</sup> Consejo de Control Aliado. Ley Núm. 10. *Castigo de Personas Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes contra la Humanidad*. De 20 de diciembre de 1945. Publicada en el Boletín Oficial del Consejo de Control para Alemania. Núm 3: 31. Reproducida en Ferencz (1980).

<sup>61</sup> Sobre los enjuiciamientos llevados a cabo por las Potencias Aliadas sobre la base de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado ver Buscher (1989) y Maunoir (1956).

un total de doce juicios en los que se acusó a 185 personas, de las que 142 fueron condenadas, siendo en su inmensa mayoría liberadas con la ley de amnistía dictada por las fuerzas de ocupación en 1951 (Priemer & Stiller, 2012: 1-21).

A partir de 1947 y hasta bien entrada la década de 1950, los tribunales de la República Federal de Alemania también llevaron a cabo procesos penales en relación con los delitos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. En total se tramitaron cerca de 900 casos, llamando particularmente la atención la tenacidad con la que los tribunales nacionales de la República Federal Alemana, a diferencia de los de la República Democrática Alemana, se opusieron sistemáticamente a las imputaciones por crímenes de lesa humanidad, incluso en los casos de exterminio más flagrantes, como consecuencia de una interpretación extraordinariamente rígida del principio de legalidad –esto unido a las frecuentes condenas por complicidad, en lugar de autoría, llevaron a penas que rara vez superaron los seis años de prisión (Douglas, 2015: 44-73) (Meyrowitz, 1960).

La situación fue más dramática en Japón, donde tras la sentencia del TIMLO, no se volverían a desarrollar procesos penales ante los tribunales nacionales japoneses – si bien en terceros países ocupados por Japón durante la Segunda Guerra Mundial, las autoridades japonesas de ocupación terminaron siendo en algunos casos enjuiciadas, como ocurrió con la comisión militar norteamericana que juzgó en 1946 al comandante en jefe de las fuerzas de ocupación japonesas en las Filipinas, el general Tomoyuki Yamashita<sup>62</sup> (Majima, 2015: 36-42). Fruto de lo anterior, y ante la inexistencia de vías judiciales dentro de Japón, la sociedad civil establecería en el año 2000, el Tribunal Internacional de las Mujeres para Crímenes de Guerra dirigido al Enjuiciamiento de la Esclavitud Sexual del Ejército Japonés<sup>63</sup>.

En cuanto a Italia, fueron muy pocos los procesos penales relativos a autoridades civiles y militares del régimen fascista que Mussolini

<sup>62</sup> Vid. Corte Suprema de los EEUU. In re Yamashita 327 U.S. 1 (1946). Vid. sobre este caso Lael (1982).

<sup>63</sup> Vid. Women's International War Crimes Tribunal for the Trial of Japanese Military Sexual Slavery, The Prosecutors and the Peoples of the Asia-Pacific Region v. Emperor Hirohito et al. and the Government of Japan, Case No PT-2000 -1-T, 31 de enero de 2002.

estableció en Italia entre 1922 y 1943, denegándose así mismo las solicitudes de extradición por crímenes internacionales provenientes de terceros países en África y Europa. Como Nino (1996: 3-40) ha subrayado: "En última instancia, el cargo de alto comisionado fue abolido y el Ministro de Justicia aprobó una ley de amnistía, convirtiendo en una parodia los intentos de procesamiento criminal. Sólo un número reducido de torturas "extremadamente crueles" quedó excluido de la ley de amnistía. A la mayor parte de los funcionarios públicos que habían sido exonerados se les reincorporó a sus cargos y se puso término abruptamente a la confiscación de ganancias económicas obtenidas durante el régimen fascista".

En las décadas siguientes, se desarrollarían procesos penales por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en otros países, contra personas que actuaron por cuenta de las Potencias del Eje y sus asociados. Los más numerosos fueron los procesos desarrollados en los países del Este de Europa que habían quedado vinculados a la URSS (Wentker, 2002: 61). Sin embargo, como Bassiouni (1999b) ha señalado, los más conocidos son los casos contra el general Yamashita por una comisión militar de EEUU (1946)<sup>64</sup>, Adolf Eichmann (coronel de las Escuadras de Defensa (SS) y encargado de la organización de la logística de transportes en la ejecución de la "solución final") por los tribunales israelíes<sup>65</sup> (1961-1962), y Klaus Barbie (ex jefe de la gestapo en Lyon)<sup>66</sup>, Paul Touvier (oficial de alto rango en la milicia francesa del régimen de Vichy)<sup>67</sup> y Maurice Papon (político y alto funcionario del régimen de Vichy)<sup>68</sup> por los tribunales franceses (desde 1985 en adelante)<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> Vid. Corte Suprema de los EEUU. In re Yamashita 327 U.S. 1 (1946).

<sup>65</sup> Vid. Corte Suprema de Israel. Caso Eichmann. Judgment, 12 de diciembre de 1961; y Judgment on Appeal, 29 de mayo de 1962. Sobre el proceso a Eichmann, vid. Arendt, H. (1963), Green (1962; 641 *et seq.*) y Hausner (1966).

<sup>66</sup> Vid. Corte de Casación de Francia. Sala Penal. 20 de diciembre de 1985, 78 I.L.R. 125. Vid. Angevin (1988: 2149 *et seq.*).

<sup>67</sup> Vid. Corte de Casación de Francia. Sala Penal. 27 de noviembre de 1992. Vid. Jakubowicz & Raffin (1995).

<sup>68</sup> Vid. Corte de Casación de Francia. Sala Penal. 23 de enero de 1997. Vid. Rousso, H. (2000).

<sup>69</sup> También son destacables los procesos por desarrollados por comisiones militares en Canadá entre 1946 y 1948 conforme a la *Canada's War Trials Act*.

Todos estos procesos se caracterizaron, sin embargo, porque fueron llevados a cabo contra quienes actuaron por cuenta de las Potencias derrotadas en la Segunda Guerra Mundial. En consecuencia, los gravísimos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos por las Potencias Aliadas y sus asociados, incluyendo los bombardeos de las ciudades alemanas o el lanzamiento de las bombas atómicas sobre Hiroshima<sup>70</sup> y Nagasaki<sup>71</sup>, por poner sólo algunos ejemplos, quedaron completamente impunes (Bassiouni, 2011: 719-720).

Con ello, se enviaba un doble mensaje. Por un lado, se afirmaba que quienes desde los resortes del poder recurren a una guerra de agresión contra terceros Estados, y utilizan la fuerza armada contra su propia población, no solo pierden la legitimidad ética y moral necesaria para seguir dirigiendo sus respectivas sociedades, sino que, debido al daño que han causado a la sociedad internacional, incurren jurídicamente frente a ella en responsabilidad internacional individual de carácter penal (que, como se declararía años después en la Convención de 1968 sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, no se extingue bajo ninguna circunstancia)<sup>72</sup>. Pero al mismo tiempo, como Zolo (2007) ha señalado acertadamente, se mostraba con claridad que quienes incurren en este tipo de delitos sólo serían sometidos a la acción de la justicia si actúan por cuenta del bando derrotado<sup>73</sup>.

Vid. sobre la experiencia canadiense Brode (1997), Green (1998: 217 *et seq.*) y Williams (1997: 150 *et seq.*).

<sup>70</sup> Vid. Truman Papers 1946: 16. El estimado que se da en este documento de las personas asesinadas en Hiroshima como consecuencia del lanzamiento de la bomba atómica el 6 de agosto de 1945 oscila entre 100.000 y 180.000.

<sup>71</sup> Vid. Truman Papers 1946: 16. El estimado que se da en este documento de las personas asesinadas en Nagasaki como consecuencia del lanzamiento de la bomba atómica el 6 de agosto de 1945 oscila entre 50.000 y 100.000.

<sup>72</sup> *Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*. Serie Tratados de Naciones Unidas. Vol. 754: 73. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970.

<sup>73</sup> Zolo, D. (2007) *La justicia de los vencedores: de Núremberg a Bagdad*. Madrid: Ed. Trotta.



## II.9. DESARROLLOS DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL AL TÉRMINO DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL (1945-1950): LA CONVENCIÓN CONTRA EL GENOCIDIO Y LOS CONVENIOS DE GINEBRA

En vista del sufrimiento al que habían sido sometidos los cientos de millones de víctimas que padecieron la Segunda Guerra Mundial (solo el número de muertes se eleva a varias decenas de millones), se reconoció, por primera vez en la historia con un alcance universal, la naturaleza singular y única del ser humano y su dignidad, de la que emanan ciertos derechos inalienables que todo Estado miembro de la sociedad internacional tiene la obligación de respetar y garantizar. Este reconocimiento se plasmó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la AGNU el 10 de diciembre de 1948<sup>74</sup> –que había sido precedida por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>75</sup> y que sería seguida por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950<sup>76</sup>.

Sin embargo, el *chapeau* del articulado de la Declaración Universal generaba serias dudas sobre su carácter vinculante, al ser caracterizada “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los

<sup>74</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III). 10 de diciembre de 1948.

<sup>75</sup> *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Adoptada por los Estados participantes en la IX Conferencia Internacional Americana. 2 de mayo de 1948.

<sup>76</sup> *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*. Adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. 4 de noviembre de 1950. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. A través del mismo se creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción” (Ventura Robles, 1996: 257-261).

El día anterior a la aprobación de la Declaración Universal, se aprobaba la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en donde (i) se establece la responsabilidad internacional penal de quienes se asocian para cometer, instigan pública y directamente, son cómplices, intentan el delito de genocidio o lo consuman; y (ii) se impone a los Estados parte la obligación de juzgar a los responsables cuando los hechos se hayan producido en su territorio, a no ser que los entreguen a un tribunal internacional penal<sup>77</sup>.

Simultáneamente, y a la luz de la grave insuficiencia mostrada por las normas que regulaban el comportamiento de las partes en los conflictos armados –particularmente en lo relativo al tratamiento de los agentes del enemigo que se encuentran fuera de combate (enfermos, náufragos y prisioneros de guerra), y al estatuto del personal sanitario y de la población civil–, se aprobaron en 1949 los cuatro Convenios de Ginebra, cuyo sistema de infracciones graves prevé: (i) la responsabilidad internacional penal de quienes incurran en las mismas; y (ii) la obligación de todos los Estados Parte de “buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y [de] hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuera su nacionalidad”, o “según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes”<sup>78</sup>. Posteriormente, con la aprobación en 1977 de los

<sup>77</sup> *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*. Aprobada por la resolución 260 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951.

<sup>78</sup> Vid. artículo 49 del *Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña* (I Convenio de Ginebra); artículo 50 del *Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Mar* (II Convenio de Ginebra); artículo 129 del *Convenio de Ginebra Relativo al Trato de Prisioneros de Guerra* (III Convenio de Ginebra); artículo 146 del *Convenio de Ginebra Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra* (IV Convenio de Ginebra). Los cuatro convenios fueron aprobados el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Los cuatro Convenios entraron en vigor el 21 de octubre de 1950.

dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, este sistema se extendería también a las violaciones graves del Protocolo Adicional I aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional<sup>79</sup>.

De esta manera, además de establecerse expresamente por vía convencional la responsabilidad internacional penal por el delito de genocidio y los crímenes de guerra resultantes de las infracciones graves a los IV Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional I, se regulaban las obligaciones de los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar a sus responsables conforme a los principios de territorialidad (genocidio), y jurisdicción universal (crímenes de guerra)<sup>80</sup>.

En este mismo periodo, los principios recogidos en el Estatuto del TMI fueron aprobados por la AGNU en su Resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1945, que fue seguida por la Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, en la que, una vez dictada sentencia por el TMI, se solicitaba a la CDI que formulara y desarrollara los principios de Nuremberg y preparara un código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad. La CDI adoptó la formulación final de los principios de Nuremberg en su segunda sesión celebrada entre junio y julio de 1950 y los presentó ante la AGNU<sup>81</sup>.

La amplia labor legislativa impulsada desde la Organización de las Naciones Unidas, el Comité Internacional de la Cruz Roja, y la

<sup>79</sup> Vid. art. 85.1 del *Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, aplicable a los conflictos armados internacionales*, de 12 de Agosto de 1949, aprobado en Ginebra el 8 de Junio de 1977 por la Conferencia Diplomática para la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario en los Conflictos Armados. En la misma fecha, la Conferencia Diplomática aprobó también el *Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional*. Ambos Protocolos Adicionales entraron en vigor el 7 de diciembre de 1978.

<sup>80</sup> Una descripción exhaustiva de las obligaciones asumidas por los Estados para perseguir delitos internacionales conforme el principio de justicia universal se puede encontrar en los votos particulares de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en caso RDC c. Bélgica 14/02/2002 ante la Corte Internacional de Justicia.

<sup>81</sup> Comisión de Derecho Internacional (1950). *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y en la Sentencia del Tribunal*. En Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su Segunda Sesión (5 de junio – 29 de julio, 1950). U.N. Doc. No. A/1316 (A/5/12). Párrs. 95–127. Impreso en *Yearbook de la International Law Commission* (1950). Vol. II.

actividad jurisprudencial de los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio en el período entre 1945 y 1950 y de los tribunales militares que actuaron conforme a la Ley 10 del Consejo de Control Aliado en las distintas zonas de ocupación de Alemania, provocó que cuando la CDI presentó en 1950 a la AGNU su informe sobre los principios de Núremberg, subrayara el reconocimiento de la responsabilidad internacional penal que surge de aquellas situaciones en las que se producen múltiples actos de violencia sistemática o a gran escala contra la población civil de un Estado, de manera que las mismas no son más una cuestión meramente interna de dicho Estado, sino que se convierten en un asunto de la sociedad internacional en su conjunto, pues menoscaban los valores básicos sobre los que ésta se organiza (CDI 1950). En consecuencia, para la CDI, la comisión de este tipo de delitos no dependía de su prohibición en la normativa interna del Estado afectado, sino que, por el contrario, la legislación nacional era considerada irrelevante a los efectos de determinar si se había incurrido en los mismos –téngase en cuenta que, en su origen, los crímenes de lesa humanidad fueron cometidos a través de instituciones estatales que daban a los mismos un “barniz de legalidad” (CDI, 1950).

A pesar de que la AGNU, en su Resolución 488 (V) de 12 de diciembre de 1950, no adoptó formalmente la versión más elaborada de los principios Nuremberg presentada por la CDI en 1950, sino que se limitó a invitar a los Estados a que presentaran observaciones sobre los mismos, autores como Bassiouni (2011: 174) subrayan el valor determinante del informe de la CDI como prueba de que dichos principios eran, ya en 1950, parte del Derecho internacional general en calidad de costumbre internacional o de principio general del Derecho.

Esta situación es particularmente relevante en relación con los crímenes de lesa humanidad, en cuanto que única categoría de crímenes de *ius cogens* que para entonces no había sido todavía objeto de regulación en el Derecho internacional convencional – si bien sí habían sido incluidos en los Estatutos del TMI y el TMILO, y en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado. Sólo de esta manera, se puede entender que la Convención sobre la imprescriptibilidad de 1968 se extendiera más allá de los crímenes de guerra, para incluir también los



crímenes de lesa humanidad<sup>82</sup> –¿qué sentido hubiera tenido extender dicha Convención a los crímenes de lesa humanidad si los mismos no hubiesen sido considerados en aquel entonces como parte del Derecho internacional?

## II.10. LA GUERRA FRÍA: 1950-1989

### II.10.1. El contexto

La sensación de consternación y temor generada por la Segunda Guerra Mundial, que llevó durante la post-guerra a la eclosión del reconocimiento del ser humano y la protección de su dignidad en el Derecho internacional, se disipó en menos de cinco años, de manera que con el inicio de la guerra de Corea (1950-1953) nos encontrábamos ya plenamente inmersos en la Guerra Fría –si bien Fontana Lázaro (2014) sitúa el inicio de la Guerra Fría entre 1947 y 1948 y Garcés (2012) ofrece documentación desclasificada del Departamento de Defensa de EEUU, donde ya desde finales de 1944 se contienen propuestas para atacar con las bombas nucleares que se estaban desarrollando en ese momento las principales ciudades de la URSS (propuestas que fueron rechazadas por Roosevelt primero y Truman después).

Para los dirigentes de las dos grandes superpotencias del momento, la principal conclusión por extraer de la experiencia traumática que había assolado amplias áreas del planeta entre 1939 y 1945, fue la necesidad de evitar una nueva ‘guerra total’ entre ambas. Desde su perspectiva, el recurso a todo tipo de operaciones de desestabilización de gobiernos de terceros países en el marco de la lucha geopolítica por zonas de influencia no resultaba problemática, con tal de que no escalara en un enfrentamiento directo entre ambas superpotencias. Si bien el Derecho internacional prohibía este tipo de operaciones, que con frecuencia exigía el recurso a la fuerza armada (ya fuera por agentes

<sup>82</sup> Vid art. VIII de la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los de Lesa Humanidad*, adoptada por la Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

propios, ya fuera por aliados a los que se financiaba, entrenaba y equipaba), los dirigentes de los EEUU y la URSS no solo las consideraban legítimas, sino que, siguiendo los lineamientos de la escuela realista de las relaciones internacionales (Morgenthau, 1967: 10-14, 27-29, 31-35), las estimaban absolutamente necesarias (Garcés, 2012).

Se estima que la Guerra Fría provocó así, en un periodo de aproximadamente cuarenta años (1950-1989), la muerte de 18 millones de personas en dos terceras partes de los Estados de la sociedad internacional. A esto hay que añadir los cientos de miles de asesinados en la brutal represión con la que, particularmente entre 1945 y 1962, las Potencias coloniales europeas (Bélgica en RDC, Francia en Indochina y Argelia, Holanda en Indonesia y Reino Unido en Kenia, por sólo poner algunos ejemplos) trataron de evitar el proceso de descolonización que paulatinamente estaba teniendo lugar en Asia y África (Howsbaum 1998: 246-271). Numerosas decenas de millones de personas resultaron también gravemente heridas, fueron víctimas de delitos sexuales o tuvieron que desplazarse forzosamente. Los liderazgos en el llamado “bloque de los no-alienados”, surgidos en buena medida del fenómeno de la descolonización, fueron objeto, uno detrás de otro, de esta dinámica de desestabilización (Garcés, 2012).

Al igual que había sucedido durante la Segunda Guerra Mundial, ninguno de los crímenes internacionales cometidos por EEUU, la URSS o sus aliados más cercanos durante la Guerra Fría, o por las Potencias coloniales europeas en su desesperado intento por frenar la descolonización, fueron objeto de enjuiciamiento ante tribunales nacionales o internacionales (Bassiouni, 2011: 719-720). Tampoco lo fueron aquellos cometidos por regímenes que, como el del general Franco en España, resultaban útiles a alguna de las dos superpotencias<sup>83</sup>. De esta manera, el grado de impunidad de sus dirigentes fue

<sup>83</sup> Setenta y cinco años después de su comisión, el Comité de Derechos Humanos, en su informe de 14 de agosto de 2015, solicitaba al Estado español que finalmente elimine los obstáculos (en particular la Ley de Amnistía de 1977) para su investigación y eventual enjuiciamiento y sanción penal, así como para la exhumación de los más de cien mil cadáveres todavía enterrados en fosas comunes. Vid. Comité de Derechos Humanos. *Concluding observations on the sixth periodic report of Spain*. CCPR/C/ESP/CO/6. 14 de agosto de 2015: párr. 21.

prácticamente absoluto (Bassiouni, 2011: 120-121). Las víctimas fueron, simple y llanamente, olvidadas y dejadas a su suerte.

En este sentido, conviene subrayar que los procesos por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra desarrollados a nivel nacional durante este periodo se centraron casi exclusivamente en los delitos cometidos por quienes actuaron por cuenta de las Potencias derrotadas en la Segunda Guerra Mundial (Bassiouni: 719-720). Casos como el juicio desarrollado en Argentina contra los integrantes de las cuatro Juntas Militares que gobernaron el país entre 1976 y 1983 y tuvieron que abandonar el poder a raíz de su derrota en la guerra de las Islas Malvinas (Nino, 1991: 2619-2640), o como el proceso militar realizado en EEUU por la masacre contra varios cientos de civiles cometida el 18 de marzo de 1968 en My Lai (Vietnam) por fuerzas norteamericanas (Neier, 1998) (Douglas, 1999)<sup>84</sup>, fueron excepcionales y llevaron a resultados completamente dispares – en el primer caso se condenó a largas penas privativas de prisión a los acusados (si bien fueron indultados en 1990), mientras que en el segundo se absolvió a todos los acusados menos al teniente Calley (que pasó tres años y medio en prisión antes de ser puesto en libertad).

## II.10.2. El primer periodo de la Guerra Fría: 1950-1960

Desde 1949 la CDI había creado dos sub-comités y dos relatores especiales distintos para preparar, por un lado, el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y, por otro lado, el proyecto de estatuto de una jurisdicción internacional penal

<sup>84</sup> La masacre de My Lai tuvo lugar el 16 de marzo de 1968, cuando fuerzas de la compañía C del batallón 1 del ejército de EEUU desplegado en Vietnam asesinaron a entre 367 y 504 civiles (hombres, mujeres, niños y bebés) desarmados. Algunas de las mujeres fueron violadas grupalmente y sus cuerpos mutilados antes de ser asesinadas. De los 26 hombres imputados inicialmente, solo el teniente Calley resultó condenado, primero a cadena perpetua y en apelación a una pena de 20 años, si bien sólo cumplió 3 años y medio en arresto domiciliario, antes de ser puesto en libertad condicional por el Secretario de Defensa Howard Callaway en 1974. El comandante de la Brigada, el Coronel Henderson, fue el único oficial al mando de alto rango que resultó juzgado por cargos relacionados con el encubrimiento de la masacre de My Lai. Sin embargo, fue absuelto por un Tribunal Militar el 17 de diciembre de 1971.

con carácter permanente<sup>85</sup>, de manera que, “contrario a la lógica y a racionalidad de la política de elaboración de proyectos, estos dos proyectos de códigos quedaron intencionalmente separados” (Bassiouni, 1999b: 14). Al año siguiente Jean Spiropoulos fue sustituido por Emil Sandstrom como relator especial del proyecto de estatuto<sup>86</sup>, mostrando sus distintas perspectivas hasta qué punto la sociedad internacional se había distanciado de la experiencia traumática de la Segunda Guerra Mundial, para sumergirse definitivamente, con la guerra de Corea, en la Guerra Fría (Bassiouni, 1999b: 17).

Ese mismo año, la AGNU creó un comité especial dentro de la propia AGNU a fin de redactar un proyecto de convenio para el establecimiento de una jurisdicción internacional penal<sup>87</sup>. En 1951, este comité redactó su primer proyecto basado en cierta medida en el estatuto de la CIJ<sup>88</sup>. Sin embargo, de los debates que siguieron a la presentación de dicho proyecto se concluyó que era políticamente inaceptable, y, en consecuencia, se extendió el mandato del comité para que durante los dos años siguientes lo revisara a efectos de hacerlo políticamente más atractivo a los Estados<sup>89</sup>.

En 1953, el comité presentó su nuevo proyecto relativo al estatuto de una jurisdicción internacional penal en el que se limitaba la jurisdicción de esta última, se incrementaba notablemente el grado de control que sobre su actuación se atribuía a los Estados, y se reconocía expresamente el derecho de aquéllos a denunciar su jurisdicción. Se trataba, por tanto, de un texto que reconocía el creciente escepticismo

<sup>85</sup> Vid. Comisión de Derecho Internacional. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la cuestión de una Jurisdicción Penal Internacional*. 5ª Sesión. U.N. Doc. A/CN.4/15 (1950). Vid también, Comisión de Derecho Internacional. (1950). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su Segunda Sesión (5 de junio – 29 de julio, 1950)*. U.N. Doc. No. A/1316 (A/5/12).

<sup>86</sup> Idem.

<sup>87</sup> Vid. Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexto Comité. (1950). *Informe del Sexto Comité a la Asamblea General*. 5ª Sesión. U.N. Doc. A/1639.

<sup>88</sup> Vid. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Comité sobre una Jurisdicción Penal Internacional*. (1952). *Informe del Comité sobre una Jurisdicción Penal Internacional*. 7ª Sesión. Suplemento 11. U.N. Doc. A/2136 (1952).

<sup>89</sup> Vid. Asamblea General de las Naciones Unidas. Comité sobre una Jurisdicción Penal Internacional. Comentarios Recibidos por los Gobiernos sobre el Informe del Comité sobre una Jurisdicción Penal Internacional. 7ª Sesión, U.N. Doc. A/2186 & U.N. Doc. A/2186/Add.1.



de la sociedad internacional sobre el establecimiento de una jurisdicción internacional penal<sup>90</sup>.

Fue en este momento cuando la AGNU decidió que sólo podría acometer su estudio una vez que la CDI hubiera presentado su proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, cosa que hizo al año siguiente<sup>91</sup>. Sin embargo, como la AGNU había creado en el *interim* un nuevo comité especial al margen de la CDI para que definiera el crimen de agresión, decidió posponer el estudio de los proyectos de código de delitos y de estatuto de una jurisdicción internacional penal hasta que dicho comité especial hubiera finalizado sus trabajos<sup>92</sup>. Para ello necesitarían casi veinte años.

Al mismo tiempo, si bien en 1948 se habían aprobado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en 1950 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, el inicio de la Guerra Fría frenaría también el proceso de establecimiento de los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos, que hoy en día conforman los más de dos cientos tratados internacionales incluidos en el código internacional de los derechos humanos (Villán Durán & Faleh Pérez, 2014) (Cortés Rodas, 2012). Habría que esperar a que el proceso de descolonización avanzase significativamente aprovechando la debilidad en que habían quedado las Potencias coloniales europeas tras la Segunda Guerra Mundial y la simpatía que el mismo despertaba entre los EEUU y la URSS (que veían en el mismo una forma de evitar que antiguas grandes Potencias como Reino Unido o Francia volvieran a recuperar dicho estatus), para que las demandas presentadas ante la sociedad internacional por los nuevos Estados independientes tuvie-

<sup>90</sup> Vid. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Comité sobre una Jurisdicción Penal Internacional*. (1954). *Informe del Comité sobre una Jurisdicción Penal Internacional*. 9ª Sesión, Suplemento Núm. 12, U.N. Doc. A/2645.

<sup>91</sup> Vid. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Comité sobre un Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*. (1954). *Tercer Informe sobre un Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*. 9ª Sesión. U.N. Doc. A/CN.4/85.

<sup>92</sup> Vid. Asamblea General de las Naciones Unidas. (1954). Resolución 898 (IX). *Jurisdicción Penal Internacional*. 14 de diciembre de 1954.

ran su primer fruto: la aprobación en 1965 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial<sup>93</sup>.

Finalmente, fue también durante este periodo que se hizo palpable la ineficacia de la normativa que regulaba los conflictos armados, incluyendo los cuatro Convenios de Ginebra que acababan de ser aprobados en 1949. Así, si a principios del siglo XX solo el 5 % de las víctimas de los conflictos armados eran civiles, para comienzos de la década de 1960, superaba el 70 % (Ashltrom, 1991: 19) (Lindgreen, 1989: 1990). Entre los factores que contribuyeron a esta situación, se encuentra, sin duda, el carácter asimétrico de la gran mayoría de los conflictos armados que se dieron con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, lo que convertía a la población civil en el centro del conflicto, en lugar de dejarla al margen del mismo. La parte más débil logística y operacionalmente buscaba por todos los medios necesarios (incluida la violencia) obtener el favor de la población civil, mientras que la parte con mayor capacidad dirigía buena parte de sus operaciones contra dicha población para, de esta manera, "quitar el apoyo" al enemigo. Ambas estrategias militares constituían en su esencia una violación flagrante del principio de distinción como pilar básico del moderno DIH (CIRC 2010).

Otro factor que influyó en esta situación fue la continua calificación como conflictos armados de carácter no internacional de las guerras de independencia contra las Potencias coloniales (situación que sería subsanada con el artículo 1(4) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977)<sup>94</sup>, así como las múltiples confrontaciones cuya principal fuerza motriz se encuentra fuera de los Estados afectados. Con ello se limitaba el ámbito de aplicación de la normativa y de los estándares de protección existentes (mucho más desarrollados en relación con los conflictos armados internacionales)

<sup>93</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (1965). Resolución 2106 A (XX). *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial*. 21 de diciembre de 1965. En su artículo 14 establece el *Comité contra todas las formas de Discriminación Racial*, cuya competencia quasi-jurisdiccional para recibir quejas individuales ha sido aceptada por 88 Estados sobre un total de 178 Estado Parte.

<sup>94</sup> *Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*. Aprobado el 8 de junio de 1977. Entró en vigor el 7 de diciembre de 1978.

y se ha atribuído una mayor flexibilidad a los gobiernos para tratar auténticos conflictos armados como si se tratara de asuntos de orden público provocados por graves disturbios internos (Olasolo, 2014: 12).

### II.10.3. El segundo periodo: 1961-1979

El fenómeno de la descolonización provocó la progresiva incorporación a la sociedad internacional de dos terceras partes de los Estados que actualmente la conforman. Esta situación generó la creación del Movimiento de los Países No Alineados en la Conferencia de Belgrado de 1961, que para la Conferencia de Argel de 1973 había pasado de 28 a 75 miembros (Martínez Carreras, 1983: 525 *et seq.*). Así mismo, en el ámbito económico, en 1964, con motivo de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) celebrada en Ginebra, se produjo el nacimiento del llamado G-77, que llegó a ser considerado como el fenómeno más importante del periodo de la posguerra, y que fue el auténtico motor detrás de la Resolución 3281 (XXIX) de 1974, en la que se aprueba la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados como elemento central de un Nuevo Orden Económico Internacional (Martínez Carreras, 1995)<sup>95</sup>.

Aprovechando su superioridad numérica en la AGNU, el Movimiento de los Países no Alineados y el G-77 trataron de introducir durante estos años cambios importantes en un Derecho internacional, creado en gran medida por los antiguos Estados coloniales, y que se les aplicaba sin haber participado en su proceso de elaboración. Su emergencia se dejó ya notar en la introducción del derecho de libre determinación de los pueblos, como manifestación de los derechos colectivos, en el primer artículo de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)<sup>96</sup>, y Civiles y Políti-

<sup>95</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (1974). Resolución 3281 (XXIX). *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*. 12 de diciembre de 1974.

<sup>96</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Resolución 2200A (XXI). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966. El PI-

cos<sup>97</sup>, ambos aprobados conjuntamente por la AGNU, que otorgaron carácter vinculante a muchos de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y establecieron el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para fiscalizar el grado de cumplimiento de los Estados parte.

Dos años después, se celebraría en Teherán la Primera Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, en cuya resolución final, además de afirmar la naturaleza indivisible de los derechos humanos, se proclamó que “[l]a Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de todos los derechos iguales e inalienables de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional”<sup>98</sup>. Ese mismo año se aprobaría la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (1968), donde además de declarar la imprescriptibilidad de ambas categorías de delitos, los Estados parte se comprometían a adoptar las medidas internas necesarias para hacer posible la extradición de los presuntos responsables y no aplicar la normativa nacional relativa a la prescripción de la acción penal o de la pena<sup>99</sup>.

DESC entró en vigor el 3 de enero de 1976. 45 de los 161 Estados parte se han adherido al Protocolo Facultativo, en vigor desde el 5 de mayo de 2013, para atribuir competencia quasi-judicial sobre quejas individuales al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto que órgano fiscalizador del cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones contenidas en el PIDCP.

<sup>97</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Resolución 2200A (XXI). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966. El PIDCP entró en vigor el 23 de marzo de 1976. 115 de los 169 Estados parte se han adherido al Protocolo Facultativo, en vigor desde el 23 de marzo de 1973, para atribuir competencia quasi-judicial sobre quejas individuales al Comité de Derechos Humanos, en cuanto que órgano fiscalizador del cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones contenidas en el PIDCP.

<sup>98</sup> Conferencia Internacional de Derechos Humanos. (1968). Proclamación de Teherán. 12 de mayo de 1968: párrs. 2, 4.

<sup>99</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (1968). Resolución 2391 (XXIII). Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. 25 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. 55 Estados se han convertido en Partes de esta Convención. Su artículo I dispone lo siguiente: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles,



Al año siguiente se aprobaba la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)<sup>100</sup>, que creaba la Corte IDH, cuya jurisprudencia en el ámbito regional a partir de finales de la década de 1980, junto con las resoluciones del Comité de Derechos Humanos, en el ámbito internacional, serían decisivas, como veremos en el capítulo VII<sup>101</sup>, para determinar la naturaleza y contenido de las obligaciones de los Estados de investigación, enjuiciamiento, sanción penal y reparación integral con respecto al genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

En 1970, la AGNU aprobaba la Resolución 2625 (XXV), donde se desarrollan los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. En la misma, se desarrollan principios esenciales para el Movimiento de los Países no Alineados y el G-77, como los de igualdad soberana, igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, resolución de las controversias por medios

cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos". Vid. también artículos I, III y IV.

<sup>100</sup> Aprobada el 22 de diciembre de 1969 en San José de Costa Rica, entró en vigor el 18 de julio de 1978, estableciendo la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción contenciosa en materia de quejas individuales ha sido aceptada en la actualidad por 22 de los 35 Estados que son miembros de la Organización de Estados Americanos.

<sup>101</sup> Vid infra capítulo VII, secciones VII.3.2.2. y VII.3.2.3.

pacíficos y no intervención en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados<sup>102</sup>.

Tres años después, en 1973, se aprobaba la Convención contra el Apartheid, en cuyo artículo 5 se hacía referencia a una futura jurisdicción internacional penal que conocería de cualquiera de los actos enumerados en el artículo 2 de dicha convención<sup>103</sup>. Al año siguiente, y tras veinte años de negociación, los miembros del comité especial para la definición del crimen de agresión se pusieron finalmente de acuerdo sobre sus elementos y presentaron a la AGNU un proyecto que fue aprobado en la Resolución 3314 (XXIX).

La aprobación semanas después de la Resolución 3281 (XXIX) de la AGNU sobre la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados marcaría el punto de inflexión del Movimiento de los Países no Alineados y el G-77. Para entonces ya estaba en marcha la Conferencia Diplomática convocada por el CICR en Ginebra sobre la reafirmación y el desarrollo del DIH en los conflictos armados, que culminaría tres años después con la aprobación, ante el constante incremento de las víctimas civiles en los conflictos armados, de los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra<sup>104</sup>, donde se definen como crímenes de guerras las infracciones graves del PA I contenidas en su artículo 85, y se imponen a todos los Estados Parte un deber general de persecución penal de las mismas o de extradición y auxilio judicial a otros Estados parte (artículos 86 y 88 del PA I), lo que, a la luz de lo dispuesto en los Convenios de Ginebra, se puede

<sup>102</sup> Vid. Asamblea General de las Naciones Unidas. (1970). Resolución 2625 (XXV). *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*. 24 de octubre de 1970. Junto a los principios arriba mencionados, también se desarrollan en esta resolución los principios de cooperación internacional y cumplimiento de las obligaciones de buena fe.

<sup>103</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (1973). Resolución 3068 (XXVIII). *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*. 30 de noviembre de 1973.

<sup>104</sup> *Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*; y *Protocolo II Adicional a los Convenios de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales*. Ambos aprobados el 8 de junio de 1977 y en vigor desde el 7 de diciembre de 1978.

interpretar como una extensión del ámbito de aplicación material del principio de jurisdicción universal (Pignatelli y Meca, 2003).

La aprobación en 1979 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>105</sup>, completaría dos años después el notable desarrollo del DIDH y del DIH durante este periodo intermedio de la Guerra Fría.

#### II.10.4. El tercer periodo: 1980-1989

El progresivo debilitamiento económico y político de la URSS, y el triunfo del modelo neoliberal tras las sucesivas crisis económicas sufridas en la década de 1970 por el capitalismo keynesiano, marcaron la década de 1980, que finalizaría con la caída del muro de Berlín el 10 de noviembre de 1989 y el rápido desmoronamiento del bloque soviético, incluida la propia desintegración de la URSS a finales de 1991. Ante el cada vez más palpable desequilibrio de poder en ambos bloques, el Movimiento de los Países No Alineados y el G-77 comenzaron a perder la fuerza que habían manifestado en la década anterior, viéndose incapaces de hacer frente a la imposición de un nuevo modelo de capitalismo neoliberal que afectaba a las bases mismas del Nuevo Orden Económico Internacional proclamado en 1974 (Howsbaum, 1998: 401 *et seq.*)

En este nuevo contexto, los proyectos de código de delitos y estatuto de una jurisdicción internacional penal, que parecían ver despejados finalmente sus caminos tras la aprobación de la definición del crimen de agresión en 1974, no observaron avance ninguno. De hecho, hubo que esperar hasta 1981 para que, debido a las fuertes presiones de un buen número de Estados y de ONGs, la AGNU volviera a otorgar a la CDI el mandato para que revisara lo que hasta entonces se había hecho en relación con el código de delitos contra la

<sup>105</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (1980). Resolución 34/180. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. 108 de los 187 Estados parte se han adherido al Protocolo Facultativo, en vigor desde el 22 de diciembre de 2000, para atribuir competencia quasi-judicial sobre quejas individuales al Comité para la Exclusión de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

paz y seguridad de la humanidad<sup>106</sup>. Sin embargo, al año siguiente<sup>107</sup>, para sorpresa de muchos, quedó claro que la CDI no se estaba limitando a revisar el código de delitos de 1954, sino que estaba iniciando prácticamente desde cero la elaboración de un nuevo código de delitos (Bassiouni, 1999b: 19). De ahí que, en los siete años siguientes, el único adelanto destacable que se hizo fue la sustitución en 1988 del término "delitos" por el de "crímenes"<sup>108</sup>.

Por su parte, en 1979 el Comité *Ad Hoc* para Sudáfrica de las Naciones Unidas solicitó a los profesores Bassiouni y Derby que preparasen un proyecto de estatuto para el establecimiento de una jurisdicción internacional penal conforme al artículo 5 de la Convención contra el Apartheid. Sin embargo, obstáculos de carácter político impidieron, una vez más, que dicho proyecto pudiera prosperar (Bassiouni & Derby, 1981: 523 *et seq.*). Del proyecto de estatuto de una jurisdicción internacional penal, no se escucharía hablar de nuevo hasta la década siguiente.

Tampoco en el campo del desarrollo del DIDH y del DIH la última década de la Guerra Fría fue particularmente prolija, destacando en el ámbito universal la mencionada aprobación de la Convención contra la Tortura<sup>109</sup>, que en su artículo 5 extendía expresamente la aplicación del principio de jurisdicción universal al establecer que "[todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer

<sup>106</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (1981). Resolución 36/106 (XXXVI). *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad*. 10 de diciembre de 1981.

<sup>107</sup> Vid. Comisión de Derecho Internacional. (1982). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: 34º periodo de sesiones*. Suplemento 10. U.N. Doc. A/34/10.

<sup>108</sup> Vid. Comisión de Derecho Internacional. (1988). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: 40º periodo de sesiones*. Suplemento Núm. 10. U.N. Doc. A/40/10.

<sup>109</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (1984). Resolución 39/46. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes*. 10 de diciembre de 1984. Entró en vigor el 26 de junio de 1987. 72 de los 154 Estados parte han realizado una declaración conforme al artículo 22 de la Convención para atribuir competencia quasi-judicial sobre quejas individuales al Comité de Contra la Tortura, en cuanto que órgano fiscalizador del cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones contenidas en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.



su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición [...]”. Por su parte, en el ámbito regional se aprobó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), que creaba la Comisión Africana de Derechos Humanos como órgano fiscalizador de su cumplimiento<sup>110</sup>.

## II.11. EL PERIODO 1990-2010: LA CREACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE NUEVOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES Y TRIBUNALES HÍBRIDOS

### II.11.1. El contexto

El rápido desmoronamiento de la URSS y del bloque soviético, unido a la creciente debilidad que el Movimiento de los Países No Alineados y el G-77 habían mostrado en la década de 1980, dieron paso a una década de dominio global de la única superpotencia que había sobrevivido la Guerra Fría y de sus aliados de la OTAN, que algunos llegaron incluso a calificar como “el fin de la historia” (Fukuyama, 1992), si bien como Howsbaum (1992: 568) subraya la mundialización de la economía desde los años 1970 y la paulatina pérdida de poder del Estado-nación, ponía en cuestión el alcance de dicho dominio, generando una sociedad internacional política y económicamente mucho más inestable de lo que algunos estaban dispuestos a conceder.

En cualquier caso, lo cierto es que la última década del siglo XX se inició con la mayor “exhibición” de fuerza militar jamás realizada en la historia reciente. El impresionante despliegue militar, y el enorme daño infringido en Iraq durante la Operación “Tormenta del Desierto”, estaba destinado a enviar un claro mensaje a los miembros de la sociedad internacional sobre la tecnología militar de la que los EEUU disponía, y sobre su resolución a recurrir a la misma si lo

<sup>110</sup> Aprobada el 27 de julio de 1981 en Banjul (Gambia), entró en vigor el 21 de octubre de 1986, estableciendo la Comisión Africana de Derechos Humanos. En 1998 se aprobó el Protocolo Adicional para la creación de la Corte Africana de Derechos Humanos, que entró en vigor el 25 de enero de 2004.

estimaba necesario para salvaguardar sus intereses estratégicos (Garcés, 2012: 232-236). Algo parecido había ocurrido ya en 1945 con el lanzamiento de las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki (Garcés, 2012: 272).

Donde, sin embargo, se observa una marcada diferencia entre la Guerra Fría y el período posterior a esta es en la búsqueda de una justificación jurídica al recurso a la fuerza armada y a las operaciones de desestabilización, que, hasta entonces, encontraban su única fuente de “legitimación” en la imperante lógica de la necesidad política. Solo ante la hipótesis de una posible agresión nuclear con efectos devastadores para el Estado agredido se había recurrido durante la Guerra Fría a una interpretación más amplia del concepto de legítima defensa recogido en la Carta de las Naciones Unidas, a los efectos de incluir aquellos casos de “ataques inminentes”, además de los “actuales” (Diez de Velasco, 2009: 1048-1049).

No obstante, en el nuevo escenario aparecido al final de la Guerra Fría, las razones de necesidad estratégica ya no bastaban por sí solas. Es por ello que el periodo 1990-2010 ha presenciado los esfuerzos conjuntos de numerosos funcionarios gubernamentales y académicos por encontrar fórmulas jurídicas que extendiesen los supuestos fácticos en los que el Derecho internacional autoriza el recurso a la fuerza armada. El concepto de “intervención humanitaria” (acuñado en la década de 1990 y reemplazado en los años siguientes por el de “responsabilidad de proteger”), y las elaboraciones sobre la “legítima defensa preventiva” y la “guerra contra el terror” (desarrolladas tras el atentado del 11 de septiembre de 2001 en EEUU), son resultado de estos esfuerzos (Remiro Brotons *et al.*, 2007).

Es por ello que no resulta sorprendente que el final de la Guerra Fría no supusiera una reducción tan significativa como se esperaba del número de conflictos armados, como lo muestra el hecho de que en el año 2011, se seguían registrando casi cien conflictos armados, de los que 35 podían considerarse de intensidad alta o media (Uppsala Conflict Data Program & Peace Research Institute Oslo, 2014). Así mismo, el fin de la Guerra Fría tampoco provocaría el cese de la dinámica de operaciones de los servicios de inteligencia para desestabilizar los gobiernos no afines de terceros países (Olasolo 2014: 13). Esto ha ido unido también a un constante incremento en el porcentaje

### II.11.2. La década dorada de los tribunales internacionales penales: 1992-2002

Tras la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)<sup>115</sup> y la Convención para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990)<sup>116</sup>, la década de 1990 sería testigo de sucesivas conferencias internacionales sobre distintos aspectos del DIDH, entre las que cabe mencionar: (i) la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia (Nueva York 1990); (b) la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro 1992); (iii) la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena 1993); (iv) la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo 1994); (v) la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague 1995); (vi) la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín 1995); (v) la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos (Estambul 1996); y (vi) la Cumbre Mundial sobre la Alimentación (Roma 1996). Además, se celebraron otros encuentros auspiciados por las Naciones Unidas con una participación más limitada de Estados o de ONGs, tales como: (vii) la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (Bridgetown 1994); (viii) la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres Naturales (Yokohama 1994); (ix) el Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente

<sup>115</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). Resolución 44/25. *Convención de los derechos del niño*. 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. 50 de los 194 Estados parte se han adherido al Tercer Protocolo Adicional a la Convención de los Derechos del Niño sobre Procedimiento de Comunicaciones, en vigor desde el 14 de abril de 2014 para atribuir competencia quasi-judicial sobre quejas individuales al Comité para los Derechos del Niño, en cuanto que órgano fiscalizador del cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño.

<sup>116</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). Resolución 45/158. *Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. 18 de diciembre de 1990. Entró en vigor el 1 de julio de 2003. No se han llegado todavía a las 10 declaraciones necesarias para, conforme al artículo 77 de la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares, el Comité para la Protección de los Trabajadores Migrantes pueda asumir competencia quasi-contenciosa por quejas individuales.

(El Cairo 1995); y (x) la Novena Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Midrand, 1996) (Salvioli, 2000: 3). Es en este contexto, que culminaría con la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (Roma 1998), en el que se produciría la era de mayor florecimiento de la justicia internacional penal con la creación del TIPY (1993), el TIPR (1994), la CPI (1998), las Salas Especiales de Crímenes Graves en Timor Oriental (2000), las Salas de la Norma 64 en Kosovo (2000) y la CESL (2002).

Sin embargo, no todos los esfuerzos realizados durante estos años culminaron de manera positiva, como lo muestra la desafortunada historia del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En este sentido, conviene recordar que a partir de 1990 la CDI aceleró sus trabajos, de modo que un año después presentaba ante la AGNU su primer nuevo proyecto de código desde el elaborado en 1954<sup>117</sup>. Las fuertes críticas recibidas al nuevo texto, hicieron que la CDI se tomara cinco años para su revisión. De esta manera, en 1996, cuarenta y siete años después de la Resolución 174 (II) de la AGNU, la CDI sometía a consideración de la AGNU un nuevo proyecto revisado de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad<sup>118</sup>. Para entonces, sin embargo, la atención de la AGNU estaba ya puesta en el avanzado proceso de elaboración del ECPI, por lo que la consideración del nuevo proyecto presentado por la CDI no se vio como una prioridad. Lo triste de la historia es que hoy, veinte años después de su presentación, el proyecto de código de crímenes de 1996, sigue pendiente de examen.

Como ya hemos avanzado, el Proyecto de creación de una jurisdicción internacional penal corrió mejor suerte. Así, cuando nadie lo esperaba, a finales de 1989, en el marco de una sesión especial de la AGNU sobre el problema del narcotráfico, Trinidad y Tobago propuso crear una Corte Penal Internacional especializada en la lucha contra el tráfico

<sup>117</sup> Comisión de Derecho Internacional. (1991). *Informe en su 43º periodo de sesiones*. Session. U.N. Doc. A/46/10.

<sup>118</sup> Vid. Comisión de Derecho Internacional. (1996). *Informe en su 48º periodo de sesiones*. Session. U.N. Doc. A/51/10. Vid también, Comisión de Derecho Internacional. (1996). "Código de Crímenes Internacionales contra la Paz y Seguridad de la Humanidad". En *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. Vol. 1996.



de drogas. En respuesta a esta propuesta la AGNU solicitó de la CDI un informe sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional con jurisdicción sobre delitos de narcotráfico<sup>119</sup>. Al año siguiente, la CDI presentó su informe a la AGNU<sup>120</sup>. A pesar de que dicho informe no se limitaba a los delitos de narcotráfico, tuvo una buena acogida por la AGNU, lo que animó a la CDI a trabajar en un proyecto general de Estatuto de una Corte Penal Internacional que fuese mucho más allá de la idea original de crear una corte exclusivamente especializada en delitos de narcotráfico, para atribuirle también jurisdicción sobre los crímenes de los que ya habían conocido los Tribunales de Nuremberg y Tokio (crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y, ahora como categoría autónoma, el genocidio).

Al mismo tiempo que la CDI elaboraba su proyecto de estatuto, el CSNU, en su Resolución 780 de 1992<sup>121</sup>, disponía, por primera vez en su historia, la creación de una comisión de expertos para investigar graves violaciones del DIH. Meses después, impulsado en gran medida por los trabajos de dicha comisión<sup>122</sup>, el CSNU, en su Resolución

<sup>119</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). Resolución 44/39. *Responsabilidad penal Internacional de las personas y entidades que participan en el tráfico ilícito transfronterizo de estupefacientes y en otras actividades delictivas transnacionales: creación de un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre esos delitos*. 4 de diciembre de 1989. En su párrafo primero, la Asamblea General: "Pide a la Comisión de Derecho Internacional que, al examinar en su 42º periodo de sesiones el tema titulado "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", se ocupe de la cuestión del establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional que tenga jurisdicción sobre las personas que presuntamente hayan cometido crímenes que puedan ser tipificados en dicho código, incluidas las personas que participen en el tráfico ilícito transfronterizo de estupefacientes, y que dedique particular atención a esta última cuestión en su informe sobre ese periodo de sesiones". Además, en su párrafo tercero, la Asamblea General "decide estudiar la posibilidad de crear un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional de esa índole en su cuadragésimo quinto periodo de sesiones al examinar el informe de la Comisión de Derecho Internacional".

<sup>120</sup> Comisión de Derecho Internacional. (1990). *Informe en su 42º periodo de sesiones*. Session. U.N. Doc. A/45/10.

<sup>121</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 780. *Yugoslavia*. 6 de octubre de 1992.

<sup>122</sup> Comisión de Expertos Establecida por la Resolución 780 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Informe Final de la Comisión de Expertos Establecida conforme a la Resolución 780 del Consejo de Seguridad de las Naciones*

827(1993)<sup>123</sup>, creaba el primer Tribunal Internacional Penal desde la creación del TMI y del TMILO al término de la Segunda Guerra Mundial. Su misión sería el enjuiciamiento de las personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991.

Por su parte, el 1 de julio de 1994, el CSNU, mediante su Resolución 935<sup>124</sup>, creaba una nueva comisión de expertos para investigar las graves violaciones del DIH y el delito de genocidio que presuntamente se habían cometido en el territorio de Ruanda y en el de sus Estados fronterizos durante la primavera de 1994. Una vez más, después de que la comisión de expertos emitiera su informe<sup>125</sup>, el CSNU, mediante Resolución 855, de 8 de noviembre de 1994<sup>126</sup>, creaba un nuevo Tribunal Internacional Penal con jurisdicción para enjuiciar a las personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos durante 1994 en el territorio de Ruanda, y por nacionales ruandeses en sus Estados fronterizos.

Los graves acontecimientos producidos desde enero de 1991 en el territorio de la antigua Yugoslavia y desde abril de 1994 en Ruanda, y la creación por el CSNU de las dos comisiones de expertos y del TIPY y el TIPR, fueron sin duda un elemento decisivo para que muchos gobiernos comenzaran a apoyar la idea del establecimiento de una Corte

Unidas. (1994). U.N. Doc. S/1994/674 (1994); y *Anexos al Informe Final*, 24 de mayo de 1994. U.N. Doc. S/1994/674 (1994). Sobre los trabajos de la Comisión de Expertos, vid. BASSIOUNI 1994: 784 *et seq.*

<sup>123</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (1993). Resolución 827. *Tribunal (ex Yugoslavia)*. 25 de mayo de 1993.

<sup>124</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (1994). Resolución 935. *Establecer una Comisión de Expertos imparcial para que examine las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en Ruanda*. 1 de julio de 1994.

<sup>125</sup> Comisión de Expertos Establecida conforme a la Resolución 935 del Consejo de Seguridad. *Informe Preliminar de la Comisión de Expertos Establecida conforme a la Resolución 935 del Consejo de Seguridad*, 1 de octubre de 1994. Vid. también *Informe Final de la Comisión de Expertos Establecida conforme a la Resolución 935 del Consejo de Seguridad*. 9 de diciembre de 1994. U.N. Doc. S/1994/1405 (1994).

<sup>126</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 855. *Establecimiento de un Tribunal Internacional y aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional*. 8 de Noviembre de 1994.

Penal Internacional de carácter permanente sobre la base del proyecto de estatuto de la CDI, que nada tenía que ver con la idea originaria de una corte especializada en la lucha contra el narcotráfico (Kirsch & Oosterveld, 2001: 1141 *et seq.*). De hecho, fue apenas tres meses después de la creación del TIPR, que la AGNU creó un comité *ad hoc* cuyo mandato era el de "revisar los principales temas sustantivos y administrativos que surgen del proyecto de estatuto preparado por la CDI y, a la luz de la revisión, examinar los arreglos para la convocatoria de la conferencia internacional de plenipotenciarios"<sup>127</sup>.

El comité *ad hoc* descubrió que las diferencias entre los distintos Estados eran todavía notables y que, por tanto, quedaba aún un largo camino por recorrer antes de que pudiera atisbarse la posibilidad de un acuerdo sobre el proyecto de estatuto. Las cuestiones relativas al alcance y activación de la jurisdicción de la CPI, así como sus relaciones con las jurisdicciones nacionales y con el CSNU marcaban las principales diferencias (Yáñez Barnuevo & Escobar Hernández, 2004).

Además, los cinco miembros permanentes del CSNU veían con gran recelo, sino con oposición, la creación de una CPI que pudiera en alguna manera afectar a las competencias del CSNU en la determinación y tratamiento de las amenazas y quebrantamientos a la paz y los actos de agresión (Bergsmo & Pejic, 1999: 374, 375). Este recelo no fue, sin embargo, capaz de paralizar las negociaciones, como había ocurrido en ocasiones anteriores, sino que en un contexto de conferencias internacionales de derechos humanos y establecimiento de tribunales internacionales penales, se formó una coalición de "Países Amigos" (Unión Europea y una buena parte de países de la Commonwealth, América Latina y África), que junto con las cientos (luego miles) de organizaciones no gubernamentales agrupadas en la Coalición de ONGs por la CPI, promovieron la continuación de las mismas (Bassiouni, 1999b: 31 *et seq.*).

Tras dos años de incesantes negociaciones, que llevaron a un progresivo cambio de posición de dos de los integrantes del CSNU (Reino Unido y Francia) (Lee 1999: 1-20), se convocó la Confe-

<sup>127</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 49/53. *Establecimiento de una Corte Penal Internacional*. 17 de febrero de 1995.

rencia Plenipotencia de Roma<sup>128</sup>, que finalizaría el 17 de julio de 1998 con la adopción del Estatuto de la CPI por 120 votos a favor, 7 votos en contra (incluyendo a China, EEUU, India e Israel) y 21 abstenciones (incluyendo a Indonesia, México, Paquistán, Rusia y Turquía) (Bassiouni, 1999b: 40) (Brown, 1999: 856)<sup>129</sup>. Cuatro años después, el 1 de julio del 2002, entraría en vigor, después de que en abril de ese mismo año Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Camboya, RDC, Irlanda, Jordania, Mongolia, Níger, Rumania y Eslovaquia depositaran las últimas ratificaciones necesarias para alcanzar las sesenta que el artículo 126 del ECPI requería a tal efecto.

De esta manera, se establecía un mecanismo permanente para la declaración y ejecución de la responsabilidad internacional penal de quienes incurrieran a partir del 1 de julio de 2002 en genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (así como en el crimen de agresión una vez que fuera definido), y en particular de aquellos dirigentes que, desde el poder estatal, o no estatal, planearan, promovieran o favorecieran con sus acciones u omisiones el desarrollo de actos de violencia que fueran constitutivos de estos delitos (Yáñez Barnuevo, 2001: 42).

El carácter complementario de la CPI no sólo no afectaba esta conclusión, sino que la reforzaba, al atribuir a dicho órgano jurisdiccional la función de (i) recordar a los Estados parte sus deberes de investigación, enjuiciamiento y sanción penal de los responsables de crímenes de *ius cogens* (así como de reparación integral a las víctimas); (ii) incentivarles en el cumplimiento de dichas obligaciones; y (iii) asumir dicho cumplimiento cuando comprobase la inacción, la falta de disposición o la falta de capacidad de los propios Estados parte (El Zeidy, 2008: 157-158).

A raíz del rápido proceso de ratificación del ECPI, incluso la administración Clinton cambió su posición, y EEUU (junto con Israel

<sup>128</sup> Comité Preparatorio de la Corte Penal Internacional. (1998). *Informe Final del Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*. 14 de abril de 1998. U.N. Doc. 183/2/Add. 1.

<sup>129</sup> La Corte Penal Internacional fue creada por el ECPI aprobado en la Conferencia Diplomática de Roma el 17 de junio de 1998. Los documentos oficiales de la Conferencia Diplomática se encuentran en UN Doc A/CONF.183/13 (Vols. I a III).



e Irán) presentaron la firma del ECPI el último día en que se podía realizar (31 de diciembre de 2000). Todo esto se producía 130 años después de que Gustav Moynier hubiera propuesto por primera vez en Ginebra la creación de una jurisdicción internacional penal, y transcurridos más de cincuenta años desde que la Resolución 174 (III), encargara a la CDI el estudio de su establecimiento.

### II.11.3. Los trabajos del TIPY y el TIPR y las difíciles condiciones que marcaron el inicio de la actividad de la CPI en la primera década del siglo XXI

No fueron fáciles los comienzos para el TIPY. El conflicto armado se prolongó en la ex Yugoslavia hasta la firma de los Acuerdos de Dayton (EEUU) el 21 de noviembre de 1995 entre la República de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federal de Yugoslavia<sup>130</sup>. Posteriormente, como ha señalado la ex Fiscal del TIPY Carla del Ponte (2008), la falta de cooperación de la República de Croacia y de la República Federal de Yugoslavia, generó una gran dependencia del TIPY de los Estados, en particular de aquellos pertenecientes a la OTAN, para poder llevar a cabo sus funciones, al no poder operar sin su cooperación (Vilmer, 2010: 99-109). De esta manera, si bien los primeros casos contenciosos contra autores materiales serían finalizados en primera instancia entre 1997 (caso Tadic)<sup>131</sup> y 2000 (casos Kupreskic *et al.* y Blaskic)<sup>132</sup>, no sería hasta la primera década del siglo XXI que el TIPY desarrollaría la mayor parte de sus trabajos (en particular, con respecto a los más altos dirigentes y mandos medios), habiendo finalizado casi por completo los mismos con respecto a las ciento sesenta y un personas acusadas para la fecha de su último informe el 16 de noviembre de

<sup>130</sup> Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia y Herzegovina. Acordado por la República de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federal de Yugoslavia en Dayton (Ohio) el 21 de noviembre de 1995. Firmado en París el 14 de diciembre de 1995. Disponible en: <http://www.osce.org/bih/126173?download=true>.

<sup>131</sup> TIPY [SPI], The Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, IT-94-1-T, 7 de mayo de 1997.

<sup>132</sup> TIPY [SPI], The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgment, IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000.

2015 (sólo cuatro juicios orales y tres apelaciones de fondo permanecían entonces pendientes)<sup>133</sup>.

La situación fue inicialmente más favorable en relación con el TIPR, puesto que una buena parte de los posibles imputados se encontraban detenidos después de que el Frente Patriótico Ruandés liderado por Paul Kagame se hiciera con el poder en Ruanda en julio de 1994, y la gran mayoría de las víctimas y los testigos se encontraban en su gran mayoría en Ruanda. Esto permitió que los primeros casos contenciosos contra autores materiales fuesen finalizados en primera instancia entre 1998 (casos Akayesu)<sup>134</sup> y 1999 (caso Kayishema & Rutaganda)<sup>135</sup>, si bien vino al coste de que la dependencia del TIPR fuese, si cabe mayor, con respecto al nuevo régimen instaurado en Kigali y apoyado por EEUU (Del Ponte, 2008), lo que en última instancia ha supuesto que los crímenes cometidos por el Frente Patriótico Ruandés contra cientos de miles de personas hayan permanecido en la impunidad desde 1994 (Haskell & Waldorf, 2011:50) (Del Ponte, 2008: 179, 234-235) (Clark, 2014: 187). En todo caso, la mayor parte de los casos contenciosos contra los más altos dirigentes y mandos medios tuvo lugar, al igual que sucedió en el TIPY, durante la primera década del siglo XXI –en su informe final de 17 de noviembre de 2015, el TIPR señalaba que para 2015 había finalizado su trabajo de primera instancia en relación con las 93 personas acusadas, así como con respecto a 55 procesos de apelación, esperando completar la última apelación de fondo pendiente en diciembre de 2015<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia. *Assessment and Report of Judge Theodor Meron, President of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, provided to the Security Council pursuant to paragraph 6 of Security Council resolution 1534 (2004) covering the period from 16 May 2015 to 16 November 2015*. 16 de noviembre de 2015. Disponible en: [http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E-4FF96FF9%7D/s\\_2015\\_874.pdf](http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E-4FF96FF9%7D/s_2015_874.pdf).

<sup>134</sup> TIPR [SPI], The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgment, ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998.

<sup>135</sup> TIPR [SPI], The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, Judgment, ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999.

<sup>136</sup> Tribunal Internacional Penal para Ruanda. *Report on the Completion of the Mandate of the International Criminal Tribunal for Rwanda as at 15 November 2015*. 17 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.securitycoun>

Particularmente recelosos de la función unidireccional jugada por los tribunales de Nuremberg y Tokio, y teniendo en cuenta el nivel tan grande de dependencia del TIPY y el TPIR de los Estados, autores como Zolo (2007) sospechaban que algo similar podría estar ocurriendo con esta nueva ola de tribunales internacionales penales surgidos a partir de 1990 en un contexto de primado político-militar de una única superpotencia y de sus más cercanos aliados de la OTAN. En apoyo de esta afirmación subrayaban la excesiva focalización del TIPY en los delitos cometidos por los serbios y los serbo-bosnios, así como el mencionado olvido de la sociedad internacional frente a los cientos de miles de víctimas del Frente Patriótico Ruandés tras su entrada en Ruanda en julio de 1994.

Sin embargo, ¿cómo explicar entonces lo que estaba sucediendo con la CPI? En este sentido, conviene tener en cuenta que no solamente EEUU había votado en contra de la aprobación del ECPI, sino que las nuevas políticas de seguridad y defensa puestas en marcha por EEUU a partir del atentado del 11 de septiembre de 2001 (incluyendo la llamada “guerra contra el terror”, la apertura del centro de detención de Guantánamo y el nuevo programa de detención e interrogación puesto en marcha por la CIA a escala global a partir de 2002, cuyos métodos fueron considerados constitutivos de tortura por el propio Comité de Inteligencia del Senado de EEUU en 2014)<sup>137</sup>, favorecieron que, apenas dos meses antes de la entrada en vigor del ECPI, la Administración Bush declarara que la firma presentada por los EEUU a finales del 2000 no tenía ningún valor (lo que fue considerado como equivalente al retiro de la firma (Cacho, 2009)) – Israel haría lo propio el 28 de agosto de 2002. Así mismo, el 24 de julio de 2002 el Congreso de los EEUU aprobaba la *American Service Members Protection Act*, por la que se autorizaba al Presidente de los EEUU a recurrir, en caso necesario, a la fuerza armada, con el fin de “rescatar” a cualquier nacional norteamericano que pudiera ser even-

cilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%-7D/s\_2015\_884.pdf.

<sup>137</sup> EEUU. Senate Select Committee on Intelligence of EEUU. (2014). Executive Summary of the Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Programme. 9 de diciembre de 2014.

tualmente entregado a la CPI para su enjuiciamiento en La Haya<sup>138</sup> (autorización que sigue estando vigente en la actualidad) (Murphy, 2002: 975 *et seq.*) (Cacho, 2009).

Por si esto fuera poco, a partir de este momento, EEUU condicionaría la ayuda económica a una gran parte de los Estados parte del ECPI<sup>139</sup> a la firma tratados bilaterales que requerían el consentimiento de los EEUU antes de que pudieran enviar a la CPI a uno sus funcionarios (si bien en ocasiones llegaban incluso a incluir a todos sus nacionales)<sup>140</sup>. Además, el 12 julio de 2002, el CSNU aprobaba la Resolución 1422<sup>141</sup> (renovada al año siguiente por la Resolución 1487<sup>142</sup>), bajo la amenaza de EEUU de no prorrogar ninguna de las misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas existentes en ese momento<sup>143</sup>, en la que se establece que “si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, [la Corte Penal Internacional] no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el CSNU adopte una decisión en contrario”.

La elección en abril de 2003 de Luis Moreno Ocampo como primer Fiscal de la CPI, quien además de haber sido fiscal adjunto en el

<sup>138</sup> EEUU. Congreso. American Service-Members' Protection Act (ASPA, Title 2 of Pub.L. 107-206, H.R. 4775, 116 Stat. 820. Entró en vigor tras la firma del presidente G.W. Bush el 2 de agosto de 2002.

<sup>139</sup> Boeglin, N. (2012). 10 años de la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Diario La Nación. 10 de julio de 2012. Disponible en: [http://www.nacion.com/archivo/anos-entrada-vigor-Estatuto-Roma\\_0\\_1279872235.html](http://www.nacion.com/archivo/anos-entrada-vigor-Estatuto-Roma_0_1279872235.html).

<sup>140</sup> Una lista de los más de cien tratados bilaterales de inmunidad firmados por EEUU desde el año 2002, se puede encontrar en: <http://guides.ll.georgetown.edu/c.php?g=363527&p=2456099>. El contenido de cada uno de estos tratados también se encuentra disponible en esta página web.

<sup>141</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2002). Resolución 1422. *El mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas*. 12 de julio de 2002.

<sup>142</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2003). Resolución 1422. *El mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas*. 12 de junio de 2003.

<sup>143</sup> BBC News. *Dispute over war crimes court settled*. 12 de julio de 2002. Disponible en: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/2125829.stm>.



juicio a las *Juntas Argentinas*, acababa de realizar una estancia de investigación durante varios meses en la Universidad de Harvard (EEU-U)<sup>144</sup>, atemperó sin duda esta situación, pues la Fiscalía de la CPI es el auténtico tamiz de toda la actividad de investigación y ejercicio de la acción penal ante la CPI (Olasolo, 2003: capítulo IV). Además, en los años siguientes la Administración Bush iría rebajando progresivamente su nivel de oposición a la CPI, como lo muestra el hecho de que la Resolución 1487 no sería renovada por el CSNU en 2004 y que el propio Consejo remitiría a la Fiscalía de la CPI en 2005 la situación en Darfur (Sudán)<sup>145</sup> –años después en 2011 remitiría también la situación en Libia<sup>146</sup>.

Ante la ausencia del apoyo de EEUU, quien había sido el principal motor de todos y cada uno de los tribunales internacionales penales creados hasta entonces (TMI, TMILO, TIPY y TIPR), y con la desvinculación, cuando no oposición, del mismo de tres de los cinco miembros del CSNU (China, EEUU y Rusia) y siete de las nueve potencias nucleares existentes (China, EEUU, India, Israel, Corea del Norte, Pakistán y Rusia), el inicio de las actividades de la CPI no se presumía nada fácil –incluso a pesar de que el número de Estados que se convertirían anualmente en parte del ECPI (6) se mantuvo constante entre el 1 de julio de 2002 y finales de 2011, lo que permitió duplicar por dos el número de Estados parte al final de este periodo. La situación se presumía todavía más difícil, teniendo en cuenta que desde un inicio la política criminal de la Fiscalía de la CPI (2003; 2007) fue centrar el ejercicio de la acción penal en los denominados “máximos responsables” (mientras que el TIPY y el TPIR sólo asumieron este criterio a partir de las Resoluciones 1503 (2003) y 1534 (2004) del CSNU)<sup>147</sup>.

<sup>144</sup> Vid. a este respecto: <http://drclas.harvard.edu/people/luis-moreno%E2%80%90campo>

<sup>145</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2005). Resolución 1593. *Informes del Secretario General sobre el Sudán*. 31 de marzo de 2005.

<sup>146</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2010). Resolución 1970. *Paz y Seguridad en África*. 26 de febrero de 2011.

<sup>147</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 1534. *Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia y Tribunal Internacional Penal para Ruanda*. 26 de marzo de 2004: párrs. 5 y 6. En esta resolución, el Consejo de Seguridad, entre otras cosas: (i) “insta a cada uno de los Tribunales a que, al examinar y confirmar las acusaciones nuevas, se aseguren de que concentran

Y tal y como se preveía, así efectivamente aconteció, pues habría que esperar casi cinco años desde que se abrieran las primeras investigaciones en RDC<sup>148</sup> y Uganda<sup>149</sup>, hasta que en enero de 2009 la CPI diera inicio a su primer juicio oral, cuya sentencia en primera instancia llegaría el 14 de marzo de 2012<sup>150</sup> y en apelación el 1 de diciembre de 2014<sup>151</sup>.

#### II.11.4. Los tribunales híbridos en la primera década del siglo XXI

Se entiende por tribunales híbridos, internacionalizados o mixtos, aquellos tribunales que comparten una naturaleza interna e internacional como consecuencia de alguno de los siguientes elementos: (i) la manera en la que han sido creados (acuerdo entre las Naciones Unidas y el Estado sede); (ii) su jurisdicción material (que incluye tanto crímenes internacionales como delitos internos); y (iii) el personal que trabaja en los mismos (conformado por una combinación de fiscales

la labor en el procesamiento de los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad respecto de los delitos que sean de competencia del Tribunal de que se trate, según se establece en la resolución 1503 (2003)”; y (ii) “pide a cada uno de los Tribunales que proporcionen al Consejo, a más tardar el 31 de mayo de 2004 y semestralmente después de esa fecha, evaluaciones realizadas por su Presidente y su Fiscal en que se expongan en detalle los progresos logrados en la aplicación de su estrategia de conclusión, se expliquen las medidas adoptadas y pendientes de aplicación, incluida la remisión de las causas relativas a inculcados de rango medio o inferior a jurisdicciones nacionales competentes, y expresa la intención del Consejo de reunirse con el Presidente y el Fiscal de cada Tribunal para examinar esas evaluaciones”. Vid. también a este respecto, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 1503. *Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia y Tribunal Internacional Penal para Ruanda*. 28 de agosto de 2003.

<sup>148</sup> La Fiscalía abrió la investigación en la situación en la RDC el 23 de junio de 2004. Vid. a este respecto: <https://www.icc-cpi.int/drc>.

<sup>149</sup> La Fiscalía abrió la investigación en la situación en Uganda el 29 de julio de 2004. Vid. a este respecto: <https://www.icc-cpi.int/uganda>.

<sup>150</sup> CPI [SPI I], The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo. Judgment, ICC-01/04-01/06-2842. 14 de marzo de 2012.

<sup>151</sup> CPI [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo. Public redacted Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction. ICC-01/04-01/06-3121-Red. 1 de diciembre de 2014.

y jueces locales y personal internacional) (Nouwen, 2006: 190-214) (Williams, 2012).

Cinco tribunales creados en la primera década del siglo XXI y dos creados en la década siguiente se adecúan a esta definición. El primero de ellos fueron las Salas Especiales para Crímenes Graves, establecidas en el año 2000 por la Administración Transicional de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET), tras la violencia acaecida en relación con el referéndum de independencia de Indonesia realizado en Timor Oriental el 30 de agosto de 1999. Su jurisdicción se extendía a crímenes de *ius cogens* como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la tortura, así como a ciertos delitos graves nacionales como el asesinato y la violencia sexual, cometidas en el territorio de Timor Oriental, o por o contra nacionales timorenses, entre enero y octubre de 1999<sup>152</sup>.

También en el año 2000, la Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) creaba las "Salas de la Norma 64" en los Tribunales de Kosovo, conforme a las cuales se permitió que jueces y fiscales internacionales actuaran conjuntamente con jueces y fiscales kosovares para asistir a estos últimos en la investigación y enjuiciamiento de los graves delitos recogidos en el código penal de Kosovo (incluyendo el genocidio y los crímenes de guerra), que se habían cometido durante el conflicto en Kosovo a finales de la década de 1990, y que el TIPY no tenía la capacidad de asumir. Posteriormente, en 2003, se impuso como obligatoria la presencia de dos jueces internacionales y un juez kosovar en cada una de las Salas<sup>153</sup>.

El 16 de enero de 2002, el SGNU y el gobierno de Sierra Leona firmaban el acuerdo para el establecimiento de la CESL<sup>154</sup>, con un fiscal internacional y salas mixtas con mayoría de jueces internacionales, y

<sup>152</sup> Organización de las Naciones Unidas. Administración Transicional de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET). *Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences*. 6 de junio de 2000. UNTAET/REG/2000/15.

<sup>153</sup> Organización de las Naciones Unidas. Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK). *Regulation No. 2000/64 on the Assignment of International Judges/Prosecutors and/or Change of venue*. 15 de diciembre de 2000. UNMIK/REG/2000/64.

<sup>154</sup> Organización de las Naciones Unidas & Gobierno de Sierra Leona. (2002). *Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona para el Es-*

con jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad (artículo 2), los crímenes de guerra (artículos 3 y 4) y ciertos delitos graves recogidos en la legislación interna de Sierra Leona (artículo 5)<sup>155</sup>. De esta manera, concluían las negociaciones que habían comenzado dos años antes como consecuencia de la solicitud del gobierno de Sierra Leona a las Naciones Unidas para establecer un tribunal especial que juzgara a los "máximos responsables" de los graves delitos cometidos contra la población civil (y contra miembros de la misión de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz) en el territorio de Sierra Leona a partir del 30 de noviembre de 1996<sup>156</sup> (fecha en la que fracasó el acuerdo de paz de Abidjan para poner fin a la guerra civil que había comenzado cinco años antes)<sup>157</sup>.

En octubre de 2004 Asamblea Nacional de Camboya ratificó el acuerdo firmado en mayo de 2003 por el gobierno de este Estado y las Naciones Unidas para el establecimiento de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, tras una larga negociación que comenzó a solicitud del gobierno de Camboya en 1997<sup>158</sup>. Las SETC cuentan con dos fiscales jefes (uno nacional y otro internacional) y salas de enjuiciamiento y apelación mixtas (con mayoría de jueces nacionales, pero donde se requiere el voto favorable de, al menos, un magistrado internacional para la adopción de cualquier decisión)<sup>159</sup>. Su jurisdicción se extiende a los más altos dirigentes de los Jémeres Rojos y a los máximos responsables de delitos graves previstos en el

*tablecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona*. 16 de enero de 2002. Disponible en: <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-agreement.pdf>.

<sup>155</sup> Estatuto de la CESL. 16 de enero de 2002. Artículos 1 a 5.

<sup>156</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2000). Resolución 1315. *La situación en Sierra Leona*. 4 de agosto de 2000.

<sup>157</sup> *Ibid.*, artículo 1.

<sup>158</sup> Organización de las Naciones Unidas & Gobierno de Camboya. (2003). *Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya en relación con el enjuiciamiento conforme a la Ley de Camboya de los crímenes cometidos durante el período de la República de Kampuchea*. 6 de junio de 2003. Disponible en: [https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement\\_between\\_UN\\_and\\_RGC.pdf](https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement_between_UN_and_RGC.pdf).

<sup>159</sup> Estatuto de las SETC (Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea. 27 de octubre de 2004. NS/RKM/1004/006. Artículos 9, 10 y 14.



Derecho penal camboyano, infracciones graves del DIH convencional y consuetudinario, y violaciones graves de las demás convenciones internacionales reconocidas por Camboya (lo que incluye el asesinato, la tortura, la persecución religiosa, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, y los crímenes de guerra), siempre y cuando hayan sido cometidas entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979<sup>160</sup>.

Finalmente, el establecimiento del Tribunal Especial para el Líbano el 30 de mayo de 2007 por la Resolución 1757 del CSNU<sup>161</sup>, pondría fin a la creación de tribunales híbridos en la primera década del siglo XXI. A pesar del acuerdo alcanzado entre el gobierno de Líbano y las Naciones Unidas en enero de ese mismo año, el presidente del Parlamento libanés se negó a convocarlo para debatir la ratificación de dicho acuerdo, por lo que el gobierno del Líbano solicitó al CSNU que estableciera el tribunal por resolución del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas<sup>162</sup>. El TEL es una organización internacional independiente de los tribunales nacionales del Líbano, con quienes tiene una jurisdicción compartida sobre las personas responsables por el asesinato del Primer Ministro libanés Rafik Hariri el 14 de febrero de 2005 y los delitos conexos cometidos entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005<sup>163</sup>. Cuenta con un fiscal internacional y salas mixtas con mayoría de jueces internacionales, y aplica el Derecho interno libanés<sup>164</sup>, utilizando el Derecho internacional sólo como instrumento de interpretación del mismo<sup>165</sup>.

En cuanto a la actividad de los tribunales híbridos, es destacable que mientras las Salas Especiales de Timor Oriental, las Salas de la Norma 64 de Kosovo y el TEL han desarrollado sus actuaciones frente a todo tipo de presuntos responsables (autores materiales, mandos medios, dirigentes), la CESL y las SETC han dirigido exclusivamente la acción penal, tal y como les requería su mandato, frente a los más

<sup>160</sup> Ibid., artículos 1 a 6.

<sup>161</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 1757. *Situación en Oriente Medio*. 30 de mayo de 2007.

<sup>162</sup> Tribunal Especial para el Líbano: <https://www.stl-tsl.org/en/about-the-stl/636-creation-of-the-stl>

<sup>163</sup> Estatuto del TEL. Artículos 1 a 4.

<sup>164</sup> Estatuto del TEL. Artículos 8 y 11.

<sup>165</sup> Estatuto del TEL. Artículos 1 y 2.

altos dirigentes de los grupos o entidades involucradas en las comisión de los delitos que responden al calificativo de "máximos responsables". En cuanto a los resultados de sus actuaciones, estos varían en gran medida de tribunal a tribunal.

Así, a pesar de haber acusado a 400 personas, las Salas Especiales para Crímenes Graves en Timor Oriental sólo pudieron completar 55 juicios relativos a 88 acusados, puesto que las autoridades de Indonesia se negaron a entregar a sus nacionales. Además, más de quinientas investigaciones quedaron pendientes cuando en 2005 las Naciones Unidas retiró su apoyo, y las actividades de los Salas Especiales quedaron definitivamente suspendidas (Caitlin & Wierda, 2006).

En cuanto a Salas de la Norma 64 en Kosovo, éstas completaron entre 2002 y 2007 seis casos de crímenes de guerra, debido, entre otras razones, a su excesivo énfasis en asuntos de corrupción y crimen organizado, al pequeño número de fiscales y jueces internacionales que participaron (así como a su falta de entrenamiento en DIH) y a la falta de cooperación de Serbia, donde se habían refugiado la mayoría de los serbo-kosovares imputados (Sriram, Martín Ortega & Herman: 203-204).

Por su parte, la CESL ha señalado en su informe final (31/12/2013), que entre 2003 y 2013 había completado cuatro casos relativos a 10 máximos responsables de las tres partes en conflicto (RUF, CDC y AFCU), mientras que las SETC (02/2016) han concluido entre 2004 y 2015 el caso contra Kaing Guek Eav, alias Duch, al que hay que sumar tres casos adicionales contra máximos responsables del régimen de la República de Kampuchea (1975-1977) que se siguen tramitando en estos momentos.

Finalmente, el TEL (07/03/2016) lleva a cabo en la actualidad su primer juicio oral contra cinco acusados (caso Ayyash *et al.*), tras la apertura de sus actividades el 1 de marzo de 2009<sup>166</sup>. La investigación en tres casos relativos a delitos conexos al asesinato del primer ministro libanés Rafik Hariri el 14 de febrero de 2005 y dos casos de obstrucción a la justicia completan sus actividades.

<sup>166</sup> Vid. Tribunal Especial para el Líbano, *Special Tribunal for Lebanon: Seventh Annual Report (2015-2016)*. No. 7 (marzo de 2016). Disponible en: <https://www.stl-tsl.org/en/documents/president-s-reports-and-memoranda/4833-seventh-annual-report-2015-2016>

## II.12. EL PERIODO 2012-2016: LA PERSECUCIÓN PENAL DE LOS CRÍMENES DE *IUS COGENS* POR TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES Y TRIBUNALES HÍBRIDOS SE REDUCE

La segunda década del siglo XXI ha presenciado la finalización de los trabajos del TIPY<sup>167</sup> (tras el arresto de Radovan Karadzic, Ratko Mladic y Goran Hadzic) y del TIPR<sup>168</sup>, y el establecimiento, mediante la Resolución 1966 (2010) del CSNU<sup>169</sup>, del Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales, operativo en dos sedes distintas: (i) una en Arusha (Tanzania) que desarrolla las funciones pendientes del TIPR y comenzó a funcionar el 1 de julio de 2012; y (ii) otra en La Haya (Holanda), que comenzó a operar el 1 de julio de 2013, y cumple con las funciones pendientes del TIPY. Ningún otro tribunal internacional penal ha sido creado hasta la fecha por el CSNU.

En cuanto a la CPI, las complicadas circunstancias que rodearon los primeros años de su actividad no han ido disminuyendo, sino que en el periodo 2010-2016 se han visto reforzadas por varias circunstancias adversas adicionales. Baste con mencionar en este momento tres de ellas

<sup>167</sup> Tribunal Internacional Penal Para Ruanda, *Report on the Completion of the Mandate of the International Criminal Tribunal for Rwanda as at 15 November 2015* (17 de noviembre de 2015): p. 4. Disponible en: [http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s\\_2015\\_884.pdf](http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2015_884.pdf).

<sup>168</sup> Tribunal Internacional Penal Para La Ex-Yugoslavia, *Assessment and report of Judge Theodor Meron, President of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, provided to the Security Council pursuant to paragraph 6 of Security Council resolution 1534 (2004) covering the period from 16 May 2015 to 16 November 2015* (16 de noviembre de 2015). Disponible en: [http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s\\_2015\\_874.pdf](http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2015_874.pdf).

<sup>169</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2010). Resolución 1966. *Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994*. 22 de diciembre de 2010.

como ejemplo. En primer lugar, si bien es cierto que, para mediados de 2016, 30 Estados parte habían ratificado ya la enmienda aprobada durante la I Conferencia de Revisión del ECPI en junio de 2010 que introduce la definición del crimen de agresión<sup>170</sup>, no es menos cierto que se ha producido una brusca reducción entre 2012 y 2016 en el número de Estados que se han convertido anualmente en parte del ECPI (pasando de 6 a 1, al ser sólo cuatro Estados los que se han incorporado al ECPI desde comienzos de 2012)<sup>171</sup>. A esto hay que añadir además las crecientes reticencias hacia la CPI de algunos países de América Latina, como Colombia, México y Venezuela, y el hecho de que la crisis económica sufrida desde 2008 por la Unión Europea (a la que pertenecen, además del Estado sede de la CPI, tres de sus cuatro principales contribuyentes financieros), ha reducido los recursos de los que dispone la Unión y le ha hecho retroceder en su posicionamiento geoestratégico global frente al desarrollo de China en la economía global y al resurgimiento político-militar de Rusia en el marco de los conflictos en Ucrania del Este y Siria –tanto China como Rusia son además parte de la Organización para la Cooperación de Shanghai creada en 2001 con varios otros Estados ricos en recursos minerales del Asia Central, y donde India, Irán y Paquistán tienen estatuto de observador<sup>172</sup>.

En segundo lugar, la pérdida de apoyo y colaboración de algunos de los países africanos como resultado de que todas las investigaciones abiertas hasta enero de 2016, y todas las órdenes de arresto o comparecencia emitidas hasta el momento, se refieren al continente africano, y que algunas de ellas han sido dirigidas contra quienes todavía ostentan el poder en sus respectivos Estados (como es el caso de los presidentes de Sudán, Omar al Bashir, y de Kenia, Urmu Kenyatta) –lo que unido al rechazo de algunos Estados parte a cooperar con la CPI para capturar a estos últimos, en particular a Omar Al-Bashir (Ventura & Bleeker,

<sup>170</sup> Corte Penal Internacional. (CPI). Asamblea de los Estados Partes. (2016). Press Release: *State of Palestine becomes the thirtieth State to ratify the Kampala amendments on the crime of aggression*. 29 de junio de 2016.

<sup>171</sup> Vid. a este respecto el listado de los Estados parte del ECPI por orden de incorporación cronológica que aparece en la página web de la Asamblea de los Estados Partes de la CPI: [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/Pages/states%20parties%20\\_%20chronological%20list.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/states%20parties%20_%20chronological%20list.aspx)

<sup>172</sup> Vid. Asia Regional Integration Center: <https://aric.adb.org/initiative/shanghai-cooperation-organization>



2016: 441-460), ha llevado a que Sudáfrica y Burundi hayan iniciado oficialmente el proceso de denuncia del ECPI en octubre de 2016, mientras que el gobierno de Gambia también ha declarado en las mismas fechas su intención de comenzar dicho proceso<sup>173</sup>.

En tercer lugar, la retirada por Rusia el 16 de noviembre de 2016 de su firma del ECPI tras la apertura formal en enero de ese mismo año de una investigación en la situación en Georgia y la calificación preliminar por la Fiscalía de la CPI (2016c: párr. 158) de la situación en Crimea como un conflicto armado internacional entre Rusia y Ucrania como consecuencia de la ocupación rusa<sup>174</sup>.

Estas difíciles circunstancias no han paralizado, sin embargo, las actividades de la CPI, si bien las ha hecho avanzar a un ritmo bastante más lento de lo esperado y con un énfasis notable en las situaciones del continente africano. De esta manera, desde el inicio de sus actividades en 2003 y hasta finales de 2016, la CPI: (i) ha recibido 11.568 comunicaciones; (ii) ha concluido los exámenes preliminares en relación con trece situaciones (diez con decisión de apertura de investigación: Costa de Marfil, Darfur-Sudán, Democrática República del Congo, Georgia, Libia, Kenia, Mali, República Centro-Africana I y II, y Uganda; y tres con decisión de no apertura de investigación: Honduras, República de Corea y Venezuela); (iii) mantiene abiertos los exámenes preliminares con respecto a otras diez situaciones (Afganistán, Burundi, Colombia, Flotilla Humanitaria (Comoros, Grecia y Camboya), Gabón, Guinea, Iraq, Nigeria, Palestina y Ucrania); y (iv) desarrolla

<sup>173</sup> CPI, Comunicado de Prensa, "President of Assembly Regrets Withdrawal of any State Party from the Rome Statute and Reaffirms the Court's Fight against Impunity", 22 de octubre de 2016, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1248>. En el momento en que se realizaron las correcciones finales a este trabajo, el nuevo presidente de Gambia, el Sr. Adama Barrow, elegido en las elecciones presidenciales del 1 de diciembre de 2016, afirmó que por el momento Gambia no va a poner en marcha el proceso de denuncia del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Vid. Deutsche Welle (14/02/2017). "Gambia to Rejoin Commonwealth, ICC". Disponible en <http://www.dw.com/en/gambia-to-rejoin-commonwealth-icc/a-37547929>.

<sup>174</sup> New York Times. (2016). "Russia Cuts Ties with International Criminal Court, Calling It 'One-Sided'". 16 de noviembre de 2016. Disponible en: [http://www.nytimes.com/2016/11/17/world/europe/russia-withdraws-from-international-criminal-court-calling-it-one-sided.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2016/11/17/world/europe/russia-withdraws-from-international-criminal-court-calling-it-one-sided.html?_r=0)

investigaciones con respecto a las diez situaciones cuyo examen preliminar finalizó con decisión de apertura de investigación<sup>175</sup>.

Así mismo, la CPI ha iniciado procesos penales en relación con 18 casos relativos a 8 situaciones, de los que: (i) cuatro se encuentran en actuaciones previas a la confirmación de cargos (Barara, Huseein, Al-Bashir, y Harum & Kushayb); (ii) dos han concluido con decisión de no confirmación de cargos (Mbarushimana y Abu Garda); (iii) uno ha finalizado con el retiro de los cargos por la Fiscalía antes del inicio del juicio oral (Kenyatta); (iv) uno se encuentra en la fase de preparación del juicio oral una vez confirmados los cargos (Banda); (v) cuatro se encuentran en juicio oral (Gbagbo y Blé Goudé, Bemba et al., Ntaganda y Ongwen); (vi) uno ha finalizado por insuficiencia de las pruebas presentadas por la Fiscalía (caso Ruto y Sang); (vii) uno ha finalizado con sentencia absolutoria en primera instancia y apelación (Ngudjolo); (viii) uno se encuentra en fase de apelación después de sentencia condenatoria en primera instancia (Bemba); (ix) dos se encuentran en fase de reparación tras sentencias condenatorias en primera instancia que no fueron apeladas (Katanga y Al-Mahdi); y (x) uno se encuentra en fase de reparación tras sentencia condenatoria en primera instancia y apelación (Lubanga)<sup>176</sup>.

Por lo que respecta a los tribunales híbridos, los cinco tribunales creados en el período 2002-2007, han dejado paso a dos nuevas manifestaciones en el periodo 2008-2016. Se trata de las Salas Extraordinarias de África (2013) y del Tribunal Especial para Kosovo (2016). Con respecto a las primeras, el 22 de agosto de 2012, la Unión Africana y Senegal firmaban el acuerdo para establecer unas Salas Extraordinarias con un componente internacional dentro del sistema judicial senegalés<sup>177</sup>, que comenzarían sus actuaciones en febrero de 2013<sup>178</sup>. Compuestas por jueces senegaleses en lo relativo a la instrucción y procesamiento de los acusados, y de una mezcla de jueces sene-

<sup>175</sup> Vid. la página web de la CPI: <https://www.icc-cpi.int/>, menú "investigations and cases".

<sup>176</sup> Idem.

<sup>177</sup> Unión Africana & Gobierno de Senegal. (2012). *Accord entre le Gouvernement de la Republic de Senegal et l'Union Africaine sur la creation de Chambres Africaines Extraordinaires au Sein des Jurisdiction Senegalaises*. 22 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.chambresafricaines.org/pdf/Accord%20UA-Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%202012.pdf>

<sup>178</sup> Vid. Chambres Africaines Extraordinaires: <http://www.chambresafricaines.org/>

galeses e internacionales en las salas de primera instancia y apelación, las SEA tienen jurisdicción para investigar y enjuiciar a los máximos responsables de los crímenes internacionales (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) cometidos en el Chad entre el 7 de junio de 1982 y el 1 de diciembre de 1990<sup>179</sup>.

Las SEA fueron creadas en última instancia con el fin de cumplir con la solicitud de la Unión Africana en 2006 para que Hissène Habré, presidente de Chad durante el mencionado periodo, fuera juzgado en Senegal "en nombre de toda África", una vez que dicho país hubiera rechazado su extradición a Bélgica donde se habían abierto actuaciones conforme al principio de jurisdicción universal. En sus tres años de existencia, han completado en primera instancia el caso contra Hissène Habré, emitiendo sentencia condenatoria el 30 de mayo de 2016<sup>180</sup>.

En cuanto al TEK, tras la publicación del informe de la Unidad Especial de Investigación de la Unión Europea sobre las alegaciones presentadas ante el Consejo de Europa en 2011 sobre crímenes de guerra y tráfico de órganos presuntamente cometidos por miembros del Ejército de Liberación de Kosovo durante el conflicto albano kosovar que tuvo lugar a finales de la década de 1990, el Parlamento de Kosovo aprobó en 2014 la creación del TEK para conocer de los mismos, y tras la necesaria reforma constitucional de 2015, firmó con los Países Bajos el 30 de marzo de 2016 un acuerdo para que dicho tribunal, que tendrá una composición mixta, lleve a cabo sus actuaciones en La Haya. Tras la ratificación del acuerdo por el Parlamento holandés, la Unidad Especial de Investigación de la Unión Europea, se convirtió en octubre de 2016 en la nueva Fiscalía del TEK<sup>181</sup>.

De esta manera, según nos hemos ido adentrando en la segunda década del siglo XX, la progresiva finalización de las actuaciones del TIPY y el TIPR, así como de la mayoría de los tribunales híbridos, y las circunstancias cada vez más complejas que ha venido enfrentando la CPI en cuanto

<sup>179</sup> Vid. Estatuto de las SAE. 22 de agosto de 2012. Artículos

<sup>180</sup> SEA [Chambre africaine extraordinaire d'assises à la Cour d'Appel de Dakar]. Ministère public contre Hissène Habré. *Jugement rendu par la Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises dans l'affaire ministère public contre Hissène Habré*. 30 de mayo de 2016.

<sup>181</sup> Vid. Balkans Transitional Justice: <http://www.balkaninsight.com/en/balkan-transitional-justice/kosovo-special-court-news-05-27-2016>.

que única jurisdicción internacional penal con carácter permanente, ha hecho que el número de casos haya disminuido muy significativamente. Tendencia que no creemos cambie en el corto plazo por la reciente creación del TEK o por la adopción en junio de 2014 por la Unión Africana del llamado Protocolo de Malabo (Werle & Vormbarum, 2016), dirigido a extender la jurisdicción de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos para la persecución de crímenes de *ius cogens* y delitos transnacionales (Ventura & Bleeker, 2016; 441-460)<sup>182</sup>.

## II.13. LA ACTUACIÓN DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES CON RESPECTO AL GENOCIDIO, LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y LOS CRÍMENES DE GUERRA DESDE 1990

### II.13.1. La importancia del caso Pinochet

Como veremos en detalle en el capítulo VII<sup>183</sup>, entre los elementos del actual régimen jurídico internacional del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, se encuentra la obligación de los Estados de investigar, enjuiciar y castigar penalmente a los responsables de los mismos cometidos en su territorio o bajo su jurisdicción. Es precisamente a esta obligación a la que se refiere el Preámbulo del ECPI (párrafo 5) al recordar que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

Así mismo, varios tratados internacionales relativos a crímenes de *ius cogens* – infracciones graves de los Convenios de Ginebra (1949) y del PA I (1977), tortura (1984) y desaparición forzada (2006)<sup>184</sup>

<sup>182</sup> Unión Africana (2014). *AU Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*. June 2014. La ACJHR tendrá jurisdicción sobre los siguientes catorce delitos: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, cambio inconstitucional de Gobierno, piratería, terrorismo, mercenarismo, corrupción, lavado de dinero, tráfico de personas, tráfico de drogas, tráfico de sustancias peligrosas, explotación ilícita de recursos naturales, y agresión.

<sup>183</sup> Vid. *infra* capítulo VII, sección VII.3.

<sup>184</sup> La Convención para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidades (aprobada por la Resolución 61/106 de la AGNU el 13 de diciembre de



recogen expresamente la obligación de los Estados de ejercer su jurisdicción penal conforme al principio de jurisdicción universal o, alternativamente, de extraditar a otro país donde se hubieren formulado cargos suficientes. En unos casos, como en el sistema de infracciones graves de los Convenios de Ginebra, esta obligación no se encuentra limitada a la presencia del imputado en el propio territorio<sup>185</sup>, mientras que el art. 5(2) de la Convención contra la Tortura y el art. 9(2) de la Convención contra las Desapariciones Forzadas contienen expresamente dicha restricción<sup>186</sup>.

2006, y en vigor desde el 3 de mayo de 2008) y la Convención para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada (aprobada por la Resolución 61/177 de la AGNU el 20 de diciembre de 2006, y en vigor desde el 23 de diciembre de 2010) son las dos últimas convenciones que establecen comités de fiscalización de su cumplimiento por los Estados parte, completando de esta manera el actual sistema de protección universal de los Derechos Humanos. 79 de los 141 Estados parte se han adherido al Protocolo Facultativo de la Convención para la Protección de los Derechos de las Personas Discapacitadas, en vigor desde el 3 de mayo de 2008, con el fin de atribuir competencia quasi-judicial sobre quejas individuales al Comité para la Protección de las Personas Discapacitadas, en cuanto que órgano fiscalizador del cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones contenidas en la Convención. Así mismo, 32 de los 42 Estados parte de la Convención contra las Desapariciones Forzadas ha realizado una declaración conforme a su artículo 32 para atribuir competencia quasi-judicial sobre quejas individuales al Comité contra las Desapariciones Forzadas, en cuanto que órgano fiscalizador del cumplimiento por los Estados parte de sus obligaciones conforme a la Convención.

<sup>185</sup> Vid. I Convenio de Ginebra: artículo 49; II Convenio de Ginebra: art. 50; III Convenio de Ginebra: art. 129; IV Convenio de Ginebra: art. 146. Según estas disposiciones: "Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes".

<sup>186</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: art. 5(2). Esta disposición establece: "Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo". El mismo texto se recoge en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: art. 9(2).

Además, según lo establecido por la Corte Permanente Internacional de Justicia en el conocido caso Lotus (Francia c. Turquía, 1927), aun cuando no nos encontremos en ninguno de los casos arriba contemplados, los Estados, salvo norma de Derecho internacional en contrario, tienen la facultad de ejercer su jurisdicción penal frente a los crímenes de *ius cogens* que no se cometan en su territorio o bajo su jurisdicción. Si bien, cuando así lo exija su legislación nacional, necesitarán que el ejercicio de dicha facultad sea regulado expresamente por la misma (Hall, 1999: 407).

A pesar de lo anterior, lo cierto es que durante el periodo de post-guerra que siguió al a Segunda Guerra Mundial y durante los cuarenta años de Guerra Fría que le siguieron, la regla general fue dirigir los procesos penales por crímenes de *ius cogens* contra quienes actuaron por cuenta de las Potencias derrotadas durante la Segunda Guerra Mundial. Las excepciones a esta regla general, como los casos de la Masacre de My Lai (1970-1974) y de las Juntas Argentinas (1984-1985), fueron contadas y con resultados sumamente dispares<sup>187</sup>.

Posteriormente, al hilo de los primeros trabajos del TIPY y del TIPR, de la aprobación del ECPI y de su régimen de complementariedad, y del caso contra Augusto Pinochet, la situación comenzaría a cambiar para finales de la década de 1990. La importancia del imputado, la trascendencia mediática que generó, y el hecho de que las actuaciones se desarrollaran ante tres jurisdicciones nacionales distintas (España, Reino Unido y Chile), hizo que el caso Pinochet, iniciado ante la Audiencia Nacional española en 1996 en aplicación del principio de jurisdicción universal (Panokova, 2011: 50-51), seguido entre 1998 y 2000 en los tribunales del Reino Unido en relación con la solicitud de extradición emitida por las autoridades españolas (Brody & Ratner, 2000), y finalizado entre 2000 y 2006 ante la jurisdicción del Estado donde se habían cometido los delitos una vez que las autoridades británicas enviaron a Pinochet de regreso a Chile<sup>188</sup>.

<sup>187</sup> Vid. *supra* secciones II.8 y II.10.1.

<sup>188</sup> Tres días después de su regreso a Chile, el 6 de marzo de 2000, un juzgado chileno solicitaba el desafuero parlamentario de Augusto Pinochet, que fue aprobado por la Corte de Apelaciones de Santiago el 5 de junio y confirmado por la Corte Suprema el 8 de agosto, al existir motivos fundados sobre su responsabilidad penal en la llamada "caravana de la muerte" que tuvo lugar poco después del

(Pion-Berlin, 2004: 486, 503), marcó un antes y un después en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de *ius cogens* por las jurisdicciones nacionales, particularmente en relación con los máximos responsables (Brito, 2003: 225) (Brotóns, 2003: 250) (Roth Arriaza, 2005: 170).

Sin ánimo de ser exhaustivos, destacan, por un lado, los procesos penales por crímenes de *ius cogens* desarrollados en aquellos Estados donde tuvieron lugar, como es el caso de Argentina, Colombia, Bosnia-Herzegovina y Ruanda. Por otro lado, es necesario también referirse a las actuaciones nacionales adelantadas conforme al principio de jurisdicción universal.

### II.13.2. Actuaciones de los Estados territoriales

Con respecto a las actuaciones desarrolladas por los Estados territoriales o bajo cuya jurisdicción se comenten los crímenes de *ius cogens*, es necesario referirse en primer lugar a Argentina, donde, desde la sentencia de la Corte Suprema en el caso Simón, dictada el 14 de julio de 2005 –en la que se declara la inconstitucionalidad de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final de 1986, que impidieron la continuación de los procesos penales incoados tras la condena a los doce miembros de las cuatro Juntas Militares que gobernaron el país entre 1976 y 1983–, un total de 2354 personas (entre ellas 70 civiles) han sido imputadas por delitos de lesa humanidad, de las que 669 han sido condenadas en las 156 causas finalizadas, sobre un total de 526 abiertas.

Entre los condenados, el ex jefe del III Cuerpo del Ejército Luciano Benjamín Menéndez acumula doce condenas, diez de las cuales son a cadena perpetua. En cuanto a los civiles, de los más de 70 acusados, hasta el momento han sido condenados cuatro: los empresarios Emilio Felipe y Juan Manuel Méndez y los ex-funcionarios judiciales Víctor Brusa (en la

golpe de Estado que le llevó al poder tras el golpe de Estado de 23 de agosto de 1973 contra el gobierno de Salvador Allende. El 1 de diciembre Pinochet fue procesado por 18 secuestros calificados y 57 asesinatos. Desde entonces, y hasta que sufriera el paro cardíaco que le provocó la muerte en 2006, fue objeto de distintos procesos penales en Chile, siendo los últimos los relativos a las torturas que tuvieron lugar en el centro de detención de Villa Grimaldi y la desaparición en 1974 del sacerdote español Antonio Llidó Mengual.

céntrica provincia de Santa Fe) y Manlio Martínez (en la noroeste de Tucumán). En 2016, hay 13 juicios en marcha, entre los que destacan (i) el que juzga los supuestos crímenes perpetrados en los centros clandestinos de detención de la Escuela Superior Mecánica de la Armada (ESMA) en Buenos Aires (donde son juzgados 59 acusados por haber presuntamente cometido 789 secuestros, torturas y homicidios en la ESMA, entre los que figuran ocho pilotos que presuntamente participaron en los denominados “vuelos de la muerte”, en los que se arrojaban a detenidos al río de la Plata para deshacerse de sus cuerpos); (ii) en relativo al centro de clandestino de detención de La Perla-Córdoba (con 52 imputados y 417 víctimas); y (iii) el desarrollado con respecto al Plan Cóndor, conforme al que las dictaduras suramericanas se coordinaron para intercambiar información y trasladar prisioneros (El País, 2016).

En Colombia más de 600 miembros del Ejército y la Fuerza Pública han sido condenados, y varios miles están siendo investigados, por las ejecuciones extrajudiciales (conocidas como “falsos positivos”) de, al menos, 3000 civiles, que después se hacían pasar por miembros de las FARC-EP a efectos de los concursos de ascensos, y que fueron cometidas sistemáticamente en varias Brigadas del Ejército colombiano en distintos lugares del país entre 2002 y 2008 (Human Rights Watch, 2016) (El País 2015). Así mismo, entre 2005 y 2015, la jurisdicción nacional colombiana: (i) ha condenado a entre 50 y 60 senadores y congresistas, y 15 gobernadores, por vínculos con el paramilitarismo; (ii) ha condenado, o al menos procesado, en la jurisdicción especial de justicia y paz a 43 de los 46 líderes paramilitares de mayor jerarquía en 2006 que han sobrevivido (esta jurisdicción especial se encuentra además procesando a cerca de 3000 paramilitares desmovilizados); y (iii) ha proferido numerosas sentencias contra integrantes de las dos principales guerrillas del país (FARC y ELN), incluyendo a quienes forman parte de sus respectivos secretariados, si bien las penas que han sido impuestas frente a estos últimos no han podido ser todavía ejecutadas (Fiscalía CPI, 2012: párrs. 5-10) (Olasolo, 2014b: 35-56).

En relación con Bosnia-Herzegovina, para finales de 2015, más de 500 personas habían sido formalmente imputadas por crímenes de guerra cometidos durante el conflicto que asoló el país entre 1992 y 1995, de las que 140 han sido ya condenadas (Balkan Transitional Justice, 2015). Por su parte, en Ruanda, alrededor de 1300 procesos por genocidio tuvieron lugar ante sus tribunales penales entre 1996 y



2001, antes de tener que recurrir a la justicia comunitaria de las *gacaca* en relación con los 128.700 casos pendientes (Tirrell, 2014: 243).

Los casos de Argentina, Colombia, Bosnia-Herzegovina y Ruanda constituyen un ejemplo, sin que pretendan ser exhaustivos, de las actuaciones penales que desde finales de la década de 1990 han realizado los Estados con respecto a los crímenes de *ius cogens* cometidos en sus territorios, incluidas aquellas dirigidas contra los máximos responsables. Así sólo en América Latina, donde el impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en la primera década del siglo XXI sobre los deberes de los Estados en este ámbito ha sido muy notable, se han adelantado actuaciones penales contra los siguientes Jefes de Estado: Augusto Pinochet (Chile 2000-2006), Juan María Bordaberry (Uruguay 2007-2011), Alberto Fujimori (Perú 2007-2010) y Efraín Ríos Montt (Guatemala 2012-2015) – los dos primeros murieron cuando se adelantaban las actuaciones penales, la condena a Ríos Montt en 2013 fue revocada por la Corte Constitucional que ordenó un nuevo proceso que no se pudo llevar a cabo por motivos de salud y Alberto Fujimori fue condenado a 25 años de prisión que todavía se encuentra cumpliendo en este momento.

De lo anterior se puede concluir que el número de procesos penales por crímenes de *ius cogens* adelantados ante cualquier de las jurisdicciones nacionales analizadas, que como hemos visto se han dirigido también en ocasiones contra algunos de los máximos responsables, es superior al de los que han tenido lugar en el conjunto de todos los tribunales internacionales penales y tribunales híbridos establecidos desde 1990. Esto ha llevado a las Naciones Unidas a establecer organismos especializados de investigación que actúan en apoyo de las Fiscalías nacionales, como es el caso, en particular, de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (2007)<sup>189</sup>.

Sin embargo, no es menos cierto que incluso en aquellas jurisdicciones nacionales que han estado más activas, el número de personas investigadas y enjuiciadas por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, apenas llega al 1% del total de presuntos res-

<sup>189</sup> La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala fue creada por acuerdo firmado por el SGNU con el Gobierno de Guatemala el 12 de diciembre de 2006. El acuerdo fue ratificado por el Congreso de Guatemala el 1 de agosto de 2007 y entró en vigor el 4 de septiembre de este mismo año.

ponsables. Ejemplo paradigmático es el caso de Ruanda, en el que, según nos recuerda Tirrell (2014: 143), de los 130.000 detenidos en 1994, 93 casos fueron completado por el TIPR, 1300 por los tribunales penales ruandeses y 128.700 fueron enviados a la justicia comunitaria de las *gacaca*<sup>190</sup>. Argentina, Bosnia-Herzegovina y Colombia constituyen otros ejemplos en este mismo sentido<sup>191</sup>.

### II.13.3. Actuaciones conforme al principio de jurisdicción universal

Para principios de la década de 1990, legislaciones como el art. 23(4) de Ley Orgánica del Poder Judicial en España (1985) o el artículo 7 de Ley para el Castigo de las Graves Violaciones de las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales en Bélgica<sup>192</sup> recogían el principio de jurisdicción universal en relación con el genocidio,

<sup>190</sup> Este autor nos recuerda en relación a Ruanda que los casos procesados por los tribunales penales apenas llegan al 1% de los 130.000 detenidos que tuvieron que ser reenviados a la justicia comunitaria de las *gacaca* para evitar un colapso en el aparato de justicia.

<sup>191</sup> Las 140 personas condenadas y 500 imputadas ante la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia y Herzegovina, sólo constituyen una mínima fracción de los responsables del desplazamiento forzado entre 1992 y 1995 de la mitad de su población (alrededor de dos de sus cuatro millones de habitantes). Del mismo modo, en Colombia, donde existen alrededor de siete millones de desplazados, y decenas de miles de casos de violencia sexual, sólo se ha proferido hasta el momento unas cuantas decenas de condenas por este tipo de delito. Estas conclusiones se reafirman en los sucesivos informes preliminares de la Fiscalía de la CPI en relación con el examen preliminar de la situación en Colombia. Con relación a los crímenes internacionales cometidos durante la segunda guerra mundial, Douglas (2014: 44-73) nos recuerda que los casos juzgados en Alemania no afectan ni mucho menos al 1% de las 500.000 personas que eran parte del partido nacional socialista en los años cuarenta. En consecuencia, el caso de Argentina parece ser aquel en el que teniendo en cuenta el alto número de procesamientos, y siendo el número de víctimas considerablemente inferior al de las otras situaciones, se han llevado ante la justicia un porcentaje superior de los presuntos responsables.

<sup>192</sup> *Loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions*. 16 de junio de 1993. En 1999, se enmendó la ley entendiendo la aplicación del principio de jurisdicción universal al genocidio y a los crímenes de lesa humanidad. Vid. a este respecto: *Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire*. 10 de febrero de 1999.

los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Fue precisamente con fundamento en la primera que se inició en 1996 ante la Audiencia Nacional en España el mencionado caso contra Augusto Pinochet, que junto con la aprobación del ECPI y la elaboración de legislaciones internas de implementación del mismo, incrementaron el número de países en que se incorporó para todas, o algunas, de las categorías de delitos de *ius cogens*, el principio de jurisdicción universal (Amnistía Internacional, 2012: 2).

A raíz de lo anterior, el periodo 1998-2008 experimentó un notable incremento de la aplicación del principio de jurisdicción universal, lo que ha permitido la presentación de decenas de querellas en tribunales nacionales extranjeros contra los más altos representantes de los Estados por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (Carnero Rojo, 2015: 41-54) (Ollé Sesé, 2016: cap. VI). Entre ellos cabe mencionar a los siguientes Jefes de Estado o Jefes de Gobierno: Laurent Kabila de la RDC (en Bélgica, 1998), Hassan II de Marruecos (en España, 1998), Fidel Castro de Cuba (en España, 1999 y 2007), Hissène Habré de Senegal (en Senegal, 2000; y en Bélgica, 2005), Ariel Sharon de Israel (en Bélgica, 2001), Saddam Hussein de Iraq (en Bélgica 2001), Muammar Gaddafi de Libia (en Francia 2001), George Bush de EEUU (en Bélgica, 2002), Hugo Chávez de Venezuela (en España, 2003), Jiang Zemin de China (en Argentina, 2006; y en España, 2003) y Paul Kagame de Ruanda (en España, 2008), (Carnero Rojo, 2015: 41-54) (Ollé Sesé, 2016: cap. VI) (Panakova, 2011: 49 *et seq.*) (Roth Arriaza, 2005).

Sin embargo, la mayoría de estas querellas fueron rechazadas, siendo un argumento central en este sentido la inmunidad personal y funcional de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, que abordaremos en detalle en el capítulo III. De los casos mencionados, sólo los relativos a Augusto Pinochet, Hissène Habré y, en menor medida a Jiang Zemin, han permitido la continuación en el tiempo de las actuaciones penales (Panakova, 2011: 49 *et seq.*) (Pérez Cepeda, 2015: 10 *et seq.*). Además, si bien en 2006 se aprobó la Convención contra la Desaparición Forzada, que en su

Para una traducción no oficial al inglés del texto de la Ley de 1993 con las enmiendas introducidas en 1999, vid. Smis & Van der Borgh (1999: 921-925).

artículo 5 recoge el principio de jurisdicción universal, lo cierto es que varias de las legislaciones nacionales que habían permitido una aplicación más prolija del principio de jurisdicción universal, como la belga y la española, fueron reformadas en 2003, 2009 y 2014, para limitar profundamente, cuando no eliminar, el alcance de su aplicación (Canero Rojo, 2015: 55 *et seq.*) (Pérez Cepeda, 2015: 10 *et seq.*) (Panakova, 2011: 61-64).

## II.14. REFLEXIONES FINALES: ¿DE DÓNDE VIENE Y HACIA DÓNDE SE DIRIGE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL?

A pesar de que para autores como Leibman (1994: 705 *et seq.*) el DIP ha evolucionado de manera lineal a lo largo del siglo XX, el análisis realizado en este capítulo nos muestra una situación muy distinta, conforme a la cual el DIP no ha tenido ni un desarrollo, ni una aplicación, progresiva constante. Por el contrario, se ha elaborado y aplicado "a saltos" en momentos históricos muy concretos, en particular en los cinco años de postconflicto que siguieron a la Segunda Guerra Mundial (1945-1950), en la década dorada de la justicia internacional penal al término de la Guerra Fría (1992-2002) y en la década siguiente en la que se recogerían los frutos de esta última. Es desde esta perspectiva desde la que, en nuestra opinión, se han de abordar las dos preguntas objeto del presente capítulo: ¿de dónde viene el DIP? ¿Hacia dónde se dirige?

### II.14.1. ¿De dónde viene el Derecho internacional penal?

Antes de 1945, únicamente se vislumbran algunos antecedentes muy lejanos, que o bien no pudieron llevarse a cabo (como los previstos en los arts. 227 a 230 del Tratado de Versalles) o fueron poco menos que una farsa (como lo procesos por crímenes de guerra cometidos durante la Primera Guerra Mundial que tuvieron lugar ante el tribunal supremo alemán en Leipzig en la década de 1920).

Fueron los años del post-conflicto que siguieron a la Segunda Guerra Mundial (1945-1950) los que establecieron los primeros cimien-



tos de lo que hoy conocemos como DIP. En el ámbito legislativo se regularon por vía convencional el genocidio y los crímenes de guerra constitutivos de infracciones graves a los Convenios de Ginebra, se elaboraron los principios llamados principios de Nuremberg y se preparación de los proyectos de código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad y de estatuto de una jurisdicción internacional penal, todo ello en un contexto de desarrollo del DIH y de adopción de los fundamentos del moderno DIDH.

En el ámbito de la aplicación jurisprudencial, el TMI y el TMILO (establecidos a instancia de EEUU, cuya posición había dado un giro de ciento ochenta grados en relación con la mantenida dos décadas antes al final de la Primera Guerra Mundial), así como las comisiones militares de las cuatro Potencias Aliadas que ocuparon Alemania desde 1945, enviaron el mensaje de que quienes desde los resortes del poder recurren a una guerra de agresión contra terceros Estados, y utilizan la fuerza armada contra su propia población, no solo pierden la legitimidad ética y moral necesaria para seguir dirigiendo sus respectivas sociedades, sino que, debido al daño que han causado a la sociedad internacional, incurrirán jurídicamente frente a la misma en responsabilidad internacional individual de carácter penal. Sin embargo, al mismo tiempo, sus actuaciones dejaban entrever que quienes incurrir en este tipo de delitos sólo serían sometidos a la acción de la justicia si actuaban por cuenta del bando derrotado.

Con posterioridad al periodo 1945-1950 el mensaje de que "a la acción de la justicia sólo se somete a quienes son previamente derrotados" se vería reforzado desde el ámbito de la aplicación del DIP, puesto que durante la Guerra Fría, sólo se persiguieron en el ámbito interno a personas que habían actuado por cuenta de las Potencias vencidas en la Segunda Guerra Mundial (en cuarenta años fueron contadas las excepciones a esta tendencia, como el juicio de las Juntas Argentinas y el proceso por la matanza de My Lai). Todo ello a pesar de los 18 millones de muertos que trajo la Guerra Fría, y de los cientos de miles de asesinados (por no hablar de las víctimas de las prácticas sistemáticas de tortura) como consecuencia del desesperado intento de las Potencias coloniales europeas por evitar, por todos los medios posibles, el proceso de descolonización.

No obstante, durante este periodo se observaron también importantes desarrollos legislativos en el ámbito del DIDH y del DIH, así como ciertos elementos evolutivos del DIP, como la adopción de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de crímenes de guerra y de lesa humanidad (1968), la previsión de una jurisdicción internacional penal en la Convención contra el Apartheid (1973), la definición del crimen de agresión (1974) y la extensión del principio de jurisdicción universal para las infracciones graves del PA I (1977) y la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes (1984). En su mayor parte, esta evolución legislativa tuvo lugar en el periodo 1961 y 1979, caracterizado por ser aquel en el que el entonces creciente Movimiento de los Países No Alineados y del G-77 tuvo mayor peso específico en la sociedad internacional.

#### *II.14.2. El desarrollo sustantivo, institucional y procesal del Derecho internacional penal en el periodo 1990-2010*

El rápido desmoronamiento de la URSS y del bloque soviético, unido al paulatino debilitamiento que el Movimiento de los Países No Alineados y el G-77 habían experimentado desde comienzos de la década de 1980, dieron paso a una década de dominio global de la única superpotencia que había sobrevivido la Guerra Fría, EEUU, y de sus aliados de la OTAN. Si bien es cierto que la mundialización de la economía desde los años 1970, y la paulatina pérdida de poder del Estado-nación, relativizaron el alcance de dicho dominio (Howsbaum, 1992: 568), no se puede pasar por alto que la década dorada de la justicia internacional tuvo lugar justamente durante estos años (1992-2002). En la década siguiente se recogerían los frutos de este periodo.

De esta manera, es entre 1990 y 2010 cuando se construye, en gran medida, el edificio del DIP, tal y como lo conocemos en la actualidad. Para ello se reafirmó y desarrolló el régimen jurídico pre-existente, y se fortalecieron los mecanismos directos e indirectos de aplicación del DIP.

En el ámbito sustantivo, como veremos en más detalle en el capítulo VII, se reafirmó el régimen jurídico del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, de manera que, además

de desarrollar su regulación convencional (en particular a través del ECPI), se consolidó la naturaleza consuetudinaria de sus distintos elementos, incluyendo: (i) la prohibición de que los Estados incurran en los mismos; (ii) la atribución a quienes cometen dichas conductas de responsabilidad internacional penal frente a la sociedad internacional en su conjunto; (iii) la obligación de los Estados de declarar y ejecutar dicha responsabilidad con respecto a los crímenes cometidos en su territorio o bajo su jurisdicción; y (iv) la imprescriptibilidad y prohibición de leyes de amnistía frente a dicha responsabilidad internacional penal. Así mismo, varios de estos elementos, adquirieron rango de *ius cogens*.

En cuanto al fortalecimiento de los mecanismos de aplicación del DIP, se crearon tres tribunales internacionales penales, incluyendo una jurisdicción internacional penal de carácter permanente, y hasta siete tribunales híbridos (si bien los dos últimos se establecieron con posterioridad a 2012). Así mismo, se reafirmaron las obligaciones de los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar penalmente los crímenes de *ius cogens* cometidos en su territorio o bajo su jurisdicción, y en determinados supuestos de recurrir al principio de jurisdicción universal para perseguirlos penalmente.

De esta manera, los tribunales internacionales penales y los tribunales híbridos desarrollaron, por primera vez en la historia, actuaciones de manera continuada durante un periodo prolongado (dos décadas), en contraposición al único proceso que pudieron llevar a cabo el TMI y el TMILO. Consecuencia de lo anterior fue la investigación y enjuiciamiento de varios de los más altos representantes de los Estados en su condición de máximos responsables, incluyendo los siguientes Jefes de Estado y Jefes de Gobierno: Jean Kambanda en el TIPR, Slobodan Milosevic en el TIPY, Charles Taylor en la CESL, Khieu Samphan en las SETC, Hissène Habré en las SEA y Omar Al Bashir, Muammar Gaddafi, Said Al-Islam Gaddafi, Laurent Gbagbo y Urumu Kenyatta en la CPI (aunque el juicio oral contra este último fue finalmente suspendido).

Así mismo, las jurisdicciones nacionales de los Estados territoriales han investigado y enjuiciado miles de casos relativos a crímenes de *ius cogens*, como lo muestran los casos de Argentina, Colombia, Bosnia-Herzegovina y Ruanda, que ni mucho menos resultan exhaus-

tivos de las actuaciones penales llevadas a cabo en el ámbito interno desde 1990. Las mismas se han dirigido también en ocasiones contra los máximos responsables como lo muestran las actuaciones adelantadas en América Latina contra los siguientes Jefes de Estado: Augusto Pinochet (Chile, 2000-2006), Juan María Bordaberry (Uruguay, 2007-2011), Alberto Fujimori (Perú, 2007-2010) y Efraín Ríos Montt (Guatemala, 2012-2015). Esto ha provocado que las propias Naciones Unidas decidieran establecer organismos especializados de investigación para incrementar la capacidad de actuación de las Fiscalías nacionales, como fue el caso de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (2007)<sup>193</sup>.

Las actuaciones que los Estados territoriales han desarrollado en el ámbito interno, se han visto completadas por aquellas que han tenido lugar en aplicación del principio de jurisdicción universal, particularmente en el periodo 1998-2008, lo que permitió la presentación de decenas de querellas en tribunales nacionales extranjeros contra los más altos representantes de los Estados por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (Carnero Rojo, 2015: 41-54) (Ollé Sesé, 2016: cap. VI).

Finalmente, resulta particularmente relevante de este periodo que, a diferencia de las actuaciones desarrolladas tras la Segunda Guerra Mundial y durante la Guerra Fría, que se centraron exclusivamente en quienes actuaron por cuenta de las Potencias derrotadas, algunos de los procesos penales llevados a cabo entre 1990 y 2010 han tenido una connotación muy distinta. Este ha sido, en particular, el caso de la CESL, que ha juzgado a los principales dirigentes vivos de las tres partes involucradas en el conflicto armado en Sierra Leona (RUF, CDF y AFCU) y de los procesos penales desarrollados en Colombia, particularmente aquellos dirigidos contra miembros de las fuerzas armadas y la policía, y aquellos otros ligados a la parapolítica, que han afectado a decenas de congresistas, senadores y gobernadores pertenecientes a partidos que apoyaban al gobierno de turno.

<sup>193</sup> La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala fue creada por acuerdo firmado por el SGNU con el Gobierno de Guatemala el 12 de diciembre de 2006. El acuerdo fue ratificado por el Congreso de Guatemala el 1 de agosto de 2007 y entró en vigor el 4 de septiembre de este mismo año.



Sin embargo, al mismo tiempo, la época dorada de la justicia internacional penal ha mostrado también sus notables limitaciones. En primer lugar, los dos tribunales internacionales penales *ad hoc*, y la CPI como jurisdicción internacional penal con carácter permanente, sólo pudieron desarrollar en veinte años unos 250 casos contra autores materiales, mandos medios y máximos responsables.

En segundo lugar, los resultados presentados por los tribunales híbridos son muy dispares, llegando en quince años a un centenar de casos entre todos ellos, incluyendo autores materiales, mandos medios y dirigentes de los respectivos Estados o grupos armados organizados. En consecuencia, los casos investigados y enjuiciados por el conjunto de tribunales internacionales penales y tribunales híbridos creados entre 1990 y 2010 apenas llegan a los 350, lo que es superado con creces por cualquiera de las jurisdicciones nacionales (p. ej. Argentina, Bosnia-Herzegovina, Colombia o Ruanda) en las que durante ese mismo periodo de tiempo se han desarrollado con cierta continuidad procesos por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

En tercer lugar, incluso en aquellas jurisdicciones nacionales en las que se han llevado a cabo un número mayor de procesos por crímenes de *ius cogens*, el ejercicio de la acción penal alcanza como mucho al 1% de los posibles responsables. Además, la mayoría de las querellas presentadas contra los máximos responsables conforme al principio de jurisdicción universal han sido rechazadas (Panakova, 2011: 49 *et seq.*) (Pérez Cepeda 2015: 10 *et seq.*). De esta manera, en el mejor de los casos, el 99% de los presuntos responsables ha permanecido en la impunidad. La suma de las actuaciones realizadas por los tribunales internacionales penales y los tribunales híbridos no altera, como hemos visto, esta conclusión.

En cuarto lugar, ni en el ámbito internacional, ni el ámbito nacional se ha aplicado de manera constante criterios claros de política criminal para determinar qué delitos y qué tipo de presuntos responsables han de ser objeto, de manera prioritaria, de las investigaciones y enjuiciamientos. Por el contrario, mientras que la CPI, la CESL y las SETC han centrado desde el inicio sus actuaciones en aquellos dirigentes considerados como máximos responsables, el TIPY y el TIPR sólo hizo lo propio a partir de 2004, y los demás tribunales híbridos, así como las distintas jurisdicciones nacionales (Colombia es, en cier-

to sentido, una excepción debido a las políticas de priorización de casos que se han adoptado en los últimos años), han ejercido la acción penal contra todo tipo de personas responsables (autores materiales, mandos medios y dirigentes).

Si a esto se une que en cualquiera de las situaciones analizadas el número de personas efectivamente juzgadas por crímenes de *ius cogens* apenas llega al 1% de los presuntos responsables (incluso aun cuando se suman las actuaciones realizadas en los ámbitos nacional e internacional, como es el caso de Bosnia y Herzegovina y el TIPY, o Ruanda y el TIPR), y a que no son pocos los tribunales internacionales penales, tribunales híbridos y jurisdicciones nacionales que han tratado de manera ciertamente desigual los crímenes de *ius cogens* cometidos por las distintas partes en conflicto (e incluso como en el caso de Ruanda y el TIPR han evitado conocer completamente de los delitos cometidos por alguna de las partes –Haskell y Waldorf (2011:50), Del Ponte (2008: 179, 234-235) y Clark (2014: 187) subrayan que los crímenes cometidos por miembros del Frente Patriótico Ruandés contra cientos de miles de víctimas han permanecido en la impunidad desde 1994–, no puede sorprender que se hayan generado una serie de percepciones en relación con la aplicación del DIP que van desde el utilitarismo político, hasta el pragmatismo (se juzga a aquellos cuya custodia se puede obtener), pasando por la mera arbitrariedad en el ejercicio de la acción penal.

### II.14.3. ¿Hacia dónde se dirige el Derecho internacional penal?

Ante esta situación, no cabe sino afirmar que el DIP se encuentra ante una auténtica encrucijada, que sin duda se ve agravada por dos factores adicionales. Por un lado, la propuesta, que como vimos en el capítulo I cuenta cada día con mayor apoyo, de utilizar los mecanismos propios del DIP para perseguir los delitos transnacionales, ante la ineficacia de los instrumentos propios del Derecho penal transnacional (Smith, 2008-2009:1111 *et seq.*) (Paulose, 2013: 66 *et seq.*). El Protocolo de Malabo (2014), que atribuye a la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos jurisdicción penal sobre toda una batería de delitos transnacionales (incluyendo, la corrupción, el lavado de dinero, el tráfico de personas, el tráfico de drogas, el tráfico de sustancias peligrosas o la explotación ilícita de recursos naturales),

además de sobre los crímenes de *ius cogens*, es un buen ejemplo de esta situación.

Por otro lado, el hecho de que la segunda década del siglo XXI está presenciando una progresiva reducción en la aplicación del DIP, que se manifiesta en varios elementos. En primer lugar, la finalización de los trabajos del TIPY (tras el arresto de Radovan Karadzic, Ratko Mladic y Goran Hadzic) y del TIPR, y el establecimiento del Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales, no ha sido seguido de la creación por el CSNU de ningún otro tribunal internacional penal.

En segundo lugar, el establecimiento de tribunales híbridos también se ha reducido significativamente, pues si entre 2002 y 2007 se crearon hasta cinco tribunales de esta naturaleza, entre 2008 y 2016 apenas si se han creado dos: las SEA (2012) y el TEK (2016). Además, los resultados presentados por los que permanecen abiertos, SETC y TEL, con apenas un caso concluido en una década, y apenas un puñado de casos pendientes, no son particularmente halagüeños.

En tercer lugar, desde 2007 las Naciones Unidas no han vuelto a establecer un mecanismo de investigación de las características de la Comisión contra la Impunidad en Guatemala, que se dirija a reforzar las capacidades de las Fiscalías nacionales de los Estados territoriales.

En cuarto lugar, el principio de jurisdicción universal se encuentra en franco retroceso como consecuencia de la gran cantidad de querellas que han sido rechazadas y las modificaciones introducidas en las legislaciones nacionales de aquellas jurisdicciones donde, como en los casos de Bélgica y España, ha sido utilizado de manera más activa.

Finalmente, mención especial merece el hecho de que las complicadas condiciones en que la CPI ha desarrollado su actividad desde su inicio no han ido disminuyendo, sino que en el periodo 2010-2016 se han visto reforzadas por varias circunstancias adversas adicionales, entre las se encuentran: (i) la drástica reducción entre 2012 y 2016 en el número de Estados que se han convertido anualmente en Estados parte del ECPI (pasando de 6 entre 2002 y 2011 a 1 a partir de 2012); (ii) la pérdida de apoyo y cooperación de algunos países africanos como consecuencia del casi exclusivo enfoque en África de las

investigaciones y órdenes de arresto y comparecencia emitidas hasta la fecha, incluyendo las dictadas contra los Jefes de Estado en ejercicio Omar al Bashir y Urmu Kenyatta (lo que ha llevado a Sudáfrica y Burundi a iniciar el proceso de denuncia del ECPI en octubre de 2016); y (iii) la retirada por Rusia el 16 de noviembre de 2016 de su firma del ECPI tras la apertura de la investigación en la situación en Georgia, y la consideración preliminar por la Fiscalía de la CPI de la situación en Crimea como una situación de ocupación generadora de un conflicto armado internacional entre Rusia y Ucrania.

A esto es necesario unir otra serie de circunstancias que tampoco parecen ser favorables a la CPI en el medio plazo, incluyendo: (i) la ausencia de un apoyo decidido de EEUU, quien ha sido el principal motor de todos y cada uno de los tribunales internacionales penales (TMI, TMILO, TIPY y TIPR), y de seis de los siete tribunales híbridos (Salas Especiales de Crímenes Graves de Timor Oriental, Salas de la Regla 64 de Kosovo, CESL, SETC, TEL y TEK) creados hasta la fecha; (ii) la desvinculación de la CPI de China, India, Israel, Corea del Norte, Pakistán y Rusia (seis de las nueve potencias nucleares existentes junto con EEUU, Reino Unido y Francia); (iii) el creciente posicionamiento de China en la economía global y el resurgimiento político-militar de Rusia a raíz de los conflictos en Ucrania del Este y Siria; (iv) la pérdida de posicionamiento geoestratégico global de la Unión Europea (a la que pertenecen, además del Estado sede, los principales contribuyentes al presupuesto de la CPI al margen de Japón) como consecuencia de la crisis económica sufrida desde 2008 y la crisis política manifestada en la previsible salida del Reino Unido de la Unión; y (v) el creciente escepticismo en algunos países de América Latina hacia la CPI, como lo muestran los casos de Colombia, México y Venezuela.

En este contexto en el que los mecanismos directos e indirectos de aplicación del DIP se están viendo paulatinamente limitados, y ante la ausencia de criterios por parte de los mismos para determinar qué delitos y qué tipo de presuntos responsables han de ser objeto, de manera prioritaria, de sus investigaciones y enjuiciamientos, una buena parte de la doctrina (Ambos, 2013a; Cryer, 2005: 191; Damarska, 2008: 329-331; Drumbl, 2005: 173; Duff, 2008: 85-100; Stahn, 2012: 251; Eiroa, 2009) opta, como veremos en mayor detalle en el capítulo IV, por situar como fin central del DIP la prevención general positiva,



consistente en la transmisión del mensaje de que no se tolerará la impunidad de los máximos responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, lo que, en su opinión, se ve reflejado en particular en el énfasis que los documentos de política criminal de la Fiscalía de la CPI (2003; 2006; 2007; 2010; 2013a; 2016a; 2016b), las resoluciones 1503 (2003) y 1534 (2004) del CSNU con respecto a las actuaciones del TIPY y el TIPR y los arts. 1 de los estatutos de la CESL y las SETC, han puesto en la investigación, enjuiciamiento y sanción penal de aquel grupo de dirigentes que conforman la categoría de los "máximos responsables".

Sin embargo, esta aproximación no resulta ni mucho menos pacífica, como lo manifiestan autores como Zolo (2007), Margalit (2010) (Peskin, 2008: 170-186) y Vilmer (2011) al mostrar su más profunda preocupación con respecto a la misma, dada la vulnerabilidad de los tribunales internacionales penales y tribunales híbridos a la instrumentalización política por los Estados más influyentes de la sociedad internacional.

En este sentido, conviene tener presente que, como hemos visto, EEUU, junto con alguno de sus aliados más cercanos como Francia y Reino Unido, han sido la fuerza motriz tras el establecimiento del TIM y del TIMFE al final de la Segunda Guerra Mundial, como también lo han sido en la creación del TIPY, el TIPR y de la gran mayoría de los tribunales híbridos creados desde el año 2000 (Salas Especiales para Crímenes Serios en Timor Oriental, Salas de la Norma 64 en Kosovo, CESL, SETC, TEL y TEK). Esto unido al carácter unidireccional de las actuaciones del TIM y del TIMLO, y a las percepciones de utilitarismo político, pragmatismo y/o arbitrariedad que, como hemos mencionado, ha venido, en buena medida, creando la aplicación del DIP desde 1990, sustentan las reticencias expresadas por Zolo (2007), máxime cuando el periodo 1990-2010 se ha caracterizado por una primacía político-militar de EEUU y sus aliados de la OTAN (cuyo alcance sin embargo es matizado por Howsbaum, 1992: 568).

A ello hay que añadir la dependencia endémica que los tribunales internacionales penales y los tribunales híbridos parecen tener de la cooperación de los Estados para poder desarrollar sus funciones, lo que ha sido detalladamente expuesto por Peskin, (2008: 170-186), así

como por Margalit (2010) y Vilmer (2011) con base en la información aportada por la ex Fiscal del TIPY y del TIPR, Carla del Ponte (2008).

La CPI no acaba, sin embargo, de encajar completamente en la visión de la justicia internacional penal presentada por estos autores, dada la hostilidad inicial de EEUU hacia la misma, que, a pesar de haberse atenuado, no se ha llegado nunca a convertir en un apoyo decidido. Esto ayuda, sin duda, a explicar las difíciles condiciones en las que la CPI ha operado desde el inicio de sus actuaciones en 2002.

Así mismo, estos autores no parecen tener tampoco en cuenta que, como hemos visto, el alto riesgo de instrumentalización política de las actuaciones penales contra los máximos responsables por crímenes de *ius cogens*, existe también en el ámbito de las jurisdicciones nacionales, como lo muestran el carácter unidireccional de la gran mayoría de procesos penales por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra desarrollados entre 1945 y 1989 (no se conocen actuaciones penales por delitos cometidos por quienes actuaron por cuenta de las Potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial), o de las actuaciones penales llevadas a cabo en algunas jurisdicciones nacionales a partir de 1990 como hemos visto ha sucedido en el caso de Ruanda (Haskell & Waldorf, 2011:50) (Clark, 2014: 187). Por lo tanto, los riesgos de instrumentalización política apuntados por Zolo, Margalit y Vilmer con respecto a los tribunales internacionales penales y a los tribunales híbridos, no son sólo un problema exclusivo de los mismos, sino que se extiende también a las jurisdicciones nacionales.

Para concluir estas reflexiones es necesario hacer referencia a las críticas realizadas desde el ámbito de la JT contra la adopción de la prevención general positiva como fin principal de un DIP centrado en afirmar que no se tolerará la impunidad de los máximos responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Si bien en los capítulos 5 a 7 las desarrollaremos con más detalle, es necesario apuntar desde este momento como autores como Branch (2011: 122-134), Guembe & Olea (2006) e incluso el propio primer Fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo (2005), subrayan, con base en los procesos de paz desarrollados en los últimos años en Colombia y Uganda, las dificultades para concluir con éxito las negociaciones de

paz entre actores armados que no han sido derrotados militarmente, si lo que espera a sus dirigentes es su enjuiciamiento y castigo penal por los crímenes de *ius cogens* que han cometido a través de sus subordinados.

Dicho en otras palabras, para estos autores, el fin principal del DIP no puede ser la prevención general positiva dirigida hacia los máximos responsables, puesto que la persecución penal de estos últimos sólo podría ser llevada a cabo sin perjudicar los procesos de paz, cuando éstos procesos no son ya necesarios porque alguna de las partes en conflicto ha sido vencida militarmente, tal y como ocurrió durante la Segunda Guerra Mundial. Por lo tanto, sin el triunfo de las armas no cabría la aplicación del DIP a los máximos responsables, y siempre circunscrita a los pertenecientes a la parte derrotada.

Además, esta situación no se limitaría a los casos de conflicto armado, sino que sería igualmente aplicable a todas aquellas situaciones en que desde el poder político se cometen crímenes de *ius cogens*, puesto que toda salida negociada del poder se vería truncada ante la posibilidad de verse sometido a la aplicación del DIP. En consecuencia, solamente la previa derrota militar y/o política permitiría dicha aplicación, con independencia de que esta se realizase por tribunales nacionales, internacionales o híbridos.

Pero ¿no significaría esto que la declaración y ejecución de la responsabilidad de los máximos responsables por crímenes de *ius cogens* es solamente consecuencia de haber sido derrotados en las confrontaciones militares y/o políticas de las que han sido parte? Además, ¿no supondría que en última instancia la aplicación del DIP a dichos dirigentes sería llevada a cabo por tribunales nacionales, internacionales o híbridos cuya fuerza motriz estaría constituida por los adversarios que los han previamente derrotado?

Estas preguntas han de ser sin duda objeto de profunda reflexión en la actual encrucijada en la que se encuentra un DIP que –además de comenzar a vislumbrar en el periodo 1990-2010 las primeras instancias a nivel nacional e internacional de su aplicación a quienes han actuado por cuenta de Estados o grupos armados que han vencido en las confrontaciones militares y/o políticas en las que han participado– se resiste a renunciar, a pesar de las graves limitaciones a su aplicación práctica manifestadas durante ese mismo periodo, a su premisa

fundacional consistente en que quienes desde los resortes del poder recurren a una guerra de agresión contra terceros Estados, y utilizan la fuerza armada contra su propia población, no solo pierden la legitimidad ética y moral necesaria para seguir dirigiendo sus respectivas sociedades, sino que, debido al daño que han causado a la sociedad internacional, incurren jurídicamente frente a ella en responsabilidad internacional individual de carácter penal. La decidida apuesta que autores como Ambos (2013a), Cryer (2005: 191), Damarska (2008: 329-331), Drumbl (2005: 173), Duff (2008: 85-100), Stahn (2012: 251) e Eiroa (2009) realizan por la prevención general positiva hacia los máximos responsables como fin central del DIP son la mejor muestra de esta resistencia.