

PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL
ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.
INCOHERENCIAS SISTÉMICAS

Zlata Drnas de Clément*

El párrafo décimo y el artículo 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), de 17 de julio de 1998, establecen el carácter complementario de la Corte (CPI) en su relación con las jurisdicciones penales internas de los Estados Partes¹.

*- Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Córdoba y de Teoría de las Relaciones Internacionales en la Universidad Católica de Córdoba. Miembro Titular de la AADI.

¹ El Décimo párrafo del Preámbulo del ECPI expresa: "(...) la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales". Por su parte, el Art. 1 establece: "Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ("la Corte"). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (...)". En otro orden de cosas, hacemos presente que hacemos referencia en este párrafo a Estados Partes y no a Estados Contratantes, a pesar de no hallarse aún en vigor el ECPI (56 instrumentos de ratificación depositados al 23 de marzo de 2002, frente a los 60 instrumentos de ratificación requeridos por el Estatuto para su entrada en vigor, de conformidad al Art. 126), debido a que la "complementariedad" de la Corte en relación a las jurisdicciones penales internas recién será efectiva con la entrada en vigor del ECPI.

Consideramos que tal complementariedad no resulta coherente con la naturaleza del derecho penal internacional (I), ni con la percepción jurídico-socio-histórica de los más graves crímenes de derecho internacional que son de la competencia de la Corte (II).

I- NATURALEZA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

a) Naturaleza en relación al tipo de responsabilidad

Los publicistas, mayoritariamente, señalan que, a diferencia de la "responsabilidad internacional" del derecho internacional clásico que tiene como sujeto pasivo al Estado en tanto que persona de derecho internacional, el sujeto pasivo de la "responsabilidad penal internacional" es el individuo. Ocasionalmente, y "de lege ferenda", se ha sostenido la idea de que el Estado, en tanto que persona jurídica internacional debería también ser sujeto de responsabilidad penal internacional². Al respecto sostenemos que, en el estadio actual de desarrollo del Derecho internacional, el Estado es sujeto de responsabilidad penal internacional ya que ambos tipos de responsabilidad forman un complejo unitario en el que la sanción penal internacional es sólo una de las modalidades de castigo al Estado: sanción en la persona de sus individuos.

Si bien el ejercicio de la jurisdicción penal internacional es de surgimiento reciente, también lo es la percepción, a nivel de la comunidad internacional en su conjunto, de la necesidad de sancionar los crímenes internacionales (atribuibles al Estado) de modo particular, agregando a la responsabilidad de la persona ideal la de los individuos a quienes se imputa la realización material de esos crímenes (dirigentes, organizadores, instigadores, cómplices...). Constituye esto una doble sanción al Estado en tanto, a más de responder internacionalmente por los actos de Estado, éste

² MUNICH, F.- "State Responsibility in International Criminal Law" en la obra colectiva de BASSIOUNI, Ch. y NANDA, V. P. (comp. y ed.)- A Treatise on International Criminal Law, Springfield, Illinois, 1973, p. 149 y ssgtes. MALEKIAN, F.- International Criminal Law, Upsala, 1991, pp 31-40. (Cf. RAMA MONTALDO, M.- "Acerca de Algunos Conceptos Básicos Relativos al Derecho Penal Internacional y a una Jurisdicción Penal Internacional", p. 865).

ve sustraído a uno de sus miembros (nacional o no nacional³) a su jurisdicción. Si el Estado ha adoptado todas las medidas a su alcance para impedir o sancionar efectivamente las graves violaciones a normas internacionales que se hayan producido en el territorio bajo su jurisdicción, la responsabilidad internacional ni del Estado, ni del individuo habrán de entrar en juego.

Percibiendo esta dimensión integradora, pero no distinguiéndola es que, tanto el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53º Período de Sesiones (2001)⁴, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluyen este esquema de relación en su estructura.

Así, el primero, en su Art. 26, establece en relación al cumplimiento de normas imperativas que:

“Ninguna disposición (...) excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general”.

A ello agrega el Art. 58 que:

“Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre del Estado”⁵.

El ECPI, por su parte, en el Art. 25 (4) dispone que:

“Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme el derecho internacional”⁶.

³ Tal el caso de un extranjero que haya cometido crímenes de derecho internacional en el territorio de un Estado.

⁴ Informe de la CDI, 53º Período de Sesiones (2001). Asamblea General de Naciones Unidas. Doc. Of. 56º Período de Sesiones. Supl. Nº 10 (A/56/10).

⁵ El resaltado nos pertenece.

⁶ El resaltado nos pertenece.

Asimismo, es de tener presente que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su Art. 7 expresa:

"1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional (...).

2. El presente artículo no impedirá el juicio o el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas"⁷.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 15, establece:

"1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional (...).

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional"⁸.

Bien conocemos que el objeto del sistema de protección internacional de los derechos humanos frente a violaciones que pueden atribuirse a los Estados, no es el de imponer penas a las personas culpables de las violaciones sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados reponsables⁹.

En los textos de los documentos citados precedentemente encontramos que los tres "tipos de responsabilidad" han sido tenidos en considera-

⁷ El resaltado nos pertenece.

⁸ El resaltado nos pertenece.

⁹ Pár. 134 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 29 de julio de 1988, en el Caso Velásquez Rodríguez (Comisión Interamericana de Derechos Humanos vs. Estado de Honduras).

ción en los tres complejos normativos relativos a responsabilidad internacional: responsabilidad internacional interestatal tradicional, responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos, responsabilidad penal internacional por violaciones graves al derecho internacional humanitario. Todos esos tipos, nacen de obligaciones no cumplidas de los Estados. Poseen características diferentes de satisfacción de conformidad al tipo de daño causado y de reparación requerida, si bien constituyen un sistema complejo unitario. Así, el crimen internacional genera consecuencias jurídicas distintas a la de los delitos. Estos últimos exigen al Estado cumplir con la obligación violada, hacer cesar la violación, ofrecer garantías y seguridades de no repetición, reparación, ya sea restituyendo, indemnizando, dando satisfacción. Los crímenes dada su gravedad y la escisión entre el Estado violador y la sociedad internacional que importan, generan la necesidad de castigar internacionalmente a las personas físicas que fueron el instrumento material de la acción. Dado que las violaciones de competencia de la Corte lesionan a la comunidad internacional en su conjunto y a que las condiciones que acompañan a ese tipo de crímenes implican su comisión en el marco de los actos de Estado, ese castigo sólo puede ser efectivo si es internacional.

La distinción entre 'crímenes' y 'delitos' introducida en 1976 en la codificación del Derecho internacional por el art. 19 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados¹⁰, adoptada por la CDI en primera lectura en 1980, si bien no hace referencia a la naturaleza diferente entre esos tipos de responsabilidad, en el caso de los crímenes internacionales, la gravedad de la conducta ilícita¹¹ hace que la propia naturaleza del tipo de responsabilidad adquiera una nueva dimensión, lo que

¹⁰ Anuario de la CDI, 1976, Vol. II. Segunda Parte, Cap. III, Responsabilidad del Estado, Sección B, Art. 19.

¹¹ Art. 19 (2) del Proyecto de la CDI, aprobado en primera lectura en 1980, establece: "El hecho internacionalmente ilícito resultante de la violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación esté reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional".

ha llevado a afirmar que los crímenes internacionales, a más de la doble responsabilidad señalada (Estado e individuo) implican i.a.: *la obligación de los Estados de prohibir, prevenir, y castigar esos crímenes independientemente de las prescripciones de su derecho interno¹²; * el deber de juzgar al inculcado o bien el deber de extraditarlo a esos fines, a falta de tribunales internacionales competentes¹³; * la imposibilidad de invocar el carácter político del crimen como causa de denegación de la extradición; * la inviabilidad de invocar inmunidad alguna en razón de comisión del ilícito en ejercicio de función pública; * la imprescriptibilidad del crimen y la no aplicación del principio de irretroactividad¹⁴; * el derecho de constituir tribunales internacionales permanentes o ad hoc para su juzgamiento¹⁵.

Si bien la diferenciación terminológica entre crímenes y delitos ha desaparecido del Proyecto de Artículos de la CDI adoptado en el año 2001¹⁶, la diferenciación conceptual subsiste. Así, el Cap. III hace referencia a “violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general”, contemplando consecuencias particulares para

¹² Obligación no sólo para el Estado bajo cuya jurisdicción fueron cometidos los hechos (condición sine qua non para que la acción no se transforme en acto de Estado cuando fuere ejecutada por particulares) sino también para los otros Estados en virtud de tratarse de violaciones a normas de jus cogens. En tal sentido el Art. 41 del Proyecto de la CDI aprobado en 2001 establece que los Estados deben cooperar para poner fin a toda violación de norma imperativa de derecho internacional general, no reconociendo como lícita ninguna situación creada por una violación de norma imperativa de derecho internacional, ni prestar ayuda o asistencia para mantener esa situación. El Art. 3 del mismo proyecto dispone que la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional, no siendo tal calificación afectada por el hecho de que el acto sea considerado lícito en el derecho interno.

¹³ En el caso de los crímenes más graves, algunos publicistas entienden que los Estados deben aplicar la competencia universal aún faltándoles base convencional, atento a que son violaciones erga omnes de conformidad al derecho internacional general.

¹⁴ V. infra lo relativo a Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y al juzgamiento por Alemania de los crímenes cometidos por los “Mauerschützen”.

¹⁵ V. nuestro trabajo “Jurisdicción Internacional Penal”, en Revista de la Facultad, Nueva Serie, N° 4, Vol. 2, Año 1997, pp. 155-182.

¹⁶ V. Informe de la CDI, 53° Período de Sesiones. Asamblea General de Naciones Unidas. Op. cit.

ese tipo de ilícitos. La violación de una norma imperativa de derecho internacional general, en sí misma implica grave lesión. No obstante, el Proyecto le agrega peso al tipo de violación, haciendo referencia a "violaciones graves". Es decir, se refiere a lo más grave de lo grave. Indudablemente, se refiere a lo que el ECPI considera "crímenes más graves" atento a la pista que el Proyecto da en su Art. 40 (2): "incumplimiento flagrante y sistemático de la obligación del Estado responsable"¹⁷.

A menudo, y equívocamente, se ha criticado a algunos autores de haber confundido "la intención" de la CDI al introducir la noción de 'crimen', entre ellos a Bassiouni, por haber señalado:

"(...) presently the principal source for the proposition of state criminal responsibility for international crimes is found in the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility which established in Article 19 the criminal responsibility of States for wrongful (...)"¹⁸.

También, el referido publicista ha sido observado por haber señalado, en relación al Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad:

"(...) at first the drafters (International Law Commission) had departed from the basic premise of individual criminal responsibility on which international criminal responsibility was based since Nuremberg and Tokyo war crimes trials, recognizing State criminal responsibility but then in 1985 they abandoned that course"¹⁹.

Entendemos con Malekian que el Art. 19, al distinguir entre 'crímenes' y 'delitos' ha "construido el concepto de responsabilidad criminal internacional de los Estados"²⁰.

¹⁷ V. infra: * crímenes de competencia de la Corte y * percepción jurídico-socio-histórica de los crímenes de derecho internacional.

¹⁸ A Draft International Criminal Code and Draft State for an International Criminal Tribunal, M. Nijhoff, Dordrecht, 1987, p 50-51.

¹⁹ BASSIOUNI, Ch.- Op cit. "A Draft (...)", p. 51.

²⁰ International Criminal Law, Upsala, 1991, Vol. I, p. 25.

La CDI, en sus comentarios, reiteradamente ha tratado de evitar toda confusión entre 'crimen internacional' y 'crimen de derecho internacional'. El primero, consistente en hechos atribuibles al Estado, el segundo, en hechos imputables a los criminales (individuos-órganos del Estado involucrados en la perpetración del 'crimen internacional'). Sin embargo, algunos autores han entendido que la CDI ha utilizado las palabras 'crimen' y 'delito' sin darles una connotación penal²¹. Por nuestra parte creemos que ha usado esos términos para señalar que, en el caso de los crímenes internacionales, la gravedad de los ilícitos y la repulsa que su comisión inspira en la conciencia de la comunidad internacional, desencadena a la par de la responsabilidad tradicional estatal la responsabilidad personal de los individuos-órganos del Estado que realizaron tales actos.

Abona esta posición lo establecido en el Cap. II del Proyecto de la CDI de 2001, relativo a la atribución de un comportamiento al Estado²², el que dispone que se considerará hecho del Estado el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado, incluso cuando se haya extralimitado en su competencia o contravenido instrucciones. Expresamente, el Art. 4 (2) del Proyecto señala que "se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado". También será atribuible al Estado: * el comportamiento de una persona o entidad que sin ser órgano del Estado, está facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público y actúe en tal calidad, aun cuando se haya extralimitado en sus facultades; * el comportamiento de un órgano puesto a disposición de otro Estado, que actúe en ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra, aun cuando se haya

²¹ V. GRAEFRATH, B.- "International Crimes and Legal Consequences", en XVI Curso de Derecho Internacional, Comité Jurídico Interamericano (1989), Washington, 1991, p. 169-176, particularmente, Secc. 3.

²² Capítulo que posee escasas diferencias sustanciales con las previsiones del Proyecto de la CDI en la materia, aprobado en 1980.

extralimitado; * el comportamiento de una persona o grupo de personas, en ejercicio de atribuciones del poder público, en ausencia o defecto de la acción de autoridades oficiales, en circunstancias que justifiquen la intervención; * el comportamiento de movimientos insurreccionales o de otra índole, cuando éstos se conviertan en gobierno del nuevo Estado o nuevo gobierno del Estado. Si bien el Proyecto no hace referencia a la responsabilidad del Estado por actos de los particulares en caso de daño internacional y falta de diligencia estatal en la prevención o represión de tales actos, el Art. 11 viene a cubrir tal situación al establecer que el comportamiento que no es atribuible al Estado en virtud de las disposiciones contenidas el respecto, se considerará, no obstante, hecho de ese Estado en el caso y en la medida en que ese Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio. Al respecto, es de tener en cuenta lo dictaminado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su sentencia de 24 de mayo de 1980, en el Asunto Relativo al Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán en relación a la responsabilidad del Estado por actos de los particulares: “la política oficial iraní de permitir que se mantenga ocupada la embajada y la retención de los rehenes” “transforma en acto del Estado el comportamiento de los ‘militantes’”²³.

Los crímenes más graves hacen que el “contenido” de la responsabilidad internacional del Estado tenga características particulares (consecuencias jurídicas diferenciadas)²⁴. La mediatización del hombre, en el caso de

²³ CIJ Recueil 1980, pár. 30-45, 57-58, 74, 87.

²⁴ Es notoria la debilidad del proyecto de la CDI al no haber desarrollado en profundidad las consecuencias jurídicas especiales, diferenciadas, para la violación de las normas imperativas. Resulta feble e insatisfactorio que sólo haya hecho referencia a obligaciones tales como: * continuidad del deber de cumplir la obligación internacional (Art.29), * cesación y del ofrecimiento de seguridades y garantías de no repetición (Art. 30), * reparación del perjuicio causado (Art. 31). La reparación se halla regulada en los Arts. 34 a 39 inclusive. Las formas de reparación incluidas son: * restitución (restablecimiento a la situación anterior); * indemnización, si el daño no ha podido ser reparado por la restitución, lo que incluye el lucro cesante e intereses sobre la suma principal desde la fecha en que debió pagarse y la fecha de efectivo cumplimiento; * satisfacción en la medida que no pueda haber reparación mediante restitución o indemnización (reconocimiento de la violación, expresión de pesar, disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada). En el caso de los crímenes más gra-

los crímenes internacionales, no es admisible, llevando a la par de la responsabilidad del Estado por el crimen internacional, la responsabilidad del individuo por los crímenes de derecho internacional cometidos.

En el caso la responsabilidad penal internacional que acompaña a la internacional, nos encontramos con una manifestación de evolución del Derecho internacional, dado que el Estado ve limitados sus derechos, siendo sancionado en la persona de sus individuos, en pos de la construcción de un orden público internacional. En el caso de las normas cuya violación dé lugar a la aplicación del derecho internacional penal, el individuo se ve obligado en virtud del derecho internacional a actuar de determinado modo²⁵. No obstante, las personas físicas no son las destinatarias directas de las normas internacionales, aún cuando deban responder personalmente por sus actos criminales. Bien señala Zoller que una visión realista del derecho internacional universal en la actualidad presenta un alto grado de ficción en la insistencia sobre el lugar común que considera al individuo como persona internacional, ya que el individuo puede ser responsable de crímenes de derecho internacional sin poseer personalidad jurídica internacional²⁶.

Los tres tipos de responsabilidad responden a un solo complejo coherente, en el que las consecuencias de los hechos ilícitos adquieren modalidades diferentes, por lo que, también, han dado lugar al desarrollo de distintos sistemas procesales²⁷. Ninguno de esos tres tipos de responsabilidad entra en juego a menos que se haya cometido un ilícito internacional.

ves, una de las formas de reparación es el castigo al individuo que cometió los hechos, lo que cumple función no sólo de sanción-satisfacción, sino también de garantía de no repetición, al menos no por parte de ese individuo.

²⁵ HEYDTE, von der- "L'Individue et les Tribunaux Internationales", en RCADIH, 1962-III, Vol. 107, p. 346.

²⁶ ZOLLER, E.- "The Status of Individuals under International Law", en GUINSBURGS, G. y KUDRAVTSEV, V. N. (edit.)- The Nuremberg Trial and International Law, M. Nijhoff, Dordrecht, 1990, p. 102.

²⁷ Estos tres tipos son fácilmente observables en el caso de las responsabilidades de la Yugoslavia por crímenes internacionales. Así, ante la CIJ se diligencia el proceso de Bosnia-Herzegovina contra Yugoslavia (Serbia-Montenegro) por violaciones a la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio; ante el TPIY se ventilan los crímenes de derecho inter-

b) Naturaleza en relación al tipo de norma violada

La competencia de la CPI ha sido limitada a los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”: crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra²⁸ y de agresión²⁸.

Tal como lo resaltáramos en el punto anterior, los crímenes internacionales se caracterizan por su gravedad especial y por la particular repulsa que su comisión inspira en la conciencia de la comunidad internacional organizada, lo que lleva a responsabilizar penalmente a quienes personalmente han contribuido a su comisión (crimen de derecho internacional).

Así el Preámbulo del ECPI expresa en los Párrafos

4. “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo (...)”.

5: “Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.

9 “Decididos (...) en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional (...) que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”²⁹.

nacional imputados a los individuos; ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) y el Comité de Derechos Humanos de NU (Cte.DH) se ha reclamado por violaciones a los derechos humanos (Tal el caso, i.a.de CEDH, File 41399/98 y Cte.DH, Communication N° 744/1997).

²⁸ Art. 4 del ECPI. Es de observar que resulta débil la referencia a los crímenes más graves como “de trascendencia” para la comunidad internacional en su conjunto, ya que se trata de violaciones a normas de jus cogens, que socavan los cimientos mismos de la sociedad internacional. En consecuencia, no sólo son de mera “trascendencia”, importan, generalizados un daño a la subsistencia misma de la comunidad internacional.

²⁹ Tal como se señalara precedentemente, los Arts. 1 y 5 del ECPI reiteran la naturaleza “grave” de los crímenes de competencia de la Corte. No obstante, de modo poco consecuente con esa condición, el Estatuto al tipificar los crímenes de guerra contempla acciones que por sí solas no responden a la gravedad requerida ni a la percepción jurídico-socio-histórica de los crímenes internacionales y crímenes de derecho internacional. Tal el caso de los

La inclusión del crimen de agresión entre las figuras penales de competencia de la Corte, sin duda, responde al contexto de guerra en el que históricamente se construyó el sistema de responsabilidad penal internacional. No obstante, tiene una textura diferente a la de los otros tipos de crímenes ya que, tanto el genocidio como los crímenes de lesa humanidad y de guerra implican daño a personas físicas, en tanto la agresión, en sí, es un ataque a una persona jurídica que, si bien, generalmente, deriva en violaciones a las personas humanas no conlleva necesaria e independientemente ese tipo de daño. Si bien, los Estados, mayoritariamente, al igual que las organizaciones no gubernamentales, durante la Conferencia de Roma han apoyado la inclusión de la agresión como crimen, la percepción de diferencias entre la agresión y los otros crímenes de competencia de la Corte ha conducido a que el ECPI prevea el aplazamiento de la jurisdicción de la Corte en la materia hasta que se llegue a un acuerdo en una Conferencia de Revisión del Estatuto por los Estados Partes sobre la definición, elementos y condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte en materia de crimen de agresión³⁰. Además, la diferencia sustancial del crimen de agresión en relación a los otros crímenes ha colocado a la Corte en relación de subordinación al Consejo de Seguridad a la hora de determinar si se ha producido un acto de agresión. Atento a lo dispuesto en el Art. 103 de la Carta de NU (CNU) resulta inadecuada (por sobreentendida y sobreabundante) la frase incorporada en el Art. 5 (2) in fine del ECPI: “Esa disposición [las condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión] será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”.

siguientes artículos e incisos del ECPI: Art. 7 (e) “Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; Art. 7 (h) “Persecución de un grupo o colectividad (...) en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo (...)”, Art.8: “IV) destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; V) obligar a un prisionero de guerra u a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga; VI) privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; VII) someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales”, etc.

³⁰ Arts. 5. (2), 121, 123 del ECPI.

La remisión de una situación al Consejo de Seguridad, es razonable aunque innecesaria en virtud de lo establecido en la propia Carta de Naciones Unidas, ya que se basa en la competencia que le otorga el capítulo VII, que es obligatoria y legalmente ejecutable en todos los Estados. Cuando es el Consejo de Seguridad el que, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Cap. VII de la Carta, remite al Fiscal una situación en que parece que se ha cometido un crimen de la competencia de la Corte, la jurisdicción se torna obligatoria aún cuando ni el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen ni el Estado cuya nacionalidad posee el acusado sean partes en el Estatuto. Ello en virtud de lo dispuesto en la Carta de Naciones Unidas y no en base a la fuerza normativa del Estatuto. En estos casos, la Corte Penal Internacional ayuda al Consejo de Seguridad a mantener la paz mediante la investigación y el enjuiciamiento. Esta jurisdicción, que resulta de una remisión del Consejo de Seguridad, resalta la función de la Corte en la ejecución de las normas del derecho penal internacional. Es de observar que los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra, aún cuando diferentes al crimen de agresión, en la mayoría de los casos lo presuponen³¹.

Sur ha observado, por un lado, la internacionalización del Derecho penal al abarcar las graves violaciones al Derecho internacional humanitario³² y, por otra parte, ha remarcado el objeto del Derecho penal: sustituir la

³¹ Ya se trate de agresión a un Estado o a un pueblo o grupo étnico.

³² Expresamente, el autor ha señalado que la CPI no se ocupa de las violaciones a los derechos humanos. Esta distinción no pretende separar ambos tipos de responsabilidad (violación del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos), aún cuando procesalmente esta diferenciación resulta útil para señalar las consecuencias diferentes y los procedimientos particulares aplicables en el caso de los más graves crímenes internacionales. La visualización unitaria de la responsabilidad internacional tradicional, la responsabilidad penal internacional y la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos, permite captar la compleja estructura de reparación adoptada por el ECPI en sus Arts. 75 y 77. El Art. 75 regula los principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación de las víctimas o sus causahabientes a cargo del condenado, en tanto el Art. 77 enuncia las penas a aplicar al condenado (reclusión, multa, decomiso). V. SUR, S.- "Le Droit International Pénal entre l'État et la Société Internationale", en *Actualité et Droit International (ADI)*. Informe presentado en el Coloquio sobre "Internacionalización del Derecho Penal", Universidad de Ginebra, 16 y 17 de marzo de 1999, p. 2.

venganza privada, la aplicación de la ley del talión, el contagio del desorden y las violaciones de derecho por una justicia independiente, objetiva, imparcial³³ ³⁴. La aplicación de un sistema de castigo por los mismos afectados, a falta de acción efectiva de contención y sanción por parte del Estado o a nivel internacional, llevaría a la expansión al infinito de los más graves crímenes, destruyendo las bases mismas de la comunidad internacional.

Tal como lo señalara Condorelli, el ECPI importa un condicionamiento sin precedentes a la soberanía de los Estados, representando el único instrumento convencional con vocación general en materia de Derecho Internacional Humanitario, que prevé un mecanismo jurisdiccional destinado a desembocar en decisiones obligatorias de castigo a quienes cometan crímenes de derecho internacional³⁵. Si bien se trata de derecho material preexistente, importa una relevante codificación y desarrollo de un complejo normativo particular que hasta el Estatuto se ha mantenido disperso en diversos instrumentos de distintas épocas, predominantemente manifestados a través de la costumbre con contornos a menudo inciertos y controvertidos³⁶.

Antes de la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el derecho consuetudinario no establecía directa y expresamente la responsabilidad criminal de los individuos por violaciones al derecho de guerra, aún cuando tal tipo de incriminación ya fue contemplado con anterioridad³⁷.

Es de tener presente que los crímenes de competencia de la Corte forman parte del bloque duro de normas imperativas no negociables del Dere-

³³ Ibidem.

³⁴ Una Corte permanente de la naturaleza de la contemplada en el ECPI permitirá romper las bases de la reiterada crítica que recibieron los tribunales penales ad hoc conocidos hasta ahora, consistente en considerar a tales sistemas de sanción como "justicia de los vencedores".

³⁵ CONDORELLI, L.- "La Cour Pénale Internationale: Un Pas de Géant (pourvu qu' il soit accompli...)", en RGDIP, 1999-1, p. 8.

³⁶ Ibidem, p. 9.

³⁷ V. infra incidencia del tipo de responsabilidad y de crímenes sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno de los Estados.

cho internacional, de los “principios intransgredibles del Derecho internacional consuetudinario”, al decir de la Corte Internacional de Justicia³⁸. Por tratarse de ese tipo de normas es que, adecuadamente, el ECPI, haciéndose eco de las posturas más firmes de los Estados negociadores (i.a. Alemania), no supeditó la jurisdicción de la Corte al arbitrio de los Estados Partes³⁹, ni a la decisión del Consejo de Seguridad⁴⁰ y otorgó al Fiscal la capacidad de iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte. Y, si bien, cuando estime que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, deberá presentar a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para investigar, junto con la documentación justificatoria, tiene facultades, en caso de rechazo, para presentar ulteriormente otra petición a la Sala basada en nuevos hechos o pruebas relacionados a la misma situación⁴¹.

La gravedad de los crímenes, ha llevado a que los Estados que no son partes en los convenios que recogen normas de Derecho Internacional Humanitario, en particular las relativas a crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, se hallen vinculados a esas normas en virtud de una obligación consuetudinaria^{42 43}.

³⁸ V. Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, en el Asunto Relativo a la Licitud del Recurso a la Amenaza o Uso de Armas Nucleares. CIJ, Recueil 1996, p. 79.

³⁹ Es de tener presente que en las negociaciones se consideró la posibilidad de “un régimen de aceptación estatal para cada procedimiento individual” y el modelo “opt in/opt out”, el que hubiese equivalido a una jurisdicción “a la carta”.

⁴⁰ El texto adoptado por el ECPI respaldó la propuesta de compromiso de Singapur, en el sentido de que el Consejo de Seguridad únicamente pueda bloquear un procedimiento una vez que haya adoptado una resolución conjunta, con el voto de nueve Miembros, incluidos los votos de los cinco Miembros Permanentes. La Conferencia rechazó la posición según la cual el Consejo de Seguridad podía bloquear la persecución penal por el mero hecho de estar “ocupándose” de “situaciones determinadas”. Así, el Art. 16, requiere para la suspensión de la investigación o el enjuiciamiento una “resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”.

⁴¹ V. Art. 15. Además es de tener en cuenta que, de conformidad al Art. 42, la Fiscalía actúa en forma independiente, como órgano separado de la Corte.

⁴² PÉREZ GONZÁLEZ, M.- “Las Relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”, en Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, Vol. 1, 1997, edit. Aranzadi, p. 331.

Incluso los Estados que han sido reacios a aceptar la idea de la existencia de normas de *jus cogens*, en diferentes oportunidades, han reclamado para este tipo de violaciones tal carácter. Tal el caso de la posición de los Estados al adoptarse la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas (AG NU) de 11 de diciembre de 1946, la que surgiera a propuesta del propio Presidente de los EE.UU., H. Truman. La referida resolución señala que los “principios de Nuremberg” constituyen normas de derecho internacional general⁴⁴. En 1947, la AG NU, receptando el informe del Secretario General de la organización, Trygve Lie, reiteró la declaración relativa a la condición de los “principios de Nuremberg” como parte del derecho internacional general. Además, es de tener presente la posición de los EE.UU. en el Asunto Relativo a las Acciones Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, al invocar el carácter de norma consuetudinaria general para el derecho natural a la legítima defensa⁴⁵.

Acorde con la visualización de los crímenes de la competencia de la Corte como violaciones a normas de *jus cogens*, es que el ECPI, en su Art. 120 ha dispuesto la no admisión de reservas bajo ningún concepto, no pudiendo invocarse razones de orden público ni de seguridad nacional en la perpetración o tolerancia de tales actos. Además, dado que tales actos lesionan la conciencia de la humanidad, cualquiera sea la circunstancia en la

⁴³ La gravedad de los crímenes de la jurisdicción de la Corte torna objetable algunas de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal contempladas en el Art. 31. Tal el caso del inc. b) relativo al estado de intoxicación, ya que la exigencia para la imputabilidad de que la acción haya sido “a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera”, resulta excesiva y difícilmente probable. También resulta criticable el Art. 32 al considerar que en violaciones como las que son de competencia de la Corte quepa considerar la posibilidad de un error de hecho que haga desaparecer el elemento de intencionalidad criminal.

⁴⁴ Los “principios de Nuremberg” están conformados por los principios de Derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de Londres, 8 de agosto de 1945 (Arts. 6 a 8 del documento) y los contenidos en la sentencia del Tribunal de 1 de octubre de 1946. No se consideran manifestación de derecho consuetudinario los principios contenidos en las sentencias de los doce procesos seguidos entre el 18 de octubre de 1946 y el 17 de febrero de 1947, también en Nuremberg.

⁴⁵ CIJ Recueil 1986, pág. 183-225.

que se produzcan, es que el Estatuto, en el caso de los crímenes de guerra, no lo limitó a los conflictos armados internacionales, sino que los extendió a los conflictos armados internos⁴⁶.

El hecho de que en julio de 1988, en Roma, 160 países trataran el establecimiento de una Corte Penal Internacional permanente para juzgar a los individuos responsables de lo que han considerado como "los más graves crímenes" que afectan al mundo, ha llevado a afirmar a muchos de los delegados que la adopción del acuerdo tenía tanta importancia como la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, como también, al Secretario General de las NU, Kofi Annan, que el Estatuto era un "paso gigantesco a favor de los derechos universales del hombre y del imperio de la ley"⁴⁷.

En el caso de los crímenes que son de competencia de la CPI (los más graves tal como expresa el Art. 5 del Estatuto), en todos los casos existirá la doble responsabilidad del Estado ya que ninguno de los crímenes de competencia de la Corte, de conformidad a sus elementos, puede trascender al plano internacional sin que haya mediado acto de Estado, dadas las características de esas violaciones. Así, la figura del "genocidio" requiere que los actos se perpetren con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, lo que implica uso de fuerza y continuidad de acción en el tiempo, situación impensable si ha habido contención por parte del Estado, aún cuando la acción genocida hubiese sido llevada adelante por particulares. Los "crímenes de lesa humanidad" requieren que los actos se cometan como "parte de un ataque generalizado o

⁴⁶ V. Art. 8 inc. c), d), e). No empece esta observación el hecho de que el inc. f) del mismo artículo disponga que "no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas", ya que, en circunstancias de esa naturaleza, difícilmente podrían producirse las violaciones graves que configuran el tipo de delito, salvedad hecha de las observaciones formuladas en relación a la debilidad de ciertos enunciados de los elementos del crimen en los Art. 7 y 8. (V. Nota 29).

⁴⁷ El Estatuto fue adoptado por 120 votos a favor, 7 en contra (EE.UU., India, Israel, Bahrein, Qatar, China y Vietnam) y 21 abstenciones. Posteriormente, Bahrein, EE.UU. e Israel han suscripto el Estatuto (11 de diciembre de 2000, 31 de diciembre de 2000 y 31 de diciembre de 2000, respectivamente).

sistemático”⁴⁸, en tanto, los “crímenes de guerra” requieren para su configuración que los actos se cometan como “parte de un plan o política”, “a gran escala”, lo que lleva a situación equivalente a la de genocidio en lo que hace a la condición de acto de Estado y, con ello, base de la doble responsabilidad: la del Estado como persona jurídica por el acto de Estado (crimen internacional) y la personal del individuo brazo ejecutor del crimen de derecho internacional.

Precisamente, como lo hemos desarrollado y tal como lo observara Sperduti, dos características principales distinguen los crímenes internacionales de otras acciones humanas que causan perjuicio a bienes e intereses internacionalmente protegidos: “a) la gravedad del perjuicio (...) que toca a la sociedad internacional en su conjunto; b) las características excepcionales de medidas de represión que autoriza el derecho internacional contra los individuos culpables, medidas que derogan las limitaciones que el derecho internacional impone de ordinario a la autoridad de los Estados para salvaguardar a la persona humana y más especialmente para salvaguardar a los extranjeros y las personas que poseen calidad de órganos del Estado”⁴⁹.

c) Incidencia del tipo de responsabilidad y de crímenes sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno de los Estados

La incorporación del principio de complementariedad de la jurisdicción penal internacional frente a las jurisdicciones nacionales ha sido una

⁴⁸ Este crimen fue instrumentado por primera vez, bajo esa denominación, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945 (Tribunal de Nuremberg), como sometido a situaciones de guerra. La figura penal ha evolucionado y ha sido receptada en el ECPI fuera del entorno bélico, pero no fuera del contexto del crimen de Estado, dado el grado de organización que requiere la política criminal para conformar un ataque generalizado o sistemático. Es de tener presente que esta figura delictiva se corresponde con la que en las definiciones del Tratado de Versalles fue designada como “ofensas a la moralidad internacional”. (V. JUROVICS, Y.- *Réflexions sur la Spécificité du Crimen contre l’ Humanité*, Librerie Générale Droit et Jurisprudence, París, 2002; ZAKR, N.- “Approche Analytique du Crime contre l’ Humanité en Droit International,” en RGDIP, Tomo 105, 2001-3).

⁴⁹ SPERDUTI, G.- “L’ Individu et le Droit International”, en RCADIH, 1956-II, N° 90, p..772.

consecuencia de circunstancias políticas existentes en el seno de la CDI y de la Conferencia diplomática de Roma. A pesar de resultar incoherente con el tipo de responsabilidad internacional penal e implicar una reducción de las facultades de la Corte⁵⁰, ha permitido que el Estatuto fuera aprobado por una gran mayoría de Estados⁵¹. No obstante, tal como lo observáramos en los puntos desarrollados precedentemente, atento a que los graves crímenes de competencia de la Corte sólo son pensables en el marco de un acto de Estado y a que, cuando entra en juego la responsabilidad internacional por la comisión de esas violaciones, sólo cabe la sanción internacional⁵², es que consideramos que la proclamada "complementariedad" es una incoherencia en la visualización del sistema

La condición de violación a normas de jus cogens que revisten los crímenes de competencia de la Corte, también hace que resulte improcedente la aplicación del principio *nullum crimen nulla pena sine lege*, tal como han sido enunciado en los Arts. 22 a 24 del ECPI, en tanto ningún sujeto podrá argüir que desconocía que el genocidio o las conductas configurativas de los crímenes de lesa humanidad o crimen de guerra constituían violaciones graves a normas no negociables del derecho internacional. Además, es de observar que estos principios no condicen con el principio de imprescriptibilidad enunciado en el Art. 29 del Estatuto. Si los "crímenes más graves" violan normas consuetudinarias de carácter general, ajenas a la idea de contractualidad, consensualidad, imprescriptibles, resulta impensable la no retroactividad. Bien ha expresado S. Sur. "Au pasaje, car on va y revenir, peut se demander si cette non rétroactivité est dans son esprit bien cohérente a le caractère imprescriptible des crimes visés"⁵³.

Es correcto invocar, en general, para la aplicación del principio *nullum crimen nulla pena sine lege* que la propia naturaleza de las normas obliga y

⁵⁰ POLITI, M.- "Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: Le Point de Vue d'un Négociateur", en RGDIP, 1999-4, p. 825.

⁵¹ WECKEL, Ph.- "La Cour Pénale Internationale. Présentation General, en RGDIP, 1998-4, p. 984.

⁵² V. infra.

⁵³ SUR, S.- Op. cit. "Le Droit International Pénal (...)".

que por ello toda disposición jurídica debe ir dirigida hacia el futuro. No obstante, tal como los señala Oliver Calderón, en todo ordenamiento, incluso el penal, se admiten excepciones al principio de irretroactividad⁵⁴. El mismo autor, recuerda que sólo se puede considerar culpable una conducta, si en el momento de su ejecución el autor sabía que ella estaba prohibida, que haya conocido o podido conocer la antijuricidad de su conducta. Atento al tipo de crímenes de competencia de la Corte tal conciencia de antijuricidad se halla asegurada. Oliver Calderón y Saborit⁵⁵, además, señala que no es necesario conocer la medida exacta de pena con la que la ley amenaza y que sólo deben ser irretroactivas las leyes que tipifican nuevos delitos. Resulta útil recordar que, en los procesos penales tras la reunificación alemana por delitos cometidos en la República Democrática Alemana, se habló de la necesidad de que no queden sin sanción ciertas conductas llevadas a cabo en la RDA. Tal el caso del juzgamiento de los Mauerschützen (“tiradores del Muro”), en el que no se tomó en cuenta el principio de irretroactividad de la ley penal, señalando el Tribunal Constitucional alemán que “el principio de irretroactividad no es absoluto, sino que reconoce excepciones”⁵⁶. Más aún, Reshetov entiende que el recurso a la legislación penal nacional para el sistema de penas se hace innecesario dado que la calificación de un hecho como crimen de derecho internacional implica un cambio en los efectos temporales del derecho aplicable, de manera que en derecho internacional la reglamentación ex post facto de las sanciones no es contraria al principio de irretroactividad de las leyes. La particularidad, aclara, se explica en el hecho de que al principio de irretroactividad de las leyes se superpone el principio básico de la “inevitabilidad del castigo”, principio enunciado por CDI en su codificación de los principios reconocidos por el Estatuto y por la Sentencia del Tribunal de Nuremberg, en los siguientes términos: “Toda persona que cometa un acto que constituya de-

⁵⁴ OLIVER CALDERÓN, G.- “El Fundamento del Principio de Irretroactividad de la Ley Penal”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXI, Valparaíso, Chile, 2000, p. 95.

⁵⁵ SABORIT, F. I. Error Juris. El Conocimiento de la Antijuricidad y el Art. 14 del Código Penal, Editorial Atelier, Barcelona, 2000, p. 108 y ssgtes

⁵⁶ Ibidem, p. 209.

lito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeto a sanción”⁵⁷. Por su parte, el mismo Tribunal Militar de Nuremberg señaló: (...) in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished”⁵⁸.

Si bien, desde el inicio de los trabajos preparatorios conducentes a la adopción del ECPI, se dio un entendimiento amplio entre los delegados en el sentido de que la relación entre la Corte y las jurisdicciones nacionales no debía ser como en los tribunales ad hoc, de primacía del Tribunal⁵⁹, sino de complementariedad en relación a los jueces internos, resulta imposible hablar de responsabilidad internacional, cualquiera fuera el tipo, si el Estado ha cumplido diligentemente con sus obligaciones internacionales, aún cuando no haya podido evitar que los hechos dañosos se hayan producido. Tal el caso cuando el Estado adopta medidas para evitar que las violaciones se produzcan o bien, inmediatamente, ha procedido a la sanción de los que cometieron tales actos. En tal caso no hay “complementariedad”. Simplemente ha funcionado un sistema, no necesitando que entre en funcionamiento otro. En tal situación resulta más adecuado hablar de “subsidiariedad” que de “complementariedad”.

La Corte se concibió llamada a intervenir sólo en las cuestiones más graves en las que los sistemas de justicia penal interna resultan -según la expresión de la CDI- “inexistentes o ineficaces”⁶⁰. Numerosos Estados señalaron la conveniencia de no desresponsabilizar las jurisdicciones criminales nacionales en los crímenes previstos por el Estatuto. Poco sentido tiene tal afirmación, en tanto, la responsabilidad de los Estados, frente al

⁵⁷ Anuario de la CDI, 1950, Vol. II.

⁵⁸ Cf. RESHETOV, A.- “The Temporal Operation of Norms on Criminal Responsibility”, en *The Nuremberg Trial and International Law*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1990, p. 113-114 y p. 217.

⁵⁹ Estos Tribunales responden a otro tipo de lógica. Tienen origen unilateral y coercitivo. (SUR, S.- “Vers une Cour Pénale Internationale: La Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité”, en *RGDIP*, 1999-1, p. 42-45; SUR, S.- “Le Droit Pénal International (...)”, *Op. cit.*, p. 8-10). V. infra en relación a los Tribunales Penales Internacionales ad hoc.

⁶⁰ Rapport de la CDI, sur les travaux de sa quarante-sixième session (A/49/10), p.47.

derecho internacional, en ciertos casos (como las violaciones a normas imperativas) siempre ha existido. Por ello, resulta fuera de contexto la preocupación por el hecho de que la justicia penal interna exista o no, sea eficaz o no. El derecho interno frente a derecho internacional es un simple hecho. No hay necesidad alguna de señalar todos los hechos posibles con los que se puede configurar un ilícito internacional. Poco interesa por qué o por qué vías el Estado ha cometido la violación de una norma imperativa. Simplemente ha cometido el ilícito o lo ha hecho suyo. Esta afirmación resulta más evidentemente fundada cuando se tiene en cuenta que, en el caso de los crímenes de competencia de la Corte, el Estado no puede invocar circunstancias excluyentes de la ilicitud (consentimiento, legítima defensa, contramedidas, fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad, circunstancia de derecho interno). Bien señala el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001), en su Art. 26 que “ninguna disposición del presente Capítulo (Cap. V. Circunstancias que Excluyen la Ilicitud) excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general”. Por otra parte el Art. 3 expresa que la calificación de ilícito se rige por el derecho internacional siendo irrelevante su condición del acto en el derecho interno.

La complementariedad receptada por el ECPI, en el párrafo décimo del preámbulo y en el Art.1, se completa en el Art. 17, el que establece que:

“1) La Corte, teniendo en cuenta el décimo párrafo del Preámbulo y el Art. 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo⁶¹;

⁶¹ No parece razonable la referencia a si el Estado está o no “dispuesto” o si “puede” o no investigar o enjuiciar a los criminales, cuestiones discutibles y de difícil prueba. Basta que el Estado no lo haya juzgado para que la Corte tenga competencia. De todos modos, tal

- b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo⁶²;
 - c) La persona de que se trata haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del Art. 20 ⁶³;
 - d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte⁶⁴.
- 2) A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios

como se señalara anteriormente, de haber “hecho” el Estado lo que debía, los crímenes no se hubiesen podido perpetrar o bien, al haber adoptado todas las medidas a su alcance para prevenirlo, minimizarlo o sancionarlo, no habría desencadenado su responsabilidad internacional por ilícito.

⁶² Esta redacción también es objetable ya da la impresión que lo que debe tenerse en cuenta es la “decisión” en sí del Estado y sus “intenciones”.

⁶³ Art. 20 Cosa Juzgada. Párr. 3: “La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los Arts. 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”. No parece adecuada la referencia a “otro tribunal”, como si la Corte y los tribunales nacionales tuvieran idéntica jerarquía y función, perteneciendo a un mismo sistema jurídico. Resulta evidente que, si el Estado ha obrado conforme al derecho internacional, castigando al violador no ha de cargar con la responsabilidad por el hecho del mismo, ni se verá llamado a los estrados internacionales para ser sancionado en la persona de uno de sus individuos por un crimen de derecho internacional, por cuanto tampoco se ha configurado el “crimen internacional”. Por otra parte la referencia a una instrucción independiente, imparcial, con garantías procesales, pone en evidencia una confusión de tratamientos ya que aparecen mezclados intereses distintos y diferentes titulares.

⁶⁴ Resulta difícil pensar que en caso de los crímenes de competencia de la Corte pueda darse “un asunto” falto de gravedad suficiente.

de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el Art. 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia⁶⁵ ;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia⁶⁶.

3) A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o el hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio⁶⁷.

⁶⁵ Aparece objetable la referencia a la "intención", lo que lleva la cuestión al plano de los distintos niveles judiciales internos y a la necesidad de precisar cuando se ha definido tal intención. Por otro lado, resulta contradictorio hablar, de "demora injustificada en el juicio" y, por otro, de la falta de intención de "hacer comparecer a la persona de que se trata ante la justicia". Si hay demora en un juicio se presume que el inculpado ha sido llamado a comparecer.

⁶⁶ Idéntica observación de incompatibilidad lógica puede hacerse a esta formulación ya que, si el proceso se está sustanciando (bien o mal), se supone que el inculpado ha sido llamado a comparecer.

⁶⁷ Difícilmente la Corte esté preparada para evaluar el "colapso total o sustancial" de la administración de justicia de un Estado o la inexistencia de la misma. Por otra parte, todo el artículo resulta innecesariamente y negativamente casuístico, atento a las normas consolidadas en materia de responsabilidad internacional.

Un control de complementariedad se da en la autorización que da la Sala de Cuestiones Preliminares al Fiscal para que inicie la investigación. También se da cuando la Corte debe cerciorarse de ser competente, pudiendo ser causa de incompetencia el hecho de que el Estado que tiene jurisdicción en la causa esté investigándola o enjuiciándola o lo haya hecho antes [Art. 19 (1) (b)]⁶⁸.

La debilidad de la Corte y su incoherencia con el tipo de responsabilidad que viene a regular, se torna notoria no sólo en la declaración de "complementariedad" y en la aplicación sin particularidades especiales de los principios penales de garantía procesal, sino también en la Parte IX del ECPI, relativa a la cooperación internacional y a la asistencia judicial. Así, el Art. 87 establece que la Corte estará "facultada para formular solicitudes de cooperación a los Estados Partes" (inc. 1. a.); que "podrá "invitar a cualquier Estado que no sea Parte" a prestar asistencia (inc. 5); que "podrá solicitar a cualquier organización intergubernamental que le proporcione información o documentos" (inc.6). No obstante, si un Estado Parte, en contravención a lo dispuesto en el Estatuto se niega a dar una solicitud de cooperación formulada por la Corte, ésta sólo podrá hacer una constatación en tal sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de Estados Partes o a al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto. Todo ello sin mayores consecuencias establecidas para el incumplidor. Y, si bien, en el Art. 93 dispone que los Estados Partes "deberán" cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte en relación con las investigaciones o enjuiciamientos penales, el deja una importante puerta abierta al incumplimiento a través del inc. 4 del mismo dispositivo legal y del Art. 72 del Estatuto, referidos a los intereses de seguridad nacional del Estado. Este bloque normativo contraviene la jerarquía de intereses en juego y resulta no coherente con lo dispuesto para los crímenes internacionales en el Pro-

⁶⁸ El Art. 19 del ECPI, Impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa, dispone: "(...) 2.-Podrán impugnar la admisibilidad de la causa, por uno de los motivos mencionados en el art. 17, o impugnar la competencia de la Corte: (...) b) el Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes (...)". Es de observar la confusa redacción de la versión en español ya que no es la "causa" la investigada o enjuiciada.

yecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, en particular su Cap. V. Además, en relación a la cooperación, debe tenerse en cuenta que el Cap. IX consagra la cooperación (obligación general) pero ella debe organizarse de conformidad a los procedimientos nacionales (Art. 88), es decir que la instancia internacional estará acompañada seguramente de procedimientos y contenciosos nacionales.

Dado que el concepto de 'crimen internacional' se refiere a aquella conducta cuyo carácter penalmente ilícito no está determinado por el derecho interno del Estado sino por el propio derecho internacional, ya por norma consuetudinaria o convencional y, atento a que los crímenes de derecho internacional contemplados en el Estatuto son de ejecución imposible a menos que se hayan producido en el marco de acciones atribuibles al Estado (crimen internacional), resulta insensato pensar en la posibilidad de que el mismo Estado criminal se juzgue a sí mismo.

Dado que el derecho-deber de juzgar los crímenes de derecho internacional, nace en el instante inmediato a su ejecución, ni siquiera es dable pensar en la posibilidad de juzgamiento por el Estado a quien son atribuibles los crímenes (en la persona de sus funcionarios o personas que han actuado bajo su responsabilidad), ya que el Estado no es más que el pueblo organizado, el mismo que consintió y toleró los actos criminales. Aún cuando se admitiera que una porción importante de la ciudadanía se opuso o no colaboró con la ejecución de los hechos criminales, la porción restante que, indefectiblemente, debió haber dado apoyo al Gobierno responsable de los crímenes internacionales, sería de tal envergadura que tornaría imposible el juzgamiento y sanción de los ejecutores sin que ello significara nuevas causas de conflicto social interno y, probablemente, en su contención (acción-reacción) la comisión de nuevos crímenes.

Aún cuando el párrafo sexto del Preámbulo del ECPI – el que expresa que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”⁶⁹ - no se refiriera al Estado de co-

⁶⁹ Es de observar que debió decir “crímenes de derecho internacional”.

misión de las violaciones sino a otros Estados, que tienen el derecho-deber de ejercer la competencia universal en casos de genocidio, crimen de lesa humanidad o crímenes de guerra⁷⁰, tal modalidad procesal no es la más deseable por múltiples razones. Por un lado, genera inevitables fricciones interestatales⁷¹. Además, tratándose de los crímenes aberrantes que afectan a la sociedad internacional en su conjunto, la aplicación de un sistema como el del ejercicio de la competencia universal, que carece de supervisión internacional, llevaría a situaciones en que, el derecho interno (habilitado por el derecho internacional), diferente según los países, aplicaría condenas de distinta envergadura por similares hechos, debilitando la base de justicia que debe consolidarse a nombre de la comunidad internacional en su conjunto⁷².

En un todo coherente con la gravedad de los crímenes de competencia de la Corte y su incidencia en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, el ECPI establece que el Consejo de Seguridad puede solicitar que La Corte difiera una investigación o enjuiciamiento por un período renovable de doce meses cuando está ejerciendo los poderes de ejecución o de mantenimiento de la paz que le confiere el Capítulo VII. Esta prórroga tiene el propósito de asegurar que los esfuerzos del Consejo de Seguridad en favor de la paz no se vean afectados por la investigación o la acción

⁷⁰ No incluimos el crimen de agresión, no solo por las razones invocadas supra, sino atento a que luce imprudente e impertinente que un tercer Estado pretenda juzgar un crimen de agresión (menos aún el lesionado), como lo sugieren el párrafo sexto del Preámbulo y el Art. 1 del ECPI.

⁷¹ Recuérdese lo señalado precedentemente en el sentido de que todos los "crímenes de derecho internacional" de competencia de las Corte implican el "crimen de Estado".

⁷² Maison señala que la represión de los crímenes de derecho internacional deben ser reprimidos por un tribunal penal internacional en tanto interesan a la comunidad internacional en su conjunto y atento a las dificultades que conlleva la aplicación de la competencia universal, particularmente en lo que hace a la igualdad de derechos de los inculcados de conformidad a los sistemas jurídicos de los diferentes Estados, a la "confiscación" de la capacidad de investigación por órganos del ejecutivo, a la capacidad de ser parte en los procedimientos de la víctima o sus derechohabientes. (MAISON, R.- "Les Premières Cas d' Application des Dispositions Pénales des Conventions de Genève par les Jurisdictions Internes", en EJIL, 1995, p. 260-273).

judicial de la Corte. Tal capacidad del Consejo de Seguridad resulta adecuada si se tiene en cuenta que, incluso la Asamblea General de Naciones Unidas se ve obligada a “ceder” lugar al Consejo cuando éste se está ocupando de una cuestión de paz o seguridad internacionales⁷³.

Por otra parte, el Consejo, de modo indirecto, viene a poseer facultad de supervisión de la Corte en lo sustancial ya que, si bien, de conformidad la ECPI, los Estados Partes supervisan el trabajo de la Corte y vigilan al Presidente, al Fiscal y a la Secretaría en las cuestiones relativas a la administración de la Corte, toman decisiones en cuanto a su presupuesto, deciden sobre el cambio del número de jueces y estudian cualquier cuestión relativa a la no-cooperación, el Consejo de Seguridad puede impedir sine die, una investigación o enjuiciamiento⁷⁴. Esta condición del Consejo viene a incrementar la percepción de incompatibilidad de la idea de “complementariedad” entre el sistema penal internacional y el de los derechos internos.

Además, nuestra visualización viene a ubicar otras cuestiones un el lugar exacto de una estructura jurídica sistemática y coherente. Así, nuestra posición hace que pierda sentido la cuestión en torno a si la CPI “violará” las jurisdicciones nacionales. No será un reemplazo de las jurisdicciones nacionales. Los tribunales nacionales seguirán teniendo, como siempre, no “prioridad en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes en su jurisdicción” como suele decirse, sino obligación internacional de hacerlo. De no suceder así, surgirá su responsabilidad internacional, la que dada la naturaleza de las violaciones incluye la responsabilidad penal internacional. El que la CPI no intervenga, salvo circunstancias especiales, mientras el Estado esté juzgando al individuo que cometió el crimen de derecho internacional o cuando ya lo haya condenado no es más que una puesta en evidencia de que la diligencia debida del Estado ha actuado.

⁷³ Art. 12 de la Carta de Naciones Unidas.

⁷⁴ El Art. 16 del ECPI, si bien dispone que el pedido del Consejo es por un plazo que no puede exceder los doce meses, permite la renovación del mismo sin limitaciones.

También, esta percepción hace que resulte innecesario cuestionarse si la sumisión a la CPI de los miembros de las fuerzas nacionales o de las misiones de paz, en sí, puede causar algún tipo de violación de normas internacionales. Los Estados en cuyo territorio se hayan cometido genocidios, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, o cuyos nacionales sean víctimas de tales crímenes, tendrán el derecho y la obligación legal de investigar y enjuiciar a las personas acusadas de cometer tales crímenes⁷⁵.

En otro orden de cosas, la idea lingüística de complementariedad, implica que se está haciendo referencia a un agregado no imprescindible a la funcionalidad de un sistema o bien que se está indicando un elemento destinado a llenar sus lagunas o falencias. Es reconocido que el sistema internacional entra en funcionamiento cuando el derecho interno no ha dado satisfacción por comportamientos lesivos de derechos considerados fundamentales y necesarios o convenientes de ser resguardados desde la acción internacional. El solo hecho de que un genocidio se haya perpetrado o cualquiera de los otros crímenes de competencia de la Corte, sin más, pone en evidencia la falencia del Estado. Por ello, uno de los principios aplicables en materia de los más graves crímenes internacionales y de derecho internacional es que el individuo violador no puede escudarse tras el Estado ya que las obligaciones internacionales trascienden la obediencia que el Estado impone al individuo, como tampoco puede el Estado eximirse de responsabilidad por el hecho de que los individuos criminales hayan sido internacionalmente sancionados⁷⁶.

Además, quienes sostienen la conveniencia de la condición complementaria de la Corte olvidan que, en la práctica, la Corte, de conformidad a

⁷⁵ Téngase presente que los países que contribuyen con sus tropas en misiones de paz siguen teniendo jurisdicción penal sobre los miembros de esas misiones. En relación a la responsabilidad de los Estados por actos u omisiones en ese ejercicio, recuérdese los Arts. 26, 32, 41 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, aprobado en 2001.

⁷⁶ Si el Estado de comisión del crimen de derecho internacional hubiese actuado diligentemente, es improbable que las violaciones se hubiesen podido configurar, atento la masividad de resultado, la sistematicidad, la planificación requeridas.

sus atribuciones, se puede constituir en un ente supervigilante de las jurisdicciones nacionales y de las condiciones internas de un país al definir si un Estado de la jurisdicción ha estado o no dispuesto a llevar adelante una investigación o enjuiciamiento, si puede o no hacerlo en la realidad, si ha tenido o no independencia en los juzgamientos, etc. Incluso, la Corte podría llegar a desconocer resoluciones judiciales estatales basadas en determinado tipo de instituciones constitucionales, vg.: la amnistía.

Cabe preguntarse si la sola enunciación de la complementariedad, más allá del peso de su significación, no lleva a banalizar violaciones monstruosas de obligaciones universales, las que hallan amparo bajo el paraguas de presuntas garantías de legitimidad de carácter general, no compatibles con la gravedad de los crímenes⁷⁷.

Así como no cabe la idea de complementariedad en materia de responsabilidad internacional de los Estados por ilícitos internacionales, tampoco cabe en la internacional penal, la que constituye con la doble sanción, una manifestación de gravedad de los crímenes internacionales.

II- PERCEPCIÓN JURÍDICO-SOCIO-HISTÓRICA DE LOS MÁS GRAVES CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL QUE SON DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

Si bien el proceso de construcción del Derecho Penal Internacional con sus características actuales se inicia al término de la Segunda Guerra Mundial, la idea de que ciertas conductas, que afectan a la comunidad internacional, a la conciencia colectiva, deben ser penadas internacionalmente, tiene raíces mucho más antiguas. En todos los casos, la percepción de las violaciones punibles se ha focalizado en los "más graves crímenes".

Schiffrin recuerda expresiones de Hugo Grocio, anticipatorias de la idea de jurisdicción penal internacional. Así cita el siguiente párrafo: "También debe saberse que los reyes, y aquellos que tienen un poder igual al de los reyes tienen el derecho de infligir penas no sólo por las injusticias co-

⁷⁷ Cf. SUR. S- Op. cit "Vers una Cour Pénale (...)", p. 45.

medidas contra ellos y sus súbditos, sino aun por aquellos que no los afectan particularmente y que violan hasta el exceso el derecho de la naturaleza o de gentes, respecto de cualquiera que sea [el autor de los excesos](...)"⁷⁸.

Bassiouni evoca intentos milenarios por regular el uso de la fuerza en conflictos armados y señala que "la criminalización de los actos que contravienen las leyes, normas y regulaciones de la guerra evolucionó gradualmente, lo mismo sucedió con la persecución internacional de los provocadores de guerras injustas o de agresión y los infractores de las reglamentaciones del modo de desarrollar la guerra"⁷⁹.

Algunos autores consideran que el primer proceso criminal de carácter internacional fue desarrollado en Nápoles en 1268, contra Conradin von Hohenstafen por haber iniciado una guerra injusta y que el primer juicio penal internacional habría sido el realizado en Breisach, Alemania, habiéndose juzgado a Peter von Hagenbach por un tribunal de veintiocho miembros elegidos en el ámbito de cuatro ciudades-libres del Sacro Imperio Romano Germánico. El acusado fue condenado a muerte por violaciones "al derecho de Dios y de los hombres" (asesinatos, violaciones y pillaje durante la ocupación de Breisach).

La sensibilidad frente a las violaciones que conmovían a la conciencia de la comunidad humana, llevó a Antoine Marini y a Jeremías Bentham a proponer la creación de una jurisdicción internacional criminal. Así, el primero, incluyó tal aspecto en su Proyecto de "Pacto de Alianza y Federación entre le Rey Luis XI, el Rey Jorge de Bohemia y el Gran Ducado de Venecia" (1461). El segundo, abordó la cuestión en su obra "A Plan for an Universal and Perpetual Peace" (1789).

⁷⁸ SCHIFFRIN, L.- "Pro Jure Mundi", en Revista Jurídica de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 1998, I-II, p. 22.

⁷⁹ BASSIOUNI, Ch.-"El Derecho Penal Internacional: Historia, Objeto y Contenido", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, enero-abril de 1982, tomo XXXV, fascículo I, p. 16.

Gustave Moynier presentó en 1872 la propuesta de creación de un tribunal criminal, en el entendimiento que “una sanción puramente moral (es) insuficiente para contener las pasiones desencadenadas”⁸⁰.

El Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, en sus artículos 227 a 230 estableció la responsabilidad penal del individuo por delitos contra la paz y contra las leyes y costumbres de guerra, aunque no llegó a conformar el tribunal internacional previsto⁸¹. En 1920, la ley de punición de criminales y crímenes de guerra de la República de Weimar, tuvo el efecto de evitar las extradiciones de los inculcados a los Aliados para su juzgamiento, pero mostró la incapacidad del Estado de la jurisdicción para castigar a los culpables⁸².

El Proyecto de Estatuto de la Alta Corte de Justicia Internacional Penal de 1920, elaborado por el Comité Consultivo de Juristas bajo la Presidencia del Barón Descamps), no fue aprobado por la Sociedad de Naciones por considerar prematura la instauración de una jurisdicción penal internacional. El Proyecto derivó más tarde en la constitución de la Corte Permanente de Justicia Internacional, ajena a lo penal.

Al igual que el proyecto de de 1920, los Proyectos Pella de 1927 y 1935, contemplaron la sanción penal de los crímenes más graves, vinculados a situaciones de guerra.

⁸⁰ Bulletin International des Société des Secours aux Militaires Blessés, abril de 1872, N° 11, cit. en Revista Internacional de la Cruz Roja, N° 145, marzo de 1998, p. 63 y ss.

⁸¹ El Tribunal internacional a constituirse debía tener competencia en tres tipos de crímenes: a) “ofensas a la moralidad internacional”, las que más tarde habrían de conocerse bajo el nombre de “crímenes contra la humanidad”; b) “ofensas a la sacrosanta inviolabilidad de los tratados”, más adelante designadas “crímenes contra la paz” y c) “acciones contrarias a los derechos y a las costumbres de guerra” o “crímenes de guerra”. V. MERIGNHAC, A.- “De la Responsabilité Pénale des Actes Criminels Commis au Cours de la Guerre de 1914-1918”, en *Revue de Droit International et Législation Comparée*, 1930, Vol. 1 pp. 33-42.

⁸² Numerosos internacionalistas observaron la circunstancia y tildaron a los procesos de “parodia de justicia”. Tal el caso de G. Battle (“The Trial Before the Leipzig Supreme Court of Germans Accused of War Crimes”, en *Virginia Law Review*, N° 8, 1926).

La "Cláusula Martens" contenida en el Preámbulo de la Segunda Convención de La Haya de 1899, sobre Leyes y Costumbres de Guerra, expresa: "Esperando, pues, que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser proclamado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno constatar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las costumbres establecidas entre naciones civilizadas, así como de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". Esta cláusula se reiteró en la Cuarta Convención de La Haya de 1907 y fue incorporada en términos equivalentes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, disponiéndose que la denuncia de los Convenios "no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tales y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública"⁸³.

El Estatuto, de Londres, de 8 de agosto de 1945, creó el Tribunal Militar Internacional con competencia para "juzgar y castigar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje" que, como individuos o como miembros de organizaciones hubiesen cometido algunos de los crímenes de competencia del Tribunal: crímenes contra la paz, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad en conexión con cualquiera de los dos primeros⁸⁴. Este Estatuto, tanto en lo que hace a los elementos sustanciales de los crímenes⁸⁵ como a ciertos principios característicos del dere-

⁸³ V. Arts. 63, 62, 142 y 158 de los Convenios I, II, III y IV, respectivamente.

⁸⁴ Ello, para hallar aval a la no aplicación del principio de irretroactividad en sanciones a esos crímenes en el derecho general. Vg.: las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y de Ginebra de 1929 para los delitos de guerra y en el Pacto Briand Kellogg para los delitos contra la paz.

⁸⁵ Téngase en cuenta que aún no se había adoptado la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio.

cho internacional penal⁸⁶, ha sido una de las principales bases para la construcción de los distintos sistemas de jurisdicción penal internacional que habrían de sucederle⁸⁷.

La Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció por primera vez la necesidad de un mecanismo permanente para enjuiciar los asesinatos en masa y los criminales de guerra en 1947, después de los juicios de Nuremberg que siguieron a la II Guerra Mundial. Así, la AG NU, en 1947, ha percibido la necesidad de un mecanismo permanente para enjuiciar a los asesinatos en masa y a los criminales de guerra, solicitando a la CDI en su Res. 177/III, de 21 de noviembre, que: *- formule los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto de Londres de 8 de agosto de 1945 y las sentencias del Tribunal del Nuremberg, y *- que prepare un Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Además, mediante Res. 260-B/III, de 9 de diciembre de 1948, pidió a la CDI que estudiara la posibilidad de crear un Tribunal Penal Internacional para juzgar el genocidio⁸⁸ y otros crímenes contra la humanidad.

La CDI designó Relator a J. Spiropoulos quien elaboró en 1950 un Proyecto de Principios y Delitos, si bien todos los comportamientos contemplados constituían lo que hoy conocemos como crímenes de derecho internacional. El Proyecto definió los "delitos contra la paz, delitos de guerra y contra la humanidad", sin alejarse de los principios de Nuremberg. En 1954, la CDI presentó a la AG NU el Proyecto con enmiendas, no obstante, la Asamblea por Res. 897 (IX) de 4 de diciembre de 1954 consideró que el Proyecto presentaba problemas en lo que hace a la definición de "agresión"⁸⁹, por lo que decidió aplazar su examen hasta que la Comisión especial encargada de definir la agresión se expidiera. Aún cuando la AG NU adoptó en base al informe de esa Comisión la Res. 3314 (XXIX), de 4 de

⁸⁶ Vg.: no aplicación del principio penal de irretroactividad, inexcusabilidad por acción en ejercicio de función pública, inexcusabilidad por acción en cumplimiento de órdenes superiores.

⁸⁷ V. infra.

⁸⁸ La Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio fue adoptada por la AG NU, por unanimidad, ese mismo día, entrando en vigor el 12 de enero de 1951.

diciembre de 1974, Definición de la Agresión, la labor de la CDI sobre el tema no se reactivó hasta 1981, año en que la AG NU, por Res. 36/106 de 10 de octubre, invitó a la CDI a reanudar su labor, con miras a la elaboración de un Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. En 1982, la CDI nombró a Doudou Thiam como relator, habiéndose aprobado el proyecto en primera lectura en 1991. Atento a que la AG NU, por Res. 45/41 de 28 de noviembre de 1990 instó a la CDI a continuar con la preparación del Código pero considerando la posibilidad de instauración de una Corte Penal Internacional, el relator dedicó sus Informes 11° y 12° íntegramente al diseño de un Tribunal Internacional Penal, llegándose en 1994 a la aprobación por la CDI de ese Proyecto de Estatuto⁹⁰, recomendándose a la AG NU la convocatoria a una Conferencia Diplomática Internacional con miras a la adopción de una Convención sobre el tema⁹¹. El proyecto fue sometido a un Comité especial que se ocupó de la viabilidad de la creación de un Tribunal de ese tipo y luego a un Comité Preparatorio, el que centró su actuación en el análisis del texto del Estatuto, desembocando en la Conferencia de Roma de julio de 1998, en la que se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Las normas universales y regionales relativas al derecho humanitario y a normas básicas de derechos humanos establecidas desde la Segunda Guerra Mundial, hicieron pensar que las violaciones a gran escala de derechos

⁸⁹ Dificultad que aún hoy subsiste en el ECPI, tal como se señalara y fundara precedentemente.

⁹⁰ Proyecto desarrollado en 60 artículos. En su breve parte preambular señala que la Corte "tendrá competencia únicamente respecto de los más graves de los crímenes que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto" (pár. 2) y que "tendrá por finalidad complementar los sistemas judiciales nacionales en materia penal en aquellos casos en que en esos sistemas no existan o no sean eficaces tales procedimientos de enjuiciamiento" (pár. 3), lo cual es obvio en todo sistema internacional de intervención. También resulta objetable el párrafo primero que desdibuja aún más el rol de la Corte y que expresa que desea "fomentar la cooperación internacional para mejorar el enjuiciamiento y la represión efectivos de los crímenes de trascendencia internacional y, con tal fin crear una corte penal internacional" (el resaltado nos pertenece).

⁹¹ Cf. Nuestro trabajo "Jurisdicción Internacional Penal", Op. cit, p. 165-167.

humanos básicos y de derecho internacional humanitario no volverían a suceder fácilmente, al menos no en el continente europeo. Y, que si tal tipo de violaciones volvían incidentalmente a suceder, instrumentos adecuados estarían disponibles para poner fin a tales violaciones y prevenir las futuras. El conflicto de la escisión de la República Federativa Socialista de Yugoslavia ha tirado por tierra tal convencimiento en considerable medida⁹².

El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY), creado por Res. del Consejo de Seguridad de NU, en el marco del Cap. VII de la Carta (Res. N° 808/93 y 827/93), constituye la primera manifestación en más de cincuenta años de jurisdicción internacional en materia penal. Fue creado para juzgar a las personas inculpadas de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y la fecha a determinar cuando se alcanzara la paz. Este Tribunal, tal como lo fundáramos en un trabajo anterior, puede ser considerado verdaderamente internacional, tanto por su instancia de creación, por su conformación, como por las normas que aplica⁹³. Si bien, a fines de 1994 apenas contaba con cuatro detenidos, en estos momentos se puede vanagloriar de haber logrado sentar en el banquillo de los acusados a quien fuera Presidente de Yugoslavia, Slobodan Milosevic.

El Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR), también fue creado por Res. del Consejo de Seguridad (N° 955/94) para juzgar a las personas inculpadas de genocidio y graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario en el territorio de Ruanda y a ciudadanos ruandeses acusados por violaciones de tal tipo cometidas en el territorio de los Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

⁹² HEBEL, H. von- "An International Tribunal for the Former Yugoslavia: An Act of Powerless or a New Challenge for the International Community", en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 4, 1993, p. 437.

⁹³ Cf. "Jurisdicción Internacional (...)", op. cit, p. 175- 177. V. asimismo, "Algunas Consideraciones sobre Jurisdicción Nacional e Internacional en Caso de Violación de los Derechos Humanos", en *Anuario Argentino de Derecho internacional*, Córdoba, Año 2000, p.180 y ssgtes.

En el caso de los dos tribunales, cualquiera sea su denominación, el eje de los crímenes se ha centrado en violaciones a normas de jus cogens en situaciones de conflicto armado. Así el TPIY tiene competencia en materia de crímenes de lesa humanidad (durante el período de guerra), crímenes de guerra (violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, a los Protocolos Adicionales I y II de 1977, al IV Convenio de La Haya y al Reglamento Anexo de 1907) y genocidio⁹⁴. No incluyó el crimen de agresión, probablemente, por un lado, para evitar que ello lleve a investigar sobre los tratados violados y la legitimidad de la constitución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y, por otro lado, por haberse iniciado la crisis yugoslava como conflicto armado no internacional. El TPIR tiene competencia en materia de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra (violaciones al Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo Adicional II de 1977), atento a que el conflicto en Ruanda no fue un conflicto armado internacional⁹⁵.

La reciente creación del Tribunal Penal Internacional para Sierra Leona, basada en la Res. 1315/2000 del Consejo de Seguridad de las NU y en el Acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona de 16 de enero de 2002, está dirigido al juzgamiento de los responsables de crímenes de guerra y otras violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario, crímenes contra la humanidad y crímenes de conformidad a las reglas pertinentes del derecho de Sierra Leona. El Acuerdo entre la Organización y el Gobierno del país ha dado un tinte particular a la competencia *ratione materiae* del Tribunal.

En toda la evolución histórica, la que brevemente hemos tratado de visualizar en este punto, la responsabilidad internacional penal del individuo ha sido aplicada en el caso de los crímenes más aberrantes -los que mantuvieron a través de la historia sus figuras penales sin mayores modificaciones sustanciales- y ha estado acompañada de la responsabilidad del

⁹⁴ El Estatuto se limitó a transcribir los Arts. 2 y 3 de la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio.

⁹⁵ Razón por la cual tampoco cabía considerar el crimen de agresión.

Estado u otro sujeto internacional por esos mismos actos⁹⁶. Tal percepción socio-jurídica evolutiva contraviene la idea de relación de complementariedad entre el sistema judicial de la Corte y el de los Estados, dando sustento al cuestionamiento de coherencia que formulamos.

CONCLUSIONES

Atento a que el siglo XX ha sido testigo de las peores crueldades y violencias que registra la historia de la humanidad, resulta plausible que se haya arribado a un acuerdo sobre el establecimiento de un sistema de justicia penal internacional permanente, el que habrá de actuar en forma más rápida de lo que lo que pudieron o pueden hacer los tribunales ad hoc en el castigo de los crímenes más graves, configurando un decisivo instrumento sancionatorio y preventivo⁹⁷, aún cuando ese documento no haya captado en toda su dimensión -tal como lo señaláramos al discutir el principio de complementariedad entre la Corte y las jurisdicciones nacionales- la esencia de la jurisdicción penal internacional como parte integrante de la idea de orden público de la comunidad internacional⁹⁸.

⁹⁶ En el caso de Sierra Leona la percepción adquiere características especiales en tanto el Estado ha buscado poner a salvo su diligencia a través del Acuerdo con las Naciones Unidas, en tanto la Organización se ha dado por satisfecha con cubrir, al menos en parte, los requerimientos de responsabilidad penal internacional. Es de tener en cuenta que la competencia *ratione temporis*, no figuraba en la Res. del Consejo de Seguridad y sí en el Acuerdo: 30 de noviembre de 1996 (fecha del Acuerdo de Paz de Abidján entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario). Con ello los crímenes cometidos entre 1991 y 1996 han de quedar sin castigo.

⁹⁷ Por la sola condición de permanente, la Corte actuará disuasivamente frente a los Estados e individuos y estimulará a los Estados para que investiguen y enjuicien a los criminales bajo su jurisdicción ya que, de no hacerlo, la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia sobre ellos, más allá de que el Estatuto haya declarado a la Corte institución simplemente complementaria de los sistemas judiciales nacionales.

⁹⁸ Un sistema jurídico internacional coherente exige un tratamiento integral de todas las formulaciones normativas en materia de responsabilidad: *responsabilidad internacional de los Estados por ilícitos, *responsabilidad internacional de los Estados por actos no prohibidos por el derecho internacional; *responsabilidad por violaciones a los derechos humanos internacionalmente protegidos, *responsabilidad penal internacional. Sólo así, el encaje entre los mismos permitirá visualizar al conjunto como un verdadero sistema complejo, permitiendo que los subsistemas normativos adquieran una dimensión de significación, plena, unitaria, al servicio de la justicia.

Tal como lo señalara Bassiouni, ninguna sociedad puede ni debe abstenerse de instaurar un sistema represivo para asegurar la defensa de sus intereses superiores⁹⁹. La Corte Penal Internacional viene a cubrir en buena medida, a pesar de las incoherencias de su modelo, tal necesidad.

⁹⁹ BASSIOUNI, Ch.- Derecho Penal Internacional, Tecnos, Madrid, 1984. Cf. GUIER, E. N.- "El Fundamento Jurídico y la Competencia del Tribunal Internacional Encargado de Juzgar las Infracciones al Derecho Humanitario Cometidas en la Antigua Yugoslavia", en Revista IIDH, Vol 21, 1995, p. 67.