

## EL PROYECTO DE ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DE LAS TENDENCIAS RECIENTES EN MATERIA DE ARREGLO PACÍFICO DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

Juan de Dios GUTIÉRREZ BAYLÓN

SUMARIO: I. *César Sepúlveda y la teoría general del derecho humanitario.* II. *Las tendencias actuales en el arreglo pacífico de las controversias internacionales.* III. *La creación de una Corte Penal Internacional y su ubicación en el sistema de las Naciones Unidas.* IV. *El derecho aplicable.* V. *Determinación de la competencia del Tribunal Penal Internacional.* VI. *La jurisdicción concurrente.* VII. *La estructura de la Corte Penal Internacional.* VIII. *Las penas aplicables por la Corte Penal Internacional.* IX. *Conclusión.*

### I. CÉSAR SEPÚLVEDA Y LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO HUMANITARIO

Descubrir el libro de *Derecho internacional* del profesor Sepúlveda en la Biblioteca de las Naciones Unidas en Ginebra, fue una verdadera emoción para mí tanto como mexicano, que como estudiante de derecho. Como resulta ampliamente conocido, la mayor parte de la literatura jurídica internacional en nuestros días se encuentra en inglés y en francés, por lo que los textos de derecho internacional en español son en el acervo onusiano francamente escasos, lo que es particularmente más agudo en tratándose de libros de origen mexicano. Sin embargo, el libro más conocido de don César Sepúlveda estaba ahí, a la altura de toda la cultura jurídica internacional disponible. Empero, pese a toda la emoción que este hecho me pudo producir durante mis años de estudios en Suiza, debo confesar que no me provocaba extrañeza alguna, pues no obstante el largo tiempo que había pasado desde que tuve mi primer contacto con la obra del maestro durante los estudios de licenciatura, pese también a la distancia existente entre mi país y el centro

de Europa, pese a las barreras de lenguaje y cultura que se levantan para los estudiantes extranjeros, constataba en la cotidianidad académica la vigencia de la doctrina que un jurista excepcional había desarrollado desde México en beneficio del derecho internacional general.

Para mí fue particularmente útil releer a Sepúlveda en Ginebra. No faltó la oportunidad para que en el ámbito de la teoría de la responsabilidad internacional de los Estados se plantearon interminables debates en torno a la actualidad de la doctrina de Calvo, y su oposición —más aparente que real—, respecto de la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre la irrenunciabilidad de los particulares de derechos que corresponden a los Estados como sujetos de derecho internacional.<sup>1</sup> Una vez más las enseñanzas del profesor Sepúlveda me ayudaron a salir adelante: la renuncia a la protección diplomática en América Latina responde a un principio consuetudinario regional; por consiguiente, existe una aquiescencia de los Estados en el sentido de que los particulares puedan eventualmente igualarse plenamente con los nacionales de los Estados huéspedes, argumenté. En realidad era don César Sepúlveda quien estaba hablando por mis labios.

Hoy, al momento de rendir homenaje a este catedrático singular, de nueva cuenta me sirvo de su sabiduría, con objeto de elaborar esta participación. Las bases de la doctrina mexicana en materia de la teoría general del derecho humanitario se encuentran en el pensamiento de Sepúlveda, quien otrora dijera:

Al lograrse el Código (de Crímenes y Ofensas contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad) la organización internacional habría satisfecho uno de sus cometidos fundamentales: desterrar el uso de la fuerza de las relaciones entre los Estados y establecer el primado del orden jurídico.<sup>2</sup>

## II. LAS TENDENCIAS ACTUALES EN EL ARREGLO PACÍFICO DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

Desde la Convención de La Haya de 1899 hasta el momento actual, el principal avance del derecho internacional en el ámbito de la doc-

<sup>1</sup> Ver CPJI, Mavrommatis, 1925.

<sup>2</sup> Sepúlveda, César, “La codificación internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, *Estudios en homenaje a Yolanda Frías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 227.

trina del arreglo pacífico de las controversias internacionales ha sido la institucionalización de los órganos dotados de la función de dirimir controversias —y de administrar justicia a nivel interestatal—. Empero, esta tarea que antes parecía ser el principal obstáculo en el desarrollo del sistema de solución de diferendos, ha sido sustituida por una nueva labor, merced al reto al que la justicia institucionalizada se enfrenta en las postrimerías de nuestro siglo. Se trata de un síndrome tanto particular como paradójico: la tendencia a la arbitralización de las instancias jurisdiccionales, así como a una desmedida especialización en ciertos ámbitos del derecho internacional.

En el primer rubro de esta problemática, es decir, la ya señalada proclividad al modelo arbitral, se encuentra involucrada la Corte Internacional de Justicia, la cual no obstante poseer la calidad de “[. . .] órgano judicial principal de las Naciones Unidas [. . .]”, de acuerdo con los artículos 92 de la Carta, y 1 del Estatuto, ha acusado una marcada tendencia hacia la “justicia transaccional”, utilizando el lenguaje del profesor Georges Abi-Saab.<sup>3</sup> Este fenómeno que resulta advertible en la reciente jurisprudencia internacional, es consecuencia de la necesidad de la Corte de mantener su prestigio como órgano universal e incorporar a nuevos Estados entre sus clientes ya tradicionales. La posición de la Corte ha cambiado de ser la de un frío juzgador, conocedor del derecho internacional general, dotado de las habilitaciones necesarias para aplicarlo en el acto, a la actitud de una especie de tercero electo por las partes, interesado en no pronunciarse sobre determinados problemas críticos del derecho internacional, y deseoso de dictar una sentencia que no sólo resuelva la controversia presente, sino que no ahuyente para el futuro, al eventual Estado perdedor o a los Estados que compartieren afinidades geopolíticas con aquél. Este camino cuasi-arbitral ha sido recorrido por la Corte Internacional de Justicia teniendo puntos evidentemente antitéticos, que van desde la lamentable sentencia de 1966, con relación a los casos sobre el suroeste africano, segunda fase,<sup>4</sup> en donde la Corte soslayó la teoría del *ius cogens* internacional, en beneficio de sustentar la tesis de la ausencia de interés jurídico de Etiopía y Liberia respecto a Sudáfrica con relación a la política do-

<sup>3</sup> Para un análisis crítico sobre el proceso evolutivo de la Corte, ver G. Abi-Saab, “De l'évolution de la Cour Internationale, réflexions sur quelques tendances récentes”, *Revue Générale de Droit International Public*, tomo 96, 1992, 2 París, p. 290.

<sup>4</sup> *C.I.J.*, Recueil, 1966, p. 6.

méstica del *apartheid*, lo que llevó a varios países del Tercer Mundo a actuar con evidente desconfianza respecto a la Corte; hasta posiciones verdaderamente favorecedoras de los países en vías de desarrollo, como lo fue la aplicación del artículo 62 del Estatuto de la Corte, en la desde entonces llamada “sentencia del siglo”.<sup>5</sup>

Aunado a lo anterior, la “arbitralización” de la Corte ha sido también evidente en otros ámbitos; así, la elección de jueces *ad hoc* en diversos asuntos sigue despertando para muchos sospechas de reminiscencias arbitrales. Esta crítica puede ser exagerada si consideramos que dicha institución tiene sus correspondientes procesales en la inhibitoria y la recusatoria del derecho interno. Sin embargo, la crítica es más aguda en lo que se refiere a la facultad de las partes para elegir la sala de la Corte que deberá resolver la controversia, tal y como ocurrió en el caso de la delimitación de la frontera marítima en la región del golfo de Maine, que opuso a Canadá contra los Estados Unidos.<sup>6</sup> En este asunto se ha llegado a inferir la existencia de una cierta desconfianza de los países occidentales respecto de los jueces de la Corte provenientes de países que están en vías de desarrollo.

La otra gran crisis de la justicia internacional se encuentra en lo que ha resultado ser una exagerada especialización. En materia económica, la existencia de mecanismos arbitrales tales como el Centro Internacional para el Arreglo de Diferendos en materia de Inversiones, creado por la Convención de Washington de 18 de marzo de 1985, así como la Agencia Multilateral de Garantía para las Inversiones, prevista por la Convención de Seúl de 11 de octubre de 1985, habían dado la pauta de lo que serían las jurisdicciones de vocación económica en el futuro. En algunos acuerdos regionales de integración económica la involución resulta manifiesta. La presencia de los paneles provenientes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio han proliferado como parte de los sistemas tutelares regionales de comercio internacional. Todos estos organismos más o menos institucionalizados presentan la misma problemática: la improvisación del cuerpo arbitral, el desarrollo de un proceso notoriamente embrionario y la ausencia de precedentes o de una jurisprudencia vinculatoria para ulteriores casos de los que

<sup>5</sup> Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Recueil, 1986, p. 14.

<sup>6</sup> Recueil, 1984.

conocerán los mismos entes.<sup>7</sup> En materia de los sistemas internacionales tutelares de los derechos humanos persisten los mismos esquemas planteados en los años cincuenta y sesenta, siendo posiblemente su nota más característica en el sistema interamericano, la renuencia de los Estados de la región para suscribir la plena competencia de la Corte de Derechos Humanos de San José.

### III. LA CREACIÓN DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU UBICACIÓN EN EL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS

#### 1. *La determinación de la vía para su instauración*

La creación de una nueva jurisdicción internacional universal genera un problema jurídico especial: la determinación del procedimiento para su establecimiento. Una institución de la naturaleza del pretendido Tribunal Penal Internacional supone la posesión, a cargo de dicha instancia, de un ámbito competencial que rebase el nivel regional para convertirse en una instancia de vocación universal. Lo anterior acentúa la dificultad de que la nueva institución tutelar tuviese su origen de manera convencional; esto es, por la vía de un tratado multilateral, en donde todos los Estados (incluyendo los no miembros de Naciones Unidas) aceptasen por unanimidad el imperio del nuevo tribunal respecto de sus ámbitos domésticos, en la inteligencia de que de manera ulterior la nueva corte penal universal pudiese incoar proceso a los futuros criminales internacionales por encima de cualquier pretendida jurisdicción internacional —pese a la solución de la jurisdicción concurrente propuesta por la Comisión de Derecho Internacional—. Inútil sería crear un sistema penal internacional restringido a un pequeño grupo de Estados signatarios, cuando las características de los delitos internacionales que analizaremos más adelante requieren precisamente la globalización del *ius puniendi* internacional.

La vía convencional, además de presentar el problema arriba mencionado de su ilusoria aceptación general, acusa la inevitable dificultad

<sup>7</sup> “On peut avancer avec prudence que le G.A.T.T. a peu à peu élaboré —dans le cadre de ses procédures de règlement des litiges— un ‘droit jurisprudentiel’ spécifique de nature pragmatique et prétorienne susceptible de compléter ou d’interpréter le droit conventionnel posé par l’accord général”, Carreau *et al.*, *Droit international économique, troisième édition*, Paris, L.G.D.J., pp. 103 y 104.

de un largo proceso de firma y ratificación que todos los grandes instrumentos internacionales presentan. En el momento actual, el tema de un tribunal penal internacional se discute en los foros académicos y diplomáticos como parte de una agenda envejecida por el conservadurismo técnico y por la negligencia, toda vez que la historia del proyecto de un tribunal penal internacional se confunde con la historia de los instrumentos seculares en materia de arreglo pacífico de las controversias internacionales.<sup>8</sup> De esta suerte, un largo procedimiento de ratificación universal haría del mencionado tribunal un órgano irrealizable.

## 2. *El lugar de la Corte Penal Internacional en el sistema de las Naciones Unidas*

En el marco del derecho constitucional de las Naciones Unidas, la creación de una corte penal internacional tiene problemas singulares. En virtud de que el artículo 7, numeral 1, de la Carta, lista los órganos principales de las Naciones Unidas de manera limitativa, es de colegirse que el nuevo Tribunal Penal Internacional tendrá el carácter de “órgano subsidiario”, de conformidad con el numeral 2 del mencionado artículo. Para que el nuevo tribunal pudiese adquirir la misma categoría de la Corte Internacional de Justicia, sería menester poner en marcha los ya mitológicos artículos 108 y 109 de la Carta, que refieren las reformas parciales y generales al Tratado de San Francisco, lo cual es franca y abiertamente improbable tanto por la impopularidad del proyecto del Tribunal Penal Internacional entre muchos Estados votantes del Tercer Mundo en la Asamblea General en el primer caso, como por lo “riesgosa” que resultaría la conferencia encargada de revisar la Carta en los términos del artículo 109, numeral 3, de la misma, especialmente en lo referente a la composición del Consejo de Seguridad.

<sup>8</sup> Así, en 1926 la Asociación de Derecho Internacional propuso la creación de una Corte Penal Internacional; la Asociación Internacional de Derecho Penal, en 1928 consideró la posibilidad de crear una sala de lo penal en el seno de la Corte Permanente de Justicia Internacional; por su parte, el 16 de noviembre de 1937, la Conferencia Internacional sobre la Represión del Terrorismo aprobó la creación de una Corte Penal Internacional. Asimismo, la Asamblea Internacional de Londres en 1943, insistió en la estructuración de una Corte Penal Internacional. Entre los más tristemente célebres proyectos se encuentra el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, previsto por el Acuerdo de Londres de 6 de agosto de 1945. *Estudio histórico del problema de la jurisdicción penal internacional* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.1949.V.8), anexo 7. Citado por el relator especial Doudou Thiam, A/CN.4/449, 25 de marzo de 1993, p. 21.

Así las cosas, la única opción que se antoja viable es la creación del Tribunal Penal Internacional como un órgano subsidiario, con una estatura menor a la de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, el establecimiento de los órganos subsidiarios es una facultad otorgada tanto a la Asamblea General (artículo 22 de la Carta), como al Consejo de Seguridad (artículo 29). Lo que nos hace reflexionar sobre la idoneidad de la vinculación del tribunal a alguno de dichos órganos principales. A este respecto, el relator especial de la Comisión de Derecho Internacional, el profesor Doudou Thiam, evita el problema limitándose lacónicamente a declarar: “Es difícil concebir que las Naciones Unidas pidan a la Comisión, en una resolución, que elabore el estatuto de un tribunal que no sería un órgano de las Naciones Unidas. Por este motivo el proyecto no plantea otra posibilidad”.<sup>9</sup>

La naturaleza de las funciones que la Carta de las Naciones Unidas concede a la Asamblea General son de naturaleza principalmente recomendatoria. Un rápido examen de tales atribuciones en los artículos 10 a 17 nos permitirá ratificar esta impresión. Dado el gigantismo y la pluralidad de la Asamblea General, ésta se encuentra verdaderamente maniatada tanto en los rubros de seguridad colectiva como en el de arreglo pacífico de las controversias internacionales. El procedimiento inhibitorio contenido en el artículo 35, numeral 3, la desacredita totalmente en cuanto a la autonomía que debería guardar como órgano de cabecera del Tribunal Penal Internacional, puesto que tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia,<sup>10</sup> “la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales” a cargo del Consejo de Seguridad resultante del artículo 24, numeral 1, de la Carta de San Francisco, no es “excluyente” respecto del principal órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas, exclusión que sí opera en relación con la Asamblea General, de conformidad con el artículo 12 de la propia Carta, por lo que si deseamos crear un Tribunal Penal Internacional con la estructura y con las habilitaciones suficientes que lo asemejen jurisdiccionalmente a la Corte Internacional de Justicia, toda vinculación orgánica respecto de la Asamblea General debe ser descartada.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Ver Thiam, Doudou, “Undécimo Informe sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, C.D.I., Doc. A/CN.4/449, 25 de marzo de 1993, p. 8.

<sup>10</sup> Recueil, 1984, pp. 46 y 47.

<sup>11</sup> No obstante que el proyecto de 1994 de la Comisión de Derecho Internacional presentó como solución para la creación de la Corte la vía convencional, el

En virtud de lo anterior, debemos explorar la subsidiaridad del Tribunal Penal Internacional respecto del Consejo de Seguridad. Ya tenemos la experiencia en el caso del Tribunal Internacional para la persecución de personas responsables de serias violaciones al derecho humanitario internacional en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, de que en la práctica no ha sido utilizada la facultad contenida en el artículo 29, y en su lugar se ha fundado el acto con una genérica alusión al capítulo VII de la Carta.<sup>12</sup> En realidad, la historia de la puesta en marcha del artículo 29 siempre ha estado caracterizada por el empirismo y la improvisación, respondiendo habitualmente a urgencias de carácter político.<sup>13</sup> En el Informe enviado por el secretario general de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad, el argumento que con debilidad apoyó la creación del Tribunal Internacional para Yugoslavia por el Consejo de Seguridad, fue el de que su instauración se tomaba como parte del conjunto de medidas encaminadas a restaurar la paz y la seguridad en el territorio de la ex Yugoslavia.<sup>14</sup> Esta decisión, pese a su criticable motivación y fundamentación jurídicas, podría ser aceptable para el mencionado tribunal para la ex Yugoslavia; empero, el carácter efímero no es una de las cualidades del Tribunal Penal Internacional que se pretende. En este último caso es la permanencia justamente el atributo que se desea acentuar; en consecuencia,

proyecto tiene en su artículo 23, numeral 3, una limitante para la Corte —similar a la existente en la Carta respecto de la Asamblea General—, en el sentido de que se abstenga de conocer sobre un asunto del cual el Consejo de Seguridad se encuentra tomando providencias. A/CN.4/L.491/Rev. 1, p. 17.

<sup>12</sup> Cfr. U.N. Security Council Resolution 827 (1993) was adopted unanimously on May 25, 1993. Doc. S/RES/827, 25 de mayo de 1993, p. 1204.

<sup>13</sup> Cfr. Decaux, Emmanuel, "Commentaire à l'article 29", dans *La Charte, Economica/Bruylant*, París, 1985, p. 531. El profesor Decaux con justificada severidad señala: "La mise en place d'organes subsidiaires est d'abord un phénomène essentiellement conjoncturel, lié aux difficultés du moment et à l'équilibre politique au sein de l'Organisation des Nations Unies. Mais en même temps, c'est aussi un phénomène largement artificiel, dans la mesure où de nombreux organes subsistent seulement 'sur le papier' sans avoir d'existence réelle. Créées pour faire face à des besoins immédiats, les organes survivent aux nécessités qui les ont fait naître, sans qu'une mise à jour paraisse nécessaire aux États".

<sup>14</sup> Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of the Security Council Resolution 808, 1993, Doc. S/25704, 3 May 1993, para. 28, p. 1169. En este documento, el Secretario General sostiene: "As an enforcement measure under Chapter VII, however, the life span of the international tribunal would be linked to the restoration and maintenance of international peace and security in the territory of the former Yugoslavia, and Security Council decisions related thereto".

cualquier fundamentación del Tribunal Penal Internacional en el capítulo VII de la Carta de la ONU sería insostenible.<sup>15</sup>

Por el momento el problema de la ubicación constitucional de la Corte Penal Internacional se encuentra diferido, toda vez que el artículo 2 del proyecto de Estatuto elaborado por la Comisión en su cuadragésimo sexto periodo de sesiones, ha elegido aparentemente la vía convencional, y faculta al presidente del nuevo tribunal para celebrar un acuerdo por el que se establezca una “relación apropiada” entre dicho órgano y la Organización de las Naciones Unidas,<sup>16</sup> lo que nos hace colegir que en principio la Corte Penal Internacional no sería un órgano judicial del sistema de San Francisco, y por ende no le sería necesariamente aplicable el derecho de las Naciones Unidas. Sin embargo, es prematuro considerar esta posición de la Comisión como categórica.

En lo relativo al principio de supremacía judicial de la Corte Internacional de Justicia y el lugar de subordinación que el nuevo Tribunal Penal Internacional guardaría respecto de aquélla, los razonamientos del relator especial no han sido en todos los casos los mejores. Así, en el comentario al artículo 2 del proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, el profesor Thiam cree agotar el problema de la aparente dualidad jurisdiccional, al señalar la diferencia competencial *ratione materiae* de ambos órganos: “Parece confirmar lo anterior la reciente resolución del Consejo de Seguridad en que se crea un tribunal penal internacional para enjuiciar a los autores de crímenes de guerra cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia”. En realidad, la diferencia entre ambas instancias se evidencia bajo el criterio *ratione personae*, dado que de acuerdo con el artículo 34, numeral 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sólo los Estados pueden ser partes en casos ante la Corte, mientras que en el Tribunal Penal Internacional, los

<sup>15</sup> La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas descartó la opción de crear una estructura jurisdiccional basada en las resoluciones ya sea de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad. El Grupo de Trabajo estimó que las resoluciones de la Asamblea General: “[...]n’ imposent pas aux États des obligations juridiques impératives en ce qui concerne des questions extérieures au fonctionnement de l’Organisation des Nations Unies proprement dite”. En consecuencia, determinaciones que eventualmente pudiese dictar el nuevo órgano a cargo de los Estados involucrados, tales como la extradición de un delincuente internacional, carecerían de fuerza vinculatoria. Ver Commission du Droit International, *Rapport du Groupe de travail*, A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.1, 18 de julio, 1994, p. 4.

<sup>16</sup> A/CN.4/L.491/Rev.1, p. 7.

sujetos pasivos son siempre individuos (artículo 5, numeral 2, del Proyecto).

#### IV. EL DERECHO APLICABLE

La determinación del derecho sustantivo que deberá ser aplicado por la Corte Penal Internacional es uno más de los nudos gordianos del sistema. Dado el estadio embrionario en que aún se encuentran los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en lo relativo a la elaboración de un Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad,<sup>17</sup> la tipología penal internacional para el individuo no existe aún,<sup>18</sup> y en consecuencia, los redactores del Estatuto del Tribunal Penal Internacional han tenido que buscar soluciones emergentes para dotar al tribunal de un cuerpo legal que le sirva como base.<sup>19</sup> Descartado así cualquier código sustantivo, el proyecto del profesor Doudou Thiam propuso una tímida solución consistente en considerar como derecho aplicable por el Tribunal Internacional los convenios y acuerdos internacionales en materia criminal. Hasta el cuadragésimo sexto periodo de sesiones en 1994,<sup>20</sup> la Comisión pudo resolver si los principios generales del derecho y la costumbre internacional formarían parte del derecho aplicable. En los comentarios al proyecto anterior de 1993,<sup>21</sup> el

<sup>17</sup> *Cfr.* *Projet de rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa quarante-sixième session*, A/CN.4/L.496/aDD.1, 13 de julio, 1994.

<sup>18</sup> Evidentemente, los crímenes y delitos internacionales ya se encuentran en el derecho internacional general en tratándose de un Estado como sujeto imputable de la responsabilidad internacional. De esta suerte, el artículo 19, numerales 2 y 3 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados realizado por el relator especial Roberto Ago, define los crímenes internacionales tales como la agresión, la dominación colonial, la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*, así como la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. Ver *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1980, pp. 29-32.

<sup>19</sup> Similar problemática ha afectado a la creación del Tribunal Internacional para la persecución de personas responsables de serias violaciones al derecho humanitario internacional en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 (*cfr.* IT/32, *Règlement de procédure et de preuve*, 14 mars 1994). Empero, en este caso es de inferirse que el derecho sustantivo aplicable son las cuatro convenciones de Ginebra de 1949, con sus respectivas modificaciones de 1977; así como el marco del derecho humanitario internacional general y de la doctrina internacional sobre derechos humanos.

<sup>20</sup> A/CN.4/L.491/Rev.1, 8 de julio, 1994, p. 21.

<sup>21</sup> A/CN.4/449, 25 de marzo, 1993, pp. 11 y 12.

profesor Thiam declaró que en ese estadio de elaboración del Estatuto, la no inclusión de las mencionadas fuentes del derecho respondía: “[...] tal vez a la prudencia”. A nuestro juicio, las precauciones en este sentido del relator especial eran injustificadas, puesto que las multitudinarias fuentes recogidas por el artículo 38, incisos b y c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, forman parte del derecho internacional general, y en consecuencia su carácter vinculatorio rebasa las disposiciones del Proyecto de Estatuto o la voluntad de los eventuales Estados signatarios. La versión de 1994 del Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional ya no incurre en ese grave error; de esta suerte, el artículo 33 señala como derecho aplicable al propio Estatuto, los tratados aplicables y los principios y reglas del derecho internacional general, y llegado el caso, toda regla del derecho interno.<sup>22</sup>

Dado el carácter orgánico de su Estatuto, resulta obvio que dicho instrumento es la primera fuente competencial de la nueva jurisdicción penal internacional, en el entendido de que por un principio de accesoriedad el Reglamento que se expida de conformidad con el artículo 19 del propio Estatuto, complementará el cuadro de las habilitaciones jurisdiccionales. El verdadero problema va más allá del derecho adjetivo para incidir agudamente en las normas sustantivas. De esta guisa, los “tratados aplicables” a los que alude el artículo 33, inciso a, son aquellos a los que se refiere el Proyecto de Estatuto en el artículo 20, inciso e, que remite a aquellos crímenes definidos o previstos por diversas convenciones,<sup>23</sup> las cuales poseen sus propios catálogos.<sup>24</sup> Del cotejo de

<sup>22</sup> A/CN.4/L.491/Rev. 1, 8 de julio, 1994, p. 21.

<sup>23</sup> Las disposiciones que describen los delitos internacionales se encuentran dispersas en múltiples convenciones: el artículo 50 de la Convención de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte de los Heridos y Enfermos en las Fuerzas Armadas en Campaña, del 12 de agosto de 1949; el artículo 51 de la Convención de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, del 12 de agosto de 1949; el artículo 130 de la Convención de Ginebra relativa al Trato de los Prisioneros de Guerra, del 12 de agosto de 1949; el artículo 147 de la Convención de Ginebra relativa a la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra, del 12 de agosto de 1949; el artículo 85 del Protocolo I adicional a las convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, del 8 de junio de 1977; el artículo 1 de la Convención de La Haya para la Represión de la Captura Ilícita de Aeronaves, del 16 de diciembre de 1970; el artículo 1 de la Convención de Montreal para la Represión de Actos Ilícitos Dirigidos contra la Seguridad de la Aviación Civil, del 23 de septiembre de 1971; el artículo II de la Convención Internacional para la Eliminación y la Represión del Crimen del *Apartheid*, del 30 de noviembre de 1973; el artículo 2 de

todos esos instrumentos podemos inferir que los delitos de los que conocerá el tribunal son los siguientes:

- a) Homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o la salud,
- b) La destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y ejecutados en gran escala de manera ilícita y arbitraria,
- c) El hecho de forzar a un cautivo a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga o de privar de su derecho al dicho cautivo respecto a ser juzgado regular e imparcialmente,
- d) Las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima,
- e) Coaccionar a una persona protegida (por la Convención de Ginebra relativa a la protección de personas civiles en tiempos de Guerra), a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga,
- f) La toma de rehenes,
- g) Realizar contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo, actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la nave; destruir una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; colocar o hacer colocar en una nave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la

la Convención para la Prevención y Represión de Infracciones contra las Personas que Gozan de una Protección Internacional, del 14 de diciembre de 1973; el artículo 1 de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, del 17 de diciembre de 1979; el artículo 4 de la Convención contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, del 10 de diciembre de 1984; el artículo 3 de la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, del 10 de marzo de 1988, y el artículo 2 del Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Situadas sobre la Plataforma Continental, del 10 de marzo de 1988; el artículo 3, párrafo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y de Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988, el cual tomando en consideración el artículo 2 de la propia Convención, constituyen crímenes con una dimensión internacional.

<sup>24</sup> En el preámbulo del proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional se señala que la Corte tendrá competencia “[...] únicamente respecto de los *más graves de los crímenes*, que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto [...]”. Los crímenes de excepcional gravedad son vagamente definidos en el artículo 20, inciso e) del propio Estatuto. *Cfr.* Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su cuadragésimo periodo de sesiones, 2 de mayo a 22 de julio de 1994, Suplemento número 10 (A/49/10).

incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; destruir o dañar las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbar su funcionamiento, si tales actos constituyen un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; comunicar a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo,

h) Negar el derecho a la vida y el derecho a la libertad de la persona a uno o varios miembros de un grupo racial o de varios grupos raciales; imponer deliberadamente a un grupo racial o a varios grupos raciales, condiciones de vida destinadas a acarrear su destrucción física total o parcial; tomar medidas legislativas u otras, destinadas a impedir a uno o varios grupos raciales, participar en la vida política, social, económica y cultural del país y crear deliberadamente, condiciones que obstaculicen, el pleno desarrollo del grupo o de los grupos considerados, particularmente, privando a los miembros de un grupo racial o de varios grupos raciales, las libertades y derechos humanos fundamentales; tomar medidas, incluyendo las legislativas, que pretendan dividir a la población según criterios raciales, creando reservas y *ghettos*, separados por los miembros de un grupo racial o de varios grupos raciales, prohibiendo los matrimonios entre personas que pertenecen a grupos raciales diferentes, y expropiando los bienes raíces pertenecientes a un grupo racial o a varios grupos raciales, o a miembros de estos grupos; explotar el trabajo de los miembros de un grupo racial o de varios grupos raciales, sometiénolos particularmente a trabajos forzados; perseguir organizaciones o personas, privándolas de sus libertades y derechos fundamentales en virtud de que se oponen al *apartheid*.

i) Cometer un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida; cometer un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad.

A diferencia de lo que ocurre en el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia,<sup>25</sup> el Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacio-

<sup>25</sup> En este ordenamiento cada artículo hace una alusión genérica al rubro de delitos que conforman el derecho aplicable por el tribunal, tales como las graves violaciones a las convenciones de Ginebra de 1949 (artículo 2); violaciones a las leyes y usos de la guerra (artículo 3); genocidio (artículo 4) y crímenes contra la humanidad (artículo 5). *Cfr.* S/RES/781 (1992), 9 de octubre, 1992, pp. 1171 a 1174.

nal utiliza la fórmula de los “tratados aplicables”, como una válvula de escape que permite que ulteriores convenciones en materia criminal expandan el ámbito competencial de la nueva instancia internacional. De esto resulta que el derecho aplicable por la nueva jurisdicción se encuentra aún en buena medida por determinar, por lo que en lo futuro ésta pudiere resultar competente respecto de materias que hoy nos son del todo insospechadas.

## V. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Una vez determinada la competencia *ratione materiae* de la corte, en virtud de tratarse de alguno de los crímenes arriba señalados, y satisfechas las condiciones previas a las que alude el artículo 21 del Proyecto, la Corte debe asegurarse de que ella posee una de las fórmulas de aceptación de su jurisdicción, de manera análoga a lo que ocurre en la Corte Internacional de Justicia de conformidad con el artículo 36, numeral 2 de su Estatuto. A diferencia de lo que señalaba el artículo 6 del proyecto anterior de la Comisión de Derecho Internacional,<sup>26</sup> el actual proyecto no presenta una norma para determinar lo que la doctrina conoce como la “competencia de la competencia”, esto es, una facultad a favor de la Corte para que en caso de duda o controversia por las partes respecto de la competencia del Tribunal Penal Internacional, éste decida y resuelva. La ausencia de esta habilitación en el derecho procesal internacional constituye una deficiencia para la puesta en marcha de una jurisdicción internacional, toda vez que permite que los eventuales Estados partes pretendan escapar al ámbito competencial de la Corte. El proyecto actual es en este sentido sumamente tímido y debilita sustancialmente a la propuesta de tribunal.

El artículo 21 del estatuto precisa cuáles son los Estados que deben haber aceptado la jurisdicción de la Corte, a efecto de que ésta pueda examinar un asunto dado. Es en el artículo 22 del propio Estatuto en donde se enuncian las modalidades de la aceptación del sistema penal internacional, el cual implica la aceptación del Estatuto en su conjunto y la competencia de la Corte para un caso concreto. Este sistema implica la aceptación expresa por parte de los Estados signatarios, toda

<sup>26</sup> A/CN.4/449, p. 14.

vez que el solo hecho de que un Estado acepte formar parte del Estatuto, no le otorga competencia automáticamente a la Corte respecto de ciertos crímenes.

La jurisdicción de la Corte respecto de los Estados partes del Estatuto se encuentra prevista en el artículo 22, numerales 1 a 3, que sería la disposición homologable con la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. Asimismo, el numeral 4 del artículo 22 prevé la hipótesis de aceptación de jurisdicción de la Corte respecto de Estados no signatarios, en cuyo caso el Estado en cuestión deberá depositar su aceptación ante el secretario de la Corte, consintiendo así que ésta ejerza su competencia con relación a un crimen en particular.

## VI. LA JURISDICCIÓN CONCURRENTE

El principio derivado del derecho internacional general relativo al agotamiento de los recursos internos del Estado antes de acudir a una instancia internacional, ha encontrado en el ámbito de los derechos humanos y del derecho humanitario una modalidad de concurrencia de las jurisdicciones internacional y doméstica. En materia de derechos humanos, la categoría de normas de *ius cogens* que le es inherente a tales principios, ha provocado que el mencionado postulado de exhaustividad se exceptúe en tratándose de una eventual violación a uno de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional. Este fenómeno, que podría parecer muy loable a primera vista, ha puesto en riesgo la delimitación competencial entre los órdenes jurídicos nacional e internacional, así como la proliferación de argucias procesales para evitar la responsabilidad internacional del Estado por actos cometidos por sus agentes, asegurándoles a éstos la absolución adelantada de la justicia internacional. El fenómeno descrito ya ha encontrado repercusiones en la jurisprudencia interamericana en el asunto Viviana Gallardo y otras,<sup>27</sup> en el cual Costa Rica evitó su responsabilidad de acuerdo con el Sistema de San José, mediante una aparente autoentrega internacional.

En el momento actual, la jurisdicción concurrente involucra a la nueva Corte Penal Internacional, poniendo en contacto el sistema cri-

<sup>27</sup> Corte I. D. H., Asunto de Viviana Gallardo y Otras, número G 101/81 Serie A, p. 21.

minimal internacional con los sistemas constitucionales de los Estados signatarios. El artículo 35, incisos *a)* y *b)* del Proyecto actual, prevé que la Corte no conocerá del asunto si el crimen fue juzgado o en su caso se encuentra en proceso por un Estado competente para ello. Caso muy diferente se da en el Reglamento de Procedimiento y de Prueba del Tribunal Internacional encargado de perseguir a las personas responsables de graves violaciones del derecho humanitario internacional, cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, en donde el artículo 12 declara que las decisiones de las jurisdicciones nacionales no obligan al Tribunal.<sup>28</sup> La concurrencia aparece así como una expresión del carácter larvario del sistema penal internacional.

## VII. LA ESTRUCTURA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Está previsto por el proyecto de 1944, que la Corte se forme por un presidente, una sala de apelación integrada a su vez por un presidente y seis jueces; diversas salas de primera instancia; un investigador y un secretario de la Corte. Todo de manera a hacerlo parecer lo más posible a un órgano de justicia criminal en la concepción jurídica de Occidente. En espera de que el Reglamento que se expida de conformidad con el procedimiento previsto por el artículo 19 del Estatuto, y especialmente, de que la Corte comience a funcionar, todo lo que podamos decir sobre la actividad de dichos órganos no rebasará de ser una especulación dogmática.

No obstante lo anterior, entre las instituciones judiciales que en el proyecto actual adquieren particular importancia está el equipo de investigación (*parquet*), órgano auxiliar de un procurador que hace las veces de Ministerio Público internacional. La relevancia de este organismo es la de que, a diferencia de los proyectos elaborados con anterioridad por la Comisión de Derecho Internacional, en la propuesta actual no corresponde a los Estados denunciados fungir como acusadores a todo lo largo del proceso. La presencia de un acusador y un equipo semiautónomo de investigación solidifican la estructura del tribunal y hacen más clara la existencia de una pretensión punitiva internacional.

Un actor singular en el sistema procesal de la nueva Corte lo es sin duda el propio Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En efecto,

<sup>28</sup> IT/32, 14 de marzo, 1994.

con una evidente influencia del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia, los artículos 23, numeral 1, y 26, numeral 1, del proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, dotan al Consejo de Seguridad de la facultad de someter a la Corte cualquier caso que aquél considere viola el artículo 20 del Estatuto, es decir, la disposición que refiere genéricamente los delitos internacionales. La mencionada facultad a favor del Consejo de Seguridad es uno de los mayores riesgos contenidos en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, toda vez que con una vaga referencia al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede sin necesidad de otro procedimiento preliminar poner en marcha al aparato judicial internacional. El Consejo encuentra así en el actual proyecto, un instrumento más para el aumento de sus competencias a nivel internacional.

#### VIII. LAS PENAS APLICABLES POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El artículo 47 del Estatuto señala las penas que la Corte puede pronunciar cuando ella determina el castigo que se debe inflingir en un caso dado. Estas penas comprenden desde la prisión temporal por un periodo determinado de años, hasta la prisión por vida o en su caso multa por un monto dado. La pena de muerte se encuentra excluida de entre las penas que la Corte Penal Internacional puede aplicar, toda vez que iría en contra de un amplio bagaje jurisprudencial internacional que se ha pronunciado en contra de dicho castigo.<sup>29</sup>

#### IX. CONCLUSIÓN

En la sesión 2374 de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, quedó aprobado el proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional. De manera posterior, en la sesión 2376, la propia Comisión decidió recomendar a la Asamblea General que convocara a una conferencia internacional para examinar el proyecto y se concertara una convención para el establecimiento de la Corte.

La creación de la Corte pone de manifiesto la tendencia a una cada vez mayor vinculación directa del individuo con el derecho internacio-

<sup>29</sup> Réserves a la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, *Recueil*, 1951.

nal. Este fenómeno, que ya lo habíamos visto progresar desde el sistema de reparaciones previsto por el Tratado de Versalles en sus artículos 304 y 305, ha mostrado durante el presente siglo una evolución permanente, en especial en los ámbitos de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional.

Desde Nüremberg hasta Sarajevo, el derecho internacional general ha buscado una solución ante la persistencia de graves crímenes a nivel internacional. Sin embargo, todos los proyectos para disminuir las competencias de los Estados nacionales en materia criminal se han visto descartados ante el celo justificado de los países del Tercer Mundo, a quienes la experiencia les ha demostrado que la mayoría de las veces, casualmente los delincuentes pertenecen a un Estado miembro de esa comunidad.

El derecho aplicable por la Corte es uno de los problemas más mal planteados por la Comisión de Derecho Internacional. Los constantes reenvíos en el Estatuto, así como las lagunas en el derecho penal internacional, convierten en una petición de principio a las definiciones y a la tipología criminal internacional.

La Comisión escogió la vía convencional para la creación de la nueva Corte; esto no es casual, pues permite lograr este delicado objetivo mediante la utilización de una diplomacia menos espectacular y sin revisionismos al sistema onusiano. Una solución más duradera habría sido poner en marcha el procedimiento de reformas previsto por el artículo 109 de la Carta de las Naciones Unidas.