



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES SOCIALES

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOBRE AMÉRICA DEL NORTE

CENTRO REGIONAL DE INVESTIGACIONES MULTIDISCIPLINARIAS

EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
DOCTOR EN CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
CON ORIENTACIÓN EN RELACIONES
I N T E R N A C I O N A L E S
P R E S E N T A :
JUAN CARLOS VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS



COMITE TUTORAL

DR. MANUEL BECERRA RAMÍREZ (TUTOR PRINCIPAL)

DRA. ALEJANDRA SALAS-PORRAS SOULÉ

DRA. GLORIA RAMÍREZ HERNÁNDEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO, D. F.

OTOÑO DEL 2003



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**A TU MEMORIA, MADRE,
PORQUE ANTES DE YO SER, EN TÍ YA ERA.
A TU LARGA HISTORIA, PADRE,
PORQUE ANTES DE SABER, EN TÍ YA SABÍA.**

A VIRGINIA (VICKY), MI OTRA MITAD, POR SU AMOR, TOLERANCIA Y FIEL COMPAÑÍA .

A MARÍA DEL CARMEN, POR SU SACRIFICIO Y SU ENÉRGICA PROTESTA CONTRA LA JUSTICIA DIVINA.

A IÁN JOSUÉ Y A KARLA DEL CARMEN, MIS SUCESORES, POR EL PERENNE AMOR FILIAL .

A MIS HERMANOS, SOBRINOS Y FAMILIARES, POR LA HERMANDAD QUE NUTRE Y ENALTECE .

A JUAN IGNACIO, LUIS FELIPE Y CARLOS GABRIEL, HIJOS Y AMIGOS, QUE SE CONJUGAN EN UNO SOLO.

A MIS NIETOS: LORENITA, DIEGUITO Y MARIANITA, POR DEVOLVERME AL NIÑO QUE HABÍA OLVIDADO.

A TODA MI FAMILIA POLÍTICA, POR EL LAZO FRATERNAL Y EL COMPARTIMIENTO RESPETUOSO Y CRÍTICO.

A MIS AMIGOS TODOS, DE AYER, DE HOY Y DE SIEMPRE, PORQUE LA AMISTAD ES UN DON DE DIOSES .

A MIS PROFESORES, PORQUE EN ELLOS GERMINÉ PARA LLEGAR A SER UN SEMBRADOR DE SEMILLAS.

A MIS CONDISCÍPULOS, PORQUE ESTUDIAMOS NO PARA SABER MÁS SINO PARA IGNORAR MENOS.

A MIS QUERIDOS ALUMNOS DE TRES DÉCADAS, PUES EN ELLOS MI *ALMA MATER* COBRA VIDA PROPIA.

A TODOS LOS IDEALISTAS DEL MUNDO, YA QUE EL IDEALISMO ES EL GRAN MOTOR DE LA HISTORIA.

A TODOS LOS QUE INVOLUNTARIAMENTE HAYA OMITIDO, A TODOS, PORQUE NADA DEL SER HUMANO ME ES AJENO, AUNQUE LOS HOMBRES NAZCAMOS DIFERENTES Y TERMINEMOS SIENDO COPIAS.

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN GENERAL.	1
------------------------------	---

MARCO TEÓRICO-HISTÓRICO.

1. Liberalismo e idealismo como referentes teórico-históricos.	8
2. Hacia una reinterpretación del neo-idealismo.	9
3. La Teoría Normativa como punto de convergencia disciplinaria del derecho internacional y las relaciones internacionales.	11
4. La importancia de construir una teoría ética internacional crítica.	14
5. Selección analítica de algunas teorizaciones ético-normativas en el derecho internacional y las relaciones internacionales.	17
6. Revisión de otras aproximaciones teóricas éticas y normativas en el derecho y las relaciones internacionales.	21
7. Síntesis de nuestra postura teórica: una categoría ética y moral del derecho internacional y las relaciones internacionales.	29

CAPÍTULO PRIMERO.

EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN EL ACTUAL ORDEN GLOBAL.

1.1. Las grandes transformaciones de la sociedad internacional: del fin del bipolarismo a la globalización de los procesos sociales.	32
1.2. Reflexiones críticas sobre la globalización y su impacto en las relaciones internacionales y en el sistema jurídico internacional.	38
1.3. El dilema de la soberanía estatal en el marco de la transición del derecho internacional y de las relaciones internacionales.	50
1.4. Delito y organización criminal en el derecho y las relaciones internacionales: configuración de un estado anómico de la sociedad global.	60
1.5. Rasgos esenciales de la diseminación de la violencia como estructura anómica del sistema de relaciones internacionales.	76
1.6. Reestructuración general del derecho internacional: niveles críticos, nuevos campos de desarrollo y dinámica de su transformación.	82

CAPITULO SEGUNDO.

ENFOQUES TEÓRICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL.

2.1. Génesis y desarrollo histórico del Derecho Internacional Penal.	100
2.2. Precisiones terminológicas de la expresión 'Derecho Internacional Penal'.	102
2.3. Conceptualización y fines del derecho internacional penal en la doctrina jurídica de los años noventa. Nuestro enfoque teórico.	111
2.4. Las fuentes del Derecho Internacional Penal.	123
2.5. El Derecho Penal Internacional en la perspectiva del Derecho Internacional Privado	153

CAPITULO TERCERO.

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE DE LA HAYA COMO BASES JURISDICCIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL.

3.1. Dimensión estructural y funcional de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas	166
3.2. El desarrollo del derecho internacional jurisdiccional en el ámbito formativo de la Corte Internacional de Justicia y del derecho internacional penal	188
3.3. Puntos básicos de la reforma al sistema judicial internacional: la Corte Internacional de Justicia.	198
3.4. La experiencia histórica de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya	206

CAPITULO CUARTO.

EL OBJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL: LA DEFINICIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES DE GENOCIDIO Y AGRESIÓN.

4.1. El Crimen de Genocidio en el derecho internacional penal	222
4.2. El Crimen de Agresión en el derecho internacional penal	243

CAPÍTULO QUINTO

EL MÉTODO DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL: LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES Y EL COMBATE A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES.

5.1. La organización de la penalización internacional: los Tribunales Penales Internacionales <i>ad hoc</i> .	
5.1.1. Breve referencia a la experiencia de las primeras jurisdicciones penales internacionales <i>ad hoc</i> : los Tribunales de Nuremberg y Tokio.	272
5.1.2. Experiencia general de los tribunales penales internacionales <i>ad hoc</i> para la ex –Yugoslavia y para Ruanda.	278
5.1.3. Comparación de las bases legales de los diferentes tribunales penales internacionales y la Corte Penal Internacional.	291
5.2. La organización de la penalización internacional: la Corte Penal Internacional (CPI).	
5.2.1. Antecedentes inmediatos de la Corte Penal Internacional: el largo camino que condujo a Roma.	295
5.2.2. El derecho constitucional o sustantivo de la Corte Penal Internacional.	299
5.2.3. El derecho derivado o adjetivo de la Corte Penal Internacional.	314
5.2.4. Composición y administración de la Corte Penal Internacional.	315
5.2.5. Jurisdicción de la Corte Penal Internacional: Competencia y Admisibilidad.	322
5.2.6. El derecho internacional procesal de la Corte Penal Internacional.	324
5.2.7. Posición del Estado mexicano ante la Corte Penal Internacional.	353

CAPÍTULO SEXTO

EL MÉTODO DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL: LA ORGANIZACIÓN Y LA COOPERACIÓN PARA EL COMBATE A LA CRIMINALIDAD.

6.1. Las reglas internacionales en materia de persecución: la jurisdicción universal.	
6.1.1. Breves reflexiones sobre la jurisdicción en el derecho internacional público.	374
6.1.2. Contenido y caracterización de la jurisdicción universal.	377
6.1.3. El ejercicio de la jurisdicción universal en algunos países europeos.	391
6.2. Las reglas internacionales en materia de cooperación: la extradición de los autores. de las infracciones internacionales.	
6.2.1. Precisión conceptual de la extradición como regla internacional de cooperación en materia penal.	394
6.2.2. Naturaleza jurídica de la extradición.	396
6.2.3. La subjetividad y los requisitos positivos de la extradición.	398
6.2.4. Corpus de principios jurídicos que aplican en la extradición.	400
6.2.5. La extradición frente al derecho de asilo y el delito político.	401
6.2.6. La extradición como obligación y los requisitos comunes a nivel internacional para el trámite de petición de extradición.	404
6.2.7. El procedimiento de extradición.	405
6.2.8. La extradición en la perspectiva actual del sistema jurídico mexicano.	408
 CONCLUSIONES GENERALES.	 414
 BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN BÁSICA	 421

INTRODUCCIÓN GENERAL.

La actualidad y relevancia del tema del derecho internacional penal radica en el hecho fundamental de que la actual sociedad global, caracterizada por la anomia, el crimen, la violencia y el caos, requiere la existencia de un nuevo orden jurídico internacional, que necesariamente descansa en una concepción humanista y normativa del poder y del sistema de relaciones internacionales, y se exprese dentro de los verdaderos valores de la justicia universal como categoría histórica, en el marco del derecho internacional existente hasta ahora, pero con un considerable incremento de instrumentos y normas nuevas, con un razonamiento y adecuación de las estructuras tradicionales, y con una ampliación sustantiva del contenido de justicia, equidad y ética.

Consideramos que hoy se busca con mayor insistencia en los círculos progresistas del pensamiento jurídico y social y en los ámbitos de la toma de decisiones, la política y el derecho, replantear las avasalladoras tesis del positivismo, del realismo político y del neoliberalismo, que han sido tan demandadas para fundamentar la causalidad, las formas de regulación y los diferentes métodos de explicación de la realidad internacional y tan proclives a un argumento cada vez más desgastado, riesgoso e insuficiente en términos de progreso compartido, tolerancia política, humanidad, paz y armonía, respeto a los derechos humanos, justicia social y desarrollo ético, genuinos y legítimos.

Así, surgen revisiones y reinterpretaciones sobre el *deber ser* de los procesos y de la arquitectura del complejo mundo que vivimos, como es el caso de las concepciones teóricas justicialistas y los enfoques comprensivos del nuevo *normativismo* y de una *ética internacional* que van mucho más allá del ámbito propio del derecho; así como de propuestas críticas sobre lo que habrá de entenderse por jurisdicción universal, cooperación internacional penal, combate a la impunidad y la violencia, protección internacional de los derechos humanos, paz y seguridad en las relaciones internacionales.

Y precisamente en este contexto se inscriben el derecho internacional penal, los derechos del hombre, el derecho humanitario y —valga también enfatizarlo— las singulares aportaciones que los modernos instrumentos procesales y jurisdiccionales, como las cortes de derechos humanos, los tribunales penales internacionales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional y su estatuto y reglas, están haciendo a la codificación avanzada, la universalización de la justicia, y a la consolidación de una visión ético-normativa del quehacer humano como un todo. Contra lo previsto hasta hace poco tiempo, este Tribunal supranacional —cuyo Estatuto de Roma cuenta ya con 139 firmas y 90 ratificaciones— ha logrado superar obstáculos que parecían hace poco insalvables como: los conflictos de las políticas nacionales, las prohibiciones constitucionales, las normas divergentes, la pluriconceptualización de la seguridad estatal, las tesis y posturas soberanas, entre otros.

Y en esta tarea esencial, debemos comenzar a llenar vacíos. Cubrir lagunas en el *logos* y el *ethos* de la nueva ciencia del derecho internacional, como la que se pretende cubrir con la presente investigación doctoral. La justificación de esta tarea se evidencia por sí misma. En efecto, después de una cuidadosa revisión de la bibliografía jurídica editada en Español y en otras lenguas extranjeras, se concluye de primera mano que no existe a la fecha un tratado general y actualizado sobre derecho internacional penal que brinde respuesta satisfactoria tanto a las necesidades de su estudio, teorización y revisión doctrinal, como a los numerosos casos y problemas que en esta materia se presentan cotidianamente en el ámbito de las relaciones internacionales y, en particular, en la relación de México con el exterior, principalmente la que mantiene con sus socios políticos y comerciales. De ahí la relevancia de abocarse a la realización de un trabajo amplio y serio que intente responder a ese requerimiento y constituirse como la modesta aportación de un profesor universitario a la investigación analítica de una dimensión del saber jurídico tan necesaria e importante como desconocida y aún poco debatida.

Por otro lado, se han publicado en los últimos veinte años algunas obras dedicadas a determinados aspectos de esta materia, pero desde la perspectiva internista o territorialista que caracteriza al

derecho penal estatal, el cual llega a abordar elementos y situaciones propias del régimen legal de extranjería, dando lugar a lo que parte de las principales escuelas de pensamiento jurídico europeo –Francia, Alemania, Italia— y latinoamericanas –Brasil, Argentina, Colombia—, denominan como derecho penal internacional, en vez de lo que otros interesados identificamos claramente como un derecho internacional penal. Así es, una parte de la doctrina hace una diferencia entre ambos campos: el primero se refiere al derecho penal nacional que tiene implicaciones con el derecho internacional; el segundo, por el contrario, estudia los aspectos criminales del derecho internacional; aunque ambos comparten áreas comunes que llegan a superponerse, como es el caso de la extradición.

A lo largo de la presente investigación se podrá apreciar que las relaciones internacionales y el derecho internacional se encuentran cada día más profundamente enlazados con el quehacer cotidiano de las sociedades de todos los países del orbe y con la vida en común de la sociedad internacional. La actual transnacionalización de múltiples actividades políticas, económicas y sociales y culturales, trae aparejada una diseminación multidireccional de las actividades delictivas y las conductas criminógenas que demandan una especial colaboración entre los Estados y por medio de las organizaciones internacionales para prevenir y reprimir, en su caso, las acciones de este género que desde el interior de los territorios estatales tienden a traspasar las fronteras y causar perjuicio.

Es poco conocido el hecho de que la Organización de las Naciones Unidas ha impulsado a partir de los años recientes, la construcción, estudio y difusión del *derecho internacional penal*, que se relaciona con el complejo mundo de la represión del delito y que aún dista de haber alcanzado los niveles de aplicación que se requieren para dar mayor eficiencia y eficacia a las medidas que se acuerdan en las reuniones internacionales, las más importantes de ellas precisamente convocadas por la ONU, organización que todavía es la instancia supranacional más adecuada para coordinar la cooperación multilateral y estructurar un sistema de *justicia penal internacional*, requisito *sine qua non*, para enfrentar con éxito el delito estatal, internacional y transnacional.

Hoy en día resulta difícil hablar de justicia penal internacional sin hacer referencia obligada a la cooperación penal internacional, y viceversa. Los hechos evidencian la importancia que tienen la justicia y la cooperación penal para la prevención y represión de delitos y sus consecuencias en los planos nacional e internacional, en virtud de que --amen de otras razones— el contexto de la delincuencia nacional o interna de los Estados constituye un caldo de cultivo para el desarrollo de la delincuencia internacional, y más aún, cuando la criminalidad interna logra la formación de redes eficientes, constituye un importantísimo soporte para la organización de actividades delictivas internacionales. Conductas antijurídicas que tienden a exacerbarse con las infracciones del propio Estado contra los derechos humanos, los crímenes que comete en afrenta a los pueblos y las violaciones que realiza –por lo general impunemente— al orden internacional, en aras del discurso oficial de la seguridad y la estabilidad política estatales.

En el actual sistema de relaciones internacionales resulta de vital consideración la creciente tecnificación y modernización de las organizaciones delictivas y del crimen organizado, y su connivencia con los gobiernos, que pone en tela de juicio la calidad de respuesta de las entidades responsables de la ejecución de la ley en la mayoría de los países y en la sociedad de Estados, lo cual refuerza la urgente necesidad de estructurar un nuevo esquema de justicia y cooperación penal internacional, que contrarreste, en la práctica y no en el discurso político o en el infructuoso asambleísmo, un problema que más que internacionalizarse, se ubica ya en los rangos de un verdadero protagonismo global.

Ya en tratándose de aspectos directos y concretos de la *Justicia Penal Internacional*, destacan algunos argumentos sobre los que vale la pena reflexionar para lograr una mejor aproximación introductoria al tema principal. En un primer nivel, se trata de esclarecer lo que hoy se conoce como *alcance de la justicia penal*. Cabe entonces hacer una breve cogitación sobre la trascendencia territorial, siempre en auge, de la justicia penal. Se trata de una cuestión delicada, que tiene un escenario y unas oportunidades mucho mayores que el tema penal. A partir de la segunda posguerra se ha llegado al consenso internacional de que la *movilidad de la delincuencia* debe compensarse y combatirse con la

movilidad de la justicia penal; la cual debe ser ubicua --como lo sostenía Beccaria-- para que: "no haya lugar donde encuentre refugio el criminal".

En un *segundo nivel*, el de la *Codificación* y la *Jurisdicción*, se afirma que una consecuencia regular de este género de preocupaciones, vinculadas además a los hechos de la segunda conflagración mundial, es la aparición de una *justicia penal internacional* en su triple expresión: a) como *catálogo de delitos y crímenes*; b) como *sistema de enjuiciamiento*, y, c) como *régimen de ejecución*. De esta manera, la sociedad internacional de Estados, congregados por una cultura jurídica común --que se cifra en el derecho convencional, en la costumbre internacional o en los principios generales del derecho-- se organiza y hace frente al flagelo de la delincuencia y el crimen. Aquí surgen diversas cuestiones. Una de ellas es la incorporación al sistema jurídico estatal o interno de "tipos penales anticipados y acordados en sendos convenios internacionales, que abundan, y que es una especie de vértice para el encuentro del *ius gentium* con el *ius civile*". Otra es la responsabilidad internacional del Estado por hechos de sus servidores --o de sujetos que actúan, *de facto*, por la cuenta o con la complacencia del Estado--, que es una responsabilidad colectiva. Sin pasar por alto, una más que es la responsabilidad internacional de los individuos por los crímenes que cometen, sea bajo el imperio del derecho local, sea bajo los términos del derecho internacional penal, que constituye una *responsabilidad individual típicamente penal*.

En un orden paralelo de ideas, cabe afirmar que la justicia penal internacional es un corpus y un sistema inconcebible e irrealizable si se le pretendiera soslayar o apartar --como algunos pudieran llegar a suponer-- de su vinculación histórica con el derecho internacional humanitario, con el derecho internacional de los derechos humanos y con el nuevo derecho internacional penal. En esta tesitura, los juristas más progresistas de la actualidad se preguntan acerca de la *eficacia incriminadora* de las condenas emitidas por tribunales internacionales y regionales de derechos humanos. Evidentemente --y se afirma bien-- se trata de cuerpos colegiados no punitivos, de cortes no penales; sin embargo, tampoco pueden ser irrelevantes sus fallos y sentencias para la justicia penal interna, cuando indician --señalan directamente y de manera probada-- a los autores de las *violaciones que tienen una doble calificación*: hechos ilícitos en el derecho internacional y delitos en el doméstico.

Por otra parte, en un primer intento por esclarecer la correlación disciplinaria entre el derecho internacional penal y la justicia internacional en materia penal, partiremos de la tesis de que el orden jurídico internacional está dirigido a los Estados, sujetos originarios y genéricos del derecho internacional; presentándose la situación de que las personas privadas sólo pueden invocar una norma del *ius gentium* cuando el Estado la integra a su derecho interno. Empero, hoy existe mayor reconocimiento de personalidad jurídica al individuo, como ocurre cuando los Estados deciden conferirles derechos o imponer obligaciones a las personas físicas en el orden normativo supraestatal. En realidad el derecho internacional penal no ha permitido la creación de un verdadero código penal aplicable a los individuos, pero sí ha sido posible constituir el fundamento de una corte penal internacional permanente hoy ya en funciones. Hasta la fecha, generalmente los Estados han ampliado la jurisdicción de sus tribunales internos y aun legislan sobre las infracciones realizadas por individuos o personas extranjeras, lo cual reflejaría la existencia de un sistema de *aplicación indirecta del derecho internacional penal* y una especie de "*suplencia jurídica*" ante un tribunal penal internacional aún sin experiencia.

Coincidimos con algunos autores en afirmar que desde la perspectiva del *derecho sustantivo* el derecho internacional penal comprende dos tipos de normas. Por un lado, las resultantes de un conjunto de convenciones internacionales tendientes a definir ciertos hechos ilícitos con el fin de unificar las legislaciones penales nacionales y facilitar la persecución y sanción de los delitos previstos convencionalmente. Por el otro, aquellas disposiciones jurídicas internacionales que consideran que existen ciertos crímenes internacionales cuya gravedad amerita la creación de un tribunal penal internacional para sancionarlos, junto con un código penal específico, para que la justicia penal internacional se materialice. En el primer caso, se trata de infracciones internacionales en las que el individuo actúa a título personal; mientras que, en el segundo, se consideran las infracciones internacionales realizadas por individuos en su calidad de agentes públicos.

Resumiendo: las distintas corrientes de opinión coinciden en enfatizar que la sanción de los crímenes internacionales es distinta según se trate de personas privadas o de agentes del Estado; siendo la facultad de represión en el primer caso, exclusivamente nacional; y en el segundo, la sanción del individuo como agente público se ha dejado a *tribunales penales internacionales*. Esta situación ha hecho pensar a varios autores que, sólo en este último supuesto, es posible hablar de *derecho internacional penal* y de *justicia internacional en materia penal*. En fin, estas y muchas otras reflexiones más habrán de tratarse a lo largo de la presente investigación, sobre la cual haremos a continuación una descripción sumaria, para que el lector tenga un panorama general del contenido principal del trabajo y de los principales apartados de su desagregación temática.

Comenzaremos entonces por señalar que nuestra aportación parte de una pregunta central: ¿Existe un derecho internacional penal? Misma que contextualizada podría ser planteada de la siguiente manera: ¿Existen transformaciones en el sistema de relaciones internacionales que repercutan en la estructura, contenido y desarrollo del derecho internacional general y que originen el surgimiento y consolidación de un derecho internacional penal como rama autónoma de alcances universales? Esta pregunta, formulada como aseveración a ser demostrada, constituye nuestra hipótesis central, esto es: el derecho internacional penal constituye un campo específico y nuevo del derecho internacional general que responde a una de las demandas más persistentes de la sociedad contemporánea por un nuevo orden jurídico con mayor contenido de justicia, equidad y ética, y es a su vez un elemento cada vez más necesario de la estructura legal y el funcionamiento ordenado del mundo global de nuestros días.

Otros tres cuestionamientos que surgen de la problematización de este primer nivel de conocimiento son, primero ¿cómo influye el proceso de globalización en la concepción tradicional del derecho internacional, la soberanía territorial, la jurisdicción penal, el delito y el crimen internacional? Segundo, ¿para la regulación y estudio de la realidad social internacional se requiere de una forma de concurrencia entre el derecho internacional y las relaciones internacionales en el marco ético y normativo? Y, tercero, ¿cómo se inscribe el derecho internacional penal en el cuadro general de investigación del derecho internacional general, las relaciones internacionales y los derechos humanos?

El tratamiento de esta problemática es fundamental y hace necesario primeramente, el planteamiento de un marco teórico y del contexto histórico-social en el que se desarrollará el objeto principal de la investigación, que es el discernimiento disciplinario del derecho internacional penal y su aplicación a los fenómenos cotidianos y concretos de las relaciones internacionales. En este ejercicio metodológico se busca mostrar la manera en que se establece la conexión —cooperación disciplinaria— entre el derecho internacional como ciencia prescriptiva o precognitiva y las relaciones internacionales como ciencia explicativa o cognitiva, para conseguir el propósito que ambas ciencias comparten: ordenar y comprender la realidad social internacional. Particularmente resulta interesante identificar cómo ambas ciencias convergen en esta tarea común utilizando las herramientas que proveen las teorías normativas, los denominados enfoques neo-idealistas y las concepciones éticas y filosóficas que se desarrollan cada vez con más fuerza hasta constituir hoy verdaderos paradigmas y estructuras explicativas de creciente aceptación en el mundo del conocimiento social crítico.

Con este encuadre teórico-conceptual, la investigación discurre a través de seis capítulos bien delimitados, de los cuales el primero constituye el contexto general en el que habrán de desarrollarse los cinco capítulos restantes (concepto, sujetos, objeto y método del derecho internacional penal). El diseño capitular es integral como pretende demostrarse a partir de este Capítulo Primero, cuya denominación es: "*Derecho internacional y relaciones internacionales en el actual orden global*". Lo integran seis sub-capítulos con temas que van —como a lo largo de toda la investigación— de lo general a lo particular, con una vertebración que busca darles coherencia y lógica, íntimamente relacionados, complementarios, y con puntos de conexión. El orden en que se presentan y una breve explicación de su contenido se señalan a continuación:

El primero y el segundo, son de naturaleza referencial y explican la configuración de un panorama de las *grandes transformaciones* que han tenido lugar en la *sociedad internacional*, en un marco

temporal que va del fin del bipolarismo a la globalidad de los procesos sociales; se trata de ubicar esencialmente los cambios estructurales y de significación cualitativa. El tercero, consiste en la reflexión crítica de la propia *globalización* y su impacto en las relaciones internacionales y en el sistema jurídico internacional; se busca la aprehensión integral del fenómeno, atendiendo su naturaleza compleja y diversa, sin privilegiar la perspectiva económica o comercial. El cuarto, se dedica al estudio del dilema de la *soberanía estatal* en el marco de la transición significativa de los órdenes de las relaciones internacionales y el jurídico internacional; aquí se trata de discernir el problema que plantea el gradual desdibujamiento de las fronteras físicas y el choque que se produce entre los distintos principios y tesis que en el pasado convivieron en relativa armonía, como la inmunidad jurisdiccional del Estado, la territorialidad de la ley penal, la concepción internista del delito y el castigo, y el privilegio soberano del Estado en materias de criminalidad, procesamiento judicial y penalización.

El quinto, lo ubicamos como *delito y organización criminal en el cuadro actual del derecho y las relaciones internacionales: configuración de un estado anómico de la sociedad global*; y el sexto, lo denominamos *rasgos esenciales de la diseminación de la violencia como estructura anómica del sistema de relaciones internacionales*. Ambos se fundan en la dicotomía ineludible que encarnan la cooperación y el conflicto en el cuadro actual de las relaciones mundiales y que motivan la gestación de un estado patológico de la actual sociedad global. Los dos niveles de análisis son importantes porque, entre otras razones, ofrecen una respuesta objetiva a la pregunta de por qué tienden hoy a crecer y difundirse tan rápidamente conceptos como criminalidad internacional, justicia internacional, derecho internacional penal, jurisdicción universal, extradición positiva, cooperación judicial, derecho comunitario, injerencia por razones humanitarias, entre otros.

El sexto, se inscribe como uno de los procesos más determinantes y característicos de las relaciones jurídicas internacionales, es decir, la *reestructuración general del derecho internacional*, donde destacan los niveles críticos de ese gran reacomodo y los alcances de su transformación dinámica. Y ello es relevante para el tema central, porque en la sinergia producida, el derecho internacional penal también es sacudido en su estructura y contenido y a la vez es proyectado a nuevas dimensiones y a nuevos terrenos de experimentación jurídica y política. Tratamos de demostrar que es innegable la existencia de una gradual extensión del derecho internacional a numerosas cuestiones nuevas, como las del orden penal y jurisdiccional, respondiendo así a las demandas particulares y al estilo que imponen los nuevos principios de la organización del Estado y el creciente control público-privado de las actividades políticas y económicas

Una vez que ha quedado preliminarmente demostrada la existencia de un nuevo derecho internacional penal, emerge la necesidad de intentar una primera aproximación epistemológica. Aquí la pregunta a responder será, ¿cómo surge, se concibe y conceptualiza el derecho internacional penal y cuál es su naturaleza, fuentes, estructura y contenido? Para ello nuestra tarea ha consistido en construir un Capítulo Segundo que puede encuadrarse bajo la denominación de *<Enfoques teóricos del derecho internacional penal>*, título que parece corresponder mejor a nuestros alcances intelectuales, a la demostración de las hipótesis y a la consecución de los objetivos planteados, amén de que resulta más viable y menos ambicioso que la pretensión original de armar una teoría general del derecho internacional penal. De esta manera, se articulan cinco sub-capítulos que pasamos a describir someramente.

El primero, se identifica como *Génesis y desarrollo histórico del derecho internacional penal*, donde se plasman los antecedentes más importantes y las aportaciones doctrinales más relevantes, incluyendo un análisis crítico personal que procura ubicarlas objetivamente en correspondencia con su contexto histórico. El segundo, *Precisiones terminológicas de la expresión 'derecho internacional penal'*, consiste en un recorrido detallado y preciso que busca coadyuvar al esclarecimiento de esta cuestión, para arribar a un punto toral de la discusión que es el de la ambigüedad de la expresión 'derecho internacional penal', y frente a lo cual proponemos nuestra propia contribución para lograr la necesaria unificación terminológica. El tercero, lleva por nombre *conceptualización y fines del derecho internacional penal en la doctrina jurídica de los años noventa*, donde se hace una revisión doctrinal seleccionada, procurando recuperar la lógica del debate, para establecer un concepto más completo y

unos fines más precisos de esta disciplina, generando así nuestro propio enfoque teórico, mismo que está encaminado al logro de una definición convalidada de su contenido disciplinario: *subjetividad, objetividad y metodología*.

El cuarto, expone el tema obligado de *las fuentes del derecho internacional penal*, donde se lleva a cabo una revisión crítica de las fuentes tradicionales y las no convencionales como los tratados y la costumbre, empero destacando el papel esencial que hoy juegan las fuentes subsidiarias como la jurisprudencia penal, los principios generales de derecho penal nacional e internacional, las resoluciones de organismos penales internacionales, la contribución de academias e institutos de vanguardia mundial en materia jurídico penal, así como el derecho penal interno de los Estados. A su vez, el quinto, intitulado *el derecho penal internacional en la perspectiva del derecho internacional privado*, tiene dos características importantes; por un lado, incorpora un tema hasta ahora prácticamente ignorado por los tratadistas del derecho internacional privado, y por el otro, describe analíticamente la manera cómo en éste se inscribe la disciplina del derecho internacional penal. La recuperación de este campo de estudio permite comparar y ubicar con mayor precisión al derecho internacional penal en el espectro disciplinario del derecho internacional general y de las relaciones internacionales.

En otro orden de ideas y siguiendo la argumentación central de la investigación, se presenta el Capítulo Tercero, que lleva por enunciado el de la *<La Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya como bases jurisdiccionales del derecho internacional penal>*, y se encuentra dividido en cuatro subcapítulos precisos. El primero, se denomina *Dimensión estructural y funcional de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas*, que está compuesto por cinco epígrafes: antecedentes y generalidades introductorias al estudio de la Corte Internacional de Justicia, contenido básico del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, visión resumida del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Internacional de Justicia en tanto que sujeto de la actividad jurisdiccional internacional, y para cerrar con la función jurisdiccional internacional de la Corte Internacional de Justicia. El segundo, se intitula *El desarrollo del derecho internacional jurisdiccional en el ámbito formativo de la corte internacional de justicia y del derecho internacional penal*, y se integra también con cinco apartados que son: nociones conceptuales, el Derecho Internacional Jurisdiccional (Procesal) y Derecho Procesal Internacional, vigencia de la norma internacional jurisdiccional (procesal), método para la teoría y la práctica internacional jurisdiccional (procesal), y las fuentes del derecho internacional jurisdiccional. El tercero, se refiere a los *Puntos básicos de la reforma al sistema judicial internacional: la Corte Internacional de Justicia*. Y, finalmente, el cuarto, se dedica a la *experiencia histórica de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya*, y está compuesto por cuatro apartados: antecedentes históricos y creación de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, organización, desarrollo y funcionamiento de la Corte Permanente de Arbitraje, actualidades y perspectivas de la Corte Permanente de Arbitraje, y concluye con la experiencia de la CPA en los Casos materia de su competencia y su contribución al derecho internacional jurisdiccional.

Por su parte, el Capítulo Cuarto, encuadrado dentro de la denominación de *<El objeto del derecho internacional penal: la definición de los crímenes internacionales de Genocidio y de Agresión>*, y contiene básicamente dos subcapítulos específicos. El primero, se dedica por completo al *Crimen de Genocidio en el derecho internacional penal*, y se explica a través de cinco puntos de reflexión jurídico-política: el crimen de genocidio en la Historia, los antecedentes jurídicos, la evolución jurídica del crimen de genocidio: historia del concepto, los primeros instrumentos jurídicos, y para terminar con los instrumentos jurídicos internacionales actuales. El segundo, por su parte, se refiere al *Crimen de Agresión en el derecho internacional penal*, y contiene seis epígrafes: una introducción, la referencia obligada: la prohibición al uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la definición del acto de agresión y la responsabilidad internacional del Estado, la definición del acto de agresión en el marco de la organización internacional: las aportaciones de la Organización de las Naciones Unidas, y la definición del crimen de agresión: un asunto pendiente en la agenda jurídico-política de las relaciones internacionales. Finalmente, en el sexto epígrafe se consignan las reflexiones terminales a las que se arribó en el tema.

Seguidamente, daremos paso a la revisión exhaustiva del Capítulo Quinto, cuyo contenido se enmarca bajo de denominación de <El método del derecho internacional penal: los tribunales penales internacionales y el combate a los crímenes internacionales>, y que es el más detallado de toda la tesis al incorporar tres espacios definidos de discusión donde se vierte la esencia de las experiencias jurisdiccionales internacionales penales más importantes producidas hasta ahora. En primer lugar, se plantea la organización de la represión internacional a través de los primeros tribunales penales internacionales *ad hoc* (Nuremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda). Y en segundo lugar, se abre un campo específico para el tema más actual de la organización de la represión internacional, esto es, la Corte Penal Internacional. Se trata de un tema novedoso, amplio y complejo que ha ameritado el tratamiento puntual y conciso de los diferentes aspectos que conforman su estructura jurídica y política. Por ejemplo, su derecho constitucional (el Estatuto), su derecho derivado o reglamentario (Elementos y Reglas), su composición y administración, su jurisdicción (competencia y admisibilidad), su derecho procesal, y la designación de fiscales y magistrados; sin pasar por alto, obviamente, el balance que arroja la posición que ha venido asumiendo el Estado mexicano ante este Tribunal.

Subsecuentemente, para darle continuidad al debate que cobra impulso en torno a la metodología de nuestra disciplina, se desarrolla el Capítulo Sexto cuyo título es el de <El método del derecho internacional penal: la organización y la cooperación para el combate a la criminalidad>, donde se problematizan dos discusiones principales, convergentes e imprescindibles para la comprensión cabal de la epistemología de esta novedosa rama del saber jurídico. Se trata, en primera instancia, de las reglas internacionales en materia de *persecución*, donde destaca el contenido y caracterización del principio de *jurisdicción universal*, así como la experiencia práctica de su ejercicio por parte de un selecto grupo de países desarrollados. En segunda instancia, se reflexiona críticamente en torno a las reglas internacionales en materia de *cooperación*, haciendo hincapié en la institución de la *extradición* de los autores de las infracciones internacionales. Se pretende agotar este último rubro a través de una visión sumaria e integral que comprende elementos de análisis tales como, el concepto, la naturaleza jurídica, la subjetividad, los requisitos positivos, los principios jurídicos, su posición frente al asilo y el delito político, al igual que reflexiones terminales en cuanto al trámite de petición, el procedimiento y el papel que juega este instituto de cooperación penal internacional en el sistema jurídico mexicano.

Para finalizar, se presenta un corpus de *Conclusiones Generales* de la tesis doctoral presentada, mismo que contiene las apreciaciones terminales y algunas proyecciones y perspectivas del tema central, junto con la bibliografía y hemerografía básicas, cuya consulta y estudio hicieron posible el respaldo y sustentación del trabajo de investigación con el que estamos culminando una etapa esencial de nuestra formación académica y universitaria.

MARCO TEÓRICO — HISTÓRICO.

(Hacia una convergencia disciplinaria ético-normativa del derecho internacional y las relaciones internacionales en el estudio de la realidad social global).

Para enmarcar teórica e históricamente esta afirmación central, en el sentido de que se requiere actualmente una convergencia disciplinaria ético normativa del derecho internacional y las relaciones internacionales para el estudio de la realidad social global, hemos optado por una exposición metodológica de seis niveles básicos de reflexión que permitirán asumir, en un séptimo nivel, una postura teórica propia:

1. Liberalismo e idealismo como referentes teórico-históricos.
2. Hacia una reinterpretación del neo-idealismo.
3. La teoría normativa como punto de convergencia disciplinaria del derecho internacional y las relaciones internacionales.
4. La importancia de construir una teoría ética internacional crítica.
5. Selección analítica de algunas teorizaciones ético-normativas en el derecho internacional y las relaciones internacionales.
6. Revisión de otras aproximaciones teóricas éticas y normativas en el derecho y las relaciones internacionales.
7. Síntesis de nuestra postura teórica: el imperativo de converger en la categoría ética y moral del derecho internacional y las relaciones internacionales.

1. Liberalismo e idealismo como referentes teórico-históricos.

El pensamiento liberal es generador del pensamiento idealista y de la teoría normativa en las relaciones internacionales encontrando su expresión directa e inmediata, aunque no la única, en el derecho internacional. Al igual que el internacionalismo liberal, la era del idealismo (desde principios de del siglo XX hasta finales de los 1930s) fue motivada por el deseo de prevenir la guerra. Sin embargo, muchos idealistas miraron con escepticismo que los principios del liberalismo económico, como el libre comercio, traerían aparejada la paz. Gente como J. A. Hobson, apuntaban cómo el imperialismo —la subyugación de los pueblos extranjeros y de sus recursos— estaba deviniendo en la principal causa de conflicto en la política internacional. Él consideraba al imperialismo como resultado del bajo consumo dentro de las sociedades capitalistas desarrolladas. Estos grandes capitalistas se lanzaron en la búsqueda de los más altos beneficios a lo largo y ancho del mundo, originando una competencia dinámica entre Estados y acrecentando el militarismo, lo que condujo —como en Irak 2003— a la guerra. Observamos que de aquí parte el argumento liberal internacionalista de que el capitalismo era inherentemente pacífico. El hecho de que gran Bretaña y Alemania tuvieran economías muy interdependientes antes de la Primera Guerra, pareció confirmar la ruptura fatal de la asociación liberal internacionalista de *interdependencia* con paz. Desde inicios del siglo, las contradicciones al interior de la civilización europea de progreso y ejemplo por un lado y el equipamiento del poder industrial con propósitos militares por el otro, no pudieron ser contenidos por más tiempo. Europa sucumbe así ante el apocalipsis de la conflagración donde no sólo desaparecen 15 millones de personas y se derrumban tres imperios, sino que se crean factores contribuyentes a la Revolución Rusa de 1917.

La Primera Gran Guerra trastoca el pensamiento liberal y lo obliga a reconocer que la paz no es una condición natural sino un bien que debe ser construido. En una crítica férrea de la idea de que la paz y la prosperidad eran parte de un orden natural latente, el autor y publicista Leonard Woolf argumentó que éstas requerían de una maquinaria concienzudamente revisada. Empero, fue Woodrow Wilson el más conocido idealista y promotor de la propuesta de establecer una autoridad internacional para la conducción de las relaciones internacionales, una institución supraestatal capaz de regular la anarquía imperante. Se afirmaba que la seguridad no podría descansar más en la diplomacia bilateral secreta ni en el sistema de balance de poder; que al igual que la sociedad

doméstica la sociedad internacional debería disponer de un sistema de gobierno con procedimientos democráticos para el arreglo de disputas, y una fuerza internacional que pudiera ser movilizada en casos de fallo en las negociaciones. En este sentido –al igual que el derecho internacional lo hace respecto del derecho interno– el idealismo liberal descansa en una analogía doméstica.

Consideramos así que, la experiencia de la Sociedad de Naciones si bien se estima fue un fracaso, sería injusto negarle sus atributos y aportaciones a las Naciones Unidas y al sistema político mundial de la segunda posguerra. Las circunstancias para su desarrollo pleno, le fueron muy poco favorables. Bajo el impacto avasallante de la retórica moral para su creación, la Liga fue un *proyecto* decididamente *idealista*, pues en la práctica los Estados permanecieron aprisionados por sus propios intereses. Y si bien este fue el órgano del orden idealista del periodo de entreguerras, cabe destacar otras ideas que dominaron el pensamiento liberal de la época. La educación se agrega de manera vital a la agenda liberal, partiendo de aquí los orígenes del estudio de las Relaciones Internacionales como una disciplina en *Aberystwyth en 1919* con la fundación del profesorado Woodrow Wilson, una de cuyas principales tareas consistió en promover la Sociedad de Naciones como una contribución al “entendimiento verdadero de otras civilizaciones diferentes a la nuestra propia”. Así, llegamos a la conclusión de que es esta deliberada aproximación *normativa* a la disciplina de las Relaciones Internacionales, donde radica la creencia de que el conocimiento debe referirse a lo que *es conveniente* no a lo que *es justo*, lo que ubica a los *idealistas* apartados de los *institucionalistas*, quienes habrán de llevar la bandera del liberalismo a través del primer periodo de posguerra.¹

2. Hacia una reinterpretación del Neo-Idealismo.

Continuando el hilo de esta discusión preliminar, se invita al lector a revisar de manera breve y concisa la aportación de esta corriente, para tratar de dilucidar cómo se inscriben en ella el derecho internacional y las relaciones internacionales.

Al igual que los teóricos e idealistas del periodo de entreguerras, los denominados *neo-idealistas* tienen puntos en común con el internacionalismo liberal: ambos propenden a las formas democráticas de gobierno y consideran que la *interdependencia alimenta la paz*. El neo-idealismo sostiene que la paz y la justicia no son condiciones naturales, sino el producto de un diseño deliberado. Más aún, que el proceso de globalización se ha incorporado a esta tarea de construcción, imprimiéndole mayor complejidad. El aliento o aun el impedimento para que Estados no-liberales se vuelvan más democráticos, es sólo parte de lo que se requiere para lograr un orden verdaderamente liberal. Tratando de ser consistentes con los idealistas originales, los neo-idealistas son de la postura de que es necesaria una reforma real en el nivel internacional: al igual que los propios Estados, las instituciones y entes internacionales requieren estar edificadas sobre bases más democráticas.

De manera similar, el neo-idealismo advierte que los movimientos sociales globales deberían ser incorporados en las estructuras de toma de decisiones, a partir del hecho cierto de que éstas han permanecido cerradas a la gente ordinaria y sin investidura gubernamental. También y con miras a inflexionar el denominado 'déficit democrático' global, sus seguidores son más proclives a señalar el lado oscuro de la globalización que los neoliberales; es decir, son –utilizando la "moderna" jerga mexicana– por lo general, de tendencia y actitudes 'globalifóbicas'.

Los internacionalistas liberales tienden a usar el término 'globalización' en sentidos positivos, como el pensarnos a los hombres conviviendo en una aldea global, con una significativa interconexión

¹ Uno de los trabajos más completos y mejor elaborados para tener una visión integral y ordenada de las diferentes teorías de las Relaciones Internacionales en el siglo XX, es el de John Baylis y Steve Smith (ed.), *The Globalization of World Politics. An Introduction to International Relations*. Oxford University Press, 1998. Hoy se considera al pensamiento *Normativo* o *Normativista* una de las bases conceptuales del liberalismo. Como ya se indicó, el paradigma Normativo se basa en la concepción de que las teorías deberían estar comprometidas con lo que conviene hacer o con lo que es conveniente, en lugar de meramente diagnosticar lo que es o debe ser. Se busca entonces, contra la propia naturaleza y visión ontológica del derecho, que la creación de la norma esté referida a estándares en relaciones internacionales que a los gobiernos y otros actores, les resulta conveniente concertar y establecer.

económica y moral. Para los neo-idealistas más radicales, el mundo se parece más a una escena de un bodrio filmico hollywoodense o japonés, con tecnologías post-modernas coexistiendo con anarquía ética y degradación urbana. Otros seguidores de esta filosofía como Richard A. Falk —profesor de la Universidad de Princeton, EUA, con quien tenemos coincidencias importantes— reconocen que globalización y comunidad son frecuentemente categorías extrañas una de la otra. Así, argumenta el colega que: "*Esta tensión entre los imperativos éticos de la vecindad global y la dinámica de la globalización económica, es una evasión que ha sido característica de todas las variantes post-Wilsonianas del internacionalismo liberal*".²

En este sentido, el internacionalismo neo-liberal ha caído en el consenso netamente neo-liberal que minimiza el papel del sector público en la provisión del bienestar, y eleva al mercado al nivel del mecanismo mayormente apropiado para la asignación de recursos, inversión y oportunidades de empleo. A pesar de que la globalización del liberalismo ha mejorado el índice per cápita de una buena parte de la población mundial, la tasa de incremento en los países desarrollados (25) es muchísimo mayor que en los países atrasados (170).³

Los neo-idealistas ofrecen a los internacionalistas liberales un conjunto de prescripciones radicalmente diferente. Al nivel de organizaciones internacionales, escritores reconocidos como David Held, Bertrand Badie, Zaki Laidi, Norberto Bobbio, y Danielle Archibugi entre otros, creen firmemente que la política global debe ser democratizada. Por ejemplo, el diagnóstico de David Held comienza por revelar las disfunciones del 'orden Westfaliano' (o sistema de Estados moderno que convencionalmente se remonta a la segunda mitad del siglo XVII). Durante etapas posteriores a este periodo, hemos presenciado la rápida democratización de un número de Estados, pero no ha estado acompañada por la democratización del sistema de Estados (Held, 1993). Y tal reto es crecientemente urgente dado los niveles actuales de interrelación y en virtud de que los gobiernos nacionales ven disminuido su control sobre las fuerzas civiles organizadas y el empuje de sus ciudadanos.

Para Bobbio (1988) el sistema internacional debe romper su postura estática, pues la democracia es esencialmente dinámica, y en este sentido es impostergable la reforma rigurosa de las Naciones Unidas, pues aunque la Carta limita la soberanía de los Estados al reconocer los derechos de los individuos, mantiene prácticamente intacta la arquitectura del sistema político pautado en Westfalia y rediseñado por los poderes aliados al término de la Segunda Guerra Mundial y que se manifiesta, entre otras asimetrías orgánicas por: la jerarquización entre las grandes potencias y el resto de las naciones miembros (simbolizado por la membresía permanente en el Consejo de Seguridad); las enormes inequidades en los niveles de bienestar y prosperidad de los Estados; los mecanismos unilaterales arbitrarios para el manejo cuasi-discrecional de territorios; y un papel bastante reducido de los actores no estatales para influir en la toma de decisiones en el derecho internacional y en las relaciones internacionales.⁴

Los neo-idealistas, además, consideran que en lugar de las construcciones de Westfalia y de Naciones Unidas, debe instaurarse un '*modelo cosmopolitano de democracia*' (en términos del internacionalista Seyom Brown hablaríamos de una *Theory of the World Polity* o una teoría de la comunidad o del gobierno mundial). Este modelo requiere, en primer lugar, la creación de parlamentos regionales y la extensión de la autoridad de aquellos entes regionales (como la Unión Europea o la ANSEA) que ya se encuentran en funciones. En segundo, las convenciones de derechos humanos deben integrarse en los poderes legislativos o parlamentos nacionales y monitoreados por una nueva *Corte Internacional*

² Richard A. Falk, "Liberalism at the Global Level: The Last of the Independent Commissions", *Millenium Special Issue: The Globalization of Liberalism?* 24 (3), 1995.

³ De acuerdo al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) '*el billón de habitantes más rico del mundo supera por 60 veces el ingreso del billón de personas más pobre*'. Para las Naciones Unidas las personas 'pobres' son aquellas sin agua potable o alimentación suficiente para mantener el mínimo de estándares de nutrición. *United Nations Development Programme*, Nueva York, 1999.

⁴ Para un mayor acercamiento a estas reflexiones consúltese Norberto Bobbio, *El Futuro de la Democracia*, FCE, México, 1996.

de Derechos Humanos. En tercero, encausar la reforma del sistema de las Naciones Unidas – especialmente la estructura orgánica central— o su remplazamiento, con un parlamento global o congreso mundial genuinamente democrático y responsable. Respecto de los prospectos para la realización de este modelo metropolitano de democracia, los propios neo-idealistas suelen ser mesurados, y coinciden en que su florecimiento dependerá de la permeabilidad democrática de los regímenes e instituciones que conducen la política mundial.

Finalmente, hacen especial énfasis, no en una reforma democrática macro-institucional, sino también en la democratización de las bases sociales y burocráticas y de los estratos institucionales inferiores. Junto con los liberales radicales, como el ya citado Falk, sostienen que la sociedad civil global tiene un considerable potencial emancipatorio que debe ser encaminado con sapiencia y consistencia. La evolución del *derecho internacional penal*, la *jurisdicción universal*, los *derechos humanos* y el *derecho internacional humanitario*, y su extensión al ámbito de los sistemas jurídicos de los Estados, son por mucho el producto del trabajo de millones de individuos que actúan a través de organismos no gubernamentales, como Amnistía Internacional, la Coalición para la Corte Penal Internacional y Human Rights Watch. De manera coincidente, bajo la cobertura del nuevo pensamiento idealista, varios movimientos globales de protesta son justamente responsables de la mayor sensibilidad y creciente concientización mundial acerca de la degradación del medio ambiente. Este neo-idealismo, que Richard Falk ha denominado '*globalización desde abajo*', es un importante antídoto al *statu quo* del liberalismo dominante que promueve una visión del mundo que santifica las fuerzas del mercado, y que busca solamente una reforma 'light', paliativa, de las instituciones supranacionales como la ONU.

3. La teoría normativa como punto de convergencia disciplinaria del derecho internacional y las relaciones internacionales.

Algunos autores norteamericanos de la teoría internacional como Steve Smith,⁵ incluyen a la teoría normativa dentro de un grupo de teorías –emergidas en la última década del siglo XX— que han sido denominadas como *reflectivistas*. Aquí se incluyen la teoría feminista, la teoría crítica, la sociología histórica y el post-modernismo. Se advierte que estas cinco áreas de reflexión no se reúnen para integrarse en un corpus único o *teoría del reflectivismo*, que pudiera contraponerse por ejemplo a la visión de la *neo-neo síntesis*. Esto es así porque existen notables diferencias entre las mismas teorías reflectivistas, tanto por su enfoque empírico, así como por, fundamentalmente, la percepción que tienen de la construcción del conocimiento. En su propio camino cada una es *post-positivista*, pero son post-positivistas de diferentes maneras.

Por ejemplo, la *sociología histórica*, por su forma de construir el conocimiento, se encuentra más cerca de la neo-neo síntesis que del post-modernismo. Parece ser entonces, que su clasificación como reflectivistas obedece al criterio de que todas, unas más otras menos, rechazan los postulados (tanto estatismo como positivismo) de las consideraciones racionalistas. En resumen, –como indican Brown y Smith— las justificaciones reflectivistas están unidas más por lo que rechazan que por lo que aceptan.

Pasemos ahora a revisar los aspectos sustantivos de la *Teoría Normativa de las Relaciones Internacionales*. Para efecto de un mejor entendimiento de lo que este enfoque representa en el cuadro general de la teoría de las relaciones internacionales y su aplicación en los quehaceres heurísticos del derecho, la ética y la justicia internacionales, es recomendable repasar, con ánimo comparativo-analítico, los trabajos más actuales y representativos en la materia, como los formulados —entre otros autores mas— por Cathal J. Nolan, Joel H. Rosenthal, Mathias Albert, Anthony Ellis, y Crhis Brown. Este último, en su contribución más reconocida *International Relations*

⁵ Steve Smith, 'New Approaches to International Theory', en *The Globalization of World Politics. An Introduction to International Relations*, op.cit. pp.165-183.

Theory, New Normative Approaches (1992),⁶ entiende por teoría normativa de las relaciones internacionales aquel *cuerpo de trabajo que proclama y dirige la dimensión moral de las relaciones internacionales y los cuestionamientos de significado e interpretación generados por la disciplina*. Su tarea básica es: "*abordar la naturaleza ética de las relaciones entre comunidades/Estados, bien sea en el contexto de la vieja agenda, que se centraba en la violencia y la guerra, o en la nueva agenda, que combina esas competencias tradicionales con las actuales demandas por una justicia internacional distributiva*".

Indudablemente, uno de los desarrollos más interesantes de la teorización internacional en la última década ha sido el resurgimiento de la teoría normativa como un enfoque de la teoría de las relaciones internacionales que permite, por su propia naturaleza ontológica y contenido, establecer su vinculación con la teoría del derecho internacional; cuestión de enorme importancia para los propósitos que han motivado la presente investigación. Como lo muestra la propia evolución del derecho internacional general y las relaciones internacionales, durante muchos años la teoría normativa estuvo fuera de moda y fue interpretada como parte del *positivismo*, la corriente principal de la época. Recordemos que el principal reclamo del positivismo fue el establecimiento de una división clara entre hechos y valores. Esto significaba considerar simplemente como poco inteligente invertir demasiado tiempo en debates acerca de lo que el mundo pudiera ser, gustar o parecer; era preferible todo lo concerniente a explicar la manera en que las cosas eran. Obsérvese que esta posición conlleva dos problemas básicos:

a) primero, se trata de una visión muy estrecha sobre lo que es la política, pues desde cientos de años atrás a los estudiosos de esta disciplina les ha atraído la investigación de 'la vida buena', con las fortalezas y debilidades de los medios particulares de vida, y de las formas objetivas de arreglo político. Por lo tanto, definir la política como limitada al dominio empírico resulta un modo muy restrictivo de pensar lo político; después de todo, si desde esta perspectiva, a lo más que puede aspirarse es a discutir *cómo* operan las cosas y no *por qué*, entonces resulta natural, por ejemplo, la existencia de divisiones de poder.

b) segundo, a pesar de que en el positivismo se ve marginado el trabajo normativo, la realidad es que todas las teorías reflejan valores, el problema es conocer si los valores están o no encubiertos. Al respecto, consideramos que, efectivamente, todas las teorías contienen valores que discurren a lo largo de sus análisis: desde el momento en que seleccionan el enfoque con el que los hechos son explicados, pasando por los métodos que utilizan, hasta arribar a las prescripciones de política que ellas sugieren. Esto no significa de modo alguno que la teoría normativa sea casual, u opcional; más bien, todas las teorías contienen afirmaciones e implicaciones normativas, pero en la mayoría de los casos éstas permanecen ocultas.

De fines de los años 1980s a la fecha, es cuando se ha dado el mayor resurgimiento de la teoría normativa sobre la política mundial. En opinión de Smith, quizá sea la del internacionalista Chris Brown (1992) la mejor recopilación sobre la literatura normativa. En su libro -citado líneas atrás- describe dos principales posiciones normativas acerca de la política mundial, *cosmopolitismo* y *comunitarismo*. El cosmopolitismo, sostiene la perspectiva de que toda teoría normativa de la política mundial debe enfocarse sobre la humanidad como un todo o sobre los individuos, mientras que el comunitarismo asume que el enfoque apropiado debe ser sobre la comunidad política (el Estado). Esta distinción significa que los términos del debate son si hay una base para derechos y obligaciones de los Estados en la política mundial o si los soportes de esos derechos y obligaciones son individuales, como individuos, o como un todo, en el sentido significativo de humanidad.

Al respecto, el autor y otros seguidores de la corriente normativa, se plantean algunas preguntas cuyas respuestas son, en términos éticos y normativos, requeridas a la política, a la ciencia jurídica y a

⁶ Editado por *Columbia University Press*, Nueva York, 1992. Chris Brown está adscrito al *Colegio Keynes* de la *Universidad de Kent* en Canterbury. El organiza su trabajo en tres partes fundamentales: i) *Cosmopolitan and Communitarian International Relations Theory*; ii) *Contemporary Theory: Force and Justice*; y, iii) *New Challenges*. Aunque todo el texto es aportativo, no ha sido del todo valorado, principalmente por sus críticos.

las relaciones internacionales. ¿Tienen los Estados el derecho de desarrollar y acumular enormes inventarios nucleares para <defenderse>, si estos cuantiosos armamentos de destrucción masiva pueden potencialmente desaparecer a la humanidad entera? O, ¿Es aceptable para algunas culturas realizar la 'circuncisión o esterilización femenina' porque es 'la manera de hacer las cosas' o hay derechos de las mujeres que son más importantes que los derechos del Estado a tomar sus propias decisiones?

Preguntas como éstas pueden plantearse por cientos, y su resolución en caso de haberla, se da, desafortunadamente, a partir de la 'lógica del poder' y del unilateralismo del Estado y de las decisiones político-jurídicas de los gobiernos. Sin lugar a dudas, las reflexiones expuestas nos conducen al interior de complejos cuestionamientos acerca de la intervención y los derechos humanos, donde podemos percibir cómo los grandes debates normativos tienden hoy día a generalizarse a partir de asuntos y de otras muchas consideraciones como las contempladas por el normativismo y la ética internacional crítica (que analizaremos más adelante).

El punto central de la propuesta de Chris Brown --con la que simpatizamos por la sencillez y claridad de su argumentación, aunque se percibe algo estrecha en ciertos aspectos-- es el uso de la distinción entre cosmopolitismo y comunitarismo para examinar los tres principales puntos de enfoque de la *teoría internacional normativa*:

- El valor moral a asignarse a la autonomía estatal;
- La ética de la violencia interestatal (*Teoría de la Guerra Justa*);
- La dimensión de la justicia internacional con relación específica a las obligaciones que tienen los países más ricos del mundo con los más pobres. ^(*)

Es un hecho cierto y evidente que tanto los cosmopolitistas como los comunitaristas tienen diferentes opiniones sobre estas cuestiones. Tomando como ejemplo el primer punto de enfoque, por un lado el cosmopolitismo rechaza la noción de que los Estados tengan un derecho a la autonomía si ésta les permite acometer conductas que conflictúen los derechos morales de la humanidad como un todo o de los individuos; por el otro, el comunitarismo objeta cualesquiera restricciones sobre la autonomía que no surjan de la comunidad misma. De manera similar, cosmopolitistas y comunitaristas, diferirán sobre cuándo los Estados tienen el derecho de intervenir en los asuntos de otros y sobre cómo deberán evaluarse las demandas por una más justa distribución de los recursos económicos.

Los estudiosos y teóricos particularmente influyentes sobre el primer enfoque lo han sido Beitz (1979), Nardin (1983) y Frost (1996); sobre el segundo, el principal autor ha sido Walzer (1977); y acerca del tercero, los pensadores clave han sido Rawls (1971) y Barry (1989).

En un intento por resumir la teoría normativa a través de sus principales exponentes, mencionaremos a continuación algunos de los puntos esenciales donde el normativismo encuentra su expresión y permite --conforme al planteamiento de nuestra investigación-- la convergencia de la teoría de las relaciones internacionales con la teoría del derecho internacional.

- La teoría normativa ha tenido siempre influencia --más subyacente antes que ahora-- en los estudios sobre derecho internacional y relaciones internacionales, a pesar de que durante décadas se le consideró fuera de moda por el predominio del positivismo, que la encasilló como una teoría de 'valor-residual' y 'no-científica'.
- En la última década ha resurgido el interés por parte de los estudiosos del derecho, la política y las relaciones internacionales por la teoría normativa, conectándola con la teoría internacional y con los principales debates que se han venido desarrollando en la disciplina de

^(*) Desde la perspectiva del pensamiento latinoamericano, este es sólo un aspecto de la Justicia Internacional, que constituye --de hecho, y a la luz de la dinámica actual del derecho internacional y de las relaciones internacionales-- un paradigma de contenido mucho más amplio y de consecuencias bastante más extensas que como lo perciben la mayoría de los representantes del normativismo teórico norteamericano.

la política. Hoy, internacionalistas, juristas y politólogos aceptamos ampliamente que *todas las teorías contienen, explícita e implícitamente, asunciones, supuestos y premisas normativas*.

- La distinción clave en la teoría normativa se da entre cosmopolitismo y comunitarismo. El primero asume las bases de los derechos y obligaciones como individuales, mientras que el segundo las concibe como siendo el Estado.
- Partiendo de los autores más destacados y de las aportaciones doctrinales-normativas más difundidas en el mundo, el teórico Chris Brown identifica tres principales áreas de debate en la teoría normativa contemporánea: la autonomía del Estado, la ética para el uso de la fuerza, y la justicia internacional.

4. La importancia de construir una teoría ética internacional crítica.

Esta concepción del derecho y de las relaciones internacionales la compartimos con varios estudiosos, como es el caso de Mark Neufeld, quien asegura que la visión actual de lo que se entiende por pensamiento <global> es altamente controversial, pues al concebir a las relaciones internacionales y a la política restringidas a los procesos y a las estructuras intra-estatales ha limitado tanto al conocimiento como a la acción, siendo esta apreciación igualmente válida para el proyecto de desarrollar un entendimiento crítico del mundo que permita una práctica emancipatoria.⁷ Empero, no basta con reconocer que el pensamiento a nivel global puede ser una condición para el entendimiento crítico, pues basta revisar los primeros intentos de aproximación al fenómeno de las corporaciones multinacionales como detonantes de lo que ahora se denomina globalización para comprender que la perspectiva global ha marcado el pensamiento y la práctica de las elites internacionales. Y en esta lógica, el contenido de las principales teorías de las relaciones internacionales, supuestamente todas ellas preocupadas por el desenvolvimiento de una perspectiva global de los fenómenos, constituye una de tantas constataciones de este argumento.⁸

Se afirma no sin razón que el pensamiento global no es inherentemente crítico, lo cual supondría que los teóricos internacionales deben ser cuidadosos al identificar cuáles tipos de pensamiento global son críticos y cuáles no. Y un criterio útil para lograr este discernimiento sería en opinión de autores como Neufeld, Smith, Brown, Cox y Horkheimer, por citar algunos, el de *explorar las cuestiones normativas*, aun aquellos teóricos críticos de la política mundial que han promovido regularmente su enfoque en términos de su habilidad para conceder <<en una elección normativa en favor de un orden social y político diferente del prevaeciente>>.⁹ Lo evidente es que la denominada tradición no-crítica del pensamiento global generalmente representado por la corriente principal de la teoría de las Relaciones Internacionales ha marginado los hechos y procesos normativos, de ahí que se sostenga la necesidad ineludible de que un pensamiento crítico genuino, político y jurídico, brinde especial consideración a los asuntos de la ética internacional.¹⁰

Ahora bien, si no todo pensamiento global es crítico y emancipador, tampoco lo es cualquier teorización explícitamente normativa o ética sobre la realidad mundial. En la década de los noventas del siglo pasado (XX) ocurrió un avance inusitado de los estudios sobre ética internacional, pero muy

⁷ Consúltese Mark Neufeld: *Thinking ethically-thinking critically: international ethics and critique* (pp.41-59) en el libro: *Value Pluralism, Normative Theory and International Relations*, Editado por Maria Lensu y Jan-Stefan Fritz, Macmillan Press LTD, Londres, Reino Unido, 2000.

⁸ Esto ya lo señalaban hace casi 30 años los especialistas Richard Barnett y Ronald Mueller, en su texto *Global Reach. Los dirigentes del mundo*, editado en México por Bruguera, 1974. Al igual que Mark Neufeld, recomendando el trabajo más reciente de Richard Barnett y John Cavnagh, *Global Dreams: Imperial Corporations and the New World Order*, Simon and Schuster, Nueva York, 1994.

⁹ Robert Cox, *Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory*, en Robert O. Keohane, *Neorealism and Its Critics*, Columbia University Press, Nueva York, 1986, p.210.

¹⁰ Steve Smith, "The Forty Years' Detour: The Resurgence of Normative Theory in International Relations", *Millennium* 21, No.2,p.489.

poco sustantivos y generalmente de carácter monográfico, que no fueron contribuyentes directos al desarrollo de una concepción crítica. Esta corriente se caracteriza por la aceptación de la premisa positivista de que es posible el conocimiento "libre de valores"; y por la asunción positivista de que es posible la separación del hecho y el valor. Es decir, esta forma de pensar deriva del positivismo y asume con todo el riesgo que conlleva, la visión netamente positivista de considerar a lo "normativo como derivado y complementario de lo 'empírico'".

En contraparte, estudiosos como Neufeld y filósofos como el mexicano Luis Villoro, plantean la existencia de una "*ética internacional como crítica*" que cuestiona frontalmente la óptica positivista al considerar insostenibles sus postulados y al argumentar que cuando el conocimiento se presenta a sí mismo como "libre de valores", resulta obligado examinarlo como ideología y desenmascarar su perspectiva oculta. La noción de la ética internacional como derivada y complementaria del estudio empírico de las relaciones internacionales y del propio derecho internacional, debe ser rechazada. Por el contrario, el enfoque analítico crítico de la ética internacional es la de promover la reflexión teórica que derive en un debate razonado acerca del contenido normativo de los paradigmas en pugna, y los recuentos de lo "empírico" que generan.

En otro orden de ideas, otra característica que define a la corriente principal de la ética internacional (observándose un paralelismo con la ética general) es la preponderancia que conceden los autores modernos a lo "correcto" sobre lo "bueno".¹¹ La principal corriente de la ética internacional concibe sólo a la moralidad como línea de *acción*, preocupada más por lo que es "correcto" hacer, que por lo que es "bueno", de tal suerte que la tarea central de la teoría moral es identificar como definitorio el "*contenido de la obligación*", por encima de la naturaleza de la vida buena. Es decir, generalmente se piensa, en el ámbito del derecho de y de las relaciones internacionales, que una teoría moral satisfactoria es aquella que define algunos criterios o procedimientos que nos permitirán derivar todo y sólo las cosas que estamos obligados a hacer, de tal manera que los contendientes principales en este rubro son el utilitarismo y la ontología kantiana.

Por supuesto, privilegiar lo correcto sobre lo bueno es tan insostenible como la asunción de que es posible separar hechos y valores.¹² Las teorías de lo correcto se protegen a sí mismas al no hablar de las nociones de lo bueno, las cuales, como no se plantean, permanecen injustificadas, por lo tanto, aquéllas parecen no tener respuesta a la pregunta de *por qué* se debe ser ético o moral. Y la cuestión interesante no es que no puedan <probar> lo correcto y lo equivoco a alguien que no comparta sus creencias éticas, pues esta es una tarea imposible para cualquier teoría. Más bien —señala Taylor—, no pueden articular, aun en sus propios términos, lo que es bueno en sus preceptos, o valioso, o por qué deben dar su asentimiento. En suma, las teorías de lo correcto que dominan el discurso de la corriente ética principal resultan defectuosas y paradójicas pues, contra la expectativa lógica, desarticulan y confunden temas importantes del estudio de la moralidad internacional.

¹¹ Mark Neufeld: "Identity and the Good in International Relations Theory", en *Global Society: Journal of Interdisciplinary International Relations*, No.1, Vol.10, 1996, pp.43-56. Indica el autor que desde mediados de los 80's la teorización normativa acerca de la política mundial comenzó un crecimiento sin precedente, destacando Robert Jackson, quien logra delinear una clara vinculación entre la cuestión de lo "*bueno*" y el campo central de la ética y la normatividad internacional. Él argumenta que la teoría internacional había venido ignorando tradicionalmente las cuestiones relativas a la *vida buena*, principalmente porque la diplomacia y el derecho internacional habían caído en la misma actitud, algo inexplicable en el caso de este último si se considera su naturaleza, objeto y contenido. Sin embargo, cambios en la política mundial introdujeron estas cuestiones en la agenda teórica internacional. Actualmente, la teorización política, ética y normativa sobre las relaciones internacionales está en completa expansión, básicamente porque la *vida buena* está cada vez más afectada por eventos exógenos a los Estados. El crecimiento del interés en la ética internacional involucra cuestiones tales como justicia internacional penal, guerra nuclear, impunidad, crímenes contra la humanidad, no intervención, autodeterminación, derechos humanos, distribución económica global, agresión, protección al medio ambiente, protección internacional social, entre otros.

¹² John E. Becker, "The Vision Thing: Charles Taylor Against Inarticulacy", *Ethics and International Affairs*, Vol.5, 1991, pp. 53-71.

Al llegar a este punto, nos apegamos a la afirmación de que la ética internacional como crítica debe desarrollar la noción de lo bueno como universalizable en términos sustantivos. Y ante esta posición, que asumimos y defendemos, no pasan desapercibidas las objeciones y numerosas resistencias de los postmodernistas a la tarea de universalizar normas y valores. Por ejemplo, Asley y Walker sostienen que no es posible representar, formalizar o aun maximizar las modalidades <desterritorializadas> de la conducta ética, ni evocar un modelo jurídico, definir la vida buena y desplegar el código crucial para su cumplimiento, sin imponer paralelamente "(...) un principio de territorialidad que estas modalidades rehusan adoptar".¹³ Y reiteran su reluctancia a especificar las nociones universalizables de justicia acotando, simple y llanamente, que el universalismo puede ser entendido como el problema, no la solución. Y más todavía, Jim George y David Campbell se suman a la contracorriente del universalismo de la ética y por consiguiente del orden normativo internacional, al sostener y promover su propia versión de una "ética no universalista de la sociedad global".¹⁴

En un paralelo orden de ideas, coincidimos en que otra característica de la corriente ética principal y que aún aparece insertada en los contenidos del derecho internacional y de las relaciones internacionales, se relaciona con el tipo de práctica política a la cual conduce. Por una parte, la ética dominante está atravesando por un momento crítico, en el cual promueve un tipo más amplio de reflexión racional en la conducta humana, por ejemplo, M. Horkheimer asienta que la idea de moralidad encierra la certeza de que el modo de acción derivado de la ley natural de la ventaja económica no necesariamente es el modo racional.¹⁵ Al mismo tiempo, al aceptar el mundo como <dato> (lo cual comparte con el Realismo político), la ética dominante niega a los seres humanos individuales la posibilidad de satisfacer los imperativos morales revelados por la razón. El efecto de la teoría moral, entonces, es provocar un dilema irresoluble al individuo: *el desarrollo, en su espíritu y en su conciencia, de una batalla entre los intereses personales y los objetivos generales; la pugna, en el devenir histórico, que surge tanto del quehacer individual, como, principalmente, de la dinámica impuesta por la constelación de los grupos sociales.*

En respuesta a esta situación, la ética internacional como crítica pone en duda y considera insostenible el supuesto de que el mundo esta dado. Es decir, no toma las instituciones jurídicas y políticas y las relaciones sociales y de poder como dadas, sino que las cuestiona confrontándolas con sus orígenes, indagando sus procesos de cambio y, quizá lo más importante, buscando aclarar el rango de las alternativas posibles al orden existente y, de esta manera, servir a aquellas fuerzas sociales que están comprometidas con la transformación —justa y equitativa— del actual orden global. Y es en este cruce preciso donde las visiones de lo bueno que subyacen en el pensamiento postmodernista, juegan una función crítica; esto es, la consecución de estos objetivos parece ofrecer un punto de convergencia entre los modernos y los postmodernos en la teoría crítica actual de Relaciones Internacionales, al compartir preocupaciones como la de facilitar actitudes y políticas de resistencia a la "desquiciada globalidad".

Sin embargo, la ética internacional crítica argumenta que la posición postmoderna conlleva notorios riesgos en términos del ejercicio de un juicio ético-normativo necesario para la solidaridad emancipatoria en el derecho y las relaciones internacionales. Y al arribar a esta reflexión, Neufeld nos remonta a la lucha de Foucault por una "insurrección de los conocimientos subyugados" de quienes están en los márgenes de la historia, pero sin ser explícito en cuanto a cómo puede uno vincularse con los juicios críticos de tales conocimientos y cuál es su jerarquía en las prioridades de la sociedad internacional. Al respecto, señala Edward J. Bernstein que hay conocimientos subyugados de las mujeres, de los negros, de los prisioneros, de los homosexuales, que han experimentado la dureza de

¹³ Richard Ashley y R.B.J. Walker. "Reading Dissidence/Writing the Discipline: Crisis and the Question of Sovereignty in International Studies", en *International Studies Quarterly*, 34, No. 3, 1990, p.391.

¹⁴ Jim George y David Campbell. "Patterns of Dissent and the Celebration of Difference: Critical Social Theory and International Relations", en *International Studies Quarterly*, 34, No.3, 1990, p.289.

¹⁵ M. Horkheimer. "Materialism and Morality", en *Telos* 69, Otoño de 1986, p.92.(citado por Neufeld). Es muy ilustrativo realizar una comparación crítica entre este trabajo de Horkheimer con el de Anthony Ellis, "Ethics and International Relations", *Manchester University Press*, Londres, 1985.

la exclusión, pero también los hay de todo tipo de fundamentalistas, fanáticos, terroristas, criminales y delincuentes internacionales, que tienen su propio sentido sobre si son los únicos o los más importantes peligros que deben ser confrontados.

Preguntas similares pueden plantearse en el ámbito del derecho internacional y en el de las relaciones internacionales postmodernas. Por ejemplo, Bradley Klein señala que la tarea propia de un estudio postmoderno de la política mundial es abrirse a las luchas sociales y políticas, otorgando a las ciencias sociales el papel de dar voz y claridad a las múltiples fuerzas y movimientos sociales que ayudan a constituir la política mundial. Sin embargo, ante la ausencia de una noción universal de lo <bueno> que los postmodernos rehusan proveer, no queda claro cómo las Relaciones Internacionales postmodernas pueden aspirar a algo más que a una representación sin juicio de las visiones de otros. Más aún, ante la ausencia de una definición universalizable de justicia y ética, es poco probable conocer, por ejemplo, cuáles movimientos sociales son verdaderamente "críticos" y cuáles reaccionarios, o qué constituye la democracia real y qué la democracia deformada o la "dictadura perfecta", o bien, en el orden jurídico, qué se considera un tratado justo o una acción legal y legítima, y qué una convención o una actuación injusta, ilegal o ilegítima.

Respecto a la posición del realismo político, la cuestión de fondo, no parece ser distinta. Y aquí retomamos la reflexión del estudioso James Der Derian, quien ha explicado que los juicios acerca de la *real politik* deberían ser orientados menos por la "precisión de sus reflexiones" que por la "ética de su construcción del mundo".¹⁶ Coincidimos en que esta afirmación es válida no sólo para el realismo sino para todas las formas de hacer teorización sobre la política mundial, incluso las variantes modernas y postmodernas de la teoría crítica. En esta tesitura, resulta incuestionable la propuesta de Neufeld en cuanto a que la reflexión, las concepciones universalizables de lo bueno y las propuestas acerca del mundo pueden ser cambiadas para lograr la verdadera utilidad de la vida individual, social y mundial, y *afianzar la tarea de desarrollar una ética internacional crítica*.

Estos postulados son indispensables para una auténtica convergencia disciplinaria ético-normativa del derecho internacional y las relaciones internacionales, que se traduzca en una tarea común y compartida, de actuación y trabajo conjunto, en solidaridad con otras disciplinas y esfuerzos explicativos para fines de desenajenación y emancipación de los hombres y de las naciones, en esta descarnada era de la globalidad. La ética internacional como crítica se funda en el convencimiento de que no es suficiente pensar globalmente o aun éticamente en términos globales, sino que es necesario razonar críticamente también. Hoy día, cada vez más mentes reflexivas comparten esta conclusión meta-ética, no como sitio de destino, sino como punto de arranque para el desarrollo de una *ética sustantiva*. Y sólo en este contexto, según nuestra apreciación, será posible una vinculación teórico-práctica del derecho internacional como ciencia prescriptiva y las relaciones internacionales como ciencia explicativa, al servicio del conocimiento desalienante y el bien común.

5. Selección analítica de algunas teorizaciones ético-normativas que aplican en el derecho internacional y las relaciones internacionales.

Pensar sistemáticamente acerca de la ética y el arte de gobernar significa formular conclusiones lógicamente válidas a partir de premisas éticas sobre el propio curso de acción como un medio de arribar a evaluaciones similares para casos parecidos. *No es solamente en términos de teoría ética que se debe observar este patrón*. La concepción de normas y reglas en términos del derecho y la justicia es también evidente en el estudio disciplinario de la ética descriptiva, como el caso del análisis de lo que se entiende por régimen. De entrada, es bien conocida la definición de régimen como *"principios implícitos o explícitos, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones con expectativas de actores que convergen en una área determinada de las relaciones internacionales"*.¹⁷

¹⁶ "Introduction" a James Der Derian (edit.), *International Theory: Critical Investigations*, New York University Press, Nueva York, 1995, p.6

¹⁷ Stephen D. Krasner, "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables", in S. Krasner, ed., *International Regimes* (Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1983), p.2

Igualmente significativa en la línea de la presente discusión es la subsecuente precisión de Krasner de principios y normas como "*creencias de rectitud y estándares de conducta definidas en términos de derechos y obligaciones*".

La definición de la ética internacional en este sentido, tiene importantes consecuencias para la teorización normativa en el ámbito internacional. Especialmente, en un contexto en que aparece como evidente que el ejercicio teórico normativo sobre la política internacional debe ser concebido como una teoría del derecho —cuando se torna difícil aún pensar en el sentido de una alternativa—, los compromisos de una aproximación orientada hacia lo jurídico pueden soslayarse, y el contenido normativo (y compromisos) de una teoría del derecho puede quedar sin examinar. Para ilustrar esta idea, a continuación se hará breve referencia al trabajo de tres estudiosos cuyos esfuerzos representan una significativa contribución a la ética internacional, tanto en términos de un análisis del estado del arte como en términos de sus prescripciones para mejorar la empresa teórico normativa en derecho internacional y relaciones internacionales: i) Terry Nardin; ii) Klaus-Gerd Giesen; y iii) Crhis Brown.

i) Terry Nardin.

El texto de Nardin *Law, Morality and the Relations of States*¹⁸ y la secuela de argumentos que de ahí se derivan, han tenido un gran impacto en el desarrollo del campo de la ética internacional. Sus reflexiones alrededor de la naturaleza de las asociaciones "propositivas" y "prácticas" ha despertado muchos comentarios y discusiones, y proveído uno de los primeros esfuerzos para construir tanto un destacado legado organizacional para la argumentación ética en el dominio internacional, como una defensa de una tradición particular superior a otros.

La dimensión crucial de su trabajo radica en la distinción entre asociaciones <propositivas> y <prácticas>. Su punto inicial es una sociedad pluralista de Estados, todos buscando sus propios objetivos de acuerdo con sus diferentes concepciones de lo bueno. Dichos Estados pueden unirse y perseguir metas comunes en términos de asociaciones "propositivas" —tales como alianzas militares y defensivas u organizaciones de libre comercio. Sin embargo, por definición, dicha unión puede ser sólo de naturaleza contingente, por lo que ellas *no pueden nunca constituir bases de moralidad*. En contraste, las denominadas asociaciones "prácticas" se presentan como el propio sujeto material de la ética internacional, y son compatibles tanto con la pluralidad inherente de la sociedad internacional como con la capacidad de proveer una *base estable de reglas de conducta*.

Nardin usa la palabra "práctica" refiriéndose a "prácticas de autoridad", entendidas como un conjunto de consideraciones que deben ser tomadas en cuenta para la decisión y la actuación, así como para la evaluación de decisiones y acciones. Aquí se incluyen la diplomacia y el derecho internacional. Al enfocarse sobre las reglas de acción, y atendiendo su compromiso para establecer la naturaleza de la obligación en las relaciones internacionales, este autor pretende aproximarse a la construcción de una teoría del derecho internacional, y sus formulaciones no escapan a las críticas como las formuladas por Taylor. Así, se afirma que la primera dificultad con las teorías del derecho —incluyendo las teorías ontológicas— es la manera en que ellas caen en contradicciones con relación al bien o a lo bueno; por una parte, postulan un primer orden no justo de valores, entendido como deseos y necesidades (por ejemplo, los propósitos individuales de los Estados) un orden de valores más alto que se establece cualitativamente arriba de otros, siendo en el caso de Nardin, el bien más alto el pluralismo de la sociedad internacional en el que cada Estado puede tener el derecho de perseguir sus propios fines y su propia concepción de lo bueno.

Paralelamente, se plantean una serie de distinciones cualitativas sobre lo bueno, empero donde se tiende a negar un espacio discursivo para una crítica razonada a ese respecto. Por ejemplo, Mark Hoffman concentra su visión sobre el postulado "pluralista" nardiniano, en un cuestionamiento principal: qué clase de sociedad es deseable? A lo que Nardin responde —en el buen sentido

¹⁸ Princeton, New Jersey: *Princeton University Press*, 1983.

ontológico— que el argumento de dicha pregunta busca reducir lo moral a lo “deseable”.¹⁹ Como lo señala Taylor, la afirmación ontológica del derecho por encima de lo bueno, que caracteriza esta réplica a Hoffman, tiene valor solamente cuando es confrontada con argumentos como el siguiente: cuando lo “bueno” se ubica como la meta principal de una teoría consecuencialista, cuando el derecho es decidido simplemente por su instrumental significativo para este fin, entonces cabría afirmar que el derecho puede *anteponerse a lo bueno*; sin embargo, donde lo bueno en cualquier caso se establece en posición más alta por distinción cualitativa, entonces se presenta el caso inverso, o sea, lo bueno siempre *antepuesto al derecho*. Y en este último caso, la articulación de lo bueno proporciona el punto de apoyo de las reglas que definen el derecho.

Como podemos observar, la pregunta de Hoffman queda sin respuesta porque no existe un espacio para el debate razonado acerca de tales distinciones cualitativas y, lo que resulta más importante aún, en esta dimensión crucial, la teoría del derecho propuesta por Nardin se mantiene, lamentablemente, inarticulada, sin podernos proporcionar herramientas analíticas útiles para los propósitos de nuestra búsqueda de un argumento sostenible que nos permita articular disciplinariamente el derecho internacional y las relaciones internacionales a partir del paradigma ético-normativo.

ii) Klaus-Gerd Giesen.

La fuerza del trabajo de Giesen sobre la ética internacional radica en su enfoque sobre la aplicación de la <sociología del conocimiento> en la disciplina de las relaciones internacionales —estudiar la manera en que las relaciones de poder y los intereses pueden combinarse para delimitar el discurso académico en apoyo de proyectos políticos particulares; así como el modo en que las prácticas disciplinarias pueden servir para delimitar en un discurso aceptable el razonamiento convencional aislándolo de la interrogación crítica. Particularmente resulta observable su crítica a la forma en que el dominio del Realismo ha servido para conducir la reflexión ética como una conducta compatible con la denominada *razón de Estado* —específicamente, de un lado, como una conducta utilitario-consecuencialista y, del otro, como una conducta empírica.

Cabe observar que el realismo también se ha resistido y marginado de la aproximación ontológica de la ética, por el potencial <subversivo> de ésta en relación con estructuras de poder y privilegio, además que por la propia naturaleza de ambas visiones es poco factible cualquier forma de cooperación, por no hablar de colusión, entre la ciencia y el poder político. Y esto ocurre así en virtud de que la ética provee criterios para formular normas que deben ser respetadas de manera incondicional —esencialmente, los derechos de los individuos independientemente del contexto. De hecho, cualquier teoría ontológica busca delimitar un campo de acción moral donde la inviolabilidad de los derechos y garantías individuales tienen ascendente sobre cualquier otra consideración.

El énfasis que pone el autor en la sociología del conocimiento es un valioso correctivo de cualquier forma de razonamiento que intente interpretar la teorización ética en términos ideales, divorciada de la realidad del campo disciplinario. Además cabe agregar que, desde nuestra perspectiva, hoy se manejan con mayor apertura las orientaciones críticas que piensan al realismo como una ortodoxia disciplinaria, amén de que las actuales tendencias humanistas y normativas buscan encontrar caminos efectivos para defender la dignidad humana en una fase dominada aún por agendas políticas deshumanizadas. Empero, como toda propuesta teórica, la de Giesen ha sido criticada y hasta <superada> según la apreciación de sus propios detractores. Así, se arguye que, aunque exitosa, la estrategia de fortalecer el razonamiento ontológico basado y centrado en el individuo, tiene un uso limitado en la ética internacional, en virtud de que ofrece simplemente una expansión de la orientación dominante en la teorización ética, es decir, contribuye a la fijación de la tendencia que pondera al derecho por encima y en contra, incluso, de lo bueno. Aunque no compartimos del todo esta posición, sí habría que reconocer que la aportación del autor es insuficiente para romper con la teorización dominante, en el sentido de que se nos propone una visión desarticulada y parcial del

¹⁹ Mark Hoffman, "States, Cosmopolitanism and Normative International Theory", *Paradigms: The Kent Journal of International Relations*, Vol. 2, 1988, p.66.

problema que es el bien, el derecho, la justicia y el ordenamiento ético-normativo la sociedad internacional, como un todo.

iii) Chris Brown.

La obra de Brown, *International Relations Theory: New Normative Approaches*²⁰ ha sido bastante influyente porque proporciona un estado del arte de la ética internacional. Junto con sus otras contribuciones,²¹ este trabajo presenta una compilación de casos importantes en la materia que, a nuestro modo de ver, pueden ser manejados como elementos de vinculación disciplinaria de las relaciones internacionales y el derecho internacional. En el centro de su propuesta se establece la distinción entre aproximaciones a la ética internacional, cosmopolitas y comunitarias. La diferencia entre ellas se enfoca hacia tres puntos: a) el concepto de sujeto humano (pre-social versus socialmente constituido); b) la significación ética de Estado (relevancia de lo no normativo versus un contexto necesario para la acción ética); y c) la visión de juicio o enjuiciamiento ético (universalismo versus localismo).

En opinión de varios especialistas, esta manera de presentar el problema está mejor organizada, permitiendo la concurrencia de aproximaciones teóricas a la ética internacional y ser comparadas en una amplia variedad de direcciones. Además, permite un espacio para el tratamiento de lo bueno. Por una parte, las categorías por sí mismas —especialmente la del comunitarismo— facilitan la posibilidad de la teorización ética orientada más a lo bueno que precisamente al derecho; por la otra, podría argüirse que las formulaciones de Brown tienden más a reordenar o acomodar las diferentes proposiciones teóricas de otros pensadores que a desarrollar suposiciones convencionales acerca de la ética en el derecho y en las relaciones internacionales. Y como ejemplo, es importante destacar la aceptación que el autor hace de la muy problemática distinción —hasta hoy no resuelta de manera consensada y convalidada— entre teoría “normativa” y “no normativa”.

Otra aportación destacable en Brown es la de llamar la atención sobre el problema de la delimitación de la ética a los procedimientos de la moralidad, sin ir más allá, es decir, separada de las discusiones acerca de las distinciones cualitativas de lo bueno. A este respecto, recordemos que una noción más amplia de ética no separa, sino más bien vincula lo justo y lo bueno, permitiendo así *mayor margen de acción al derecho*. La ética determina de esta manera, al situar el bien por encima de lo correcto, el tipo y la calidad del derecho internacional que la sociedad va a disponer y, consiguientemente, de las relaciones e interacciones que se van a desarrollar.

En suma, conforme a este planteamiento general, tenemos desde una primer perspectiva, una ética internacional rica en pluralidad de tradiciones contendientes que ofrecen respuestas radicalmente diferentes a la pregunta de “*qué es justicia?*”. Y desde otra, una ética internacional caracterizada por un discurso limitado que se fundamenta en suposiciones acerca de “*vida buena y justa*”, pero que no genera un vocabulario para la valoración razonada de tales aseveraciones. En consecuencia, nos parece se ha llegado al acuerdo de que se requiere una redefinición de la teoría internacional que no discurra bajo los límites impuestos por la noción de <especulación acerca de la sociedad de estados>, sino que también supere la contracción impuesta por las concepciones modernas de la ética y de las teorías del derecho en sus niveles nacional e internacional.²²

Al llegar a este punto, convendría compartir con el lector algunas reflexiones personales. Lo bueno, como contenido intrínseco, como sustrato, de la ética y de la normatividad en las relaciones

²⁰ New York, Columbia University Press, 1992.

²¹ “International Theory and International Society: the Viability of the Middle Way?”, *Review of International Studies*, Vol. 21 (1995).

²² Consúltese nuestro trabajo: “El Derecho Internacional Penal y la Justicia Penal Internacional en el Tercer Milenio. Un balance analítico-crítico de su desempeño frente a las grandes transformaciones y patología de las relaciones internacionales contemporáneas”, en el *Anuario del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, 2000.

internacionales permanece todavía desarticulado, lo cual tiene enormes implicaciones para nuestro trabajo como estudiosos del derecho internacional y de la política mundial. En esta etapa de inconmensurabilidad de tradiciones teóricas, el investigador y el académico requiere de ampliar su criterio de valoración razonada para incluir el contenido político-normativo de variadas interpretaciones y prescripciones en pugna. Esto apunta a la cuestión nodal de *la identidad del derecho y las relaciones internacionales*. Como lo señalan Mark Neufeld y Hans Küng, la respuesta que demos a la pregunta de "qué interpretación de la política mundial es más convincente" y "qué hacer en consecuencia" no puede separarse de la cuestión de "quiénes somos" y "quiénes queremos ser". Resulta obvio que la contestación a estas interrogantes nos obliga a estar ineludiblemente vinculados con *materias propias de la ética y del derecho*. Y esto se justifica aún más cuando, como en nuestro caso, se pretende incursionar con rigor analítico en campos tan sensibles y determinantes como lo son el del derecho internacional penal y el de la internacionalización de la justicia.²³

El contraste entre la teoría moral que surge orientada al derecho y la que parece oponerle a lo bueno desafía muchas de nuestras presunciones básicas sobre la ética internacional. Si es cierto que la mayor teorización acerca de la ética internacional se realiza sobre alguna variante de la teoría del derecho, entonces esto sitúa los debates establecidos entre liberales-kantianos y realistas-utilitarios en un nuevo escenario: *el de la convergencia y la complementariedad*. De manera específica, ello nos invita a pensar este debate en términos ambivalentes, o sea, tan real como limitado, como real y limitada aparece hoy ante nuestro entendimiento, la polémica que se da entre neoliberales y neorealistas y que define en buena medida el actual discurso norteamericano de las Relaciones Internacionales (la "doctrina Bush" desplegada en Irak 2003, es un ejemplo actual y patético). Discurso que por cierto, voluntaria e infortunadamente, se importa, se reproduce y se trata de imitar --sin mayores logros y sí con justificadas decepciones-- en el ámbito mexicano de discusión académica sobre el desarrollo de la disciplina y sus contribuciones.

En otras palabras, los esfuerzos intelectuales de nacionales y extranjeros, deben encaminarse a retomar el discurso teórico-empírico de la disciplina de las Relaciones Internacionales, empero orientándolo paralelamente al campo de la ética internacional y del derecho universal. La expansión del discurso ético para crear un escenario de encuentro de articulaciones en pugna sobre lo bueno —y donde se delibere razonadamente sobre sus distinciones cualitativas— resulta ser un imperativo si de lo que se trata es no incurrir en la *desarticulación* en que generalmente ha caído la teoría normativa.

6. Revisión de otras aproximaciones teóricas éticas y normativas en el derecho y las relaciones internacionales.

i) Nuestra identificación con la propuesta explicativa del filósofo mexicano Luis Villoro.

Indudablemente estas cuestiones son hoy del interés no sólo de politólogos, juristas o filósofos sino de otros estudiosos de las ciencias sociales y de las humanidades. Por ejemplo, Luis Villoro comienza su más reciente obra, *"El Poder y el Valor"*, señalando que nuestros tiempos no podrían entenderse sin el proyecto histórico de romper con la dominación y la miseria y de alcanzar una sociedad liberada y racional, con un liberalismo renovado y su proclama de la vigencia universal de los derechos humanos. Pero la historia ha dominado sobre la razón y los intentos por transformar a la sociedad desde proyectos racionales parecen haber fracasado. Y con su aparente fracaso, la época de las revoluciones y, con ellas, la de ideologías y utopías, parece haberse terminado. Y ante el escepticismo en el papel de la razón, la conformidad y el desencanto, se plantea una alternativa: una *reflexión renovada*, como las que ofrecen la *ética* y el *normativismo críticos*. Compartimos así con este lúcido pensador la afirmación de que sería menester plantear de nuevo, desde los inicios, el problema de la relación entre el poder político y los valores morales. Y nos aunamos a sus dos preguntas fundamentales: ¿Es inevitable la oposición entre la voluntad de poder y la realización del bien? y ¿Cómo puede articularse el poder con el valor?

²³ Mark Neufeld, "Identity and the Good in International Relations Theory", *Global Society*, Vol. 10, No. 1, 1996, p.p. 53-55.

Para dar respuesta a estas interrogantes fundamentales y como antesala a su propio planteamiento, el autor esboza una teoría general del valor para, seguidamente, abordar las relaciones entre los valores morales y el poder político –y que nos permitimos correlacionar con las interconexiones existentes entre ética, normatividad y relaciones internacionales— desde tres enfoques diferentes: el primero, se refiere a las características de la acción política, en la que confluyen dos formas de racionalidad: instrumental y valorativa; el segundo, se orienta al cambio político, abordándolo a partir de la relación entre la moralidad social existente y las propuestas éticas de la política; y, el tercero, involucra el objetivo que persiguen esas propuestas: las distintas formas de asociación política y los diferentes valores que pretenden realizar.

Se advierte que los tres enfoques deben verse como un todo, donde cada uno remite a los otros, como “círculos concéntricos, ampliaciones sucesivas de la inicial teoría del valor”.²⁴ Los tres enfoques parten del análisis de una expresión del pensamiento político moderno, que permiten ponerlo en tela de juicio, esto es, permiten delinear su reforma, con la idea motriz de coadyuvar en la búsqueda y descubrimiento de los <monstruos de la razón> que devastaron el caótico siglo XX.

En las relaciones internacionales contemporáneas el espectro normativo inmediato lo constituye el derecho internacional, pero el tema no se agota ahí, sino en tres géneros diferentes de asociación política, según la familia de valores que consideran superiores: *el orden, la libertad y la fraternidad*, que corresponden a estadios distintos de la vida ética, tanto en el individuo como en la sociedad nacional e internacional. El primer estadio correspondería a las sociedades antiguas, después del nacimiento y consolidación del Estado; el segundo, a la modernidad, desde el Renacimiento europeo hasta las sociedades resultantes de las revoluciones democráticas; y el tercero, estaría apenas enunciado en la actual crisis de esa modernidad.²⁵ Sin embargo, la historia muestra que la progresión no es lineal ni irreversible, ni tampoco se realiza en todos los sectores de una sociedad, pues varios estadios pueden coexistir en una etapa o lugar; así, es viable que cohabiten comunidades fraternas enclavadas en sociedades impositivas y, a la inversa, sectores autoritarios y dogmáticos en sociedades donde llega a predominar la libertad y la tolerancia.

En la sociedad de Estados y en la comunidad de actores y otros sujetos de derecho internacional se da una situación similar: se presentan las tres posibilidades de asociación, mutuamente incluyentes, que conocen muchas variables intermedias; de tal modo que, en ese respecto, lo que caracteriza a una sociedad es sólo el tipo de valores superiores que rigen a la vida en común de la mayoría de sus miembros y que da la tónica al conglomerado social entero.

Por otra parte, habrá que considerar que los defensores de la teoría de la postmodernidad en Relaciones Internacionales, al menos hasta ahora, no han sido suficientemente claros y reflexivos acerca de los compromisos político normativos involucrados en su paradigma y el proyecto político al que sirven. En palabras de Neufeld, la reflexibilidad se refiere no sólo a los compromisos normativos de los individuos sino también al proyecto político normativo en el cual la tradición teórica está ligada

²⁴ Luis Villoro. *El Poder y el Valor. Fundamentos de una Ética Política. FCE-El Colegio Nacional*, México, 1997, p.8

²⁵ Alain Touraine. *Crítica de la Modernidad. FCE*, México, 1994, pp. 9 y 307. Señala que las críticas de la modernidad cuestionan o repudian la afirmación central de que sólo la razón: establece una correspondencia entre la acción humana y el orden del mundo; anima la ciencia y sus aplicaciones; dispone la adaptación de la vida social a las necesidades individuales o colectivas; reemplaza la arbitrariedad y la violencia por el estado de derecho y por el mercado; permite que la humanidad, avance hacia la norma universal, la ética y la justicia de las relaciones internacionales. Igualmente, nos previene sobre la confusión "totalitaria" que suele establecerse entre normatividad, ética y lo que él denomina como "trampa moralista" o moralismo, que consiste en defender al sujeto solamente *desocializándolo por completo*, donde la sociedad moderna se lanza a una *defensa tan abstracta* de los derechos del hombre que ya no atina en señalar adversarios concretos, que reemplaza las luchas reales por campañas de opinión y sobre todo que sustituye la participación activa de los interesados mismos por la presión, que se considera irresistible, del capital y los medios de difusión de los países desarrollados. *El moralismo es peligroso porque halaga la conciencia limpia de quien lo expresa.*

y a la cual sirve, independientemente de los compromisos personales de un teórico dado. En otras palabras, parte de la crítica al postmodernismo radica en que sus declaraciones respecto a compromisos valorativos personales y deseos son al mismo tiempo aceptables e inadecuadas. *Aceptables*, por los valores que defienden como la democracia, la libertad, la tolerancia y aun la emancipación; *inadecuadas*, porque no van acompañadas de una explicación de cómo tales valores y objetivos son por lo menos compatibles con las presunciones meta-teóricas y tendencias postmodernas. Y lo interesante es que, contra lo esperado, un número de postmodernos parece aceptar esta opinión en términos sustantivos, proveyendo incluso bastante materia y argumentación al contenido del proyecto básico del postmodernismo —la *democracia*— y a su contenido político normativo— *ética postmoderna*.

ii) *Seyom Brown y su teoría de la Comunidad Mundial en el entramado normativo.*

Ahora nos referiremos brevemente al trabajo de Seyom Brown "*International Relations in a Changing Global System. Toward a Theory of the World Polity*", pues a pesar de haber sido escrito hace casi una década se conserva sumamente vigente y útil para la tarea que nos proponemos de establecer los rasgos generales de la inserción de la teorización normativa en el tema directriz del libro acerca de una teoría de la comunidad mundial.

Compartimos la hipótesis inicial de que se requiere una teoría de la comunidad mundial, distinta de una teoría de la política internacional o, más ampliamente, de las relaciones internacionales, que coadyuve a resolver el dilema central de la especie humana: el fracaso para desarrollar sistemas de gobierno capaces de mantener la paz con el incremento del poder del hombre para alterar el mundo de la naturaleza. Contra lo que pudiera suponerse, aunque sin sorprender a nadie, la literatura teórica convencional sobre relaciones internacionales es poco generosa en sugerencias para que la humanidad pueda contrarrestar el predicamento de un *modelo inadecuado de gobernación*. Más bien, la premisa nodal parece ser la *anarquía*, la ausencia de autoridad para el sistema internacional como un todo. La mayoría de los estudiosos de las relaciones internacionales ortodoxas se conforman ellos mismos con explicar cómo opera la anarquía en el sistema internacional.

Por ejemplo, la estructura anárquica del sistema del Estado-Nación constituye el punto de partida, y también circunscribe, la influencia de Kenneth Waltz en su *Teoría de la Política Internacional*,²⁶ cuyo propósito es solamente delinear las características esenciales de la estructura anárquica y mostrar cómo esta estructura presumiblemente inalterable determina los patrones conductuales y los procesos de cambio en las relaciones entre los Estados-nación. Waltz denomina su aproximación como *<realismo estructural>*. Y como lo señala Brown, si bien dicho enfoque es estructural, lo de realista es del todo debatible. Pero no todos los realistas sostienen que el sistema anárquico evite la cooperación internacional o el establecimiento de regímenes internacionales de coordinación institucionalizada en campos particulares. Precisamente, un reflejo de lo que Estados y personas están actualmente haciendo, se observa en el crecimiento de la literatura especializada sobre cooperación y régimen de construcción y mantenimiento bajo la premisa de un persistente mundo anárquico.²⁷

Empero, aun estos de los denominados *<neo-realistas>*, por el contenido reflejado en sus estudios sobre las relaciones entre actores soberanos en un sistema básicamente anárquico, evitan con especial escrúpulo la fundamentación histórica y las interrogantes normativas dentro de las fuentes de la anarquía internacional, las razones de su persistencia, y las posibilidades para estructuras alternativas de la comunidad mundial que sustituyan dicho estado de anarquía. Para Brown, cualquier teoría que pretenda contribuir significativamente al desarrollo humano poniendo especial énfasis en el rescate del buen gobierno, deberá responder con rigor a los siguientes problemas globales: anarquía,

²⁶ Kenneth N. Waltz, *Theory of International Politics*. Menlo Park: Addison-Wesley, 1979.

²⁷ Ejemplos de estudiosos interesados en la cooperación internacional y regímenes de coordinación son Robert M. Axelrod, *La Evolución de la Cooperación* (Nueva York: Basic Books, 1984); Stephen D. Krasner, ed., *Regímenes Internacionales* (Ithaca: Cornell University Press, 1983); Robert E. Keohane, *Después de la Hegemonía: Cooperación y Conflicto en la Política Económica Mundial* (Princeton University Press, 1984); y Kenneth A. Oye, ed., *Cooperación bajo Anarquía* (Princeton University Press, 1986).

cooperación, guerra, salud y pobreza, ecología, y derechos humanos; debiéndose evitar la trampa analítica del enfoque realista de la política internacional, esto es, no asumir que la comunidad mundial es esencial e inevitablemente un sistema de Estados-nación soberanos. Y es que reconocer el predominio del sistema Estado-nación dentro de la comunidad mundial, no es lo mismo que igualar la comunidad mundial con el sistema Estado-nación, pues aquélla va más allá de la política entre los denominados Estados-nación. Las entidades subnacionales y transnacionales de todos los tipos (corporaciones, grupos etno-culturales, movimientos ideológicos, iglesias y movimientos religiosos, asociaciones laborales, sociedades profesionales, grupos de interés especial) también actúan y juegan roles políticos en la escena mundial.

En contraste, la propuesta del autor aborda el sistema del Estado-nación como un *subsistema* de la comunidad mundial, visto como un subsistema de la sociedad mundial. Y aquí nos interesa destacar su marco conceptual. Él define *el régimen o gobierno mundial* como: *el patrón o modelo de estructuras y procesos para conducir y resolver conflictos y formular e implementar reglas*. El régimen, es un aspecto especial de la sociedad que comprende tanto reglas sociales y relaciones sociales respetables, como el proceso por el cual dichas reglas y relaciones son formuladas e implementadas. En suma, el régimen mundial puede precisarse como *la configuración panorámica mundial de sistemas de enlaces sociales respetables u observables*. Y es a partir de esta definición que parece importante revisar lo que este y otros autores entienden por *rol de los conceptos normativos*, pues es perfectamente aplicable a nuestra tarea de conexión disciplinaria entre en derecho internacional y las relaciones internacionales a partir de un referente común que sería el paradigma ético-normativo.

Así como los conceptos de *legitimidad* y *justicia* son esenciales en muchas teorías sobre la política doméstica y materia central de gran parte del discurso en filosofía política, resultan también muy apropiados en la construcción de una teoría del gobierno mundial, en dos sentidos básicos, *analítico* (Relaciones Internacionales) y *prescriptivo* (Derecho Internacional). Un criterio explícito del buen gobierno provee un rico fundamento para una evaluación comparativa de las configuraciones históricas de las relaciones internacionales y para una medición de los costos y beneficios de la conducción y desarrollos políticos contemporáneos. Más todavía —como lo hemos constatado a lo largo de estas reflexiones— el debate y el diálogo especializados acerca de la validez ética y práctica de estructuras y normas alternativas como las que sugiere la teoría de la *world polity*, puede proveer importantes explicaciones para hombres de Estado, abogados y juristas internacionales, oficiales de organizaciones internacionales, y legos interesados en avanzar en el conocimiento y manejo de intereses nacionales y mundiales.

Y algo que no se ha hecho del todo explícito, es la existencia de presuposiciones normativas en el discurso especializado de la política mundial conducido hacia el interior del supuestamente amoral paradigma "realista". El sistema político particular que es su objeto de estudio —el sistema de Estados-nación soberanos territorialmente definidos— estuvo, y se mantiene, soportado por *justificaciones normativas conscientemente dirigidas* a apuntalar la autonomía política de los países del mundo territorialmente demarcados. Las categorías normativas que sustentan el sistema Estado-nación, particularmente los principios de no intervención en asuntos internos, la integridad territorial y la inviolabilidad de las fronteras, son tomados frecuentemente por los "realistas" como muestras patentes de la "estructura" y la "anarquía" de la comunidad y el gobierno mundiales. Aunque, en nuestra personal perspectiva, es evidente que la posición "realista" no debería asumir, por mucho, una actitud determinista en el sentido de que la comunidad mundial continuará caracterizada por esas normas dominantes.

La estructura y normas de la sociedad internacional son productos de políticas escogidas por los Estados y otros actores que operan en el sistema mundial y en sus diferentes subsistemas; al mismo tiempo, la estructura y normas del sistema político mundial influyen en la conducta de los subsistemas comprendidos en él. Se pueden generar cambios a cualquier nivel en la comunidad mundial, pudiendo tal cambio o generación de fuerzas estabilizadoras provenir o ser consecuencia de estructuras y campos conductuales no comprendidos por el sistema político: lo étnico-cultural-religioso, lo

económico, lo ecológico-ambiental, el universo psíquico, lo ético-crítico, lo valioso, lo sano, lo bueno, etc.

Además, indudablemente, los desarrollos en estos campos <no-políticos> afectan, algunas veces de modo profundo, las condiciones de vida, percepciones, y valores, de los propios individuos que construyen, operan y transforman el sistema político mundial y el sistema de relaciones jurídicas internacionales. Al llegar a este punto, cabe reflexionar que la sociedad internacional dispone ya de una base tangible para adoptar consideraciones *centralmente normativas*, en la siguiente tarea de teorización: discernir qué y cómo las presentes configuraciones alternativas del sistema político mundial favorecen, o inhiben, la realización de condiciones y resultados evidentemente morales; y la manera en que tal discernimiento podría indicar dónde sería más deseable y factible reformar el sistema político mundial.

Estamos convencidos de que existe un asentimiento generalizado por demandar modelos de organización política y jurídica que sean prácticos y a la vez *justos y éticos*. *Es esta la verdad ontológica del normativismo ético y crítico que debe prevalecer en el derecho y las relaciones internacionales*. A pesar de las diferencias culturales, muchos individuos en el mapa mundial perciben vías para reconciliar sus intereses inmediatos con los de la colectividad; para anteponer —en términos axiológicos— la búsqueda del bien común al mero logro del beneficio personalizado. Mucha gente desea ser tratada éticamente y hacer lo mismo con los semejantes; deseo que comparten muchos actores y sujetos del escenario global. En diferentes campos y niveles de la actividad humana se presentan actitudes individuales y colectivas que, a contracorriente, propenden a la legitimidad política y jurídica (no sólo de lo que es legal y cumplimentable, sino lo que está de acuerdo con principios básicos aceptados sobre lo debido y lo indebido) que debe subyacer a toda autoridad gubernamental nacional e internacional.

iii) Hans Küng y su visión teórica de una ética mundial para las relaciones políticas internacionales.

No debe desaprovecharse la oportunidad de expresar una opinión propia acerca de las reflexiones que nos comparte el filósofo, teólogo y politólogo alemán Hans Küng (1928) en su más reciente obra *Una ética mundial para la economía y la política*,²⁸ pues vienen muy al caso para complementar y comparar con esta su nueva visión europea, la posición que hemos asumido a lo largo del presente marco teórico-histórico sobre la convergencia ético-normativa del derecho internacional y las relaciones internacionales. Él comienza afirmando que la vida espiritual y ética de la sociedad internacional actual parece caracterizada por la incertidumbre, la desorientación y un angustioso vacío: no se dispone en todos los sentidos de una visión objetiva que esclarezca el porvenir. Y no podemos esperarla de los representantes de las grandes ideologías que se han presentado hasta ahora como interpretaciones <científicas> totales y sugerentes pseudoreligiones, pero que ya perdieron vigencia. Ante la recurrencia e intensificación de las grandes crisis económicas, ambientales, jurídicas y políticas —y el rotundo fracaso de las recetas salvadoras y las fórmulas preestablecidas— no hay no hay una visión constructiva y socialmente convincente de lo que al mundo depara, ni siquiera por parte de aquellos que beatificaron la *ideología tecnológico-evolutiva* del progreso de Occidente. Los tomadores de decisiones políticas y los jefes de la economía y de las finanzas se han limitado frecuentemente a soluciones banales olvidando los problemas verdaderamente urgentes. Sin embargo, la problemática subsiste y se recrudece, pues en la agenda política, especialmente de

²⁸ *Fondo de Cultura Económica*, México, 1a. edición en español, 2000. El autor divide su contribución en dos grandes partes, la primera se refiere a la *política mundial entre política real y política ideal*; y la segunda, a la *economía mundial entre Estado de bienestar y neocapitalismo*. Sin demérito de la importancia que tiene esta última para la vida del mundo actual, me referiré a la primera parte la cual recomiendo ampliamente para su discusión y análisis. Él la subdivide en cinco apartados principales íntimamente ligados: i) ¿Otra vez la vieja política real? Política mundial al viejo estilo: Kissinger. ii) Contra la política-ideal moralizante. Ensayo de una nueva política: Wilson. iii) Política de responsabilidad. Rasgos generales de un nuevo paradigma de política. iv) Ética mundial como fundamento de la sociedad mundial. Retos y propuestas. v) Paz mundial. Reto para las religiones del mundo ¿Colisión o paz entre civilizaciones?

Europa y los Estados Unidos, no solo se discuten ya cuestiones sobre el destino nacional, sino auténticos problemas globales que afectan a la supervivencia de la humanidad como un todo.

Por esta razón, surgen iniciativas escritas, como la presente, que intentan un redescubrimiento y una nueva valoración de la *ética* en la política y la economía, e igualmente persiguen —como lo hace el neo-idealismo y el neo-normativismo— el rescate de *una moral* (en sentido positivo). Ciertamente, se puede abogar por la moral, estando simultáneamente en *contra del moralismo* (moral en sentido negativo). Como lo señalamos líneas atrás citando a Touraine, el moralismo, la acción de moralizar, supone una sobrevaloración y exageración de la moral, pues el pensamiento moralista (más aún en el derecho y en las relaciones internacionales) la convierte en la única medida del comportamiento humano, entre los individuos como entre las naciones; amén de que ignora la relativa independencia de los diversos ámbitos de la vida nacional e internacional, como el derecho, la economía, la justicia y la política. De ahí que tienda a *absolutizar* normas y valores —normatividad y ética—, en sí justificados (paz, justicia, solidaridad, concordia, libertad, vida buena), e incluso a instrumentarlos a determinados intereses de una institución (Estado, organización internacional, federación, parlamento, partido, iglesia, sindicato, agencia regional).

El moralismo internacional, se manifiesta particularmente en la insistencia unilateral y avasallante en determinadas posiciones morales (por ejemplo, en relación con la pobreza, la injusticia, la diferencia étnica, la violencia, el crimen), lo que imposibilita un diálogo inteligente con representantes de otras convicciones.

Por otra parte, para Küng la ética es una cuestión irresuelta, tanto en la política como en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. Y para demostrarlo analiza la obra de los 'realistas'. Sobre Hans J. Morgenthau, por ejemplo, nos dibuja una faceta distinta, por supuesto muy poco tomada en consideración por los politólogos e internacionalistas, y cuyo descubrimiento le es muy útil para avanzar en el análisis de su temática. Hay un trabajo muy poco conocido del llamado padre del realismo político denominado '*La réalité des normes*',²⁹ que al igual que otras investigaciones sobre la precaria realidad del derecho, las costumbres y la moral, solo le permite a fin de cuentas constatar el ocaso de estos sistemas normativos (visión que, por desgracia, ha tenido una gran influencia en el pensamiento político e internacionalista hasta nuestros días). En otros términos, afirmaba que en lugar de un orden objetivo de valores, lo único que quedaría es la política como medida de todas las cosas y la regulación racional del poder como único comportamiento político.

Compartimos con el autor la consideración de que lo preocupante en la obra de Morgenthau, *Politics among Nations* no es la acentuación del poder y el interés, sino esa constante *devaluación, relativización y subordinación política de lo ético y lo normativo —la moral internacional—* que tiende a descalificar como <abstractas> a las normas éticas universalmente vinculantes y como <irrealista> a la moral política, mientras no parece reconocer valores supremos ni principios morales generales. Esto significa, sin lugar a dudas, la eliminación, casi positivista, de la moral del campo de la política, es decir, de todo lo relativo al poder. Quizá en este punto—como lo ratifica Küng— Morgenthau haya sido demasiado influenciado por la teoría "pura" del derecho de *Hans Kelsen*, en la que al egregio jurista solo le resultan atendibles las cuestiones jurídicas. Recordemos que el nacional-socialismo redujo *ad absurdum* esta teoría "pura" del derecho libre de toda moral, al igual que una teoría "pura" del poder y del interés sin moral.

²⁹ H. J. Morgenthau, "La réalité des normes; en particulier des normes du droit international", París, 1934. Señala Hans Küng, op. cit., p. 70 a la letra: "De hecho, ante la violencia nazi, el fracaso de la Sociedad de Naciones y del derecho internacional, la no impedida guerra de Italia contra Abisinia en 1935 (así como la ocupación japonesa de Manchuria comenzada ya en 1931), ¿cómo mantener todavía qué derecho, costumbres y moral cumplen realmente su función de refrenar y circunscribir la lucha por el poder? Morgenthau piensa que únicamente la esperanza de una sanción efectiva (de la conciencia, la opinión pública, la ley) puede conferir valor a las normas, y esto es justamente difícil en el derecho internacional. Ciertamente, en otros tiempos la religión y la metafísica conferían fuerza normativa a las normas y valores últimos, pero --aquí muestran de nuevo su influjo las lecturas de Nietzsche--¿de dónde tomar esta fuerza en un tiempo de agonía de la religión y ocaso de la metafísica?"

Así llegamos a lo que parece ser la parte medular de este encuadre teórico que es la referida al decisivo ámbito de la *responsabilidad*, una *política* de responsabilidad que trata de realizar el siempre precario equilibrio entre ideales y realidades. Es plausible, en principio, su intención de buscar establecer los rasgos generales de un *nuevo paradigma de la política*, advirtiendo de su no pretensión de exponer una teoría minuciosamente elaborada de las relaciones internacionales con todas sus vicisitudes de cambio y continuidad, tal como lo ha hecho el politólogo estadounidense James N. Rosenau.³⁰ El parte del supuesto de que desde el trasfondo de una situación mundial libre de grandes conflictos de dimensiones universales y en la que se han ido configurando diversos centros de poder con intereses parcialmente diferenciados, es posible concentrarse en la *estructura ética y normativa fundamental* del nuevo paradigma de política, que tiene también múltiples consecuencias para la praxis política. Desde esta perspectiva, efectivamente, '*a new global politics*' no es realizable, en su opinión, sin '*a new global ethics*'.

En otros términos, se trata de arribar a una determinación de intereses éticamente responsable. Cómo se manifiesta ética y normativamente el interés nacional? Algunos internacionalistas califican los intereses como *puramente subjetivos* (ejemplo: las muy diferentes políticas exteriores de los gobiernos de Israel), y otros, en completo antagonismo, como *totalmente objetivos* (ejemplo: el mantenimiento de idéntica política exterior por diversos gobiernos estadounidenses). Otros estudiosos de la realidad política internacional, desconcertados, han abandonado el concepto por indefinible e impracticable. Empero, la realidad política muestra que los intereses nacionales no dejan de desempeñar un papel relevante. Por ello, más que eliminar el concepto, es mejor matizarlo:

- Los intereses no son ideas puramente subjetivas: tienen un fundamento en la realidad política;
- Los intereses tampoco son puras realidades objetivas: están sujetos a una valoración subjetiva (no se pueden calcular y tampoco cuantificar de un modo puramente racional o positivista);
- En esta época de plena globalización y creciente multiculturalismo, multilateralismo, de organizaciones gubernamentales, internacionales y supranacionales, de una sociedad civil hiperactiva, de un sistema jurídico con tendencias universales, de búsqueda por la internacionalización de la justicia, y de creciente interdependencia, determinar los intereses nacionales de modo relativamente objetivo solo es posible mediante procedimientos bastante complicados.
- Por tanto, los intereses nacionales no pueden invocarse de un modo ingenuo y menos aún demagógico. Deben ser *éticamente responsables*, pero no únicamente en el nivel de los mandos gerenciales de la política, sino también dada la importancia de la opinión pública, ante el foro de la sociedad nacional e internacional.³¹

De hecho, cualquier observador de las relaciones políticas internacionales conoce de la dificultad para los gobiernos de subordinar intereses nacionales muy tangibles y a corto plazo en favor de *intereses globales menos palpables y a más largo plazo*. Así lo atestigua el gran ciclo de conferencias de la ONU del último lustro sobre temas como la educación, derecho internacional, corte penal internacional, protección de la infancia, prevención de catástrofes, desarrollo de los pueblos y reformas sociales, cambio bioclimático, narcotráfico, terrorismo, además de otros como la mujer, los niños, la política urbanística y la alimentación.

Tal y como lo hemos mencionado a lo largo de este marco conceptual, entre los estudiosos y neo-idealistas estadounidenses de nuestros tiempos, ninguno ha luchado tanto por crear *conciencia de*

³⁰ J. N. Rosenau, *Turbulence in World Politics. A Theory of Change and Continuity*, Princeton, N. J., 1990.

³¹ Destaca Küng que también en la ciencia política 'realista' se presta cada vez más atención al problema de la *responsabilidad ética global*. Como ejemplo, le admira que un politólogo como John C. Garnett (Universidad de Gales), en su informe intitulado "El interés nacional a examen", concluya que uno de los "inconvenientes principales" de la postura que orienta la política exterior desde el interés nacional es "que acentúa más el 'recibir' que el 'dar,'" y tiene muy poco en cuenta "que los Estados, además de intereses, tienen también *responsabilidades y obligaciones*".

valores y normas globales, en el *derecho internacional y en las relaciones internacionales*, como Richard Falk, quien ha elaborado un impresionante *World Order Models Project*, que compendió en una síntesis en 1995.³² Falk desarrolla 10 dimensiones globales concretas en su *Essential Vision* para un “gobierno humano”: mitigar las guerras, suprimir la guerra, responsabilizar a los individuos (instauración de la jurisdicción penal internacional), seguridad colectiva, imperio de la ley y la justicia internacional, política revolucionaria no violenta, derechos humanos, tutela de la naturaleza, ciudadanía positiva, y democracia cosmopolita.

En esta tesitura, coincidimos con el teólogo Küng y con otros neo-idealistas y teóricos normativistas de las relaciones internacionales en que, indudablemente, una *ética internacional de responsabilidades*, no significa, como pudiera suponerse, una moderna “vida internacional sin normas”, pero tampoco una “vida internacional según normas” al estilo del oscurantismo medieval. Se trata, más bien, de la *vía media de una razón responsable*. Aquí cabe destacar que en determinadas circunstancias, el imperativo ético –para nuestro caso en el derecho internacional y en las relaciones internacionales– puede ser fatalmente categórico, un deber de conciencia sin pretexto alguno, no hipotético, sino incondicional. Luego entonces, debe considerarse siempre que:

- Ética política no significa una inflexible *tética doctrinal* que no admite compromiso alguno: las normas éticas que no contemplan la situación política son contraproducentes; las decisiones éticas son siempre concretas.
- Ética política tampoco significa una astuta y *hábil táctica* que para todo tiene una disculpa. La situación política que no se atiene a normas éticas (*normatividad-ética*) termina siendo una política sin conciencia.
- Ética política significa, por el contrario, un *deber de conciencia* que no se dirige a lo bueno y justo abstracto, sino a lo bueno y justo concreto: lo adecuado en una determinada situación, que conjuga una *constante normativa general* con una variable particular condicionada por la situación.

Sólo en un determinado orden de cosas político (en esto tienen razón los realistas) se concreta un deber moral y el imperativo ético-normativo. Pero en un determinado orden de cosas político, que únicamente puede juzgar el sujeto interesado, el deber puede convertirse en totalmente incondicional (y aquí tienen razón los idealistas).

7. Síntesis de nuestra postura teórica: el imperativo de converger en la categoría ética y moral del derecho internacional y las relaciones internacionales.

Al llegar a este momento, parece cierto que ni siquiera la ciencia y la tecnología pueden crear el consenso sobre la ética mundial en el derecho y las relaciones internacionales, pero lo requieren si no han de verse desbordadas en su propia dinámica. Como puede ser fácilmente constatado, los grandes problemas económico-tecnológicos de la actualidad se convierten cada vez más en problemas político-morales que parecen superar toda construcción jurídica, psicológica, sociológica, política y, en ocasiones, hasta la misma filosofía. Un primer grupo de filósofos de las relaciones internacionales consideran que en materia ética es imposible un consenso básico global, por lo que sólo existirían éticas regionales.³³ Un segundo conjunto de pensadores defienden un pluralismo radical que parece conformarse <postmodernamente> con una cierta <verdad plural, justicia humanidad>.³⁴ Y finalmente, un tercer grupo, se pregunta si no puede existir entre los hombres de diferente nación, cultura, y religión una coincidencia que ubicada en un referente común, haga las veces de *estándares*

³² Richard Falk, On Humane Governance. Toward a New Global Politics. The World Order Models Project Report of a Global Civilization Initiative, Cambridge, 1995

³³ Por ejemplo A. MacIntyre, R. Rorty, M. Foucault y R. Bubner, en Hans Küng, *Proyecto de una ética mundial*, Madrid, 1991, 1998, pp. 62-64.

³⁴ Como en el caso de J. F. Lyotard y W. Welsch.

éticos universales.³⁵ Y sobre este consenso ético en el derecho internacional y en las relaciones internacionales, cabe hacer dos precisiones:

- Las diferencias no sólo de naciones, culturas y religiones, sino también de formas de vida, de concepciones científicas, de sistemas económicos, de modelos sociales y de comunidades creyentes son tan grandes que no cabe pensar en una coincidencia total en cuestiones de actitudes éticas: por lo tanto, es *imposible un consenso ético global*.
- Pero por múltiples y variadas que sean las diferencias apuntadas, en todas partes se trata de *personas y de sociedades humanas*, que, con los modernos medios de comunicación masiva, comparten intereses y preocupaciones, siendo aquí donde se plantea la pregunta de si no puede, si no debe darse un mínimo en valores, reglas y actitudes comunes a todos los seres humanos: por tanto, *un mínimo consenso ético*.

En este orden de ideas, sería prudente seguidamente compartir algunas reflexiones sobre los deberes jurídicos y los deberes morales, para tratar de esclarecer la pregunta ¿cómo concebir un derecho internacional sin moral internacional?

Los derechos implican ciertos deberes, los *deberes jurídicos*. Pero no todos los deberes son consecuencia de derechos. Existen también *deberes éticos* originarios. Ya el iusnaturalista Samuel von Pufendorf (1632-1694) y el filósofo judío Moses Mendelssohn (1729-1786) distinguían entre deberes <perfectos> y deberes "imperfectos". Los primeros son deberes en sentido estricto, éstos son, *deberes jurídicos*, que el Estado ha de exigir y cuya lesión debe castigar; los segundos, son deberes en sentido amplio, éstos son *deberes éticos*, de libre cumplimiento, lo cual constituye su grandeza, pero también sus límites prácticos.

Esta diferenciación entre deberes jurídicos y éticos es importante para distinguir en términos más precisos entre el ámbito del derecho y de la ética, en los niveles tanto nacional como internacional, lo cual tiene notable implicación precisamente para la realización de los derechos humanos. Sabemos bien que los ámbitos del derecho internacional y de la ética internacional mantienen una múltiple correlación: tanto el surgimiento como la realidad y el funcionamiento del derecho *presuponen una actitud ética*. Por otra parte, *la ética de ningún modo se agota en el derecho*. Hay que distinguir, por tanto, entre el escenario del derecho y el de la ética, por las importantes implicaciones que ello tiene para los derechos del hombre, principalmente en el contexto de una sociedad internacional global.

El hombre tiene derechos fundamentales, formulados en las declaraciones de los derechos humanos. En correspondencia con ellos, existen los deberes, tanto del Estado como de los ciudadanos, de respetar y defender estos derechos. Se trata de deberes jurídicos; encontrándonos aquí en el *ámbito del derecho*, de la ley, de la norma, de la justicia. Pero el hombre tiene al mismo tiempo deberes originarios, inherentes a su misma persona y que no se fundan en ningún género de derechos: se trata de deberes éticos no establecidos jurídicamente; hallándonos, entonces, en el *ámbito de la ética*, de las costumbres, de la conciencia. En la práctica, esto nos sugiere que la buena disposición moral interna no es verificable, y, por tanto, tampoco es exigible judicialmente y, menos aún, ejecutable coactivamente.³⁶

³⁵ *Estándar* (originalmente "estandarte", "bandera" oficial) significa hoy día algo que se toma como modelo por el que puede regirse otra cosa; esto es, directriz, regla, norma. Aquí nos referimos a *estándares éticos*, o sea, *valores, normas, actitudes morales*. *Ethos*, es la actitud ética fundamental de una persona o de un grupo, mientras que '*ética*' --aunque no siempre se hace tal precisión-- sugiere la doctrina (filosófica o teológica) de los valores, las normas y las actitudes morales. En la lengua inglesa, el término griego *ethos* es poco usual y se traduce preferentemente por *ethic*. A su vez, *ethics* se usa como actitud moral básica y también como sistema ético, y lo mismo ocurre con el término alemán *Ethik*.

³⁶ Podemos resumir, siguiendo el razonamiento de Küng, que *de los solos derechos humanos*, por fundamentales que sean para el hombre, no puede derivarse *ninguna ética global de la humanidad* extensible a los deberes prejurídicos del hombre. Previamente a toda fijación jurídica y a la legislación del Estado, existe la autonomía moral y la responsabilidad consciente de la persona, a la que no sólo se hallan ligados derechos, sino también deberes fundamentales.

La diferenciación entre *derecho* y *actitud ética* tiene consecuencias notorias: cabalmente porque derecho y actitud ética comienzan por no ser idénticos, sino que incluso pueden *colisionar*, con frecuencia el derecho no funciona en lo absoluto. Y esto es válido también para la política.³⁷ Como se sabe, el cumplimiento del principio fundamental del derecho internacional *pacta sunt servanda*, (los pactos deben ser respetados), depende decisivamente de la voluntad ética de las partes. Basta con una cláusula secreta (imposible de controlar) como la famosa de Bismarck *rebus sic stantibus*, para que el tratado más solemne resulte "armado con cartón", de modo que, al cambiar la situación, puede ser declarado unilateralmente como no vigente. Esto último, es importante y vale la pena destacarlo, aunque, por razones que no se exponen de momento, puede ser refutado fácilmente desde la perspectiva empírica de los países en desarrollo que, contra su voluntad las más de las veces, han concurrido históricamente en numerosos tratados –bilaterales y multilaterales– en situaciones de necesidad extrema, bajo condiciones desfavorables o por mera imposición de los Estados más fuertes.

En la perspectiva del derecho internacional, Max Huber (1874-1960) reivindicaba en 1955 la relevancia de la distinción entre *derecho* y *actitud ética*. Huber, renombrado internacionalista suizo y también presidente de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1925-1928), así como presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja (1928-1945), desarrolla en sus reflexiones el concepto de una "*ética internacional*" que estaría en el trasfondo del derecho y, sobre él, lo trascendería, y por tanto no podría fundarse en el derecho mismo.³⁸ Este y otros ius-internacionalistas destacan enfáticamente que ni el derecho ni las costumbres pueden mantenerse a la larga sin la autoridad de una actitud ética que los respalde y proceda de otra instancia superior, "*una actitud ética que eleve las costumbres a la categoría de moralidad*".

Por último y para finalizar este Marco Teórico-Histórico que consideramos fundamental para la cabal comprensión de la idea que anima la presente investigación, únicamente deseamos expresar —como juristas e internacionalistas— nuestra profunda convicción en los valores éticos y normativos universales, y en su recuperación crítica y dialéctica, para reafianzar el compromiso que tienen el derecho internacional y las relaciones internacionales para el logro del orden, el progreso y el bienestar de la comunidad humana, a contracorriente de una dinámica global desprovista de valores humanos y principios naturales supremos. Con este razonamiento y en relación con nuestro *derecho de gentes*, el derecho internacional, que deja todavía a los Estados soberanos un amplio margen de maniobra en las relaciones internacionales, la actitud ética habrá de tener permanentemente "*el cometido de ofrecer criterios e imponer límites a este vasto margen de actuación política*".

Decidimos abrir el libro y éste habrá de continuar abierto a lo largo de esta tesis doctoral. Como al comienzo de nuestras reflexiones iniciales, la duda persiste y a estas alturas solamente podemos disponer de algunos elementos adicionales para responder mejor a la cuestión, siempre importante, de la existencia de una convergencia disciplinaria ético-normativa del derecho internacional y las relaciones internacionales, en un intento por alcanzar formas de explicación de la realidad social y jurídico-política de la sociedad internacional, diferentes del realismo, el liberalismo capitalista, la globalidad acrítica y el positivismo, que aún dominan el razonamiento en ciencias políticas y sociales, y en humanidades.

Lo ético y lo normativo, resurgen hoy día con singular empuje y tienden a ubicarse en lugares privilegiados del quehacer cotidiano de la sociedad global y en el vértice de la argumentación central del pensamiento político y jurídico de los individuos, los Estados, las organizaciones internacionales y de las fuerzas transnacionales representadas por una sociedad civil que se construye a diario con el discurso desenajenante de la emancipación y el humanismo como distintivo universal. La libertad y la

³⁷ Cuando o los miembros de un tratado, por ejemplo en la reciente guerra de Yugoslavia, no tienen desde el principio la voluntad ética (desgraciadamente ni verificable ni requerible) de respetar el armisticio pactado, de nada sirven los pactos de armisticio suscritos con las grandes potencias, y tampoco sus garantías jurídicas. Tan pronto como se ofrece ocasión para ello, se vuelve de nuevo a las armas, bajo los más variados pretextos tanto políticos como jurídicos (Küng, op. cit., p.145).

³⁸ Cf. M. Huber, "*Prolegomena und Probleme eines internationalem Ethos*", en *Die Friedens-Warte*, vol. 53 (1955-1956) num. 4, pp. 305-329 (tomadas de aquí las dos siguientes citas).

igualdad son dos valores que luchan por su predominio en el ámbito de la realidad política mundial, por tanto, la forma como estos valores se consoliden y equilibren en los marcos axiológicos y jurídicos de la comunidad internacional, reflejará la tendencia o ausencia de una ética democrática que humanice las relaciones internacionales y legitime el derecho internacional.

La teoría internacional, la teoría normativa y la teoría ética internacional, confluyen necesariamente en el diseño y en la práctica habitual de la política y del poder. El derecho internacional es, por cierto, el más "político" de todos los derechos, y si su existencia dependiera de su alejamiento de la política, no habría nunca ese derecho. Las relaciones internacionales son también, en su infinita complejidad, eminentemente políticas, no obstante que la lógica económica nos muestre la otra cara de la moneda, el lado más visible y publicitado de las estructuras y los contenidos de la agenda planetaria. Por ello, las aproximaciones teóricas sobre lo moral, lo ético, lo normativo y lo justo, se inscriben en el terreno de la política porque ésta, precisamente, encarna y traduce la esencia del pensamiento y la actuación de los hombres y de las sociedades jurídica y políticamente organizadas: los Estados y las organizaciones supranacionales.

El derecho internacional y las relaciones internacionales requieren de un fundamento ético-normativo. Un *nuevo orden mundial* no es excluyentemente jurídico, económico o político, sino integral y total, y no puede crearse ni estructurarse solamente con leyes, tratados, convenciones y reglamentos. Asimismo, el compromiso en favor de los derechos humanos presupone una conciencia de la responsabilidad y los deberes, y ello concierne por igual al pensamiento y al sentimiento de los hombres. En consecuencia, a largo plazo, el derecho internacional —y las relaciones internacionales como su principal objeto de regulación— no tienen ni tendrán consistencia alguna sin una actitud ética, por lo que difícilmente habrá un nuevo orden jurídico y político mundial sin una actitud ética mundial.

En el contexto dinámico del derecho internacional y de las relaciones internacionales *<Actitud ética mundial>* no equivale, por lo tanto, a una *<ética para el mundo>*, en el sentido de una determinada doctrina filosófica o teológica de las actitudes, valores y normas morales, sino más bien la actitud fundamental del hombre, tanto individual como colectivamente: en la persona humana, en la sociedad nacional y en la comunidad internacional-global.

CAPÍTULO PRIMERO.

DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES EN EL ACTUAL ORDEN GLOBAL.

1.1. Las grandes transformaciones de la sociedad internacional: del fin del bipolarismo a la globalización de los procesos sociales.

Vivimos ostensiblemente una época de transición, precisamente en el tiempo y el espacio donde se conjugan el fin de un siglo caótico, la conclusión de un milenio desconcertante con enormes avances y grandes retrocesos, y el inicio de un tercer milenio que amenaza ser incierto, paradójico y a contracorriente de los ideales de desarrollo, derecho, equidad y justicia que han acompañado al hombre desde los inicios de su larga travesía por el camino histórico y el mundo de la realidad objetiva. Quizá nunca como ahora, sumidos en este amplio espectro de la denominada era de la globalidad, se habían mostrado tan patentemente los vínculos que ligan los problemas del desarrollo de la sociedad internacional, con los del derecho, la política y las relaciones internacionales, situadas éstas en una dicotomía dialéctica: *cooperación y conflicto*.

Las primeras transformaciones de las relaciones internacionales como ciencia y objeto de estudio (la sociedad internacional) se perciben a partir del Tratado de Versalles de 1919, cuando comienza la preocupación por entender las causas de la primera conflagración, como lo constatan los llamados Estudios Internacionales formulados por diferentes instituciones europeas y estadounidenses que, además de centrarse en el análisis de los hechos histórico-diplomáticos más relevantes, se enfocaban al estudio del Derecho Internacional y a la Política Mundial en el contexto de las conferencias y las organizaciones internacionales. A partir de 1945 las relaciones internacionales cobran mayor importancia y sus enfoques comenzaron a contemplar, además de la Historia y el Derecho Internacional, la Economía y la Política.³⁹

1.1.1. El devenir inmediato de las transformaciones cualitativas.

Ya situados en la penúltima década del siglo XX, cuando la sociedad internacional empieza a mostrar cambios y crisis de dimensiones nunca antes conocidas o imaginadas, el problema del estudio de la realidad mundial y del derecho internacional o de las propias Relaciones Internacionales, no sólo se complicó para la propia disciplina, sino que los ámbitos o las fronteras de las otras ciencias sociales fueron igualmente convulsionados y desbordados; de tal modo que, contra lo previsto, emerge la necesidad de reubicar o redimensionar el alcance de las diferentes disciplinas, lo que llevó de entrada

³⁹ En la década de los cincuenta surgió la necesidad de teorizar y aparecieron los primeros teóricos de las Relaciones Internacionales en los países anglosajones, destacando Hans J. Morgenthau, Quincy Wright, Norman J. Padelford, George A. Lincoln, George Schwanzenberger, entre otros. En Francia y España, destacaron pensadores como Raymond Aron, Antonio Truyol y, en los años sesenta, Marcel Merle, Celestino del Arenal y Manuel Medina. En tiempos más recientes, descuellan Karl J. Holsti (*International Politics*), John A. Vázquez (*El poder de la política del poder*), Kenneth N. Waltz (*Teoría de la política internacional*), Charles Zorbibe (*Les organisations internationales*), Henry Kissinger (*La Diplomacia*), Seyom Brown (*A Theory of the World Polity*), Robert Cox, Robert O. Keohane, Mark Neufeld, Alvin Tofler, por mencionar sólo a algunos.

Las teorías de estos autores --opinión que compartimos con la teórica mexicana Graciela Arroyo Pichardo-- se clasifican en realistas, sociohistóricas, funcionalistas, sistémicas, del conflicto, marxistas, de la integración, de la dependencia, de la interdependencia, normativistas, neorealistas, neoidealistas, etc. y dan cuenta particularmente de las relaciones entre las grandes potencias en cada etapa histórica, en términos del poder político y económico, del juego de las alianzas y de los liderazgos. En el fondo, lo que se está planteando es que en las relaciones internacionales hay actores-sujetos con poder de acción y decisión y objetos, es decir, sobre quienes se decide. (dominios coloniales y ex-colonias, países dependientes o lo que en una época se denominó subdesarrollados). Consecuentemente, las interpretaciones o teorizaciones dominantes provienen generalmente de los mismos centros de poder, esto es, de los grandes autores.

a una doble perspectiva, situación que para muchos se ha traducido en una crisis de las ciencias sociales en general. Y esto se debe esencialmente a que para las ciencias sociales consideradas como clásicas, el objeto tradicional de estudio, el Estado con sus características y atributos —soberanía, soberanía, independencia—, y la sociedad enmarcada dentro de sus límites, han sido desbordados por una serie de procesos de diferente naturaleza: las innovaciones tecnológicas, los procesos productivos, las finanzas, las comunicaciones, la desintegración del sistema socialista, la fragmentación de unidades estatales, el resurgimiento de las reivindicaciones nacionales, de etnicismos, de xenofobia, los movimientos migratorios, el desempleo, la violencia, la depauperización, etc. todas manifestaciones de lo que se denomina globalización, constituyen una verdadera revolución social de dimensiones transnacionales que exigen respuestas y compromisos de carácter internacional.⁴⁰

Desde la óptica de las Relaciones Internacionales, lo que ocurre es una aceleración en la dinámica internacional y una gran mutación en el papel y en el carácter de los actores, entre los cuales las sociedades, las naciones y los individuos están reclamando un derecho original. Y esto está conllevando a un nuevo conflicto entre las disciplinas, que se manifiesta también a nivel de las instituciones y de los regímenes internacionales, entre especialistas y, por consiguiente, en el marco de los mapas curriculares académicos.

Diferentes visiones del mundo contemporáneo como las que nos proporcionan pensadores como Samuel Huntington y Francis Fukuyama,⁴¹ han irrumpido vertiginosamente en el debate teórico, político y social confirmando la existencia de una compleja interacción de elementos y fenómenos que están reconfigurando la estructura y composición del derecho internacional y de las relaciones internacionales. Así observamos que la caída del Muro y la fragmentación del bloque soviético, han dado lugar a la proliferación y popularización de diversos diagnósticos acerca de cuáles serían algunas características básicas del nuevo contexto mundial. Dentro de esta calificación puede incluirse el análisis centrado en la noción de <fin de la historia> propuesto por Fukuyama y el denominado clivaje civilizatorio de la propuesta interpretativa de Huntington.⁴² En ambos casos se evidencia la mezcla de principios básicos del derecho y las relaciones internacionales, tales como el dilemas de la soberanía estatal, las controversias jurisdiccionales, las disputas por los atributos de poder entre los Estados, la influencia del posicionamiento en la estructura internacional, la diseminación de los regímenes internacionales, el avance hacia la formación de regionalismos flexibles, así como también los análisis neo-gramscianos sobre el rol de las clases sociales, los nuevos sujetos jurídicos transnacionales y los actores supranacionales.⁴³

Empero, al mismo tiempo, parecen omitir la revisualización del individuo en su cualidad de sujeto pleno del derecho internacional y actor calificado de la política mundial, tanto como una fuente de oportunidades y desarrollo (por ejemplo en lo referente al impacto de una mejor educación y condiciones de vida sobre la productividad de las economías nacionales y la paulatina reducción de las tasas de desempleo, los actores empresariales y financieros o en la misma intervención internacional en casos de emergencia humanitaria), como en su posición de amenaza (tal como es el caso de la

⁴⁰ Arroyo Pichardo, Graciela: "Las Relaciones Internacionales y la dinámica local global (una aproximación a la complejidad del mundo actual)", en *Relaciones Internacionales*, No. 83 May-Ago, 2000, CRI-FCPS-UNAM, México, pp. 37-44.

⁴¹ Fukuyama, Francis: "The end of the History", *International Security*, Summer 1989, EUA. Este autor ha respaldado la idea de revalorizar las diferencias culturales, aun dentro del proceso "fin de la historia", que se ha visto confirmado en los últimos años dada la constante convergencia hacia prácticas del mercado e instituciones democráticas. Consúltese también "The Future of Equality", *National Interest*, Winter 1994-94, No. 38, EUA.

⁴² Huntington, Samuel P. *El Choque de Civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Paidós, Barcelona, España, 1997. Sin lugar a dudas este libro de Huntington representa una de las grandes contribuciones del pensamiento crítico de los noventa para la comprensión del mundo de la posguerra fría. Su antecedente data de 1993 cuando fue publicado en la revista *Foreign Affairs* el artículo "The Clash of Civilizations" que, a decir de los expertos, desató más debate que cualquiera publicado desde los años cuarenta

⁴³ Cox, Robert: "Social Forces, States and World Orders: Beyond International Theory", *Millenium*, vol. 10. No. 2, 1981, Reino Unido.

comisión de delitos y crímenes materia del derecho internacional penal, las migraciones, el deterioro ambiental y la radicalización ideológica, política y religiosa).⁴⁴

Sea cual fuere nuestra apreciación personal sobre los diferentes pensadores del mundo de hoy, lo central es la propuesta que hace cada uno de ellos para ampliar nuestra percepción sobre lo que está ocurriendo. En esta tónica, parece que el razonamiento de Huntington nos acerca una visión atendible. Por ejemplo, la hipótesis central de su obra citada, es el hecho de que la cultura y las civilizaciones culturales, que en su nivel más amplio son identidades civilizacionales, están configurando las pautas de cohesión, desintegración y conflicto en el mundo de los noventa del siglo XX a la fecha. Esta proposición principal la desagrega en los siguientes corolarios:

- Por primera vez en la historia, lo política global es a la vez multipolar y multicivilizacional; la modernización económica y social no está produciendo ni una civilización universal en sentido significativo, ni un sistema jurídico estrictamente universal, ni la occidentalización de las sociedades no occidentales.
- El equilibrio de poder entre civilizaciones está cambiando: Occidente va perdiendo fuerza relativa, las civilizaciones asiáticas están aumentando su fuerza económica, militar y política, el Islam experimenta una explosión demográfica de consecuencias desestabilizadoras para los países musulmanes y sus vecinos, y las civilizaciones no occidentales reafirman por lo general el valor de sus propias culturas; y todo este orden es enteramente contextual al ámbito del derecho internacional.
- Está surgiendo un orden mundial basado en la civilización; las sociedades que comparten afinidades culturales cooperan entre sí; los esfuerzos por hacer pasar sociedades de una civilización a otra resultan infructuosos; y los países se agrupan en torno a los Estados dirigentes o centrales de sus civilizaciones. De nueva cuenta, esta realidad impacta la concepción jurídica occidentalista y los propios alcances de una teoría general del derecho internacional.
- Las pretensiones universalistas de Occidente le hacen entrar cada vez más en conflicto con otras civilizaciones, en tanto que, en el plano local, las guerras en las líneas de fractura, generan la solidaridad de los países afines, la amenaza de escalada y, por tanto, los esfuerzos por parte de los Estados centrales para detener dichas guerras.⁴⁵
- La supervivencia de Occidente depende de que los estadounidenses reafirmen su identidad occidental y los occidentales acepten su civilización como única y no universal, así como de que "se unan para renovarla y preservarla frente a los ataques procedentes de sociedades no occidentales. Evitar una guerra mundial entre civilizaciones depende de que los líderes mundiales acepten la naturaleza de la política global, con raíces en múltiples civilizaciones, y cooperen para su mantenimiento".⁴⁶

Por y para ello, a la vez será indispensable la convergencia de la cultura jurídica occidental y la no occidental para lograr la reestructuración y reorientación del derecho supranacional que debe

⁴⁴ Raymond Aron nos alertó sobre los peligros que esconden las fracturas culturales y civilizatorias. Por lo mismo rechazaba los debates entre neorrealistas e institucionalistas, pues consideraba que de estas teorías se desprendían los orígenes de la "hostilidad absoluta" y, por lo tanto, de la negación del derecho internacional y de la política internacional y de algunos de sus principios básicos como la regulación, la moderación, el equilibrio de poder, la autoayuda, la posibilidad de avanzar hacia un sistema internacional más homogéneo. Este "roll back" a un neodarwinismo lo alarmaba por el dilema irresoluble que contenía, excepto que se recurriera a la violencia extrema y al exterminio de lo "distinto".

⁴⁵ En este punto disintimos con lo expresado por Huntington, pues ha resultado evidente en las últimas décadas que, muy a pesar de lo que en contrario se afirme, los Estados centrales desempeñan roles y conductas ambivalentes pues, por un lado, se autodesignan como conservadores de la paz y seguridad internacionales, mientras que por el otro, promueven, catalizan y manipulan los conflictos y los desórdenes, locales y regionales, amén de que mantienen el control de la producción, distribución y comercialización de todo tipo de armamentos. Al respecto, Henry Kissinger llegó a afirmar que "en nuestro sistema (capitalista) es dable que las crisis sean temporales y se curen con las guerras y los conflictos". Periódico El Día, editorial, septiembre 3 de 1973, p.2

⁴⁶ Huntington, op.cit. p. 21.

prevalecer entre todos los Estados y todas las civilizaciones, esto es, un sistema jurídico de naturaleza y contenido genuinamente universales.

Para convalidar la exposición de estas ideas que nos ayudan a definir las grandes transformaciones del sistema de relaciones internacionales contemporáneas, podemos afirmar que la modernización por lo general ha elevado el nivel material de civilización en todo el mundo, empero, no se puede afirmar que haya elevado también sus dimensiones éticas, normativas y culturales, aunque en algunos aspectos parece que sí. La esclavitud, la tortura, la desaparición forzada, el genocidio, los tratos crueles a los individuos se van haciendo cada vez menos aceptables en las relaciones internacionales contemporáneas.

Y al respecto, cabría preguntarse en esta perspectiva huntingtoniana, si esto se debe simplemente a la influencia de la civilización occidental en las demás culturas y, por lo tanto, se producirá un retroceso ético-moral y jurídico en la medida en que el poder occidental decaiga. Lo evidente es que a partir de los años noventa y en lo que va del siglo XXI, "*existen muchas pruebas de un quebrantamiento de la ley y el orden a escala mundial, de Estados debilitados y de una anarquía cada vez mayor en muchas partes del mapa mundial, de una ola de crímenes a nivel planetario, de mafias internacionales y de cárteles de droga, de una creciente drogadicción en muchas sociedades, de un debilitamiento generalizado de la familia, de un descenso de la confianza y la solidaridad social en muchos países, de violencia étnica, religiosa y de civilización, y del imperio de las armas que predomina en gran parte del mundo*".⁴⁷

1.1.2. Irrupción plena de las grandes transformaciones de la sociedad internacional.

En la lógica de todo este razonamiento, en su más reciente libro *Metodología de las Relaciones Internacionales*, la profesora Graciela Arroyo Pichardo señala que en los últimos años comenzaron a manifestarse y hacerse sensibles una serie de cambios en el ámbito de las relaciones internacionales, particularmente los factores y las condiciones que desde inicios de la segunda posguerra dieron cierta estabilidad al sistema internacional. Estas mutaciones ocurrieron algunas de manera paulatina otras irrumpieron de manera súbita y drástica, ambas con la característica común de que afectan al sistema en su conjunto llegando a modificar su estructura.⁴⁸ Y esto resulta ser así porque el sistema internacional se nos presenta simple y llanamente como *historia*.

A este respecto, Ekkehart Klippendorff en su texto *El sistema internacional como historia*, parte de la suposición de que sólo es posible comprender ese sistema —sus transformaciones actuales, su *patología*, sus conflictos y contradicciones— analizándolo desde un punto de vista histórico. El sistema de relaciones internacionales tiene una génesis precisa, y asimismo representa la suma de las experiencias obtenidas en el curso de los varios cientos de años de su existencia. "*Estos antecedentes se materializan en la forma de estructuras establecidas. La historia. Todos cargamos la historia de la propia vida, que al fin y al cabo rebasa por mucho nuestras experiencias individuales y está vinculada también con los antecedentes de nuestro grupo étnico y clase social*".⁴⁹ De la misma manera, la

⁴⁷ Huntington, op. cit. p. 385, comenta adicionalmente que "En una ciudad tras otra (...) el crimen parecía estar extendiéndose rápidamente, y los elementos básicos de la civilización, desvaneciéndose. La gente hablaba de una crisis planetaria de autoridad. El desarrollo de empresas internacionales productoras de bienes económicos se vio igualado cada vez más por el de organizaciones internacionales como mafias criminales, cárteles de drogas y bandas terroristas que atacaban violentamente la civilización. Ley y orden es el primer requisito para que la civilización exista, y en gran parte del mundo... parecía estar esfumándose, al tiempo que se veía sometida a serios ataques en China, Japón y Occidente. A escala mundial, parecía que, en muchos aspectos, la civilización estaba cediendo ante la barbarie, lo cual generaba la imagen de un fenómeno sin precedentes, el de una Edad Oscura universal que podía caer sobre la humanidad

⁴⁸ Arroyo Pichardo, Graciela. *Metodología de las Relaciones Internacionales*, Oxford University Press, México, 1999, pp. 1-3

⁴⁹ Klippendorff, Ekkehart *Las Relaciones Internacionales como Ciencia*. Introducción, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pp. 48-64.

sociedad internacional, la política y el derecho internacional en todo tiempo constituyen el producto de su historia.

Aunque diferimos de la opinión de que hasta la fecha no se ha realizado una sistematización de los grandes cambios ocurridos en las relaciones y el derecho internacionales —pues existen varios esfuerzos encaminados en ese sentido— resulta evidente que la transformación orgánica y estructural del sistema internacional ha dado lugar a concepciones e ideas acerca de la naturaleza de la dinámica activada en términos como *etapa de transición, reestructuración, patología internacional, anomia, crisis y desorden internacional, incertidumbre, criminalidad, caos, conflicto, violencia y delictuosidad, nuevo orden, violación sistemática, renovación significativa*, etc.

Retomando los señalamientos de M. Godelier,⁵⁰ cabría afirmar que el cambio como sucesión de procesos interrelacionados dio lugar a una reconfiguración de la estructura mundial en términos tales que ésta, percibida a principios del siglo XXI, es bastante diferente de la prevaleciente en 1985-1990. Consecuentemente, la gama de relaciones, acciones e interacciones en la estructura —al mismo tiempo causa de los cambios mencionados— también se transformó. Esto nos conduce necesariamente a enunciar los cambios más notables registrados en este período en el sistema de relaciones internacionales y que habrán de impactar a su subsistema regulatorio y normativo que es el derecho internacional, particularmente la nueva rama internacional penal que nos ocupará a lo largo de la presente investigación:

1. Modificación paulatina de la estructura jerárquica de la economía mundial centro-periferia.
2. Imposición del sistema económico sobre el político-militar.
3. Emergencia a un mayor rango del subsistema sociocultural.
4. Flujo y reflujo (aumento y disminución) del papel normativo y mediador de las organizaciones internacionales y del derecho internacional público.
5. Incremento e internacionalización de los delitos de todo género, el tráfico ilegal, el crimen organizado, las conductas contra la paz y seguridad internacionales, los crímenes y violaciones a los derechos humanos y a los tratados internacionales fundamentales.
6. Transformación de la división internacional del trabajo.
7. Surgimiento y consolidación de procesos de integración económica y regional.
8. Desintegración del sistema de países socialistas de Europa y modificaciones en los sistemas socialistas de países no europeos (África, Asia y América Latina).
9. Crisis de las alianzas militares tripartitas y subregionales, desintegración del Pacto de Varsovia y la reestructuración y expansionismo de la alianza noratlántica.
10. Desintegración de Estados multinacionales (URSS, Yugoslavia, Checoslovaquia).
11. Reforzamiento y ampliación de movimientos de secesión y de separatismo nacional.
12. Reparición de guerras y conflictos geopolíticos y geoestratégicos (materias primas, petróleo, rutas comerciales, diferendos territoriales, vías de navegación internacional, otros).
13. Integración de Estados nacionales (Alemania, Vietnam, Corea, otros).
14. Crisis, adaptación y fortalecimiento de las iglesias y religiones universales.
15. Emergencia de minorías poblacionales y de grupos étnicos y culturales, dando lugar a lo que diversos especialistas denominan derechos humanos de cuarta generación.
16. Divulgación y concreción de las propuestas tendientes a una reforma general e integral a la Carta y al Sistema de Naciones Unidas (principalmente a su estructura central).
17. Expansión de procesos de democratización política.
18. Disolución del sistema bipolar político-militar.
19. Expansión del sistema de libre mercado.

⁵⁰ Godelier, M. "*Los procesos de transición y las ciencias sociales*", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, num.113, UNESCO, París/Barcelona, 1988, pp.5-9.

20. Crecimiento exponencial de los conflictos y controversias comerciales internacionales.
21. Replanteamiento de los términos y alcances de la carrera armamentista nuclear.
22. Surgimiento y agravamiento de problemas relacionados con el medio ambiente, la biósfera y los ecosistemas planetarios, así como planteamiento del dilema mundial del desarrollo sustentable y sostenible.
23. Replanteamiento de las tesis soberanas y disminución del papel de la política como poder nacional (Estado) en favor de la economía internacional.
24. Aparición y afianzamiento de fuerzas y de formas de organización transnacional (no gubernamentales).
25. Disminución de la presencia política de organizaciones civiles (laborales y políticas) en los niveles interno e internacional.
26. Aumento de los fenómenos migratorios en todas las regiones del mundo.
27. Internacionalización de problemas sociales (pobreza, marginación, desempleo, desamparo y explotación infantil, desintegración familiar, violencia, drogadicción, desvalorización, etc.)
28. Desconcierto y empobrecimiento del pensamiento social en general y de las relaciones internacionales en particular.
29. Recurrencia de la crisis del capitalismo mundial y afianzamiento de sus características que la definen como: cíclica, estructural, orgánica, general, internacional y global.
30. Incremento sustancial de tratados, acuerdos, convenciones y reuniones internacionales en todos los ámbitos del quehacer humano, pero con un lento ritmo de ratificación y cuyos resultados prácticos e impacto en el desarrollo de la sociedad mundial no son del todo tangibles.⁵¹
31. Aparición del terrorismo internacional en gran escala, con grandes atentados a centros neurálgicos del gran capitalismo, conllevando diferentes formas de respuesta.
32. Recrudescimiento de las agresiones imperialistas de gran alcance, con el consecuente realineamiento y recomposición del sistema de alianzas pos guerra fría.

Hasta ahora resulta claro que el sistema internacional como objeto de estudio de las Relaciones Internacionales y como objeto de regulación del derecho internacional es intrínsecamente inestable. Como *armazón* o *entramado* resultante del desarrollo histórico del conjunto de sus componentes iniciales –los Estados, sujetos primarios del derecho internacional— en su mutua interacción, las relaciones internacionales y con el medio geográfico y biótico en el que se sustenta, es una *estructura cambiante*. Los grandes giros en la organización del sistema internacional registrados a través del tiempo son ostensibles, principalmente por la recomposición de los espacios geográficos y por el ascenso y descenso de potencias hegemónicas, así como por las alianzas entre los Estados existentes en cada época. Ya en tiempos más actuales, el establecimiento de organismos interestatales —sujetos del derecho del derecho internacional cada vez menos *atípicos* o *sui sui*— añade a esta estructura mecanismos que la hacen más estable y funcional.⁵² Sin embargo, organizaciones como la Liga de las Naciones y la ONU, agencias especializadas como el Grupo Banco Mundial (BIRF, AIF, CFI y OMGI), el FMI, la OMC, la OMI, etc., siempre han sido dominados por un determinado grupo de Estados que deciden de acuerdo con reglamentos establecidos para tal efecto. Pero la existencia de estas organizaciones es resultado de procesos históricos que configuraron el sistema en conjunto y sus características en cada etapa de la historia.

⁵¹ De 1945 a 1955 se registraron y publicaron por la Secretaría de la ONU 225 volúmenes que comprendían 3 633 tratados. En 1965 ya había 6 450. En 1985 se rebasó la cantidad de 10 000 tratados. Y en estos momentos, entrados prácticamente en el siglo XXI, existen alrededor de 12 500 tratados que ocupan cerca de 1 035 volúmenes. Información proporcionada por la Biblioteca de la ONU en México, agosto de 2001.

⁵² Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos: "*La Organización Internacional como subdisciplina, subsistema y paradigma de las relaciones internacionales contemporáneas. Aproximaciones teóricas, interdisciplinariedad y reestructuración general*", en Revista Relaciones Internacionales, No.68, Oct-Dic.1985, UNAM-FCPS, México, pp.5-39.

1.2. Reflexiones críticas de la globalización y su impacto en las relaciones internacionales y en el sistema jurídico internacional.

Aunque hasta este momento hemos hecho diferentes referencias al fenómeno de la globalización y a su influencia en el comportamiento actual de las relaciones internacionales y del sistema jurídico internacional, consideramos conveniente dedicar el presente subcapítulo a la tarea de tratar de lograr un primer acercamiento a la complejidad de este proceso, desde una perspectiva multidisciplinaria, partiendo de algunas precisiones conceptuales de "lo global" para continuar con la explicación general de su contenido y algunas de las diversas interpretaciones que sobre su naturaleza e influencia en el sistema mundial se han ido planteando a lo largo de los últimos 15 años. Ciertamente, la llamada globalización impacta en los Estados-nación, en sus economías y sociedades y en sus sistemas políticos y jurídicos, de modos y con efectos directos e indirectos; y tales impactos se dan en el doble marco de referencia de las relaciones con el exterior y con el interior, y sus entrelazamientos.

Este proceso mundial a que ingresamos desde fines de los 1970s a la fecha, se caracteriza por la superación progresiva de las fronteras nacionales en el marco del mercado mundial, en lo que se refiere a las estructuras de producción, circulación y consumo de bienes y servicios, así como por alterar la geografía política, el derecho internacional y las relaciones internacionales, la organización social, las escalas de valores y las configuraciones ideológicas propias de cada país. Así, se trataría de una nueva etapa histórica, cuyos resultados apenas comienzan a ser vislumbrados y de modo ciertamente insuficiente, dejando todavía fuera de alcance a la mayoría de la población de continentes enteros como el africano, porciones considerables de Asia e incluso parte importante de América Latina. Empero, en su movimiento envolvente, ha establecido ya avanzadas en todo el planeta.⁵³

1.2.1. Algunos significados conceptuales y políticos del término 'Globalización'.

Aunque hoy disponemos de una concepción generalizada acerca de la globalización, en realidad existen numerosas y variadas interpretaciones sobre la misma. Por ello se considera que una de las necesidades más apremiantes de las ciencias sociales es en la actualidad la de definir y precisar este concepto. Las referencias a la globalización se han convertido en parte de una especie de lenguaje compartido por los especialistas de algunas disciplinas como la economía, la mercadotecnia, la informática y la teoría sobre los medios de comunicación. Sin embargo, en otros campos del conocimiento como la sociología, la ciencia política, las relaciones internacionales y, especialmente, el derecho internacional su significado es poco preciso. En realidad, existen diversas connotaciones que comúnmente se vinculan a esta terminología y en gran parte de la literatura académica reciente, las referencias son oscuras e imprecisas. Esta situación produce obstáculos atendibles para el avance de nuestras disciplinas ya que para ello sería necesario contar con aparato conceptual básico que permita un acuerdo entre las comunidades científicas; amén de que los diferentes "usos conceptuales" suelen asociarse con fuertes acepciones ideológicas y políticas.

El primer punto sobre el que se hace necesario reflexionar es el de la distinción entre la globalización y otros conceptos que aparentemente se utilizan para caracterizar el mismo tipo de fenómenos. Por ejemplo, debe diferenciarse entre globalización y mundialización, globalización y transnacionalización, globalización e internacionalización, entre los principales. En este sentido es necesario analizar hasta qué punto los distintos autores emplean una terminología diferente para el estudio de realidades aparentemente afines. ¿Puede equipararse la concepción de "política global" (Held),⁵⁴ con la de "transnacionalización de la política" (Kaiser; Keohane y Nye; Lander),⁵⁵ con la de "internacionalización

⁵³ Un interesante enfoque marxista del fenómeno nos lo brinda Mauro Marini, Ruy: "*Proceso y Tendencias de la Globalización Capitalista*", en *La Teoría Social Latinoamericana. Cuestiones Contemporáneas*, Coordinadores Ruy Mauro Marini y Margara Millan, p. 49-68, Edit. UNAM y El Caballito, 1996, 256 pp.

⁵⁴ Held David: "*Sovereignty, National Politics and the Global System*" en *Political and the Modern State*, Polity Press, Oxford, 1989.

⁵⁵ Kaiser: "*Transnational Relations as a Threat to the Democratic Process*", en *Transnational Relations and World Politics*, Keohane and Nye, eds., Harvard University Press, 1981. Keohane y Nye: *Power and Interdependence in World Politics*, Little Boun and Company, Boston, 1977. Lander, Edgardo: "*Los retos del*

de la política" (Chalmers)⁵⁶ y de la política "postinternacional" (Rousenau)⁵⁷ con la de "desafíos de la mundialización" (Samir Amin)⁵⁸ o, por el contrario, se trata de términos distintos que también aluden a contextos diferentes y que como tales conviene distinguir conceptualmente. Las instituciones mundiales en un caso y los actores individuales y grupales en el otro; los representantes gubernamentales frente a los integrantes de la "sociedad civil"; los alcances mundiales de una acción frente a los regionales, la acción política abierta frente a la encubierta, etc?

La respuesta a esta cuestión nos conduce necesariamente a otras más ¿Cómo se relacionan estos conceptos con otros como "sociedad transnacional",⁵⁹ "interdependencia",⁶⁰ "dependencia"⁶¹ o "sistema mundial"⁶² que se concibieron en las ciencias sociales desde hace varios lustros? ¿Cuáles son los puntos de continuidad y ruptura de las propuestas actuales frente a las de décadas pasadas? A su vez nos lleva a plantear otras interrogantes como la de las relaciones entre el concepto de globalización y las tendencias hacia una pretendida "homogenización" del mundo.

En la medida en que al hablar de globalización se hace referencia al impacto del acelerado desarrollo de la tecnología, la comunicación y los mercados mundiales, se asume que esto irremediamente provocará una especie de unificación de los fenómenos culturales, de supremacía y adhesión a modelos de comportamiento (jurídico, político y social) que no responden a una pertenencia territorialmente delimitada. En este sentido —y esto es particularmente notorio en el campo del derecho internacional— se han rescatado nuevamente algunos conceptos como el de <humanidad> que suele vincularse con la idea de un "destino universal común" (globalización de los derechos humanos y de la justicia penal, globalización del crimen organizado y de la cooperación contra el delito extraterritorial, jurisdicción universal, etc.).

Al debatir sobre la globalización como una tendencia a la homogenización cultural y jurídica se suele introducir las teorías sobre los medios de comunicación masiva y las cuestiones vinculadas con "unidimensionalidad" de la sociedad contemporánea. Se considera que, de alguna manera en la sociedad moderna, los gustos culturales y las tendencias jurídicas se unifican. Desde esta perspectiva se ha señalado que la globalización conlleva una tendencia a la homogenización mundial que se produce privilegiando la "cultura y el derecho dominantes" a costa de la distorsión o el menosprecio de otras civilizaciones y formas de pensar.⁶³

En este sentido, algunos autores latinoamericanos han denunciado cómo la transnacionalización económica se produce paralelamente a un proceso de hegemonía sociocultural y jurídica y de dominación político-militar de Estados Unidos. Incluso se ha llegado a considerar que el pretendido "universalismo" que se busca en el derecho internacional y en las ciencias sociales no es más que una manifestación de la negación de "lo otro", o bien se ha argumentado toda una refutación de la "falsa ideología de la globalización".⁶⁴ En la medida en que lo dominante se convierte en lo único, el

pensamiento crítico", en Edgardo Lander, ed., *Modernidad y Universalismo*, Rectorado de la Universidad Central de Venexuela, UNESCO, Editorial Nueva Sociedad, Venezuela, 1991.

⁵⁶ Chalmers, Douglas: *An End to Foreign Policy: the U.S. and Internationalized Politics*, The Columbia University Press, 1991.

⁵⁷ Rousenau, James: *Turbulence and Sovereignty in World politics: Explaining the Relocation of Legitimacy in the 1990s and Beyond*, en *Globalization and Territorial Identities*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

⁵⁸ Amin, Samir. *Los Desafíos de la Mundialización*. Siglo XXI-UNAM, México, 1997.

⁵⁹ Aron, Raymond: *Peace and War: a Theory of International Relations*, Doubleday, Nueva York, 1966.

⁶⁰ Keohane y Nye, 1977, op. cit.

⁶¹ Cardoso E. y Faletto E. *Dependencia y Desarrollo en América Latina*, Siglo XXI, México, 1971. También Ianni, Octavio: *Dialéctica de la Dependencia*, ERA, México, 1973.

⁶² Wallerstein, Immanuel. *The Modern World System*, Academic Press, Nueva York, 1974.

⁶³ Roudemetof, Víctor: *Globalization Analyses and the theory of the Civilizing Process*, Paper presented at The World Congress of Sociology, Bielinfeld, Alemania, 1994.

⁶⁴ Vale la pena citar algunas reflexiones que a este respecto hace el investigador mexicano Carlos M. Vilas en su ponencia *"Seis Ideas Falsas sobre la Globalización (Argumentos desde América Latina para la refutación de una ideología)"*, que presentó en el XXII Coloquio Internacional de Primavera, CRI-FCPS-UNAM, mayo de 1997. Planteadas de manera muy resumida estas proposiciones son las siguientes:

proceso de occidentalización conlleva a la pérdida de especificidad de otras culturas o tradiciones jurídicas.

Esta concepción de la globalización como una "universalización" vinculada al predominio económico-político e ideológico de Estados Unidos se ha desarrollado ampliamente en el ámbito de la literatura sociológica latinoamericana. Sin embargo, en otras latitudes, los académicos parecen haber asumido una lectura distinta que vincula el proceso de globalización a la "intensificación de las diferencias". Desde esta perspectiva se argumenta que es demasiado simplista asumir que el proceso de globalización se produce de manera unidireccional y unilateral en función de una pretendida integración o universalización; y que resulta demasiado convincente seguir aferrándose a una relación "suma-cero" donde el incremento de poder de una unidad territorial se produce necesariamente a costa de la pérdida de poder de otra a menudo más pequeña. Estos pensadores parten de la premisa de que la globalización se asocia de forma casi inevitable a una tendencia aparentemente contradictoria que produce una diversificación cada vez más acentuada de ciertos aspectos de la vida social. Así, los distintos nacionalismos locales que se han dado en Europa y en otras regiones no pueden explicarse si no es a la luz del proceso de globalización que responde a lo que algunos autores han caracterizado como una etapa de "*modernidad radicalizada*".⁶⁵

Los cambios en las acciones individuales y grupales desde una orientación eminentemente nacional a una de carácter transnacional, son parte de la misma dinámica que conlleva la proliferación de luchas étnicas y reivindicaciones regionales al interior del Estado. La integración económica y política, el desarrollo de relaciones sociales transnacionales y la comunicación masiva a nivel mundial, son factores que han vulnerado o transformado las identificaciones nacionalistas vinculadas al Estado-Nación dando lugar a formas alternativas para la expresión de identidades particulares por parte de grupos étnicos, lingüísticos, regionales o religiosos.⁶⁶ Algunos de los escritores que proponen esta línea de interpretación critican la pretendida posmodernidad con que frecuentemente se asocian estas

-
- *La globalización es un fenómeno nuevo.* (De hecho es un proceso de desarrollo multiseccular y añejo).
 - *Se trata de un proceso homogéneo.* (En realidad involucra desenvolvimiento desigual en sus diferentes niveles y dimensiones, actores o sujetos y está sometido a numerosas tensiones y presiones).
 - *Conduce a la homogenización de la economía mundial, superando a la larga las diferencias entre desarrollo y subdesarrollo, y entre países y regiones pobres y ricos.* (La evidencia muestra que no disminuye las desigualdades ni las contradicciones, por el contrario, reproduce y acentúa, en escala mundial, el desarrollo desigual y combinado de las relaciones y producciones materiales y culturales).
 - *La globalización encamina al progreso y al bienestar universal.* (Al respecto el Banco Mundial señaló en 1995 que "La desigualdad, tanto entre las distintas regiones como dentro de los países, sigue siendo una característica significativa de la economía mundial...Es muy probable que en los próximos decenios la disparidad entre ricos y pobres aumente y se agudice la pobreza").
 - *La globalización de la economía lleva a la globalización de la democracia.* (La idea de la funcionalidad de la globalización económica con la democracia es típica de una concepción vulgar de una y otra, notoriamente auspiciada, difundida y financiada por algunos think tanks del establishment político conservador de los Estados Unidos y recogida por organismos financieros internacionales como el FMI, el BIRF y el BID. De hecho, lo que se observa es la capacidad de la globalización capitalista para imponerse en una gran variedad de contextos institucionales en los que la característica común es el carácter restringido de la participación popular, o su mediatización por una red de mecanismos institucionales o de facto).
 - *La globalización acarrea la desaparición progresiva del Estado, o al menos una pérdida de importancia del mismo.* (Esta idea revela el parentesco directo entre la ideología ligera de la globalización y el neoliberalismo, y es expresada de manera maniquea: la expansión global de los mercados tiene como contracara la retracción de los Estados; la economía, los negocios, la cultura, el derecho, el consumo se "desterritorializan" y en consecuencia en principio de la autoridad soberana estatal tiende a desvanecerse).

⁶⁵ Giddens, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Stanford University Press, Stanford, California, 1990.

⁶⁶ Larochelle, Gilbert, "*Interdependence, Globalization and Fragmentation*"; Strassoldo, Raimondo, "*Globalism and localism: Theoretical reflections and some evidence*"; Williams, H. Collin, "*Identity, autonomy and the ambiguity of technological development*"; todos en *Globalization and Territorial Identities*, Edited by Mlinar, Aveybury, Gran Bretaña, 1992.

manifestaciones argumentando que, aunque paradójicamente parezcan tener un carácter meramente local, en realidad son facetas del propio proceso de globalización y producto de la "modernidad radicalizada" del mundo contemporáneo. Desde esta perspectiva, las distintas reivindicaciones "locales" y movimientos contemporáneos no se explicarían si no es por la rapidez con la cual nos enteramos de sucesos que tienen lugar en partes distantes del planeta, por la proximidad de otras culturas, por la multiplicidad de estilos de percibir la vida jurídica y legal y de las opciones políticas a que tenemos acceso.

Así entendida, la globalización es un proceso dialéctico, en la cual los sucesos que se generan en un extremo del mundo no determinan de forma unívoca los acontecimientos que se producen en el otro, sino que muchas veces pueden dar lugar a fenómenos distintos —y hasta opuestos— a los ocurridos en el lugar de origen.⁶⁷ A nivel individual, la revolución en la comunicación masiva, permite establecer una multiplicidad de contactos y crear las posibilidades para decidir en torno al propio "ambiente informativo" y trascender el antiguo orden jerárquico que aferraba al individuo a su comunidad local y a su orden jurídico territorial. En este sentido, se considera que la centralización y la descentralización, las transformaciones a nivel macrosocial y microsocial, la integración y la fragmentación en la política, en el derecho internacional y en las relaciones internacionales se producen de manera simultánea como partes de un mismo proceso.⁶⁸

Las circunstancias que inducen a ceder parte de la autonomía de los gobiernos a favor de las organizaciones transnacionales o de los tribunales supranacionales, también fomentan el relajamiento de la estructura piramidal de la autoridad estatal en favor de reivindicaciones de otra índole que pueden tener un carácter supranacional o subnacional. En esta medida se podría afirmar que el escenario de las relaciones internacionales se ha convertido en un campo de batalla de continuo conflicto entre lo local y lo universal. Esta polémica en torno a la "homogenización" o intensificación de las diferencias en el mundo globalizado se relaciona estrechamente con la tendencia hacia la "occidentalización" del mundo como apreciaremos en los siguientes argumentos.

Al llegar a este punto de nuestro análisis habrá quedado más o menos claro que la diversidad de significados que adopta el término globalización se hace más evidente cuando se maneja tanto académica como políticamente en relación a las nuevas circunstancias vinculadas con el fin de un mundo bipolar a partir del ocaso del bloque soviético. Muchos autores engarzan el proceso de globalización a una <occidentalización> del mundo debido a lo que consideran como una hegemonía política y económica de Estados Unidos. En este sentido se afirma que la democracia y el mercado se han convertido en ideales universales compartidos por una diversidad de países. En nuestro medio, como se ha señalado previamente, esta concepción suele estar unida a la preocupación por la dominación del modelo norteamericano sobre los países de América Latina. Actualmente, cuando se hace referencia a una creciente e inevitable occidentalización, se parte de la idea de que el mundo está pasando por un proceso de "sincronización cultural" sin precedente histórico.

La "nueva teoría de la modernización" —lo que algunos autores han llegado a llamar "neomodernización"—, se vincula⁶⁹ a la aspiración de llegar a ser como las sociedades más

⁶⁷ Zabludovsky, Gina: "Los retos de la Sociología frente a la globalización", en *Perspectivas y Problemas Teóricos de Hoy*, Sociológica, Año 7, No. 20, UAM, México, 1992, p. 34.

⁶⁸ Para analizar las recientes transformaciones de las relaciones internacionales y las del propio derecho internacional, DiMuccio y Rousenau (op. cit., 1992) proponen el enfoque de la "teoría de la turbulencia". Cualquier sistema internacional es considerado "turbulento" cuando sus parámetros pasan por cambios sustantivos en el número de los actores y sujetos, en la extensión de sus diferencias y en el rango, profundidad y complejidad de las interdependencias. Estas circunstancias afectan a su vez las propias acciones, metas y los actores y sujetos.

⁶⁹ Furtado, Celso. *El Capitalismo Global*, FCE, México, 1999.// Alexander, T. *Fien de Siecle Social Theory*, verso, London, New York, 1995, p. 11.// Stomka, Piotr. *The Sociology of Social Change*, Blackwell, Publisher, London, 1993, p. 92. Según estos autores, en años recientes la situación descrita se observa en la transición "del comunismo al capitalismo", esto es, se considera que muchas de las sociedades poscomunistas se han caracterizado por una prevaleciente actitud "pro-occidental" y poco crítica que se expresa como el deseo de ser

desarrolladas y la disposición de adoptar los patrones occidentales como medios y prerequisites para la emancipación social general o por lo menos como un símbolo de avance civilizatorio. Sin embargo, en el lado opuesto, y en contrapuestos a esta interpretación, otros estudiosos consideran que el proceso de globalización conlleva más bien una "des-occidentalización del mundo" y ejemplifican que tanto la supremacía económica de Japón y de otros países asiáticos como China, como la emergencia de luchas étnicas nacionales y de fundamentalismos religiosos con estrategias extraterritoriales, han llevado a la conformación de nuevos bloques económicos y polos culturales. En este sentido, se afirma que esta tendencia "policéntrica" podría ser una manifestación de "el principio del fin" de la supremacía occidental.

Por otra parte, en el ámbito académico durante los últimos años, algunos científicos sociales —y particularmente juristas e internacionalistas de países en desarrollo— han tratado de desarrollar <un verdadero enfoque global> capaz de mantener el equilibrio en relación a las diversas culturas y civilizaciones y rebasar así el eurocentrismo (compartido también por amplios sectores estadounidenses) de perspectivas de quienes consideraban al Estado-Nación como su unidad básica de análisis y para los cuales la concepción de la "historia mundial" había sido en gran medida la <historia de Occidente>. ⁷⁰ Esta polémica nos lleva a tratar de explicar los tópicos relacionados con los distintos niveles de la globalización y la forma de estudiarlos, pues somos de la opinión de que solamente de esta manera, se podría estar en posibilidad científica para analizar críticamente y comprender la complejidad de su naturaleza y la variedad de su influencia en las relaciones internacionales y en el derecho internacional contemporáneos.

Como se ha señalado previamente, en términos generales, se concibe a la globalización como una serie de cambios *multidireccionales* y de procesos que han llevado a la interdependencia a nivel mundial a una diversidad de aspectos: sean éstos políticos, jurídicos, económicos, culturales, etcétera. Empero, en la medida en que las distintas perspectivas analizan diferentes dimensiones de la realidad, la globalización tiende a interpretarse enfatizando alguno de los aspectos de la misma. Así, en nuestro medio —tanto en el ámbito periodístico como en el académico, político y jurídico— lo más frecuente es que el término globalización se asocie fundamentalmente con la nueva realidad económica que ha llevado a la mundialización de los mercados y a una división del trabajo de alcance internacional. Esta óptica no sólo es la predominante entre los economistas sino que es compartida por sociólogos, juristas, internacionalistas e incluso politólogos que consideran que dentro de las dimensiones de la internacionalización lo fundamental es la transformación de la esfera económica. Esta a su vez tiende a dividirse en varias *subdimensiones*: la creciente internacionalización de la economía mundial a través del comercio; la internacionalización de la producción que ha hecho que las partes de la mercancía final sean producidas y ensambladas en distintos países; la creciente internacionalización del capital, las finanzas y las instituciones crediticias; y la inmigración que se produce como consecuencia de las fuerzas económicas según las oportunidades que se presenten en los cambiantes patrones de oferta de empleo a nivel planetario.

Sin embargo, no todas las interpretaciones en torno al fenómeno privilegian los aspectos económicos. Por el contrario, si se revisa el pensamiento de algunos teóricos sociales contemporáneos se puede observar la existencia de literatura en la materia en la cual el centro de análisis está puesto en la esfera propiamente cultural. En este contexto, ciertos autores llegan incluso a proponer la visión de la "teoría de la globalización" en oposición y como una crítica a la propuesta de la "teoría del sistema

considerados como "parte de Europa" y de negar toda su relación con el mundo "pre-occidental" o "precivilizado".

⁷⁰ Mazlich, Bruce: "An Introduction to Global History", en *Conceptualizing Global History*, Westview Press, 1993, pp. 2-9. Uno de los debates que quizá sean más ricos dentro de los que adoptan esta perspectiva es la que llevan a cabo los historiadores en torno a la definición de distintas concepciones sobre la "historia universal", "historia internacional", "historia mundial contemporánea" e "historia global". Preocupados por esta cuestión, los científicos sociales han llamado la atención sobre una serie de preguntas que todavía no parecen tener una respuesta definitiva: ¿A partir de cuando se inicia la "historia global"?; ¿es la "historia global" sinónimo de "historia contemporánea"? o ¿se trata más bien de una perspectiva de análisis de los fenómenos, o de ciertos temas o problemas que se adoptan en la investigación social independientemente de la época que se estudie?

mundial" desarrollada por Immanuel Wallerstein por considerar que sus explicaciones son demasiado reduccionistas por enfatizar en el rubro económico.

Bajo esta perspectiva R. Robertson⁷¹ denuncia <el excesivo economicismo> que llevó a muchos científicos sociales influidos por Wallerstein a tratar el problema de la cultura en una forma demasiado simplista como si la variedad de las culturas nacionales y étnicas que confluyen en el sistema mundial pudiesen explicarse por la propia división internacional del trabajo. En oposición a la teoría del sistema mundial cuyo sustento es el análisis económico, lo que debiera ser focal para la teoría de la globalización es la categoría de <cultura>. La globalización que se produce a partir del siglo XVI no se da únicamente como una expansión en la economía capitalista sino que involucra transformaciones en una amplia diversidad de áreas (internacionalistas y juristas llegamos hoy a comprender a la globalidad como fenómeno integral). Se trata de un proceso inacabado que debe entenderse en relación con el acomodo permanente de las identidades locales y que debe discernirse considerando las mutaciones en algunas ideas como la de <nación>, <soberanía>, <etnicidad>, entre otras.

Al llegar a este punto, tomemos en cuenta que esta polémica en torno al peso de los distintos factores en el "proceso de globalización" es tan abundante y compleja que sin duda requeriría de un trabajo específico y profundo sobre la misma, lo cual rebasa en mucho las posibilidades del presente subcapítulo de esta tesis doctoral --aproximación conceptual al fenómeno de la globalización--, cuyo tema central es el del derecho internacional penal. No obstante, independientemente del factor que se privilegie para definir la "globalización", las ciencias sociales e incluso las humanidades como el derecho internacional tienen la apremiante necesidad de analizar la interrelación de las distintas dimensiones de los procesos locales y globales.

Y como resultado de lo que ocurre en las distintas áreas de conocimiento se abren una serie de preguntas que invitan a la reflexión: ¿Cómo diferenciar los procesos materiales y funcionales de la globalización de los marcos interpretativos mediante los cuales éstos son apropiados por los individuos?; ¿qué relación existe entre la realidad jurídica, la identificación política y las variables económicas?; ¿hasta qué punto coincide el espacio de la integración jurídico-político-económica con el de la identificación social?; ¿hasta dónde es viable relacionar la globalización con la desaparición de los contenidos de identidad conformados territorialmente?

El siglo XX fue testigo de cómo, en forma gradual, muchos grupos y personas han dejado de sentir que sus identidades y sus vidas estaban determinadas esencialmente por su lugar de nacimiento, su descendencia familiar y su <residencia permanente>. En los tiempos actuales, caracterizados por grandes flujos migratorios, en que los lugares de residencia pueden ser producto o bien de una decisión libre o bien de una inmigración forzosa, el individuo los considera siempre en comparación con otras alternativas. El proceso de erosión de ciertas identidades regionales y étnicas, se produce paralelamente con una identificación de los movimientos regionales de otro tipo. Al respecto, algunos autores han señalado la necesidad de diferenciar entre el <viejo> y el <nuevo> localismo. Mientras que el primero es excluyente puesto que considera que el estrechamiento y el fortalecimiento de los vínculos internos se logra a costa del aislamiento del mundo exterior, el segundo no puede concebirse sin los contactos y enlaces supranacionales que a menudo se establecen de manera selectiva. Como se puede advertir, esta diferenciación resulta fundamental para entender y proyectar la influencia que ejerce la globalización sobre los sistemas jurídico y político en sus dimensiones nacional e internacional: el viejo localismo jurídico-político diferente del nuevo localismo jurídico-político.

En esta tesitura, pensamos que otras nociones de las ciencias políticas y sociales tradicionales y del derecho clásico también deben ser reformuladas. En un tiempo en el cual las fronteras nacionales no siempre coinciden con los límites del sistema político y jurídico, muchos de los conceptos clave de

⁷¹ Robertson, R. "Globality, Global Culture and Images of World Order", en *Social Change and Modernity*, Edited by Hanz Hakerkaf and Neil J. Smelser, University of California Press, pp. 298-399, 1992. Este autor considera que además del "sistema mundial" el científico social --y el iusinternacionalista por consecuencia-- interesado en los fenómenos globales tiene que tomar en cuenta al "individuo", las sociedades como tales y la "humanidad".

estas disciplinas ameritan una reflexión detallada: la diferenciación y/o simbiosis entre derecho interno y derecho internacional; entre derecho internacional, transnacional y supranacional; entre derecho público y derecho privado; entre política externa y política doméstica; la de lo nacional y lo extranjero, la de autoridad, legalidad y legitimidad; la de estructura y acción social; la de soberanía territorial y jurisdicción universal para mencionar sólo algunos.

La forma en que construyamos los nuevos conceptos –que es uno de los propósitos de la presente investigación doctoral— y en que respondamos a los cuestionamientos aquí formulados seguramente nos llevarán a respuestas de amplia diversidad y con carácter altamente polémico. Nos pueden conducir por ejemplo a la discusión en torno a los agentes del cambio global, a las propias concepciones de modernidad y a la forma más adecuada de dividir el trabajo científico. En la lógica de este razonamiento, convendría escudriñar también por ejemplo sobre el peso que tienen en la transformación mundial las elites políticas y económicas y en cuanto al papel que en ello juegan los distintos movimientos sociales; o también, sobre la manera como se vincula el proceso de “globalización” con la “teoría de la modernidad” y las variantes de <ante>, <pos> y <neo-modernidad>.

1.2.2. Retos, oportunidades y tendencias de la sociedad global.

Como hemos observado hasta ahora, la globalización y la sociedad global constituyen un tema ubicuo en las discusiones actuales de las ciencias sociales, y uno de los más incomprendidos. Tanto economistas como sociólogos, *iusinternacionalistas* y politólogos se han aproximado al fenómeno de la globalidad desde perspectivas limitadas, que se mucho se beneficiarían de tomar más en serio las aportaciones de los otros. La principal limitación de los economistas se relaciona con el modelo filosófico subyacente que comparten, en el cual se entiende a la sociedad como un conjunto contractual de individuos culturalmente homogéneos, que no da cabida a la diversidad multicultural. Por su parte, la limitante más evidente en la aproximación de las ciencias políticas y sociales radica en la incompreensión del poder explicativo del enfoque económico y una falta de atención a la evidencia empírica sobre los procesos económicos que están estudiando.

Existen buenas razones para que los economistas tengan una visión relativamente pobre sobre la globalización y una concepción simplista que les hace perder de vista complejos fenómenos culturales, sociales, políticos o jurídicos que la han acompañado. Los mitos de lo que Ulrich Beck llamaría el <globalismo> son compartidos por la mayoría de los economistas porque la matriz filosófica de la que provienen resalta aspectos de la realidad relacionados con el libre intercambio y el interés material propio. Aunque esto no es necesariamente negativo, pues la selectividad de la visión filosófica de los economistas les permite enfocar los problemas que les interesan con gran efectividad. Generalmente utilitaristas, sus concepciones de cómo se construye una sociedad colocan en un lugar central la idea de consenso mutuo al que se puede llegar por la vía racional de la negociación y las decisiones egoístas de los individuos.

Por el contrario, los científicos sociales se caracterizan por un fuerte rechazo al individualismo metodológico, tanpreciado por los economistas, lo cual los coloca en marcos teóricos prácticamente ininteligibles para un economista. Por ello, una buena respuesta sociológica a la globalización debe empezar por un entendimiento claro y preciso de lo que la ciencia económica ofrece. Recordemos que Max Weber entendía los avances más recientes de la economía marginalista y las discusiones de su tiempo, y aceptaba sus explicaciones para entender procesos de racionalidad instrumental. Su crítica radicaba en que esa racionalidad era insuficiente para discernir los procesos sociales. Su pensamiento era incluyente desde un punto de vista teórico. En este sentido, los sociólogos, politólogos e internacionalistas actuales tendrían mucho que aprender de los economistas neoclásicos, siempre y cuando estén dispuestos a reconocer que la explicación económica tiene sus limitaciones.

Pero existe un segundo problema más serio de los análisis sociológicos de la globalización, que –lo hemos dejado bien asentado a lo largo de este estudio— son hasta el momento los más críticos, incisivos e interesantes. Paradójicamente para una profesión en que se tiende generalmente a la inducción y la observación en detalle, muchos de los estudiosos son poco cuidadosos con el uso de datos macroeconómicos o las tendencias de la información estadística que usan para apoyar sus

argumentos. Los ejemplos más típicos de un mal manejo de la evidencia por parte de los sociólogos son la manera en que se combinan flujos y acervos al hacer comparaciones, como se continúa analizando la distribución funcional del ingreso, cuando la desigualdad es fundamentalmente por salarios, no por ingresos de capital; o cuando se afirma que la base fiscal de un Estado está en las empresas. El punto de este comentario no es poner en entredicho estos análisis, que en otros sentidos son sumamente lúcidos, sino resaltar que para hacer un buen estudio de la globalización se tiene forzosamente que empezar por disponer de datos sólidos y un análisis económico sofisticado, independientemente que seamos internacionalistas, sociólogos, juristas o *i*usinternacionalistas.

Con esta advertencia y con la idea de ir ya perfilando el propósito central de nuestro trabajo que es el de concebir y situar el derecho internacional penal en el vértice disciplinario y el orden reconfigurativo actual del derecho internacional y de las relaciones internacionales, cabría advertir que los fenómenos transfronterizos de criminalidad, narcotráfico, violencia oficial, transgresión de los derechos humanos fundamentales y delincuencia organizada, plantean nuevas exigencias a las sociedades nacionales, los Estados, la política mundial y el derecho internacional. Los problemas planetarios rebasan las posibilidades de actuar de las naciones y comienza a ponerse en duda y a replantearse —como lo veremos en el próximo apartado— el concepto clásico de soberanía. Entrados ya en el siglo XXI no es posible seguir afirmando, como lo hacen los defensores a ultranza del pensamiento único, que este nuevo esquema en el que los procesos económicos, sociales y jurídicos sólo pueden concebirse como fenómenos globales es fatal e irreversible y que los espacios y actores nacionales, regionales y locales, o el propio Estado nacional, tienen cada vez menos importancia.

La caída del muro de Berlín y del socialismo soviético despertaron enormes expectativas en referencia a la apertura de una etapa de paz y progreso para esos países y para el resto del mundo. Los primeros signos fueron, efectivamente, alentadores: naciones como Polonia, Hungría, Checoslovaquia, adoptaron voluntariamente la democracia liberal con todos sus elementos, en otras palabras, el constitucionalismo, la división de poderes, el sistema plural de partidos políticos y la libre asociación de los grupos civiles. Pero luego la esperanza y el entusiasmo disminuyeron: resurgen los tribalismos agresivos cuyos ejemplos más conocidos, pero no los únicos, son los casos gravísimos de Yugoslavia y Ruanda. Hay signos contradictorios. Por una parte, la reincorporación al modelo de las repúblicas democráticas inspirado en las tesis de la ilustración y la modernidad; de otra parte, la disolución anárquica con base en la reivindicación de pertenencias étnicas que históricamente han buscado un oponente para confrontarse y autoafirmarse.

Así, podríamos afirmar que las posiciones en tensión, o sea, la de la recuperación de las instituciones y valores de la modernidad político-jurídica y la del retrotraimiento encaminado hacia las identidades consanguíneas más elementales y belicosas están personificadas, respectivamente, por Vaclav Havel y Solobodan Milosevic. En efecto, el político checoslovaco se ha convertido en un líder de talla mundial para las aspiraciones más genuinas de llevar a cumplimiento los ideales marcados por pensadores como Montesquieu, Locke y sobre todo Kant. En contraste, el ex dictador serbio es tomado como el prototipo de las tendencias más retrógradas en el intento de introducir criterios étnicos en los asuntos políticos y jurídicos a semejanza de lo ejecutado por el nazismo inspirado en las ideas de Hitler y Rosenberg.

Lo cierto es que el proscenio creado a raíz de la terminación de la segunda Guerra Mundial, basado en el equilibrio del terror atómico (la <balanza del terror> que cobra ahora actualidad con los nuevos proyectos imperialistas como el IDE Guerra de las Galaxias de Reagan y Clinton y el <Escudo Antimisiles> de George Bush junior), no ha dado lugar a un nuevo orden internacional sino más bien a un gran desorden en el que es cada vez más difícil encontrar salida y donde el derecho internacional, aunque inmerso en una fase de expansión y diversificación, parece perder efectividad y capacidad de influencia en su primordial tarea normativa y regulatoria de tal estado de cosas existente. Este nuevo <desorden internacional> es el marco propicio en el cual la sociedad global ha sentido sus reales y donde germina rápidamente la necesidad de un sistema jurídico internacional penal que contribuya a poner <orden en el desorden>; tarea que hoy comparte más cercana y compartidamente con la política mundial, la diplomacia multilateral-parlamentaria y las políticas exteriores de los Estados.

La sociedad global de nuestro tiempo es una configuración histórico-social amplia, que convive con las más diversas formas sociales de vida y de trabajo, pero también que señala condiciones y posibilidades, encerramientos y perspectivas, dilemas y horizontes. Tan es así que en el ámbito de la globalización emergen o resurgen localismos, provincialismos, nacionalismos, regionalismos, colonialismos, imperialismos, etnicismos, racismos y fundamentalismos --ligados intrínsecamente al crimen del terrorismo internacional; asimismo, se reavivan los debates, las investigaciones y las preocupaciones sobre la identidad y la diversidad, la integración y la fragmentación. La sociedad global es el ámbito en el que se mueven los individuos y las colectividades, o las naciones y las nacionalidades, incluyendo grupos sociales, clases sociales, pueblos, tribus, clanes y etnias, con sus formas sociales de vida y de trabajo, con sus instituciones, sus patrones y sus valores. Junto con las peculiaridades de cada colectividad, nación o nacionalidad, se manifiestan las configuraciones y los movimientos de la globalidad. En efecto, se trata de realidades sociales, económicas, políticas, culturales y jurídicas que emergen y adquieren dinamismo con la globalización del mundo, o la formación de la sociedad global.⁷²

Las transformaciones que están ocurriendo desde la segunda mitad del siglo anterior, pueden ser percibidas como las manifestaciones de una ruptura histórica más o menos drástica y general, con implicaciones teóricas y prácticas fundamentales. Son mutaciones repentinas y lentas, parciales y totales, visibles e invisibles, sorprendiendo a unos y a otros en todos los lugares. Como lo enfatiza Octavio Ianni,⁷³ la geografía y la historia parecen haber entrado en un nuevo ciclo, adquirido movimientos inesperados y dimensiones sorprendentes. Realidades geográficas e históricas que parecían estables o superadas resurgen de pronto, al mismo tiempo que diseñan nuevos mapas del mundo. Se sacuden también los marcos mentales, sociales y las normas de referencia, generando contratiempos y preocupaciones, o crisis y conflictos, tanto como perspectivas y horizontes. Se inicia otro ciclo de la historia, tal vez más universal que nosotros, y escenario espectacular de otras fuerzas sociales --como el crimen organizado y las estructuras penalizables-- y otras luchas sociales.

Son muchas las dudas y las interrogantes sobre los significados, tendencias y las implicaciones de la sociedad global que nos ha tocado vivir. Algunas veces los cuestionamientos están basados en el parámetro representado por la sociedad nacional, o el Estado-nación. Ciertos sectores de opinión destacan las implicaciones perjudiciales de la sociedad global, en lo que se refiere a la creación o agravamiento de los problemas sociales, incluyendo el desempleo estructural, el etnocentrismo, el

⁷² Sin pecar de reiterativos, señalaremos que la sociedad global es un fenómeno que requiere, por su enorme complejidad, de un estudio mucho más cuidadoso y profundo que lo que aquí hemos apenas esbozado. Tratando de sistematizar un asunto tan abundante en determinaciones, Anthony McGrew, en su ensayo "A Global Society?" (en Stuart Hall et. al., *Modernity, Polity Press, Cambridge, 1995*, pp. 466-503), presenta una clasificación muy ilustrativa de los enfoques sobre el rubro. Allí se expresa que los análisis sobre la sociedad global se pueden dividir en dos grandes vertientes: los que ponen el acento en una sola causa como determinante de la acción y los que enfatizan el carácter multicausal del fenómeno. Obviamente se trata de una ordenación inicial y esquemática que, sin embargo, ha sido considerada útil para estructurar un acercamiento a la discusión sobre la materia. En la línea monocausal, McGrew resalta los trabajos de tres autores: Wallerstein, Rosenau y Gilpin. Wallerstein (*Historical Capitalism, 1983*) introdujo en el seno de las ciencias sociales el concepto de sistema mundial y ha puesto el acento en la importancia del capitalismo en el proceso de la sociedad global. Rosenau (*The Study of Global Interdependence, 1980*) asocia la existencia de la sociedad global con el proceso tecnológico y en especial con la expansión de las compañías transnacionales. Gilpin (*The Political Economy of International Relations, 1987*), por su lado, destaca los aspectos político-militares de la integración internacional, su perspectiva se centra en el auge y descenso de los poderes hegemónicos en el sistema interestatal.

Por cuanto a la vertiente multicausal, se ubican dos pensadores: Giddens y Robertson. Conforme al primero (*The Consequences of Modernity, 1990*) se pueden reconocer al menos cuatro factores que inciden en la conformación de la sociedad global: el sistema económico capitalista, el sistema interestatal, el complejo militar y el proceso de industrialización. Robertson (*Mapping the Global Condition, 1990*) expresa que el mayor desafío de la teoría social hoy en día es considerar la trayectoria de la sociedad global en un sentido plural para ir más allá de los modelos establecidos en cuanto a política, la economía y el derecho internacionales.

⁷³ Ianni, Octavio. *La Era del Globalismo. Siglo XXI, México, 1999*. Se recomienda la lectura del capítulo 8 (*La Idea del Globalismo*), pp. 155-181.

racismo, el aumento de la delincuencia, la sofisticación de los medios y acciones criminales, el fundamentalismo y otras manifestaciones de intolerancia o de prejuicio y piensan que así se niega la globalización. También están los que se engañan con la idea de que la sociedad global implica integración y homogeneización, incluyendo la disolución de las diversidades o identidades. Otros más apuntan que se trata tan solo de una expresión del imperialismo de esta o de aquella nación más poderosa, por medio de sus empresas, corporaciones o conglomerados (lo cierto es que las transnacionales pierden sus raíces progresivamente, planeando y concretando sus actividades en términos de geoeconomías propias, muchas veces ajenas a las peculiaridades e idiosincrasias de los gobiernos nacionales).

Y están asimismo los que imaginan que la sociedad global es mera fabulación del neoliberalismo, como si la ideología fuese suficiente para engendrar la historia. Al respecto, nuestro pensamiento es en el sentido de que la sociedad global no se reduce al neoliberalismo y mucho menos se expresa apenas en esa ideología. Incluye tanto al neoliberalismo como al socialismo. Es, de hecho, el escenario de otras tendencias ideológicas, tales como la socialdemocracia y el nazismo. Se trata de una formación social global, desigual y problemática, pero global; una configuración geo-histórica, social, económica, política, cultural y jurídica contradictoria, aunque poco conocida en su anatomía y en su dinámica.

La sociedad mundial en su actual definición global está engendrando e imprimiendo dinamismo tanto al derecho internacional como a las relaciones, de integración y fragmentación en todo el mundo. Tanto es así, que está provocando muy graves tensiones, antagonismos, crímenes y delitos, conflictos, diferendos, revoluciones y guerras, al mismo tiempo que propicia la creación de movimientos sociales de varias tesituras, destinados a recuperar, proteger o desarrollar las condiciones de vida y de trabajo de las más diversas categorías sociales y <minorías>, por encima incluso de localismos, provincialismos, nacionalismos y regionalismos. En la misma medida en que la sociedad global puede concebirse como una vasta e intrincada formación social, que incluye naciones y nacionalidades, pueblos y etnias, religiones y lenguas, culturas y civilizaciones, también puede ser vista como el escenario de las diversidades socioculturales, del desarrollo desigual, combinado y contradictorio de las múltiples perspectivas. La misma dinámica de la globalización, en términos sociales, económicos, políticos, jurídicos y culturales, genera y desarrolla las condiciones de la diversificación y la fragmentación. Y aquí es, precisamente, donde se inscribe la evolución y transformación, con toda su amplia gama de manifestaciones y desafíos, el *derecho internacional contemporáneo*.

Como científicos sociales y como *iusinternacionalistas* universitarios, hoy entendemos que tan pronto se habla de sociedad global, inmediatamente se cuestiona al imperialismo, cuando en la realidad uno y otra se contraponen, se complementan, se activan o se empalman, según la sinergia de las relaciones, procesos y estructuras que constituyen el capitalismo como modo de producción mundial. No se trata de discernir que uno niega o anula a la otra, sino de reconocer que ambos se determinan recíprocamente. Mientras tanto, como lo enfatiza Ianni,⁷⁴ la sociedad global subsume histórica y teóricamente al imperialismo. Aunque se trata de dos configuraciones históricas y teóricas diferentes, que pueden percibirse como dos totalidades disímbolas, una abarca al otro; es decir, la sociedad global puede contener a varios imperialismos, así como diferentes regionalismos, muchos nacionalismos y una infinidad de localismos. Nos encontramos pues, frente a una totalidad más amplia y comprensiva. Y más que esto, es en el ámbito de la globalización donde se mueven los individuos y las colectividades, las naciones y las nacionalidades, los grupos sociales y las clases sociales, del mismo modo que ahí se mueven las organizaciones multilaterales, las corporaciones transnacionales y los entes supranacionales como, por ejemplo ilustrativo de nuestro tema central, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.

⁷⁴ Ianni, Octavio. *La Sociedad Global*. Siglo XXI, México, 1998; *Teorías de la Globalización*, México, Siglo XXI, 1996. Indica el autor que el globalismo desafía tanto a las naciones y a las nacionalidades como a las más diversas corrientes teóricas de las ciencias sociales, las cuales se enfrentan a los desafíos de la sociedad global, por la originalidad como objeto de reflexión y por la urgencia de su interpretación. Son tantos y tales los retos así generados que en todo el mundo las ciencias sociales buscan y rebuscan conceptos, categorías e interpretaciones.

Para concluir esta exposición de ideas generales en torno a los retos, oportunidades y tendencias de la sociedad global, invitamos al lector a meditar en torno a algunas reflexiones que buscan coadyuvar a la preparación del terreno del próximo apartado que versará sobre el dilema de la soberanía estatal y la sociedad nacional en el marco de la transición significativa de la globalización del mundo actual.

1.2.3. La proyección global frente a la nueva agenda ciudadana jurídico-social.

Hasta ahora parece haber quedado claro que la globalización pone en relieve la existencia de un amplísimo conjunto de temas y problemas de proyección universal que sólo pueden ser encarados de manera eficaz reconociendo esa proyección, y adoptando acciones y estrategias también de proyección global, o por lo menos internacional o regional. Es, por supuesto, el caso de los temas centrales de la nueva agenda jurídico-social internacional, como el medio ambiente y la paz y seguridad individual y colectiva. A esto podemos agregar la problemática de la justicia internacional, del derecho internacional penal, de los derechos humanos, de la migración, del desarme; los derechos de la infancia, la violencia contra las mujeres, el lavado de dinero producto de actividades ilícitas; el endeudamiento externo y las condiciones leoninas de pago impuestas a los países deudores. En conjunto, estos temas y problemas, y otros muchos más que existen, diseñan lo que podría denominarse --en lenguaje de Carlos M. Vilas— <agenda hacia una ciudadanía global> o <agenda para una conciencia global de la ciudadanía> que convoque a la acción por encima de las fronteras nacionales.

Junto con el desarrollo progresivo de tal agenda, tienden a intensificarse amplias redes de expresiones asociativas, genéricamente denominadas “organizaciones no gubernamentales” o “sociedades civiles internacionalmente organizadas”, que abarcan una enorme variedad de casos --hoy se cuentan más de 4000 de ellas—: locales, nacionales, transnacionales; orientadas hacia temas específicos o sectoriales o hacia cuestiones globales. En el devenir de la actual sociedad global, la eficacia de estas organizaciones, su autonomía efectiva respecto del Estado soberano y las corporaciones, el tipo de relaciones que mantienen con las colectividades humanas, son extremadamente variadas y han motivado intensas e inacabadas discusiones en todos los ámbitos del conocimiento social, político y jurídico. Muchas de ellas han probado ser simples fachadas de los grandes actores de la globalización financiera y de la penetración neocolonial de las grandes potencias --cuando no una forma simulada de beneficencia o de “ayuda no oficial al desarrollo”.

Pero en otros casos, que son los que nos interesa rescatar en esta percepción humanista de la sociedad global, esas ONG han probado ser de un valor estratégico para la introducción y la promoción de muchos de los temas que integran el contenido de la presente tesis doctoral y que se incorporan a una agenda global alternativa, de inusitada importancia para los hombres y los pueblos que pugnamos por un <orden en el desorden imperante>: combate a la impunidad, penalización del delito y el crimen organizado, medio ambiente y desarrollo, jurisdicción internacional, justicia universal, derechos humanos, derechos de minorías y grupos étnicos, la problemática de la opresión de género, proscripción de la tortura y el genocidio, mundialización de jurisdicción penal internacional, etcétera, incluyendo la lenta pero progresiva sensibilización de algunas organizaciones e instituciones políticas respecto de dicha agenda de la asociativa global.

Además, un aspecto relevante, en especial para la dimensión que hoy está adquiriendo la ciencia jurídica internacional, se explica en el hecho de que a pesar del sesgo y de los efectos desequilibrantes y asimétricos que involucra la construcción de la sociedad global, esta situación está ayudando, contradictoriamente, al progresivo desarrollo de lo que algunos autores como el propio Vilas (1994) han denominado <globalización de la idea de justicia>. La desregulación de innumerables actividades de la sociedades nacionales e internacional --incluso la despenalización de otras tradicionalmente penalizadas—, como los medios de comunicación o la internet, permiten por un lado el tráfico de mucha chatarra informativa e incluso su utilización con fines ilícitos y atentatorios a la dignidad y la libertad humanas; mientras que, por el otro, facilitan la socialización de información alternativa , o de confrontación con los poderes autoritarios del Estado y de las firmas

transnacionales, que ya no pueden ser censurados por aquél o por éstas. Efectivamente, no todo lo que circula por estas vías puede interpretarse como proveniente de los ámbitos más democráticos o progresistas de la sociedad, pero buena parte de lo que circula cuestiona seriamente las fuerzas que impulsan el delito y el crimen transfronterizo o la globalización financiera del capital y sus efectos más denostables. Es atendible después de todo, que esta actividad, ahora aún desregulada, ha incrementado y acelerado el acceso de información entre los nuevos actores de la agenda global.

En suma, todo lo expuesto explica por qué la sociedad global es captada no nada más como un conjunto de sesgos e inercias negativas, sino como el desafío para encontrar vías de oposición y de alternativa a tales impulsos y desviaciones. Por supuesto, los avances en el conocimiento y en la gestación de una conciencia de identidad y ciudadanía global son todavía mucho mayores que en términos de capacidad para generar impactos en las políticas estatales y en el comportamiento de los mega-monopolios depredadores. Pero sin el desarrollo de esta conciencia, es imposible pensar en avanzar al terreno de los resultados concretos, especialmente en los de un nuevo orden jurídico internacional con altos contenidos de justicia, equidad y ética. Y es que, precisamente, esta idea de ciudadanía global no emerge espontáneamente o por el simple desarrollo inercial de la sociedad globalizada; como toda ciudadanía, es el producto de la resistencia a la opresión y de la lucha por un mundo mejor. De otra manera, como lo reafirma Vilas, *<Sin una voluntad de confrontación a lo presente, hasta la idea de futuro carece de sentido>*.⁷⁵

Por otro lado y en el mismo orden de ideas, también es cierto que el desarrollo descansa, antes que nada, en factores endógenos, tales como la modernización del Estado, la estabilidad institucional, el estado de derecho, la justicialidad de la vida social, la transparencia en el manejo de la cosa pública, el respeto a los derechos ciudadanos, los equilibrios macroeconómicos, los incentivos para la inversión nacional y el ahorro interno, la capacitación de los recursos humanos. En la sociedad global, que concebimos desde la perspectiva emancipatoria de la ciencia social crítica, nada de esto puede importarse de afuera ni delegarse en el liderazgo de los agentes transnacionales. Como lo ratificara Aldo Ferrer (1997), el desarrollo no es posible sin respuestas viables al dilema del crecimiento integral en un mundo global. Este dilema, a nuestro parecer, sigue descansando en el ejercicio de la libertad de maniobra con que cuenta cada país; y —estamos convencidos— el que esa libertad se asuma para aceptar incondicionalmente las reglas del juego establecidas, adoptar estrategias inviables o iniciar caminos alternativos de desarrollo, depende más de los factores internos que de las restricciones del contexto externo. Hay que tener cuidado con la visión fundamentalista de la globalización ya que indudablemente se trata de una versión moderna del absolutismo y un desafío a la tradición liberal de las democracias occidentales.

Por último, en este sentido, el cambio de rumbo es necesario para dirigir la globalización. Implica, en primer lugar, un debate amplio y profundo sobre las opciones que confronta la sociedad en un mundo globalizado. Requiere, además, la reconstrucción de los medios de acción pública para compatibilizar la capacidad creadora de riqueza de los mercados con los equilibrios sociales que son, en sí mismos, nuevas fuentes potenciales de crecimiento, empleo y bienestar. Reclama, asimismo, una cooperación internacional amplia y extensa para resolver cuestiones globales, como la protección al medio ambiente y los derechos humanos, la lucha contra el crimen organizado y la impunidad, y la seguridad individual y colectiva. Pero la viabilidad de esta cooperación internacional descansa, sobre todo, en las decisiones de los centros de poder mundial y estos parecen estar lejanos de establecer un compromiso con la construcción de un nuevo orden mundial. Mientras tanto, cada país, como nuestro México, deberá enfrentar su propia realidad y reconocer que, en definitiva, es el responsable de su propio destino y de resolver el dilema del desarrollo en una sociedad global. No hay marcha atrás.

⁷⁵ Vilas, Carlos M., “*Participation, Inequality, and the Whereabouts of Democracy*”, en D. Chalmers, C.M. Vilas et. Al. (eds.) *The New Politics of Inequality In Latin America*. Oxford, Oxford University Press, p.p. 3-42. Otros trabajos de Vilas que recomiendo son los siguientes: *Violencia Política, Legitimidad y Fragmentación Social*, Foro Internacional “*Violencia y Políticas Públicas en América Latina*”, Caracas, CENDES, Universidad Central de Venezuela, 1996.

1.3. El dilema de la soberanía estatal en el marco de la transición del derecho internacional y de las relaciones internacionales.

Pasemos ahora a desglosar nuestro planteamiento sobre el papel que juega la soberanía estatal en una sociedad global donde ocurre y discurre la transición significativa de los órdenes jurídico internacional y de las relaciones internacionales. Se trata de una tarea metodológica obligada para encaminar el tema central de nuestra investigación que es el de la evolución, funcionamiento y prospectiva de la ciencia del derecho internacional penal en un mundo globalizado y caótico en asombrosa mutación. Y lo primero a considerar es el hecho de que el tratamiento integral del tema de la dimensión soberana es obligado para todo aquel estudioso de lo social que pretenda adentrarse en tópicos relativos a la transfiguración jurídica y política que observa el Estado moderno, a partir de la influencia que sobre su naturaleza, comportamiento, potestades, actuación y alcances ejerce la *dinámica estabilizadora* y a la vez *desestabilizadora* del fenómeno *globalizador*. Tómese en cuenta que los trabajos más recientes elaborados en los principales centros de producción del conocimiento en México y en el extranjero para acometer este propósito, adolecen de monografismo y excesiva fragmentación, superficialidad, temporalidad --análisis de coyuntura-- y parcialidad, cuando lo que ahora se requiere es el concurso sistemático de la herramienta explicativa que propone la metateoría y la interdisciplinariedad.⁷⁶

1.3.1. Soberanía, transnacionalidad y reconfiguración del Estado.

En otros términos, si bien el asunto de la soberanía tradicionalmente ha sido monopolio reconocido del derecho, la teoría del Estado y la ciencia política, hoy su propuesta --constátese-- deviene insuficiente, limitada y poco sostenible ante el embate de la cambiante realidad planetaria y de las nuevas reglas del juego en el sistema de relaciones internacionales del siglo XXI que se inicia. Así, en la bibliografía existente encontramos desde numerosos estudios clásicos de corte juricista o economicista, hasta los que pretendiendo ser multidisciplinarios caen en el historicismo acrítico, la politización del enfoque, el reduccionismo o el oficialismo profesional y académico. Por ello, el presente esfuerzo heurístico busca no sólo brindar una imagen integral del paradigma soberano que se aparte en lo posible de tales concepciones, sino que sea imparcial y lo más completa posible. Entremos en materia.

⁷⁶ Chayes, Abram y Handler Chayes, Antonia. *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1995. Son muchos los autores que contribuyen al esclarecimiento de diferentes aspectos sociales, económicos, políticos, jurídicos, culturales, geográficos, históricos y otros de la soberanía del Estado en la globalización. Al enfocar tópicos de interdependencia de los Estados soberanos y las naciones, economía criminal, delitos y violaciones internacionales, transnacionalización, internacionalización del capital, economías-mundo, sistemas-mundo, Occidente y Oriente, sociedad informática, mundos sin fronteras, aldea global, religiones mundiales, lenguas planetarias, desterritorialización, mundo virtual, transculturalismo y otras características propias de la globalidad, contribuyen de manera importante al esclarecimiento de las relaciones, procesos y estructuras que inciden en el comportamiento y tendencias de la denominada nueva faceta de la soberanía del y en el Estado "global". Hay principalmente tres teorías que son utilizadas con mayor frecuencia para interpretar aspectos muy particulares de este tema: la sistémica, la weberiana y la marxista. Sin demérito de éstas y otras teorías sensibles al problema como el evolucionismo, el estructuralismo, la fenomenología y la hermenéutica, nos inclino por la enorme vigencia que tiene todavía el pensamiento marxista, el cual contribuye significativamente al entendimiento de la transnacionalización y globalización del capitalismo, en tanto forma de rompimiento de la soberanía clásica, como modo de producción y proceso civilizador. Los estudios posmarxistas sobre el colonialismo, el imperialismo, la centralización del derecho internacional, el capitalismo tardío, los conflictos y las diferencias político-económicas, la mundialización del crimen y el delito, las revoluciones sociales y las guerras regionales y mundiales abren perspectivas fecundas para el entendimiento de la reconfiguración inacabada de la soberanía. Empero, sin caer en el eclecticismo, pensamos que todas las metateorías son muy útiles, en el sentido de que son amplias tanto como interdisciplinarias. Así, es innegable que el enfoque sistémico, weberiano y marxista permiten abarcar la realidad social global en su complejidad.

Frente a los desafíos generados por la globalización, las ciencias sociales enfrentan problemas desconocidos, o conocidos pero modificados, transfigurados. Se transforman las condiciones de la soberanía del Estado-nación, así como las condiciones de construcción de la hegemonía. Gracias a la nueva división internacional del trabajo, en escala global, los movimientos de las fuerzas productivas atraviesan continuamente las fronteras nacionales. El individuo, como sujeto de derecho internacional y actor político transfronterizo, se localiza y se mueve simultáneamente en el ámbito local, nacional, regional y mundial. Lenta, o abruptamente, las cosas, las personas y las ideas se desarraigan parcial o totalmente, lo que multiplica las identidades, las desigualdades y las diversidades, complicándose el funcionamiento soberano tradicional del Estado-nación y el cosmopolitismo.

La crisis del Estado, la redefinición de su soberanía con la combinación de su adelgazamiento o desmantelamiento y de su reorientación (en sus papeles, funciones, objetivos, poderes), se manifiesta en el derecho internacional y en el derecho interno. Así, aunque de manera lenta e incompleta, con avances y retrocesos, el derecho internacional se está desarrollando en el sentido del sometimiento de gobiernos, grupos, organizaciones e individuos a nuevas regulaciones. El reconocimiento de cada vez más derechos y deberes que en sí ya implican cesión de soberanía por parte del Estado, aunque todavía sin el respaldo de instancias supraestatales con plena capacidad coercitiva, los intentos de diseño de una nueva generación de normas e instituciones —como el principio de la jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional—, el avance hacia un nuevo derecho internacional penal y un derecho internacional general donde lo público y lo privado tienden a entremezclarse con creciente frecuencia y mayor consistencia, acotan o trascienden las *pretensiones soberanas* de los Estados nacionales.

Y en aparente paradoja a esta situación, prácticamente todas las reformas neoliberales, y otras colaterales, se han estado ejecutando en México y en el resto del mundo capitalista mediante un fuerte intervencionismo estatal y prácticas de autoritarismo: poderes presidencialistas, terrorismo de Estado, violación de derechos humanos, violencia oficial contra ciudadanos nacionales y extranjeros, regímenes de excepción, legislación tributaria (terrorismo fiscal), reestructuración mediatizada del aparato judicial, denegación de justicia, instrumentos y mecanismos populistas, corporativistas y clientelistas, y de control y represión. Se imponen así rígidas políticas monetarias, financieras y fiscales, con fuertes efectos redistributivos y concentradores del ingreso y del poder, claramente regresivos. Por un lado, se sostiene y proclama el desdibujamiento de las fronteras soberanas del Estado mientras que, por el otro, ocurre un férreo intervencionismo oficial que se manifiesta en las privatizaciones; el proteccionismo a favor de las grandes empresas; los métodos autoritarios y represivos para el manejo y solución de los conflictos, dejando para el discurso tanto al derecho interno como al sistema jurídico internacional.⁷⁷

El hecho es que la globalización se rebela como proyecto y proceso que nadie controla realmente, por carencia de regulación política y jurídica, y tendencias al debilitamiento, desmantelamiento y colapso del Estado, su soberanía, sus potestades y sus poderes, especialmente las dimensiones rectoras, productivas y social-benefactoras. Los gobiernos apoyan la globalización, sus costos y retos, sin adoptar estrategias y políticas domésticas de refuerzo y compensación, que harían la integración

⁷⁷ Kaplan, Marcos. “*Impactos Jurídicos y Políticos de la Globalización*”, ponencia presentada en el Seminario Internacional “La Globalización y los Sistemas Jurídicos Nacionales”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, junio de 1998, p.p. 1-16. Indica el colega Kaplan (a quien, por cierto, en febrero de 2003 se le hizo merecido homenaje en la UNAM por la trascendencia de su pensamiento social) que mientras la soberanía “estorba” el intervencionismo estatal “perdura y se refuerza” además por los altos costos económicos y sociales que las reformas cumplidas han conllevado para grupos considerables y para la nación. De un Estado intervencionista semi-benefactor, se transita a un Estado gendarme-desarrollista, parcialmente desplazado por el mercado en la regulación y dinamización del sistema. La soberanía se reduce pero el intervencionismo no: se modifica en sus marcos de referencia y objetivos, en sus formas y contenidos. La apertura externa y la liberación interna coexisten con las políticas y acciones que pretenden atender a las demandas y presiones de fuerzas contrarrestantes, grupos insatisfechos y conflictos. Parece problemático si no imposible prescindir del intervencionismo del Estado, de su iniciativa, control, arbitraje, regulación y promoción, y tampoco de un “Derecho interno e internacional actualizado y funcionalizado”.

mundial económicamente más eficiente y viable, socialmente más deseable, políticamente más gobernable y jurídicamente más regulable y controlable. También es cierto que las restricciones apuntadas afectan la soberanía de modos diferentes. Pueden resultar en una situación *de jure*, de debilitamiento o pérdida de ciertos aspectos de la soberanía formal; o *de facto*, como pérdida de autonomía y de capacidades políticas y económicas para diseñar y realizar políticas. Puede darse la pérdida de la soberanía del Estado, o su mantenimiento pero con disminución de su autonomía para ejercerla.

Las limitaciones y desafíos a la soberanía varían y deben ser calificadas, según los casos, las etapas, los espacios, el interjuego de las condiciones económicas y las políticas, nacionales e internacionales. Transnacionalización y globalización no se cumplen de manera uniforme en todo el mundo y para todos los Estados-nación, no tienen un carácter absoluto y definitivo. La economía mundial y el sistema interestatal exhiben desniveles y discontinuidades, crean brechas y nichos; abren espacios de autonomización y refuerzo de la soberanía para Estados-nación con capacidades de aprovechamiento. Aunque en pie de igualdad frente al derecho internacional, los Estados están así desigualmente integrados en la economía mundial y en el sistema político internacional.

Algunos pueden tratar de aislar relativamente sus economías de las redes transnacionales, adoptar políticas de cooperación o integración supranacional. Otros pueden seguir desarrollando sus competencias; ejercer su soberanía; aceptar restricciones a la misma pero adquirir nuevas capacidades para regular de mejor manera fuerzas y relaciones transnacionales que están más allá de su control efectivo o del control regulatorio del derecho internacional --por ejemplo, los códigos de conducta de las empresas transnacionales del GATT y la OMC--; pueden involucrarse en nuevas formas de participación e intervención políticas y jurídicas.

La soberanía *de jure* y la *de facto*, como idea y como praxis, sigue siendo una fuerza poderosa y compelente, especialmente respecto a la capacidad del Estado para ejercer sus potestades y poderes coercitivos. El derecho internacional penal, por ejemplo, reconoce, como uno de sus principales retos, el que los Estados siguen mostrándose poco dispuestos u opuestos a acoger los principios de justicia internacional y de jurisdicción universal y someter sus disputas con otros Estados o actores diversos al arbitraje de una autoridad supranacional --como la Corte Internacional de Justicia o la Corte Penal Internacional--; siguen preservando celosamente su <derecho soberano a hacer la guerra>. Hasta ahora, el Estado-nación y su soberanía y autonomía de ejercicio no están condenados al total debilitamiento ni a la extinción. Existen, efectivamente, infracciones a la soberanía y restricciones al ejercicio de la autonomía, e interrogantes planteadas a la idea tradicional de una soberanía ilimitada e indivisible --absoluta como la concebía Bodino. El actual movimiento hacia la desregulación puede ser coyuntural, esto es, no excluye la posible emergencia de nuevas formas de re-regulación en el futuro.

En la misma tesitura cabría advertir también que, contra lo que algunos argumentan, la soberanía del Estado en la sociedad global y su sometimiento al imperio del derecho internacional siguen siendo cruciales en una economía mundial transnacionalizada. La autoridad y la gobernabilidad pueden haberse vuelto más plurales --de hecho lo han sido; pueden localizarse en diferentes sedes, en organizaciones públicas y privadas, en foros internacionales, transnacionales y subnacionales, y en áreas regionales y nacionales. La desagregación, la divisibilidad, la enajenación de los componentes de la soberanía, no implican necesariamente una disminución del Estado-nación. Aun con aquéllas y con la cesión de poderes estatales, los Estados pueden adquirir nuevos papeles y funciones. El debilitamiento de sus atribuciones administrativas sustantivas en relación a su población doméstica no basta para modificar su desempeño como portadores del imperio del derecho, tanto interna como externamente. No olvidemos que el derecho internacional no puede funcionar sin Estados nacionales como sus soportes materiales, sus agentes, sus creadores, sus bases de consentimiento, acato y cumplimiento de la ley internacional.

Y habría que sopesar asimismo que no existe una contradicción necesaria entre la integración económica mundial y soberanía del Estado-nación. La difusión global de la soberanía en la forma del Estado de derecho permitió crear y consolidar una economía internacional como la existente. Se da, sin embargo, una tendencia a la globalización puramente comercial, en un contexto de fragmentación

del mundo en Estados-nación, separada e independiente de la aún no lograda globalización del Derecho y del Estado. Lo evidente es que hasta ahora, no existe, o se retrasa, la existencia de una organización internacional a través del Derecho y los Estados que responda a exigencias de la globalización económica. Es pertinente, en todo caso, el esfuerzo de reflexión y creación respecto a la necesidad de un *Derecho Mundial* como pasaje obligado a un nuevo orden mundial.

Ello requiere, entre otras tareas: el examen crítico de los problemas, tendencias negativas y destructivas, conflictos, y dilemas como el de la soberanía estatal, que emergen de la marcha de la sociedad global; la determinación de requisitos para la incorporación y supervivencia bajo condiciones favorables en los procesos y resultados de la globalidad; el respeto a las individualidades nacionales, regionales y locales; y, quizá lo más inmediato, la combinación y convergencia de principios, normas y leyes nacionales y supranacionales.

No nos cabe la menor duda en que no son totalmente triunfantes ni irreversibles las fuerzas y tendencias de la transnacionalización y la sociedad global, ni su resultante en el completo debilitamiento o extinción más o menos gradual de la soberanía estatal y, con ella, del Estado mismo. No es tampoco posible ni conveniente el mantenimiento de las modalidades actuales de un modelo de Estado-nación en crisis, pero sí su recuperación como continuidad transfigurada.

1.3.2. La soberanía como categoría analítica en la historia, el derecho internacional y las relaciones internacionales.

La soberanía ha tenido un papel de enorme importancia a lo largo de la historia política y de las relaciones internacionales, de ahí que su estudio constituya el tema central del derecho internacional público y de la teoría del Estado. Así, de sobra, se justifica la descripción y análisis de los principales aspectos derivados de la conceptualización y la praxis del Estado y de su manifestación esencial que es la soberanía, partiendo de su comprensión y ubicación en el marco de la interrelación cultural entre sociedades diversas y en el contexto de una sociedad global e interdependiente.

Efectivamente, el concepto de soberanía es y seguirá siendo por mucho tiempo fundamental en el estudio de la teoría del Estado, el derecho y la ciencia política. Todas las constituciones que rigen los países actuales lo consignan en forma expresa, así como las cartas, tratados y documentos más importantes de las organizaciones internacionales. Es un principio vigente, pese a los intereses y argumentos que, de tiempo en tiempo, se levantan en su contra: hay quienes piensan, de un lado, que la soberanía ha caducado como concepto y como realidad, debido a los cambios tan repentinos y espectaculares que vienen ocurriendo recientemente en la escena mundial,⁷⁸ y del otro, aquellos que disciernen que estos fenómenos no representan la caducidad o la extinción del poder soberano de los Estados-nación, que aún son la unidad básica de la organización política contemporánea. Empero, por encima de toda posición al respecto, es innegable que el concepto de soberanía está siendo objeto de nuevos cuestionamientos, y que la globalización exige un nuevo análisis de los conceptos clásicos del derecho y de la ciencia política; de ahí que, para replantear algunas ideas, sea necesario el aporte reflexivo de los estudiosos en la materia bajo la cobertura interdisciplinaria y pluridisciplinaria.

Comencemos por hacer un poco de historia. El Estado-nación surge con atribuciones soberanas en Europa occidental de las ruinas del Estado feudal consolidándose con la Paz de Westfalia de 1648. Esta soberanía es el fruto de las luchas sostenidas por el rey francés contra el imperio, la iglesia y los señores feudales; conflictos que devinieron en el establecimiento de las primeras naciones. Al surgir el Estado moderno, las fuerzas estamentales se fueron adecuando a las exigencias precapitalistas que originaron una nueva forma política estatal. El propio sistema de Westfalia concedió al Vaticano

⁷⁸ Arranz Lara, Nuria, “Globalización y Soberanía”, en *México Internacional*, México 1991, No. 64, año 6, p.5. También consultar a nuestra destacada discípula: Cortés Altamirano, Claudia, “La Soberanía ante los Procesos de Globalización: Perspectivas para su Reafirmación o Decaimiento”, trabajo presentado para el curso avanzado para profesores Nuevas Tendencias del Derecho Internacional, que impartimos en la FCPS de la UNAM, febrero-mayo de 1998, p.p. 1-18.

estatus de ente supranacional con capacidad de decisión sobre la guerra y la paz, la territorialidad y la soberanía incipiente; y esto fue así porque sin la existencia de un ente de tales características como el papado, los gobernantes seguramente hubiesen extendido su poder ilimitadamente.

La soberanía es producto de la realidad y la primera sistematización de este concepto se encuentra en “Los seis libros de la República” de Juan Bodino, en donde se afirma que la soberanía es un poder absoluto y perpetuo; absoluto en cuanto a la potestad de dictar y derogar las leyes, pero bajo una sola figura del soberano, quien está sujeto solamente a las leyes de Dios, de la naturaleza y al derecho de gentes; y perpetuo, entendido como el poder irrevocable y de tiempo ilimitado del príncipe. Bodino explica que el soberano es el que gobierna, ya sea el príncipe, un grupo o el pueblo mismo. Para Hobbes, el titular es quien detenta el poder. Hegel, Jellineck, Herman Heller y Flores Olea afirman que el titular es el Estado, en tanto que Felipe Tena Ramírez sostiene que la soberanía reside en la Constitución, mientras que para Rousseau es el pueblo el soberano.

La soberanía nacional es una e indivisible y su ejercicio implica dos dimensiones. La primera es en el plano interno, en nombre de y frente a la población que se asienta en un territorio estatal determinado; y en el plano externo, en nombre de dicho Estado frente a los representantes jurídicos y la población de otros Estados. Desde el punto de vista del derecho, al interior de cada Estado existen legalmente otras personas jurídicas diferentes del él, sobre las cuales puede, debe imponer y ejercer su autoridad. Estas personas jurídicas no deben pretender ser soberanas frente o por encima del Estado. También, en teoría, el ejercicio de la soberanía de un Estado con respecto a la soberanía de los demás, implica que estos últimos no pueden pretender ser superiores frente a dicho Estado, pues todos son iguales. Anteriormente, los reyes basaban su poder en la soberanía absoluta que ejercían al interior de su jurisdicción. Maquiavelo escribió que la soberanía absoluta y omnímoda que ejercía el príncipe al interior de su reino tenía como única limitación el derecho de gentes o *jus gentium*, el cual emergía de la época moderna como la normatividad resultante del comercio y de la conquista y como la ordenación mínima de aquello común a la humanidad.

El derecho internacional surgió muy a pesar y a veces en contra de las autocracias soberanas. De hecho, en una perspectiva historiográfica, el *jus gentium* representa un *principio de expresión de la globalidad*. Ahora bien, como desprendimiento del sistema de autocracias soberanas y para garantizar su existencia se fue haciendo necesaria una red de balance de poder que regulara las relaciones interestatales o internacionales, lo que significó que dos Estados o más tuvieran iguales capacidades en abstracto a pesar de que *de facto* existiesen entre ellos relaciones inequitativas —fenómeno que llegará a mantenerse vigente aun tres siglos después en la estructura de Naciones Unidas que, conforme a su Carta fundacional, establece una Asamblea General (abierta y democrática) junto con un Consejo de Seguridad (cerrado y elitista).

Sabemos asimismo que el derecho internacional es un orden jurídico descentralizado en un doble sentido. Por una parte sus normas ligan, en principio, a aquellas naciones que las han aceptado y por la otra, la mayor parte de sus normas son obligatorias en virtud del consentimiento de los Estados —el principio *'ex consensu advenit vinculum'* espresa claramente que el consentimiento es la base de la obligación jurídica. Y no obstante que una parte son vagas y ambiguas pueden estar condicionadas, además de tener la característica de contar con reservas, lo que permite a las naciones individuales un alto grado de libertad de acción cuando se les reclama cumplir dichas disposiciones de derecho internacional.⁷⁹

⁷⁹ Al discutir el problema de la soberanía en el campo de la ejecución de la ley se distingue a la soberanía como órgano ejecutivo igual a la soberanía en el campo de lo judicial, esto es, la decisión de cuándo y cómo iniciar una acción ejecutiva reside, en última instancia, en la nación individual. Por otra parte, la soberanía de la nación como objetivo opuesto de una acción ejecutiva, se manifiesta en lo que se denomina “impenetrabilidad” de la nación. Ello significa que en un territorio dado, sólo la nación puede tener soberanía —la autoridad suprema— y que ningún otro Estado tiene el derecho de ejecutar actos gubernamentales sobre su territorio sin su consentimiento. Por consiguiente, todas las acciones ejecutivas previstas en el derecho internacional, con excepción de la guerra, se limitan a ejercer presión sobre el gobierno agresor de las leyes —tales como protestas

Con el nacimiento de este principio de supranacionalidad, la soberanía de los Estados se fue matizando y las autocracias internas se adaptaron a la cesión mínima de su soberanía. Desde entonces el Estado dejaba de ser un poder que en términos absolutos se organizaba a sí mismo para pasar a ser receptor de los imperativos de las instancias supraestatales convencionales. Se trataba ya de un poder que comenzaba a ser organizado desde afuera; un poder supranacional que se ejerció en nombre de principios abstractos y de valores universales, cuyos portadores los utilizaban para la consecución de intereses propios. Esto explica por qué la idea de soberanía ha sido criticada por algunos autores que le adjudicaron haber causado las guerras y otras formas de violencia y ser grave obstáculo para el desarrollo del derecho internacional y de las relaciones internacionales. Entre ellos, el norteamericano James W. Garner, el alemán Hans Kelsen y el griego N. Polis aseguraron que la soberanía estaba en su etapa de desaparición pues significaba un obstáculo para la organización mundial y la paz, ya que había permitido dar apariencia y justificación a las pretensiones arbitrarias de los gobiernos.

Por su parte, Herman Heller asegura que no existe contradicción alguna entre soberanía y derecho internacional porque el Estado soberano es presupuesto para la existencia del segundo. También afirma que cualquier concepción del derecho internacional que no tome como punto de partida la existencia de una pluralidad de unidades de voluntad soberana está destinada al fracaso, pues el derecho internacional —y por derivación el derecho transnacional y el supranacional— existe en la medida en que por lo menos interactúen dos unidades territoriales decisorias universales y efectivas.⁸⁰

En la misma línea de reflexión, el maestro César Sepúlveda⁸¹ sostiene que el derecho internacional es de hecho y en principio un orden jurídico de entes soberanos a los que obliga a respetar una serie de normas universales, y la soberanía del Estado consiste en la capacidad de crear y actualizar el propio derecho, tanto en el plano interno como en el internacional, con la obligación de actuar de acuerdo a la ley y con responsabilidad ante esa conducta. Al respecto, consideramos que, efectivamente, la condición misma para la existencia del derecho internacional es la presencia de unidades de voluntad soberana, ya que en las relaciones internacionales la soberanía del Estado se presenta como su independencia misma para tomar todas las decisiones sobre su orden jurídico e incluso para cambiarlo totalmente sin la intervención de ningún otro ente soberano.

La soberanía al paso del tiempo se ha visto modificada en gran medida, pero no su validez por cuanto principio de soberanía jurídica de un Estado nacional frente a otros.⁸² Realmente lo que ha variado sustancialmente es el número y características de los Estados que integran actualmente la sociedad internacional, así como las circunstancias y problemas a los que cada uno o todos en conjunto se tienen que enfrentar. Todo esto obliga a buscar un ejercicio de la soberanía del Estado aún más dinámico que, sin dejar de ser complicado, permita el establecimiento de relaciones de colaboración

diplomáticas, la retorsión, la intervención, las represalias, los bloqueos— las cuales dejan intacta la soberanía territorial del Estado que viola el derecho internacional.

⁸⁰ Heller, Herman. *La Soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional*. Fondo de Cultura Económica, UNAM, México, 1995, p.p. 225-234.

⁸¹ Sepúlveda, César. *El Derecho de Gentes y la Organización Internacional en los Umbrales del Siglo XXI*. Fondo de Cultura Económica, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1995.

⁸² Con la resolución 688 del Consejo de Seguridad en el caso del Golfo Pérsico y ante la caída de los regímenes del Este, se dio paso a un nuevo concepto de *soberanía limitada*. Éste enfatiza que la comunidad internacional no puede seguir tomando el respeto a la soberanía de las naciones como un pretexto para su pasividad ante la violación de los derechos humanos, ya que éstos —se afirma— deberían ser prioritarios sobre los derechos de los Estados. Por lo tanto, se da paso al deber de asistencia de los organismos intergubernamentales al derecho de injerencia en los Estados por causas humanitarias. Bajo la perspectiva de *soberanía limitada*, los organismos no gubernamentales y multilaterales poco a poco se van adaptando a las nuevas formas y razones del actual intervencionismo. La realidad global muestra patentemente que derechos humanos y soberanía estatal son términos *antagónicos en caso de conflicto*. Esto se demuestra en los casos de Haití, Somalia, Congo, Yugoslavia, Ruanda, Kosovo, Macedonia, Chechenia y Timor Oriental, donde el Estado involucrado pierde soberanía ante las políticas intervencionistas pro defensa de los individuos de la comunidad internacional.

en campos como el de la eliminación de la pobreza extrema, solución pacífica de controversias internacionales, salvaguarda de la paz y de los derechos humanos, así como la lucha contra el narcotráfico, el delito y el crimen organizado junto con otras manifestaciones más de lo que denominamos <patología de las relaciones internacionales>. Y es que el Estado-nación, como era concebido con anterioridad ya no es funcional desde el enfoque globalista dado que éste parte de estructuras transnacionales de carácter global que imponen mutaciones críticas en los roles, niveles y segmentos de los actores en juego; situación que conduce a algunos teóricos a pensar en el surgimiento de una especie de 'soberanía global' como denominador común que conducirá a la humanidad, de la nación y el Estado o de la sociedad de Estados, al Estado Mundial o al imperio mundial.

Como hemos venido observando a lo largo de este sub-capítulo, en la actualidad hay un debate muy serio en torno al papel del Estado soberano frente a los procesos de globalización e interdependencia. Para un grupo de especialistas, las fronteras y las potestades entre los países se diluyen cada vez más en términos económicos, principalmente. Pero para otros, el Estado se vigoriza con tal proceso globalizador, como en el caso de los países económicamente poderosos, mientras que los países débiles resultan perjudicados; hecho que explicaría por qué estos últimos están instrumentando políticas neoliberales buscando insertarse a como dé lugar en la nueva dinámica mundial. También hay analistas que perciben la existencia de una *crisis de los Estados nacionales* y de la *Institución—Estado*.

En este caso se argumenta que el Estado nacional (no sólo los Estados democráticos, sino también los Estados autoritarios o totalitarios), se ve amenazado *desde abajo* por una creciente demanda de autonomía y de autodeterminación por parte de las regiones o de las comunidades étnicas o religiosas que están incluidas en él; y *desde arriba*, por la aparición de nuevos poderes transnacionales, no sólo por las instituciones interestatales y supranacionales sino también por el poder de las empresas y los mercados financieros globales, por la criminalidad internacional y por serias amenazas al medio ambiente y a la salud humana que, por mucho, sobrepasan el alcance de los poderes estatales soberanos.

Expresado de otra manera, el debate gira en torno de dos vertientes básicamente. La primera y la más fuerte asegura que la sociedad global está deteriorando la soberanía de los Estados, por lo tanto, soberanía y globalización son dos categorías contradictorias que, de no armonizarse mutuamente, podrían conducir a un nuevo período de guerra fría. La segunda, asienta que el fenómeno global beneficia a los Estados-nación, a unos más que a otros, pues les permite adecuar sus economías e insertarse en la mundialización, asegurando con esto beneficios a corto y largo plazo.

Bajo este planteamiento se asegura que mientras haya asimetrías a nivel internacional no se puede hablar de la desaparición de la soberanía, sino de su capacidad de adaptación a las circunstancias actuales.⁸³ Ante este escenario cabe preguntarnos, ¿cuál podría ser el futuro de este elemento fundamental del Estado-nación? Parte de las respuestas a esta interrogante podría desprenderse de algunas afirmaciones de Phillippe C. Schmitter⁸⁴ en el sentido de que la nueva filosofía del Estado y su soberanía se plantea en Europa, a propósito de la integración europea, con la elección de un

⁸³ Becerra Ramírez, Manuel., “¿La Soberanía en Crisis?”, en México Internacional, México, Año 5, No. 57, mayo de 1994, p.4. Señala el autor que el poder soberano de un Estado se relaciona históricamente con la capacidad para defender su territorio, para proporcionar seguridad física a sus ciudadanos y llevar el control de su destino económico, pero actualmente, la interdependencia global ha puesto de manifiesto la dificultad para todo Estado, aislado de otros, de ejercer la conducción de su propio sistema económico. Los vínculos multinacionales y las presiones informales se ven suplementadas por una multitud de organizaciones cuya existencia tiene como finalidad la promoción de la cooperación económica; sus recursos y su capacidad para producir políticas que puedan entrar en conflicto con los intereses inmediatos de miembros individuales trascienden la simple cooperación y entran en el campo del supranacionalismo, término cuyas implicaciones, en determinada etapa, ha de chocar con las pretensiones de soberanía del Estado-nación.

⁸⁴ Schmitter, C. Phillippe, “La Comunidad Europea como Forma Emergente de Dominación Política”, en Las Transformaciones de lo Político, Benedicto y Reinales Edit., Madrid, Alianza Universidad, 1992, pp. 158-199.

Parlamento de la Unión. Asegura con razón que la Comunidad Europea debe ser tratada como una nueva forma de experimentación y dominación política, capaz de evolucionar hacia uno de entre varios estadios posibles; y para ejemplificar su percepción, plantea tres prototipos como respectivos y viables estatus finales: la *confederatio*, el *condominio* y la *federatio*.

Lo cierto es que la soberanía nacional ahora se vislumbra socabada y desbordada, pues las estructuras cambiantes de las relaciones internacionales y la política mundial han trabajado subterráneamente para forjar alianzas y vínculos con los diferentes actores <subestatales> que se han situado por encima del propio Estado para crear redes novedosas de toma de decisiones y sistemas modernos para la producción y la distribución. Paralelamente, hay otras apreciaciones en el sentido de que la sociedad posmoderna estadounidense se encontrará convertida en un régimen multicultural más que constituir un Estado-nación, y que por ser Estados Unidos el país creador de las organizaciones internacionales como la ONU, OEA, OTAN, GATT, FMI y el BM, será el que más aporte a la desorganización de los Estados nacionales y a la reorganización de gran parte del mundo bajo los lineamientos del no-Estado multinacional.⁸⁵

En otro sector de opinión, hay politólogos reconocidos que consideran que el Estado nacional soberano se encuentra ahora sometido a una agresión de gran alcance de las fuerzas sociales, en medio de un proceso de uniformización cultural y de nivelación de valores comunes, como no se ha conocido jamás en la historia. En esta realidad, se prevé una evolución, paralela aunque autónoma, entre las naciones y el Estado soberano. Por un lado, las naciones no son inamovibles, pues así como surgieron habrán de terminar, continuarán su proceso histórico, nunca interrumpido, de cambio, en donde el choque con formas culturales y valores distintos, formará unidades más amplias. Por el otro, el Estado soberano como institución se ve igualmente erosionado dentro de un medio internacional en que la confusión de relaciones sociales que saltan sobre las fronteras debilita progresivamente su libertad de movimiento.

En esta tesitura, nuestro maestro el Dr. Modesto Seara Vázquez⁸⁶ viene sosteniendo varias ideas que son rescatables, aunque no exentas de ser sometidas a discusión. Primero, dada la interdependencia que ya alcanza una gran intensidad y seguirá acentuándose, no hay posibilidad alguna de recuperar las soberanías nacionales en la forma tradicional; sin embargo, lo que sí se debería lograr es la recuperación del control de los pueblos de su destino, rescatando su soberanía de las fuerzas incontrolables del globalismo. Segundo, no obstante, sería imposible recuperarla por medio de los Estados-nación, pues se requiere de instituciones nuevas, Estados regionales o continentales o un Estado a nivel global, donde quedaría depositada, transitoriamente, la soberanía de los pueblos, y así solamente se podrían dominar las fuerzas que ahora se mueven sin control. Tercero, si se da la necesidad de crear una institución que tome decisiones a nivel global esa institución surgirá de un modo u otro. En caso opuesto, se pensaría en la fórmula de *intersoberanía*, mediante la cual todos o una parte de los Estados acuerden renunciar a su derecho a adoptar decisiones que pueden afectar a los demás Estados, y aceptan la posibilidad de compartir la responsabilidad de adoptarlas.

En contraposición a esto, hay criterios escépticos respecto a la creación de un gobierno supranacional, ya que se asegura que este proceso es muy lento y muy difícil de concretar. Por ello, de admitirse este razonamiento, nos veríamos en la necesidad de aceptar la subsistencia del Estado nacional como base de la organización política de los países y de la organización internacional, al tiempo que el concepto de soberanía entraría en un proceso dinámico de adaptación, en el que sería necesario encontrar un equilibrio entre la necesidad de mantener el Estado nacional y la de mejorar, perfeccionar y ampliar la competencia de la organización internacional. En todo caso, en esa línea prospectiva, se requerirá recapitular sobre cuáles son las condiciones indispensables para la existencia eficaz de los Estados nacionales y en qué dirección, medida y ritmo los propios Estados pueden

⁸⁵ Zamitiz Gamboa, Héctor. “Las Transformaciones del Estado-nación en el Mundo de los Bloques Comerciales: un Dilema Teórico-Práctico”, en Relaciones Internacionales, CRI-FCPS-UNAM, México, No. 63, Julio-Septiembre de 1994, pp. 94-96.

⁸⁶ Seara Vázquez, Modesto. Hacia el Concepto de Intersoberanía. Universidad de la Mixteca, México, 1991.

participar en la coexistencia y cooperación de las soberanías nacionales, a través de la organización internacional.

Y a contracorriente a su vez de esta postura, es muy frecuente escuchar la sentencia de que los gobiernos no controlan muchos de los factores que determinan el destino de la soberanía estatal, en vista de que diferentes variables internacionales limitan la gama de opciones abiertas a un Estado o, en situaciones extremas, son un obstáculo para la puesta en práctica de algunas políticas o decisiones gubernamentales. En este caso, se puede distinguir entre problemas derivados de la *cesión de soberanía*, de los problemas que se originan de la *pérdida de autonomía*. En este sentido, las naciones pueden retener el control efectivo y legal sobre los instrumentos destinados a poner en práctica ciertas políticas (*soberanía*), pero el problema se presenta cuando tales instrumentos han perdido efectividad, de suerte que pueden plantearse los objetivos, pero se carece de medios para alcanzar esas metas (*autonomía*).

En estas circunstancias, lo que parece decisivo a nuestro entender es la necesidad de mantener la autonomía de decisión, y ésta en ocasiones requiere de una cesión voluntaria de soberanía en ciertas áreas y, quizá en forma temporal, pero esa cesión no significa en sí misma y por principio la pérdida de autonomía, sino que en la medida en que la soberanía es entendida como un instrumento de poder nacional puede y debe servir para consolidar y acrecentar la autonomía. Así pues, puede afirmarse que la acepción clásica de soberanía, entendida como indivisible, ilimitada, excluyente y perpetua, está prácticamente extinta. La política mundial, las relaciones internacionales y el derecho internacional contemporáneos han demostrado que la soberanía puede ser una arquitectura flexible, parcializable, limitada y con temporalidades. Sólo así podrá ser del todo útil para entender y ordenar las nuevas realidades y estructuras que encarna la sociedad global.

1.3.3. Breves consideraciones sociológicas y culturales sobre la soberanía frente a la nación y la globalización.

Sin el ánimo de parecer reiterativos acerca de un tema que en su esbozo general desde la perspectiva del derecho internacional, la ciencia política y la teoría del Estado pudiera parecer haberse agotado en las anteriores páginas, no quisiéramos terminar este apartado sin antes compartir algunas reflexiones en torno a lo que, desde la óptica de la ciencia social <pura>, pudiera expresarse como una primera aproximación a los fundamentos sociológicos y culturales de la soberanía estatal frente a la nación y los procesos de la globalización. El punto de partida será el mismo que ya antes hemos semblanteado, esto es, que la presencia y fuerza de actores e instituciones transnacionales, supranacionales o globales está transformando radicalmente al Estado: sus facultades, funciones, espacios y territorios en los que concentra su actividad; lo cual a estas alturas, lejos de lo que sostenían algunas previsiones apresuradas (Ohmae, 1990; Fukuyama, 1992), indicaría que los Estados no sólo no desaparecen sino que siguen siendo actores que influyen decisivamente en muchos terrenos, a niveles nacional e internacional, considerándose inclusive, conforme a la sociología latinoamericana, entre las fuerzas más activas y comprometidas de la globalización.

Sin embargo, su *estatus* soberano se debilita en varios campos: se vuelve incapaz, por ejemplo, de regular los flujos financieros y comerciales, los derechos de propiedad y autoría, los crímenes y delitos internacionales, los derechos humanos universalmente sancionados y otras transacciones económicas, sociales y culturales transfronterizas. De la misma manera, la autoridad del Estado pierde eficacia para reglamentar y aplicar sanciones a las ONG's internacionales; replantea su relación con las comunidades e identidades que desbordan las fronteras nacionales, y rearticula los nexos entre lo local, nacional y global; perdiendo así capacidad reguladora en ciertos ámbitos al tiempo que se fortalece en otros. Conforme lo plantean Scholte (1998) y Held (1995), en el marco de la globalización, los aparatos estatales no sólo sobreviven sino que crecen, se fortalecen y penetran nuevos ámbitos de la sociedad; en cambio la soberanía, como control supremo y exclusivo, deja de operar, porque la capacidad reguladora del Estado se erosiona frente a los mecanismos emergentes de regulación y gobernación en el nivel global.

Como ya lo apuntamos cuartillas atrás, en el marco de la sociedad global, la soberanía pierde fuerza porque los Estados deben compartir la tarea de gobernar con organismos internacionales públicos, no gubernamentales, privados y cívicos, a la vez que someterse a un derecho internacional que cobra de manera creciente una real dimensión supranacional y estatura transnacional. A la vez, hacia adentro, enfrentan nuevas formas de reagrupamiento de la sociedad civil, de participación política –individuales y colectivas– y de construcción y reconstrucción de la ciudadanía. Todo ello impone esfuerzos de redefinición y precisión en torno a los conceptos de comunidad, soberanía global, Estado global, ciudadanía, violencia interna y externa, competencia de lo público y lo privado, de las relaciones entre sociedad civil y Estado. En esta línea, las nuevas posibilidades de convivencia se dan hoy de manera especial en los márgenes de Estados nacionales sometidos a presiones derivadas de lo que Beiner (1995) ha definido como la *dialéctica entre globalismo y localismo*, y se atienden las tendencias simultáneas y contradictorias de integración y recomposición de los Estados.

Ya manifestamos también que al enfrentarse con la globalización, con la emergencia de la sociedad global, las ciencias sociales y el derecho internacional son desafiados a repensar su objeto, que es movido, dinámico y cambiante. Parece que siempre es el mismo, pero se modifica constantemente; en ocasiones de manera visible, otras imperceptible, dando la apariencia de que permanece, pero se transfigura. Frecuentemente los estudios e interpretaciones extrapolan provincias y naciones, pero el núcleo de la problemática tiende a ser la sociedad o el individuo, a veces uno subsumiendo al otro. Mientras tanto, lo que ha predominado en el devenir del saber social-jurídico-legal son los cuestionamientos sobre la sociedad nacional, el Estado-nación, el proyecto nacional, las condiciones de soberanía, las posibilidades de la hegemonía. En general, bajo diferentes enfoques teóricos, las ciencias sociales y la ciencia del derecho han realizado estudios e interpretaciones destinados a esclarecer estos dilemas, o algunos de sus aspectos. Empero, ocurre que la sociedad nacional, en sus diferentes significaciones y connotaciones, se transforma; y, en la medida en la que se verifica la globalización, cuando se desarrolla la sociedad global, en ese contexto la soberanía nacional también cambia de figura, tanto empírica como metodológicamente, tanto histórica como teóricamente.

Al fracturarse por la globalización mucho de lo que ha sido tradicionalmente el Estado-nación, como realidad y como imagen, inmediatamente queda planteado el desafío para las ciencias sociales. El paradigma clásico, cuyo distintivo ha sido la sociedad nacional simbolizado en el Estado-nación soberano, está entredicho. Indudablemente, continuará siendo vigente, pero subordinado a la mundialización, porque el mundo ya no es sólo, o principalmente, una colección de Estados nacionales y las naciones se transforman en espacios, territorios o eslabones de la sociedad global. Ésta es la nueva totalidad en movimiento, problemática y contradictoria y, a medida que se desarrolla, confiere nuevos significados a la soberanía estatal y a la sociedad nacional, como un todo y en sus partes. En esta suerte, cuando lo observamos desde una perspectiva amplia, de largo plazo, el Estado-nación inmediatamente se revela también como un proceso histórico problemático, contradictorio y transitorio que, en una época, se definía por la soberanía, real o anhelada, amplia o limitada; en tanto que en los tiempos actuales se vuelve a modificar, pero ahora radicalmente: de manera progresiva, ora lentamente, a veces de modo repentino, se transforma en provincia de la sociedad global.

En el lenguaje social actual resulta común advertir que las condiciones para la formulación e implementación de proyectos nacionales soberanos son drásticamente afectadas por la globalización, o bien sólo se hacen posibles cuando contemplan las poderosas determinaciones y designios externos, transnacionales y propiamente globales. A partir de la época en que este proceso se constituye como una nueva realidad, conformando una nueva totalidad histórica, cuando las fronteras son anuladas o modificadas, la *soberanía se transforma en figura retórica*. Al debilitarse el Estado-nación, inmediatamente surgen provincialismos, nacionalismos, regionalismos, etnicismos, fundamentalismos, o sea, nuevos surgimientos que expresan tanto reivindicaciones e identidades antiguas como la decadencia del Estado-nación como instituto de soberanía.

Desde otra arista, paulatinamente los actores tradicionales de las relaciones internacionales, los Estados-nacionales, son empujados a organizarse alrededor de un <actor> nuevo y diferente: la <comunidad> regional, es decir, son varias las constelaciones de países en los que el Estado-nación aparece subordinado, tal y como está sucediendo en Europa, América, Rusia, Sudeste de Asia y en el

Pacífico. Quienes ven en la globalización un conjunto de variadas y poderosas fuerzas que hacen anacrónico el Estado-nación y quimérica a la soberanía, al mismo tiempo que se crean *exigencias de ordenamiento jurídico mundial*, no dudan en afirmar la insuficiencia del paradigma de las relaciones internacionales que da prioridad al Estado-nación como figura principal, actor de la soberanía. En este ambiente, se considera, surgen otros actores, diferentes estructuras de poder, distintas polarizaciones de intereses, nuevas condiciones de convergencia y antagonismos entre Estados soberanos, grupos sociales, clases sociales, movimientos de opinión pública, fundamentalismos, corrientes de pensamiento.

Este es el contexto en el que el susodicho paradigma tradicional de las relaciones internacionales comienza a ser superado, o subordinado por el nuevo. Uno que corresponde a la dinámica de la sociedad nacional, del Estado-nación, en el que sobresale el supuesto de la soberanía. Otro, ligado a la dinámica de la sociedad global, que incluye relaciones, procesos y estructuras de dominación y apropiación peculiares, implica movimientos de integración y antagonismos originales, y hace posible soberanías y hegemonías desconocidas. En un mundo globalizado, cuando se modifican, transforman, recrean o anulan fronteras reales o imaginarias, los individuos nos movemos en todas direcciones, cambiamos de país, trocamos lo local por lo global, diversificamos nuestros horizontes, pluralizamos nuestras identidades. Unos y otros, las personas se desterritorializan y reterritorializan en el ámbito del cosmopolitismo promovido por la globalización. El Estado-nación ya no es el mismo, aun cuando todavía pueda utilizar la retórica de la soberanía, e incluso hablar de hegemonía, pero todo está cambiando radicalmente de forma y fondo. La sociedad global es y continuará siendo un todo poblado de provincias y naciones, pueblos y etnias, lenguas y dialectos, sectas y religiones, comunidades y sociedades, culturas y civilizaciones.

Hoy, estamos convencidos de que --aun con lo paradójico que resulta ser muchas veces el pensamiento social y el teórico-jurídico-- la soberanía del Estado-nación se está reconfigurando en sentidos opuestos, es dialéctica, toda vez que los horizontes abiertos por la globalización comportan en sí mismos la homogeneización y la diversificación, la integración y la contradicción.

1.4. Delito y organización criminal en el derecho y las relaciones internacionales: configuración de un estado anómico de la sociedad global.

Nos desenvolvemos ostensiblemente una era en la que nuestro modo de vida se ve amenazado por nuevos e invisibles riesgos, que acechan a nuestras sociedades en todos niveles y espacios, y que pueden suponer una modificación de nuestro entorno más inminente, por inmediata y posible, que un conflicto armado generalizado o un gran desastre natural. Nos referimos a la transnacionalización del delito y la violación amplificada del orden social, el efecto más perverso del crimen organizado en todas sus manifestaciones, una de las amenazas más graves para las denominadas democracias occidentales y también para las sociedades orientales.⁸⁷ Con el crimen organizado transnacional y las violaciones graves a los derechos humanos, auténticas estructuras multinacionales del delito, que buscan el máximo beneficio y el mínimo riesgo, así como los *modus* más lucrativos de actividad ilegal, se está conformando lo que denominamos un *estado anómico o patológico de la sociedad global*, esto es, una verdadera patología inscrita en el cuadro actual del derecho y las relaciones internacionales.

Como ya se apuntó con antelación, el mundo vive un furor globalizante en el que las fronteras físicas y legales van perdiendo virtualidad y validez, y donde se mueven con preocupante facilidad el nuevo crimen organizado internacional y las acciones públicas y privadas en contra de los derechos fundamentales del hombre. Los Estados y la comunidad internacional deberán, entonces, estar muy conscientes de que los sistemas políticos y el bienestar de los ciudadanos están seriamente amenazados por estos flagelos heredados del infausto siglo XX.

⁸⁷ De Arístegui, Gustavo. "El Delito Transnacional", en *Política Exterior*, No. 66, vol. 12, Madrid, España, noviembre-diciembre, 1998, p.p. 113-122.

En estos tiempos, y desde la perspectiva estructural, hay que considerar que los rasgos predominantes de tal patología son dos: por un lado, se trata de un estado delincuencial y de criminalidad *lato sensu*, con una fuerte organización, jerárquicamente estructurada, ya sea en las empresas, o ya en la organización criminal *stricto sensu*. Por el otro, desde el punto de vista material, la criminalidad de la globalización está integrada por sujetos muy poderosos, se significa normalmente por la magnitud de sus efectos económicos, pero también, inclusive, por sus efectos políticos y sociales. Todo ello unido a una gran capacidad de desestabilizar los mercados, así como una gran eficacia para la corrupción de funcionarios y gobernantes, todo lo cual incide fuertemente tanto en la afectación de bienes jurídicos individuales como en el deterioro o destrucción de bienes jurídicos supraindividuales, generales, colectivos o comunitarios.⁸⁸

De ahí que la aparición del derecho internacional penal sustantivo –tema central de la presente tesis doctoral— debe empezar con la idea de que su función es, como la del derecho penal interno, la protección de bienes jurídicos internacionales. No obstante, según afirmación de autores como Alicia Gil Gil, esta acepción no define con suficiencia al derecho penal, ya que la protección de bienes jurídicos no es una función exclusiva de éste, sino que incumbe a todos los sectores del ordenamiento jurídico en general. En otros términos, en tanto que el derecho penal protege los bienes vitales más importantes del orden interno frente a las formas más graves de agresión, el derecho internacional penal protege, de los bienes vitales que constituyen el orden internacional, los que son más relevantes frente a las conductas típicas de mayor gravedad.

1.4.1. Una sociedad global de características conflictuales y patológicas.

En esta lógica y antes de entrar en el ámbito explicativo del estado delictivo y criminógeno que caracteriza esta patología de las relaciones internacionales actuales, convendría reconfirmar que el derecho internacional penal cobra hoy enorme e inusitada relevancia porque vivimos en el contexto de una sociedad global de características conflictuales y patológicas, donde imperan la violencia, el caos y el desorden, la inseguridad, el demérito de los valores, el genocidio y la tortura, las conductas delictuosas, los crímenes y las formas de organización internacional criminal, las infracciones a la ley y la impunidad en todas sus amplias y variadas connotaciones. Consecuentemente, y a propósito de ejemplificar el contenido del presente apartado, a continuación se presenta sólo a guisa enunciativa, estas disfunciones patológicas que identifican a las relaciones internacionales contemporáneas y que, por cierto, pueden constatararse de manera objetiva --tipificadas como delitos y crímenes comunes contra los intereses internacionales— en el contenido de los tratados de extradición, bilaterales y multilaterales, firmados y ratificados por la mayoría de los Estados del mapa mundial contemporáneo:

1. Violaciones al derecho internacional humanitario (crímenes de guerra)
2. Genocidio y crímenes contra la humanidad.
3. Violación de derechos humanos de minorías y grupos étnicos (etnocidio).
4. Segregación racial o "apartheid".
5. Esclavitud y crímenes conexos.
6. Tortura.
7. Secuestro o raptó y privación ilegal de la libertad. Toma de rehenes.
8. Desaparición forzada o involuntaria de personas.
9. Ejecuciones sumarias y arbitrarias o extrajudiciales.
10. Crimen de agresión.
11. Terrorismo internacional.
12. Homicidio y lesiones graves intencionales.
13. Delitos relativos al tráfico, posesión, producción, elaboración, importación y exportación de drogas (narcotráfico) y productos químicos peligrosos.
14. Tráfico internacional ilegal (personas, armamento, divisas, obras de arte, joyas y gemas, especies de flora y fauna silvestres, órganos humanos, modelos y diseños, etc.)

⁸⁸ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal y Globalización. Editorial Porrúa, México, 2001, p.p.234-235

15. Mercenarismo internacional.
16. Delitos contra la seguridad de los medios de transporte incluyendo cualquier acto que ponga en peligro a una persona, en un medio de transporte.
17. Ataques contra las Naciones Unidas y su personal (extensivo a otros organismos).
18. Amenaza y uso de la fuerza contra personas que gozan de protección internacional.
19. Violencia oficial contra ciudadanos extranjeros.
20. Violación y estupro.
21. Abandono de menores u otros dependientes cuando haya peligro de daño o muerte.
22. Pedofilia (corrupción de menores, incluyendo actos sexuales ilícitos cometidos con menores de edad).
23. Lenocinio internacional (trata de blancas).
24. Robo; robo con violencia, y demás acepciones.
25. Fraude internacional.
26. Abuso de confianza, peculado; malversación de fondos.
27. Delitos relativos a la falsificación en todas sus formas.
28. Extorsión, exacción ilegal.
29. Recibir o transportar sumas de dinero, valores o cualquier cosa a sabiendas de que fueron obtenidas delictuosamente.
30. Incendio intencional y daño intencional en propiedad ajena.
31. Piratería (en todas sus modalidades).
32. Secuestro o apoderamiento ilícito de trenes, aeronaves, barcos u otros medios de transporte.
33. Delitos en materia de armas prohibidas y control de armas de fuego, municiones, explosivos, aparatos incendiarios o materiales nucleares.
34. Delitos contra el comercio internacional y en materia de transmisión internacional de fondos y metales preciosos.
35. Delitos previstos en las leyes nacionales e internacionales relativas a la importación, exportación o tránsito internacional de bienes, artículos o mercancías, incluyendo objetos históricos o arqueológicos.
36. Delitos en materia aduanal y contra el derecho fiscal nacional e internacional.
37. Conspiración en todos sus tipos, sedición y sabotaje.
38. Delitos previstos en la legislación nacional e internacional relativa al control de sociedades mercantiles, instituciones bancarias y otras personas morales.
39. Delitos previstos en la normativa nacional e internacional relacionada con el mercado de valores, incluyendo la venta de acciones, bonos y títulos de crédito.
40. Corrupción y tráfico de influencias. Soborno a un oficial extranjero.
41. Delitos previstos en las disposiciones legales nacionales e internacionales relacionadas con la quiebra o suspensión de pagos de una sociedad mercantil.
42. Lavado de dinero, otros delitos de "cuello blanco" y enriquecimiento ilícito.
43. Delitos en materia de monopolios y de competencia desleal.
44. Delitos previstos en las leyes nacionales e internacionales relacionadas con la protección de la propiedad industrial y derechos de autor.
45. Delitos previstos en las leyes relacionadas con el abuso de autoridad.
46. Cohecho y concusión.
47. Asociación delictuosa.
48. Espionaje en todos sus géneros y delitos contra la seguridad nacional del Estado.
49. Falsedad en declaraciones judiciales o en informes dados a una autoridad pública distinta de la judicial. Soborno a otro para que se produzca con falsedad.
50. Delitos relativos a la obstrucción de la justicia incluyendo el encubrimiento y la supresión de pruebas. Denegación de justicia.
51. Delitos contra natura (que atenten contra del medio ambiente y los recursos naturales).
52. Delitos en el orden de la cibernética, la informática y la computación electrónica (piratería, acciones ilícitas "hacker" y "cracker", etc.)
53. Manipulación no permitida del genoma humano (clonación ilegal, experimentación ilícita)
54. Acciones relacionadas con la pena de muerte, y la muerte piadosa (eutanasia y eugenesia).
55. Otros más contemplados en la "agenda criminal" del siglo XXI.

Como podemos observar, lejos de todo catastrofismo, este listado de crímenes y delitos conforma y confirma un verdadero cuadro sintomático de la patología que caracteriza el <lado oscuro>, pero tangible y presencial, de la sociedad global en que se inscriben los sistemas actuales de derecho internacional y de relaciones internacionales. Existen múltiples formas de delito transnacional: el que opera en los territorios de varios Estados; en lugares distintos a su residencia sin burlar la ley territorial propia; el que aprovecha la globalización para sortear los controles legales y judiciales; y el que aprovecha los resquicios que inevitablemente presentan las legislaciones nacional, comunitaria e internacional.

Y es que la transnacionalización de las actividades sociales, económicas y culturales también incluye una muy intensa diseminación transfronteriza de las actividades delictivas que demandan una especial colaboración entre los países y por medio de los organismos internacionales para prevenir y reprimir, en su caso, tales acciones que desde el interior de los Estados tienden a traspasar las fronteras y dañar tanto a países vecinos como a los más lejanos; así como para contar con los medios más adecuados para enfrentar la delincuencia que proviene de otros lugares y causa sus efectos o transita por el territorio nacional.

La anomia de la sociedad global, proviene de las propias disfunciones patológicas de los órdenes sociales comunitario e interno, aunque llega a adquirir --como es lógico-- características y dinámica muy particulares. O sea, es bien conocido el hecho de que al amparo de lo global la mayor parte de la delincuencia nacional o interna de los países es el semillero para el desarrollo y <tecnificación> de la delincuencia internacional y más aún, cuando la criminalidad interna logra la formación de redes eficientes, constituye un importante soporte --y un pésimo ejemplo a quienes gustan de la violencia contra los derechos humanos-- para las actividades delictivas internacionales organizadas, incluso para las no organizadas. Particularmente, el crimen transnacional organizado se ha vuelto, en esencia, versátil, y puede adaptarse casi a cualquier medida que adopte un Estado nacional aislado, lo que hace evidente la insuficiencia de las medidas nacionales y de la necesidad de recurrir a la cooperación internacional en su sentido más amplio.

En la globalización, las estructuras del delito contra el orden establecido y los derechos humanos, y los sindicatos del crimen se desarrollan a través de las formas más variadas de actividad ilícita y las vías menos previsibles para consolidar su poder e influencia en la escena delictiva, y penetrar con sigilo y eficiencia en las instituciones democráticas más fundamentales.⁸⁹

⁸⁹ El *modus operandi* de la delincuencia y el crimen organizado globalmente es variable, pero suele obedecer a los siguientes criterios:

- Se ha convertido en una sofisticada maquinaria de actividad esencialmente transnacional que mueve grandes fortunas y que carece del más mínimo escrúpulo, además de vulnerar la más amplia gama de derechos.
- Controla todos los niveles y espacios delincuenciales, buscando formas de cubrirse, diversificarse y sofisticarse, entrando, poco a poco, en los mercados inmobiliarios y financieros, dándose una apariencia de legalidad casi perfecta; de ahí al “ciberdelito”, no hay más que algunas etapas intermedias.
- Es capaz de procurarse los mejores medios y recursos, tanto humanos como materiales, acrecentando su ventaja tecnológica con respecto a las fuerzas de seguridad del Estado.
- Tiene capacidad de adaptación a los cambios legislativos, de estrategia de las fuerzas de seguridad y de sus gobiernos, o a la modificación y ampliación constante de sus mercados y nuevas áreas de actuación: delitos financieros y comerciales, fraudes y estafas a gran escala, redes de extorsión y de influencia, falsificación de dinero y tarjetas de crédito o los complejos entramados financieros para el blanqueo de dinero, que también se lleva a cabo por métodos menos sofisticados, como la “exportación” masiva de dinero en efectivo y su ingreso en sistemas bancarios más laxos en el control del origen del dinero (las cifras son escalofrantes: la droga mueve anualmente más de 400 mil millones de dólares y el blanqueo de dinero supone entre el tres y el cinco por ciento del PIB mundial). (De Arístegui, *infra*, p. 117).
- A medida que los beneficios legales se van mezclando con los de origen ilegal, o las organizaciones criminales van logrando constituir sólidas redes financieras cada vez más densas y eficaces, los Estados y los organismos intergubernamentales van siendo cada vez menos capaces de detectar la actividad criminal en ese terreno.

Por cuanto concierne a la óptica insoslayable de los derechos humanos, habrá también de considerarse que los delitos y crímenes contra las personas han dejado de ser monopolio exclusivo de los gobiernos y las oligarquías de todo género, para trasladarse, desafortunadamente, al ámbito de los entes privados que se desenvuelven en el amplio *espectro global de la ilicitud internacional*. De esta suerte, tenemos que el tráfico de armas está íntimamente asociado a diversos tipos de actividad criminal y, muy especialmente, al terrorismo. Usan, como es de suponerse, los mismos cauces y rutas del tráfico de drogas, seres humanos o especies de la flora y fauna silvestres.

Los llamados *pateras*, por ejemplo, transportan droga, inmigrantes y/o animales exóticos, siempre que el "negocio" les resulte rentable. Por esta razón, los países menos rigurosos con ciertos tipos de delincuencia deben tener en cuenta que los mismos criminales a los que consideran "menos peligrosos", se dedican, también, a otras modalidades delictivas, igual o más graves que el tráfico de seres humanos, como lo pueden ser el de armas, estupefacientes o el traslado de terroristas, mercenarios y otros infractores.

Esta deleznable tipología de crimen transnacional tiene variantes a cada cual más execrable: la explotación sexual de mujeres, la pederastia o pedofilia, la explotación económica de inmigrantes irregulares, la pornografía informática o el tráfico de órganos humanos. Y todo lo expuesto conduce, de forma inevitable, a la conclusión de que todos estos fenómenos están conectados con otros que no tienen estricta relación con esta realidad patológica de la sociedad global, pero que pueden llegar a ser auténticos catalizadores del delito y el crimen transnacional, como lo son la inestabilidad política, la violencia oficial contra los ciudadanos nacionales y extranjeros, la corrupción y la impunidad, la tortura y la discriminación, el autoritarismo y la represión, la denegación de justicia, las disparidades sociales o económicas de un país o región determinados, o los profundos desequilibrios sociales o exclusiones de minorías y grupos étnicos sociales, como los que desafortunadamente ocurren cotidianamente en México, en América Latina y en el resto del mundo del subdesarrollo y la marginación.

El problema del delito transnacional, por definición, es de naturaleza global y como fenómeno global amenaza, no sólo el desarrollo de los Estados, su estabilidad económica y financiera, sino incluso su maquinaria político-burocrática, su estructuración jurídica, su régimen de libertades y las propias instituciones democráticas, poniendo en entredicho, correlativamente y por añadidura, el precario equilibrio del sistema de relaciones internacionales y representando un permanente desafío a la propia existencia y efectividad del derecho internacional, particularmente de su campo especializado en la materia penal o criminal o *international criminal law*, como en el presente se le califica en los círculos académicos, legislativos y judiciales anglosajones, norteamericanos y europeos. Y esto confirma lo que ya antes enfatizamos, en el sentido de que hablar de la *internacionalización* del delito es referirse a una gran cantidad de fenómenos que se presentan hacia el interior de los Estados y que, debido a múltiples factores, trascienden las fronteras nacionales, ramificando sus actividades y logrando con ello que crezcan notablemente sus ámbitos de influencia económica y su determinación en los temas más delicados de la actual agenda político-jurídica mundial.

El ejemplo quizás más creciente y representativo de esta fenomenología lo encontramos en delito del narcotráfico,⁹⁰ pues las diversas actividades que se desarrollan y que van desde la siembra o producción del estupefaciente o psicotrópico hasta la distribución al consumidor, pasan por una cadena empresarial semejante a la desarrollada por las transnacionales o *holdings* de la *globalidad*, ya que cuenta con una distribución altamente organizada del trabajo en todas las etapas y espacios contemplados. Es incuestionable que todas las fases del proceso cuentan con la tolerancia de autoridades corruptas, aunque ello no es generalizable a todas y no descalifica los importantes esfuerzos que se realizan para combatir y erradicar el delito. Sin embargo, como el volumen de capital involucrado es volátil e inconmensurable lo que dificulta su movilización financiera, la delincuencia ha

⁹⁰ H. Smith, Peter. *El Combate a las Drogas en América*. FCE, México, 1993.

encontrado en el *lavado de dinero* una forma común de darle fisonomía tipo *clean hands* a sus cuantiosas ganancias.⁹¹

En efecto, el lavado de dinero consiste, básicamente, en hacer aparecer como lícito el producto de operaciones delictivas, enmarcadas bajo actividades comerciales, empresariales y financieras, perfectamente disimuladas como legales. El problema se agrava y globaliza, cuando a través del lavado de dinero se apoyan actividades criminógenas de mucha mayor envergadura, todas ellas vinculadas con la delincuencia organizada, tales como las ya antes apuntadas destacando por su incesante expansión el tráfico y acopio de armas, la trata de personas o el comercio internacional de menores, entre otros. Así, dada la extrema facilidad de transferir divisas de un país a otro, el lavado de dinero se ha convertido en el principal accionar de los narcotraficantes o políticos, empresarios y financieros de la *corrupción global*.

Un grupo selecto de autores como Moisés Moreno Hernández,⁹² opinan que la consideración de algunas acciones que se llevan a cabo frente al problema de la internacionalización del delito, tomando como ejemplo los crímenes que mejor representan el estado patológico actual de la sociedad global, pone de manifiesto no sólo la crisis del Estado-nación, sino también la crisis de diversas políticas, como la denominada *política criminal* y la de los *sistemas de justicia penal* que los rigen. Al respecto, cabría plantearse algunas interrogantes que bien pueden formar parte de la argumentación central de la presente tesis:

¿Cuál es la explicación de que las políticas criminales y los sistemas penales y carcelarios no estén respondiendo a las demandas de las sociedades nacionales y de la comunidad internacional en su conjunto?, ¿por qué los instrumentos de cooperación interestatal y los alcances de los organismos supranacionales en materia penal parecen resultar medrosos e insuficientes, aun cuando se les destinan crecientes volúmenes de recursos materiales, técnicos, humanos y financieros?, ¿por qué es cada día más complejo el delito, la infracción y el crimen en el ámbito del derecho internacional penal y de las relaciones internacionales contemporáneas?, o bien ¿cuál es la razón de que grandes atrocidades y genocidios cometidos en los tiempos anteriores e inmediatos a la Segunda Guerra Mundial —salvo el holocausto—, como los terribles etnocidios en Armenia, Tíbet, sudeste de Asia y en el África Negra, hayan pasado prácticamente desapercibidos en su tiempo e ignorados aun hoy por la memoria histórica?, o por el contrario, ¿cómo explicar el hecho revelador de que en la actualidad cualquier delito, acto ilegal o violación, por menos grave que resulte, tiende a romper los marcos territoriales soberanos donde se ejecuta para difundirse e internacionalizarse con rapidez e intensidad inusitadas?, en fin, ¿de qué manera el derecho internacional y la sociedad mundial pueden aprovechar ventajas y desventajas de estos procesos y parámetros para el logro de un mejor estado de bienestar, mayor seguridad y cumplimiento de las normas jurídicas y órdenes legales socialmente consensados?

Estos y otros cuestionamientos animan al pensamiento social y jurídico emancipador y brindarles respuestas convincentes y ejecutables en el terreno de los hechos es, precisamente, la tarea fundamental de nuestra investigación. En tanto, invitamos al lector a continuar desentrañando aspectos nodales del contexto patológico —sociedad anómica— del mundo que vivimos, pues ello habrá de justificar el surgimiento, desarrollo y consolidación del derecho internacional penal, la justicia internacional penal y la jurisdicción universal penal.

Como ya lo hemos señalado, la delincuencia ha manifestado en los últimos tiempos una gran transformación, observando, entre otras, las siguientes tendencias:

⁹¹ Castañeda Jiménez, Héctor F. Aspectos Socioeconómicos del Lavado de Dinero en México, INACIPE, México, 1992. También recomiendo el excelente artículo de García Moreno, Víctor Carlos, “*Lavado Internacional de Dinero*”, en la Revista Indicador Jurídico. Derecho Internacional, México, vol. I, No. 4, mayo de 1998.

⁹² Moreno Hernández, Moisés, “*Crisis del Estado-Nación*”, ponencia presentada en el Segundo Congreso Interamericano de Derecho Internacional, México, mayo de 1995.

- 1) Mayor organización, originando el desarrollo del crimen organizado.
- 2) Mayor violencia en la comisión de ciertos delitos.
- 3) Proliferación de los llamados delitos de cuello blanco, entre los que destacan delitos económicos y financieros, tráfico de divisas, fraudes cibernéticos o informáticos, quiebras fraudulentas, etc.
- 4) *Globalización* de la delincuencia, es decir, deja de ser un problema de carácter local, nacional o incluso internacional para convertirse en uno de carácter *pos*-transnacional o global y que, por ello, no es sólo de la incumbencia de un Estado o grupo de Estados, sino de todos los países del mundo y de las organizaciones supranacionales gubernamentales, así como de los individuos transnacionales y de la sociedad civil internacional agrupada bajo la cobertura de organizaciones no gubernamentales, muchas de ellas de vanguardia planetaria como Amnistía Internacional, Human Rights Watch, Federación Internacional de Derechos Humanos, Greenpeace o la Coalición para una Corte Penal Internacional (CICC).
- 5) Cuenta con amplísimas disposiciones de capital fresco y de recursos tecnológicos, con mejores medios, técnicas y métodos, con posibilidades de acceso a la información privilegiada, entre otros más.
- 6) Va quedando atrás la delincuencia caracterizada como tradicional, común o convencional, en la que era relativamente fácil identificar a la víctima y al victimario, así como al interés jurídico afectado, y frente a la cual se ha confeccionado todo un determinado tipo de política criminal y de sistema de justicia penal, como medio de control social, lo cual tiene hoy poco que hacer frente a otros fenómenos, como el *crimen organizado globalmente*, con otras características que han aumentado el sentimiento de inseguridad e igualmente han motivado nuevas políticas político-criminales, aunque algunas de ellas son calificadas de inediatistas, ineficaces y coyunturales.
- 7) La delincuencia transnacional muestra una mayor eficacia frente a los tradicionales medios de control estatal en los diversos órdenes, contando con métodos y técnicas bastante avanzados que frecuentemente le procuran superioridad manifiesta sobre las formas oficiales de reacción por parte de las autoridades policíacas y gobiernos estatales.
- 8) Está siendo identificada en diversos foros como todo un *sistema económico clandestino*, que incentiva y se interconecta con otras manifestaciones ilícitas y altamente lesivas al interés jurídico social como el uso de la fuerza física, el secuestro, la corrupción, la tortura y la desaparición forzada, la pérdida de la seguridad urbana y rural y aun la participación en conflictos políticos y étnicos, por lo que plantea una amenaza directa a la estabilidad de las naciones y constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas de los Estados.
- 9) En su arquitectura operacional, como punto clave de su funcionamiento táctico y estratégico, adopta la forma corporativa que implica una estructura directiva, cuadros operativos, acervo tecnológico, ciclos de financiamiento, relación con otras corporaciones criminales, programas de expansión, jefaturas de proyectos, desarrollo y entrenamiento de personal, actividades de reclutamiento, control interno y, en general, todos los elementos de que dispone una sociedad mercantil internacional de carácter lícito.
- 10) Siguiendo el ritmo y usando los espacios que abre y marca la mundialización de los procesos económicos y sociales, la patología delincencial tiende a ejecutar acciones no impulsivas —contrario a muchas de las reacciones gubernamentales anticrimen—, sino más bien resultado de previsiones a corto, mediano y largo plazo, con el propósito de ganar control sobre diversos campos de actividad y crear condiciones favorables para la alta concentración de capital y de poder real; su pretensión, entonces, no es tanto el poder político, sino que le interesa éste más para fines de protección.⁹³ En caso extremo, el propósito de la delincuencia global no es competir con los gobiernos, o incluso con las autoridades internacionales, sino utilizarlos.
- 11) En el tránsito de la sociedad internacional a la sociedad global corre paralela la transición del delito internacional al crimen organizado global, donde éste muestra muchos mayores

⁹³ Consúltese a este respecto a Falcone, Giovanni. *La Lucha Contra el Crimen Organizado*, INACIPE, México, tercera edición, 1996.

alcances, permanencia, complejidad estructural, profesionalismo y, quizá lo más peligroso, alta capacidad de mimetismo. En diversas latitudes, las organizaciones criminales cuentan con personal dedicado profesionalmente a giros lícitos: el comercio, la banca, la tecnología, el cabildeo judicial, la comunicación, la política, la defensoría legal, la producción, etc., siendo esta una de sus mejores defensas y su más acabada estrategia.

- 12) Finalmente, es incuestionable que el delito y el crimen transnacionalizados, en sus diversas manifestaciones, afectan de manera creciente y consistente, entre otros intereses y bienes jurídicos, las vidas de amplísimos sectores de la población mundial; pero debido a que conservan escrupulosamente su *invisibilidad*, muchas personas, aun con educación y estudios de todo género, no están conscientes de cuánto dañan o siquiera que les afecte.

1.4.2. Redimensionamiento de la anomia internacional: interacción de las formas preeminentes de organización delictiva.

El delito internacional es una conducta que la comunidad de Estados considera contraria a sus valores, y por esta razón la reprime imponiendo una sanción que inflija un dolor o constituya una pérdida importante desde el punto de vista moral o material para el Estado o individuo que ha transgredido la norma y que debe ser castigado. Por supuesto, se trata de un concepto general, basado en las reacciones sociales originales que ha evolucionado a lo largo del tiempo, planteando nuevas finalidades a la sanción que la sociedad internacional impone, como la más reciente consistente en la idea de que esa sanción debe servir para readaptar o rehabilitar a quien ha transgredido las reglas sociales porque estima que la propia comunidad internacional genera el fenómeno delictivo.

Al margen de las teorías respecto del delito y de la pena que no son objeto de análisis de la presente investigación, es importante a efecto de comprender con claridad el fenómeno delictivo, entender su esencia, sobre todo para el lector profano en cuestiones jurídicas y que, como parte de la sociedad civil global, tiene interés por conocer qué instrumentos pueden ser eficaces en el combate del delito que afecta, tanto a él como al entorno familiar, colectivo y nacional en que se desenvuelve. a él le afecta o le puede afectar. De tal suerte, partimos de la base de que el delito es un fenómeno connatural a la sociedad nacional e internacional, ha existido siempre como una desviación de las conductas normales y probablemente no sea erradicado en un futuro previsible, por el contrario, su acumulación y acrecentamiento a la luz de las tendencias que pauta la mundialización parece más bien apuntar hacia su complejización y diversificación, para encuadrarse en una patología generalizada del orden político, social, económico y cultural del actual sistema de relaciones internacionales. El delito puede manifestarse como resultado de diversas causas: la necesidad, la reacción violenta de venganza en contra de un sujeto --individuo o Estado-- intereses de todo género, la lucha por el poder, las diversas formas de envidia y desconfianza, en suma, toda la variedad de impulsos anímicos por los que un individuo o Estado transgrede o viola las normas jurídicas nacionales y/o internacionales.

También ocurre que el delito no tenga una causa meramente circunstancial, sino que sea realizado deliberadamente como una forma de obtener ingresos económicos o de lograr la satisfacción de algún tipo de pasión o de desviación psicológica. Habría entonces que distinguir entre el delincuente ocasional, circunstancial, que comete un delito por razones que no corresponden a una conducta sistemática, y delincuentes que operan de manera permanente en la comisión de un delito, sea lucrativo o no. Asimismo, la permanencia de la acción delictiva, la acción constante como forma de lograr esa satisfacción buscada, puede tener una sofisticación adicional, que es la participación de no sólo una persona, sino de varias, que se reúnen y se estructuran asociándose en forma permanente para la ejecución de actos delictuosos. Debe distinguirse igualmente entre la agrupación formada para delinquir de manera circunstancial u ocasional, de aquella que se genera con el propósito de permanecer, de efectuar un conjunto de acciones criminales con una finalidad determinada. Entonces, podemos apreciar que la diferencia entre delincuencia ocasional y delincuencia permanente se entrecruza, en este intento de clasificación, con la delincuencia producida por una asociación de carácter ocasional y la permanentemente organizada. Así, en lo general, la mera organización, como característica del fenómeno delictivo, puede aparecer en cualquier sociedad y estar referida a

cualquier delito; es la *permanencia* de la organización un elemento definitorio de la delincuencia organizada.⁹⁴

A primera vista la organización delictiva típica tiene como fin la obtención de beneficios económicos, dado que los recursos que se requieren para la propia organización y el control de sus miembros parecen adecuarse con mucha mayor facilidad para aquella delincuencia cuya ganancia es material. Empero, no necesariamente la organización delictiva obedece a un propósito lucrativo. Una de las formas de organización delictiva más importantes del siglo pasado, el terrorismo, no tiene ese origen, pues surge de una convicción ideológica, del convencimiento de que para lograr una meta específica de tipo político, se requiere recurrir a la violación de la ley establecida. Así tenemos que, al amparo de la patología social internacional de hoy día, la transformación de un orden social en otro que se considera más justo, o la reivindicación de autonomías para un determinado pueblo, pueden convertirse en causas que generan la organización de varios individuos o colectividades *cuasestatales* —como la Autoridad Nacional Palestina, el kurdistán, el Timor Oriental o los etarras— para la ejecución de acciones delictivas y violentas orientadas al objetivo de justicia preconcebido.

En esta tesitura, podría demostrarse que no hay ni desde el punto de vista teórico ni práctico, la posibilidad de considerar que un delito, por su propia naturaleza, es organizado o no. La organización es una característica externa que puede darse respecto de cualquier delito. Incluso hay delitos como el terrorismo que aparentemente, dadas las motivaciones, cualidades y necesidades para su comisión, por su esencia propia sólo podría existir como producto de una organización. Sin embargo, no es así, la prueba de que puede también haber terroristas individuales la tenemos en el tristemente célebre *Unabomber* de los Estados Unidos, que tiene una finalidad política, hace publicar manifiestos, comete delitos mediante explosivos, pero que, hasta donde se tiene conocimiento, es un terrorista solitario.

Otro caso es el del *secuestro*, que generalmente —más a nivel internacional— requiere de una organización, siendo varias las personas que tienen que intervenir tanto en la captura como en la forma de recibir el rescate y de liberar, en su caso, a la víctima; no obstante,—en la situación específica del secuestro de bebés e infantes— se dan casos de secuestros realizados por una sola persona. Entonces hay delitos que de manera normal se prestan más a la organización, como la *mafia*, sin embargo excepcionalmente pueden ser cometidos en lo individual y, a la inversa, existen delitos que parecen no adecuarse a una comisión organizada, pero que también, eventualmente, puede aparecer una agrupación mafiosa que los cometa de esa manera. Además, estos cárteles mafiosos del secuestro, que existen desde tiempo atrás,⁹⁵ con la gran cantidad de recursos que han

⁹⁴ Recomiendo la lectura del texto de Andrade Sánchez, Eduardo. Instrumentos Jurídicos contra del Crimen Organizado. Consejo de la Judicatura Federal, Poder Judicial de la Federación, III-UNAM, México, 1997. Señala el autor que, en los tiempos de la globalización, el concepto de delincuencia organizada que interesa analizar es de cuño reciente pero que la organización como elemento del fenómeno delictivo no es algo novedoso. De hecho, puede afirmarse que siempre han existido formas de violación organizada de la ley. Los salteadores de caminos existen desde tiempos inmemoriales, al igual que los piratas y es claro que desde el siglo XIX aparece la mafia como una forma de delincuencia organizada en Italia, lo cual significa que se trata de un acontecimiento con una larga trayectoria en el ámbito de la criminalidad.

⁹⁵ Romano Francesco, Salvatore. Historia de la Mafia. Alianza Editorial, Madrid, 1970, 304 pp. En esta obra se indica que la *mafia* surge desde el siglo XIX en Sicilia, Italia, como resultado de la asociación de los encargados de resguardar las grandes fincas, propiedades rurales, quienes estaban armados por sus patrones, los dueños de las tierras, y operaban como una especie de *guardias blancas*. Aprovechando su cercanía, su conocimiento entre ellos y el disponer de armamento, empezaron a emplearlo para obtener beneficios ilícitos recurriendo a la amenaza. Fue creciendo y es sabido que en los Estados Unidos, en las décadas de los años veinte y treinta, se desarrolló en gran medida, a partir de que los mafiosos trasladaron a las ciudades norteamericanas de Chicago y Nueva York principalmente, las mecánicas de la organización mafiosa. Las denominadas *familias*, que son grupos de delincuentes pertenecientes a este género mafioso de organización delictiva, se disputan territorios de las ciudades, sobre los cuales van a cometer sus acciones delictivas, principalmente la *extorsión*, aprovechando el uso de su fuerza. A la extorsión le agregan después, como en cualquier empresa, nuevos giros, pasando entonces a poner sus propios establecimientos, por lo general *prostíbulos* y *casas de juego*. Así se diversifican, lo cual es una de las características de la organización delictiva, como la de cualquier empresa comercial: la tendencia a la *diversificación* y a llenar sus propias necesidades mediante la realización de actividades por sí

logrado manejar a lo largo de estos últimos años, junto con el desarrollo paralelo del *narcotráfico* como una gran industria más fácilmente 'globalizable' e, inclusive, la posibilidad de desplazamientos de grandes capitales a través de los circuitos financieros legales: bancos, casas de bolsa, casas de cambio y otros entes de las divisas y las finanzas, les han dado una mayor capacidad para expandir sus actividades hacia diferentes campos teniendo como territorio de operación el mundo entero.

Una de las áreas verdaderamente más recientes es, por ejemplo, el *tráfico de desechos tóxicos*,⁹⁶ el cual viene a sumarse a las actividades ilícitas de estas organizaciones que van desde la extorsión, la intimidación a personas para que les paguen por protección, el secuestro, hasta la realización de fraudes internacionales en el amplio rubro del dinero plástico o bien de montos muy elevados en los que han llegado a afectar a miles de personas, sea por los medios de estafa tradicionales o bien empleando sofisticados métodos de computación y *tecnocrónicos*. Además, del lavado de dinero al que ya hemos referido, existen otros delitos sobre los que se está estructurando la acción de la criminalidad global, como el robo de automóviles que permite distribuir desde unidades completas, hasta piezas por separado en diferentes países, lo cual requiere, por supuesto, la participación de una gran cantidad de individuos –públicos y privados— que actúan organizadamente. Otro flagelo es el de los asaltos en carreteras cometidos en contra de transportes de gran magnitud, por ejemplo, de productos alimenticios o insumos para la construcción de todo género. Evidentemente es una forma de delincuencia organizada porque requiere reciclar esos bienes en un mercado supuestamente lícito.

También hay formas tradicionales de criminalidad que se consideraban ya parte del pasado histórico y que, sin embargo, han vuelto a aparecer –hoy altamente organizadas y tecnificadas— en varias latitudes del planeta; me refiero a la *piratería marítima*, que ocurre principalmente en alta mar o en zonas alejadas del mar territorial de varios Estados costaneros de Asia, Africa y el mar meridional de China. También ha proliferado de manera inusitada, en particular a partir de la desintegración de la Unión Soviética, otras arquitecturas delincuenciales dedicadas a la trata de blancas o de indocumentados, las cuales se han ido haciendo más sofisticadas en diferentes partes del globo. El tráfico de trabajadores ilegales, aunque no está debidamente cuantificado, alcanza alrededor de 25 millones de personas movilizadas anualmente según estadísticas estimativas. Muchas de estas personas mueren en los diferentes trayectos o en los puntos de destino, mientras que los criminales que los trasladan capitalizan sus servicios por adelantado, violando además las disposiciones internacionales y las leyes de diferentes Estados.⁹⁷

mismas. Aquí cabe hacer una precisión: hoy el término mafia es empleado como sinónimo de organización delictiva en general, mientras que en Italia se distingue claramente entre la *mafia* de origen siciliano y la *camorra*, que es otra organización para delinquir de origen napolitano. Existe además de la mafia y la camorra, la *'ndrangheta*, palabra de origen griego empleada para aducir a otro tipo de asociación criminal que tiene su origen en Calabria. Tenemos así tres especies del género de organización delictiva: mafia, camorra y *'ndrangheta*. Y a ello hay que agregar la *Cosa Nostra*, la cual proviniendo del marco general de la mafia siciliana, en la actualidad se distingue organizacionalmente de ésta.

⁹⁶ Este es un tema de la ilicitud internacional insuficientemente abordado pero de una importancia enorme. Este negocio negro involucra cada vez a más y más personas del mundo del hampa y de las industrias y gobiernos.

⁹⁷ Páginas atrás presentamos al lector páginas un listado que, tomado de los propios tratados modelo de extradición en vigor, muestra la extraordinaria cantidad y variedad de delitos y crímenes que conforman el estado patológico de la sociedad internacional actual, sin embargo considero he considerado importante hacer alusión más detallada a algunos que juzgo dignos de mencionarse atendiendo a su impacto y sólo como muestras, sin soslayar la relevancia que tienen otros ilícitos que no paso a detallar por razones únicas de tiempo y espacio. En este sentido, mencionaré que hay otros crímenes muy publicitados pero no suficientemente estudiados y que deben ser objeto de cuidadoso análisis por juristas, penalistas, sociólogos y humanistas para determinar su grado de existencia y realidad. Me refiero al *tráfico de infantes* con el objeto de comerciar con sus órganos. Pese a que no se ha comprobado la realización de tales atrocidades, y a que personas con experiencia en la materia argumentan que es poco probable, por lo menos existe una inquietud social al respecto. Se especula que el tráfico de niños con esas finalidades sea un delito cometido por organizaciones especializadas en ello. Cualquiera que sea la verdad, el asunto debe indagarse responsablemente, pues si bien tal tráfico de órganos no se ha acreditado, sí se conocen fehacientemente casos de mercadeo ilegal de infantes para comerciar con ellos con fines de adopción o para explotarlos laboral o sexualmente.

Igualmente, es digno de tomarse en cuenta un fenómeno socio-patológico que ha ido expandiéndose al tiempo que permeando los tejidos más sensibles de la comunidad global, sobre todo en los territorios nacionales y las grandes ciudades: el de los *gangs* o bandas que siembran el terror entre poblaciones de las zonas urbanas, con el propósito general de causar daño a personas e instalaciones. Muchas veces no existe una finalidad económica o lucrativa, sino simplemente la afirmación de una identidad distinta del grupo que encuentra una forma de manifestar su rencor social o su protesta a las disparidades y marginación producidos por el modelo de globalización imperante, aterrizando a los demás y haciéndose temer por la colectividad, por los habitantes de asentamientos humanos vecinos como es común en las zonas fronterizas, y por el turismo extranjero.

Por lo que respecta a la interacción de las organizaciones delictivas, es interesante observar que, como fenómeno reconfigurado por efectos de la globalización, las distintas manifestaciones de la delincuencia organizada se interpenetran unas con las otras y los términos utilizados para referirse a ellas se convierten, en ocasiones, en equívocos. Por ejemplo, la actividad del narcotráfico se confunde con la actividad mafiosa por sí misma, estimando que todo narcotraficante pertenece a la mafia, o que toda organización de narcotraficantes es mafiosa; también se considera que todo narcotraficante lava dinero, cuando en realidad esto requiere de ciertas precisiones que permiten diferenciar cada uno de los fenómenos y entender la terminología que se usa para referirse a ellos. Así tenemos que por desplazamiento del término mafia han venido a considerarse todas las acepciones como sinónimas, esto es, para el gran público mafia y organización delictiva es equivalente, sin embargo, existen distinciones en su origen histórico y geográfico y hasta de especialización delictiva sobre las que no ahondaremos de momento. Lo cierto es que desde el punto de vista operacional se observa que el narcotráfico, en principio, no es una actividad que lleve a cabo la mafia, entendida en su sentido estricto, ya que el tráfico de estupefacientes era efectuado por organizaciones delictivas. A medida que se expandió la mafia y ante el crecimiento del narcotráfico y la gran productividad que tiene como actividad ilícita, algunos sectores de ella comenzaron a incursionar en esta nueva actividad y a controlar sectores de distribución de droga en numerosas ciudades, incorporándose así un nuevo giro operacional de la mafia, transformando su funcionamiento original.

Lo interesante del proceso es que a partir de organizaciones criminales <nodriza> o <nucleares> se van generando otras, de carácter general o con alto grado de especialización, como las que operan las finanzas y se funden en el entramado de las bolsas de valores y de los mercados de metales, de joyas, de energéticos y de materias primas estratégicas, y que se encargan de ejecutar grandes operaciones, abiertas y encubiertas, de blanqueo y reciclaje de *narcodivisas* y *narcovalores*. Los individuos insertos en estas nuevas ilicitudes –incluyendo por igual malhechores, capos, altos y medianos ejecutivos y tecnócratas—, sobre todo a través de las modernas redes financieras controladas por medios cibernéticos y de elevada computación, pueden no ser directamente miembros de la organización original y aparecer como novedosas agrupaciones, con nombres engañosos y distintivos atractivos pero aparentes, dedicadas justamente a la colocación y reciclamiento de fondos y recursos de procedencia ilegal. De esta manera, en un contexto de globalización creciente, es relativamente fácil percibir cómo las actividades delictivas se entrelazan y pueden ser desarrolladas por la misma o por diferentes entes de organización criminal que tienen relaciones entre sí.

Y el problema que aparece como notorio y preocupante es el de la *improbabilidad de sanción o falta de castigo*. La conjunción de las condiciones descritas: una organización que incluye acciones legales y empresas que no están fuera de la ley y el reconocimiento y aquiescencia sociales, aumenta su posibilidad de impunidad porque llegan a conectarse con los mejores despachos y contratar los mejores abogados, incluso promover la constitución de sus propios corporativos de defensores legales y de expertos <advisors> y <emprendedores> jurídicos, lo que les da amplia capacidad para aprovechar todos los recovecos que la ley nacional e internacional les proporciona, tanto desde la perspectiva fiscal, como administrativa y hasta penal para evadir o desviar la acción de las autoridades estatales y supranacionales. Además, la potencialidad de impunidad se ve amplificada por otras “cualidades” propias de estas <instituciones> criminales: el trabajo en la clandestinidad y el alejamiento de los jefes de las tareas delictivas de mayor gravedad e incriminación; amén que se dispone de otro instrumento, que es la intimidación, tanto de los que no pertenecen a la organización como de los miembros de ella, quienes saben del alto costo del hecho de delatar a los superiores.

1.4.3. El derecho nacional e internacional y la política criminal contra la delincuencia global.

Todo este conjunto de factores se ha visto favorecido, y así lo determinaron poco a poco los Estados que iban padeciendo los embates de la criminalidad organizada, por las disposiciones legales que, aprovechadas de manera habilidosa e inteligente por los dirigentes de las organizaciones delictivas, se convierten, en ocasiones, en instrumentos a su favor.⁹⁸ Al detectarse esta situación, se ha buscado reaccionar jurídicamente identificando los puntos vulnerables de la estructura jurídica del Estado, que la hacen controlable o poco eficaz frente a las acciones delictivas. De tal suerte que los estudiosos de varias naciones han detectado lo que hoy se denomina comúnmente como *principios básicos de reacción jurídica frente a la delincuencia organizada*, para impedir ese aprovechamiento indebido de la ley interna e internacional por los delincuentes de toda esfera y ralea. También habría que señalar que por lo general las fuerzas estatales del orden están menos organizadas que los propios infractores; fenómeno particularmente evidente y dramático en los 175 países medios y atrasados que configuran el mapa mundial contemporáneo.

En esta perspectiva, el primer principio consistiría en identificar el problema como una realidad objetiva que ataca a la sociedad y que tiene una naturaleza diferente al delito tradicionalmente considerado. De ahí ha partido toda la respuesta jurídica, es decir, que la criminalidad organizada globalmente constituye un fenómeno de carácter distinto al delito concebido en su generalidad a lo largo de los últimos años y que requiere, como problema nuevo y complejo, primero un reconocimiento y luego un enfrentamiento sistemático y consistente por parte de las autoridades, nacionales e internacionales, y el diseño de respuestas jurídicas que, como el derecho internacional penal y el internacional jurisdiccional, sean las más adecuadas a los retos planteados.

Otro principio a considerar es el que estipula que a un fenómeno del nivel, la capacidad, la potencialidad y el manejo de recursos que tiene la organización delictiva, sólo puede responderse con una organización estatal, altamente calificada y sistematizada, que esté en condiciones de enfrentarla. Como señalan los que saben de este tema: *no se puede hacer frente a la delincuencia organizada con autoridades desorganizadas*. La alta organización es requisito *sine qua non* para contender con el delito transnacional; de otra manera se estará cada vez en mayor desventaja y de ahí que sea necesaria también una respuesta integral, orgánica de la autoridad de los Estados y de las organizaciones políticas, jurídicas y policíacas internacionales para hacer un papel contra los cárteles globales del crimen.⁹⁹

En otro orden simultáneo de ideas cabría preguntarnos, ¿cuál es el estado jurídico y el rol que actualmente juega el derecho internacional frente al estado patológico de las relaciones internacionales?, ¿cuáles son las acciones político-criminales, que se han adoptado frente a este

⁹⁸ García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. McGraw-Hill-UNAM, México, 1998, p.p. 129-175 (VII. Delitos).

⁹⁹ Andrade Sánchez, Eduardo, op. cit., p. 28. El autor hace un señalamiento con el que estoy enteramente de acuerdo y que cito al texto: “Es normal que prácticamente en todos los estados, por distintas razones, haya diferentes autoridades que tienen que ver con el combate a la delincuencia, a veces esto se debe a la organización federal del Estado. En un Estado federal hay una policía local en la ciudad, otra policía a nivel estatal, y otra de rango federal. En general la coordinación es débil entre organizaciones policiales, por distintos motivos, dado que ejercen un determinado poder que no quieren compartir con otras agencias del orden. En los estados unitarios unas fuerzas de seguridad dependen de un ministerio y otras dependen de otro. Esto puede obedecer a una necesidad de distribuir el poder y de no dejar que haya un solo mando de toda la fuerza policial por razones de estabilidad política o de seguridad misma de los órganos del Estado. De estas diferencias de organización y distintos niveles de competencia suelen aprovecharse las organizaciones delictivas a sabiendas de que hay no sólo diferentes puntos de vista y distintas competencias entre las organizaciones, sino a veces hasta pugnas entre ellas, y de ahí que los delincuentes estén en condiciones de actuar con mayor facilidad”. Como se puede deducir de esta afirmación, ante tal problemática –que se presenta en todos los sistemas políticos contemporáneos–, la respuesta lógica es disponer de un esquema de coordinación entre autoridades, y esa ha sido la respuesta generalizada que han dado todos los países en los que se ha legislado para combatir el crimen organizado y, por supuesto, México no es la excepción.

fenómeno; esto es, ¿cómo se comporta el derecho y la política criminal frente al delito transnacional organizado? Para responder estos cuestionamientos comenzaremos por afirmar que, indudablemente, son múltiples los esfuerzos desplegados por la sociedad mundial para combatir el delito en sus múltiples facetas y en sus variadas manifestaciones; tarea cada día más compleja, si se considera el mimetismo que hacia dentro de las sociedades y de las estructuras económicas nacionales presentan sus autores y partícipes, amén de que es inobjetable la manera en que han infiltrado las más altas esferas políticas. Colateralmente, es de destacarse el hecho de que desde siempre la existencia de las fronteras estatales y la inmunidad de jurisdicción han impedido el combate de los ilícitos y facilitado la impunidad, pues con cruzar la frontera de un país a otro el delincuente tenía la certeza de no ser perseguido, o de que se dificultaría su persecución, al ser necesario cubrir numerosos formalismos que al satisfacerse él ya había emigrado a otros territorios. De esta manera, al hacerse más complejo el problema ha sido requerido que los mecanismos de represión y de prevención se vayan perfeccionando, tanto a nivel endógeno como exógeno, ya sea en el ámbito bilateral, regional o multilateral.

Tenemos así que en materia de derecho internacional los Estados-nación, e incluso las organizaciones internacionales, han suscrito instrumentos jurídicos interesantes para la lucha contra la delincuencia, aprovechando la experiencia de la compleja red de relaciones bilaterales que se ha configurado en los últimos lustros; y siguiendo los mismos ritmos y tendencias de la globalización, cada día son más las naciones y sujetos jurídicos involucrados en estas tareas. Entre las materias que son fundamentales en este proyecto global, algunas nuevas y otras ya de tradición secular, son de destacarse las siguientes: extradición, especialización técnica *antinarcostráfico* y *antilavado* de dinero, tácticas coordinadas de lucha contra el crimen organizado, asistencia jurídica en materia penal nacional e internacional, coordinación interestatal procesal penal, colaboración jurisdiccional, y, por supuesto, asistencia y cooperación policial (*Interpol y Europa*).

Para movilizar estos planes se parte de la base de que la legislación nacional está diseñada para investigar y juzgar, en principio, cierto tipo de delincuencia, que es la tradicional, común o convencional, conformada por los delitos cometidos en su territorio y contra intereses específicos de la sociedad nacional, más no para asimilar la comisión de crímenes fuera de sus fronteras y que afectan no sólo a otras naciones sino a la comunidad internacional, y que es justamente el *modus operandi* del crimen organizado. De ahí que en el ámbito internacional se plantea, aunque todavía en buena parte como ideal, una legislación penal o un código criminal global que atienda cuidadosamente lo que ocurre en ese contexto patológico internacional, hablándose incluso ya de la posible *universalización* de la justicia en esta materia. Pero en tanto esto se logra —a la par de los notables avances de la Corte Penal Internacional— se propugna en ese plano por establecer una coordinación y cooperación plurilateral en el rubro del delito transnacional, instaurando técnicas de investigación policial que permitan la interconexión de estrategias internas con las externas, para una colaboración de alcances mundiales que procure erradicar las dificultades que puedan suscitarse en las actuaciones de las policías tanto nacionales como extranjeras.¹⁰⁰

La propia ONU ha reiterado la necesidad de dotar de facultades suficientes a los órganos encargados de hacer cumplir la ley con objeto de aumentar su *eficiencia, sin menoscabo de la salvaguarda de los derechos humanos*, y de establecer métodos de vigilancia basados en las telecomunicaciones y en la electrónica y poner en práctica nuevas estrategias para *seguir el rastro del dinero*; asimismo ha hecho énfasis en el *intercambio de información* entre Estados y en la *actualización de las leyes* para el

¹⁰⁰ El maestro Moisés Moreno Hernández, op. cit. p. 363, cita al respecto que, por ejemplo, en materia de aseguramiento de bienes y productos del delito, si en un país la norma procesal penal establece que, cuando la policía en una investigación detecte el objeto del delito (v.g., marihuana o cocaína), tiene la obligación de asegurar todo el cargamento, si éste estaba destinado a otro país y en el que se detectó sólo era el lugar de tránsito, no habrá prueba en contra de los autores o partícipes que habitan en el país de destino, o bien éstos no podrán ser detenidos. En cambio, si se permite a la policía tan solo asegurar una parte y dejar pasar la otra parte del cargamento, ello puede propiciar la detención de los delincuentes del país de destino, al mismo tiempo que los criminales residentes en el país de tránsito. Más información consúltese Falcone, Giovanni, op. cit. pp. 67 y ss.

establecimiento de barreras más sólidas entre los mercados financieros legales y el mercado de capitales ilegalmente adquiridos, así como en la celebración de *acuerdos de cooperación* aplicables al financiamiento extranjero y a las operaciones que entrañen transferencias electrónicas internacionales de fondos, entre otras medidas de importancia.

En esta secuencia, se ha estado discutiendo, por ejemplo, la promulgación de normas en la legislación especial que al respecto exista o se desarrolle, que permitan la posibilidad de *bloquear y revisar naves en altamar*, en los supuestos de transporte marítimo de narcóticos. Asimismo, la previsión de la *confiscación* de los bienes asegurados en las operaciones de colaboración internacional de la policía; sugiriéndose para ello analizar si en el país con el que se establezca la coordinación para el combate contra las organizaciones criminales exista la figura de la confiscación o el decomiso. Otra medida que en el plano internacional está generalizándose con rapidez es la coordinación eficaz entre las oficinas del Ministerio Público tanto en el nivel nacional como en el internacional, así como prever normas de cooperación interestatal orientadas a la localización y aseguramiento del dinero producto de los delitos del crimen organizado; ello es de relevancia, si consideramos el impacto que en esta lucha conjunta tiene la privación a las organizaciones criminales de su principal fuente de poder, o sea, los recursos económicos.

Igualmente, el derecho y la política criminal internacional, propenden, para el éxito de la tarea, al establecimiento de líneas para la consecución de la *cooperación judicial*, con la mira de agilizar los procesos en los cuales es posible aportar evidencias y medios de prueba por otros países distintos al de en cuyo territorio se está siguiendo un proceso a un inculpado por crimen organizado. Pero, además de estas estrategias, destaca la de la creación de una ley internacional especial para el combate al crimen organizado, de la que se genere una *mayor punibilidad* para este tipo de delincuencia.

Si bien la ONU procura que en esta delicada materia se aumente la eficacia del derecho punitivo y de los organismos internacionales de combate al crimen, sin menoscabo de la salvaguarda de los derechos humanos, lo cierto es que ha habido medidas extremas que se apartan de los límites de garantía propios de los sistemas penales democráticos y se ubican más en los de un sistema autoritario o totalitario. Esto significa que, dentro de un mismo ámbito, nacional o internacional, puede observarse igualmente una doble tendencia político-criminal: por una parte, la que trata de hacer que el sistema de justicia penal se ajuste cada vez más –tanto en el plano formal como en el material– a las exigencias de un sistema democrático de derecho, y, por otra, la que recomienda preferentemente la adopción de estrategias que posibiliten al órgano de control –sobre al que tiene la función persecutoria– a ser más eficaz, flexibilizando exigencias legales, aun cuando dichas medidas puedan rebasar determinados límites formales e implicar limitaciones de derechos humanos y de garantías individuales, como consecuencia del ensanchamiento de la potestad punitiva del Estado, en donde por ello se cuestiona seriamente si todavía puede hablarse de un sistema penal democrático o, por el contrario, de uno de corte autoritario.

A pesar de que la sociedad global nos obliga a pensar en niveles inclusive más allá de lo internacional, pues no cabe duda que esa es la visión que también tienen los criminales organizados, quienes actúan no solo local o nacionalmente sino multinacionalmente, utilizando las posibilidades transnacionales, sin ser detenidos por frontera alguna, en el rubro jurídico, en el de la justicia penal y el derecho internacional punitivo, los Estados no han llegado aún a una idea clara de globalización, por lo que la cooperación en materia de investigación policial y de proceso judicial se hace sumamente lenta. Esta situación real es, indudablemente, aprovechada por el crimen organizado para su mayor extensión, en un mundo que se abre más a los flujos de información, de recursos, de bienes y personas a su beneficio, en tanto que las autoridades responsables del orden jurídico están aún sujetas a los criterios clásicos político-criminales del pasado. Al analizar esta asincronía y observando la poca funcionalidad de las medidas anticrimen, por los escasos resultados hasta ahora obtenidos, es lógico pensar que los instrumentos político-criminales actuales son insuficientes para afrontar el problema de la delincuencia transnacional, por lo que se requiere con urgencia de nuevas alternativas que puedan garantizar esa funcionalidad de mejor manera. Y si bien es indiscutible que la política de prevención orientada en sus términos generales se plantea como una alternativa viable, también es verdad que,

por sus peculiares características, la delincuencia organizada requiere de un derecho y una política criminales mucho más planificados y consistentes, compuestos, además, de las inevitables medidas de represión, de particulares elementos de prevención. Consideramos que sólo con esta mentalidad y en esta dimensión crítica, será posible garantizar la superación de esta problemática patológica y sacar al sistema penal de la crisis en que se encuentra.

1.4.4. Reflexiones en torno a los nuevos conceptos de 'derecho de defensa social', 'salvaguarda de los derechos humanos en acciones persecutorias' y 'visión garantista' frente a la delincuencia globalizada.

i) Derecho de defensa social.

El derecho de la sociedad a defenderse de las conductas delictivas se arraiga en las formas jurídicas más antiguas. Recordemos que desde la época de las sociedades pre-estatales éstas disponían de normas para sancionar a quien quebrantaba los principios de la convivencia colectiva y contaban con formas primarias de autoridad para imponer dichas sanciones. No en vano se afirma que –y estoy de acuerdo con ello--, en realidad, el primer derecho es el derecho penal, porque las ofensas cometidas contra la comunidad constituían conductas que debían ser reprimidas y presuponían la existencia de normas, así fueran consuetudinarias, reconocidas de manera general por los integrantes de las primeras civilizaciones humanas.

La evolución del derecho punitivo ha pasado por distintas etapas y diferentes métodos de persecución, desde los inquisitoriales que podían recurrir a cruentos métodos de investigación y atroces penas no sólo en contra del delincuente sino también de sus familiares, hasta las formas modernas en las que se procura un adecuado equilibrio entre la necesidad de sancionar las conductas punibles y el respeto de un mínimo de derechos del infractor tanto durante la investigación de los acontecimientos como en razón del cumplimiento de la pena.

De igual modo, la filosofía que anima la legislación penal, nacional e internacional, ha variado. En el origen fue de carácter estrictamente retributivo (la Ley del Talió en el Código de Hamurabi) y que hacía consistir la respuesta de la comunidad en una reacción casi de tipo físico de la misma intensidad, pero en sentido contrario, para que el infractor de la norma recibiera un castigo consistente en una pena igual a la que él había ejercitado en contra de sus semejantes. De tal sentido desproporcionado y punitivo proviene, por cierto, el nombre del derecho penal, en cuanto el derecho relativo a las *penas*, esto es, a los castigos que debe padecer quien ha violentado las reglas sociales. La evolución posterior dio paso a nuevos conceptos en los que se considera que la pena no debe ser tan solo un castigo con carácter retributivo, sino sobre todo un método para reincorporar al individuo que ha delinquirido a la sociedad, partiendo de la premisa de que las propias conductas delictivas tienen –como ya lo marcamos más atrás— un origen social y que la comunidad de algún modo debe asumir cierta responsabilidad a este respecto.

Del mismo modo se ha pasado, en la terminología e incluso en los contenidos temáticos disciplinarios, de hablar de *derecho penal* a *derecho de defensa social*, para resaltar la naturaleza defensiva que frente al fenómeno delictivo asume la sociedad y no considerar solamente el carácter punitivo o castigador del derecho en cuestión. A este respecto, llama la atención la manera en que se logró una síntesis de las diferentes grandes tendencias del derecho penal actual, nacional e internacional, que se dieron cita en el Estado italiano en ocasión de la formulación y firma del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional. De la lectura del documento se desprenden elementos tanto de la corriente *penalista clásica* como de la *defensiva social* aunque, según nuestro modo de ver, prevalece, por cantidad y calidad de los argumentos, la primera postura, esto es, la que recurre al tradicional método de la sanción, la pena y el castigo de encarcelación al infractor del orden jurídico establecido.¹⁰¹

¹⁰¹ No cabe duda que los términos han perdido parte de su sentido en este proceso de modificación de la filosofía penal. Por ejemplo, la *represión* era un término normal usado como aplicable al fenómeno de prevenir, inhibir y castigar el delito. Por reprimir el delito se entendía tanto evitarlo como castigarlo; pero el sentido de la palabra

ii) *Salvaguarda de los derechos humanos en la persecución a la delincuencia.*

En la actual sociedad global y en las comunidades nacionales es interesante observar el surgimiento de una percepción relativa al hecho de que mucho se exagerado la protección de los derechos de los individuos que delinquen, al extremo de que dichas protecciones han empezado a ser empleadas por los mismos delincuentes como armas en contra de la sociedad y que la defensa social se ha reducido, quedando en mejores condiciones, conforme a la normativa vigente, quien viola la ley, que quien tarta de reparar los daños de dicha violación. Ciertamente, en la conciencia del gran público y en algunos medios de comunicación, se llega a afirmar que la defensa de los derechos humanos ha venido a constituir una protección a favor del crimen nacional e internacional y que, desafortunadamente, la sociedad está quedando indefensa frente a formas cada vez más sofisticadas y complejas de delincuencia.

Entonces se trataría de encontrar un justo medio en este delicado tema que empieza a constituir una verdadera polémica social. Así, es preciso partir de la base de que todo acto de represión del fenómeno delictivo, implica una limitación de los derechos del delincuente. Esta reacción social implica necesariamente la limitación o disminución de los derechos que normalmente corresponden a todo individuo en la colectividad.

El ejemplo más claro es el que consiste en privar de la libertad, pues es evidente que la libertad es uno de los derechos fundamentales del individuo garantizados de manera más amplia en las constituciones modernas y sin embargo la protección de este derecho no puede llegar al extremos de impedir al Estado que prive de su libertad a un individuo como sanción por una conducta delictiva. Incluso, la institución misma de la prisión preventiva por virtud de la cual se somete a prisión a una persona hasta en tanto se resuelve si es culpable o inocente, significa una considerable limitación al derecho de libertad.

A este respecto, es importante acotar que cuando hay una norma establecida, aceptada socialmente, para combatir el delito, y esa norma necesariamente supone la limitación de un derecho que en condiciones normales debería ser ejercitado por el individuo, la mencionada disposición legal *no es violatoria de los derechos humanos en sentido jurídico*. Claro está, puede debatirse en el entorno filosófico o moral si una determinada norma jurídicamente aceptada constituye o no en ese nivel teórico una violación de un derecho humano, por ejemplo la aplicación de la cadena perpetua o la pena capital.¹⁰² También es cierto que desde la perspectiva ética y filosófica la vida humana es intocable aun en el peor de los casos, y que por ningún motivo puede privarse de ella a nadie como sanción. Empero, mientras en un ordenamiento jurídico prevalezca una sanción de esta índole, *no se puede estimar en rigor técnico-jurídico que su aplicación constituya una violación de los derechos humanos*.

En esta dimensión reflexiva, hemos de mencionar que existe un área que hoy día constituye una especie de zona gris entre el derecho nacional y el derecho internacional, la cual cada vez reclama más espacio para normas jurídicas aplicables directamente a los ciudadanos de los países y ya no solamente se entiende como un derecho derivado del trato soberano entre Estados-nación soberanos. Esta nueva área intermedia —que ubicamos como un nuevo desarrollo o rama del derecho internacional general—, es el *derecho internacional de los derechos humanos* que, por cierto, no debe ser confundido con el ámbito designado por la doctrina jurídica clásica como *derecho internacional humanitario* y que fue ampliamente conocido —y lo sigue siendo— como *derecho de guerra* o también *leyes y costumbres para la humanización de la guerra (jus belli)*.

represión ha venido desvirtuándose y parecería ahora que *reprimir* es malo cuando en realidad no significa otra cosa que la misma reacción defensiva del grupo social frente a quienes violan las normas y al cometer delito no sólo actúan contra la víctima en sentido estricto, sino también contra de la colectividad como un todo.

¹⁰² De la Barrera Solórzano, Luis. Justicia Penal y Derechos Humanos. Editorial Porrúa, México, 1998.

Este nuevo derecho internacional de los derechos humanos ha ido creando condiciones para poder considerar ciertas prácticas como violatorias de derechos humanos aunque estén jurídicamente aceptadas por los Estados. Pero aun así, dentro del propio derecho internacional y dentro de las prácticas normales de los diferentes Estados soberanos, existe un sinnúmero de acciones aplicables a los violadores de la ley, que constituyen formas de limitación de sus derechos aunque justificadas por corresponder a una defensa social jurídicamente regulada. Consecuentemente, resulta válido afirmar que los actos durante la investigación, durante el juicio y con motivo del cumplimiento de la sentencia en materia penal, constituyen formas de limitación de derechos jurídicamente justificadas y que además deben estar jurídicamente reguladas, es decir, en normas aplicables a los casos de que se trate y, como lo consignan las Constituciones modernas, emitidas con anterioridad al hecho

iii) Nueva visión 'garantista' frente a la delincuencia organizada.

La *garantía* de quien es sometido a la investigación, proceso o sanción es que los procedimientos para llevar a cabo tales actos de autoridad deben estar previamente establecidos en la ley. Sin embargo, un problema adicional se ha venido planteando con motivo de la delincuencia globalmente organizada. Sus manifestaciones, como ya se ha comentado, presentan características especiales en cuanto al fenómeno delictivo, por sus niveles de organización, por su impacto patológico en las relaciones internacionales, por su capacidad para manejar grandes recursos, entre ellos el armamento y parte importante de los valores bursátiles, sus posibilidades de penetrar a las instituciones estatales y mediante la corrupción o la intimidación de obtener prácticamente una garantía de impunidad.

Efectivamente, ante estas nuevas formas de delincuencia, o si se prefiere ante estas novedosas modalidades de organización y de sofisticación de la delincuencia, se ha hecho necesario que la sociedad jurídicamente organizada en Estados y en organizaciones internacionales gubernamentales responda con nuevos instrumentos de lucha contra el crimen globalizado que necesariamente, como ya lo puntualizamos respecto del delito en general, constituyen formas de limitación de los derechos de quienes delinquen de esta manera estructurada y sistemática. Las respuestas jurídicas que se den a la delincuencia que se inserta en el tejido de la sociedad global, deben tender a combatir tanto las causas como los efectos del fenómeno y así todo el catálogo de acciones para su combate ha venido constituyendo limitaciones de derechos de quienes participan o se presume participan en estas redes delincuenciales a fin de facilitar la investigación de sus urdimbres internas y externas, así como el procesamiento y sanción de los delincuentes.

Asimismo, existen procedimientos que no constituyen tanto una limitante a los derechos del delincuente sino, según lo proponen algunos especialistas, una nueva forma de garantías, concepto que ha sido poco explorado respecto a nuestro tema, las cuales se ofrecen al infractor, curiosamente con un efecto que amplía las que tiene en forma ordinaria dentro del catálogo de derechos y cuyo objeto es ofrecerle *disminuciones de pena* o incluso *inmunidad* con el fin de que coopere a efecto de poder capturar a los jefes de las organizaciones delictivas.

1.5. Rasgos esenciales de la diseminación de la violencia como estructura anómica del sistema de relaciones internacionales.

Para concluir este subcapítulo, invitamos al lector a polemizar sobre algunas reflexiones relativas al fenómeno de la *diseminación de la violencia* como rasgo característico de esta patología o anomia del sistema de relaciones internacionales contemporáneo que sí habrá de justificar, más todavía, la instauración y reforzamiento de nuevas estructuras políticas que se contrapongan con mayor éxito a la problemática derivada de tal estado de cosas, junto con los principios e instituciones del derecho internacional general y del derecho internacional penal y jurisdiccional que será necesario habilitar y operar para la consecución de los puntos más críticos de una agenda mundial que ya resulta impostergable. Y para tal propósito, nos basaremos y tomaremos como columna vertebral de nuestra exposición el original planteamiento que sobre la *anomia de la sociedad internacional* --que denominamos para efectos del derecho y la justicia como *patología* de las relaciones internacionales--

y la *fenomenología de lo violento* en el sistema político mundial, nos comparten los sociólogos políticos e internacionalistas franceses Bertrand Badie y Marie-Claude Smouts.¹⁰³

Comenzaremos afirmando que desde que emergió en Westfalia en 1648, el Estado se ha constituido como el actor principalísimo, activo y pasivo, de la violencia internacional. Las sociedades y los individuos se vengan del Estado en el ámbito de la violencia, al tiempo que éste ha ido perdiendo el monopolio del uso internacional de la fuerza que había sido una de sus características esenciales hasta inicios de la Segunda Posguerra. Es evidente que las fronteras jamás se habían visto atrapadas totalmente entre la violencia privada y la violencia pública: la Primera Guerra Mundial, que marcó el apogeo de la violencia de los Estados, fue desencadenada por un acto terrorista que ejerció grandes presiones en la acción internacional de los gobiernos; todo el siglo XIX estuvo dominado por el entrelazamiento de movimientos revolucionarios, manifestando por excelencia violencia social y formas de acción diplomática tradicionales. Sin embargo, los elementos de una transformación decisiva parecen haberse impuesto a partir de los últimos treinta años. El poder que han ganado los flujos transnacionales da un nuevo significado a la violencia internacional, la cual se va insertando inexorablemente en lo cotidiano de la acción individual, a la par que el recurso de la fuerza resulta de mayor utilidad para esos flojos que buscan imponer su autonomía, siendo a la vez <<(…) una expresión inevitable de su nueva pertinencia política>>.¹⁰⁴

El mismo supuesto vale para los flujos económicos. Como ya lo señalamos en los apartados anteriores, la complejidad del espacio privado y de los circuitos comerciales confiere a la <economía criminal> una importancia y una rentabilidad que contribuyen a hacerla mucho más aguda. El narcotráfico en América Latina ha implicado la acumulación de medios de violencia que no sólo condenan al fracaso a los Estados en los que asumen presencia, sino que también favorecen la internacionalización de un conflicto enfrentando ya sea a las organizaciones delictivas y a los Estados, o simplemente a las agrupaciones delictivas entre ellas mismas. De hecho, la diseminación y la privatización de los recursos es tal que la violencia inevitablemente gana autonomía y movilidad. Ante esta situación, los actores estatales dudan entre una política de represión y una política de captación, o al menos de adecuación. Sería cándido pensar que la <economía del crimen organizado> es la única que se inscribe en esta lógica: la presión de los intereses es lo suficientemente intensa para que, detrás de las empresas multinacionales más poderosas, se perfile una capacidad autónoma de acción violenta como ilustran sobre todo, pero sin tener la exclusividad, los comportamientos desplegados por la United Fruit en Centroamérica o las Siete Hermanas en Oriente Medio.

Asimismo, los flujos demográficos pueden estar asociados a nuevas violencias. Primeramente por el simple hecho de su intensidad, cuando se trata de refugiados, como en Sudán, Ruanda, los Balcanes, el Cuerno de Africa y principalmente en el Sudeste de Asia. Pero también, de manera indirecta, al engendrar en diversos puntos del orbe conflictos intercomunitarios que se nutren, de manera confusa,

¹⁰³ Badie, Bertrand y Smouts, Marie-Claude. *Le Retournement Du Monde*, Sociologie de la Scène Internationale. Presses de la Fondation Nationales des Sciences Politiques, Paris, France, 1998, p.p. 100-111. Este texto ya ha sido traducido al español bajo el título de: *Los Operadores del Cambio de la Política Mundial*. Sociología del Escenario Internacional, Editorial de la Fundación Nacional de Ciencias Políticas y Dalloz, publicaciones Cruz O., México, 2000. Hay otro trabajo de Bertrand Badie y Guy Hermet, que recomiendo ampliamente: *Política Comparada*, editado por Fondo de Cultura Económica, México, 1993, 319 p.p. Lo rescatable de estas contribuciones, entre otras virtudes heurísticas, es el método comparativo de análisis, inspirado en un procedimiento de estudio elaborado por John Stuart Mill: el de las *variables concomitantes*, cuyo propósito es interpretar las formas diversas que experimenta un objeto social determinado, relacionándolo con las diferencias comprobadas en el modo de acción de algún factor en igualdad de circunstancias. Así, la mira de la comparación no es hacer una lista de similitudes o divergencias sino transformar el inventario de temas para que sea una clave que explique los procesos sociales.

¹⁰⁴ Badie y Smouts, op. cit., p. 101. Se afirma, poniendo un ejemplo, que la movilización religiosa en la India, Nigeria u Oriente Medio, es probablemente la más violenta porque choca directamente con los Estados, hasta quizá poner en peligro su propia sobrevivencia, pero sobre todo porque afecta directamente el escenario internacional, estructura nuevas apuestas, crea nuevas solidaridades y lealtades que cortan y dividen el interior mismo de los espacios estatales.

de discursos y de prácticas de exclusión, la exacerbación de la xenofobia, del mantenimiento del mito de los grandes temores a la <invasión> o a la <guerra santa>, pero también de comportamientos de anomía derivados de una denuncia frontal de las categorías tradicionales de nación o de ciudadanía. Las crecientes tensiones en que se ven involucrados nuestros hermanos hispanoparlantes en Estados Unidos, con los emigrantes magrebíes, turcos o asiáticos en Europa Occidental, se dan como una violencia que escapa a los países, pero que, al mismo tiempo, engendra solidaridades transnacionales, crea efectos de *linkage* en la mayor parte de las naciones exportadores de mano de obra y descentraliza así, hasta el nivel del individuo, los elementos constitutivos de los enfrentamientos internacionales.

Al mismo tiempo, esta diseminación responde a la crisis que afecta al Estado-nación y a las crecientes dificultades que disminuyen su capacidad de controlar a la sociedad, la cual se vuelve cada vez más compleja y más penetrable y frágil. Combinada con los avances técnicos de la violencia, esta evolución convierte a la sociedad moderna en blanco fácil para la acción de grupos extra-estatales. La diseminación de la violencia es pues la otra cara de la modernidad. Sobre todo porque ésta crea un efecto de desviación más peligroso: conduce a los Estados mejor dotados y a los más desarrollados tecnológicamente a protegerse de las guerras clásicas con un armamento que no deja a sus adversarios ninguna oportunidad, colocando al mismo tiempo a su sociedad en una posición de creciente vulnerabilidad.

De igual forma, en un contexto en que la perspectiva de una guerra clásica no parece ser ya un medio creíble para internacionalizar su conflicto, la acción terrorista interna tiende a surgir como arma de último recurso para minorías que se consideran oprimidas por su estado-nación en el que se sienten extranjeras. Simultáneamente, su inscripción en una red internacional que une solidariamente a los grupos terroristas les da a éstos una fuente suplementaria de influencia en virtud que contribuye a acelerar la internacionalización de la violencia.

En la misma lógica, la extrema movilidad de personas, característica del mundo moderno, refuerza esta internacionalización de la acción terrorista y, al mismo tiempo, su efectividad. Esto ya no ocurre únicamente en función de la capacidad para movilizar agentes en todo el mundo, independientemente de su nacionalidad, sino que también está directamente ligada a la posibilidad abierta a los grupos terroristas de actuar en el territorio del adversario, fuera de todo impedimento fronterizo. Esta posibilidad, a fin de cuentas, trastorna las condiciones más elementales del conflicto internacional clásico, fracciona notoriamente las manifestaciones de la violencia internacional y la coloca fuera del alcance de los Estados. Ciertamente, como lo advierte Badie, esta dinámica de "*desterritorialización de la violencia*" es cada vez más difícil de controlar, tanto por razones técnicas, ligadas al progreso de los medios de comunicación, como por razones sociológicas que se relacionan con el ritmo de circulación de las personas, ya sea que se trate de flujos migratorios o de desplazamientos temporales.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Comparto con los autores citados la opinión de que el terrorismo parece alimentarse de una significativa mutación que afecta las estrategias de movilización de grupos políticos que buscan actuar en el escenario internacional, el cual se ve afectado por una contradicción mayor: es, por una parte, más participativo, reconociendo a los individuos y a los grupos el derecho y los medios para manifestarse, para reafirmar su identidad, incluso reivindicar su soberanía; por otra parte, se institucionaliza en un club de Estados, incitándolos a proclamar la *intangibilidad* de sus fronteras, su derecho a invocar el *principio de no intervención* en los asuntos internos y a defender su integridad y su independencia nacionales. A medida que proliferan las organizaciones que hacen valer sus derechos nacionales, en nombre de un discurso universalista y legítimo, se afirma y se radicaliza la voluntad de los Estados constituidos de no negociar demandas separatistas. Así, los movimientos palestinos, sijs, tamoules, timorenses, kurdos, vascos, irlandeses, kanaks, armenios o chechenios "(...) se ven de inmediato atrapados en un atolladero político que genera desesperanza y frustraciones, corriendo el riesgo de transformar el terrorismo en una empresa rentable". Este se convierte en una forma de acción y expresión capaz de alentar una movilización que se dice víctima de la intransigencia que opone dos principios absolutos que cimentan solidaria y contradictoriamente el escenario internacional: la soberanía de los Estados (no intervención en asuntos internos e inmunidad jurisdiccional estatal) y el derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos (autodeterminación). Badie y Smouts, op. cit. p. 104.

Estimamos importante resaltar que ante la imposibilidad de lograr los fines que persigue, la lógica de la acción minoritaria a menudo conduce a privilegiar los medios y a hacer del *uso de la violencia un principio absoluto de actuación*, esto es, la violencia ciega se emancipa entonces de toda racionalidad política y se vuelve menos reducible a las reglas del juego que rigen el escenario de la globalidad. Alentar la violencia internacional es más peligroso incluso que una guerra tradicional —aunque ésta también tienda a internacionalizarse—, dado que su extinción no es negociable y escapa en gran parte a las relaciones interestatales.

Así, tenemos que esta patología contribuye tanto a debilitar al Estado y a las organizaciones internacionales que no logran controlarla, como a reforzar el papel de los *microactores* en el proscenio internacional, además de que esas prácticas confieren al individuo una nueva pertinencia transnacional, ya sea porque es promotor del acto terrorista o de cualquier delito o crimen transfronterizo, porque es el blanco o porque participa en una opinión pública que está llamada a desempeñar, en esas interacciones, un papel hartamente esencial. Por toda esta argumentación, el juego internacional recibe esas nuevas violencias como una nueva fuente de '*anomización*' o '*patologización*'. Lo que resulta más *anómico* aún es que ciertas movilizaciones conflictivas están escapando de todo control al suscitar lealtades que se colocan por encima de la obligación ciudadana. Los movimientos separatistas ponen como postulado que la solidaridad que esperan de sus activistas es, por definición, superior a la obediencia civil que liga a estos últimos con el estado a combatir. Esta inversión de la jerarquía de la lealtad no se limita a debilitar al actor estatal: trastorna profundamente su conducta diplomática así como su capacidad de actuar en el sistema de relaciones internacionales¹⁰⁶.

El Estado pierde fuerza y credibilidad y, dado que ya no tiene el monopolio de la violencia, ni siquiera parece tener credibilidad en materia de seguridad: muestra incapacidad para detener tanto esta diseminación de actos violentos como al crimen globalmente organizado. Al mismo tiempo, esta incertidumbre que se cierne sobre el actor estatal es acentuada por la recomposición que afecta la naturaleza misma del conflicto internacional. Este enfrenta primeramente a actores cada vez más diferenciados, algunos con identidad de Estado, otros no, siendo así dispensados de las obligaciones que implica un Estado, pero reivindicando con éxito una palpable capacidad diplomático-militar. Por su parte, también la guerra tiende a hacerse más compleja, sin que sea posible, ante esta diseminación de la violencia, denunciar sistemática y automáticamente la responsabilidad de los Estados, ni poner en marcha, por las mismas razones, los mecanismos institucionales y jurídicos de regulación y conciliación.

La negociación misma se vuelve delicada, incluso imposible. Enfrentados a actores no estatales, los Estados encuentran numerosas dificultades para negociar con estos actores sin reconocer oficialmente y públicamente que han perdido el monopolio de la acción diplomática internacional a la cual aspiran; por ello, en varias situaciones recientes —como la que protagonizan el gobierno mexicano y Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y otros grupos beligerantes—, se ha negociado fuera de las vías diplomáticas o a través de lo que los expertos denominan <diplomacia paralela>. Lo cierto es que, en cualquier caso, el conflicto se sale tanto del marco jurídico de los Estados como del de las organizaciones intergubernamentales, y se inscribe en un *vacío jurídico* que acentúa las incertidumbres y la anomia que pesan en el juego internacional. En términos de *derecho internacional*, se podría afirmar que actualmente coexisten, como protagonistas de ese juego, Estados ligados —al menos en principio— por reglas y por una responsabilidad, y organizaciones que, por definición, están eximidas de éstas. La fuerza de las segundas es lograr, obligando a las primeras a

¹⁰⁶ La Guerra del Golfo Pérsico demostró cómo la diplomacia de ciertos Estados del mundo árabe —sobre todo los magrebíes— quedó verdaderamente paralizada por el desafío representado por los llamados lanzados por grupos islamistas que buscaban capitalizar y organizar separadamente su propia capacidad para movilizar la violencia. Estos y otros factores hacen que el estado sea incapaz de responder al terrorismo internacional utilizando sus propias armas, haciéndose cada vez más impotente y desadaptado, tanto para la opinión pública como para los actores privados que, a semejanza de las grandes empresas, son los más perseguidos por este flagelo. Por ese mismo hecho, el pacto *hobbesiano* tiende a disgregarse, y la obediencia civil corre el riesgo de ser la primera consecuencia. (Sobre la relación entre el Estado y la violencia, Badie y Smouts, cf. recomiendan la lectura de L. J. MacFarlane, *Violence and State*, Nielsen Editions, Londres, Reino Unido, 1974).

negociar, hacer que se reconozca y admita esta desigualdad. Medítese detenidamente sobre las profundas implicaciones jurídicas y políticas que este orden de cosas conlleva.

Y por impulsos de los procesos globales, las transformaciones que han tenido lugar no acaban ahí. El conflicto en su factura clásica, ha dejado de ser decisivo: los medios de violencia movilizados por los Estados no son más que un elemento de confrontación cubriendo sólo parte del conflicto. Por ejemplo, las diferentes guerras árabe-israelíes --desde las inmediatas a la Segunda Guerra Mundial hasta las cruentas y estúpidas de los años 1999 al 2003— se han prolongado por los enfrentamientos que escapan a las iniciativas de los Estados --sin soslayar la ambivalencia con que éstos actúan— y que transferían a organizaciones extra-estatales, principalmente a la OLP, la mayor parte de la función beligerante. Después, cuando el movimiento de Yasser Arafat se integró al proceso de paz y fue reconocido como interlocutor por la comunidad internacional, su capacidad de movilización disminuyó de manera repentina en beneficio, esta vez, de Hamas.¹⁰⁷

Situados en otras latitudes, la guerra civil yugoslava, así como las de Ruanda, Sierra Leona, Sudán o Liberia, que a pesar de no involucrar directamente a los Estados vecinos, contrariamente a los conflictos en Líbano o Camboya, se vuelven también apuestas internacionales en las cuales se confunden todavía más las distinciones que se oponen a los Estados, Frentes de Liberación, milicias e individuos, además de violencias civiles y violencias internacionales. Estas múltiples formas para evadir al Estado y, al mismo tiempo, a organizaciones internacionales gubernamentales, tienen éxito entre los grupos que deciden utilizarlas, al igual que sucede con las ONG. En efecto, estas últimas pueden insertarse con mucha más comodidad en situaciones de conflicto que oponen a colectividades infraestatales: las organizaciones humanitarias y de defensa de los derechos humanos, la Cruz Roja, Médicos del Mundo o Médicos sin Fronteras, así como Cáritas Internacionalis o Amnistía Internacional, remplazan muy a menudo a las organizaciones interestatales para controlar ese tipo de violencia. Sin embargo, es sobre todo el individuo el que obtiene de esta transformación una mayor revalidación de su estatuto.

La misma implicación del individuo y de la opinión pública se encuentra en todos los demás parámetros de diseminación de la violencia internacional. Los enfrentamientos intercomunitarios en los barrios marginales crean flujos de opinión que deben ser tomados en cuenta por el Estado y que los medios de comunicación orientan de modo notorio. La imagen por sí misma y sus comentarios contribuyen a difundir la violencia y a crear en el individuo receptor una visión del orden internacional y del derecho global en cuya promoción de inmediato está tendiendo a participar. Así, el individuo, nosotros, las personas individuales, no estamos a salvo de vernos involucrados en un espacio conflictivo internacional que a menudo nos está conduciendo a definir y reorientar nuestra posición independientemente de las decisiones diplomáticas del Estados de que somos súbditos o ciudadanos.

Idéntico fenómeno se observa en el ámbito de los movimientos sociales nacionales que con frecuencia adquieren una dimensión internacional. Su expresión sediciosa es por lo regular solidaria de una denuncia activa de los extranjero, y en particular de las potencias occidentales dominantes. Por ejemplo las revueltas de hambre de los setentas y los ochentas se transformaron en una expresión xenófoba, llegando incluso, en algunos casos, a la destrucción de bienes y de símbolos occidentales. El mismo señalamiento se aplicaría a la mayor parte de los movimientos que han irrumpido a últimas fechas para denunciar las prácticas autoritarias de ciertos regímenes sudamericanos, africanos y asiáticos.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Posiblemente más decisiva, esta lógica de la diseminación confiere a la violencia civil un alcance internacional cuyos contornos pueden ser mucho mejor entendidos en la actualidad: alimentada por la debilidad de los Estados, la transferencia de lealtad y el avance de los particularismos, así como por la creciente capacidad de los grupos infraestatales, los actores de enfrentamientos civiles reivindican una mayor “ (...) identidad internacional que les está siendo reconocida dado que los motivos que los movilizan revisten claramente una pertinencia internacional”. (Badie y Smouts, op. cit., p. 107).

¹⁰⁸ Como lo indican Badie y Smouts, op. cit., p. 109, esta xenofobia recrudescida no es sólo el revés de las fiebres nacionalistas o culturalistas que se manifiestan por todo el globo, se trata asimismo del inevitable choque de una

También debe advertirse que, evidentemente, esta internacionalización de la violencia social no es sólo simbólica y demostrativa. Lo sería si afectara exclusivamente el juego internacional, suscitando flujos de opinión, exacerbaciones nacionalistas y comportamientos de exclusión que obstaculizaran los intercambios internacionales. Empero, este efecto de demostración también actúa, en ocasiones de manera significativa, en la conducta diplomática de los Estados. En el mismo tono, y eventualmente con mayor profundidad, el ritmo y la dispersión de las acciones violentas tienden a producir un nuevo mapa en el mundo y, probablemente, un nuevo equilibrio geopolítico. Inclusive, algunos de los disturbios y motines sociales generalizados son capaces de modificar la geografía política oficial o al menos incitar a ello a los Estados. Por ejemplo, la movilización tamoul en Sri Lanka crea determinadas solidaridades transfronterizas que involucran al Estado de la India o que producen directamente flujos de violencia en el seno de la sociedad hindú, como lo sugiere el atentado de que fue víctima Rajiv Gandhi; y en el mismo nivel de violencia exportada cabría situar los atentados mortales que sufrieron Indira Ghandi, Anwar el Saddat y Yitzhak Rabin.

Por otra parte, la evolución misma de las movilizaciones de denuncia influye directamente en el juego diplomático occidental. Ciertamente, la denuncia islamista no tiene el monopolio de la violencia social que apremia la diplomacia de los Estados. La gravedad de la violencia comunitaria en la India tiende a surtir el mismo efecto. En primer lugar porque influye crecientemente en la diplomacia de los Estados musulmanes vecinos: en Pakistán, efectivamente, pero también en el conjunto de los 20 Estados árabes con los que a Nueva Delhi le es cada vez más difícil reconciliarse a pesar de una política exterior particularmente benévola con ellos. Sin embargo, no se trata de una vorágine violenta a nivel regional, va más allá, la diseminación de la violencia intercomunitaria en un país que implica el riesgo de llegar a involucrar a una población de mil millones de habitantes que siempre, en su historia, ha sido víctima de estallidos, constituye un reto internacional de enorme envergadura.

En la misma tónica, la diseminación de la violencia social en el continente africano no se limita a la desestabilización de los regímenes políticos en el poder y a incitar a la innovación política, sino que también trae consigo intervenciones militares extranjeras cada vez más frecuentes, bajo la cobertura o no de las Naciones Unidas, se trate de las de Estados Unidos en Liberia o Somalia, de Francia y Bélgica en Zaire, de Francia en Gabón, las Comores o Ruanda. Estas y muchísimas intervenciones más, son harto difíciles de legitimar, a pesar de la elaboración de un *derecho de injerencia* dudoso y contradictorio en su significado debido a la naturaleza misma del enemigo a enfrentar.¹⁰⁹

Todos estos casos se suman para conformar un cuadro de extrema patología en el actual orden mundial que señala los efectos de anomia que derivan de la diseminación de esas nuevas violencias y del poder que está cobrando el individuo y los espacios privados en la construcción de relaciones conflictivas internacionales. Y el ejemplo más patético y significativo —por la enorme cantidad de víctimas inocentes— de esta violencia terrorista en la historia mundial es el que ocurrió, precisamente hoy 11 de septiembre de 2001, en el justo momento en que nos encontramos elaborando las presentes líneas, es decir, los graves mega-atentados cometidos a las instalaciones más representativas del poderío del *establishment* estadounidense (las torres gemelas del World Trade Center de Nueva York que fueron totalmente destruidas, el Pentágono y oficinas del Departamento de Estado en Washington, entre las principales), que se inscriben en lo que denominamos el “síndrome del nuevo Pearl Harbour” —por ser un ataque a territorio soberano y dado que entre los grupos terroristas a quienes se les atribuye la acción está la organización Al Q'aeda dirigida por Osama Bin

internacionalización sistemática de todos los problemas de una sociedad que no dejan a salvo ni al individuo menos politizado. La mundialización de la economía, palpable a través del efecto FMI, el problema de la deuda o de los precios de las materias primas, se suma al de la cultura y al de la vida social, fácilmente identificable a través de los síntomas de la “urbanización de la extensión”, de ritmos desiguales según las categorías sociales, de modas occidentales de consumo.

¹⁰⁹ Sobre este debatido principio del Derecho de Injerencia, consúltense las siguientes tesis profesionales de licenciatura en Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, dirigidas por el autor de la presente investigación: Cortés Altamirano, Claudia, *El Derecho de Injerencia en el Sistema de Naciones Unidas*, México, 1997; y, González Segura, Noel. *El Derecho de Injerencia*, México, 1998.

Laden, el denominado Ejército Rojo del Ejército Japonés y otros de la ultraderecha yanqui— y que está teniendo consecuencias aún imprevisibles y de mucha mayor tirantez para la paz y seguridad internacionales de estos tiempos convulsos que vivimos.

Finalmente —en palabras precisas de la socióloga política Victoria Zaneti— la presente anomia social internacional está a la medida de la parálisis de los Estados, ante las violencias que escapan a su control, a las técnicas diplomáticas notoriamente insuficientes y a las reglas de derecho nacional e internacional que resultan inoperantes en el momento en que las relaciones de conflicto salen de los espacios interestatales. El individuo, y los actores privados que disponen de más recursos, confirman también su posición en el escenario mundial, su capacidad de definir los cursos beligerantes, y de oponer la delicada rivalidad de conflictos sociales internacionales.

Paralelamente, hay incertidumbre en cuanto a la viabilidad y efectividad de los métodos clásicos de conciliación y negociación, políticos y jurídicos, que en el pasado coadyuvaban a la solución pacífica de controversias internacionales, pero que hoy presentan vacíos determinantes. No hay claridad en la perspectiva. La lógica del caos, el desorden y el conflicto, el crimen y la violencia, a fuerza de descentralizarse, tiende también a salirse de los marcos de tratamiento y apaciguamiento. El derecho internacional tiene ante sí un reto de dimensiones nuevas e incommensurables. Por su parte, el derecho internacional penal, no sólo se enfrenta la oposición de la superpotencia —Estado hoy bien denominado en el mundo como el '*objeto persistente*'— a su consolidación y a la universalización de la Corte Penal Internacional y del Código sobre crímenes contra la paz y la seguridad internacionales, sino también al delito y el crimen organizados transnacionalmente, amén de compartir con la política internacional la magna tarea de combatir las nuevas formas de diseminación de la violencia que, a su vez genera crimen y de nuevo más violencia. El libro del orden normativo y la justicia internacionales vuelve a quedar abierto.

1.6. Reestructuración general del derecho internacional: niveles críticos, nuevos campos de desarrollo y dinámica de su transformación.

Como lo hemos venido observando a lo largo del presente capítulo, el sistema internacional se ha convertido en el sistema más inestable de todos. Conformado por una infinidad de unidades todas en evolución, se transforma ante nosotros sin que sepamos identificar sus leyes ni trazar una prospectiva confiable. Actualmente, los términos de moda para hablar de las relaciones internacionales son <caos>, <turbulencia>, <islotes de estabilidad>. Este vocabulario tomado de las <ciencias duras> es un indicio del descontrol que reina en el ambiente; desafortunadamente —como lo destacan Badie y Zaki Lâidi—, la aplicación por las ciencias sociales de los primeros logros de aquéllas sobre la dialéctica del orden y del desorden no es más que un prolegómeno y todavía no se escucha nada sobre la manera de analizar el orden-desorden mundial. Sin embargo, a no ser que se renuncie a toda inteligibilidad, la identificación de las grandes tendencias y la manera en que éstas se relacionan unas con otras, no pueden soslayarse en un estudio de fondo, particularmente cuando se trata de desarrollar, aprehender y enseñar el derecho internacional, el derecho internacional penal y las relaciones internacionales, como campos disciplinarios vinculantes, convergentes y complementarios.

Y un hilo conductor de este ejercicio analítico puede desarrollarse partiendo de un fenómeno mayor que sería, guardando su justa dimensión, la crisis del Estado-nación. Es cierto, el cuestionamiento de aquello que por largos años fue la unidad base del sistema internacional no explica todo, sino que permite relacionar un gran número de fenómenos. En efecto, por mucho tiempo la sociedad internacional estuvo mantenida por una sociedad interestatal. En la teoría como en los hechos, el orden internacional sólo se concebía a través de la intervención voluntaria de los Estados; los grandes equilibrios sólo podían ser preservados por los actores estatales: la diplomacia estaba consagrada como la función reguladora por excelencia de las relaciones internacionales, la guerra hacía las veces de figura de expresión conflictiva única, prolongación directa de las políticas aplicadas por el Estado. Hoy día, esta hipótesis ya no puede ser sostenida, o al menos podemos afirmar que ha sido sacudida hasta sus cimientos. No resiste el análisis socio-histórico ni la cuantificación de los elementos contemporáneos. La incertidumbre de los conceptos se suma a la ambigüedad de las situaciones

actuales: cada vez es más difícil hacer del Estado el componente exclusivo y soberano del sistema internacional. Al otrora actor supremo parece haberlo atacado la anomia y a la sociedad global una consistente y generalizada patología: el desorden internacional que se confirma a principios de este siglo XXI se debe mucho a la dificultad experimentada por los practicantes, pero también por los observadores, para conocer la identidad del protagonista esencial, y para controlar el complejo juego que de ello se deriva.

Numerosos internacionalistas, sociólogos y politólogos de todas las latitudes coinciden en acotar que, en esas condiciones, el mundo está regresando a una situación de tipo feudal, a una forma de anarquía, incluso a un estado natural.¹¹⁰ Empero, sin llegar hasta ese extremo, en efecto, el orden internacional se dirige más bien hacia manifestaciones de estallido que hacia el ideal propalado por el derecho internacional, el normativismo y la ética internacional crítica, de una comunidad mundial justa, equilibrada y politizada. Desde nuestra personal perspectiva, como juristas e internacionalistas mexicanos, la situación atendible consiste en que la receptividad a las normas y a los valores que organizan al sistema internacional puede variar en intensidad de un actor a otro. El derecho internacional público, las prácticas diplomáticas, las mismas reglas que rigen las relaciones internacionales están, cada una a su manera, marcadas por su identidad estatal. El hecho de que los conflictos entre Estados del norte y Estados del sur sean abordados por los primeros en términos de *derecho* y por los segundos en términos de *justicia*, constituye uno de tantos elementos de polémica: ahí encontramos sobre todo la expresión de cierta competencia de registros, en la que se oponen un *derecho de Estados* y una *justicia de pueblos*.

Permítasenos también insistir en una apreciación de la que estamos aún convencidos: el hecho de que la muy difundida universalización del Estado está sometida a un doble desafío. En primer lugar, se ve bastante afectada por la proliferación de actores transnacionales que, si no en el pleno derecho, al menos en los hechos, escapan a la soberanía de los Estados. El proceso no es nuevo en sí, lo que indica que el sistema internacional nunca ha podido ser reducido a la yuxtaposición única de Estados soberanos: los flujos demográficos siempre se han emancipado progresivamente de la tutela del mercantilismo; sobre todo, los flujos de ideas, ideologías, valores, flujos culturales y religiosos que han trascendido las fronteras, escapando al control de los Estados, incluso a toda infraestructura normativa y aun jurídica del sistema internacional. En segundo lugar, el Estado pierde su poder e incluso su identidad, esto es, situado en la historia, está lejos de trascender el tiempo: el argumento desarrollista que aboga por una racionalización lineal no tiene nada que ofrecer ante los análisis que subrayan, por el contrario, la acentuación de la crisis interna que le afecta.

Por su parte, el derecho internacional recibe los embates y es sacudido por esta problemática social y política que se cierne sobre su principal y tradicional sujeto que es el Estado soberano. Ambos, el derecho internacional y el sistema internacional, que cada vez se vuelven menos estatales no obstante que nunca lo han sido totalmente, funcionan en un espacio caracterizado por una creciente inestabilidad, incluso por el desorden, la asincronía y la fractura estructural. Y a medida que el fenómeno se acentúa, beneficia evidentemente a los individuos y a las sociedades que arrebatan al Estado y al derecho internacional público estatal aquello que les pertenecía real o ficticiamente.

También el espacio internacional y la sociedad global se enfrasan paulatina pero crecientemente, en una dinámica del estallido alentada por un pluralismo cultural que a diario ve aumentado su poder, siendo efectivamente atravesados, recorridos, incluso articulados por flujos transnacionales que se identifican por ser más activos y estructurantes. Precisamente --amén de lo antes expuesto-- de aquí proviene nuestra propuesta para denominar el presente y último subcapítulo de nuestro capítulo primero como: reestructuración general de la ciencia jurídica internacional: desarrollo, niveles críticos y dinámica de su transformación.

¹¹⁰ H. Bull. The Anarchical Society. New York, Columbia University Press, 1987.

1.7.1. Semblanza referencial teórico-epistemológica del derecho internacional.

Hasta ahora resulta claro que el sistema internacional como objeto de estudio de las Relaciones Internacionales y como objeto de regulación del Derecho Internacional es intrínsecamente inestable e imprevisible. Dicho sistema, como *armazón* o *entramado* resultante del desarrollo histórico del conjunto de sus componentes iniciales –los Estados, sujetos primarios del derecho internacional— en su mutua interacción, con las relaciones internacionales y con el medio geográfico y biótico en el que se sustenta, resulta ser ontológica y categóricamente una *estructura cambiante*. Los grandes giros en la organización del sistema internacional registrados a través del tiempo son ostensibles, principalmente por la recomposición de los espacios geográficos y por el ascenso y descenso de potencias hegemónicas, así como por las alianzas entre los Estados y otros actores influyentes existentes en cada época.

Ya en tiempos más actuales, el establecimiento de organismos interestatales --sujetos del derecho internacional cada vez menos *atípicos* o *sui generis*— *añade a esta* estructura mecanismos que la hacen más estable y funcional.¹¹¹ Sin embargo, organizaciones como la Liga de las Naciones y la ONU, agencias especializadas como el Grupo Banco Mundial (BIRF, AIF, CFI, CIADI y OMGI), el FMI, la OMC, la OMI, etc., "(...) siempre han sido dominados por un determinado grupo de Estados que deciden de acuerdo con reglamentos establecidos para tal efecto. Pero la existencia de estas organizaciones es resultado de procesos históricos que configuraron el sistema en conjunto y sus características en cada etapa de la historia".¹¹²

Hoy día es un hecho innegable que los procesos actuales del sistema internacional y el fenómeno de la *globalización* de la sociedad moderna, influyen de manera determinante en la naturaleza, conceptualización, fundamento, técnica, objeto, contenido, extensión y diversificación de la ciencia del derecho internacional, e incluso han llegado a jugar un papel fundamental en el redimensionamiento de su función normativa y regulatoria de las complejas y dinámicas interrelaciones características del mundo que vivimos. Empero, *una vez establecido*, el derecho internacional ejerce *acción recíproca* hacia las relaciones y la política internacionales y hacia el *proceso globalizador*, y no en pocas ocasiones, ordena, atempera, limita y condiciona su comportamiento. Esta es la realidad, la tarea y el reto del derecho internacional actual, tal como lo vislumbramos cada vez más *iusinternacionalistas* nacionales y extranjeros y que ha quedado plasmado en investigaciones, antologías, libros, ensayos, programas y planes de estudio de las principales universidades, academias e institutos especializados del orbe.¹¹³

Desde una perspectiva sistémica el derecho internacional en su amplia connotación, es un subsistema regulador del sistema de relaciones internacionales, que a su vez constituyen una parte inseparable de las relaciones humanas. Y dado que la sociedad internacional se desarrolla en consonancia con determinadas leyes históricas, estas leyes son definidoras asimismo de las direcciones principales de la evolución tanto del sistema de relaciones internacionales como del propio derecho internacional. Consecuentemente, existe una vinculación esencial entre ambas ciencias y de éstas con las ciencias políticas y sociales y con otras disciplinas, con las generalmente se confunden y circunscriben equivocadamente, tal es el caso de la política internacional, la moral y la cortesía internacionales, la política exterior, el protocolo multilateral y la diplomacia.

En relaciones internacionales y en derecho internacional continente y contenido, forma y fondo, significativo y significado, se encuentran en constante evolución e interacción transformadora. A este

¹¹¹ Véase: Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, "*La Organización Internacional como subdisciplina, subsistema y paradigma de las relaciones internacionales contemporáneas. Aproximaciones teóricas, interdisciplinariedad y reestructuración general*", en Revista Relaciones Internacionales, No.68, Oct-Dic.1985, UNAM-FCPS, México, pp.5-39. Se recomienda revisar la parte referente a *la organización internacional como subsistema del sistema político mundial*, así como la relativa al *Supranacionalismo, poder y conflicto en la organización internacional*.

¹¹² Arroyo Pichardo, op.cit., p. 116.

¹¹³ Para tener una visión más amplia de la temática abordada en este apartado se recomienda la consulta del libro del maestro Friedmann, Wolfgang: *La Nueva Estructura del Derecho Internacional*, Trillas, México, 1967.

respecto nos vienen me vienen a la mente las afirmaciones del maestro César Sepúlveda expresadas en su obra póstuma *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*,¹¹⁴ en el sentido de que la disciplina de las relaciones internacionales es de las ciencias políticas y sociales la menos difundida y el derecho internacional la rama menos conocida de todas; éste en particular porque ofrece no pocas dificultades para su acceso, debido a su complicada naturaleza técnica, a los especiales métodos de elaboración de sus normas, a los sujetos a los que está dirigido, así como a las debilidades inherentes de que padece. Es de lamentar --aduce-- que al derecho internacional le sobren deturpadores. Unos de ellos son gratuitos, pues no han captado menos asimilado su esencia ni su importancia para la convivencia de Estados; otros lo son porque lo consideran un obstáculo para sus fines hegemónicos y de dominación; otros más, poco optimistas, argumentan que las sanciones posibles resultan escasas y poco efectivas para reprimir a sus violadores habituales, le regatean entonces naturaleza jurídica y actúan con reticencia y escepticismo.

Desde la óptica del jurista e internacionalista Manuel Becerra Ramírez ¹¹⁵--tutor principal de esta tesis doctoral-- el derecho internacional es un sistema legal cuyas normas e instituciones están a diario ensanchándose y renovándose a cada paso, conforme evoluciona y se transforman la sociedad internacional y las relaciones internacionales; pero que no existe una difusión adecuada en todos sus niveles, de sus méritos para mantener un orden entre los Estados dentro de un marco normativo, para evitar el delito, la violencia y el caos, y para lograr un grado de cooperación cada vez mayor. Empero, por encima de las dificultades, percibimos que el *Ius Gentium* se va imponiendo por sí mismo pues está fundamentado en la razón misma de las cosas y ha ido ganando más y más seguidores, aunque no todavía en el número necesario ni con el entusiasmo que esta materia requiere, ni tampoco en los países más necesitados de su acción: los *subdesarrollados*.

Si bien es cierto que en nuestro mundo <civilizado> de compleja plurilateralidad, el poder, el delito y el conflicto configuran el esquema prevaleciente de relaciones internacionales, también lo es que las naciones tendrán que atenerse más a la legitimación por las normas jurídicas que al imperio de la fuerza, por ello el derecho internacional --que está manifestando un marcado movimiento de desarrollo y avance-- tiende a ensancharse aún más, para responder mejor a las demandas de la actual sociedad proyectada ya hacia la mundialización. Ante esta realidad, nos declaramos optimistas del derecho de gentes, pues consideramos que en situaciones de desajuste, delito y caos como la que hoy vivimos, es precisamente cuando mejor se perciben los valores del orden legal internacional.¹¹⁶

Como juristas e internacionalistas discernimos con claridad que el derecho es un factor determinante en la conducción de la política internacional de los Estados. El derecho mantiene el orden, precave la guerra y la violencia, previene el delito, reprime el crimen y persiste con mayor insistencia en el ataque a la impunidad. Ciertamente, la controversia permanente sobre sus fuentes, su aplicación, su interpretación, su técnica, sus alcances, habrá de continuar en el futuro, pero eso no le resta

¹¹⁴ Sepúlveda, César: *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, FCE, México, 1994. Resulta ilustrativo la revisión en especial de los Capítulos I *La Sociedad Internacional*, VI *Las Organizaciones Internacionales y su impacto en la política y en el derecho*, y IX *Principales áreas del desarrollo progresivo del derecho internacional desde 1945*.

¹¹⁵ Manuel Becerra Ramírez, doctor en derecho e internacionalista, destaca por ser uno de los jóvenes especialistas e investigadores en derecho internacional más serios y productivos en el actual panorama académico nacional e internacional. Para una mejor apreciación de todo lo aquí expuesto, recomiendo sus diferentes libros, particularmente: *Derecho Internacional Público*, Mc Graw-Hill, Oxford, México, 1997, 139 pp.2000

¹¹⁶ César Sepúlveda, op.cit. p.13. El derecho internacional provee un repertorio muy consistente y apto de normas y mecanismos para una buena y fructuosa convivencia entre todos los Estados; proporciona instituciones, procedimientos y métodos para mantener relaciones pacíficas entre países, para efectuar comercio, tráfico libre, tránsito de personas y otros intercambios, para preservar la ecología, combatir los crímenes y delitos, proteger los derechos humanos, y para resolver controversias por medios pacíficos y confiables. El derecho internacional es indispensable para legitimar el orden políticos existente. La independencia de los Estados se basa en ese sistema legal. La seguridad del territorio y de las fronteras está garantizada firmemente por ese derecho. Es también útil para promover instituciones comunes, a fin de lograr el bienestar general.

significación ni disminuye su efectividad, ni su tendencia a mejorar. A fin de cuentas, como lo indica el colega Alonso Gómez Robledo, *no existe alternativa ni hay sustituto de ese derecho*, porque es un factor probado que evita el caos, el conflicto, la criminalidad y la violencia.¹¹⁷

Sea cual fuere la posición doctrinal asumida y en cualquier situación que se diere, parece existir consenso y un común denominador: concederle al derecho internacional un relevante papel como herramienta práctica de trabajo; un mecanismo tangible y objetivo de solución de problemas y situaciones cotidianas; un poderoso instrumento que concretiza las relaciones internacionales; y un elemento de negociación útil y efectivo de la política exterior de países no hegemónicos, *cuando se conoce a fondo y se tiene la voluntad de aplicarlo*, lo que desafortunadamente no ocurre las más de las veces. Esta es al menos, la enseñanza histórica que se desprende de la experiencia jurídica internacional de Estados como el mexicano a lo largo de los dos siglos anteriores y del XXI que está recién iniciando.

La enseñanza de esta experiencia histórica es unívoca: El derecho internacional debe ser estudiado y discernido con mucho mayor cuidado, dedicación y profundidad por los internacionalistas, los tomadores de decisiones, los operadores políticos, los humanistas y los estudiosos de las ciencias políticas y sociales. Para comprender la esencia de esta importante disciplina, fundamental para el estudioso y el profesional, es necesario constatar que la creciente rapidez en los cambios y la complejidad de la problemática internacional, así como la mayor participación de México en el teatro de las relaciones internacionales, justifican en gran medida, la importancia que se ha dado en todo el mundo y en nuestro país al estudio profundo del derecho internacional y de las relaciones internacionales como formas del conocimiento de la realidad, ya no sólo social o política de México y de otros países de América Latina, sino la de todo un conglomerado de naciones que conforman el mundo de nuestros días en sus múltiples y cambiantes procesos. Al respecto, señalaban con tino el reconocido internacionalista Michel Virally, y los juristas y politólogos Morton A. Kaplan y Nicholas de B. Katzenbach que: "(...) en el derecho internacional (...) en las relaciones internacionales (...) en la política internacional (...) lo único permanente, es el cambio y lo único estable, es la renovación constante".¹¹⁸

Esta tendencia histórica de grandes cambios cualitativos y transformaciones rápidas en los procesos de la sociedad internacional, particularmente los ocurridos en las últimas dos décadas, ha propiciado que disciplinas como el derecho, las ciencias políticas, la sociología y las recientes como la economía y las relaciones internacionales hayan salido de los esquemas tradicionales de referencia para el análisis de la problemática nacional y mundial, esto es, han sido desfasadas, y los marcos de análisis por ellas propuestos, se han revelado hace tiempo insuficientes; de ahí que hoy se hable de "*crisis de la ciencia*", "*crisis de las teorías*", "*crisis de la organización internacional*", "*crisis del método*", "*crisis del derecho internacional*", "*crisis del capitalismo*", "*crisis del sistema internacional*", etc. Sin embargo, el imperio de tales disciplinas no quiere ceder ante las nuevas realidades del mundo ni ante las necesidades actuales de conocimiento y de la construcción de nuevos parámetros científicos de su enseñanza y de su investigación. Y es aquí precisamente donde encuentra explicación la necesidad de ampliar, extender y diversificar el conocimiento y aplicación del derecho internacional, para aprehender sus nuevos perfiles y ámbitos de acción, como lo es en el caso específico que nos ocupa, el de la ciencia internacional penal.¹¹⁹

¹¹⁷ Consúltese: Gómez-Robledo, Verduzco, Alonso. Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes. Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), UNAM, México, 2000, pp.11-13.

¹¹⁸ Morton A. Kaplan y Nicholas de B. Katzenbach. Fundamentos Políticos del Derecho Internacional, Editorial Limusa-Wiley, S.A., México, 1964, pp.15. Aunque apareció hace casi 40 años, este libro continúa siendo vigente, por cuanto a que en líneas generales describe los valores, relacionados entre sí, de la política y del derecho internacional, utilizando una teoría de sistemas de política internacional; desde entonces abre nuevos horizontes sobre las formas en que el derecho internacional habría de cambiar hasta nuestros días, además de que permite investigar las fuerzas y restricciones que contribuyen a mantener y transformar la estructura normativa del derecho internacional.

¹¹⁹ César Sepúlveda, op.cit. p.17. Existen falsas apreciaciones sobre el derecho internacional y su valor originadas por una perspectiva incorrecta tanto de lo que es la sociedad internacional --es decir, el sistema

1.7.2. Dinámica y grandes transformaciones que caracterizan a la ciencia del Derecho Internacional actual.

Para introducirnos adecuadamente al tema, convendría tratar de responder a una primera pregunta central, esto es: ¿cuáles son los desafíos al derecho internacional en un mundo globalizado? Para ello comenzaremos por afirmar que en todas las ramas del pensamiento y el quehacer humanos, aquello que no se actualiza para responder a los desafíos del presente, queda rezagado en el tiempo. El derecho, al igual que cualquier otra disciplina, responde de manera similar a este principio. Es por ello que una de las preocupaciones más recurrentes en el ánimo de los estudiosos de la ciencia jurídica consiste en desarrollar e implementar mecanismos que permitan actualizarla de sistemática y permanentemente, teniendo en consideración las circunstancias y preocupaciones del momento. En efecto, el jurista, el *iurista* internacionalista o el legislador no pueden ignorar que, a menudo, los hechos rebasan al derecho; no obstante, el avance sincrónico de los hechos y el derecho dependerá en gran medida del auténtico compromiso del legislador, el jurista y el internacionalista en este estricto sentido.

En el campo del derecho interno de los Estados, éstos tratan de alcanzar dicho objetivo a través de variados procesos, mecanismos o instituciones, por ejemplo, a través de leyes domésticas, que son un conjunto de normas típicamente legisladas por una autoridad política, legítima y centralizada, que las pone en vigencia. Empero, en el campo del derecho internacional no ocurre lo mismo, dado que en el ámbito global no existe una autoridad central con un poder legislativo y de ejecución. Entonces, ¿cómo hace este derecho para incorporar progresivamente en normas jurídicas las nuevas realidades del mundo de la llamada posmodernidad? Esta cuestión es válida en todos los casos; más aún si tomamos en cuenta que la sociedad contemporánea ha venido asumiendo las consecuencias de la globalización. Este proceso global ha desechado, por obsoleto, el criterio basado en el carácter infranqueable de las fronteras nacionales, otrora observado por los estudiosos de las ciencias políticas y jurídicas. No es vano reiterar por obvio que durante muchos años la característica básica del Estado ha sido su territorialidad, la cual ha sido desbordada y modificada en sus raíces: este hecho impacta directamente la naturaleza y funcionamiento del derecho internacional moderno, particularmente del nuevo derecho internacional penal. Nuestra disciplina no es ni ha sido ajena a ningún proceso de cambio, esto es, la globalización conlleva que, finalmente, el derecho de gentes ya no sea entendido como un orden jurídico dedicado exclusivamente a delimitar competencias soberanas.

Es evidente que la interdependencia y la cooperación han introducido nuevos horizontes jurídicos, con alcances característicos de un orden jurídico de reglamentación. En este sentido, tanto la regulación de intereses comunes de los estados como en la reglamentación jurídica de intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto, el derecho internacional ha sido sustituido progresivamente por un derecho internacional más social o comunitario. Frente a esta realidad el rol que le compete

interestatal-- como de lo que son otras entidades --esto es, de los sujetos plenos y de los sujetos atípicos del derecho internacional. Por ello, es necesario describir este fenómeno, pues será útil para entender muchas complicaciones de las relaciones internacionales. Debe analizarse con más profundidad el contexto de la sociedad internacional, pues, en primer término, ella revela las notas fundamentales del derecho de gentes y, en segundo, porque la teoría de las relaciones internacionales -o las teorías como hoy se maneja- que afecta al derecho internacional "se ha vuelto muy artificiosa, en ocasiones ininteligible, como la de los juegos, la del regateo (*bargaining*), la de las negociaciones, la de los procesos creadores de decisiones o la teoría "*realista*", y otras, que se han enseñoreado de este campo, y que contribuyen a obscurecer el panorama de esa sociedad". Frente a ellas -coincidimos con el jurista-, el enfoque sociológico parece ofrecer, con sus técnicas y conceptos y por su ausencia de sofisticación, una visión clara, entendible, de la sociedad internacional de Estados, de sus relaciones internas y, por ende, del surgimiento, la naturaleza, el alcance y los rumbos del derecho internacional en la época actual. Esta postura es la que mejor coadyuvaría a comprender el fenómeno de la sociedad internacional y de su propio derecho. Efectivamente, esta teoría sociológica (que ha surgido desde los años cincuenta como resultado de la observación comparada de la sociedad internacional) sostiene que el orden jurídico es parte integral de una sociedad y no un sistema formalista y abstracto como pretenden algunos. En la concepción sociológica, el derecho es un derivado y a la vez una salvaguarda del orden social.

jugar para asumir los retos de la sociedad global, podrían ser brevemente explicados en dos niveles de análisis:

a) *Primero*. A los legisladores les corresponde tomar conciencia de la multiplicidad de actores actualmente incluidos en la disciplina y garantizarles a éstos un régimen legal adecuado para su desenvolvimiento. En efecto, sumados a los Estados y las organizaciones internacionales, existe una amplia opinión que considera como actores internacionales a las empresas multinacionales y al individuo. A las organizaciones internacionales el derecho internacional podría garantizarles un más adecuado marco jurídico para el cumplimiento de sus propósitos, de conformidad con las circunstancias actuales. En el caso de las empresas multinacionales, su relevancia en la sociedad global es innegable, lo cual explica la tendencia sistemática del derecho internacional a ocuparse de modo progresivo y acucioso de estas entidades no estatales.

En este sentido, la inquietud de la comunidad internacional por legitimar y garantizar el movimiento y las propiedades de estas sociedades mercantiles de alcance mundial se ha plasmado en varios documentos, convenciones y códigos de conducta que, desafortunadamente, no han tenido feliz término. No obstante, al desarrollo de esfuerzos multilaterales para la regulación de esta materia le resulta vital que el derecho de gentes cobre impulso a partir de las necesidades propias de los pueblos, para regular y garantizar el desenvolvimiento ordenado de estos actores internacionales. Por último, en el caso del individuo, será menester que ocupe un lugar más amplio, definido, orgánico y convencional en la ciencia jurídica internacional, conforme a una serie de criterios que habremos de exponer más adelante en el renglón correspondiente.

b) *Segundo*. El derecho internacional debe tener muy presente la enorme variedad de temas y materias que, algunas derivadas de los procesos de la globalización, responden a demandas sentidas de la sociedad internacional. Esta nueva agenda alude a problemas de índole económica, social, cultural, humanitaria, científica, técnica, ambiental, política, financiera y monetaria, penal, procesal, bursátil, de comunicaciones, de cooperación, entre otros más. Este fenómeno lo identificamos desde nuestra perspectiva como la *extensión vertical y horizontal* del derecho internacional,¹²⁰ a lo cual también dedicaremos algunas reflexiones más adelante. De momento, sólo interesa apuntar al lector este parámetro de análisis para situar el papel que juega el derecho internacional ante la ampliación y diversificación de los temas que reclaman ser regulados y conducidos jurídicamente.

Y en un nivel complementario, hay que destacar también que el derecho internacional y la política internacional son dos dimensiones diferentes. Muchos de los problemas mundiales no son arreglados por el derecho sino a través de la política; sin embargo, esto no significa que ambas disciplinas del pensamiento humano estén incapacitadas para retroalimentarse en su común propósito de satisfacer las necesidades de las sociedades y brindarles el soporte jurídico-político que les permita un desenvolvimiento más ordenado y armónico.

Contrariamente, como lo demostramos ampliamente en el presente capítulo, con la ola mundializadora se incrementan más los puntos de encuentro que de desencuentro entre ambas disciplinas, haciendo que estén mutuamente una al servicio de la otra. Al aplicar y facilitar las pautas que marca esta tendencia, se estaría garantizando de alguna forma el cumplimiento de aquel derecho de los Estados, tantas veces invocado por los políticos e igual cantidad de veces olvidado por ellos, o sea, el postulado o principio que reza que todos los Estados, sin importar su tamaño o peso político específico, son jurídicamente iguales.

Por otra parte, una contribución de primer orden en la tarea de discernir el origen, papel y desarrollo del derecho internacional penal, consistirá en vincular causalmente los cambios sustantivos ocurridos en las últimas dos décadas en la sociedad internacional y el sistema de relaciones internacionales, con

¹²⁰ Para un mejor encuadre de las ideas aquí expuestas consúltese: Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos. Reestructuración General del Nuevo Derecho Internacional. Perspectivas hacia el Siglo XXI, en *Temas Selectos del Nuevo Derecho Internacional*, FCPS, UNAM, México, 1994, pp. 9-54.

las grandes transformaciones del derecho internacional general, en virtud de que éstas le imprimen una caracterización estructural diferente y más compleja, le inscriben en una dinámica de globalización acelerada y determinan el perfil de su desarrollo presente y futuro. Nos referimos concretamente, de entre las principales, a las siguientes:

*1ª. Transición hacia un nuevo orden jurídico internacional.*¹²¹

Este orden tiende a cimentarse en el derecho internacional existente hasta ahora, pero con un considerable incremento de normas nuevas, con un razonamiento progresista y una adecuación de las normas antiguas, y con una ampliación --aunque todavía lenta-- del contenido de equidad, justicia y ética. Un derecho internacional transformado y más democrático --hecho menos al capricho de unos cuantos Estados-- es un elemento indispensable del nuevo orden internacional. El derecho no es el único factor o el más significativo de ese orden, pero es un sistema sin el cual no pueden conjugarse los demás elementos. La globalización nos muestra un orden internacional complejo y cambiante con novedosos componentes económicos, políticos y sociales, que precisa también de un nuevo orden normativo jurídico para su estabilidad y continuidad. El derecho internacional proporciona la armazón para la creación y funcionamiento de normas, métodos, instituciones y políticas, que regulan el comportamiento de los participantes en el orden global de la <postmodernidad>; y proporciona, en suma, un marco para acciones comunes y para el intercambio mutuo de los Estados, los organismos internacionales y los individuos, entre otros actores y sujetos reconocidos del sistema internacional. Cabe señalar que los países medianos tienen una función muy importante en el advenimiento del nuevo orden jurídico internacional, pues su entusiasmo y la noción de responsabilidad en la formación de ese orden les hace ser factores imprescindibles. Por tanto, se requiere de una coordinación inteligente de sus inquietudes y esfuerzos y se impone, asimismo, una adecuada preparación de sus internacionalistas, de sus voceros y de sus delegados.

Comparando con los que le precedieron, el actual orden jurídico muestra adelantos evidentes. Muchas de sus nuevas instituciones son aceptadas sin mucha resistencia por los Estados. Son cada vez menos las lagunas que denota. Son mayores los métodos de arreglo de conflictos, más accesibles y más confiables. Se han logrado obtener ya conceptos depurados sobre la limitación y humanización de la guerra, y el concepto de agresión ha avanzado bastante en su definición. Algunas normas aplicables a los intercambios mercantiles se han redondeado razonablemente. Varias reglas sobre los ámbitos marítimo, aéreo y cósmico del Estado han sido precisadas. El derecho a la libre determinación de los pueblos se ha esclarecido. Pero todavía permanecen algunas áreas en las que es inobjetable la falta de acuerdo general entre los Estados, y en las que se requieren urgentemente métodos, procedimientos y normas. Por ejemplo, en lo que atañe a las cuestiones económicas y sociales, los derechos respectivos aún no se integran, y lo que hay deja mucho qué desear.

Falta bastante para llegar a un régimen legal claro y aceptable sobre soberanía del Estado, la responsabilidad internacional, los límites de la legítima defensa y de la defensa colectiva, el reconocimiento de gobiernos, el régimen de la propiedad de extranjeros, la protección a las minorías y grupos étnicos, la preservación del equilibrio ecológico, la regularización de la energía y las materias primas, las modalidades de la transferencia tecnológica, el estatus de las comunicaciones inalámbricas, el control de las transnacionales, la normatividad de inversiones extranjeras, y otras instituciones más.¹²²

¹²¹ Este asunto lo he venido abordando desde 1984, cuando presenté la ponencia "*Hacia un nuevo orden jurídico internacional*" en el X Coloquio Internacional de Primavera organizado ese año por el CRI de la FCPS de la UNAM. Posteriormente preparé un trabajo ampliado y actualizado que se intituló "*Reflexión general sobre el nuevo orden normativo internacional en un contexto de globalización*", expuesto en el Congreso de Desarrollo Sostenible auspiciado por la Fundación Alemana para el Desarrollo Internacional (DSE), realizado en Villa Borziga, Berlín, República Federal de Alemania, 2-21 de agosto de 1995.

¹²² Ciertamente hay vacíos, pero donde el sistema vigente muestra su mayor cuota de ineficiencia es en los modos de producción de las normas internacionales. La expedición de reglas hoy día es un proceso engorroso y pausado, fácil de objetar por los Estados, y sus resultados son pobres y en ocasiones poco confiables. Es quizá aquí donde reside una de las mayores deficiencias del sistema jurídico vigente. Como dijera el maestro Gros

Este nuevo orden parte también de la necesidad de eliminar una sinergia del sistema jurídico internacional actual que es la tremenda desigualdad entre diferentes grupos de Estados, que dificulta encontrar reglas comunes a todos. Sólo en algunos campos, como en el de la cooperación, es factible conformar normas satisfactorias para todos. Pero existen otras áreas en donde por fuerza surge una antinomia, por ejemplo, el derecho a la igualdad, que ha sido una de las grandes conquistas de los países medianos y pequeños, en no pocas ocasiones conspira en contra, pues las hegemonías necesitan de un tratamiento entre desiguales, como de hecho lo son.

Otro desafío a superar es que en el sistema imperante no todos los países tienen el mismo grado de interés o de entusiasmo en el surgimiento o aún en la existencia de reglas claras, obligatorias y precisas. Tal es el caso de las grandes potencias a quienes no interesa sino la regulación de determinados aspectos de las relaciones internacionales, los menos por cierto, y más bien propende a un albedrío lo más amplio posible, para no obligarse en nada, y proseguir libremente sus propios fines o impulsos; “la libertad de elegir en pleno”, como diría *Milton Friedman*. Por su lado, los mini y los micro estados, con la entendida excepción del Vaticano, a quienes beneficia sólo una pequeña porción de las normas internacionales, no tienen una gran inclinación hacia la creación de normas generales.

Son en realidad los Estados medianos los que más se ocupan y preocupan por el progreso de todo el derecho internacional, entre otras razones porque juegan el papel de puente entre los países mayores y los pequeños, y además, porque carecen de los apetitos de dominación de los Estados grandes, no aspiran a ejercer hegemonía, y les afecta bastante el comportamiento de los Estados mayores. Su misma supervivencia les hace buscar un orden en el que puedan realizar los objetivos que se han planteado de alcanzar un grado de desarrollo que eleve el bienestar material y moral de su población, y de vivir en paz con todos los demás.¹²³

Expuesto lo anterior, estamos en cierta posibilidad razonable de enunciar cuáles son los elementos básicos, el contenido del nuevo orden jurídico internacional, condición y cualidad esencial del derecho internacional frente a los retos de la sociedad global:

Espiell, el orden internacional está todavía muy al capricho de los dirigentes de las potencias mayores. Basta leer las memorias de Henry Kissinger o los trabajos académicos de Z. Brzezinsky para darse cuenta cómo la arrogancia, o la habilidad de manipuleo, o la mera distorsión óptica es capaz de conducir a los Estados a confrontaciones peligrosas, y al impulso de hegemonía en ciertas áreas geográficas y sobre determinados países, e impedir la correcta regulación jurídica.

¹²³ Un examen de la evolución del orden jurídico internacional y de las resoluciones de las Naciones Unidas y de sus organismos afiliados permite descubrir que el progreso de esta rama se ha debido en mucho a la acción determinada de ese grupo de Estados a nivel medio. Y aquí resulta válido coincidir con el maestro Sepúlveda, que sostiene que el advenimiento del nuevo orden jurídico internacional será tanto más posible si esos Estados se proponen, uniendo sus esfuerzos, participar en los procesos activos de creación de normas e instituciones. Son ellos los que pudiera denominarse la “clase media” internacional, la *tiers état* de nuestra comunidad universal, y por lo tanto, tienen una función muy activa y estimable de promotores del nuevo orden jurídico internacional, sobre todo, por que ellos pueden influir más fácilmente para conseguir el consenso de los Estados pequeños. Contémplesse el ejemplo de México respecto a Centroamérica. Para mí es inobjetable que el Sistema de Naciones Unidas, a través de su Asamblea General, los organismos especializados en menos medida y las organizaciones regionales, en escala más limitada, pueden funcionar como agentes de creación de normas jurídicas internacionales. No es que se trate de un proceso legislativo directo o estatuario como afirman ciertos publicistas, sino que, frente a un vacío legal, y ante la insuficiencia a la lentitud de las demás fuentes, este proceso de características políticas que Sepúlveda y Fitzmaurice denominan “la diplomacia parlamentaria”, tiene un considerable valor, por ejemplo, para: a) reafirmar conceptos jurídicos, a través del examen general de ellos; b) introducir con precisión el elemento de la “*opini3n juris*”; c) clarificar problemas jurídicos; d) estimular la reglamentación de nuevas funciones internacionales; e) interpretar y aplicar la Carta de las Naciones Unidas, o las cartas constitucionales de los otros organismos; f) revelar o introducir nuevos principios; g) rematar, como último eslab3n, la labor de codificaci3n que tiene a su cargo la Comisi3n de Derecho Internacional, y, h) por 3ltimo, para elaborar el trabajo preparatorio de la *aut3ntica legislaci3n internacional*.

- Puede esperarse que el derecho internacional de los próximos años esté caracterizado por un grado mayor de politización, que estará mejor encaminada, y que resultará productiva de un número mayor de normas y de instituciones legales.
- La diplomacia parlamentaria, o sea, esa combinación de parlamentarismo y de diplomacia que caracteriza a las reuniones en los organismos internacionales universales y regionales, tendrá que ser objeto de mejoras, y se irá convirtiendo en un vehículo más eficiente para la formación del nuevo orden legal internacional, y para la restauración de varias partes que pertenecen al antiguo derecho.
- Es de esperarse que el orden jurídico internacional de la primera parte de este siglo XXI, tendrá un mayor contenido de justicia. De la confrontación que actualmente tiene lugar sobre varias porciones del derecho internacional, como por ejemplo, la justicia universal, la jurisdicción penal internacional, la codificación penal internacional, los regímenes internacionales de protección, o el control de las transnacionales, entre muchos otros, puede resultar una síntesis beneficiosa, que clarificará las normas aplicables.
- Habrá muy probablemente un mayor número de tratados multilaterales normativos, que emerjan de conferencias especializadas porque crecerá la actividad codificadora de la sociedad internacional, que enriquecerá las reglas existentes. A la vez, aumentaría el número de Estados miembros de aquellos tratados generales celebrados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, no sólo lo requiere la ordenación de la sociedad, sino porque existe una mayor dosis de experiencia en este tipo de codificación. Tal es el caso del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal internacional.
- Podría predecirse que las Naciones Unidas, además de cierta influencia moral que ejercerá para que haya un número más grande de Estados adherentes a los pactos multilaterales codificadores se decidirán a velar más por la aplicación de esos tratados multipartitos, posiblemente a través de la publicación periódica de los hechos relativos al cumplimiento de los pactos, para que se difunda la falla de observarlos, o las violaciones, involuntarias o no, de ellos por los Estados miembros, lo cual inducirá de alguna manera al Estado a modificar su actitud renuente.
- La constante ampliación del círculo de actores y foros de negociación, provocará que las organizaciones e instituciones internacionales se conviertan más y más en los actores de mayor importancia en el campo internacional. Pero además dentro de este rasgo general hay que tomar en consideración como una característica específica del nuevo orden el procedimiento llamado del <consenso> que seguramente le consolidará como un método de trabajo generalizado en el seno de las organizaciones internacionales. Ciertamente, la autoridad <formal> de la resolución será menor que la de un texto votado por unanimidad, pero se ha observado que se adquiere una autoridad muy importante desde el punto de vista político, pues por el consenso de los Estados éstos se comprometen probablemente en mayor medida de lo que hubiera sido su intención real (*al existir ausencia de votación resulta que en realidad todos los Estados están de acuerdo con el texto*).
- La parte del nuevo orden que más avanzaría en los próximos años será seguramente la relativa a las relaciones económicas y a los delitos e infracciones económicas. Ello es así porque existe ya una urdimbre de instrumentos, de resoluciones de las Naciones Unidas y de proyectos que sólo requieren de alguna elaboración para convertirse en reglas jurídicas, y además, porque la materia no encierra las complicaciones políticas de otras secciones del derecho internacional.

- También es posible avizorar que, por encima de las tendencias globalizadoras, se está gestando una fuerte vuelta al regionalismo, y que, por tanto, podrá incrementarse la suma de reglas de derecho internacional regional. El derecho regional no se opone al derecho general, global o universal; le complementa especialmente en ciertas áreas apropiadas, como el derecho del mar, los derechos humanos, el derecho penal, la regulación jurisdiccional y procesal, la seguridad colectiva, la regulación de inversiones extranjeras, la reglamentación de energéticos y materias primas, etc.
- El nuevo orden jurídico internacional tendrá un progreso continuado en las próximas etapas, porque las condiciones presentes son propicias para ello, y en ese progreso las Naciones Unidas y desde luego, el proceso de la diplomacia parlamentaria jugará un papel de primera importancia. Debe preverse una continuidad esencial y una importancia cada vez mayor del derecho internacional y una activación del proceso de legislación multilateral. .

Para finalizar este somero planteamiento acerca del nuevo orden jurídico internacional, como primera característica del derecho internacional inscrito en la actual sociedad global, cabe advertir que, contra lo que sus deturpadores suelen pregonar, es muy necesario que la Organización de las Naciones Unidas se encamine en una clara e irreversible reforma general e integral, combinada con una reestructuración con tendencias al <alto supranacionalismo democrático> y junto con una mayor voluntad política de los Estados para cederle soberanía real, a efecto de que las normas que de ella emanen y las que ya constituyen el orden legal internacional tengan garantía para su aplicación y cumplimiento. En la misma lógica de pensamiento, estamos ciertos que el progreso será tanto más firme y más positivo si los internacionalistas, científicos sociales y humanistas independientes aumentan en número y en calidad. Particularmente, el *iusinternacionalista* bien capacitado es un factor muy importante para el advenimiento y consolidación del nuevo orden jurídico internacional.

2ª. Unificación de los métodos de estudio y aprendizaje y de la metodología de aplicación.

Este problema de la unificación de los métodos de estudio y aprendizaje y de la metodología e aplicación del derecho internacional podría constituir, en sí mismo, y al igual que el relativo al nuevo orden jurídico internacional, un tratado completo y extenso que rebasa por mucho los objetivos y alcances de la investigación doctoral que nos ocupa, razón por la cual sólo se le dedicarán algunas líneas de reflexión. Así, señalaremos que hoy día se destaca en altos círculos oficiales y profesionales como la Comisión de Derecho Internacional e importantes centros y asociaciones de cobertura mundial como la *International Law Association*, que el proceso de enseñanza-aprendizaje de la ciencia jurídica internacional se ha caracterizado en los últimos años por la desunificación, la fragmentación y la departamentalización del conocimiento. Por ello, a partir de las primeras conferencias mundiales para debatir en torno a la dimensión jurídica y legal de la globalización que comenzaron a fines de los ochentas, junto con la difusión crecientemente generalizada de la informática y la comunicación electrónica, especialmente la internet, se ha buscado revertir esa trayectoria a la atomización, sustituyéndola por acuerdos de intercambio académico, colaboración universitaria e interconexión de materiales y de personal especializado para unificar tanto contenidos como métodos y técnicas de enseñanza-aprendizaje y aplicación del derecho internacional.

El tema es, asimismo, un destacado punto de discusión académica y ejecución administrativa en las principales universidades e institutos de investigación del derecho internacional del mundo entero, y que ya está trascendiendo a los círculos superiores del poder político de los Estados y a las esferas de la alta y mediana burocracia de las organizaciones interestatales y no gubernamentales, así como a los centros de capacitación política y de toma de decisiones. Se parte de la afirmación de que aunque el orden actual tiende ya a la universalización, disponemos todavía de un derecho que contiene muchos elementos de transición, contradicción y bastante incertidumbre. *No ha correspondido al cambio social dinámico*, tanto en el nivel interno como el externo. Por esta razón se propone para su estudio, enseñanza, operación y aplicación planteamientos diferentes e integrales que sean útiles tanto para el interés nacional como para el colectivo. Por ejemplo, en Europa y en Estados Unidos actualmente se busca --aunque pareciera paradójico-- ya no recurrir a herramientas mecánicas,

formalismos y formulismos, comunes en el pasado y aún hoy, que reducen al derecho internacional al tratamiento lineal de sistemas jurídicos dominantes. Por tanto, se debe reorientar la búsqueda hacia una metodología única, científica, de validez general y abierta a los cambios emanados de una sociedad internacional en constante evolución y globalización.

3ª. Transformación de la estructura y el contenido.

Los principales estudiosos de las ciencias políticas y sociales y de las humanidades han venido planteando una realidad de transformación cualitativa y cuantitativa en la estructura y contenido de las disciplinas encuadradas en ese marco, como la sociología, la ciencia política y el derecho. Así, y después de todo lo expuesto a lo largo del presente capítulo, nuestra opinión sobre este punto podría parecer en un principio repetitiva, ociosa y muy evidente. Sin embargo, en teorías, exploraciones y argumentaciones, se rompen preferencias y géneros. Ciertamente, aquí hay mucha discusión doctrinal y debates que se antojan insalvables, y que algunos --en el colmo del simplismo-- han reducido a la "pugna modélica" *pragmatismo* versus *idealismo*, no obstante que se trata de una cuestión mucho más profunda y compleja.¹²⁴

Por un lado, hay quienes pensamos que en los últimos años, la naturaleza y la estructura de la sociedad internacional han sufrido transformaciones fundamentales que han modificado profundamente la esencia, armazón y contenido del derecho internacional. Empero, hay quienes no lo consideran así, consecuentemente el derecho internacional que se investiga y enseña en no pocas universidades e institutos superiores se basa todavía predominantemente en el sistema de relaciones internacionales que se originó en la época de Grocio y que llegó a su culminación en la Segunda Posguerra.

Estos tratadistas y comentaristas consideran que los cambios contemporáneos son más bien ramificaciones, extensiones y modificaciones que transformaciones básicas en el nivel estructural. Desde otra óptica explicativa, aunque no precisamente contraria a nuestra visión del objeto en cuestión, se ubicarían los discípulos y seguidores de ese enorme pensador francés que fue Raymond Aron --padre de la Sociología Histórica-- como por ejemplo Stanley Hoffman, Henry Kissinger y el brillante teórico mexicano Héctor Cuadra, quienes preferirían hablar de "*fronteras disciplinarias virtuales*" y de "*contingencias históricas*".

4ª. Unicidad e integración de lo público y lo privado.

Nos parece evidente que la propia existencia de la sociedad global confirma que la clara diferenciación entre derecho público y privado ha dejado desde hace tiempo de expresar la realidad del derecho nacional e internacional, aun cuando tal distinción domina todavía los planes de estudios de las escuelas de derecho y de ciencias políticas y sociales. En instituciones europeas y en universidades del contexto anglosajón se utiliza el término genérico "*International Law*", "*Droit International*", "*Diritto Internazional*", entre otros, para describir la ciencia jurídica internacional en sus campos público y privado. En España y algunos países latinoamericanos como Argentina, Venezuela y Brasil se observa la tendencia a no hacer una distinción precisa y tajante entre "lo público" y "lo privado" en los cursos superiores de derecho internacional.

Estos y otros casos demostrarían que esta tradicional clasificación debiera ser superada, o al menos ponderarse y matizarse pues "(...) *por su propia esencia y por la fuente de donde emana, todo el derecho es público*".¹²⁵

¹²⁴ Recomiendo sobre este punto el interesante trabajo de Orozco, José Luis. *Pragmatismo e Inteligencia Política Global*. Universidad Autónoma Metropolitana, Cultura Universitaria Serie Ensayo 69, México, 2000. Específicamente los Capítulos I relativo al tema de *El pragmatismo y la contracción del pensamiento político* (pp.13-39); y, II *La forja del intelectual pragmático* (pp.65-88).

¹²⁵ Amado Castro, Luis Alberto en su artículo "*Nuevas Tendencias del Derecho Marítimo Internacional*", publicado en la revista *Relaciones Internacionales*, FCPS-UNAM, No. 76 ene-abril 1998, cita el *Tratado de Derecho Marítimo* del Maestro Raúl Cervantes Ahumada, Porrúa, México, 1980.

Empero, es importante reconocer que la globalización actual que privilegia los procesos económicos y mercantiles sobre los políticos y jurídicos, se manifiesta en dos contrasentidos, esto es, por un lado desdibuja los límites tradicionales al acercar los sujetos y las acciones públicas y privadas y, por el otro, incita a mantener la distinción arbitraria entre la rama pública y la privada, al hacer patente el predominio de los intereses que se tratan o regulan; aunque finalmente debe reconocerse que ambos intereses van a interactuar y se van a mezclar, siendo imposible en la práctica delimitar fronteras claras entre unos y otros. Así, podríamos aceptar las afirmaciones que al respecto hace Carnelutti o el concepto de Bonnacase, cuando nos indica que "*Los fenómenos jurídicos serán los mismos esencialmente*".¹²⁶

5ª. El derecho internacional, como derecho transnacional y como derecho supranacional.

La actual transición hacia una sociedad global, invita a reflexionar sobre la presencia y desarrollo del derecho de gentes en estas tres dimensiones: *internacional, transnacional y supranacional*; amén de que las propias relaciones internacionales lo son hoy también, paralela e incluyentemente, transnacionales y supranacionales:

a) La *sociedad internacional*, se manifiesta por el sistema tradicional de relaciones diplomáticas interestatales, incluyendo las relaciones entre Estados y organismos internacionales y entre las propias organizaciones intergubernamentales, que son relaciones de representación y coexistencia.

b) La *sociedad transnacional*, viene a quedar caracterizada por el volumen y alcances que va teniendo cada vez más la cooperación internacional en cuestiones de interés común. El concepto de *<sociedad transnacional>* corresponde en términos generales al de *<derecho transnacional>* que ha sido desarrollado por algunos iusinternacionalistas contemporáneos como Akehurst, Becerra Ramírez, Friedmann, Lachs, Goldie, Charney, Franck, Dupuy, Luard y Myres McDougal, entre otros.¹²⁷ En este nivel, los principales sujetos siguen siendo los Estados y hasta cierto punto las organizaciones internacionales, pero muchas de estas *relaciones transnacionales se realizan y fomentan mediante grupos semipúblicos o privados que tratan directamente entre sí, o con entes públicos*. Las actividades que llevan a cabo estas *fuerzas transnacionales*¹²⁸ abarcan la totalidad de las relaciones culturales, jurídicas, científicas, políticas y económicas, y hay casos en que tienen funciones de control económico que les vienen a dar, según expresión del Karl Renner, *<facultades delegadas de mando>*. Sea cual fuere su importancia, el hecho es que las relaciones transnacionales representan un objeto significativo de ordenamiento y regulación del derecho internacional en la sociedad actual.

c) La *sociedad supranacional*, se identifica porque en ella las actividades y funciones de los Estados y agrupaciones están mezcladas en instituciones internacionales, que aunque su condición legal deriva de tratados internacionales y llevan a cabo sus funciones gracias al acuerdo político y a las contribuciones económicas de los Estados miembros, realizan

¹²⁶ Citado por Antonio Remiro Brotons en su texto *Derecho internacional*, McGraw-Hill, España, 1998, p.640. "un contrato será un contrato, una sucesión será una sucesión, una compra venta será una compra venta, un transporte será un transporte, un testamento será un testamento, etc."

¹²⁷ Por mencionar sólo el ejemplo de un autor mexicano, existen varios textos del profesor e investigador universitario Manuel Becerra Ramírez, de donde se desprende y deduce la idea de un derecho internacional cooperativo o transnacional. Véanse: *Derecho Internacional Público* (1997), *Derecho de la propiedad intelectual. Una perspectiva trinacional* (1998), *La organización financiera y el derecho internacional en Regulación de flujos financieros internacionales* (2000, coordinado por Marcos Kaplan e Irma Manrique), editados los tres por el I.I.J. de la UNAM.

¹²⁸ Véase: Merle, Marcel. *Sociología de las Relaciones Internacionales*, Alianza Editorial, España, 1986, pp. 335 a 396. Este autor nos plantea desde la perspectiva de la Sociología Histórica un interesante estudio sobre las denominadas *fuerzas transnacionales*, a saber: Las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), las Firmas Multinacionales y la Opinión Pública Internacional (OPI).

propósitos y tareas particulares y toman decisiones propias y, a medida que cobran más firmeza, prácticamente se emancipan de los Estados o grupos que las constituyeron y desarrollan una personalidad, una autonomía y un poder con caracteres exclusivos.

Es indudable que la existencia y amplitud que adquieren a diario las relaciones supranacionales en un mundo cada vez más global, influyen y determinan la estructura de un verdadero *derecho supranacional*. Para ejemplo baste señalar el nivel de alta supranacionalidad que tienen los sistemas jurídicos, legislativos y normativos emanados de la Unión Europea, el FMI, el Banco Mundial, la ISO, la OMC, la OCDE y algunos organismos especializados del sistema de Naciones Unidas, entre los principales.¹²⁹

6ª. Una nueva extensión vertical y horizontal.

La percepción de que la estructura de la sociedad internacional ha sufrido cambios básicos y que, consecuentemente, el derecho internacional se está desarrollando en tres diferentes planos, uno que sigue la norma clásica de la coexistencia diplomática y los otros dos que buscan la cooperación internacional, tanto regional como universal, debe conducir a una reorientación de nuestros conceptos en el estudio de esta disciplina. Es innegable la existencia de una gradual *extensión vertical* del derecho internacional a numerosas cuestiones nuevas, como las del orden de la justicia penal, la cooperación judicial y la jurisdicción universal, respondiendo así a las demandas particulares y al estilo que imponen tanto la sociedad global, como los nuevos principios de la organización del Estado, así como al creciente control público-privado de las actividades políticas y económicas.

Paralelamente se presenta una *extensión horizontal* del derecho internacional, hacia todos los países medianos y pequeños, metropolitanos y periféricos, y hacia Estados y civilizaciones no occidentales con diferentes antecedentes culturales, ideologías y en dispares estatus de desarrollo, ampliando también su esfera de acción a los agrupamientos no gubernamentales y a otros sujetos atípicos, como hoy lo es el individuo. De hecho, hablar de una nueva extensión del derecho internacional no es del todo nuevo. Desde 1947 *Maurice Bourgin* señaló el creciente número de campos de acción que están siendo afectados por la regulación internacional. Igualmente, el jurista y sociólogo *Frederick Van Asbeck* puso en relieve la gran apertura del crecimiento y de la movilidad del derecho internacional ocurridos en los últimos años.

Desde esta perspectiva de diversificación y amplificación del derecho internacional, cabe señalar éste puede ser estudiado a través de distintos enfoques, entre los que destacan: el tradicional y el moderno. El primero supone la utilización de la perspectiva formalista para la revisión de contenidos normativos y fórmulas de prosapia eminentemente anglosajona, básicamente europea. El segundo, es de naturaleza eminentemente analítico-crítica y pretende sustentarse en una metodología científica más dinámica y abierta a los cambios para aprehender la producción y aplicación del orden jurídico emanado de una sociedad internacional en constante evolución.

En este sentido, dentro de esta segunda concepción, debe quedar bien establecido que el derecho internacional ya no debe dividirse simplemente en "público" y "privado", o al interior del primero en los tradicionales "derecho de la paz" y "derecho de la guerra"; de hecho este último casi se ignora o ya no se aborda en textos de elaboración relativamente reciente. Si propugnamos por la consolidación de una Escuela Mexicana de Derecho Internacional que unifique criterios y reúna voluntades y conocimientos de excelencia, debemos partir del rescate de esta ciencia jurídica para hacerla

¹²⁹ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, op.cit. (Artículo revista Relaciones Internacionales, No.65), pp.27-28. El supranacionalismo es también un fenómeno histórico asociado muchas veces al grado de desarrollo de los Estados. No es sólo una figura jurídica, ya que este aspecto queda cubierto por la formalidad constitucional y la personalidad detentada, sino un agente activo dentro del fenómeno del poder en la organización internacional; es un elemento endógeno de ésta que le da capacidad para ejercer una autoridad indiscutible e imponer políticas y decisiones obligatorias para los Estados. El poder mundial, la cooperación y el conflicto son constantes históricas que determinan la naturaleza, contenido y madurez de la maquinaria política de la organización internacional y por tanto, su grado de supranacionalidad.

realmente equitativa y más auténtica, y que responda a intereses más genuinos como Estados en vías de desarrollo.

En esta perspectiva, el estudio del derecho internacional debe ubicarse en los contextos de la actual crisis general, de la globalización y de la ramificación de sus campos de regulación, esto es, en los nuevos ámbitos jurídicos derivados, como lo son los que a continuación se enlistan y que, en otros términos, también se les identifica como nuevas líneas de investigación jurídica, nuevos desarrollos, "nueva agenda jurídica internacional", retos y realidades actuales del nuevo derecho de gentes, etc.

En el fondo se trata de lo mismo: extensión y diversificación del derecho internacional público:

- Derecho internacional del mar.
- Derecho internacional espacial o del espacio ultraterrestre.
- Derecho internacional económico.
- Derecho internacional mercantil o comercial.
- Derecho internacional monetario.
- Derecho internacional financiero.
- Derecho internacional fiscal.
- Derecho internacional administrativo.
- Derecho internacional social.
- Derecho internacional laboral o del trabajo.
- Derecho internacional humanitario.
- Derecho internacional de los derechos humanos.
- Derecho internacional civil.
- *Derecho internacional penal y derecho penal internacional.*
- Derecho internacional constitucional o de las organizaciones internacionales.
- Derecho internacional cooperativo y del desarrollo.
- Derecho internacional ambiental o ecológico.
- Derecho internacional de la energía y las materias primas.
- Derecho internacional de la tecnología.
- Derecho internacional de las comunicaciones.
- Derecho internacional de la integración.
- Derecho internacional de las minorías y los grupos étnicos.
- Derecho internacional bursátil.
- Derecho internacional procesal.
- Derecho internacional jurisdiccional
- Derecho internacional corporativo y de control monopólico.
- Derecho internacional informático.

7ª. Irrupción de los técnicos y <tecnificación> de la materia y de los procedimientos.

Uno de los efectos más notables de la transformación de las relaciones internacionales en el derecho internacional, es el acrecentamiento de los bienes jurídicos a tutelar. Existe actualmente una creciente diversidad de materias reguladas en centenares de convenciones internacionales, en las que se pueden afectar las leyes de sociedades mercantiles, transacciones petroleras, prevención y represión de actos ilícitos, solución de controversias, derechos de autor o de patentes. Pueden regular los contratos colectivos de trabajo, prácticas comerciales restrictivas, delitos contra la comunicación o el medio ambiente, infracciones de cuello blanco o la protección de inversiones privadas extranjeras.

Y muchas de las cuestiones así reglamentadas son de la incumbencia de especialistas en otros campos del derecho o de científicos y técnicos a quienes por lo general no interesa el derecho internacional. Por esta razón, sería muy riesgoso dejar enteramente estas materias en manos de peritos en sociedades mercantiles, en penalizaciones e infracciones, en derecho procesal o jurisdiccional, cooperación judicial o en derechos de autor y considerarlas fuera del dominio de los juristas y de los *iusinternacionalistas*.

Muy delicado también sería pretender dejar en manos de los técnicos la formulación de la ley, más aún tratándose del delicado aspecto penal o procesal penal, pues el técnico o el tecnólogo, y por derivación el tecnócrata, carecen por lo general de criterio jurídico y político. Consecuentemente, debe haber concurrencia entre internacionalistas, especialistas y técnicos cuando el asunto a tratar así lo amerite, pero en una adecuada división de responsabilidades. Esto es, cuando cualquier materia es objeto de alguna convención internacional o de un convenio entre Estados u otros sujetos extranacionales, adquiere por ese solo hecho significación desde el punto de vista del derecho internacional como del de la especialidad de que se trate.

8a. La subjetividad no excepcional del individuo en el derecho internacional público.

En el derecho internacional clásico, se le negó reiteradamente la subjetividad jurídica al individuo, argumentándose que los Estados eran los sujetos únicos y genéricos, junto con las organizaciones internacionales —que se consideran todavía con un carácter *atípico* o *sui generis*. Empero, la sociedad internacional actual está adquiriendo una connotación personalista y humanista, esto es, se está humanizando y socializando, lo cual tiende a generar hoy un derecho internacional público que, sin dejar de ser eminentemente interestatal, es al mismo tiempo interindividual.¹³⁰ Así, el problema no radica en que se empiece a reconocer la subjetividad del individuo ya que, como lo observamos y seguiremos corroborándolo a lo largo de nuestra investigación, la práctica no lo ha excluido, más bien ocurre que aún no se le confiere una calidad explícita y plena de sujeto.

Siguiendo la posición que afirma que el individuo posee características claras de subjetividad, se puede afirmar que su participación en derechos y obligaciones en el ámbito internacional, es hoy una realidad, no tan nueva. Y si damos por asentada la subjetividad del individuo, lo importante será entonces distinguir los dos planos que le dotan de esa calidad jurídica. Uno es el *plano de los derechos*, en donde se le reconocen derechos inherentes al hombre. Aquí encontramos dos tipos de textos, uno de tipo universal y el otro de tipo regional que tienen en común el reconocer expresamente los derechos de los individuos.¹³¹

¹³⁰ Existen tres posturas claramente definidas frente a la posibilidad de dotar de subjetividad explícita al individuo: a) la que sostiene que *no es ni puede ser sujeto del derecho internacional* (la teoría clásica); b) la que argumenta que *él es el único y verdadero sujeto* (la Escuela de Kelsen, afirma que "...el derecho es esencialmente regulación de la conducta humana...recíproca de los hombres, así pues, el Derecho Internacional es también una regulación de la conducta humana"). Esto es que, las obligaciones y derechos de una persona jurídica internacional, finalmente son obligaciones y derechos colectivos de los individuos que la forman) y, c) la que señala que *definitivamente sí es sujeto, pero con limitaciones* (en el derecho internacional coexisten como sujetos el Estado, los organismos y el individuo, como persona jurídica particular, de una manera específica, diferente del modo ordinario en que los sujetos son de derecho nacional).

¹³¹ El primer antecedente de responsabilidad internacional para el individuo se concretó en el Acuerdo de Londres de 1945 (con la Carta del Tribunal Internacional de Nüremberg) para juzgar a autoridades del régimen nazi por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad). Le sigue la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Luego el Protocolo de 1966 complementario del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, donde los Estados parte reconocen la atribución a todo individuo bajo su jurisdicción (sea cual fuere por tanto su nacionalidad) a presentar reclamaciones ante el Comité de los Derechos Humanos, contra los Estados, por violación de los derechos que en el Pacto se consagran. Ya en la actualidad destacan dos ejemplos: a) El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (resolución 827 del Consejo de Seguridad del 25 de mayo de 1993), competente para juzgar a los individuos responsables por crímenes contra la humanidad; y, b) El Tribunal Criminal Internacional para Ruanda encaminado a juzgar a los presuntos responsables de actos de genocidio o de otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en ese Estado, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1994 (resolución del Consejo de Seguridad de noviembre de 1994). Por último está, la Corte Penal Internacional, establecida por el Estatuto de Roma aprobado en junio y julio de 1998 (firmado por México el 7 de septiembre de 2000) con poderes para investigar y enjuiciar a individuos que cometan crímenes graves, incluidos los de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluyendo el "delito de agresión".

El otro, es el *plano de las acciones*, donde se les atribuyen ciertas posibilidades de actuación directa ante los organismos internacionales, así como de realizar actos antijurídicos que engendren responsabilidad internacional directa y personal. Por supuesto, la actuación individual implica la capacidad de ejecutar actos jurídicos internacionales, como ocurre en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Corte Penal Internacional, esto es, mediante la comparecencia ante estos órganos colegiados, o bien, la posibilidad de ejercitar derecho de petición, como se establece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o con la factibilidad de acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹³²

Otro de los elementos a considerar en este tópico se encuentra en el régimen de extranjería, puesto que ya existe un estándar internacional referente a los asuntos de los extranjeros. Esto se fundamenta en la *inveterata consuetudo* y en la *jurisprudencia*, además de códigos como la *Declaración para la protección de los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*. La movilidad cada vez más marcada del individuo dentro del sistema internacional tiende a concederle recursos específicos que poco a poco lo convierten en un protagonista de las relaciones internacionales y del derecho internacional público, ante la tutela del Estado que no deja de debilitarse y de perder fuerza: el director de una firma multinacional, el responsable de un sindicato internacional de pilotos, el presidente de una federación sindical mundial, el científico o el artista de renombre en el mundo o el representante de una iglesia, o incluso el individuo común y corriente en su modesta dimensión, actúan así en el escenario global con un margen de maniobra nada despreciable.

Ante el avance del terrorismo, también ante los problemas que implica la proliferación de formas de violencia cada vez más difíciles de controlar, ya sea que se trate de motines urbanos, sabotajes unipersonales, de explosiones intercomunitarias o de tensiones ligadas a un proceso de integración insuficiente, el Estado es obligado a solicitar los movimientos asociativos de individuos, inclusive a tolerar o hasta alentar ciertas formas de protección privada. El individuo encarna así, parte de las múltiples manifestaciones de retroceso de la capacidad de los Estados que afectan de manera inevitable la calidad de la obediencia civil, y por ende la calidad de su acción internacional.

Como miembro de la sociedad civil, el individuo se está sintiendo implicado, hasta en su vida cotidiana, en el juego internacional. Por el contrario, como ciudadano en el espacio público, siente que está siendo excluido por la acción diplomático-militar del Estado. Cada vez más técnica y lejana, esta acción despierta una curiosidad de espectador: al observar las cumbres de jefes de Estado, así como el despliegue de acciones técnico-militares profesionalizadas que han dejado de movilizarlo, el individuo ciudadano cuenta cada vez menos con su estado para penetrar en el escenario global, mientras que la sociedad civil se internacionaliza sin demasiadas dificultades. Asimismo, cabría asentar que la movilización asociativa constituye una fuente de debilidad para la lealtad al Estado. La crisis que éste atraviesa, pero también las evoluciones y transformaciones sufridas por los modos de funcionamiento del mercado y de la vida profesional, tienden a acrecentar la inserción de ciertas categorías en el seno de *redes asociativas*, algunas de las cuales ya cuentan con una dimensión internacional que les da en calidad de organización no gubernamental (ONG) una posición de protagonista en el sistema internacional, distinto e incluso contendiente del Estado.

Esas organizaciones pueden ser de naturaleza religiosa e incluir entonces tanto Iglesias como sectas, rivales cada vez más característicos del Estado en los espacios sociales en el seno de los cuales la fidelidad hacia éste va en retroceso; también pueden ser de naturaleza secular y reagrupar familias políticas o sindicatos, asociaciones humanitarias; en fin, una infinidad de *redes de solidaridad* que

¹³² Pastor, Ridruejo, José. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, Técnicos, Madrid, 1996, p.98. Señala el autor que el primer tipo, confiere universalidad a los derechos del hombre, por lo que no distingue fronteras en la concesión de éstos; el segundo, los asegura en forma regional, creando un marco para su aplicación, como es el caso de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (4 de noviembre de 1950) que llevó al establecimiento de un sistema de protección de los mismos a través de una Comisión y un Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

unen, por encima de las fronteras, a individuos egresados incluso de las universidades más prestigiosas y dotados de un brillo internacional.

Finalmente y en un orden paralelo de ideas, cabe hacer notar que en la búsqueda del derecho internacional que está produciendo la sociedad global, al igual que del nuevo orden jurídico internacional en el contexto de una sociedad en constante y asombrosa mutación, se antoja muy conveniente y necesario que se establezcan amplios y variados mecanismos procesales, casi ausentes en el derecho internacional de nuestros días.

Avances en este sentido pueden observarse a través de las actuaciones jurídicas del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que de alguna manera están sentando las bases de lo que rudimentariamente podríamos denominar el "*derecho internacional procesal*" o "*derecho internacional jurisdiccional*" (para distinguirlo del derecho internacional de cooperación al proceso a que se refieren los textos modernos del derecho internacional privado, en su denominada Parte Especial).

Idéntica tarea se nos presenta en tratándose de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya que ya están produciendo los fundamentos modernos del citado derecho internacional jurisdiccional y que habrán de enriquecer a la Corte Penal Internacional de Roma, que entró en funciones el primero de julio de 2002, y de cuya experiencia habrán también de retroalimentarse.

Por su parte, los científicos sociales y los internacionalistas debieran promover el interés de los nuevos Estados en el orden internacional, en el derecho, y en las justas relaciones internacionales. Los juristas internacionales podrían activar el conocimiento del derecho internacional que produce la sociedad en globalización, suprimiéndole conceptualismos innecesarios y nociones anticuadas y ya inoperantes, y hacer más fácilmente conocida esta importantísima disciplina, pues su buena observación depende de la familiaridad con este sistema legal y también de la buena calidad de las normas.

En la creación y el establecimiento de este nuevo sistema jurídico, sujeto cada vez a más complejos desafíos, el jurista y el internacionalista deben vincularse con expertos de otras disciplinas, politólogos, economistas, sociólogos, historiadores, filósofos, epistemólogos, comunicólogos, para que en equipo, se dediquen a contribuir a la formación y a la clarificación de las normas de las nuevas estructuras jurídicas internacionales que reclama la sociedad global y las sociedades nacionales. En esa tarea nuestros campos disciplinarios deben abandonar el escepticismo y renunciar a la vez a un exceso del formalismo legal.

CAPÍTULO SEGUNDO

ENFOQUES TEÓRICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL.

2.1. Génesis y desarrollo histórico del Derecho Internacional Penal.

La idea de ley penal y orden punitivo ha acompañado a la humanidad desde sus orígenes, pues es una reacción innata del *zoon politikon* el proteger sus bienes y desarrollo y el castigar a quienes violan las reglas y el contrato social establecido. En la época antigua se tiene una primera referencia al derecho internacional penal dentro de la civilización egipcia, según lo muestra un tratado de extradición firmado en el año 1280 A.C.¹³³ El derecho romano contenía un amplio esquema de penas y castigos para el delincuente, el criminal y el culpable de atentar –sedición— contra el Imperio. Posteriormente, durante el absolutismo renacentista --según lo reporta el maestro A. Quintano Ripollés— el jurista y politólogo Von Bar acuñó el término "*derecho penal internacional*", lo cual convalidan otros autores al sostener que en siglo XVI se amplían las comunicaciones y se diversifican las relaciones internacionales donde, al mismo tiempo, se afianzan los conceptos de *cooperación* y *coerción internacional*.¹³⁴ Otro grupo de estudiosos expresa que los primeros bosquejos claros del derecho internacional penal surgieron a finales del siglo XIX y principios del XX. Aunque según lo asienta el jurista argentino Guillermo J. Fierro, parece ser que el pionero en utilizar "académicamente" esta denominación fue Jeremías Bentham en sus "*Principales*", editado en 1820, quien se pronuncia a favor de su admisión en los tratados generales del derecho de gentes de la época.¹³⁵

A pesar de las fuentes de derecho más antiguas, de los primeros reglamentos del siglo XIX, amén de los esfuerzos doctrinarios de la primera mitad del siglo XX, el derecho internacional penal permaneció un largo tiempo en el terreno de la utopía o en la incertidumbre. Por consiguiente, debemos considerar la segunda mitad del siglo XX y los primeros años del siglo XXI, como el debut de la concretización de las ideas y expectativas de todos estos doctrinarios que hemos citado y de otros más que, todos juntos, representan para nosotros los pioneros y verdaderos <visionarios> de la ciencia jurídica internacional penal.

Como lo señalaba nuestro estimado maestro *Wolfgang Friedmann*, en realidad siempre ha existido un derecho internacional penal, hasta ahora aún *bastante modesto y mal definido*, aunque en estos momentos, con el proceso globalizador y la reestructuración del *jus gentium*, el panorama se ha modificado sustancialmente. En sus inicios, una parte de él se componía de delitos, no muy importantes, que el derecho internacional clásico consideraba como tales. Quizá sólo dos fueron reconocidos en forma general. *Primero*, la *piratería*, delito que evidentemente fue disminuyendo en importancia al ir menguando las actividades de los filibusteros para dar paso a las actividades, a menudo piráticas, de las armadas y demás fuerzas de ataque bajo el control de los Estados. *Segundo*, el principio generalmente aceptado de que los miembros de las fuerzas armadas beligerantes podrían ser considerados como responsables por violaciones al derecho internacional de guerra o humanitario, y enjuiciados por las autoridades enemigas.

Pero con mucho, desde mediados del siglo XIX, la parte más importante de esta rama ha consistido básicamente en el *ajuste de las diferencias entre las jurisdicciones penales de varios Estados* para juzgar a sus propios nacionales o a extranjeros, y en particular los conflictos y choques ocasionados por los principios de nacionalidad al ejercer tal jurisdicción (aquí se trata en realidad de temas propios

¹³³ Bassiouni, M.Ch. *International Extradition and World Public Order*, Fontamara, Madrid, 1994, pp. 341

¹³⁴ Quintano Ripollés, Antonio. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, CSIC, Instituto "Francisco de Vitoria", España, 1957, Tomo II, pp. 117. Como lo veremos más adelante este autor es el primero en tratar de esclarecer los términos derecho penal internacional e internacional penal.

¹³⁵ J. Fierro, Guillermo. *La Ley Penal y el Derecho Internacional*. Ediciones DePalma, Argentina, 1977, pp.5

de la ciencia penal en el derecho internacional privado, como lo explicaremos más adelante). Una aplicación de este principio tiene todavía lugar cuando se comete un delito en la <tierra de nadie> (*res nullius*), o en alta mar, donde puede sostener su jurisdicción el Estado de la matrícula del barco del delincuente o de la víctima, el Estado de la nacionalidad del delincuente, o cualquier Estado en cuyas aguas se halle temporalmente el barco.

Consideremos que históricamente tanto por lo que hace al alcance de los delitos internacionales en sí como por lo que toca al ajuste de las jurisdicciones, los acontecimientos propios y los grandes procesos transformadores del siglo XIX y los más drásticos del siglo XX --como las dos guerras mundiales-- fueron obligando paulatinamente a la sociedad de Estados a hacer una reconsideración y reclasificación como paso preliminar a la gradual internacionalización del derecho penal, actitud que continúa hasta nuestros días, con un dinamismo creciente. Así, tenemos que en los últimos años ha habido cierta tendencia a equiparar con la piratería ciertos delitos como el tráfico de personas, la trata de blancas, el narcotráfico, el mercadeo negro de armas, etc., pero la dificultad es que se trata de cuestiones distintas. Caso similar lo tenemos en materia de genocidio y etnocidio donde todo tiende a equipararse a los conceptos de <crímenes contra la paz>, <crímenes de guerra> y <crímenes contra la humanidad>, adoptados en la Carta de Nuremberg y por los subsecuentes juicios y procesos contra criminales de guerra alemanes, japoneses, yugoslavos, ruandeses y sierraleoneses.

Para redondear esta breve semblanza retrospectiva del derecho internacional penal, convendría enlistar algunos de los principales esfuerzos históricos que devinieron en proyectos fundamentales que son antecedente y cimiento para un primer intento de sistematización y ordenamiento de esta importante materia:

- ❑ Diferentes obras de Jeremías Bentham que tocan el tema penal internacional, 1820-1825.
- ❑ Proyecto de Código Internacional Penal, de 1832, por G. de Gregory.
- ❑ Edición en Madrid, España de la obra <Tratado de Derecho Penal Internacional y de la Extradición>, en 1880, por Pasquale Fiore, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Turín.
- ❑ Proyecto de Código Penal Universal, de 1890, por Von Liszt.
- ❑ Constitución de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, de 1899 (Competencia Penal).
- ❑ Concreción de un Código Internacional Penal, de 1900, promovido por el Congreso Internacional Penitenciario.
- ❑ Máximas para la formación de un Código Internacional Penal, de 1905, por el jurista e internacionalista Rafael Garofalo.¹³⁶
- ❑ Convenciones de Ginebra sobre Leyes y Costumbres de Guerra, de 1907.
- ❑ Iniciativa para la constitución de un Tribunal Internacional, de 1919, por la Conferencia preliminar de la Paz (finalmente se prefirió para lo criminal un organismo inter-aliado *ad hoc*, para juzgar a presuntos responsables de la guerra y sus crímenes).
- ❑ Proyecto de Estatuto de una Alta Corte de Justicia Internacional Penal, de 1920, por el escritor belga el baron Descamps y el español Altamira (fue rechazado por la Asamblea de la Sociedad de Naciones calificándolo de prematuro).
- ❑ Propositiones sobre la Defensa Social Penal Universal del Tercer Congreso Internacional de Sociología, de 1924 en Roma, por Quintiliano Saldaña.
- ❑ Ley de bases para un Código Penal Internacional, de 1925, por Quintiliano Saldaña.
- ❑ Fundación de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en 1926 en París, Francia.
- ❑ Varias Conferencias Internacionales para la Unificación del Derecho Penal (Viena, 1926; Varsovia, 1927; Roma, 1928; Bruselas, 1930; París, 1931; Madrid, 1933; Copenhague, 1935; El Cairo, 1938, y, Bruselas, 1947).
- ❑ Convenio para la Prevención y Represión del Terrorismo; y Código Penal Internacional, ambos de 1937, en París, por la Corte Permanente de Justicia Internacional de la SDN.
- ❑ Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 1945, por el Acuerdo de Londres.

¹³⁶ Para encontrar mayores referencias a este proyecto se recomienda ampliamente la lectura del texto del profesor de derecho internacional: Garófalo, Rafael. La Criminología. La España Moderna, Madrid, Alianza Universidad, 1980.

- ❑ Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente, Tokio 1946, por los Aliados.
- ❑ Convención Internacional contra el Genocidio, de 1948, por la Asamblea General de Naciones Unidas.
- ❑ Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Humanidad, de 1951, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- ❑ Investigaciones sobre "*Nuevos Aspectos y Problemas del Derecho Internacional Penal*", de 1949 a 1951, por el Profesor Manuel López-Rey, catedrático de derecho internacional y de derecho penal en las Universidades de México, Salamanca y París (difundidas por el *Bureau International pour l'Unification du Droit Penal*, Ginebra y la *Association Internationale du Droit Penal*, París).
- ❑ Publicación en Ginebra, Suiza, de las obras "*Les Criminels de Guerre et le nouveau Droit Pénal International, moyen d'assurer la paix du monde*", de 1944, y "*The Problem of the Creation of a Permanent International Criminal Court*", de 1951, por el jurista e internacionalista francés Antoine Sottile (fundador de la *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*).
- ❑ Proyecto de Código de Derecho Penal Internacional, de 1959, por Alberto Levitt.
- ❑ Cátedra de Derecho Penal Internacional, en la Universidad de Lieja, de fines de los 50 a principios de los 60, por el profesor Stephan Glaser.¹³⁷
- ❑ Cátedra de Derecho Penal Internacional y Justicia Criminal Internacional, impartidas en el período 1957-1962, por el profesor y especialista en Derecho Internacional Wolfgang Friedmann, en las Universidades de Columbia (apoyado por el profesor Henkin) y de Londres (en colaboración con el profesor Kahn-Freund).
- ❑ Tesis profesional "*Nuestro Derecho Internacional Penal*", de 1961, por el profesor y notario Vicente Eduardo Cano Ponce, Universidad de San Carlos de Guatemala.

2.2. Precisiones terminológicas de la expresión '*derecho internacional penal*'.

El Derecho Internacional Penal o Penal Internacional,¹³⁸ tomado por ahora como concepto dual o equivalente, es la convergencia de dos ramas del derecho, a saber, el Derecho Internacional y el Derecho Penal, situación que al mismo tiempo ha sido la causa de su ambigüedad como género autónomo. Para efectos de un primer acercamiento a la precisión del concepto y del término en cuestión, esbozaremos ciertos enfoques teóricos que han intentado delimitar el conjunto de normas legales que debieran ser agrupadas bajo el derecho internacional penal, al que también se le ha

¹³⁷ Parte de este listado inicial fue elaborado con base en la consulta de diferentes textos, entre los que destacan el de Guillermo, J. Fierro, op. cit. pp. 5-7, y el Artículo de M.J. Palacios, "*Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal, su diferencia y reformas que se proponen a la Constitución y otras leyes*", Biblioteca del INACIPE, pp.1-13.

¹³⁸ Aunque referida al ámbito interno del Estado y no al ámbito internacional, resulta ilustrativo saber que la expresión *Derecho Penal* ha sido definida de diversas maneras. Giuseppe Maggiori (*Derecho Penal*, Vol. I, Themis, Bogotá, 1971, p.4) la determina de dos formas: por un lado, según se haga referencia al ordenamiento normativo y por otro, a la ciencia y explica que "estos dos aspectos del derecho penal, distintos por necesidad de estudios son en sí inseparables. Forman dos procesos que se complementan uno con otro, dos segmentos del círculo que se unen, hasta formar la totalidad de la ciencia como unidad de pensamiento y ser...el derecho penal es el sistema de los conocimientos científicos relativos al derecho de la pena".

Por su parte, el penalista español Eugenio Cuello Calón (*Derecho Penal, Parte General*, vol. I, Bosch, España, 1975, p.7) lo divide en subjetivo y objetivo. En el primer caso, lo define como "*derecho del Estado a conminar la ejecución e ciertos hechos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas*". En otras palabras es el derecho de castigar (*Jus Puniendi*). En sentido objetivo, lo describe como "*conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas*". Es decir, es el conjunto de normas que integran un ordenamiento jurídico que establece el Estado en el que se fijan los delitos y las penas con que se deben castigar.

llamado derecho de aplicación exterior penal, derecho penal extranacional, derecho penal interestatal y derecho procesal internacional.¹³⁹

De los representantes de la Escuela rusa de derecho internacional, destacan por un lado, el tratadista *G. Martens*, quien considera al *derecho criminal internacional* como <<(...) el conjunto de reglas jurídicas que determinan las condiciones en las cuales deben auxiliarse mutuamente los Estados a fin de asegurar el ejercicio del poder penal en la esfera de la comunidad de las naciones>>.¹⁴⁰ Por la otra, el célebre profesor *Gregory I. Tunkin*, sin llegar a una definición concreta, sostiene que son conductas que debe erradicar el orden interestatal penal cooperativo: <<La prolongación del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones, incluyendo el racismo, el apartheid, la explotación de recursos económicos y humanos por extranjeros y otros grupos, y la conducción de guerras coloniales para sofocar los movimientos de liberación nacional (...) y otros *modus* de la moderna política de fuerza basada en el modelo imperialista sobre el sistema internacional, (*que*) contradicen abiertamente al derecho internacional>>.¹⁴¹

La doctrina penal alemana, cuyos exponentes –sin referirse al derecho internacional penal– niegan la existencia del derecho penal internacional, sostiene que el contenido que tradicionalmente se le confiere a éste es de *naturaleza nacional*, ya que se trata de normas que cada uno de los Estados sanciona unilateralmente a fin de establecer el ámbito espacial de su propio derecho. En esta tesitura, *Antonio Quintano Ripollés*, jurista español, coincide relativamente con los penalistas alemanes, precisando además que se trata de una temática *principalmente procesal*, y muy especialmente aquella concerniente a los conflictos jurisdiccionales; sin embargo, le otorga al derecho internacional penal la materia que comprende a todas las infracciones que vulneran a la comunidad de naciones o a un grupo de ellas. En otros términos --no dejando de advertirse cierta contradicción en su postura--, para este autor la sustancia del derecho internacional penal son *todos los delitos de tipificación internacional por vía convencional, que lesionen bienes jurídicos que interesen a toda la comunidad internacional*.¹⁴²

El jurista italiano *Francesco Antolisei*, quien ha incursionado en los ámbitos estatal e interestatal penal, por un lado nos ilustra con el argumento de que el fin primordial de esta disciplina es el “impedir la comisión de los delitos; en otras palabras, combatir el lamentable fenómeno de la delincuencia o criminalidad, tanto al interior de los Estados como al exterior de ellos”. Y seguidamente aduce que --en abierta contracorriente respecto a los criminalistas alemanes y algunos españoles-- el derecho penal a la luz de la realidad social mundial actual está incompleto, por lo que debe necesariamente ampliarse y difundirse al escenario internacional y dejar de ser únicamente reconocido como un derecho local y estatal. Asimismo, Antolisei nos previene de las actitudes reaccionarias de algunos sectores del pensamiento jurídico penal moderno, al afirmar que cuando se observó la posibilidad de crear un derecho penal que cruzara las fronteras de un país, empezaron a surgir disputas entre los distintos juristas, escritores e internacionalistas, algunos apoyando la idea y otros desechándola por principio o calificándola de utópica e irrealizable.¹⁴³

¹³⁹ Asignaciones de autores como Maurach, Mezger, Saver, Welzel, Jescheck, Lombois, Pella, Quintano Ripollés, Angulo y Sáenz de Pipaon.

¹⁴⁰ G. Martens. Tratado de Derecho Internacional, Fontamara, España, 1990, tomo III, pp.2.

¹⁴¹ Tunkin, Gregory I. El Derecho y la Fuerza en el Sistema Internacional, IJ, UNAM, México, 1989, p.179 (obra traducida del ruso al español por el profesor Manuel Becerra Ramírez).

¹⁴² El profesor Quintano Ripollés ha elaborado diferentes conceptos del derecho penal y del penal internacional. En el primer caso, ha coincidido con el penalista mexicano Raúl Carrancá y Trujillo, definiéndolo como “*el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de los mismos en el caso de la incriminación*” (Derecho Penal Mexicano, Parte General, Porrúa, México, 1980, p.17)

¹⁴³ Francisco, Antolisei. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Themis, Bogotá, 1988, p.1. En este y otros trabajos posteriores, este autor comienza a incursionar en los razonamientos jurídicos que conducirán más poco más tarde a perfilar un concepto más acabado del derecho penal en su dimensión internacional.

Entre otros doctrinarios que admiten la existencia de un derecho internacional penal como tal, están *Jeremías Bentham* y *Von Rohland*. El primero acuña el término sin llegar a definirlo, mientras que el segundo lo entiende como "*el conjunto de principios de derecho por los cuales el Estado, como miembro de la comunidad internacional, determina el valor territorial de sus normas y leyes penales respecto a las personas y a los bienes jurídicos*".¹⁴⁴

Por su lado, el jurista francés *Martitz* aduce que derecho penal internacional o internacional penal son términos semejantes, referidos a una sola materia, que puede entenderse como un "*sistema de reglas de derecho concernientes a la aplicación al extranjero del derecho penal nacional, o (...) del derecho penal interno*". Como se puede observar, este autor en realidad no se refiere a uno u otro derechos sino, más bien, al régimen de extranjería del derecho penal interno. Y en la misma línea de pensamiento está el investigador *Meili*,—citado por Guillermo J. Fierro— cuando hace referencia al "*(...) conjunto de leyes y principios de derecho que resultan del hecho de que actos delictivos caigan o parezcan caer bajo el imperio de leyes penales de Estados políticamente independientes unos de otros*".

Enfocando nuestra revisión a los representantes de la que podríamos denominar una Escuela jurídica sudamericana, destaca en primer término el penalista uruguayo *Carlos Alcorta*, quien dice que "*El derecho penal internacional tiene por objeto el determinar la norma (jurisdicción o ley) aplicable a la acción delictiva de un objeto, cuando esto afecta el orden jurídico de dos o más estados*".¹⁴⁵ En esta trayectoria ubicamos también al internacionalista y jurista chileno *Roberto Diena*, quien nos proporciona un concepto más elaborado e ilustrativo para los efectos de nuestra investigación. El consigna que el derecho internacional penal es "*(...) la parte del Derecho Internacional que comprende las normas determinantes de la competencia legislativa y judicial de los Estados particulares, para la represión de los delitos y que regula el procedimiento que ha de seguirse en los Estados para la buena marcha de la justicia penal*".¹⁴⁶

En el contexto latino y continental europeo hay otros autores que merecen nuestra atención. Es el caso de *Donnedieu de Vabres*, catedrático de la Universidad de París, quien concibe a esta especialidad como "*(...) la ciencia que determina la competencia de jurisdicciones extranjeras, la aplicación de sus leyes criminales en orden a los lugares y a las personas que a ellas rigen, y la autoridad sobre su territorio de las sentencias represivas extranjeras*". En nuestra opinión, el autor en realidad está aludiendo al sistema de normas penales internacionales del derecho internacional privado y no al derecho internacional penal como nosotros lo entendemos, o sea, dentro de la perspectiva disciplinaria del derecho internacional público.

En contraste, el jurista italo-argentino *Eugenio Jovene*, expresa que la rama penal internacional "*Consistiría en el complejo de normas jurídicas que establecerían penas para aquellos delitos que ofenden al interés internacional, penas que debieran ser aplicadas por parte de un órgano superestatal*".¹⁴⁷

Otros estudiosos como el tratadista italiano de la Universidad de Roma, *Filippo Grispiigni*, estima más relevante hablar del contenido que acerca de la denominación del derecho internacional penal, el cual en su opinión radica en "*(...) el conjunto de normas que determinan los límites recíprocos las distintas competencias nacionales en el orden penal y en la obligación de asistencia y auxilio (cooperación y ayuda internacional) en la represión de la delincuencia que mutuamente se deben entre sí los diversos Estados*".¹⁴⁸

No hay que dejar de considerar asimismo que existen publicistas como el profesor portugués *Vespasiano V. Pella* quien define el contenido de nuestra materia como "*La ramificación del derecho*

¹⁴⁴ Fierro, G.J., op. cit., p.5

¹⁴⁵ Citado por Vieira, A., Manuel. El Delito en el Espacio. Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal, vol. I, Editorial fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1969, p.18.

¹⁴⁶ Ibidem, p.18

¹⁴⁷ Quintano Ripollés, Antonio, op.cit., p. 345.

¹⁴⁸ Fierro, G.J., op.cit., p.8

público internacional que determina las infracciones, que establece las sanciones y que fija las condiciones de la responsabilidad penal internacional de los Estados e individuos".¹⁴⁹

Algunos otros pensadores jurídicos de la Europa no continental consideran que el derecho internacional penal es el conjunto de normas que definen los límites recíprocos de la aplicación de la ley penal en el espacio, entonces los preceptos no son ni de derecho penal ni de derecho procesal; aquí se ubican exponentes como *Mezger*, quien supone que se trata de un "*derecho de aplicación del derecho penal, admitiendo la íntima conexión existente entre ambos*".¹⁵⁰

Por su parte, el inglés *Levi* estima la relevancia que para la ley penal tiene la extranjería, y junto con *Goldschmidth* conciben la norma penal, el delito y la sanción en un plano de posible realidad supraestatal, con dispositivos reguladores y la presunción de un organismo jurisdiccional supremo; este concepto nos remite ya a la idea de una sociedad que mezcla relaciones entre Estados y/o instituciones a nivel internacional conformando *nuevas vías de conexión donde se entrecruzan jurisdicciones bilaterales con delitos globales*.

Al llegar a este punto del presente intento por aproximarnos teóricamente a la conceptualización de la materia que nos ocupa a través de una comparación doctrinal de primera mano, es pertinente tratar de discernir si las denominaciones *derecho penal internacional*, *derecho internacional penal* y *derecho penal interestatal* definen una misma realidad jurídica o si bien, por el contrario, admiten una argumentación o ciertas precisiones que pudieran llegar a validar, en su caso, algunos criterios de distinción en la forma, la estructura y el contenido de esta disciplina.

En opinión de los catedráticos franceses *Pierre Bouzat* y *Jean Pinatel*,¹⁵¹ la que posteriormente también compartirán parcialmente sus compatriotas *André Huet* y *Renée Koering-Joulin* el derecho penal internacional tiene tres ramas: el derecho penal internacional *strito sensu* (derecho penal internacional privado), el derecho internacional penal y el derecho penal interestatal. Particularmente los dos primeros autores afirman que la aplicación de las leyes penales en el espacio siempre ha producido problemas graves y delicados, y los segundos se inclinan por una opinión en este sentido, aunque más atemperada y optimista.¹⁵² Huet y Koering, engloban toda esta materia bajo el rubro general de "*Droit Pénal International*".

Por su parte, el publicista norteamericano *Roy S. Lee*, prefiere usar la nominación "*Criminal International Law*" para hacer referencia a lo que en idioma español traduciríamos como "Derecho Internacional Criminal" o "Derecho Internacional Penal". Para este investigador, si lo que deseamos es invocar el ámbito de aplicación estricta del derecho internacional público para la proscripción de delitos extranacionales y crímenes internacionales contra los derechos humanos fundamentales y el orden general, sólo cabe hacer referencia al derecho internacional penal y no al sistema penal 'internacional' pues, por su propia naturaleza y por las fuentes de donde emana —que son exclusivamente convencional-multilaterales y no mixtas o nacionales como en el tráfico jurídico internacional privado— aquél surge y se afianza como producto exclusivo de la propia sociedad

¹⁴⁹ Fierro, G.J., op.cit., p.8

¹⁵⁰ Ibidem, p.5

¹⁵¹ Bouzat, Pierre et Jean Pinatel. *Traité de Dru Pénal et de Criminologie*, Deuxième Edition, París, Pierre Libraire Dalloz, 1970, p. 1615.

¹⁵² Huet, André et Renée Koering-Joulin. *Droit Pénal International*, Thémis, Presses Universitaires de France, París, 1994, p.23-24. En nuestra particular apreciación esta obra es de las más relevantes a nivel mundial que se han escrito hasta la fecha en el ámbito del derecho internacional penal. Estos autores dividen su obra en dos partes. En la primera, denominada *Derecho Internacional Penal Sustancial: Infracciones y Sanciones Penales*, incluyen tres títulos: 1) Infracciones y sanciones penales regidas exclusivamente por el derecho internacional; 2) Infracciones y sanciones penales regidas conjuntamente por el derecho internacional y el derecho nacional; y, 3) Infracciones y sanciones penales regidas por el derecho nacional. En la segunda, que llaman *Derecho Penal Internacional Procesal: Acciones Derivadas de la Infracción*, incorporan dos títulos: 1) La Autarquía: las reglas que no implican la ayuda mutua para la represión internacional; y, 2) La ayuda mutua para la represión internacional (aquí dedican alrededor de 100 cuartillas al tema de la extradición).

internacional y no de alguno o algunos Estados en particular. Esta percepción de Roy S. Lee nos parece acertada y susceptible de ser estudiada para ampliar su prospectiva a la luz de toda la estructura que ha generado la Corte Penal Internacional y la codificación penal derivada del Estatuto de Roma de 1998 (Los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba).

A este respecto y compartiendo la opinión de Bouzat y Pinatel, la profesora *Lucinda Villarreal Corrales* es de la idea de que el *derecho penal internacional* en sentido estricto se refiere a conflictos que nacen de la infracción al orden interno de un país, donde resultan atendibles: la nacionalidad del autor, del coautor o del cómplice de la infracción, la nacionalidad de una o de todas las víctimas de la infracción; el territorio donde se ha cometido la infracción o donde ha producido sus efectos la infracción. Esta rama del derecho —conforme a estos estudiosos— no debe ser calificada de internacional, en razón de que “(...) lo único internacional que contiene es la nacionalidad del infractor, y los conflictos que se crean, se resuelven en base a las disposiciones nacionales, por lo que solamente se está en presencia de una rama del Derecho Penal Nacional”.

Y continúan señalando que en este campo se puede situar a la delincuencia internacional, en virtud de que las comunicaciones actuales facilitan los delitos que los sujetos de un determinado Estado pueden cometer fuera de sus fronteras y permite que los delincuentes encuentren refugio accesible en países distantes. “Estas organizaciones delictivas realizan actos reprobados por la moral y el orden público internacional (terrorismo, narcotráfico, trata de blancas e infantes, falsificación de moneda, etc.)”.¹⁵³

Por lo que concierne al *derecho internacional penal*, se afirma tiene por función resolver las *litis* y los conflictos contra el orden público internacional, teniendo por principal característica la de que afecta a las relaciones internacionales y se sitúa en el ámbito del derecho internacional público o del derecho internacional general —como lo denominamos los publicistas. Los conflictos surgen de la conducta de los individuos que realizan actos prohibidos por el derecho internacional público y regulados directamente por sus ramas especializadas, una en materia *Humanitaria* y, la otra, en los *Derechos Humanos* (de cuño mucho más reciente). Se trata, por ejemplo de los crímenes de guerra y las violaciones graves y acciones criminales contra los derechos humanos fundamentales. Por último, afirman los autores citados que —lo cual no compartimos por las razones que ya hemos aducido— las reglas para solucionar estos conflictos y controversias están contenidas en lo que ellos denominan derecho penal internacional en sentido estricto.

En el *derecho penal interestatal*, los actos prohibidos serían el resultado de órdenes giradas por los gobiernos, como parte de la política sistemática seguida por un Estado, como por ejemplo la declaración de guerra. En este sentido, la responsabilidad penal que se origina sería la responsabilidad de sus dirigentes o la responsabilidad del Estado mismo.

Nuestra opinión al respecto sería la siguiente: si bien es cierto que en tratándose de las dos primeros niveles jurídico-disciplinarios del derecho internacional general en su dimensión penal, enfrentamos confusiones y ciertas imprecisiones que ya requieren ser rigurosamente analizadas y aclaradas sistemáticamente; en lo que respecta al tercer nivel, el *penal interestatal*, éste representa a nuestro modo de ver toda una *estructura normativa de fundamental importancia en las relaciones internacionales penales contemporáneas*, principalmente por cinco razones:

a) el Estado asume hoy día el mayor rango de responsabilidad penal internacional por actos ilícitos y violaciones al orden legal internacional, cometidos habitualmente por sus órganos de gobierno;

b) en buena medida los grandes crímenes del pasado y de la actualidad están claramente identificados como *<crímenes y delitos de Estado>*;

c) el Estado, común y generalmente, ha gozado de *impunidad cuando incurre en infracciones*, y ha dispuesto para sí en el contenido del derecho internacional, todo un *corpus de reglas de excepción* a su *responsabilidad internacional* -de todo género-, que maneja con singular

¹⁵³ Villarreal, Corrales, Lucinda. La Cooperación Internacional en Materia Penal, Editorial PAC, México, 1997, pp.116-118.

ambivalencia y "destreza", al responder tanto a las reclamaciones que le llegan a interponer otras unidades políticas, como a las demandas y reparaciones que le exige la sociedad internacional como un todo;

d) las principales instituciones judiciales internacionales competentes para resolver controversias entre los Estados --principalmente la Corte Internacional de Justicia (1945) y, en menor medida, la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (1899)-- no tienen jurisdicción obligatoria para las partes en litigio, esto es, son *facultativas*, amén de que son de carácter general, es decir, no se especializan en materia penal, lo que ha disminuido históricamente su eficiencia, particularmente cuando abordan delitos, crímenes y otros asuntos de naturaleza criminal;

e) se parte erróneamente del supuesto de que los infractores más importantes son los individuos, por encima incluso de los propios Estados, motivados esencialmente por razones y causas propias, lo cual se refleja, por ejemplo, en la competencia exclusiva y única que la Corte Penal Internacional establecida en Roma en 1998, tiene sobre los *individuos particulares* y no sobre los Estados, lo cual igualmente ocurre con los Tribunales *Ad Hoc* instaurados, antes en Nüremberg y Tokio, y recientemente para Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona, dirigidos a juzgar crímenes cometidos por sujetos particulares en Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona.

Sin embargo, bien vale la pena hacer hincapié --y como una relevante *excepción a la regla*-- en la jurisdicción que sobre los delitos cometidos por los Estados, no contra otros Estados sino contra individuos nacionales y extranjeros, tienen algunas instancias judiciales internacionales regionales como las Cortes de Derechos Humanos establecidas a niveles interamericano e intereuropeo.

Continuando nuestro recorrido analítico, cabría hacer un alto breve y meditar sobre el hecho de que difícilmente podríamos arribar --al menos en las actuales circunstancias y con las limitaciones que impone un mundo que no termina de ordenarse-- a un concepto único y universalmente válido, que englobe consensualmente lo que debemos entender por *derecho internacional penal*, tanto por lo que respecta a su naturaleza, contenido y fundamento, como por lo que concierne a las fuentes, la organización interna y la estructura-función de aplicación, más aún si consideramos que este *nuevo campo disciplinario* se encuentra en *plena formación y evolución*, y que se trata de cuestiones nada sencillas que nunca han quedado del todo aclaradas como también ocurre en el propio terreno epistemológico del derecho internacional general --con varias centurias de existencia. Esta realidad objetiva, nos explicaría la razón de que proliferen tantas doctrinas y Escuelas de pensamiento, y tan múltiples y variados enfoques teóricos, perspectivas analíticas y paradigmas explicativos.

Otros juristas parecen encaminarse en este sentido, como ese enorme pensador del derecho y de las relaciones internacionales que fue *Hans Kelsen*. Para él, la ciencia del derecho internacional será verdadera, en tanto los actos coercitivos de los Estados y la intervención de un Estado por la fuerza en la esfera de intereses de otros se permita como reacción de la comunidad jurídica internacional contra un acto ilícito; esto es, que el empleo de la fuerza está prohibido para cualquier otra finalidad. En el ámbito de las relaciones internacionales los Estados cometen actos ilícitos y conductas ilegales contrarias al derecho internacional, llegando incluso a incurrir en responsabilidad del orden penal internacional, y ante estas conductas, existe la sanción, como una obligación de reparar la violación, el daño moral o material infringido. Agrega Kelsen que la reparación de tal daño debe propender al restablecimiento de la situación original, como si aquél no se hubiera ocasionado (atengámonos a que esto no ha sido ni es siempre posible), y que ello supone la actuación de una autoridad supranacional (como la Corte Penal Internacional para el caso de individuos), que determine la ocurrencia de un acto ilícito, con facultades para *imponer la sanción*.¹⁵⁴

¹⁵⁴ En nuestra opinión la sanción no es requisito *sine que non* para el cumplimiento del derecho internacional, aunque en ciertas situaciones sí resulta ser necesaria. En un sentido de actuación, los Estados lo hacen convencidos de que la observancia de la norma de gentes y de los tratados internacionales se logra a través del principio "*ex consensu advenit vinculum*", esto es, "el consentimiento es la base de la obligación jurídica". En el otro, es ostensible que sí existe *coercibilidad* en las disposiciones internacionales, pues la historia muestra que los Estados y la comunidad internacional, siempre han sancionado a las naciones que cometen actos violatorios de los principios y disposiciones internacionalmente aceptados y establecidos --aunque habría que evaluar históricamente qué tanto es cierto que se ha actuado con imparcialidad al materializar la sanción, no haciendo distingo entre países fuertes y países débiles, o entre vencedores y vencidos. El hecho es que las *sanciones* se han

Por cuanto concierne a los exponentes del pensamiento mexicano en este campo específico del conocimiento jurídico, es elocuente el hecho de que los principales publicistas y los autores más reconocidos de la literatura penal nacional, prácticamente no abordan el tema del *derecho internacional penal* en ninguno de sus textos, programas, cátedras o investigaciones. Sin embargo, son de mencionarse las aportaciones --aún muy limitadas-- de algunos estudiosos y académicos de la Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho, y Seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales), de la Universidad Iberoamericana (Campus Santa Fé), de la Universidad Autónoma Metropolitana (Campus Azcapotzalco), de la Escuela Libre de Derecho, y del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). Igualmente, reconocemos los esfuerzos de instituciones oficiales como la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Por último, hemos detectado contribuciones atendibles de ciertas ONG's como la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C., así como muy pocos aunque valiosos investigadores independientes. En suma, el campo del derecho internacional penal en México, se encuentra aún inexplorado y con un amplio potencial por delante, principalmente si consideramos, tanto la creciente importancia que en nuestro país se está dando al estudio, promoción y defensa del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, como la firma por el Ejecutivo Federal del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional y cuya ratificación deberá ocurrir lo más pronto posible, idealmente antes de que concluya el año 2003.

Retomando este breve recorrido conceptual y para concluirlo con definiciones que nos brindan especialistas mexicanos seleccionados, aparece primeramente a *Miguel Angel Cortés Ibarra*, quien señala que en la actualidad, no puede hablarse de la existencia plena de un derecho internacional penal, ya que ello implicaría trascender la fase en que éste se encuentra de la *evolución progresiva*, la cual es definida por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU <<como la preparación de convenciones sobre asuntos que no han sido regulados todavía por el Derecho Internacional o en relación a los cuales el Derecho, en la práctica entre los Estados, no ha evolucionado lo suficiente>>. Y, según este autor, "(...) hasta la fecha no existen esos acuerdos; sin embargo, en diversos congresos verificados, se ha planteado la necesidad de elaborar un Derecho Internacional Penal con objeto de protegerse contra actos que afectan o pongan en peligro la seguridad de las naciones". El profesor Cortés aduce finalmente que el paso a seguir sería la *codificación*, a cargo de la propia Comisión de Derecho Internacional y para lo cual sería previamente recomendable la constitución de un tribunal penal internacional y la convocatoria a una convención multilateral de amplia participación para "(...) establecer la creación de un Código Penal Internacional".¹⁵⁵ Al respecto, nuestra visión es en el sentido de que el derecho internacional penal *sí es una realidad*, pues si bien algunos de sus temas están en fase de evolución progresiva, otros ya se encuentran codificados desde hace varios años, como es el caso de las infracciones como la piratería, el genocidio, y los delitos de guerra.

Por lo que respecta al maestro *Modesto Seara Vázquez*, reconocido autor y catedrático de derecho internacional en la UNAM y actualmente Rector de la Universidad de la Mixteca y de la Universidad del Mar, su pensamiento es en la tónica de que los *tiempos presentes son los tiempos de un derecho internacional penal más sistemático, consistente, democrático y con mayores perfiles de efectividad en*

expresado a través de las declaraciones de guerra, represalias, bloqueos, embargos, la conquista (ahora proscrita por la ONU), la cesión (onerosa, por contrato, testamento, permuta, en caso de rectificación de fronteras), el *derelictio* (evacuación o abandono del territorio o de derechos), las invasiones, etc. Las sanciones hoy se incluyen en los textos y programas modernos de derecho internacional público y son las siguientes: la *retorsión* (en sentido actual), *las represalias pacíficas* (en sentido clásico), la *legítima defensa*, la *autoprotección*, la *compensación económica*, la *seguridad colectiva* (mantenimiento de la paz y seguridad internacionales), la *suspensión de derechos* y la *disminución de prerrogativas* (organismos de integración).

¹⁵⁵ Cortés Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1987, pp. 9-10. Cabe acotar que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU define la Codificación como: "La formulación y sistematización precisa de normas de Derecho Internacional en aquellas materias en que ha existido práctica amplia, precedentes y doctrina".

su aplicación y observancia. Y ello lo inscribe en el marco de la reforma general del sistema de las Naciones Unidas, a la cual incluso el maestro ya dedicó una obra completa.¹⁵⁶

En una entrevista más o menos reciente declaró sobre la norma penal internacional y el terrorismo lo siguiente: "(...) las injusticias y frustraciones legítimas eran el fondo del terrorismo, pero también detrás se escondían muchas reivindicaciones aparentemente legítimas como propósitos espurios, de venganza o de beneficio personal (...) las convenciones internacionales que ya existen --integrantes del derecho internacional penal-- deberían ser sistematizadas en una convención general, que las actualice y complete. Además de que sería importante proclamar al terrorismo como un delito *jure gentium*, y habría que establecer con carácter permanente una *Corte Internacional Penal*, para la persecución de todos los delitos contra el derecho de gentes, del genocidio al terrorismo".¹⁵⁷ También es del criterio de que el establecimiento de un sistema judicial internacional implicaría "(...) el reafianzamiento de la Corte Internacional de Justicia, la ampliación y representación equitativa de 20 jueces en vez de 15, la creación de 4 cortes regionales con 5 jueces cada una y la instauración de una muy necesaria Corte o Tribunal internacional de justicia penal (con sus respectivos estatutos)".¹⁵⁸

Otro destacado académico y autor mexicano que ha incursionado en el mundo de la justicia penal internacional es el jurista Alonso Gómez-Robledo Verduzco. Ya desde 1986, cuando aparece su libro *Temas selectos de derecho internacional*, incorpora diversos rubros en este contexto de nuestro interés, como los siguientes: los tratados de extradición y su supuesta ineficacia; aspectos de la reparación en derecho internacional; el problema del previo agotamiento de los recursos internos, en derecho internacional; jurisprudencia internacional por daños transfronterizos; el estado actual de la jurisdicción internacional y el futuro de la misma; el derecho de asilo en el sistema jurídico internacional; y, el terrorismo como delito político, entre otros.¹⁵⁹

En idéntica tesitura se ubica su obra aparecida en 1996, *Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, donde el colega, luego de obsequiarnos un pensamiento magistral de *Raymond Aron*, nos introduce en sus consideraciones generales a algunos conceptos en torno a la materia que nos ocupa. Por ejemplo, nos dice que es de observancia cuasi universal el hecho de que el Estado solicitante de la extradición debe contemplar el acto en cuestión como delito tipificado en su orden nacional en forma similar, en cuanto a infracción y pena a la legislación del Estado requerido; principio éste de la *doble incriminación*. Inversamente, el Estado requerido puede rehusar la extradición, si el acto por el cual ha sido solicitada ha violado sus propias leyes. Este sería el caso cuando fuere constitutivo de dos delitos distintos, o de un *delito internacional*, o bien el caso de que exista un elemento de un "*delito complejo*", en donde uno de sus elementos se vincula al Estado requirente. "Pero en estos dos últimos casos se admite, generalmente, que el Estado requerido deberá real y efectivamente perseguir y sancionar al delincuente. Esta alternativa puede advertirse en el texto de múltiples convenciones internacionales".¹⁶⁰

Asimismo, es del criterio de que el sistema internacional evoluciona con lentitud y dificultad, aunque de manera irreversible hacia "*una ampliación de la esfera de un derecho penal en las relaciones internacionales* [y que] (...) aun y cuando todas aquellas conductas que son calificadas como 'crímenes internacionales', son violaciones a cierto tipo de obligaciones *erga omnes*, sin embargo hay que tener muy claro que no toda violación a una obligación con efectos *erga omnes* constituye

¹⁵⁶ Son numerosas las obras del estimado profesor hispano-mexicano a quien varios académicos le debemos un reconocimiento especial por su impulso al estudio del derecho internacional y de las relaciones internacionales. Su texto *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, es de sobra conocido. En este caso quiero referirme a su libro: *Una Nueva Carta de Naciones Unidas*, editado por la Universidad de la Mixteca, México, 1993.

¹⁵⁷ Batta, Víctor: "*Injusticia y frustraciones legítimas. Terrorismo, preocupación mundial*", *El Financiero*, México, 11 de marzo de 1996, p. 66.

¹⁵⁸ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, Artículo citado, p. 34.

¹⁵⁹ Gómez-Robledo, Verduzco, Alonso. *Temas Selectos de Derecho Internacional*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, primera edición 1986, tercera edición 1999.

¹⁶⁰ Gómez-Robledo, Verduzco, Alonso. *Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1996, p. 12.

necesariamente un 'crimen internacional', como tampoco constituye forzosamente una infracción a una norma de *ius cogens*". En esta lógica, podríamos entonces aducir que normas de *ius cogens*, crímenes internacionales y obligaciones *erga omnes*, son obviamente categorías jurídicas relacionadas entre sí, pero no por ello equivalentes, en un sentido u otro, como ha quedado demostrado cuidadosamente en los diversos trabajos, discusiones e informes presentados por la Comisión de Derecho Internacional. Y concluye argumentando que, es al interior de este mismo razonamiento, "(...) donde debe considerarse el establecimiento de un tribunal internacional *ad hoc*, para crímenes cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia. En otras palabras: debemos considerarlo como *un primer paso hacia una jurisdicción penal internacional con competencia universal*".¹⁶¹

Corresponde ahora resaltar de manera sintética, el breve espacio que en su amplísima obra escrita ha dedicado al derecho internacional penal el jurista e internacionalista Sergio García Ramírez. Evocar su nombre, nos remonta de inmediato a aquél primer acercamiento que tuvimos en 1976 con su libro *Los Derechos Humanos y el Derecho Penal*, que constituye en nuestra apreciación, el primer intento serio en su género por concatenar dos ramas fundamentales del derecho, una, el derecho penal, muy reposada y de amplio antecedente, y la otra, los derechos humanos, en un estado de desconocimiento casi total y por consiguiente fuera del discurso académico, oficial y social de la época. Aunque el texto no hace mención específica a un derecho internacional penal, contiene dos aspectos que lo perfilan claramente como precursor en el estudio de esta disciplina: a) ubica internacionalmente a los derechos humanos y revisa los derechos de materia penal contenidos en los instrumentos internacionales vigentes, y, b) escruta en temas como la territorialidad de la ley penal, el asilo y la extradición para encaminar una visión general acerca del límite penal de los derechos humanos en el ámbito internacional.¹⁶²

Ya en tiempos actuales (1998), Sergio García Ramírez, presenta la contribución intitulada *Derecho Penal*, donde con cierto titubeo y sin el ánimo de entrar en debate -como él mismo lo advierte- expresa algunas ideas personales sobre lo que él denomina las *normas internacionales penales*. Comienza asegurando -sin explicarlo- que hay un *debate sobre el concepto de derecho penal internacional*. A su juicio, las normas del *ius gentium* contribuyen a integrar el orden punitivo, cuando han sido recibidas por el derecho interno (suscripción, ratificación, aprobación por el Senado, promulgación por el Ejecutivo, publicación en el periódico oficial), al que aportan tipos y otros puntos relevantes. Aduce que existen *numerosos tratados internacionales que interesan a la materia penal*. Algunos refuerzan los derechos públicos subjetivos, situación que no ocurre con las declaraciones -aunque él reconoce que hay opiniones en otro sentido-, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948. Señala que algunos juristas asignan a éstas valor político y moral, pero no la fuerza vinculante característica del imperativo jurídico.¹⁶³

Empero, se ha abierto paso una corriente --de la que somos simpatizantes-- que sostiene que esas Declaraciones son normativas, no sólo programáticas, y obligan a los Estados. Coincidimos con el autor, en el hecho de que no cabe duda sobre la eficacia de los tratados que derivan de las Declaraciones, ya asumidas en el derecho nacional mexicano, como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969. Asimismo percibimos que, en otros casos ya más relacionados con la materia penal, los convenios

¹⁶¹ Ibidem, pp. 12-13. Para el autor lo relevante de estos tribunales sería el vínculo que se ha querido establecer entre represión de crímenes particularmente abominables, y el mantenimiento de un orden internacional, con estándares mínimos de equidad y seguridad que hagan contrapeso al ejercicio arbitrario del poder. Alonso está convencido de la necesidad de desterrar ideas que considera falaces como la de "fraternidad universal" o las de un "progreso de la civilización hacia formas ideales de la humanidad", pues en su óptica -a la que no le falta razón histórica- estos conceptos tienen un papel anestésico bien asignado, que no han hecho otra cosa que "mitificar negativamente la realidad de las relaciones internacionales".

¹⁶² García Ramírez, Sergio. *Los Derechos Humanos y el Derecho Penal*. Colección SepSetentas, Secretaría de Educación Pública SEP, México, 1976, 205 pp

¹⁶³ García Ramírez, Sergio. *Derecho Penal*. McGraw-Hill-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998, pp. 51-53.

internacionales fijan obligaciones para los Estados, que influyen sobre la formulación de tipos, como la Convención Única sobre Estupefacientes, de 1961, y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 1971; mientras otros instrumentos, "*de trascendencia más procesal que penal*", contienen prevenciones que limitan, por inmunidad, el despliegue de la *jurisdicción represiva* (Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, de 1961 y 1963, respectivamente).

En otros ámbitos correlacionados, el autor sostiene que los *tratados internacionales en materia penal*, significan un sistema de colaboración entre Estados, concentrándose algunos en ese propósito para la investigación de delitos, o para el enjuiciamiento y la ejecución de condenas. En este sentido, le resultan interesantes los tratados de *extradición*, como *acto típico de auxilio jurisdiccional*, al igual que lo relativo al asilo, territorial y diplomático, institución de sentido contrario <<(…) a la extradición: no-colaboración, porque se brinda refugio al perseguido por la autoridad de otro país>>. ¹⁶⁴ En síntesis, compartimos con él la tesis de que la creciente intensidad de la relación internacional conduce al establecimiento de nuevos tratados, convenios o acuerdos entre gobiernos, que poseen relevancia para la materia *penal o procesal penal* en sus dimensiones *nacional e internacional*. Como corolario a las aportaciones de García Ramírez al ámbito del derecho internacional penal, cabe resaltar su más reciente contribución en este campo, el texto "*La Corte Penal Internacional*", editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), en 2002. ¹⁶⁵

Para finalizar el presente apartado, advertimos que se procedió a revisar la obra escrita de otros autores mexicanos en materia de derecho penal -ediciones más recientes- con la idea de encontrar alguna mención al concepto o cierto tipo de tratamiento a la estructura o contenido del derecho internacional penal, sin embargo, no se hallaron mayores referencias al respecto. ¹⁶⁶

2.3. Conceptualización y fines del derecho internacional penal en la doctrina jurídica de los años noventa. Nuestro enfoque teórico.

2.3.1. La perspectiva doctrinal de Kai Ambos (Escuela Alemana).

Para iniciar este subcapítulo nos referiremos a las aportaciones que ha realizado el reconocido especialista alemán *Kai Ambos* al discernimiento epistemológico del *derecho penal internacional*, como él mismo lo denomina. ¹⁶⁷ Aunque su obra sobre esta disciplina es extensa y ampliamente conocida en el ámbito académico europeo, especialmente en los foros abocados al estudio y defensa de los derechos humanos, sólo comienza a ser difundida en nuestros países de habla hispana a partir de 1995, cuando se da a conocer su trabajo intitulado "*Función de la Fiscalía de una Corte Penal Internacional desde un punto de vista comparativo*", aparecido en el número 58-59 de "*La Revista*" de

¹⁶⁴ Ibidem, p. 52, el autor señala que sobre asistencia bilateral en procedimientos penales, se debe citar el tratado entre México y España, que también abarca la extradición; y el convenio para asistencia recíproca en procedimientos penales, entre México y Estados Unidos, de 1987. En cuanto a ejecución, señala que se ha afianzado el régimen de ejecución de extraterritorial de sentencias condenatorias (o de "repatriación de reos"), fundado en el último párrafo del artículo 18 constitucional, y contenido en los tratados con Estados Unidos, Canadá, Panamá, Bolivia, Belice, España y otros países.

¹⁶⁵ García Ramírez, Sergio. *La Corte Penal Internacional*. INACIPE, México, 2002.

¹⁶⁶ Entre los autores consultados están los siguientes: 1) Eduardo López Betancourt, *Introducción al Derecho Penal*, 2) José A. González Quintanilla, *Derecho Penal Mexicano*, 3) Eduardo Pallares, *Prontuario de Procedimientos Penales*; 4) Jorge Ojeda Velázquez, *Derecho de Ejecución de Penas*; 5) Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*; 6) Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*; 7) Ibidem, *Lecciones de Derecho Penal*; 8) Fernando Castellanos, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*; 9) Juan M. Ramírez Delgado, *Penología*; 10) Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del Delito*; 11) Rafael Márquez, *Derecho Penal*; 12) Irma Amuchátegui, *Derecho Penal*.

¹⁶⁷ Kai Ambos es Doctor en Derecho por la Universidad de Munich, Alemania, y referente científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo de Brisgovia, Alemania), encargado de las Secciones de Derecho Penal Internacional y de Hispanoamérica. También ha colaborado con la Universidad de Nottingham, Londres, Reino Unido, desarrollando cursillos prácticos internacionales "Toward a procedural regime for the International Criminal Court".

la Comisión Internacional de Juristas (con sede en Colombia) en el año de 1998. Posteriormente, en 1999, da a conocer en Argentina una aportación que resulta de particular interés para los propósitos de nuestra investigación. Nos referimos al libro intitulado "*Impunidad y Derecho Penal Internacional*", donde plasma algunos conceptos que consideramos conveniente comentar y debatir.¹⁶⁸

Comienza por afirmar que el concepto de derecho penal internacional se encuentra muy pocas veces en los manuales de derecho penal o derecho internacional público, pues éstos tienden a ocuparse más del derecho internacional tradicional que se aplica a las relaciones entre Estados u otros sujetos del derecho internacional público. Contra lo que afirmamos otros estudiosos, el autor sostiene que habitualmente no se considera que el individuo sea uno de esos sujetos, por lo tanto, su conducta criminal no está sujeta al derecho internacional, sino únicamente *al derecho penal de cada Estado*, el cual fija las pautas y consecuencias de la responsabilidad del individuo por comportamientos codificados como punibles en la legislación nacional respectiva. Desde ese punto de vista, el derecho internacional y el derecho penal nacional no tienen nada que ver el uno con el otro, esto es, se trata de ordenamientos jurídicos *paralelos*. Empero, para nosotros es claro que existen bienes jurídicos e intereses que trascienden los límites (penales) nacionales.

Así, por ejemplo, es indiscutible que la comunidad internacional tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales y los derechos humanos reconocidos en el artículo 55 c) de la Carta de las Naciones Unidas. Efectivamente, la violación de cualquiera de esos derechos constituye un delito internacional. Asimismo, los actos criminales clásicos de Núremberg, es decir, crímenes contra la paz, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad (art. 6º. del Estatuto para el Tribunal Militar Internacional) deben perseguirse en todo el orbe como delitos internacionales, y por tanto, los infractores y criminales, tanto individuos como Estados y organismos internacionales incluso, deben tener una responsabilidad internacional, esto es, una "*special liability*" o "*criminal responsibility*" como le denominan los autores anglosajones.

En esta perspectiva, Kai Ambos sostiene que el derecho penal internacional busca establecer esa responsabilidad y especificar sus requisitos (lo que para nosotros es en realidad un derecho internacional penal material); y que, por tal razón, en la literatura científica se entiende por *derecho penal internacional* o *internacional penal* –el autor no hace distinción entre ambas expresiones– la totalidad de las normas de derecho internacional público que regulan las consecuencias de carácter penal.¹⁶⁹ A la vez, el derecho penal internacional vincula los conceptos de aplicabilidad *universal* de las normas (derecho internacional público), con los conceptos de responsabilidad *individual* (derecho penal), de manera que la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional *autónoma* (principio de responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional público). Por consiguiente, en ese sentido lo que el autor trata de expresar es que el derecho internacional penal es el sistema penal de la comunidad internacional.

Desde nuestro punto de vista, esta acepción es en principio correcta, empero incompleta, pues conforme a nuestra concepción del derecho internacional penal como una disciplina integral, su objetivo sería vincular el carácter universal de las normas del derecho internacional con la

¹⁶⁸ Ambos, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Ediciones AD-HOC, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1999. Algunos de los comentarios que aquí presentamos son resultado de la entrevista que tuve con el Doctor Kai Ambos en su visita a México en marzo del 2001. Igualmente tuvimos oportunidad de intercambiar impresiones con el Dr. Albin Eser, prologuista de esta edición en español, y actual Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, y quien asistió a México el 28 de noviembre de 2001 para presentar la ponencia "Problemas del Derecho Penal Contemporáneo", en el Encuentro Internacional "*Tendencias del Derecho Penal y la Política Criminal del Tercer Milenio*", organizado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), en Tlalpan, México, D.F.

¹⁶⁹ Triffterer, Otto: "*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*", Baden-Baden, Germany, 1999, p. 30. Este autor alemán ya señalaba desde 30 años atrás que "En sentido formal, el derecho penal internacional es la totalidad de las normas de derecho internacional público de naturaleza judicial, que vinculan a una conducta determinada –el crimen internacional– determinadas consecuencias judiciales, típicas y propias del derecho penal y que como tal son aplicables directamente".

responsabilidad particular y especial de los propios sujetos de derecho internacional que, en su amplia connotación, incluye no sólo a individuos sino a Estados, organismos internacionales, movimientos de liberación nacional, beligerantes e insurrectos y otros sujetos con subjetividad jurídica internacional parcial, o *sui generis*, como la denominan autores modernos de la responsabilidad internacional –y como se consigna en los trabajos más recientes de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.

Al igual que otros pensadores de la escuela jurídica alemana, nuestro colega considera que antes del Estatuto de Roma, no existía un derecho penal internacional totalmente codificado –ni existe aún como tal. Es decir, que cuando en el pasado se habló del *derecho penal internacional vigente* se estaba refiriendo en esencia al derecho consuetudinario no escrito y a principios jurídicos generales (aparte del derecho internacional humanitario o derecho de guerra codificado en las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales). No obstante, según la doctrina general de derecho internacional, también esas reglas representan una jurisprudencia “dura”. Esas regulaciones se complementan con la denominada *soft law*. Ésta puede alcanzar un grado tal de dureza que se vuelve *hard law*, en forma de derecho consuetudinario o principios jurídicos generales.

Desde esta perspectiva, el tipo de criminalidad que es objeto del derecho internacional penal se llamaría generalmente *macrocriminalidad*, comprendiendo este término, “comportamientos conformes con el sistema y acordes con la situación, dentro de la estructura de una organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectivo”,¹⁷⁰ “macro-acontecimientos relevantes desde el punto de vista del derecho de guerra y del derecho internacional público”. Consecuentemente, la macrocriminalidad se diferencia cualitativamente de las formas conocidas y comunes de criminalidad y de las formas especiales conocidas (terrorismo, narcotráfico, delitos económicos, etc.) y además se distingue por las condicionantes políticas de excepción y el papel activo del Estado. La <macrocriminalidad> es más específica que la “criminalidad de los poderosos” (discutida con más frecuencia criminológicamente), pues esta última por lo general tiene que ver con los delitos cometidos por “los poderosos” para defender sus posiciones de poder, y esos “poderosos” o el “poder” (económico) que ellos defienden no necesariamente son lo mismo que el Estado o el poder del Estado.

Y aquí la discusión se torna más interesante y se refuerza nuestra visión, más amplia, del contenido y objeto del derecho internacional penal, esto es, el hecho de que la participación del Estado o su tolerancia, falta de atención o incluso incentivación de comportamientos criminales, son determinantes y llevan además el adjetivo de “políticos”; esto es, “macrocriminalidad política” que significa, por tanto, “criminalidad fortalecida por el Estado”,¹⁷¹ o, si se quiere con menor precisión, delitos de Estado, terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental. Además, se trata de una criminalidad hacia dentro, contra los propios ciudadanos, “del seno del Estado”; una criminalidad que, como lo muestran los ejemplos dados, también es parte del interés fundamental de la presente investigación doctoral. Interés que compartimos con Kai Ambos y con otros de la escuela alemana contemporánea, pero que ya teníamos previamente identificado y dilucidado tiempo antes de que aparecieran publicadas estas sus primeras contribuciones al estudio del derecho internacional penal. En todo caso, es suficiente de momento afirmar que, sin temor a equívocos, la ciencia internacional penal existente pone límites relativamente fijos, aunque aún imprecisos y descentralizados, a la impunidad de esos macro-delitos que analiza magistralmente este autor en su trabajo *in comento*.

2.3.2. La perspectiva doctrinal de Manuel López-Rey (Escuela Tradicional Española).

Pasemos ahora a revisar algunas de las ideas más importantes vertidas en el contexto de las principales universidades españolas donde se desarrolla investigación de alto nivel en materias de derecho internacional, derecho penal y relaciones internacionales, en la década de los noventa del siglo XX y comienzos del presente. Primeramente, nos parecen del todo rescatables las reflexiones

¹⁷⁰ Kai Ambos cita a Jäger Herbert: “*Makrocriminalität. Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt*”, Hamburgo, Germany, 1995, p. 327.

¹⁷¹ Malamud-Goti, Jaime. *Transitional governments in the breach: Why punish State criminals?* Krish Editors, London, United Kingdom, Tomo I, 1995, pp. 189-202.

que plasmó el profesor Manuel López-Rey desde principios de los años cincuenta, actualizadas en las siguientes tres décadas y vigentes hasta nuestros días, y que han influido determinadamente en autores contemporáneos que están marcando la pauta en estos momentos en los ámbitos académicos de España, Francia y Suiza.¹⁷² Los últimos años, plantearon la exigencia de responsabilidad penal por hechos que pueden dividirse en tres grupos: a) provocación de la guerra como consecuencia de una agresión internacional: delitos contra la paz y la seguridad internacionales; b) atrocidades cometidas contra grupos humanos o contra un gran número de personas: delitos contra la humanidad; y c) infracción de las leyes de guerra: delitos de guerra. La responsabilidad penal por los dos primeros grupos de delitos planteó y plantea una serie de dificultades técnicas, jurídicas y políticas de no fácil solución, mientras que el tercero, en gran parte regulado por los Convenios de La Haya y la existencia de una costumbre o práctica internacional generalmente admitida, presenta menos dificultades. Respecto a los grupos a) y b) han cabido las siguientes posibilidades:

1. *No exigir responsabilidad penal alguna.*

Este criterio que ha tenido y tiene aún partidarios implica:

- i) impunidad de un gran número de hechos netos y gravemente antijurídicos.
- ii) Mantenimiento de un derecho internacional vacilante en el que la guerra, especialmente la agresión, tiene una situación privilegiada que incluso la derrota no altera, al menos, gran cosa. La victoria del agresor reafirmaría, aún más, esa índole privilegiada.

Observemos cómo, con más o menos variantes, históricamente este ha sido el criterio imperante, el cual lejos de robustecer ha debilitado el derecho internacional. Conforme lo analizamos en el capítulo anterior, esta concepción de impunidad guerrera se halla relacionada con la tesis de un derecho internacional en la cual el inexpugnable concepto de soberanía es la base principal. Y aunque, afortunadamente, el criterio de impunidad no ha prevalecido del todo, es innegable la avalancha de críticas que acarrea el hecho de que los aliados en los diferentes conflictos siempre han cometido a su vez atrocidades y no han sido juzgados. En todo caso, no está demás recordar que, por ejemplo, en Nüremberg, Tokio, Yugoslavia o Ruanda, individuos y no Estados han sido los enjuiciados.

2. *Acción militar sumaria.*

Tuvo y tiene aún ciertos partidarios que se basan en que la guerra y algunas de sus consecuencias, se hallan cuando menos fuera de un procedimiento y técnica penales. En tal sentido, se aduce la insuficiencia del derecho penal común para hacer frente a los problemas planteados por las exigencias internacionales penales indicadas; y se concluye abogando una acción sumaria bien de índole militar o revolucionaria. Tal criterio, a la luz de la realidad global de nuestros días, es rechazable por:

- i) negar la posibilidad de que la guerra y sus antecedentes y consecuencias pueden ser sometidas a un enjuiciamiento jurídico conforme a un derecho internacional penal;
- ii) basarse exclusivamente en el hecho de ser vencedor, abstracción hecha de si el mismo que ganó una guerra justa o una de agresión;
- iii) por dejar la determinación de lo que debe entenderse como delitos contra la paz o contra la humanidad a leyes penales nacionales, comunes o militares, que difícilmente pueden contener definiciones de tales delitos;
- iv) partir del error técnico de que el derecho internacional penal debe elaborarse conforme a la técnica del derecho penal común y al no ser esto posible, debe darse paso a la acción militar o revolucionaria.

Particularmente sobre este último punto, consideramos que una separación entre ambos derechos no es sostenible. Más aún, es la elaboración del derecho internacional penal la que debe influir en la del derecho penal común: la elaboración del derecho actual debe hacerse de <arriba a abajo> y no de <abajo a arriba> o sea, partiendo del concepto de comunidad internacional o sociedad global para llegar, pasando por el de comunidad nacional, al de persona o individuo. Constátese, empero, que

¹⁷² López-Rey, Manuel: “*Nuevos Aspectos y Problemas del Derecho Internacional Penal*”, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo I, Nos. 3-4, julio diciembre de 1951, p.p. 139-174. Los conceptos aquí planteados cobran gran actualidad y difusión en los años 1992 a 1998 y quedan recogidos en obras reconocidas de autores modernos como Antonio Remiro Brotons, Julio González Campos, Luis Sánchez Rodríguez, Alicia Gil Gil, Juan José Díez Sánchez, Asdrúbal Aguilar, Joaquín Ebile Nsefum, el juez Baltasar Garzón, entre otros.

hasta ahora el derecho penal formulado ha sido en referencia al individuo o a la comunidad estatal que algunos han interpretado como sociedad.

3. Creación de tribunales juzgadores.

Han cabido las siguientes posibilidades:

- i) *Tribunales exclusivamente alemán o nazi, japonés, yugoslavo, ruandés o sierraleonés, según el caso.*
- ii) *Tribunales compuestos por jueces pertenecientes a países neutrales.*¹⁷³
- iii) *Tribunales compuestos de jueces de países vencedores o potencias con participación de jueces de países neutrales o de jueces de la nacionalidad de los juzgados o de ambos.*
- iv) *Tribunales compuestos por los vencedores o las potencias.*

Todo lo antes expuesto, nos permite compartir con el lector algunas reflexiones:

Una *primera*, es en el sentido de que para el moderno derecho internacional penal lo importante no es un concepto formalista de la justicia, sino uno de índole funcional que, efectivamente, signifique que se ha hecho justicia. Y este hacer justicia implica, entre otras cuestiones, que se de a los acusados las garantías necesarias para defenderse, asunto que difícilmente puede lograrse por medio de una actuación de fuerza o por un procedimiento militar sumario. Dichas garantías, por cierto, fueron dadas en Nüremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda y están expresa y concretamente consagradas en el Estatuto de Roma de 1998 que establece la Corte Penal Internacional.

Una *segunda*, concibe que aunque ello se niegue por ciertos sectores de opinión, los tribunales y enjuiciamientos *ad-hoc* representan una actitud intermedia y además han mostrado que el derecho internacional posee la flexibilidad y los elementos necesarios para elaborar un derecho internacional penal (y no un derecho penal de alcances internacionales) que no tiene por qué ser reproducción en su fundamento, naturaleza, técnica y sistema del que existe en determinados Estados (derecho penal común nacional aplicable a ciertos asuntos del mundo exterior).

Y una *tercera*, sugiere la convicción de que los tribunales internacionales en cuestión, junto con la jurisprudencia penal de la Corte Internacional de Justicia, han permitido la formación de un auténtico derecho internacional penal; y de que este nacimiento y progreso no son fáciles, pues existen aún demasiados intereses apegados a la vieja concepción de un derecho penal internacional que luchan por criterios que más pronto que tarde habrán de superarse.

En otro orden de consideraciones, este grupo de autores iniciados por López-Rey (op. cit., p.144) afirman que ambos derechos: internacional penal y penal internacional parecen poseer el mismo contenido; en suma, que pueden significar lo mismo. Pero esto no es así. Cito al texto:

¹⁷³ Como lo señala López-Rey, la concepción del derecho internacional a base de soberanía permite, aunque con ciertas limitaciones, una actitud de neutralidad; la tesis de un derecho internacional funcional admite con mucha dificultad dicha actitud que, en la práctica, y en no pocas ocasiones, apenas si encubre una ausencia de neutralidad. Y respecto de esta falta de credibilidad de los países neutrales en la solución de controversias internacionales y en su participación "neutral e imparcial" en tribunales internacionales, cabe recordar el caso de la "neutralidad perpetua" que ha detentado durante muchos años la Confederación Helvética o Federación Suiza, y ratificada en 1986 en un referéndum nacional que abrumadoramente –75% de la población y ningún cantón en contra-- votó por el no ingreso del país a foros internacionales como las Naciones Unidas, la OTAN y la Unión Europea y que, sin embargo, tiende a cambiar en el futuro inmediato. Efectivamente, el pasado 3 de marzo del 2002, los suizos fueron llamados de nueva cuenta a confirmar o modificar la tradicional postura helvética por segunda vez en su historia. El resultado ya lo conocemos: el referéndum fue a favor del ingreso a la ONU y Suiza fue admitido como miembro 190 de la Organización en septiembre del mismo año. Para asegurar a los suizos que su país permanecerá neutral, el gobierno envió una proclama al Secretario General de la ONU Koffi Anan, donde se indica que Suiza asumirá la Carta de Naciones Unidas, sin sacrificar su neutralidad. En contrapartida, a partir de su adhesión, Suiza podrá disponer de su voto en todos los órganos de la ONU, ser elegida y elegir, elaborar las políticas y planes en diferentes terrenos que son del interés para su diplomacia, como la lucha contra la impunidad, la pobreza y la corrupción, y a favor de la niñez, las mujeres y los refugiados, por la democracia y el patrimonio de la humanidad.

"El término *derecho penal internacional* responde a una concepción confusa y aun arbitraria del *derecho internacional*. Este es concebido como algo elaborado por el Estado y para el Estado. Por tanto, los conceptos de soberanía, jurisdicción doméstica, responsabilidad del Estado, etc., etc. eran esenciales. La verdad es que los mismos no representan más que exclusiones: excluir toda consideración de la persona individualmente considerada en el área internacional; excluir la intervención allí donde por exigencias internacionales la misma debe realizarse; excluir la responsabilidad del Estado manteniendo o creando teorías que prácticamente implican la irresponsabilidad del mismo, etc., etc. El *derecho penal internacional* presenta el siguiente contenido: piratería, cables submarinos, represión de la falsificación de moneda, represión del tráfico ilícito de estupefacientes, represión de la trata de blancas, etc. Nada de esto es *derecho internacional penal* y sí simplemente convenios para llevar dentro de las legislaciones nacionales nuevos tipos penales. Ese llevar significa técnicamente promulgar nuevas leyes penales de acuerdo con lo estipulado en el convenio. Se ha de decir que no siempre sucede esto, y un ejemplo puede ser ofrecido con el convenio de 1936 para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes, otro más triste lo ofrece el convenio de terrorismo que, en suma, nunca entró en vigor por falta de ratificaciones, aunque el acta final fue firmada por un gran número de países".

Desde nuestro punto de vista, buena parte de lo afirmado por el autor no es verdadero y, aunque bien intencionado, carece de precisión y de la actualidad requerida para emitir una afirmación radical y absoluta, como con la que pretende ponderar y clasificar los convenios internacionales que menciona, en el rango de *derecho penal internacional*, cuando es inobjetable que varios de estos instrumentos –extendidos y diversificados de manera tan inusitada en la actual sociedad global– han sido modernizados y consensuados a través de grandes conferencias y convenciones patrocinadas por organizaciones intergubernamentales de alcance mundial. Estas entidades son sujetos del derecho internacional diferentes del Estado soberano, que están utilizando nuevas técnicas de *legislación internacional penal* que, de manera bastante dinámica, está siendo recogida y plasmada en el derecho penal interno de los propios Estados parte. En otros términos, se trata de leyes penales generadas "de arriba abajo" o "de lo internacional a lo nacional", como lo conciben este autor y sus notables seguidores.

En lo central, compartimos con ellos su preocupación de que un derecho penal internacional (arraigado territorialmente) es incapaz de hacer frente a las nuevas exigencias penales en el área internacional, precisándose, entonces, elaborar un verdadero derecho internacional penal, término que implica que es el derecho internacional el que debe determinar la elaboración de lo penal y no éste la de aquél. En realidad, no se pretende nada nuevo. De la misma manera que los elementos nacionales, en cada Estado, modelan el derecho y por ende la ley penal, en el área internacional los elementos internacionales deben modelar lo penal. Desde esta perspectiva sería erróneo pues, pretender que la técnica y sistema penal nacional, si cabe esta expresión como la que puede comprender todas las técnicas y sistemas penales nacionales, se aplique a lo internacional penal. Luego entonces, ante esta imposibilidad caben dos actitudes, una de renuncia que, curiosamente, se pronuncia por la exigencia revolucionaria o militar de la responsabilidad penal en casos como los de Núremberg y otra, de afirmación, es decir, que se pronuncia por la elaboración de un nuevo derecho internacional penal, que debe efectuarse desde 'arriba' y no desde 'abajo' y sin forzosamente servirse de la técnica y sistemas penales nacionales.¹⁷⁴

En complemento a estas consideraciones y conforme lo afirma el actual pensamiento español en la materia, cabría pensar que el término *derecho internacional penal* representa una jerarquización de valores jurídicos según la cual la regla jurídica internacional debe determinar o configurar cualquiera

¹⁷⁴ Respecto de estas afirmaciones, debe quedar bien claro que al criticar los conceptos de soberanía, jurisdicción doméstica y de más similares o conexos, no se trata de pronunciarse por su supresión, sino contra el contenido actual que los mismos pretenden poseer. Dichos conceptos deben subsistir en cuanto correspondan a los aspectos nacionales de la estructura total internacional, pero dentro de una nueva concepción de la comunidad internacional que no es ya, pese a todo esfuerzo en contrario, una suma de Estados, sino *un todo estructural*. Lo que esa concepción es, se halla claramente especificado en los postulados y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

otra regla o disposición normativa. Por el contrario, el término *derecho penal internacional* implica una subversión o desjerarquización de valores jurídicos. Prácticamente y pese a todos los esfuerzos para hacer algo del mismo, éste ha quedado reducido según unos doctrinarios a las llamadas reglas de aplicación del derecho penal, exigüidad que lógicamente ha permitido que algunos negaran la existencia de un derecho penal internacional; y según otros estudiosos, constreñido a dichas reglas más los convenios de índole penal, coronados por un tribunal de justicia penal internacional, como el de Nüremberg, de dudosa “internacionalidad”.

2.3.3. La perspectiva doctrinal de Juan José Diez Sánchez (Escuela Moderna Española) y la influencia de M. Cherif Bassiouni (Escuela Moderna Francesa).

Pasemos ahora a revisar una serie de consideraciones que, representando una parte de la doctrina dominante europea en la materia que nos ocupa, expone el *iusinternacionalista* español *Juan José Diez Sánchez* en su texto “*El derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)*”, aparecido en 1990 y que constituye la parte básica del trabajo de doctorado que defendió en la Universidad de Alicante, España en 1987. Aunque no compartimos del todo algunas de las aseveraciones que ahí consigna —en razón de que como todo buen jurista ortodoxo y conservador prácticamente ignora la existencia de un derecho internacional penal—, consideramos muy valiosa su exposición para los propósitos de un acercamiento conceptual de la disciplina de la ciencia internacional penal que se está desarrollando en el presente capítulo.¹⁷⁵

En este sentido, comienza por afirmar que aunque se parte de atribuir sin discusión a Bentham la paternidad de la denominación derecho penal internacional para designar con ella al conjunto de las reglas de derecho nacional referentes a los límites de aplicación de la ley penal en el espacio, es indudable que la fortuna de dicha denominación y de su definición han sido dispares y controvertidos, pese a que nada obste, en definitiva, para reconocer que al menos convencionalmente dicho término ha servido para rotular diversas obras y tratados, y para agrupar aquella materia propia del derecho penal desarrollada al amparo de expresiones tales como <ley penal en el espacio> o <ámbito espacial de la ley penal>. Efectivamente, se puede constatar la polémica y, hasta el rechazo, que habría de generar con el paso del tiempo la tesis de Bentham y que habrá de manifestarse de diversas maneras (aun cuando hay que justipreciar en su justa dimensión su posición pionera y su ánimo de esclarecimiento en su época): por un lado, advirtiendo de la impropiedad de la denominación para referirse a normas penales de origen interno o nacional y, reservando, en consecuencia aquella expresión para tareas de más alta índole; por otro, empleándola con la exclusiva pretensión de referirse a normas que carecen de naturaleza penal; y todavía, por último, con una finalidad que puede calificarse de residual, destinada a cobijar algunas instituciones de ayuda interestatal.

En esa tesitura, se han propuesto diversas expresiones alternativas a la de derecho penal internacional. Sus autores reservan este nombre para mayores o mejores intentos o para tareas encaminadas a superar el actual marco estatal de aplicación del derecho penal, aunque con estas propuestas se difumina la diferencia que, también desde tiempo atrás, se ha venido estableciendo por diversos especialistas con el derecho internacional penal, en tanto opuesto en sus fuentes y contenidos al derecho penal internacional. Aquí, el autor Diez Sánchez entra en su primera confusión al afirmar que: “*La futura legislación penal emanada de la comunidad internacional, la existencia de penas y delitos internacionales que obliguen por igual en y a todos los estados, e incluso la constitución en el porvenir de organismos supranacionales a los cuales estarán sujetos por igual los ciudadanos y los Estados constituiría, según estas premisas, los cometidos propios asignados al derecho penal internacional*”. Y esto lo afirmamos porque lo anterior constituye, precisamente, parte importante y distintiva del contenido del derecho internacional penal respecto del penal internacional, pues este último emana y se desarrolla a partir del derecho penal interno de los Estados para aplicarse a asuntos de índole transfronteriza. Además, es importante recordar que desde Binding – como el propio autor lo confirma—, se viene sosteniendo que “(...) la denominación de derecho penal internacional es mala, desacertada, inapropiada e inexacta, por cuanto en su propio origen las normas

¹⁷⁵ Diez Sánchez, Juan José. *El Derecho Penal Internacional (Ambito espacial de la ley penal)*. Editorial COLEX, Madrid, España, 1990. Consultar principalmente pp. 15-20.

no son de derecho internacional, ni en su contenido establecen delitos o penas que afecten a la comunidad de Estados".¹⁷⁶

En otro orden paralelo de reflexión, coincidimos con Díez Sánchez en cuanto a que, lejos de superar los términos de la discusión, las recientes propuestas de *Bassiouni* han venido a introducir mayor confusión en el tema, al utilizar la denominación de derecho penal internacional para –respetando el significado atribuido por los doctrinarios ya señalados— extender la cobertura de esta disciplina hasta incluir algunas normas internacionales relativas a materias del derecho internacional público.¹⁷⁷ Ahora bien, asumiendo que esta cuestión no es original ni exclusiva del derecho penal internacional, compartamos algunas reflexiones del autor en torno al título y concepto que nos ocupa. Según él, deben plantearse dos premisas básicas, una la de considerar que el derecho penal internacional es derecho penal y otra, que es derecho internacional. Es derecho penal porque las materias que incluye son y han de ser de derecho sustantivo o material, siendo esa, la naturaleza, de algunas que no todas, las materias que se comprenden en esta disciplina. Asimismo, es derecho internacional porque, aunque sea discutido este carácter calificador de las normas del derecho penal internacional, ello se debe a la reiterada aspiración de reservarlo para las normas de fuente internacional que establezcan infracciones y/o sanciones penales, o para cuando exista un órgano supranacional del que emane una legislación penal común a los Estados. Y agrega que, empero, "(...) *no debe resultar discutible si se adopta con la más modesta pretensión de reflejar únicamente ciertas características particulares de la legislación punitiva estatal o nacional. Esto es, si se considera que dichas normas poseen elementos internacionales y que éstos son, precisamente, los que adjetivan o califican esta materia diferenciándola de otras normas de derecho penal interno*".¹⁷⁸

A este respecto, somos de la opinión que con este criterio difícilmente podría argumentarse a favor de la existencia de un derecho internacional penal, como una disciplina evolutiva, autónoma y con naturaleza propia, pues amén de ubicarse en una posición radicalmente monista y cerrada, sólo le concede al derecho internacional público un carácter adjetivo, secundario y colateral respecto del derecho penal interno de los Estados. Y esto, incuestionablemente, no resulta ser así, más aún si se toman en cuenta el nuevo contexto de la sociedad global, la agudización del estado anómico que caracteriza a la sociedad internacional actual, la intensificación y diversidad de las instituciones y formas de cooperación penal internacional, así como la reciente instauración y puesta en operación de la Corte Penal Internacional, organismo supranacional de carácter permanente y autónomo, con una normativa propia y original en gran medida. Y nuestra postura queda convalidada por el hecho de que el autor *in comento* no logra siquiera sostener un argumento fuerte a favor del propio derecho penal internacional, en efecto, señala "*Pues bien, centrando la atención sobre las censuras que depara el empleo de la intitulación como consecuencia de la incongruencia que se advierte entre la denominación y la fuente de origen de las normas que lo componen, aquéllas pueden reconducirse a estas dos objeciones sustanciales: a) las normas de Derecho Penal Internacional son de Derecho interno; y b) carece de verdadera naturaleza internacional tanto en la fuente de origen de producción de las normas como en su aplicación*".¹⁷⁹

¹⁷⁶ Es claro que toda la discusión suscitada históricamente en torno a la conceptualización del derecho internacional penal muestra que, sin lugar a dudas, estamos asistiendo al desarrollo progresivo de la formulación original del filósofo inglés Bentham. En este sentido, algunas definiciones ya clásicas por reiteradas (Quintano Ripollez, Saenz de Pipaon, Jiménez de Asua, Fierro, Donnedieu de Vabres, Maurach, Mezger, Jescheck, Lombois, Sánchez Tijerina, Antón Oneca, Núñez y Terán, Pella, Plawski, Catelani y Striani, Bustos Ramírez, y otros más a los que hemos aludido al inicio del presente capítulo), y otras menos conocidas, han ido consolidando un concepto más amplio y genérico, ya destacando algún aspecto particularmente relevante, como el de la utilidad de sus normas para la coexistencia entre los Estados en el plano de la sociedad mundial-global o simplemente aludiendo a la presencia del elemento de extranjería que caracteriza al derecho penal y al derecho internacional penal.

¹⁷⁷ Bassiouni, M. Ch. *Derecho Penal Internacional*. Proyecto de Código Penal Internacional. Ed. Tecnos, Madrid, España, 1984.

¹⁷⁸ Díez Sánchez, op. cit., p. 17.

¹⁷⁹ Para reforzar esta postura, que no deja de ser debatible, el autor sostiene que en la actualidad las normas que regulan el ámbito de aplicación de la ley penal o la competencia judicial y otras materias como la extradición,

Sin embargo, hay varios puntos en los que coincidimos con el jurista español y con el doctrinario Bassiouni, con quienes compartimos, en esencia, su marcado interés por demostrar la existencia de una rama disciplinaria relativamente nueva y de características particulares, independientemente de la denominación inicial que se le pretenda atribuir. Analicemos las siguientes preguntas: ¿El postular que cada Estado es soberano para decidir los límites de su propio poder punitivo (principio de la competencia autónoma de los Estados), apareciendo aquí las limitaciones a su voluntad soberana como difuminadas o inexistentes, es razón suficiente para descartar la denominación de DPI o DIP y proponer en sustitución otras expresiones más novedosas que no incurran en el error de emplear términos que no se correspondan con las normas a cuyo estudio va a dedicarse? O, por el contrario, ¿es posible asumir o mantener aquéllas rúbricas? A nuestro entender puede servir –y de hecho sirve— para designar con propiedad aquel conjunto de normas penales que regulan el ámbito espacial de aplicación de la ley penal, precisamente por la presencia en ellas de elementos extranjeros o supranacionales, a los que se alude con el adjetivo genérico de <internacional>. Éste, califica exclusivamente las situaciones jurídicas reguladas por ese hecho, que no las normas reguladoras en tanto que éstas no pueden acogerse, según se ha visto, a ese carácter o naturaleza. Según nuestra perspectiva, las primeras corresponden al derecho internacional penal, mientras que la segundas corresponden al derecho penal internacional.

Lo cierto es que, contra lo que fuera su deseo, el autor que nos ocupa reconoce que las diferentes definiciones formuladas en torno al derecho penal internacional le han venido a asignar un contenido propio tan diverso como heterogéneo. Por ejemplo, por una parte y coincidiendo con la formulación originaria, algunos doctrinarios como *Jescheck* limitan el objeto del DPI a las reglas que determinan los límites del poder punitivo de cada Estado, esto es, la legislación penal, en el sentido de que el Estado, tanto frente al delincuente como ante los demás Estados, posee la facultad de ejercer la coacción jurídica a través del derecho penal en relación a una determinada acción. Frente a esta postura que –como resulta evidente— acota el derecho penal internacional a los reducidos límites de los principios o criterios que rigen el ámbito espacial de la ley penal, pero que presenta una cierta coherencia en la medida que reserva la denominación para normas de naturaleza sustantiva, se encuentra otra posición indudablemente más extendida, que le asigna a la disciplina un contenido más amplio y complejo. Y en este punto, precisamente, nosotros encontramos la frontera o el punto de convergencia con el derecho internacional penal. Efectivamente, desde *Donnedieu de Vabres* es tradicional agrupar en torno a la denominación de DPI no sólo las normas penales ya referidas, sino también aquellas que determinan la competencia jurisdiccional, el reconocimiento de las sentencias extranjeras, las disposiciones sobre entreatyada o auxilio judicial y la extradición.

A estas figuras se añade por otros autores –indebidamente porque se trata de instituciones propias de derecho internacional público— el asilo, como parte integrante de un derecho penal internacional que agrupa en su seno institutos penales y/o procesales, con un denominador común: la presencia en todos ellos de elementos extranjeros o internacionales. Y al llegar a este razonamiento debemos preguntarnos si es lo mismo el hecho que una institución de derecho penal interno contenga elementos internacionales, a que una institución jurídica sea, intrínsecamente –por su naturaleza, fundamento y fuentes— internacional, pudiendo, o no, contener elementos penales o procesales de derecho interno. Definitivamente, la respuesta es que se trata de situaciones diferentes, aunque tiendan a converger en el terreno de los hechos por el juego de los intereses involucrados. Y en aquella línea, aunque confiriéndole un contenido específico mucho más ambicioso se inscribe el proyecto del doctrinario *Cheriff M. Bassiouni*, quien estima que el derecho internacional penal se constituye por los aspectos jurídico-internacionales del derecho penal interno y por los aspectos

pertenecen en exclusiva al poder legislativo y judicial de cada Estado, el cual en su ejercicio, establece la aplicación de sus normas y la jurisdicción de sus tribunales, prácticamente sin limitaciones. Y no menos cuestionable, principalmente a la luz de las nuevas realidades jurídico-políticas del siglo XXI, resulta su aseveración de que es “incontestable”, la ausencia de disposiciones penales establecidas por la comunidad internacional “ (...) y con ello la ausencia, en sentido estricto, de delitos y penas internacionales o de derecho internacional, y menos aún la existencia de organismos supranacionales capaces de sostener una hipotética justicia internacional”. (op. cit. P. 18)

penales del derecho internacional, los cuales pensamos le ubicarán, más temprano que tarde, en el ámbito disciplinario del propio derecho internacional penal.¹⁸⁰

Ahora bien, para concluir con los autores que nos ocupan, consideremos que cualquiera que sea, en definitiva, la propuesta que se adopte en cuanto a la denominación y contenido del derecho penal internacional o del derecho internacional penal, se deben tomar en consideración dos premisas. Una, el reconocimiento de la integración absolutamente heterogénea de instituciones que en la actualidad ambas ramas presentan. La otra, la necesidad o, al menos, la conveniencia de reservar ambas denominaciones exclusivamente para instituciones de naturaleza penal.¹⁸¹

Igualmente, y en ello concordamos con Díez Sánchez, no puede soslayarse la posición de quienes rebaten el contenido asignado a cualquiera de ambas denominaciones. Empero, la razón de esos planteamientos no ha de buscarse, en el origen de las normas, sino, sobre todo, en la naturaleza o carácter de las mismas: penales, procesales, administrativas, cuyo agrupamiento resulta incongruente con el título de las disciplinas *in comento*, y pone en entredicho la metodología y sistemática clásica. Y es que en aquéllas se concitan paradigmáticamente estos inconvenientes que deben anteponerse a otros que pueden obviarse sin prescindir de su denominación. Igualmente, estamos de acuerdo con la percepción de que tampoco ha de existir reserva alguna en acoger cualquiera de ambas denominaciones eliminando de su seno los aspectos que carezcan de naturaleza penal, pues, contrariamente, esa ha de ser la única alternativa consecuente que permita resolver las censuras que continuarán seguramente presentándose, sin incurrir en otras nuevas.

¹⁸⁰ Bassiouni, op. cit. p. 50 cita textualmente lo siguiente: “*El Derecho Penal Internacional es el resultado de la convergencia de los aspectos internacionales de la legislación penal nacional de los Estados y de los aspectos penales de la legislación internacional. Es por ello que, aun cuando el Derecho Penal Internacional se encuentre en vías de lograr su afirmación como disciplina autónoma, su origen y desarrollo deben exponerse distinguiendo entre estas dos ramas del Derecho; distinción que, siendo históricamente válida, dado lo anterior, va adquiriendo cada vez más un sentido puramente metodológico*”. Al respecto, creemos que el asunto no es tan simple, aunque sí resulta cómodo y práctico para el estudioso en general. En efecto, el propio autor reconoce que: “*En algunos idiomas, este dualismo resulta difícil de conciliar en orden de la correcta denominación de la disciplina. Así, por ejemplo, en los idiomas que provienen del latín, el eterno dilema consiste en si debe denominarse ‘Derecho Penal Internacional’ o ‘Derecho Internacional Penal’.*” Lo que no expresa Bassiouni es que para los idiomas que provienen del Inglés y para el propio Inglés la denominación común y corriente es la de <International Criminal Law>, donde lo internacional se antepone a lo penal, y no viceversa, quizás queriendo expresar con ello que se trata de una disciplina especial derivada del derecho internacional, y no del derecho penal interno, que aborda asuntos y situaciones del orden criminal de la sociedad internacional donde, necesariamente, convergen *cooperativamente* los Estados soberanos y sus jurisdicciones punitivas. En adición a esto, el propio traductor de Bassiouni, el profesor José L. De la Cuesta Arzamendi de la Universidad del País Vasco, advierte que dadas las dificultades afrontadas en orden al empleo correcto, y en su sentido estricto, de ambas expresiones “*(...) en la presente traducción, y creyendo interpretar correctamente la voluntad del autor, que opta por la construcción del Derecho Penal Internacional como disciplina autónoma y bajo una única denominación, hemos preferido la utilización de la expresión <Derecho Penal Internacional> en un sentido amplio, comprensivo tanto de los aspectos internacionales del Derecho Penal interno de los Estados como los aspectos penales del Derecho Internacional (Derecho Internacional Penal, en sentido estricto).*”

¹⁸¹ A estas alturas de la discusión se nos presenta más claro el rumbo de nuestra posición teórica. Consideramos que el derecho penal internacional *stritu sensu*, se integra en exclusiva por los aspectos jurídico-internacionales del derecho penal interno de los Estados. Esta parte encuentra su origen, es cierto, en las prácticas de esas entidades soberanas, resultado de sus esfuerzos de cooperación internacional en orden al logro de la aplicación efectiva del derecho penal interno, comprendiendo esencialmente sistemas de colaboración interestatal respecto de los individuos buscados por la comisión de *delitos contra el orden jurídico estatal interno*, y no por *delitos contra el orden jurídico internacional*; y este aspecto del derecho penal internacional, constátense, depende, por tanto, en lo sustancial, de la naturaleza de la cooperación interestatal y es, en consecuencia, *más procedimental que sustantivo*. Pongáse el hecho de que las nuevas soluciones han coincidido con la creciente movilidad de la población del planeta en la era de la globalidad, movilidad que plantea ya nuevas dificultades a la cooperación internacional en materia penal. De ahí que hoy se requiera de un derecho que sea *más internacional penal* que *penal internacional*, más comprensivo y universal, que también, por ejemplo, amplíe y perfeccione tratados que se ocupen de regular materias novedosas y del interés general de la comunidad global.

2.3.4. La influencia del pensamiento jurídico anglosajón en la perspectiva doctrinal de Alicia Gil Gil (Nueva Escuela Penal Comunitaria Europea).

Pasemos ahora a revisar la posición que asume la joven autora española Alicia Gil Gil, en su tesis doctoral que, bajo la dirección del Dr. José Cerezo Mir —Consultor en Derecho Comunitario de la Unión Europea—, defendió en abril de 1999 y que publicó recientemente bajo el título *'El Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio'*.¹⁸² Así, comienza por afirmar que es imprescindible proceder a una clarificación terminológica debido a la multiplicidad y diversidad de contenidos que durante décadas la doctrina ha venido otorgando a la expresión <derecho penal internacional>. En su primera acepción, se identifica con el conjunto de disposiciones que regulan la ley penal en el espacio —problemas de jurisdicción competente y de ley penal aplicable—, incluyendo también la regulación de la entreatyuda judicial y de la eficacia de sentencias extranjeras. Pero este uso ha sido criticado por resultar inapropiado. Se aduce para ello la incongruencia entre el título y el contenido: por una parte, no se trata de un derecho penal en sentido material sino de normas de conflicto; por otra, no se puede calificar de derecho internacional, pues alude a normas de derecho interno.

Por ello, señala la autora, se propuso reservar el término para designar aquellas disposiciones emanadas de la comunidad internacional con el fin de tutelar sus intereses fundamentales, a las que estarían directamente sometidos los ciudadanos de todas las naciones y que serían aplicadas por órganos internacionales. Y agrega que algunos doctrinarios han propuesto denominar a esta materia "derecho internacional penal", empero, que tampoco esta distinción ha sido mantenida con unanimidad, habiéndose propuesto títulos para esta nueva disciplina, entre otros: "derecho penal interestatal", "derecho penal universal", "derecho penal internacional público", "crímenes contra el derecho de gentes", o "derecho de las infracciones internacionales". Por ello, y considerando también que el contenido que los diversos autores han dado a estas denominaciones no ha sido tampoco uniforme, Alicia Gil Gil señala que, en su opinión, el problema prioritario al elegir una denominación es la delimitación del objeto de estudio, por lo que se inclina —sin mayor explicación— por la expresión "derecho penal internacional".

Y al llegar a este punto, precisamente cuando desarrolla lo que ella denomina el concepto del derecho penal internacional, caemos en la cuenta de que lo que trata de conceptualizar es en buena parte lo que nosotros venimos identificando como derecho internacional penal. Y esto resulta aún más claro cuando analizamos los cuatro apartados en que Gil Gil desagrega y estructura su demostración, esto es: i) la protección de bienes jurídicos; ii) la distinción entre delitos internacionales y crímenes de Estado; iii) la distinción entre delitos internacionales y delitos transnacionales y transfronterizos; y, iv) aplicabilidad del derecho penal internacional.

En este sentido, por el contenido de su interesante trabajo, la autora —a diferencia de la mayoría de sus colegas especialistas— logra demostrar la existencia de una nueva rama del derecho internacional, de carácter normativo penal sustantivo, autónoma e independiente del *ius puniendi* de los Estados, cuyos elementos constitutivos la hacen más internacional que penal local y que aparece diferente incluso de lo que otros autores —también dentro del nuevo derecho comunitario europeo— denominan como derecho penal internacional. Por lo mismo, afirmamos que la autora española se inclina por esta última denominación, es decir, sólo por la mera enunciación y la nomenclatura, pero, en el fondo, lo que hace es situarse en el terreno de que otro grupo importante de estudiosos ubicamos como derecho internacional penal.

¹⁸² Gil, Gil, Alicia. Derecho Penal Internacional. Especial Consideración del Delito de Genocidio. Edit. TECNOS, Madrid, España, 2000. Consúltense principalmente el *Capítulo 1 Derecho Penal Internacional*, que contiene tres partes: I. Derecho penal internacional. Precisiones terminológicas; II. Concepto de derecho penal internacional; y, III. El camino hacia un Tribunal penal internacional permanente; p.p. 23-65.

2.3.5. '*Droit International Pénal*', la contribución más reciente del Centre de Droit International (CEDIN) de la Universidad de París X-Nanterre (2000-2001).

Precisamente, después de dos años de encontrarnos en la búsqueda de un concepto satisfactorio y actual del derecho internacional penal para establecer los rasgos generales del estado del arte de esta disciplina objeto de nuestra tesis de grado, tuvimos noticia de la aparición en París, Francia de un amplio e interesante trabajo colectivo de un grupo selecto de profesores e investigadores del Centro de Derecho Internacional (CEDIN) de la Universidad de París X-Nanterre, intitulado '*Droit International Pénal*', y que coincide en buena medida con el protocolo de investigación de la presente tesis doctoral. Aunque cabe resaltar que nuestra propuesta se formuló a principios de 1998, con anterioridad a esta publicación, y comenzó a desarrollarse, previa aprobación de la Coordinación del Posgrado en Ciencias Políticas y Sociales, a fines del mismo año.

En el comienzo de esta magna obra se consigna que el derecho internacional penal empieza a sentar sus bases a partir de la segunda mitad del siglo XX; que es con el tribunal de Núremberg que se inicia un desarrollo más sistemático de la disciplina, la cual recibe un gran impulso con los dos tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de la ONU para la ex Yugoslavia y Ruanda; y, que si bien es cierto que han sido pocas las ocasiones en donde la comunidad internacional, a través de instituciones internacionales, ha procedido a aplicar, sistematizar y avanzar, en la conformación de dicha rama internacional, la doctrina, en cambio, ha sido notoriamente productiva y variada en ese sentido.

Se hace especial hincapié en que una parte de dicha doctrina establece una diferencia entre derecho penal internacional y derecho internacional penal. De este modo, según los coordinadores de la obra en cuestión, el primero *se refiere al derecho penal nacional que tiene implicaciones con el derecho internacional*; el segundo, *por el contrario, estudia los aspectos criminales del derecho internacional*.

Y algo importante: *ambas disciplinas comparten áreas comunes que se superponen*. Y es precisamente esta última, la de *derecho internacional penal*, la denominación y postura que asumen los autores de esta nueva contribución. Posición que compartimos en lo esencial y que hemos venido sosteniendo a lo largo de nuestra investigación; aunque, claro está, con las reservas y limitaciones que el autor irá percibiendo a lo largo de la misma.¹⁸³ Asimismo, hay que destacar que, como ya se indicó al inicio de este apartado, los juristas del *common law* no hacen dicha distinción, pues para ellos el todo genérico se circunscribe al denominado *international criminal law*.¹⁸⁴

Sobre el particular, señala Luis Benavides (en la reseña de este texto publicada en el Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. II, IJ-UNAM, México, 2002) que, si bien se trata de un trabajo colectivo, lo que de entrada podría considerarse una desventaja para la continuidad metodológica del libro por la diversidad y relativa heterogeneidad de los participantes, éste se encuentra estructurado de tal manera que podría considerarse un manual. Efectivamente, después de haberlo revisado con detenimiento, pudimos observar claramente que posee cierto orden y articulación, con limitaciones entendibles porque aborda una de las materias de más rápida evolución, pero permitiendo al lector, en la medida de lo posible, tomar la distancia necesaria del fenómeno, recapitular lo hecho hasta hoy en la disciplina, y finalmente observar y ponderar los retos a los que se enfrenta.

¹⁸³ La Rosa, Anne marie. Dictionnaire de Droit International Pénal. Termes choisis. Publications de L'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Geneve, Presses Universitaires de France, Paris, France, 1998. También esta autora se inclina por el uso del término derecho internacional penal para describir el sistema normativo internacional dedicado a los aspectos penales o punitivos aplicables a la sociedad internacional en lo general y a los Estados e individuos infractores en lo particular.

¹⁸⁴ Por ejemplo, para el ya citado Bassiouni, Ch. M.: "international criminal law is reflected in the convergence of two disciplines; the penal aspects of international law and the international aspects of national criminal law". Bassiouni, Ch.M., "An appraisal of the growth and development of international criminal law", *Revue International de Droit Pénal*, vol. 45, 1874, p. 405.

En este orden de ideas, convendría resaltar que la estructura de esta obra coincide en gran medida con el ya citado protocolo de investigación doctoral, donde proponemos como contenido básico de nuestra disciplina, un conjunto integrado de elementos divididos en tres niveles sistemáticos, a saber: i) la *subjetividad* (sujetos), ii) la *objetividad* (objeto) y, iii) la *metodología* (método de aplicación) de la ciencia internacional penal. Esto mismo podría expresarse en otras palabras, como: los *autores de las infracciones internacionales* (sujetos), la *definición de las infracciones internacionales* (objeto) y la *represión de las infracciones internacionales* (método).

Cabe recordar que una propuesta parecida a la que asumimos, fue presentada en 1993 por los autores franceses (ya citados) André Huet y Renée Koering-Joulin, quienes organizaron el contenido de su principal obra *Droit Pénal International* en dos ejes fundamentales: *el derecho de las infracciones penales internacionales*, y, *el derecho de las sanciones penales internacionales*. Aunque las ideas que sugieren ambos doctrinarios son harto interesantes y hasta pioneras en su tiempo, presentan –desde nuestro punto de vista– dos inconvenientes: primero, su estudio parte de la concepción *cuasi* exclusiva de un derecho penal internacional; y, segundo, ofrece por un lado, un tratamiento en exceso localista –preponderantemente francés–, y por el otro, privilegia notoriamente el enfoque privatista (propio del derecho internacional privado) sobre el publicista (propio del derecho internacional público).

Y en esta misma tesitura crítica cabría también ubicar la importante contribución del especialista Claude Lombois, *Droit Pénal International*, publicada por la Universidad de París II en 1979. En ambos casos, consideramos, se trata de investigaciones más *penal-territorialistas* que *penal-internacionalistas*, esto es, más propias del derecho internacional privado que del derecho internacional público.

2.4. Las Fuentes del derecho internacional penal.

En general, las fuentes del derecho internacional penal son similares a las del derecho internacional general. El reporte del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia hace alusión especial al derecho convencional y al derecho de la costumbre: “*El derecho aplicable por el Tribunal tiene como fuentes las reglas de derecho convencional y las reglas del derecho de la costumbre*”. (Rapport du Secrétaire general, Doc. O.N.U. S/25704, p. 33) Complementariamente, el Secretario General ha remarcado expresamente que el estatuto en cuestión debe limitarse a los crímenes internacionales fundamentales “*sobre las disposiciones de los instrumentos internacionales en vigor*”.¹⁸⁵

Empero, si los tratados no cubren suficientemente lo requerido de ellos a juicio de las partes contratantes, éstas se pueden basar en la jurisprudencia de un tribunal cuyas decisiones reivindiquen un valor universal. Esto es así porque dicho reporte explica más adelante que: “La aplicación del principio *nullun crimen sine lege* exige que el Tribunal internacional aplique las reglas de derecho internacional humanitario que en lo posible formen parte del derecho consuetudinario, de manera que se solivante el problema resultante del hecho de que ciertos Estados, más no la totalidad de ellos, son adherentes a convenciones específicas” (Ibid., p. 34; ver también TPI., App., *D. Erdemovic*, IT-96-22-A, 7 de octubre de 1997, op. ind. et diss Cassese, p. 111). Este principio reconocido en derecho internacional demanda una aplicación estricta de las fuentes tradicionales en derecho internacional penal (art. 15-1, párrafo 1 del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos; art. 22 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

¹⁸⁵ Ibid., p.p. 17, 34; consultar también la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad que establece el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Reporte del Secretario General, S/1995/134, p. 12; Tribunal Penal Internacional para Ruanda., Akayesu, ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, ch. 6.5.; TPI., Excepciones Preliminares, D. Tadic, IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, p.p. 128-37.

2.4.1. Replanteamiento de la doctrina clásica de las fuentes del derecho internacional.

Antes de continuar con esta exposición, revisemos someramente lo que la doctrina clásica y moderna nos refiere sobre las susodichas fuentes tradicionales. Comencemos por afirmar que por fuentes se entiende las *formas de manifestación del derecho internacional*. Tradicionalmente se ha tomado el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que tiene su antecedente en el artículo del mismo número del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia internacional, como indicador "oficial" de las fuentes del derecho internacional general. La doctrina es unánime en este sentido; sin embargo, existe una gran discrepancia en lo que se refiere a la interpretación de sus alcances, como lo podremos apreciar a lo largo del presente apartado.

El artículo 38 del estatuto dice textualmente:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes;
 - b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente adoptada como derecho;
 - c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.¹⁸⁶
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convienen.

Como ya se adujo, en cuanto a sus alcances, la interpretación del artículo 38 del estatuto de la CIJ no es muy uniforme en la doctrina de derecho internacional, como lo hace notar el *iusinternacionalista* Alfred Verdross,¹⁸⁷ sobre todo en lo que se refiere a dos aspectos: el carácter ejemplificativo o enumerativo en las fuentes señaladas en dicha disposición y en la importancia jerárquica en que pudieran estar enumeradas las fuentes. Al respecto, hay una corriente mayoritaria en la ciencia del derecho internacional que considera que el artículo 38 *in comento* tiene una terminología puramente descriptiva y "no tiene por objeto restringir en forma alguna la operación de las fuentes que se describen".¹⁸⁸

La interpretación contraria, es decir, la que considera que no hay más fuentes del derecho internacional que las señaladas en el precitado artículo 38 representa un obstáculo importante al desarrollo del derecho internacional, tanto general como penal. En efecto, la adecuación del derecho internacional a las relaciones internacionales en constante transformación no sería posible con la existencia de un sistema cerrado de fuentes del derecho. Por otra parte, hay que ponderar la reivindicación que hacen los países de Asia y África en el sentido de que no participaron en la elaboración del sistema jurídico internacional, y un sistema limitado de fuentes obstaculiza la creación de normas jurídicas de carácter más justo y democrático.

En lo que concierne a la importancia jerárquica en que pudieran estar enumeradas las fuentes, aunque algunos autores opinan que los tratados constituyen la fuente más importante de normas de derecho internacional,¹⁸⁹ en la práctica internacional esto no es así, ya que el juzgador ha aplicado

¹⁸⁶ El artículo 59 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que "*d) Las decisiones de la Corte no son obligatorias sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido*".

¹⁸⁷ Verdross, Alfred, "Les principes généraux de droit dans système des sources du droit international public", en *Hommage a Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, p. 521.

¹⁸⁸ Virally, Michel, "Las fuentes del derecho internacional", en *Manual de Derecho Internacional Público*, editado por Max Sorensen, FCE, México, sexta reimpresión, 1998, p. 153.

¹⁸⁹ Jiménez de Aréchaga, Eduardo. Curso de derecho internacional público. Tomo I, Montevideo, 1979, p. 55.

indistintamente las fuentes sin tomar en cuenta un orden jerárquico.¹⁹⁰ Por ejemplo, tenemos que en caso Nicaragua contra Estados Unidos (por el minado de puertos, 1993), la Corte tuvo que resolver la controversia con base exclusivamente en la costumbre internacional.

En nuestro punto de vista, por un lado, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ no debe verse como una camisa de fuerza que reprima la manifestación de la normatividad jurídica internacional, además de que se deben tomar en cuenta las transformaciones cualitativas de la sociedad global; y por el otro, hay una corriente doctrinal muy crítica de dicho artículo que incluye a las mismas fuentes como objeto de su disertación, pero el problema es que no se ha generado una doctrina que se separe totalmente de este precepto legal, pues a lo más a que se ha llegado es a ponerlo en la mesa de las discusiones y a interpretarlo en forma amplia, es decir a no considerarlo cerrado. En definitiva, el mundo de la actual sociedad global es muy diferente al que existía en 1921, año en que se puso en vigencia el antecedente del actual artículo 38.

Como lo constatamos en la parte final de nuestro Capítulo primero, el derecho internacional ha seguido evolucionando y debe desarrollarse de acuerdo con las necesidades de la comunidad contemporánea, cuya característica sobresaliente es la globalización de los actores, los procesos y las interacciones; esto es, Europa ya no es el centro creador del derecho, ni son 51 los Estados que conforman la organización universal. Las relaciones internacionales son más complejas --en especial las relativas al mundo de las infracciones internacionales y de la represión penal de los crímenes transnacionales— y se requiere una mentalidad más abierta para aceptar y entender las nuevas manifestaciones jurídicas internacionales, como son las referidas a las materias y el objeto del derecho internacional penal.

No obstante lo antes expuesto y ya en el terreno específico del derecho internacional penal, el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional confirma, en principio, la aplicabilidad de las fuentes clásicas en derecho internacional general, pero con algunas interesantes particularidades:

" Artículo 21

Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:

- a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;*
- b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;*
- c) En su defecto, los principios generales del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.*

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición."

¹⁹⁰ El mismo criterio expresó el jurista español Adolfo Miaja de la Muela: "(...) no implica grados diferentes de jerarquía al menos entre tratado y costumbre (...) los principios generales del derecho pueden ser utilizados como reglas supletorias de la carencia de tratado y costumbre". Introducción al derecho internacional público, 7ª. edic., Madrid, 1979, p. 98.

De la lectura de este precepto se puede desprender primeramente que no se menciona el derecho consuetudinario, en tanto que sólo se indica de manera general los <principios y reglas de derecho internacional>. Es decir, el artículo reconoce la existencia de principios generales de derecho internacional en lugar de la costumbre. Asimismo, en el inciso c) se considera a los principios generales de derecho derivados del derecho nacional como una fuente independiente, más subsidiaria de las otras fuentes. El párrafo 2 clarifica que la Corte Penal Internacional podrá aplicar su propia jurisprudencia, lo cual parece corresponder más a la '*regla del precedente con carácter obligatorio*' propia del derecho anglosajón, más que a la práctica continental (e internacional). Y más notoria resulta la disposición del párrafo 3 que preceptúa que la aplicación e interpretación del derecho deberá ser compatible con los derechos del hombre y, en particular, el principio de la no discriminación. En consecuencia, —y este es el y este es el punto de vista de los actuales doctrinarios franceses—¹⁹¹ el Estatuto de Roma eleva los derechos del hombre al más alto rango de las fuentes del moderno derecho internacional general y penal, precisamente por encima de las fuentes de las que ellos mismos derivan. En este sentido, desde una perspectiva, parecería preferible concebir el rol de los derechos humanos dentro del derecho internacional en vigor, y no al revés, o sea, que habría que ponderar jurídicamente la conveniencia de que el Estatuto y sus Reglamentos (que son derecho internacional general) estén sujetos a los derechos del hombre (que tienen un carácter más específico y particular).

En relación con lo anterior y antes de continuar con nuestro análisis convendría hacer una breve reflexión sobre las fuentes del derecho internacional en el caso de los derechos humanos:

La universalización de los derechos humanos inyectó, sin duda alguna, nuevos valores al sistema político mundial y a las relaciones jurídicas internacionales, lo mismo que a las fuentes del derecho internacional. Vemos así que desde la perspectiva ortodoxa y conservadora de las fuentes del derecho internacional, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptada a través de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948 (Resolución AG 217 [III] 1948) no es jurídicamente obligatoria.¹⁹² De hecho, buena parte de la doctrina latinoamericana y europea aun hoy la considera *jus-consuetudinaria*, pues en sus orígenes esa era la intención; sin embargo, existe una importante tendencia para atribuirle carácter jurídico obligatorio a muchas de sus normas. Al respecto, la explicación es que éstas a través de las reglas de la costumbre internacional se convierten en jurídicamente obligatorias o bien diversos tratados las van recogiendo en su contenido. Es aquí, precisamente, donde encontramos otra de las deficiencias de la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional general ya que no todos los fenómenos —los que tienden a ser cada vez más— se explican por la doctrina imperante en este tópico.

Además, debe justipreciarse que algunos reconocidos internacionalistas¹⁹³ han notado acertadamente que los derechos humanos le han dado diferente forma y contenido a las fuentes de derecho, concretamente a la costumbre. Recordemos que la costumbre, como fuente, posee dos elementos: la *inveterata consuetudo* y la *opinio iuris*. Tradicionalmente, el primer elemento, la práctica, se refiere a los Estados en relación con otros Estados; en el caso de los derechos humanos, la práctica es interna a los Estados en relación con sus propios habitantes y generalmente no hay reacción de otros Estados y sin embargo no existe duda de que constituye también derecho internacional consuetudinario jurídicamente obligatorio.

¹⁹¹ Para obtener una mejor apreciación de estas posturas se recomiéndale trabajo de Bruno Simma y Andreas Paulus: "Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit", en *Droit International Pénal*, op. cit. pp. 55-69.

¹⁹² Realmente esta es la doctrina prevaleciente, aunque en la práctica sea un documento con un contenido de una gran autoridad moral que ha inspirado legislaciones internas y sea el punto de partida de otros documentos jurídicos internacionales (Ver, por ejemplo, a García Bauer, Carlos, Los derechos humanos preocupación universal, Universidad de San Carlos, Guatemala, A.C., 1960, 524 pp.

¹⁹³ Henkin, Louis: "International Law: Politics, Values and functions", *Académie de Droit Internationale*, Recueil des Cours, Tomo IV, 1989, pag. 224; ver también Simma Bruno and Alston Philip: "The sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principle", *Human Rights Law*, edited by Alston Philip, Great Britain, 1996, pp. 3-29.

2.4.2. Problemas específicos del derecho internacional penal.

La aplicación práctica de las fuentes tradicionales del derecho internacional general al derecho internacional penal presenta algunos problemas que vale la pena comentar. En primer lugar, las fuentes del derecho internacional general aplican a los Estados y no a los individuos mientras que en el derecho internacional penal rige la represión de las infracciones para los individuos. Cuando, por ejemplo, las Convenciones de Ginebra imponen a los Estados el deber de reprimir penalmente, según el derecho nacional aplicable, las infracciones graves al derecho ginebrino y la punición y extradición de individuos que violan esas reglas (*aut dedere aut judicare*, Convención de Ginebra I, art. 49; II, art. 50; III, art. 129; IV, art. 146; Protocolo Adicional I, art. 85), ¿se podría verdaderamente hablar de un crimen internacional? Del mismo modo, si aquél está implicado en los términos del artículo 85, párrafo 5, del Protocolo I que habla de <crímenes de guerra> y dentro del derecho consuetudinario, queda abierta la cuestión de otros elementos de la incriminación tales como la intención y los motivos de exoneración. En tanto que los tribunales penales internacionales — excepción hecha de las prescripciones generales del artículo 7 del Estatuto del TPIY y el artículo 6 del TPIR— se apoyan únicamente en la costumbre, los principios generales de derecho así como eventualmente otras fuentes de derecho, el Estatuto de la CPI codifica en detalle los crímenes (art. 25, 30-33) y prevé la codificación ulterior de elementos constitutivos de los crímenes (art. 9).

En adelante, un problema para el derecho consuetudinario, reposa en la existencia de pocos antecedentes en cuanto a la represión de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidios, con la excepción de crímenes de guerra nazis después de la segunda guerra mundial. Así que difícilmente puede esperarse la formación de una práctica requerida por el derecho de la costumbre. Idéntica situación, incluso más difícil aún, se presenta respecto del derecho internacional procesal o jurisdiccional antes de la Corte Penal Internacional. Resta entonces que ésta adopte finalmente las Reglas de Procedimiento y Prueba (ver artículo 15 del Estatuto de Roma). En el artículo 38 del Estatuto de la CPI se establecen reglas sobre la Presidencia que son una forma de codificar un procedimiento penal internacional (ver toda la Parte IV *De la Composición y administración de la Corte*). Además, el reglamento de procedimiento y prueba va a ser codificado por los Estados partes (art. 51), lo que le aportará una mayor legitimidad al instrumento en razón de los principios de la separación de poderes.

El derecho convencional padece así de la ausencia de un sistema coherentemente organizado que permita ensamblar el derecho internacional penal. Por ejemplo, es poco explicable lógicamente el hecho de que los actos aislados de tortura sean reprimidos por la Convención contra la tortura y otras penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, en tanto que los asesinatos dirigidos por un Estado no lo sean de ningún modo (ver *S. Ratner, Texas, I.L.J.*, 1989, vol. 33, p. 237). En adelante, con la adopción del Estatuto de Roma, ciertas instituciones jurídicas están apenas reglamentadas, así como en el caso de los crímenes contra la humanidad; empero, denota lagunas específicas en materia de violaciones al derecho internacional de guerra en los conflictos internos, un aspecto de clara naturaleza criminal.¹⁹⁴

Los instrumentos existentes están aún incompletos. Por ejemplo, el artículo VI de la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio no ha creado una verdadera jurisdicción universal, amén de que no se ha precisado la jurisdicción territorial ni se cuenta con la competencia de un tribunal penal internacional que esté en pleno funcionamiento. Es evidente, además, que los instrumentos llegan a contradecirse unos con otros. Así tenemos que el artículo III de la Convención sobre el crimen de genocidio reglamenta por ejemplo la participación en un crimen de otro modo que el artículo 1 de la Convención contra la tortura o que el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Igualmente, las diversas reglamentaciones nacionales son bastante diferentes. Y esto resulta ser así por la tradición continental de vasta codificación de normas y el <case-law> anglosajón (ver TPIY, Ch., *Z. Delalic*, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, p. 159; App. *D. Erdemovic*, IT-96-22-A, 7 de

¹⁹⁴ Consúltese para mayor detalle *B. Simma y A.L. Paulus*, A.J.I.L., 1999, CEDIN, París, vol. 93; *T. Graditsky*, R.I.C.R., 1998, Universidad de París-Nanterre, p. 29

octubre de 1997). El *common law* acepta en buena medida la jurisprudencia en la definición de los crímenes, en cuanto a su referencia con un *caso-ley* concerniente y previamente determinado, mientras que en la Europa continental se considera como una violación al principio *nulla poena sine lege* (véase el artículo 15 del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos). Para varios Estados difícilmente pueden derivar los elementos de los crímenes y el derecho procesal de "principios generales de derecho".

Los países anglosajones no aceptan que un procedimiento anteceda a un jurado, mientras que en Europa domina el procedimiento inquisitorial. Esta situación explica en parte, la insistencia anglosajona de un procedimiento estrictamente reglamentado, en tanto que los países continentales o del "*civil law*" prefieren una codificación exacta de derecho material en vez de una reglamentación procesal precisa. Desde otra óptica, el *common law*, en particular el derecho estadounidense, autoriza las consideraciones con carácter político ("*policy considerations*") en derecho penal, dándole así a la materia una dimensión más abierta que el derecho continental o romano-germánico.

Se presenta así la importante cuestión de la competencia para crear el derecho. En tanto que la teoría de las fuentes del derecho internacional se aplica solamente a los Estados, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió *motu proprio* poner en marcha de los tribunales penales internacionales *ad hoc*. Ciertamente, el Consejo declaró haber codificado el derecho internacional penal en el cuadro del derecho existente, al menos en el caso del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia, empero, dicha codificación ha sido parcial en el rubro de crímenes contra la humanidad y en la concreción de los crímenes de guerra, contribuyendo modestamente al derecho existente. El Consejo de Seguridad tendió a abandonar esta conducta conservadora en el caso del Estatuto del Tribunal para Ruanda, al trasladar las normas aplicables en los conflictos internacionales a los conflictos internos. Así, tenemos que:

"[I]e Conseil de sécurité (...) a inclus dans la compétence ratione materiae des instruments qui n'étaient pas nécessairement considérés comme faisant partie du droit international coutumier ou dont la violation n'était pas nécessairement généralement considéré comme engageant la responsabilité pénale individuelle de son auteur".¹⁹⁵

Como se puede observar, este y otros señalamientos al respecto, muestran el rol de las organizaciones internacionales gubernamentales en la codificación y el desarrollo del derecho internacional penal.

2.4.3. La aplicación de las fuentes del derecho internacional en derecho internacional penal.

En derecho internacional, la jerarquía general entre las fuentes de derecho, no constituye un problema si se trata de dilucidar entre diversas normas concretas, sino más bien si se cae en la cuenta de que cada fuente de derecho tiene sus propias ventajas e inconvenientes. Hasta ahora parece quedar claro el hecho de que las fuentes tradicionales, los tratados y la costumbre, no son ya suficientes para una jurisprudencia penal efectiva; se requiere de otras fuentes, de otros medios; deben utilizarse otras bases de interpretación.

i) Los *tratados internacionales*.

Los tratados representan el "*noyau dur*" (núcleo duro) del derecho internacional penal. Comparados con la costumbre y los principios generales de derecho, las ventajas son manifiestas: claridad, precisión, carácter explícito, evidencia y vinculación indudable de las partes. Al ser necesario el voto del parlamento o del congreso para su ratificación en la mayoría de los casos, los tratados disponen de una alta legitimidad. Aunque no son siempre universalmente ratificados, pueden contribuir a la clarificación del derecho existente y pueden constituir el punto de partida para arribar a un desarrollo de la costumbre. Ésta es por ejemplo producida por la definición de genocidio a través de la

¹⁹⁵ Rapport presentado por el *Secretario General de la ONU* en aplicación del párrafo 5 de la *Resolución 955* (1994) del Consejo de Seguridad, Doc. O.N.U. S/1995/134, pp. 3-4, 12.

Convención sobre el genocidio de 1948.¹⁹⁶ Sin embargo, las partes que no son contratantes no pueden de ningún modo ser vinculadas por los tratados y, con frecuencia, no experimentan más que un mínimo consenso en un campo estrechamente limitado o bien se limitan a los grandes principios cuya aplicación directa no es del todo fácil o posible. Solo una vasta codificación que permita el ensamble de un campo jurídico determinado puede compensar esta carencia.¹⁹⁷

El Estatuto de la CPI representa, sin duda alguna, la tentativa más amplia y actual para crear un instrumento de tales características. Dicho corpus legal expresa precisamente que sus definiciones de crimen de genocidio, de crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra no valen más que <a los efectos del presente Estatuto> (ver artículos 6, 7 y 8). Asimismo en el artículo 10 dispone que: "*Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto*". Esto no modifica en nada el hecho de que las definiciones del Estatuto ya tengan una gran influencia sobre el desarrollo del derecho internacional penal consuetudinario.

Independientemente que en el Capítulo Sexto de la presente investigación abordaremos el tema de la cooperación internacional en materia penal, donde la experiencia vinculatoria es un factor de capital importancia, a continuación pasamos a enunciar los principales tratados, acuerdos y convenciones que son reconocidos *lato sensu* por la comunidad de Estados, como fuentes del derecho internacional penal convencional:

1. *Convención Interamericana de Extradición*, firmada en Montevideo, Uruguay el 26 de diciembre de 1933.
2. *Convención para la represión del tráfico ilícito de Estupefacientes Nocivos, del 26 de junio de 1936*.
3. *Carta de la Organización de las Naciones Unidas y Estatutos de la Corte Internacional de Justicia*, San Francisco, California, 26 de junio de 1945.
4. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en Bogotá, en la Novena Conferencia Internacional Americana, en 1948.
5. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
6. *Convenio Relativo al Trato de Prisioneros en Guerra*, firmado en Ginebra el 12 de agosto de 1949.

¹⁹⁶ Ver: "Reserves á la Convention sur le génocide", *avis consultatif*, C.I.J., Rec. 1951, p. 23; y, "*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*", C.I.J. Rec. 1996, p. 595.

¹⁹⁷ A pesar de las desventajas señaladas, que exageran varios tratadistas europeos franceses y anglosajones, los tratados representan –para quienes hemos dedicado parte de nuestra vida académica a su estudio y difusión—, la *expresión jurídica más acabada de las relaciones internacionales contemporáneas y la fuente suprema y esencialísima del derecho de gentes*. Los tratados son el pilar fundamental del sistema jurídico supranacional, fomentan las relaciones entre las partes, y hacen posible la creciente internacionalización de la comunidad dentro de normas que contribuyen a la sistematización y desarrollo del derecho internacional general y penal. A medida que ambas disciplinas se diversifican y extienden, requieren más y más de los tratados porque en ello radica su propio criterio de validez legal. La historia del derecho internacional se ha hilvanado frecuentemente como una historia de los tratados, pues son la fuente por principio y excelstitud de derechos y obligaciones internacionales particulares, además de *excelentes coadyuvantes en la formación de normas generales*. Más numerosos que en cualquier tiempo pasado, con ellos se edifican la coexistencia y la cooperación en un amplio espectro de materias, como la penal, donde se identifican intereses comunes y se evidencia la interdependencia de los miembros de la actual sociedad anómica y global. Ésta requiere, por ello, cada vez más de normas y organización específicas, las cuales no pueden ser formuladas por la costumbre, lenta e imprecisa. Por vía de ejemplo, consideremos que no puede conseguirse la cooperación internacional en ciertas materias como crímenes, delitos, sanciones y represiones penales, entre otras cuestiones más del quehacer humano, a menos que sean reguladas por tratados internacionales. Éstos son, pues, la *manifestación más objetiva y concisa de la interrelación y la vida interactiva* de los sujetos del Jus Gentium. Consecuentemente, su carácter universal guarda estrecha relación con el propio carácter universal del derecho internacional y de su función de homologar a todos los Estados frente a la ley.

7. *Convenio para Mejorar la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar*, firmado en Ginebra el 12 de agosto de 1949.
8. *Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra*, firmado en Ginebra el 12 de agosto de 1949.
9. *Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales* (Protocolo I y Protocolo II, aprobados en Ginebra el 8 de junio de 1977).
10. *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.
11. *Convención Suplementaria Sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y Prácticas Análogas a la Esclavitud*, firmada en Nueva York, el 7 de septiembre de 1956.
12. *Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos*, adoptadas en Ginebra en 1955 y aprobadas por el ECOSOC de la ONU el 31 de julio de 1957 y el 13 de mayo de 1977.
13. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.
14. *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, aprobada por la resolución 3447(XXX) e la Asamblea General de la ONU, el 9 de diciembre de 1975.
15. *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, aprobada por la Resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General de la ONU, el 9 de diciembre de 1975.
16. *Convención contra la Tortura, y otros Tratos Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes en Relación con la Detención y el Encarcelamiento*, aprobada por la Resolución 3453 (XXX) de la Asamblea General de la ONU, el 9 de diciembre de 1975.
17. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 1966.
18. *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976.
19. *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, aprobada en la Resolución 39/46 de la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1984.
20. *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, aprobada el 6 de diciembre de 1985.
21. *Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas*, adoptada en Belém de Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.
22. *Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales*, firmada en París, Francia, el 14 de noviembre de 1970.
23. *Convención Internacional contra la Toma de Rehenes*, firmada en Nueva York, el 17 de diciembre de 1979.
24. *Convención Única sobre Estupefacientes*, firmada en Nueva York en 1961.
25. *Convenio Internacional sobre Sustancias Psicotrópicas*, firmado en Viena el 21 de febrero de 1971.
26. *Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, firmado en La Haya, Países Bajos, el 25 de octubre de 1980.
27. *Convención Interamericana sobre el tráfico Internacional de Menores*, adoptada en la Ciudad de México, el 18 de marzo de 1994.
28. *Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda y Protocolo Anexo*, signado en Ginebra, Suiza, el 21 de junio de 1929.
29. *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, suscrito en Nueva York, el 9 de diciembre de 1948.
30. *Convenios sobre las Infracciones y Ciertos otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves*, abierto a la firma en Tokio, Japón, el 14 de septiembre de 1963.
31. *Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves*, abierto a la firma en La Haya, Países Bajos, del 16 al 31 de diciembre de 1970.

32. *Convención para Reprimir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa Cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional*, firmada en Washington, el 2 de febrero de 1971.
33. *Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil Internacional*, firmada en Montreal, Canadá, el 23 de septiembre de 1971.
34. *Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que presten Servicio a la Aviación Civil Internacional*, adoptado en Montreal, Canadá, el 24 de febrero de 1988.
35. *Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para Fines de Detección*, firmado en Montreal en 1991.
36. *Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima*, firmado en Roma en 1988.
37. *Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental*, firmado en Roma en 1988.
38. *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, adoptado en Viena el 20 de diciembre de 1988.
39. *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, adoptado por la Asamblea General de la ONU, el 30 de noviembre de 1973.
40. *Convención sobre la Represión y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionales Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos*, adoptada en la Ciudad de Nueva York, el 14 de diciembre de 1973.
41. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará"*, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.
42. *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, signado en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988.
43. *Convención sobre Asilo*, adoptado en la Sexta Conferencia Internacional Americana, firmada en La Habana, el 20 de febrero de 1928.
44. *Convención sobre Asilo Político*, adoptado por la Séptima Conferencia Internacional Americana, firmado en Montevideo, el 26 de diciembre de 1933.
45. *Tratado de Asilo y Refugio Políticos*, producto del Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, firmado en Montevideo el 4 de agosto de 1939.
46. *Convención sobre el Asilo Diplomático*, sustentado por la OEA y signado el 29 de diciembre de 1954.
47. *Convención sobre Asilo Territorial*, adoptado por la Secretaría de la OEA el 24 de mayo de 1981.
48. *Convención Interamericana contra la Corrupción*, adoptada durante la Conferencia Especializada sobre Corrupción, en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996.
49. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, aprobado por la Resolución 220 (XXI) de la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 1966.
50. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988.
51. *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad*, firmada en París en 1968.
52. *Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, el Financiamiento y el Entrenamiento de Mercenarios*, firmada el 4 de diciembre de 1989.
53. *Convenio de Extradición de los Países de la Unión Europea*, firmado en Dublín, Irlanda, el 27 de septiembre de 1996.
54. *Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos de Armas Nucleares (CTBT)*, firmado en la Conferencia de Desarme de Ginebra, el 24 de septiembre de 1996.
55. *Protocolo Adicional a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Exclusivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, Protocolo sobre Armas Láser Segadoras (Protocolo IV)*, adoptado el 13 de octubre de 1995,

56. *Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados*, suscrita en Washington, D.C., el 14 de noviembre de 1997.
57. *Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonales y sobre su Destrucción*, hecha en Oslo, Noruega, el 18 de septiembre de 1997.
58. *Tratado Centroamericano sobre Recuperación y Devolución de Vehículos Hurtados, Robados, Apropiados o Retenidos Ilícita o Indebidamente*, firmado en Copán Ruinas, Honduras, el 14 de diciembre de 1995.
59. *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias*, adoptado por la Asamblea General de la ONU, el 18 de diciembre de 1990.
60. *Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, del 8 de diciembre de 1998.
61. *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, adoptado en Nueva York en 1998.
62. *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*, dado por la Asamblea General de la ONU, adoptado en Nueva York el 10 de enero de 2000.
63. *Proyecto de Convención Internacional sobre Terrorismo Internacional*, elaborado por la Asamblea General de la ONU, Nueva York, agosto de 2000.
64. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, firmada en Nueva York, en noviembre de 2000.
65. *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención e las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada*, dado en Nueva York, en noviembre de 2000.
66. *Estatutos que establecen los Tribunales Penales Internacionales 'ad hoc' para Juzgar a Criminales de Guerra Nazis (1945), Japoneses (1946), Yugoslavos (1993), Ruandeses (1994), y Sierraleoneses (2002)*.
67. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (LI Período de Sesiones) que establece la Oficina de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito, de septiembre de 1997.
68. *Convención Internacional sobre la Represión de las Explosiones Terroristas*, firmada en agosto de 1997.
69. *Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional*, firmado en Roma, Italia en julio de 1998, ratificado por 89 Estados al 30 de abril de 2003.
70. Diversas Resoluciones actuales para combatir y eliminar el terrorismo internacional: a) *Resolución 1377 aprobada por el Consejo de Seguridad* el 12 de noviembre de 2001; b) *Resolución aprobada por la Asamblea General con base en el informe de la Sexta Comisión*, del 15 de enero de 2003; c) *Resolución 1456 (2003) aprobada por el Consejo de Seguridad* el 20 de enero de 2003.

Como se puede observar, el derecho internacional de los tratados en materias *penal* y de *derechos humanos*, se desprende y se autonomiza del derecho internacional general y va más allá del nivel que ocupan las fuentes tradicionales del orden jurídico que rige para la comunidad de Estados. Constituye de hecho una de las disciplinas que más se ha desarrollado en los años recientes. De ser un derecho que se fue formando en la práctica internacional, con las Convenciones de Viena de 1969, 1975, 1986 y otras a la fecha, amén de los Estatutos de las diversas Cortes y Tribunales que operan hoy día, y los reglamentos especializados en rubros del delito penal y la represión criminal, pasa a ser un derecho codificado que converge con el derecho internacional consuetudinario, con un carácter innovador y la introducción de nuevos principios y criterios de interpretación en estas importantes materias.

ii) *El derecho internacional consuetudinario.*

Desde el punto de vista de algunos modernos autores franceses --que no compartimos del todo-- la costumbre universal es superior al derecho convencional en su campo de aplicación porque es aplicable a todos los Estados. Sin embargo, no tiene la claridad ni la seguridad jurídica del derecho

convencional, aspectos que tienen capital importancia tomando en consideración el principio *nullum crime sine lege* codificado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el párrafo 1 indica que: "*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*". Y en el párrafo 2, dice a la letra: "*Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio o 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*".

Obsérvese como la noción de 'principios generales de derecho' remite a su uso en la costumbre y no tanto a los principios generales del derecho en un sentido técnico. La costumbre y los referidos principios tienen en común el hecho de que no requieren ser formalizados, en la medida en que se derivan del comportamiento estatal y de las declaraciones de opinión del derecho nacional (ver P. Daillier y a Pellet, *op. cit.*, p. 206; Roberto Ago, Anuario Francés de Derecho Internacional, 1957, pp. 14-62, que habla de "*derecho espontáneo*").

La teoría del derecho consuetudinario ha tenido una notable evolución en los últimos lustros y se encuentra en un proceso de transformación continua. El derecho de la costumbre <clásico> constituía el resultado de una observación de comportamiento efectivo del mayor número posible de Estados, deviniendo en *derecho* consuetudinario en el momento en que se materializaba la convicción de los Estados sobre el carácter obligatorio de su comportamiento. Sin embargo, dentro de la comunidad internacional actual, es apenas posible, a nivel universal, observar el comportamiento efectivo de un número suficiente de Estados, a menos que, de otro modo, los contactos diplomáticos en la ONU y en otras organizaciones internacionales se intensifiquen de manera que los argumentos jurídicos de los Estados sean relativamente fáciles de discernir, como ocurre con los tratados formales que resultan de esta suerte de un <poder legislativo> internacional.

En este sentido, el derecho de la costumbre está derivando poco a poco de declaraciones estatales más o menos oficiales, además de la doctrina fuertemente influenciada por la opinión pública –se trata, dentro de la célebre terminología de René Dupuy, de una "costumbre salvaje" diferente de una "costumbre moderada" derivada del comportamiento efectivo de los Estados (R.J. Dupuy, *Mélanges Charles Rousseau*, p. 76). Él también observa, en el campo de los derechos del hombre, un desapego del derecho internacional con relación al comportamiento efectivo de los Estados. Según Bruno Simma y Philip Alston: "(...) *El proceso de elaboración de la ley se ha tornado así en un ejercicio auto-contenido de retórica*".¹⁹⁸ Los dos autores hablan también de una <crisis de identidad> del derecho consuetudinario.

Cabe destacar que la mayor información judicial sobre la cuestión de las fuentes del derecho penal se encuentra en el primer juicio de la Cámara de apelación del TPIY en el asunto *Tadic*. La Cámara de apelación no excluyó, en principio, que el derecho consuetudinario puede modificar las normas convencionales, más niega que este pueda ser el caso en lo concerniente a la aplicabilidad de las Convenciones de Ginebra en los conflictos internos (*D. Tadic*, IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, p.83). El juicio evoca otra razón de evidente desventaja, en derecho internacional humanitario, de las declaraciones en relación con los actos efectivos: la imposibilidad de determinar el respeto al derecho internacional humanitario en el terreno de los hechos: "*aquellos que han evaluado la formación de reglas consuetudinarias o de principios generales de derecho, conviene estar conscientes en que, por el carácter intrínseco de su campo de regulación, se deben basar esencialmente en elementos tales como las declaraciones oficiales de los Estados, los manuales militares y las decisiones judiciales*". Esto significa que no es mera casualidad que la costumbre y los principios generales se aproximen; renuncien en ocasiones al elemento de la práctica efectiva, frente a declaraciones puras y simples. En

¹⁹⁸ Simma, Bruno y P. Alston: "La identidad del derecho consuetudinario", Austria, *Italian Year Book of International Law*, vol. 12, 1992, p. 89.

el párrafo 125 de la sentencia en cuestión, la Cámara de apelación utilizó las nociones "principios generales" y "derecho consuetudinario" de manera intercambiable.

La *relación* entre los tratados multilaterales y el derecho consuetudinario es particularmente delicada. Por un lado, los tratados multilaterales resultan frecuentemente de codificar el derecho de la costumbre existente. Por el otro, si bien el derecho consuetudinario anterior continúa vigente para las partes no contratantes, éste, en razón de un tratado que está en vigor, no se mantiene tal cual. Desde una óptica tradicional, la Corte Internacional de Justicia explica: "*Para que una regla convencional sea considerada como una norma de derecho internacional general, se requiere al menos que, junto con un largo período de observancia, muestre una participación muy amplia y representativa en la convención, y satisfaga la condición de comprender a todos los Estados interesados*" (caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, CIJ, Rec. 1969, p. 3, y 73). En su jurisprudencia posterior, la Corte Internacional de Justicia fue menos severa y flexibilizó sus criterios para el establecimiento de una norma general de derecho internacional a partir de una disposición convencional (Mendelson, en "*Cincuenta años de la CIJ*", Netherlands, 1996, 72 pp.). En cambio, la Cámara de apelación del TPIY, hizo hincapié en el reforzamiento mutuo que hay entre el derecho convencional y la costumbre remarcando que: "*Las reglas internacionales relativas a los conflictos internos resultan de dos niveles diferentes: el del derecho consuetudinario y el del derecho convencional. Dos categorías de reglas que no son de modo alguno contrarias o incoherentes, más bien se sostienen y retroalimentan, para su mutua cristalización. De hecho la interacción entre estas dos categorías es tal que ciertas reglas de derecho convencional son progresivamente integradas al derecho consuetudinario*".¹⁹⁹

Antes de finalizar este punto, conviene compartir con el lector algunas reflexiones personales:

La costumbre internacional, particularmente en materia penal, ofrece dos características esenciales: la *generalidad* y la *flexibilidad*. Sobre la *generalidad* advertimos que la actuación de algunos Estados no es suficiente para crear una costumbre; es necesario que la mayoría de ellos participe en su formación, de manera expresa, o tácita al aceptarla sin adoptar una posición contraria. Claro que, al lado de lo que podría llamarse costumbre general, pueden existir costumbres particulares, regionales o locales; en este sentido, Alejandro Álvarez, el gran jurista chileno, defendió con tesón la existencia de costumbres particulares del continente americano, y la Corte Internacional de Justicia ha dado validez a tal práctica, incluso cuando se reduce a dos Estados, para las relaciones entre ambos, según se desprende de su sentencia sobre el '*Asunto del derecho de paso sobre el territorio indio*', del 12 de abril de 1960: "(...) *la Corte no ve razón para que una práctica prolongada y continua entre dos Estados, práctica aceptada por ellos para regir sus relaciones, no sirva de base de derechos y obligaciones recíprocas entre estos dos Estados (...) al encontrarse en presencia de una práctica claramente establecida entre dos estados y aceptada por las partes para regir sus relaciones, la Corte debe atribuir un efecto decisivo a esta práctica con el fin de determinar sus derechos y obligaciones. Tal práctica particular debe prevalecer sobre las reglas eventuales (...)*".

Sobre la *flexibilidad*, nótese que el derecho consuetudinario se diferencia fundamentalmente del derecho convencional en una característica que constituye al mismo tiempo su mayor virtud: por no ser una fuente escrita, *carece de rigidez*; y puede evolucionar con la realidad, adaptándose a las nuevas situaciones. De ese modo, una costumbre que no responda ya a las situaciones actuales puede ir cayendo en desuso hasta desaparecer, y otra puede irse formando para sustituirla. Empero, como ya lo hemos constatado, la desventaja de la costumbre es su falta de precisión y es muchas veces difícil determinar cuándo una costumbre está en plena vigencia o cuándo esa vigencia plena es discutible, ya sea porque la norma consuetudinaria ha caído o está cayendo en desuso, o porque estando en formación no se ha consolidado debidamente. En especial, para el derecho internacional *penal* esta situación es harto relevante; por ello, para evitar esta imprecisión, a través de la conclusión de tratados o convenciones multilaterales, se debe intensificar la codificación del orden normativo penal internacional, transformando a la "*costumbre punitiva*" en "*derecho punitivo escrito*".

¹⁹⁹ App., *D. Tadic*, IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, p. 98; consultar también caso *Furundzija*, IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998, 138 pp.

Con todo, concluimos que, efectivamente, igual que en el derecho interno la ley no ha eliminado totalmente a la costumbre, tampoco es de prever que en el derecho internacional *general* o *penal* los tratados eliminen a la costumbre, que seguirá teniendo la función esencial de facilitar la adaptación del derecho a las realidades cambiantes de la sociedad global, "(...) *antes de que la pesada maquinaria de conclusión de tratados multilaterales se ponga en marcha*".²⁰⁰

iii) Visión crítica de los principios generales de derecho.

El antes citado artículo 38, 1 c) del Estatuto de la CIJ establece que la Corte deberá aplicar "los principios generales del Derecho, reconocidos por las naciones civilizadas". Esta disposición ofrece dificultades bastante grandes para determinar su contenido exacto. Los principios generales de derecho, en efecto, son distintos, de la costumbre, pero en ocasiones es complicado deslindar ambos conceptos; tampoco puede considerarse que sean principios de derecho natural, porque se establece claramente que sean "reconocidos por las naciones civilizadas". Desde nuestro punto de vista, un modo de aproximación al entendimiento de lo que son los principios generales del derecho, sería el intentar distinguirlos de los principios del derecho internacional general y, consecuentemente, del derecho internacional penal. Aunque el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia pasa por alto tal clasificación, creemos sin embargo que hay lugar para hacer una diferencia entre estos diferentes sistemas de principios.

Principios generales del derecho. Aquí el Estatuto se refiere seguramente a aquellos principios que son aceptados en el derecho interno de cada Estado, y que son susceptibles de aplicación internacional. Esta última precisión elimina ciertos principios generales del derecho interno que no pueden trasladarse al campo de las relaciones interestatales e internacionales, como sería el principio de que las personas pueden recurrir unilateralmente al juez, que actualmente resultaría inaplicable a los Estados, a causa de la diferente estructura de la sociedad global.

- *Principios del derecho internacional.* Serían aquellos que no tienen su origen en el derecho interno, sino que son propios del derecho internacional. En la vida de las naciones se manifiestan porque son invocados por los Estados o el juez internacional, sin mencionar expresamente su fuente; y al actuar de esta manera no están creando la norma, sino que, por el contrario, la consideran tan evidente que, por parecerles axiomática, no tratan de justificarla o fundamentarla.
- Como puede advertirse, esta categoría de principios es mucho más difícil de distinguir de la costumbre internacional, que de los principios generales del derecho. En realidad, quizá el único criterio de distinción sería la permanencia, pues mientras la costumbre evoluciona, los principios del derecho internacional, por su mismo carácter de principios, de grandes líneas rectoras, deben permanecer inmutables.

La Corte Internacional de Justicia, en su sentencia relativa al <Caso del oro monetario> (o *amonedado como también se le conoce*; del 15 de junio de 1954) emplea el término de principios del derecho internacional, al referir "(...) *un principio del Derecho internacional bien establecido e*

²⁰⁰ Seara Vázquez, Modesto. Derecho Internacional Público. Porrúa, México, 1993, p. 68. Señala el estimado maestro que el problema de determinar la naturaleza jurídica de la costumbre es, en el fondo, el problema central del derecho internacional. En efecto, es relativamente fácil admitir la fuerza obligatoria de los tratados; pero es muy difícil determinar el origen de la fuerza obligatoria de la costumbre y discernir su naturaleza jurídica. *Triepel* encontraba el fundamento del derecho internacional en la acción concertada de los Estados (*Vereinbarung*), y para él, la costumbre era una especie de "Vereinbarung" tácita, de acuerdo no expreso entre los Estados. Esta postura se identifica con la que adoptaron posteriormente los *positivistas*; pero su origen se encuentra ya en *Grocio*. Otra fórmula explicativa del problema la propone el jurista alemán *Savigny*, para quien como fiel exponente del *iusnaturalismo*, el fundamento hay que encontrarlo en una conciencia jurídica colectiva, en una conciencia universal sobre lo que debe ser el derecho, eliminando así el elemento voluntarista en la formación de la costumbre. Finalmente, para las teorías sociológicas modernas, la costumbre surge de la vida en sociedad, es un hecho social, y se impone a los Estados, no teniendo éstos otra opción que comprobar su existencia.

incorporado en el estatuto, a saber, que la Corte no puede ejercer su jurisdicción respecto a un Estado, si no es con el consentimiento de este último” (Recueil, 1954, p. 32).

En este punto, conviene señalar la distinción que hace *Verdross* de ambos principios, porque ilustra de modo claro el problema:

“Los principios del derecho de gentes, son reglas aceptadas directamente en la práctica internacional como siendo de Derecho, mientras que los principios generales del Derecho han sido primero reconocidos por los Estados en su Derecho interno”.

Retomando lo preceptuado por el artículo 38 de la CIJ, éste ha sido interpretado por la mayoría de los doctrinarios en el sentido de que al hablar de los principios generales del derecho se refiere exclusivamente a los principios del derecho nacional, principios que, en virtud de su aplicabilidad universal, serían traspasables al derecho internacional. Al reposar este precepto en el reconocimiento de tales postulados por las naciones civilizadas, se sobreentiende que su sentido es lato, esto es, que comprende a la totalidad de los Estados. Empero, el debate sustancial, a nuestro modo de ver, no gira sólo en torno a los autores sustantivos de la existencia misma de los principios de derecho internacional independientes, sino de saber si éstos caen en el supuesto comprendido por el artículo 38, o bien si ellos derivan de normas convencionales o de costumbres concretas. Para la práctica, la polémica no es de una importancia mínima. El artículo 21 del Estatuto de Roma separa los principios generales de derecho internacional (inciso 1 b) —que comprende el derecho consuetudinario y los principios del derecho nacional— de los principios generales de derecho nacional (inciso 1 c). Dentro del sentido de estos incisos, trataremos a continuación la aplicabilidad de dos matices de principios generales en el derecho internacional penal.

A. Principios del derecho nacional y la diferencia entre *derecho continental* y *common law*.

La aplicación de principios generales de derecho nacional que se encuentra en todas las áreas del derecho consuetudinario resulta ser insuficiente. Este se hunde en los grandes campos del derecho penal material, en particular el de los motivos de exoneración que son usuales en el derecho procesal penal y el derecho penitenciario.²⁰¹ El desarrollo de los principios generales de derecho derivados del derecho nacional se halla obstaculizado por el hecho de que con el *case-law* del *common law* y el derecho continental europeo (incluyendo el *civil-law* latinoamericano), estamos en presencia de dos sistemas cuya concepción del derecho penal parece a primera vista diametralmente opuesta. El primer cuestionamiento a propósito de la aplicación en derecho internacional penal de los principios generales derivados del derecho nacional es la siguiente: ¿si se trata de la aplicación de un principio de derecho, de la manera más uniforme posible, esto se logra mejor dentro del *civil law* continental que dentro del *common law*? Más allá de estos sistemas de base, no se puede acaso exigir que todos los sistemas jurídicos del mundo sean examinados, tanto más en la investigación de principios generales y de ningún modo de reglas concretas.²⁰²

El resultado de la prueba judicial no será generalmente una norma concreta más un principio general, lo que torna la aplicación práctica frecuentemente difícil (*Ibidem supra*). Por ello, el trabajo acucioso y equilibrado del cuerpo de jueces de que se trate, en tanto que representantes de los diversos órdenes jurídicos, juega un rol muy importante en el análisis de esos diversos sistemas de derecho. Esto no significa de ningún modo que los jueces de países de tradición *common law* arriben todos —ingleses y estadounidenses, por ejemplo— a las mismas conclusiones.

Por otra parte, en la aplicación de los principios generales de derecho, debe respetarse la diferencia de estructura entre el orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional: no todos los principios de derecho nacional son convenientes a un orden jurídico que reposa sobre la independencia de sus sujetos de derecho, los Estados. Luego entonces, la segunda interrogante que debe responderse

²⁰¹ Ver el *Reporte del Secretario General*, Doc. ONU, S/25704, p. 58; ver el art. 14 del Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Reporte de la Comisión de Derecho Internacional sobre los trabajos de su 48ª Sesión*, 1996, Doc. ONU, A/51/10, p. 73)

²⁰² T.P.I.Y., App., *D. Erdemovic*, op. ind. McDonald/Vorah, p. 72 y op. ind. y diss. Stephen, pp. 24, 64.

después de la determinación de los principios generales de derecho nacional es esta: ¿en qué medida el principio debe ser modificado para adaptarlo a la estructura del orden jurídico internacional?²⁰³ En el caso *T. Blaskic* ya citado (IT-95-14-AR108 bis, del 29 de octubre de 1997, p. 23) se establece que: “[L]os puntos de vista de las resoluciones y aproximaciones judiciales internas deben ser manejados con extrema prudencia en el plano internacional, por el temor de no poder tener en cuenta las características únicas del procedimiento penal internacional”. El Estatuto de la Corte Penal Internacional remite igualmente en su artículo 21, inciso c), a los principios generales de derecho nacional a falta de tratados o de reglas consuetudinarias existentes.

Concluyendo: los principios generales del derecho son comunes a todos los sistemas jurídicos que se conocen en el mundo. Observan algunas particularidades en su aplicación dependiendo de la tradición jurídica de que se trate. Algunos estudiosos del derecho internacional han puesto en duda que estos principios constituyan una verdadera fuente del derecho internacional, ya que de ellos no se deriva ninguna norma. Sin embargo, toda vez que se entiende por fuentes las formas de manifestación del derecho internacional, en consecuencia, estos principios sí constituyen verdaderas fuentes del derecho internacional, tanto general como penal. En nuestra óptica, los principios son particularmente relevantes en el ámbito del derecho internacional penal pues, en esencia, son instrumentos de que dispone el juez de la causa criminal para resolver las litis en caso de lagunas, conformándose con esto un sistema jurídico penal completo donde no exista un caso sin respuesta jurídica. Estos principios generales del derecho se aplican tanto al fondo de los asuntos como al procedimiento penal.

B. Los principios de derecho internacional en el derecho internacional penal.

Como ya se comentó líneas arriba, no hay que confundir, como frecuentemente se hace, los principios generales de derecho con los de derecho internacional que tienen un origen consuetudinario, o bien se encuentran plasmados en tratados internacionales, como la Carta de San Francisco, la Carta de Addis Abeba o la Carta de Bogotá. También cabe señalar que actualmente parte de la discusión doctrinal se centra, más que en la existencia de principios generales de derecho internacional –lo cual ya no admite duda–, en la cuestión de saber si tales principios que señala el artículo 38 párrafo 1 del Estatuto de la CIJ pueden derivar de principios internacionales. En este campo, por cierto, el reconocimiento de consideraciones humanitarias reviste una importancia particular. En su primer caso resuelto, la alta Corte internacional declaró, entre otros tópicos, que las obligaciones pueden fundarse no solamente en los tratados o el derecho de la costumbre, sino igualmente “(...) *sobre ciertos principios generales y ampliamente reconocidos, tales como las consideraciones elementales de humanidad*” (*Estrecho de Corfú*, CIJ, *Recueill*, 1949, p. 22). El Tribunal confirmó más tarde esta jurisprudencia en todo lo concerniente al crimen de genocidio.²⁰⁴

Asimismo, en el Caso *D. Tadic*, el TPIY “*de consideraciones elementales de humanidad y de buen sentido*” en tanto que justificación para la aplicación de disposiciones relativas a los conflictos armados internacionales y a los conflictos internos, sin indicar otra fuente de derecho (IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, p. 119). Adicionalmente, la Cámara de apelación del citado Tribunal explica que: “*Los principios y reglas del derecho humanitario reflejan 'las consideraciones elementales de humanidad' ampliamente reconocidas como mínimamente obligatorias para la conducción de conflictos armados de cualquier tipo*” (Ibid, p. 129). Sin embargo, las consecuencias concretas de tal caracterización son dudosas.²⁰⁵ El recurso a las consideraciones de humanidad son objeto de

²⁰³ Consultar *P. Daillier y A. Pellet*, No. 225. Citado por B. Simma y A. Pulis, op. cit., p. 63

²⁰⁴ Ver ‘*Reservas a la Convención sobre genocidio*, opinión consultiva, C.I.J. rec. 1951, p. 23, *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*, excepciones preliminares, C.I.J. Rec. 1986, p. 14, 218 concerniente al artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra.

²⁰⁵ A manera de ilustración, nos hemos avocado a elaborar una relación provisional de algunos de los principios generales de derecho internacional, más usuales en las relaciones internacionales contemporáneas:

- No intervención en asuntos internos de los Estados.
- Autodeterminación de los pueblos y las naciones.
- Mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.
- Cooperación y Organización internacional para el logro del desarrollo común.

oposiciones formales que se refieren al hecho de que tal o cual disposición no sería del todo aplicable en el caso concreto. En esta misma tesitura, los principios generales de derecho internacional no pueden penalizar un comportamiento determinado sin la concurrencia y el apoyo del derecho consuetudinario o el convencional, en razón de su falta de la precisión que es requisito *sine qua non* del derecho penal y del derecho internacional penal (Ibid., p. 94).

Conforme a la opinión doctrinal actual de la escuela penal francesa, en el artículo 15 párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que habla de <<*principios generales de derecho reconocidos por la comunidad de naciones*>>, no se refiere a principios generales en un sentido técnico, sino más bien a principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y devenidos por consecuencia en derecho consuetudinario. Por otra parte, los principios generales de derecho, al igual que el principio de la buena fe, juegan un papel importante en el derecho procesal, cuando la regla *nullum crimen sine lege* no es aplicable (por ejemplo, el principio de la buena fe, TPIY, caso *T. Blaskic*, IT-95-14-AR108bis, 29 de octubre de 1997, p. 68; caso *Ensayos Nucleares*, CIJ, Rec. 1974, p. 253).

-
- No Agresión y Prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.
 - Proscripción de la utilización y emplazamiento de armas nucleares y de destrucción masiva.
 - Desarme general y completo en las relaciones entre Estados y Naciones.
 - Igualdad jurídica e igualdad soberana de los Estados.
 - Respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales del Hombre.
 - Eliminación de toda forma de discriminación y segregación racial.
 - Prohibición y castigo a todos los delitos graves y crímenes de lesa humanidad.
 - Los tratados internacionales han de cumplirse de buena fe. (*Pacta sunt servanda*).
 - Los tratados internacionales sólo crean obligaciones entre las partes. (*Res inter alios acta*).
 - El consentimiento es la base de la obligación jurídica. (*Ex consensu advenit vinculum*).
 - Un cambio esencial en las circunstancias bajo las cuales un tratado ha sido concluido, es causa suficiente para que la parte perjudicada pueda de mandar su revisión. (*Rebus sic stantibus*).
 - No reconocimiento de las situaciones producto de la fuerza.
 - Respeto irrestricto a las normas universales e imperativas del derecho internacional. (*Ius Cogens*).
 - No intervención de Naciones Unidas en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados, excepto en caso de la aplicación de medidas coercitivas por amenazas o quebrantamientos de la paz o actos de agresión, o por violaciones graves a los derechos humanos. (*Injerencia humanitaria*).
 - Seguridad colectiva regional e internacional bajo estrictos criterios de validez y legitimidad. .
 - Solución pacífica de controversias, diferencias y disputas internacionales.
 - Respeto a la integridad territorial y política de los Estados.
 - Eliminación del colonialismo y rechazo a las actitudes colonialistas de los Estados.
 - Protección y preservación del patrimonio común de la humanidad. (*Res comunis*).
 - Independencia política de los Estados y las Naciones.
 - Abstención de intervenir en actos contrarios al derecho internacional.
 - Responsabilidad internacional por actos dañosos o violaciones al orden jurídico internacional.
 - Invalidez de toda forma ilícita de acción extraterritorial de las leyes internas de los Estados.
 - Protección internacional de poblaciones vulnerables o bajo condición jurídica particular.
 - Respeto universal a las inmunidades y privilegios diplomáticos.
 - Consolidación de la justicia social en las relaciones internacionales.
 - Compromiso colectivo para el establecimiento de la jurisdicción universal y la justicia penal internacional.
 - Humanización de la guerra y de cualquier conflicto armado entre los Estados.
 - Validez del sistema de sanciones del derecho internacional reconocido por los Estados.
 - Consolidación de las relaciones de solidaridad y fraternidad entre los Estados y las Naciones.
 - Derecho a un desarrollo sustentable como una nueva ética de la supervivencia humana.
 - Soberanía de los Estados sobre los recursos naturales propios.
 - No interferencia o perjuicio por un Estado al territorio y al ambiente de los otros Estados.

C. Los principios generales de derecho penal en el derecho internacional penal. Contribuciones del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional.

Este tema representa una laguna inexplicable en los principales textos que han aparecido en el último lustro (1998-2003) en materias de derecho penal internacional y de derecho internacional penal. Por el contrario, consideramos que ninguna aportación doctrinal actual puede estar completa al tratar el tema de las fuentes y los principios del derecho internacional penal, si se omite, o no se enuncia al menos, el contenido de la Parte III del Estatuto de Roma (artículos del 22 al 33) relativa, precisamente, a los principios generales de derecho penal (aplicables en el novedoso campo del estudio y la ejecución del derecho internacional penal). En su mayoría, se trata de principios generales del *ius puniendi* nacional, pero con amplia vocación internacional y susceptibles de aplicación, práctica y reconocida (derecho consuetudinario y convencional), en el ámbito de las relaciones penales entre los Estados y las naciones civilizadas. Para tal efecto, procedamos a su descripción inicial.

- *Nullum crimen sine lege.*
El artículo **22** (párrafos 1, 2 y 3), establece que nadie será penalmente responsable conforme al Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que se realice, un crimen de competencia de la Corte; que la definición de crimen será interpretada estrictamente y no será extensible por analogía y, en caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de la investigación, enjuiciamiento o condena (aquí sería también aplicable el principio '*in dubiis reus est absolutus*' y/o el principio '*in dubio pro reo*'); amén de que nada de lo dispuesto en este precepto afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del Estatuto.
- *Nulla poena sine lege.*
El artículo **23** prescribe que quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el propio Estatuto.
- *Irretroactividad ratione personae.*
El numeral **24** (párrafos 1 y 2) preceptúa que nadie será penalmente responsable de conformidad con el Instrumento por una conducta anterior a su entrada en vigor; y que, de modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.
- *Responsabilidad penal individual.*
De manera profusa y precisa el artículo **25** (párrafos 1,2,3 [incisos del a) al f])), comienza por señalar que, de conformidad con el Instrumento, la Corte tendrá competencia sobre las personas naturales; que quien cometa un crimen de dicha competencia será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto y que, conforme a éste, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de tal competencia quien:
 - a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
 - b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consuma o en grado de tentativa;
 - c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa del comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo de grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consuma debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo>>.

Finalmente se señala que nada de lo dispuesto en el Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

- *Exclusión e los menores de 18 años e la competencia de la Corte.*
El artículo **26** es conciso al referir que la Corte no será competente respecto de los individuos que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.
- *Improcedencia del cargo oficial.*
En el artículo **27** (párrafos 1 y 2) se estipula que el Estatuto será aplicable por igual a toda persona sin distinción alguna basada en el cargo oficial; particularmente, el cargo oficial de un individuo, sea de Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o Parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá de suyo razón para reducción de la pena. Además, se enfatiza en que las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al *derecho interno* o al *derecho internacional*, no serán obstáculo para que el Tribunal ejerza su competencia sobre ella.
- *Responsabilidad de los jefes y otros superiores.*
A nuestro modo de ver, este principio que refiere el artículo **28** [incisos a) y b)] es, sin demérito de los demás que incluye el Instrumento, fundamental para el tratamiento eficaz de los crímenes de guerra, pues establece que además de otras causales de responsabilidad penal conforme al Estatuto por crímenes competencia de la Corte:
 - “a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
 - i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
 - ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
 - b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.”

- *Imprescriptibilidad.*

La explicación de este principio es directa cuando el artículo **29** sostiene que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán, esto es, serán imprescriptibles.

- *Elemento de intencionalidad.*

El numeral **30** (apartados 1, 2 a) y b), y 3) precisa que salvo disposición en contrario, cualquier individuo será penalmente responsable y podrá ser penado por un crimen competencia del Tribunal únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen; asimismo, y para los efectos del mismo numeral, se entiende que actúa intencionalmente quien: en cuanto a una conducta, se propone incurrir en ella; o, en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que tendrá lugar “(...) en el curso normal de los acontecimientos”.

Igualmente que, a los efectos del artículo *in comento*, por <conocimiento> se debe entender “(...) la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras ‘a sabiendas’ y ‘con conocimiento’ se entenderán en el mismo sentido”.

- *Circunstancias eximentes de la responsabilidad.*

El artículo **31** (apartados 1 a) al d), 2 y 3) consigna a la letra lo que a continuación se cita:

“**1.** Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o la naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley;

b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere;

c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará

para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado;

d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención e causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá:

- i) Haber sido hecha por otras personas; o
- ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

2. La Corte determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Estatuto son aplicables en la causa de que se esté conociendo.

3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba."

- *Error de hecho o error de derecho.*

La estipulación contenida en el artículo 32 es clara al preceptuar que el *error de hecho* eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen; y que, el *error de derecho* acerca de si una determinada clase de conducta constituye un crimen competencial del Tribunal no se considerará eximente; empero, que dicho error de *jure* podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del Instrumento que nos ocupa.

- *Ordenes superiores y disposiciones legales.*

Finalmente, el artículo 33 estipula a la letra lo que aquí se indica:

" 1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden militar emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

- a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
- b) No supiera que la orden era ilícita, y
- c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.>>

Como corolario de estas apreciaciones sobre los principios del derecho como fuentes del derecho internacional penal, convendría enfatizar que el artículo 38.1, c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a ellos como los "(...) reconocidos por las naciones civilizadas", siendo esta norma además de un resabio del colonialismo una muestra más de la doctrina hegemónica de la incapacidad de los pueblos para decidir por sí mismos sin la necesidad de que concurra la ayuda de

un tutor. La expresión "naciones civilizadas", debiera omitirse de toda convención internacional por ser obsoleta, discriminatoria y atentatoria de la igualdad jurídica y soberana de los Estados.

Los principios generales del derecho constituyen uno de los temas más debatidos en el mundo jurídico actual. Por citar algunos ejemplos: *Le Fur* considera equivalentes las expresiones principios generales del derecho y derecho natural. *Strupp* los concibe como principios de derecho interno aplicados a casos y situaciones internacionales. Anzilotti reflexiona en ellos como un procedimiento técnico de interpretación. *Scelle* sólo reconoce como fuentes del derecho internacional a la ley, a la costumbre y a la jurisprudencia y sostiene que el multicitado artículo 38.1, c) en realidad discierne a las costumbres generales bajo el nombre de principios generales de derecho. Y así, podríamos revisar numerosas aportaciones de la doctrina clásica y moderna, sin encontrar una respuesta enteramente satisfactoria; sin embargo, consideramos que una respuesta aceptable es la que propone el jurista mexicano García Maynéz, quien al respecto sostiene que "(...) sea cual fuere la posición que se adopte frente al problema, creemos que en cualquier caso debe la equidad ser considerada como principio general de derecho, y, en realidad, como el primero de ellos o el supremo, ya que sirve de base a todos los otros".²⁰⁶ En consecuencia, parecería ociosa la discusión de *Scerni*, *Gianni* o *Cosentini*, en torno a si este artículo se refiere a los principios generales del derecho o a los principios del derecho internacional, lo cual podría también esclarecer su aplicación en el igualmente debatido campo del derecho internacional penal.

iv) Otras fuentes del derecho internacional penal.

Además de las denominadas <fuentes clásicas>, a saber los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, hay otras fuentes que son frecuentemente discutidas. A falta de un reconocimiento general, no se trata de fuentes de derecho en un sentido propio, sino de elementos para determinar la existencia de fuentes reconocidas y coadyuvar a su interpretación. En la decisión *Delalic*, el TPIY distingue de modo pertinente entre las disposiciones obligatorias y las no obligatorias, atribuyéndole a ambas características importantes. Las primeras están referidas por separado por el Estatuto del Tribunal y las reglas procedentes, como el Reglamento de Procedimiento y Prueba, así como las fuentes de derecho reconocidas. Las segundas consideradas como los trabajos preparatorios, las expresiones de voto del Consejo de Seguridad o los Reportes del Secretario General de la ONU (*Z. Delalic*, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, p. 168). *Mutatis mutandis*, esta lógica aplica para las otras fuentes aquí enumeradas.

La siguiente descripción se limita a las denominadas fuentes subsidiarias, o, también dicho a los medios de interpretación debatidos con mayor frecuencia en el derecho internacional penal.

A. Jurisprudencia (decisiones judiciales nacionales e internacionales) y Doctrina.

Señala el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en lo relativo a las decisiones judiciales y la doctrina : <<d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59>>. Este último prescribe: <<las decisiones de la Corte no son obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido>>; de lo que podemos deducir que las decisiones judiciales y la doctrina son solamente medios auxiliares, o sea, no son una verdadera fuente, ya que una sentencia no puede basarse exclusivamente en decisiones judiciales anteriores.

²⁰⁶ García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa, México , 1980, p. 377

Además, las decisiones de la Corte tienen las características de relatividad: son válidas para las partes y el caso concreto que resuelven de acuerdo con lo señalado por el propio numeral 59. Y sobre la doctrina, no de cualquier doctrina, sino sólo la de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, también como un medio auxiliar del juzgador, y esto es entendible dado que el especialista opina e investiga pero no crea derecho internacional. Profundicemos al respecto.²⁰⁷

Las sentencias judiciales no obligan al juez internacional, y su utilidad estriba en que son indicadores del derecho internacional, fundamentalmente de la costumbre y de los principios generales del derecho. Las decisiones de los tribunales internos también tienen importancia como medio de conocer la actitud de los Estados en determinadas cuestiones relativas al derecho internacional, pero, es obvio, no pueden ser consideradas como fuentes verdaderas porque no tienen el papel de órgano del Estado encargado de las relaciones internacionales. Los *juicios de los tribunales nacionales* no son mencionados de manera expresa en el precitado artículo 38 y, aunque no asumen una posición competente y jurídicamente obligatoria, forman parte de la práctica estatal y pueden contribuir a la formación del derecho consuetudinario. Al mismo tiempo, resultan indispensables para la comprensión de los principios generales del derecho, particularmente en ramas muy especializadas y actuales como la internacional penal. Así son entendidos y se establecen dentro de la práctica jurisdiccional de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda (ver el caso *D. Erdemovic*, las opiniones Li, P. 4, Cassese, pp. 14s, Vohrah/McDonald, pp. 56s).

En el campo del derecho internacional penal se observa particularmente que, a pesar de las reservas que puedan hacerse a la jurisprudencia como fuente auténtica, se observa en los tribunales internacionales, convencionales y penales, una tendencia creciente a apoyarse en anteriores decisiones, como expresión del derecho existente. Por vía de muestra --señala el maestro Seara Vázquez-- en algunos fallos de la CIJ se encuentran las siguientes referencias a su propia jurisprudencia, o de la CPJI o de otros tribunales como los *ad hoc* a que nos hemos referido con frecuencia en esta investigación: "(...) como lo ha dicho y repetido la Corte Permanente de Justicia Internacional (...) [*Asunto Nottebohm*], del 6 de abril de 1955, "*Recueil*", 1955, p. 24], (...) siguiendo en esto la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (...) [*Asunto relativo a ciertos empréstitos noruegos*], en "*Recueil*", 1957, p. 23], (...) no encuentra ningún fundamento en la práctica internacional, ni en la jurisprudencia y la doctrina internacionales(...)" [*Composición del Comité de Seguridad Marítima, de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental*], en "*Recueil*", 1960, p. 169], entre otros casos.

En el derecho internacional penal cabe advertir la particular relevancia que tienden a desempeñar las decisiones judiciales penales y el derecho consuetudinario de naturaleza punitiva. La jurisprudencia penal contribuye muy directamente al funcionamiento de la costumbre y complementa el todavía incipiente derecho convencional penal y, ciertamente, desempeña con frecuencia un papel decisivo en

²⁰⁷ A pesar de las limitaciones que se aducen respecto de esta fuente auxiliar, la Corte Internacional de Justicia y los actuales tribunales penales internacionales *ad hoc* le han dado, en la práctica, una relevancia mayor que la que en principio parece corresponderle. Al respecto, citamos a la letra algunas consideraciones que sobre ese particular nos obsequia el *jusinternacionalista* danés Max Sorensen (Manual de Derecho Internacional Público, FCE, México, 6ª. Reimpresión, 1998, p. 178): "*La Corte Internacional misma se refiere constantemente a sus decisiones anteriores. El valor ilustrativo de estas decisiones depende de la autoridad de la Corte y del procedimiento mediante el que se dictan y no de su fuerza obligatoria, lo cual queda limitado al círculo de las partes, y a la orden o mandato efectivo(...)* Los tribunales de arbitraje, aunque no se encuentran constituidos del mismo modo que la Corte Internacional, y no están establecidos por un tratado multilateral como ésta, dictan sus laudos sujetos a los mismos resguardos procesales, y por ese motivo tienen alta autoridad. La Corte Internacional hace referencia a esos laudos con gran frecuencia(...). El confiar en las decisiones judiciales y arbitrales para la determinación de las normas de derecho, ha llegado a ser una parte importante y habitual de la práctica internacional. Ello permite conferir una certidumbre a las normas consuetudinarias, que de otro modo no tendrían, y así facilitan en gran parte su aplicación".

el desarrollo de la ciencia jurídica internacional penal, sin llegar a constituir, sin embargo –como ocurre en el derecho internacional general—, una fuente distinta por sí misma.²⁰⁸

En relación con la doctrina de los juristas o publicistas, debemos enfatizar que a pesar de ser también considerada un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, históricamente ha sobresalido o disminuido su importancia en función del grado de desarrollo y de maduración de la ciencia jurídica, esto es, su importancia fue mucha en el derecho internacional general cuando los tratados y la costumbre eran escasos o indeterminados mientras que, actualmente, tiende a disminuir su impacto en la medida en que el derecho consuetudinario y el convencional han ido evolucionando, consolidándose y sistematizándose. Este mismo axioma nos es útil para afirmar que en el derecho internacional penal la doctrina de los publicistas es, en consecuencia, notoriamente relevante dadas las cualidades de novedad, insuficiencia, inexperiencia y desarrollo incipiente que tienen la *costumbre internacional penal* y el *derecho convencional punitivo*.

De ahí también que, en efecto, deban apreciarse en su justa dimensión los trabajos que, como la presente investigación doctoral, pretenden contribuir a su capacidad y desde la perspectiva de una auténtica Escuela mexicana de pensamiento jurídico internacional, al conocimiento y comprensión del derecho internacional tanto general como penal y de los derechos humanos. La doctrina internacional penal, en estos precisos momentos, puede facilitar en mucho la búsqueda de la norma jurídica, pero sin pretender –en el exceso de optimismo— que la simple opinión doctrinal tenga *peso específico notorio* ante el juez internacional o ante las nuevas magistraturas penales, pero sí y muy importante, para el Fiscal General de la Corte Penal Internacional o los Fiscales habilitados de los tribunales internacionales establecidos –de Nüremberg a Sierra Leona— para la represión de crímenes internacionales de guerra, genocidio, agresión o de lesa humanidad.

Por parte de la Corte Permanente de Justicia Internacional, cabe recordar que ésta llegó a emplear fórmulas que pueden asimilarse a la doctrina, por ejemplo la de *<opinión general>* (en el asunto del *Wimbledon*) o de *"opinión cuasi universal"* (en el asunto de las *Colectividades Alemanas en Polonia*). Y la Corte Internacional de Justicia se ha referido expresamente a la doctrina, cuando buscó una definición de la nacionalidad "(...) según la práctica de los Estados, las decisiones arbitrales y judiciales, y las opiniones doctrinales" (Sentencia relativa al asunto *Nottebohm*, del 6 de abril de 1955), y también en el dictamen sobre la "(...) Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental", citada atrás, al hablar de la jurisprudencia, y en la que se menciona claramente a la doctrina internacional, al lado de la jurisprudencia.

²⁰⁸ Respecto al elemento de equidad en las decisiones judiciales y arbitrales, conviene tomar en cuenta algunas apreciaciones que nos serán muy útiles para comprender sus alcances en el campo del derecho internacional penal. Debido a que el artículo 38 (2) de su Estatuto autoriza a la CIJ para decidir casos *ex aequo et bono*, si las partes así lo convienen, ella puede abstenerse en dichos casos de aplicar las reglas de derecho internacional. En esos casos, la regla de derecho o bien es complementada, o atemperada o hasta ignorada por completo, pues las partes han estado de acuerdo en que su rigurosa aplicación habararía de conducir a resultados injustos (como también lo advierte el jurista francés Charles Rousseau). Precisa Sorensen, op. cit., p. 180 que. <<(...) El recurrir a una especie de equidad hace posible que se puedan tener plenamente en cuenta las circunstancias especiales del caso sin atender a reglas que son, necesariamente, de carácter general. Por definición, las decisiones *ex aequo et bono* no admiten generalización alguna y no pueden contribuir a la formación de normas del derecho internacional. De todos modos, en este campo, la práctica que existe es muy escasa y la poca que hay está circunscrita a los tribunales arbitrales (...) A la Corte Internacional aún no se le ha pedido que decida ningún caso *ex aequo et bono*>>. Por lo que concierne al complicado ámbito del derecho internacional penal, no es fácil imaginar que la Corte Penal Internacional o los tribunales penales internacionales *ad hoc* pudieran, por ejemplo, emitir fallos ignorando el derecho para optar, a petición de las partes en *litis*, decidir conforme a la equidad. De hecho, el Estatuto de Roma o los Estatutos de 1993 y 1994, ignoran por completo alguna mención en este sentido.

Como ocurrió en el pasado con el derecho internacional general, hoy el derecho internacional penal tiene un contenido impreciso y carece aún de certidumbre, por lo que es difícil determinarlo todavía, sus reglas son relativamente escasas y más o menos ineficaces por lo que, insistimos, la doctrina avanzada y profusa habrá de jugar un papel fundamental para su estructuración, desarrollo y difusión (como advertía Michel Virally). Y esto resulta ser así porque el propio derecho internacional general, con siglos y siglos de evolución, continúa siendo, en muchos de sus aspectos, difícil de descubrir e interpretar. Por ello, las investigaciones de los estudiosos —principalmente de países medios y en desarrollo— seguirán siendo muy útiles, no sólo para precisar el derecho positivo, sino también como guía para su desarrollo y como medio para llenar sus deficiencias. En este sentido, es muy necesario —al considerar las enseñanzas de los publicistas—, no ignorar las opiniones que se originan o prevalecen en las diferentes regiones del mundo. Por esta razón también, además de las obras individuales, los trabajos de sociedades ilustradas, con cobertura y alcances internacionales, tienen especial autoridad. Por ejemplo, el Instituto de Derecho Internacional (1873), el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, la International Law Association (1873), la American Society of International Law (1906), el Instituto Americano de Derecho Internacional (1912), la Academia de Derecho Internacional (1923), la Asociación Internacional de Derecho Penal, etc.

Asimismo, las *opinio juris* particulares y las opiniones disidentes de los jueces de las Cortes generales internacionales y de los Tribunales penales internacionales *ad hoc*, también deben ser tomados muy en cuenta. Ellas son de gran importancia, no sólo por la reputación y los cargos de sus autores, sino también en virtud de las condiciones en que producen sus criterios y observaciones. En esta tesitura, podría bien decirse que a dichas opiniones corresponde una jerarquía intermedia entre las enseñanzas de los publicistas y las decisiones judiciales. De igual manera, la Comisión de Derecho Internacional —que constituye a la vez un cuerpo de publicistas que actúan con su respectiva capacidad personal y como institución internacional— realiza también un trabajo doctrinario de extraordinaria calidad y de gran autoridad. Dignas son de mencionarse también las opiniones jurídicas preparadas por las secretarías de las organizaciones internacionales en el desempeño de sus funciones.

B. Las resoluciones de organismos internacionales, "Soft law".

Hoy día asistimos a una etapa histórica en la que ya se perfila la actuación unilateral heterónoma creadora de normas jurídicas impuestas a los Estados soberanos, por el conducto de los organismos internacionales. Aunque, en la presente transición todavía es preponderante la voluntad soberana de los Estados, ésta se combina con una clara tendencia al supranacionalismo,²⁰⁹ esto es, la sumisión del

²⁰⁹ Véase: Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos: "La organización internacional como subdisciplina, subsistema y paradigma de las relaciones internacionales contemporáneas: aproximaciones teóricas, interdisciplinaria y reestructuración general", en *Relaciones Internacionales*, No. 68, Oct.-Dic., México, FCPS-UNAM, 1995. Aquí destaca lo siguiente: "En sentido amplio, considero que todas las organizaciones internacionales son supranacionales; todas poseen, al menos, un cierto grado de supranacionalismo. En la escala o gradiente de "supranacionalidad" se encuentran precisamente semejanzas y diferencias entre unas dependencias y otras: hay organismos más supranacionales que otros. En un sentido más estricto, por el contrario, el supranacionalismo sería la característica que adquieren algunas instituciones internacionales en la medida en que son hábiles y capaces de ejercer una autoridad indiscutible y un poder coactivo al exterior de la organización, es decir, un poder para imponer políticas y decisiones con carácter de obligatorias. Este carácter exógeno del supranacionalismo constituye su contexto histórico. Refleja en primer término un poder interno de la propia dependencia que se manifiesta hacia fuera y que permite a la organización tener personalidad jurídica propia, autonomía real, independencia política, presupuesto "autocontrolable", recursos estratégicos, un régimen jurídico obligatorio por consentimiento de los miembros, mecanismos persuasivos, apercibimientos y coacción para el mantenimiento del orden, y capacidad de aplicar sanciones (...) una organización internacional es *supranacional* también en la medida en que sea capaz de imponer políticas locales o regionales. El supranacionalismo no es una figura jurídica, ya que este aspecto queda cubierto por la formalidad constitucional y la personalidad detentada (...) se manifiesta con base en la existencia de un fundamento ideológico común, pero este no es requisito *sine qua non* para todos los casos, tal y como lo muestran las organizaciones de vocación universal como la ONU, o

Estado a las decisiones adoptadas por instituciones de naturaleza y carácter supraestatal. En las dos últimas décadas del siglo XX comenzó a plantearse el valor jurídico que pueden tener tal tipo de resoluciones. En principio, estas entidades son creadas por los Estados mediante tratado constitutivo, en el que se establecen los órganos y las reglas de procedimiento y definen las competencias y funciones de la institución.

En el ámbito de las competencias que les han sido atribuidas, y de acuerdo con los procedimientos establecidos, *todas* las organizaciones tienen la facultad de expresar, mediante determinados actos de sus órganos, una voluntad propia, jurídicamente distinta de la de los Estados miembros. Incluso, puede sostenerse que han sido creadas con la finalidad esencial de adoptar *actos propios* en el marco de la cooperación internacional institucionalizada para cuyo fortalecimiento fueron creadas.

Ahora bien, los términos empleados para calificar tales actos son muy distintos y heterogéneos, como también lo son los efectos jurídicos que conllevan. Ciertamente, no existe una terminología unívoca para calificar los *actos propios* –unilaterales— referidos: se habla así de *decisiones, declaraciones, reglamentos, notas, directivas, resoluciones, recomendaciones, estándares, prácticas, normas, anexos*, entre los más comunes. No debe considerarse, por lo demás, que la denominación del acto permite la identificación de sus efectos jurídicos; incluso en el seno del sistema institucional un mismo término puede ser empleado para designar resoluciones de efectos jurídicos diferentes.

Este es el caso, por ejemplo, de las recomendaciones de las instituciones comunitarias, que en el ámbito de la CECA designan un acto obligatorio en cuanto al resultado (art. 14 TCECA), mientras que en el sistema de la CE y de la CEEA reducen sus efectos al sentido etimológico del término, no siendo por tanto vinculantes (arts. 189 TCE y 161 TCEEA). Por tal razón, consideramos la conveniencia de referirnos genéricamente a la palabra *resoluciones*.

Determinar los efectos jurídicos de las resoluciones y, por consiguiente, apreciar si y hasta que punto son capaces de crear derechos y obligaciones para sus destinatarios, es una cuestión tan vigente y nodal como difícil de encuadrar en una teoría general. Al respecto, apunta Remiro Brotóns: "*La impresionante proliferación de Organizaciones interestatales --de fines generales o específicos, universales o intercontinentales (casi un centenar) o regionales (cerca de trescientas)— así como la diversificación de sus estructuras y medios de acción y, con ellos, su creciente papel en los más diversos ámbitos de las relaciones internacionales, son elocuentes. En proporción directa se encuentran el volumen y la variedad de las resoluciones adoptadas en su seno. Para advertirlo basta, por ejemplo, con dirigir la mirada a las colecciones de resoluciones adoptadas por los órganos de las NU o a las páginas del Diario Oficial de las Comunidades Europeas*".²¹⁰

Como lo hemos sostenido en trabajos anteriores, al ser tributarias de los rasgos esenciales de su subjetividad internacional, *secundaria y funcional*, la capacidad de las organizaciones para adoptar resoluciones jurídicamente vinculantes en el ámbito de sus competencias depende de la voluntad de los Estados miembros manifestada originariamente en su *derecho fundacional u originario o tratado constitutivo* y, consecuentemente, no todas disponen de la misma o de un mínimo común de capacidad. El acto de una organización puede materializarse desde una mera *recomendación*, cuyos destinatarios son invitados pero no obligados a seguir un determinado comportamiento, acción o abstención (por ejemplo, recomendaciones de la Asamblea General de la ONU, arts. 10 al 14 de la Carta), hasta una norma directamente aplicable en los ordenamientos jurídicos de los Estados

regionales como la Unión Africana que poseen un sistema más o menos coherente en el que no se requiere de una cohesión ideológica". (p.27)

²¹⁰ Remiro Brotóns, Antonio. Derecho Internacional. McGraw-Hill-Interamericana de España, Madrid, 1998.

miembros, incluso, con primacía sobre sus leyes (por ejemplo, *reglamentos comunitarios*, art. 189 TCE, o las *disposiciones reglamentarias* de la ANSEA, etc.).

La capacidad decisoria de la institución intergubernamental podría ser establecida, por otro lado, como un poder implícito de aquélla, en atención a las *necesidades del ejercicio de sus funciones* y la *realización de sus propósitos*, y aun en virtud de su *práctica establecida*, esto es, las normas de derecho internacional consuetudinario a las que la actividad de la organización haya podido dar lugar, admitidas ya entre las *reglas de la organización* en Convenciones internacionales de particular actualidad y relevancia (artículos 1.34 de la Convención de 1975 sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las OI, y 2.1.j de la Convención de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y OI o entre OI). Por consiguiente, debe enfatizarse que, como en los demás aspectos que afectan a su funcionamiento, la facultad de las organizaciones interestatales –y, más concretamente, de sus diferentes órganos— para adoptar actos jurídicamente vinculantes ha de decidirse en el marco de cada organización. En la medida en que tales facultades existan, las resoluciones, actos unilaterales de la institución, pueden considerarse fuente autónoma del derecho internacional, general y penal, si bien de carácter *secundario o derivado*, pues se encuentran jerárquicamente subordinadas a las normas de las que se originan: las *reglas de la organización*, en particular, las revisiones expresas o implícitas de su *derecho originario*, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con ellas y su práctica establecida.

Sin embargo, con frecuencia, la constitución no nos da la respuesta precisa. Es el caso de la Carta de las Naciones Unidas que no da la definición jurídica de la recomendación, a pesar de conferir a los órganos principales de la organización –excepto al Secretario General— la facultad de hacer recomendaciones y regular cuidadosamente el ejercicio de dicha atribución. Coincidimos con *Max Sorensen* en que no basta con decir simplemente que <las recomendaciones no tienen fuerza obligatoria>, puesto que una fórmula tan radical y excluyente deja de indicar la fuerza jurídica que una recomendación podría llegar a tener. Lo que se requiere, por tanto, es un análisis de los elementos que contribuyen a producir dicha fuerza, especialmente del carácter jurídico de la relación entre el órgano que hace la recomendación y aquéllos, ya sean Estados u otros órganos a quienes se dirigen.²¹¹

Ya se dijo que la práctica de la institución es no menos importante para suplir las disposiciones de su instrumento constitutivo, cuando éste no es suficiente para los efectos de su interpretación (consúltase la Opinión Consultiva sobre '*Certain Expenses of the United Nations*, de 1962, Corte Internacional de Justicia, reporte anual 1957), aparte de las reglas consuetudinarias que puede originar dicha práctica, posibles de ser aplicadas aún más allá de la esfera de la organización. Cabe agregar que la evolución del derecho consuetudinario aplicable a las conferencias internacionales también reviste particular relevancia, pues los problemas que surgen en la celebración de todas las conferencias de hecho son muy similares, y rara vez se resuelven por tratados antes de su convocación. De modo que en la práctica surgen reglas referentes, por ejemplo, a la competencia de las conferencias para determinar su propio procedimiento, para resolver las dificultades que puedan impedir su funcionamiento, para dirigir recomendaciones a los Estados, etc.

Varios autores parecen temer –y por ello caen en contradicciones en sus textos al tocar este tema— a fijar una postura clara y precisa en cuanto a si las resoluciones de organismos internacionales son, o no, una fuente de derecho internacional, es el caso, por ejemplo, del propio Sorensen o de Rousseau; es decir, por un lado confirman esta cualidad de las resoluciones y, por el otro, parecen tentados a negarla. Para nosotros –como para Virally, Seara Vázquez, Sepúlveda o Manuel Becerra— no queda

²¹¹ Este asunto ya ocupaba a varios doctrinarios desde mediados de los años cincuenta del siglo XX, por ejemplo véase: Virally, Michel: "*La Valeur juridique des recommandations des organisations internationales*", 2 *Annuaire Francais* 69, Paris, France, 1956.

lugar a dudas respecto de que sí constituyen una fuente, aunque, ciertamente, en evolución, no suficientemente estudiada por la doctrina y sujeta a puntos de vista distintos y hasta contrarios. Cada vez se muestran más numerosos los casos en que los actos de las instituciones internacionales crean obligaciones para los Estados, particularmente en tratándose de su contribución para la formación de las reglas consuetudinarias.

También habría que considerar que en este tema, como en muchos otros del derecho internacional, siguen pesando mucho los criterios voluntaristas (la voluntad del Estado, el positivismo) para establecer el fundamento del orden jurídico internacional, en detrimento de los criterios *iusnaturalistas*, filosóficos o sociológicos. Es el caso de la obligatoriedad de cumplir lo pactado que, en la primer postura, se reduce estrictamente al principio *res inter alios acta*, o sea que el tratado sólo obliga a las partes. Aquí, si bien un Estado que no ha declarado que acepta una recomendación no queda obligado por ésta, sería justo preguntar si el principio de la buena fe permite a un Estado ignorar una recomendación que haya aprobado formalmente por voto afirmativo; empero, hasta el momento no se ha establecido ninguna regla consuetudinaria a ese efecto.²¹²

El que una resolución no sea obligatoria para los Estados, no obsta para que tenga fuerza vinculante en el orden interno de una institución. Las resoluciones de la Asamblea General que transmiten instrucciones a organismos subordinados a ésta --como el Secretario General, el ECOSOC y el CAF-- a la par que a los organismos subordinados que ella misma ha creado (excepto los órganos judiciales, véase Opinión Consultiva sobre *Awards of Administrative Tribunals* [1954] CIJ, Rep. 47) tienen, sin duda alguna, carácter obligatorio para sus destinatarios. En contraste, las recomendaciones hechas por ella al Consejo de Seguridad no son más que exhortaciones para tomar medidas, las cuales el Consejo no está obligado a aceptar, en virtud de su independencia de la Asamblea. Por consiguiente, las recomendaciones hechas por el órgano plenario de cualquier institución internacional --y en particular por los organismos especializados-- a otros organismos subordinados, serán obligatorias.

Por otra parte, la representatividad de la Asamblea General es cada vez más grande --se compone por las delegaciones de los 192 Estados miembros, para el año 2003--, lo que hace pensar que existe casi una coincidencia entre este foro y la sociedad internacional. Pero tales delegaciones no lo son de plenipotenciarios, capacitados para adquirir compromisos serios en nombre de sus países. Son, simplemente, representantes de los gobiernos, que, incluso si dispusieran de plenos poderes para negociar y firmar acuerdos, éstos deberían de someterse a los procedimientos constitucionales previstos para obligar internacionalmente a sus Estados. Como se observa, en principio, no cabe duda alguna de que una decisión de este órgano carece de fuerza obligatoria, y no crea normas jurídicas ni no van seguidas de otros actos de los Estados, como sería la conclusión de un tratado en que se recogiera el contenido de esas decisiones. Aun así, las decisiones que ella adopta son actos de los

²¹² Conforme a una parte influyente de la doctrina, las resoluciones de la AG que incorporan declaraciones de derechos o principios no son, por sí mismas, actos creadores de nuevas normas de derecho internacional (véanse por ejemplo, las resoluciones 217^a (III), la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; 1386 (XVI), los Derechos de los Niños; 1514 (XV), la Declaración sobre el Colonialismo; 1803 (XVII), el Control de los Recursos Naturales; 1904 (XVII), la Eliminación de la Discriminación Racial; 1962 (XVIII), el Régimen del Espacio Exterior). Ello se debe a que la Asamblea General no tiene *poder legislativo*. Sin embargo, dichas declaraciones pueden adquirir un valor jurídico que no es de ninguna manera soslayable. En algunos casos equivalen a una interpretación de las reglas o de los principios que la Carta ya contiene y que son, por consiguiente, obligatorios para los Estados miembros y de gran autoridad en virtud de la categoría que poseen las Naciones Unidas. Además, estas declaraciones pueden representar un reconocimiento de ciertos principios jurídicos por parte de los Estados miembros que han votado a favor de su adopción. Si se toman por una mayoría que se aproxima a la unanimidad, o prácticamente sin oposición, pueden contribuir a la formación de la norma consuetudinaria, o ser prueba de que ésta ya está formada. Igualmente, tales actos pueden conducir a la instauración de mecanismos para controlar la aplicación por los Estados de los principios que contienen y, de este modo, servir para catalizar el proceso de creación de la costumbre internacional.

representantes de casi todos los Estados miembros de la sociedad internacional, revelan la coincidencia generalizada en torno a lo que constituya el contenido de tales decisiones, cualquiera que sea la forma que revista (resolución, declaración o recomendación); es decir, se le puede considerar como la manifestación de la opinión universal.

Y si tales decisiones se repiten en el mismo sentido, habría que deducir de ello una reiterada confirmación de la práctica internacional, o sea, costumbre internacional. Además estas resoluciones aparecen como decisiones mayoritarias que son la prueba escrita de una actitud constante, y eso tiene consecuencias jurídicas importantes, por lo que sin ser fuentes estrictas de creación de la norma internacional, si se repiten suficientemente, pueden tomarse como prueba fehaciente de una práctica de los Estados, que se manifiesta a través de ellas. Su valor, entonces, podría ser superior a la jurisprudencia, y a la doctrina, y quizá también, por precisión mayor, a la de los principios generales del derecho.²¹³

Por lo que respecta a las *resoluciones de organismos internacionales en el derecho internacional penal*, cabe reflexionar que este punto especial ha sido prácticamente ignorado por los tratadistas y publicistas del derecho internacional. Si acaso se ha hecho alguna referencia sesgada al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por ejemplo, Seara Vázquez ha dicho que: "*Es verdad que el Consejo de Seguridad sí puede adoptar decisiones obligatorias para todos los miembros, en materias relativas a la paz y seguridad internacionales, pero tales decisiones tienen un valor limitado al caso concreto de que se trate, y su objeto es más el aplicar normas preexistentes que el de crear otras nuevas*" (op cit., p. 72).

En el derecho internacional penal la perspectiva es relativamente distinta. Los tribunales penales internacionales (de Núremberg a Sierra Leona) derivan su competencia de resoluciones del Consejo de Seguridad, por lo que el texto y el origen de tales decisiones juegan un papel preponderante en su jurisprudencia. Por ejemplo, el TPIY (App. *D. Tadic*, IT-94-1-AR72, del 2 de octubre de 1995, p. 133), ha sostenido que: "(...) las resoluciones adoptadas por unanimidad por el Consejo de Seguridad representan un interés particular para la formación de la *opinio juris*". Y se agrega que, a pesar de ello, debe constatarse que el Consejo de Seguridad no está autorizado para legislar con fuerza obligatoria para la comunidad internacional. Y esta circunstancia cobra especial interés por la aparición de nuevos crímenes internacionales y por la consecuente necesidad de su tipificación.²¹⁴ Por esta razón, entre otras, existió cierta prudencia del Consejo de Seguridad en el establecimiento del TPIY, actitud que difiere de la que asumió en relación con la creación del Tribunal para Ruanda. Sin embargo, esto no debe traducirse como que la influencia de los instrumentos de la "soft law" son poco apreciables; por el contrario, de su valor dan cuenta, entre otras investigaciones recientes las siguientes: U. Fastenrath, *Journal Européen de Droit International*, vol. 4, 1993, pp. 305-307; A. Pellet, Austr. *Italian Year Book of International Law*, vol. 12, 1992, p. 27.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad, al igual que las provenientes de la Asamblea General, tienen sin lugar a dudas un significado particular para la determinación de la costumbre y de los principios generales del derecho internacional general. Y para el orden jurídico internacional penal están revistiendo una dimensión muy apreciable. Efectivamente, si las decisiones del Consejo de Seguridad han sentado un precedente fundamental con la constitución de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, las resoluciones de la Asamblea General han hecho lo propio en el largo

²¹³ La misma Asamblea General afirma en una de sus resoluciones, la 3232 (XXIX) del 12 de noviembre de 1974, ese valor que tienen sus actos: "(...) *el desarrollo y codificación del derecho internacional puede reflejarse, entre otras cosas, en las declaraciones y resoluciones de la Asamblea General, que en esa medida, pueden ser tomadas en consideración por la Corte Internacional de Justicia*".

²¹⁴ Ver *Z. Delalic*, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, p. 417; *B. Simma*, R.C.A.D.I., 1994-VI, vol. 250, p. 215; también consúltese a B. Fabender, *UN Security Council Reform and the Right to Veto*, 1998, pp. 211-213.

camino que condujo a Roma, esto es, las determinaciones que a través de cinco décadas ha decidido resultan esenciales para la creación de la Corte Penal Internacional, con carácter permanente y supra-estatal, así como de los diversos proyectos de códigos y reglamentos –y de novedosas formas e instrumentos de cooperación— internacionales en materia penal.

Por su lado, la constatación de la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la '*Licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares*' (CIJ, Rec. 1996, p. 226) puede ser considerada como una expresión de un consenso más o menos universal en la materia: "(...) *las resoluciones de la Asamblea General, si bien carecen de fuerza obligatoria, en ciertos casos pueden estar revestidas de un valor normativo. Ellas pueden, dentro de ciertas circunstancias, proveer de elementos de prueba importantes para establecer la existencia de una regla o la emergencia de una opinio juris. Para saber si ella deriva verdaderamente de una resolución adoptada por la Asamblea General, faltaría examinar el contenido así como las condiciones de adopción; restaría también verificar si existe una opinio juris en cuanto a su carácter normativo. Por otra parte, estas resoluciones sucesivas pueden ilustrar la evolución progresiva de la opinio juris necesaria para establecer una regla nueva*".

Para nosotros resulta inobjetable que el sistema de Naciones Unidas, a través de su Asamblea General, su Consejo de Seguridad, los organismos especializados y los regionales —en menor medida—, pueden funcionar como agentes de creación de normas jurídicas internacionales en materia penal. No es que trate de un proceso legislativo directo o estatuario como afirman algunos publicistas, sino que ante un vacío legal, y ante la insuficiencia y la lentitud del mecanismo legislativo internacional —tanto tradicional general como penal—, este proceso de características políticas que algunos denominan "*diplomacia parlamentaria*", tiene un considerable valor, por ejemplo, para:

- a) refinar conceptos jurídicos penales, a través de su examen general;
- b) b) introducir con precisión el elemento de la *opinio juris*;
- c) clarificar problemas jurídicos del orden punitivo transestatal;
- d) estimular la reglamentación de nuevas funciones internacionales penales;
- e) interpretar y aplicar la Carta de las Naciones Unidas o las cartas constitucionales de otros organismos, principalmente los de competencia criminal;
- f) revelar o introducir nuevos principios de derecho internacional penal;
- g) depurar y mejorar la labor que tienen a su cargo todos los cuerpos cuasi-legislativos de la escena jurídica mundial; y,
- h) elaborar el trabajo preparatorio de una auténtica legislación internacional penal propia del siglo XXI.²¹⁵

v) *Aplicación del derecho interno.*

Conforme a los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y de la Corte Penal Internacional, sus jurisdicciones pueden también recurrir al derecho interno de una manera complementaria. Según lo preceptuado por el artículo 24 del Estatuto del TPIY y el artículo 23 del Estatuto del TPIR, "*el encuadre general de las penas de encarcelamiento*"> de derecho interno deben ser tomadas en consideración por cuanto concierne al monto y naturaleza de la pena, quedando excluida la pena de muerte. En el artículo 21, párrafo 1 c) el Estatuto de la Corte Penal Internacional va más lejos al prevenir la aplicación subsidiaria del derecho nacional pero en la medida en que sea compatible con el derecho internacional y el propio Estatuto.

²¹⁵ Para mayor abundamiento consúltese nuestro texto: "*Reestructuración general del nuevo Derecho Internacional. Perspectivas hacia el Siglo XXI*", en Temas Selectos del Nuevo Derecho Internacional. FCPS, UNAM, México, 1994, pp. 29-31.

El TPIY asimismo, discute la aplicación de conceptos de derecho interno, notablemente en el asunto *Erdemovic*; con alguna dificultad, aquí se intenta llegar a un cierto consenso sobre la aplicación del derecho interno: el acuerdo sobre el hecho de que un recurso de derecho interno intervendrá en caso de que otras fuentes de derecho internacional resulten insuficientes y en la medida en que las fuentes de derecho interno sean compatibles <con el espíritu, el objeto y el propósito> del Estatuto y de su Reglamento (ver opinión individual McDonald, Vohrah, p. 5). Los jueces *McDonald* y *Vohrah* se pronunciaron a favor de la aplicación del derecho nacional cuando el derecho del Tribunal remitiera expresamente o de manera tácita al derecho nacional (Ibid.). En la posición contraria, el juez *Cassese* sostuvo que el Estatuto sería interpretado de modo autónomo (opinión individual y disidente, p. 1). Sólo una remisión explícita al derecho nacional o una implicación necesaria justificaría el empleo del derecho nacional en el nivel internacional (Ibid., p. 2; ver también Corte Permanente de Justicia Internacional, asunto '*Intercambio de poblaciones griegas y turcas*', Serie A, No. 10, p. 20).

Sobre esta posición, algunos autores como los franceses Simma y Paulus concuerdan con el juez Cassere apoyándose en el hecho de que la diferencia de estructura entre el derecho internacional y el derecho interno hacen imposible –al menos hasta ahora– la aplicación de elementos de carácter nacional en *derecho internacional penal*, lo que se explicita más aún por la circunstancia de que tanto el derecho internacional penal como el derecho penal interno exigen una aplicación estricta del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Además, el derecho internacional público contiene un mecanismo por el cual los conceptos de derecho interno son incorporados al derecho internacional general: “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” Para la aplicación de los conceptos de la totalidad de países del mundo actual, el derecho internacional penal recaería tarde o temprano en una especie de derecho nacional ensanchado. De tal suerte que, considérese, la universalidad del derecho internacional con relación a los derechos nacionales es la condición *sine qua non* para que todos los Estados puedan reconocer las decisiones de una Corte penal internacional como teniendo un carácter vinculatorio, general y obligatorio.

vi) Consideraciones de orden público.

A falta de una disposición jurídica aplicable, la Cámara de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, ha discutido, en el multicitado asunto *D. Erdemovic*, la cuestión de saber si las consideraciones de orden público pudieran ser tomadas en consideración a título subsidiario. Conforme a la opinión de los jueces McDonald y Vohrah, una <<incursión dentro de consideraciones de política general>> no está de ningún modo injustificada: “Sería ingenuo creer que el derecho internacional se aplique y se desarrolle en un contenedor cerrado, sin ser influenciado por consideraciones de política económica y social” (IT-96-22-A, 7 de octubre de 1997, ver también opinión individual y disidente del Juez Li, p. 8).

De nueva cuenta, a contracorriente, el Juez Cassese defendió la naturaleza jurídica de la función del Tribunal lo que excluiría cualquier observación de consideraciones políticas: <<*Nuestro tribunal internacional es una Corte de justicia; la cual no está obligada más que ante el derecho internacional. El debería, por consecuencia, evitar comprometerse con análisis meta-legales*>> (Ibid., opinión individual y disidente Cassese, pp. 11 y 49). No obstante, las diferencias son menos marcadas de lo que podría sugerir la controversia. De esta suerte, la interpretación teleológica de las prescripciones del derecho internacional penal está en efecto orientada hacia los propósitos político-sociales de la comunidad internacional. Por ello, es probable que los otros jueces no se encaminen tanto por el criterio de separar las consideraciones políticas de un fundamento jurídico. Empero, no debe desestimarse la posición del Juez Cassese, fundada sobre los derechos del hombre y en particular en el respeto al principio *nullum crimen sine lege*, porque sólo son autorizadas ante los tribunales internacionales las consideraciones soportadas en fuentes reconocidas del derecho internacional penal (léase para mayor detalle a B. Simma y A. Paulus, *American Journal of International Law*, vol. 39, 1999, p. 303).

Para concluir el presente apartado haremos las siguientes afirmaciones:

Hay una importante contribución del derecho internacional penal al derecho internacional general. Como *iusinternacionalistas* fieles, no podríamos sino estar gratamente sorprendidos al percatarnos de la medida en que los tribunales penales internacionales han logrado, a partir de una reglamentación incompleta, producir notables resultados en la aplicación del derecho internacional penal; admiración que podría incrementarse aún más si la Corte Penal Internacional logra afianzarse y consolidar los cometidos para los que fue creada en sus primeros años de funcionamiento.

Sería bastante audaz afirmar que se trata únicamente de una aplicación de derecho existente y no igualmente de un <desarrollo progresivo> del derecho internacional penal. Empero, al parecer, a cincuenta y cinco años de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el desarrollo de un derecho que reglamente no sólo los derechos de los Estados, sino también poco a poco los derechos y deberes de los individuos en una escala universal es posible gracias a los medios tradicionales y generalmente reconocidos --tratados, costumbres y principios generales. Al mismo tiempo, existe urgencia por elevar el rango de importancia de los principios generales, tanto del derecho nacional como del internacional, principios que parecen sustentados por un acuerdo de derechos internos más o menos pronunciado sobre aquellos valores fundamentales. En todo ello radicaría, de entrada y por el momento, la contribución más importante del derecho internacional penal al derecho internacional general.

2.5. El 'derecho penal internacional' en la perspectiva del derecho internacional privado.

Algunos exponentes de la moderna doctrina mexicana del derecho internacional privado, encabezados por los doctores Leonel Péreznieto Castro, José Luis Siqueiros y Jorge Alberto Silva Silva, han comenzado a desarrollar el estudio de lo que ellos denominan e identifican como *derecho penal internacional*, en vez de referirse a un derecho internacional penal en el sentido en que lo hemos venido sosteniendo y manejando. Y parecen tener al hacerlo así porque el campo que exponen reviste en realidad un *ius puniendi* de naturaleza y contenido nacional e internacional a la vez. Su visión, por tanto, corresponde más al ámbito del derecho internacional privado que del derecho internacional público, lo cual lejos de contraponerse a nuestro planteamiento principal, presenta una faceta diferente y muy interesante que lo enriquece y diversifica tanto en su ubicación en la teoría y la doctrina como en la práctica jurídica cotidiana.²¹⁶

Y la razón por la que los privatistas incluyen el estudio del derecho penal internacional (DPI) como un capítulo del derecho internacional privado (DIPr) la explican ellos mismos cuando afirman que existen semejanzas entre sus mecanismos de solución, precisamente en lo que se refiere al método conflictual; y aducen además que si no se abordara el DPI en esta materia, difícilmente podría abordarse en otra, afirmación con la que no estamos del todo de acuerdo porque hay otras disciplinas que lo abordan como el derecho internacional público, los tratados internacionales, el derecho procesal internacional y el internacional jurisdiccional.

Aunque, efectivamente, al DPI se le ubica dentro de la gestión del Estado, mientras que al DIPr se le sitúa en el ámbito de las relaciones privadas, cabe advertir que los campos de ambas ciencias no son hoy en día nítidos ni definitivos; ocurre una continua transformación que tiende a difuminar las fronteras entre ellas.

²¹⁶ Péreznieto Castro, Leonel y Jorge Alberto Silva Silva. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Oxford University Press, México, 2000. Se recomienda consultar precisamente el Capítulo 12 denominado *Derecho Penal Internacional*, pp. 293 a 327.

Otra razón que aducen para incluir el DPI como tema del DIPr, se refiere al método, pues el segundo, desde sus orígenes, ha tenido como objeto de estudio el derecho procesal internacional, y ahora la ayuda internacional para el proceso, disciplinas que se ubican dentro de la esfera de la función del Estado, más que en la de los particulares. Otro argumento, lo dan en el sentido de que las técnicas conflictuales para resolver problemas del derecho represivo son y han sido parte de las técnicas objeto del DIPr y no del derecho internacional público, lo cual por cierto también no es absoluto y da pie a un debate que apenas se está iniciando en esta era de globalidad fáctica donde lo público y lo privado tienden a entrelazarse. Sin embargo, se debe ponderar el hecho innegable de que sí existen problemas de DPI en lo que a técnicas y métodos de DIPr se refiere, como es el caso del derecho aplicable de las normas de aplicación inmediata y del derecho internacional uniforme.²¹⁷ Y es que en la actual sociedad global existen cada vez más actos ilícitos y conductas criminógenas que tienden a producir efectos fuera de los límites territoriales de los Estados en donde se realizan, lo cual obliga a utilizar el DIPr para conocer los principios que rigen a cada entidad soberana y las vías de resolución de dichos casos.

Es también destacable el hecho de que en la mayoría de los países europeos y en algunos africanos y asiáticos las soluciones de la ley penal no encuadran dentro del DIPr, mientras que la tradición americana plantea soluciones en materia de DPI que se establecieron en varios tratados y convenciones de DIPr (Lima y Montevideo) celebrados en Sudamérica desde la segunda mitad del siglo XIX. Asimismo, las normas penales objeto de estudio del DIPr son por lo común, de *aplicación inmediata*, esto es, aquellas que rechazan la aplicación de las normas materiales extranjeras. De hecho es el DIPr la disciplina que ha generado más jurisprudencia y doctrina sobre las normas de aplicación inmediata, por lo que esta experiencia jurídica puede ser de gran ayuda para su conocimiento y tratamiento.

En la misma tónica, cabe recordar que las normas penales suelen tener también naturaleza de normas materiales, y en ocasiones de normas de conflicto, como sucede en los sistemas jurídicos internos. Asimismo, el DPI se discute frecuentemente en el ámbito de las políticas gubernamentales, o bien en los encabezados de algunos medios de comunicación escrita –particularmente los “especializados” en economía y finanzas—, lo que suele distorsionar sus contenidos. Como ejemplos recientes de esta situación abundan numerosos casos en la experiencia bilateral México-Estados Unidos, al igual que otros más que han llevado al gobierno federal a atraer asuntos de la esfera local a la esfera federal. En efecto, este protagonismo y superficialidad a la que con frecuencia está sometido el DPI hace olvidar sus aspectos técnicos, que son harto interesantes y de gran relevancia para la sana convivencia entre los individuos y las naciones del mundo entero.

2.5.1. Las Fuentes del derecho penal internacional.

Respecto del tema de las fuentes del DPI en el ámbito del DIPr, se advierte que por lo general las normas penales que inciden en lo internacional se encuentran previstas en el derecho interno, pero también en el derecho convencional internacional. En México, por ejemplo, existen diferentes cuerpos normativos que suelen referirse a los tratados y problemas del tráfico jurídico internacional. Y en este sentido se percibe con claridad la configuración de un derecho penal internacional, es decir, en estas disposiciones internas se advierte que la ley penal tiene, en ocasiones, vocación hacia su *internacionalización*, fenómeno que, como ya hemos advertido a lo largo de nuestra tesis, se ha acelerado últimamente como consecuencia de los procesos de globalización y de la potenciación de las comunicaciones, como sucede en el caso de un delito que se inicia en el territorio de un Estado y se consume en el de otro (por ejemplo, narcotráfico, falsificación de moneda, fraudes a través de

²¹⁷ Diferentes *iusprivatistas* latinoamericanos como Stella-Maris Biocca (Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997), señalan que no obstante que la puesta en ejecución generalizada de la *lex fori* penal suele desalentar este tipo de estudios, además de que el derecho internacional penal carece de una especial relevancia dentro del derecho de los conflictos, se considera importante que el estudiante no ignore la localización de la ley penal y los problemas de su aplicación en el espacio, como ya lo pusieron en relieve diferentes pensadores de la escuela privatista francesa.

empresas transnacionales, el robo internacional de automóviles o de obras de arte, la alteración de 'dinero plástico', lavado de dinero, etc.); delitos que, por su naturaleza, son de carácter internacional.

También es un hecho evidente que en el derecho convencional internacional existen determinados tratados que, aun cuando atienden los aspectos conflictuales, sí analizan normas materiales uniformes e incluso normas que fijan el ámbito espacial de validez de las normas estatales. Esta normatividad internacional, se encuentra con frecuencia en diversas muestras de estos instrumentos jurídicos, cuyos enunciados nos revelan dicho tema. Entre tales acuerdos se hallan los relacionados con la ejecución de sentencias penales, la extradición de procesados y delincuentes, el traslado de sentenciados, la cooperación penal para combatir el narcotráfico y el terrorismo, la represión de la tortura, el apoderamiento ilícito de buques y aeronaves, así como la asistencia jurídica, entre otros temas.

2.5.2. Los principios que rigen la aplicación del derecho penal internacional.

En principio, los *iusprivatistas* aducen que las normas de derecho penal son territoriales; o sea, que rigen únicamente dentro del territorio de un Estado. Empero, reconocen —como nosotros— que no sólo se circunscriben a criterios territoriales, sino que obedecen a factores internacionales. Sostienen que, si bien lo que predomina es la *lex fori*, existen casos en que el administrador del derecho debe tomar en consideración la ley penal extranjera y su interpretación, o bien los tratados sobre la materia. Así, aunque existen varios criterios en torno a la aplicabilidad de la ley penal, ellos se circunscriben a los principios más admitidos, como son los de territorialidad, de personalidad, de protección de intereses y de justicia universal.

i) Principio de territorialidad.

Aquí se plantean tres aspectos: la territorialidad estricta, la territorialidad en cuanto a sus efectos y las ficciones territoriales. Pasemos a precisarlas.

Respecto a la *territorialidad estricta*, el criterio de territorialidad de la ley penal nos indica que ésta deberá aplicarse contra cualquier acto que se ejecute dentro del ámbito territorial de esa ley penal; es decir, *lex loci commissi delicti* (sentido positivo), además que no podrá ejecutarse tratándose de datos o hechos ocurridos fuera de su territorio; esto es, *leges non obligat extraterritorium* (sentido negativo). En ambos casos se prescinde de cualquier otro punto de conexión distinto al del territorio; es decir, Aquí no interesa si los delincuentes o los ofendidos son nacionales o extranjeros, ni tampoco cuál es su domicilio. Como se observa, esta hipótesis no plantea un problema de DIPr, pues en el supuesto o la consecuencia no se encuentra algún elemento extranjero; de esta forma, el elemento territorial es tan fuerte que difumina a los demás que le vinculan. No obstante, existen excepciones pues si bien el principio de territorialidad es el aplicable en todos los países, teóricamente, puede entenderse como regla general y como norma absoluta. Como norma general implica la existencia de reglas específicas que derogan la general; como regla absoluta, significa que dentro del territorio sólo se aplicará este principio. La historia, además, ha demostrado la presencia de otras excepciones en cuanto a la aplicación de la ley del territorio, e incluso respecto de la competencia de los órganos judiciales del territorio.

En la *territorialidad por los efectos*, la territorialidad de la ley penal se extiende también a los delitos continuos y continuados que produzcan efectos en un Estado determinado. En esta hipótesis se supone que la conducta tuvo lugar en el extranjero, pero que surtió efectos en el territorio nacional de que se trate. Es decir, la acción y el resultado se producen en diversos lugares. En estos casos se atiende a los *delitos realizados a distancia* y se hace hincapié en el *lugar del resultado* y no al de la *acción delictiva*. Por ello se establece que la ley penal aplicable es la del lugar donde se produce el resultado, siempre que éste se dé en un territorio nacional donde la ley interna así lo prescriba (*lex effectum delicti*). Aquí en México, por ejemplo, ocurre esta situación, pues el legislador olvida la aplicabilidad de la ley penal extranjera (el lugar de la acción) y determina no sólo la aplicabilidad de la ley mexicana, sino también la competencia judicial de los tribunales mexicanos. Se trata, como en el caso de otros países latinoamericanos y europeos, de lo que se conoce como una *norma de conflicto*

materialmente orientada, pasando por alto a la *lex initium commissi delicti* para acoger la *lex finis commissi*. Además, algunas leyes locales como la mexicana otorgan competencia atendiendo al lugar donde el delincuente realiza el último de sus actos, lo cual no significa necesariamente que ahí se produzcan los daños.

En lo que toca a las denominadas *ficciones territoriales*, coincidimos en que a pesar de que se trata de conceptos que hoy se perciben como muy antiguos, todavía tienen vigencia y en ocasiones revisten particular importancia. Se trata de la extensión de la territorialidad del Estado a propiedades que éste posee en el extranjero o de la extensión territorial que también se hace en el caso de buques y aeronaves con bandera o pabellón de una cierta nación. Esta ficción territorial aplica en materia de nacionalidad y se extiende también en materia penal internacional, por lo cual se considera que los delitos ocurridos dentro de estas <partes del territorio> se cometieron en el país en cuestión; consecuentemente, la ley del territorio es la aplicable a esos casos, así que los tribunales del mismo tienen competencia para conocer de dichos delitos. Y aunque en teoría esta situación no ofrece complicación alguna, en la realidad suele implicar muchos e interesantes problemas.²¹⁸ Técnicamente, se trata de una norma jurídica material con vocación internacional, toda vez que el legislador nacional pretende que su norma interna tenga aplicación a hechos ocurridos fuera de su propio territorio.

ii) Principio de aplicación personal de la ley penal.

Al respecto, cabe indicar que a través de él se incrementa la protección a los súbditos del Estado, independientemente del lugar donde éstos se encuentren. Aquí no se atiende al lugar de realización de la conducta ni al del resultado, sino principalmente a un tipo específico de sujetos (los nacionales de un país).

Sobre la base de este principio se extiende la competencia orgánica y legislativa a los delitos cometidos en el extranjero. En otras palabras, se trata de normas materiales de derecho interno según las cuales se da respuesta a un delito ocurrido en el extranjero sin tomar necesariamente en cuenta lo que al respecto disponga la ley penal extranjera. Derivados de este principio encontramos los siguientes *subprincipios*:

- a) *De personalidad activa*. Se penaliza a los nacionales que delinquen en el extranjero.
- b) *De personalidad pasiva*. Se reprime a los sujetos que cometen un delito en perjuicio de personas de nacionalidad del Estado que así lo disponga en su norma interna. Se basa en la idea de la protección a los nacionales, incluso al grado –como ocurre en México– de reprimir a los extranjeros que en territorio extranjero cometen un delito contra un mexicano.
- c) *De doble nacionalidad*. Se trata de la combinación de personalidades activa y pasiva, o sea, es de carácter mixto, donde se reprime al nacional que delinque contra otro nacional en territorio extranjero.

²¹⁸ Por ejemplo, en los buques con pabellón mexicano, se aplica la ley penal mexicana en delitos cometidos en esas embarcaciones cuando se encuentran en altamar, o bien, en el caso de buques de guerra surtos en puerto extranjero o en aguas territoriales de otra nación. Dicha ley se aplica también en buques extranjeros mercantes surtos en puertos nacionales o en aguas mexicanas. Se aplica igualmente a los delitos cometidos en aeronaves nacionales o extranjeras dentro de territorio nacional o en aeronaves mexicanas en el espacio internacional; lo mismo en legaciones diplomáticas o consulares mexicanas. Al respecto, el art. 5º. del CPDF preceptúa lo siguiente:

Se considerarán como ejecutados en el territorio de la República:

- I. *Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales.*
- II. *Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto.*
- III. *Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores.*
- IV. *Los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas.*

- d) *Del domicilio o residencia habitual.* En este supuesto lo relevante es el domicilio o residencia del sujeto activo del delito, prescindiendo de su nacionalidad. Aunque no aparece en la legislación mexicana, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores imputa competencia al Estado parte de residencia habitual del menor.
- e) *De personal extremo o absoluto.* Con base en éste sólo se aplica la ley penal del foro a los propios nacionales.

Al llegar a este punto, consideramos oportuno reflexionar un tanto en torno a las teorías relativas a una extraterritorialidad exagerada, las cuales han sido atemperadas, e incluso anuladas. Los casos que se plantean en dichas normas se conocen dentro de lo que suele denominarse *principios competenciales internacionalmente reconocidos en las esfera internacional*. Cuando se hace referencia al concepto de la extraterritorialidad, debe acotarse y definirse con precisión. Extraterritorialidad de la ley significa que la norma jurídica se aplique fuera de su ámbito natural de aplicación, es decir, fuera del territorio del Estado que la emitió.

Aquí la dificultad consiste en delimitar claramente sus alcances. Al respecto, Bertrand D'Argentre desde el siglo XVI definió el problema con la frase: *finitas potestas, finitas jurisdictio et cognitio*, lo que significa que el derecho de un Estado sólo puede aplicarse dentro de los límites en los que ese Estado puede ser capaz de aplicar sus normas; es decir, hasta donde alcance su poder y pueda, en consecuencia, hacer cumplir sus leyes: *el ejercicio de su soberanía llega hasta donde termina su posibilidad de ejercer su jurisdicción y conocimiento*. En estas condiciones, la extraterritorialidad como fenómeno excepcional sólo es posible cuando el Estado en donde deba de aplicarse la norma extranjera restrinja voluntaria y explícitamente la aplicación de sus propias normas jurídicas para que la norma extranjera se aplique.

iii) Principio real o de protección de intereses.

Varios doctrinarios españoles lo ubican en la situación en que el Estado se atribuye la facultad de juzgar los delitos contra su organización política cometidos en país extranjero. Por ejemplo, Juan José Díez Sánchez --a quien ya hemos estudiado en este capítulo-- entiende que en su sentido más original, el principio de protección de intereses es aquel de aplicación extraterritorial de la ley penal que posibilita su aplicación a las infracciones contra ciertos bienes o intereses jurídicos del Estado, ejecutados en el ámbito extranjero. De aquí destacan dos elementos: primero, la base del principio la constituyen en esencia intereses estatales, colectivos o comunitarios, independientemente de su valor e importancia; segundo, quedan excluidos de su ámbito de protección bienes o intereses jurídicos individuales. Obsérvese que se trata de un principio de defensa del Estado.

iv) Principio de universalidad.

Aquí debe señalarse en primer término que se trata de un principio esencial de orden público muy propio del derecho internacional penal, que comparte también el derecho penal internacional y al cual dedicaremos la primera parte del Capítulo Séptimo de la presente investigación doctoral. En nuestra opinión, este principio complementa y perfecciona los anteriores axiomas del derecho penal internacional. Los publicistas lo denominamos *principio de jurisdicción universal* y se explica como aquel principio rector que permite, sin impedimento de ninguna índole, que ciertas infracciones, por diversos motivos, puedan enjuiciarse por cualquier Estado, no importando el lugar donde se hayan cometido. Desde una perspectiva genuinamente universalista, implica la competencia de los jueces de todos los Estados para reprimir los actos delictivos y crímenes cometidos por el delincuente que es aprehendido en su ámbito territorial. En opinión de Péreznieto Castro, no sólo se trata de la competencia orgánica, sino también la legislativa, que indica que la ley aplicable será la de cualquier Estado; en estos casos, la *lex* y el *forum* normalmente van de la mano.

En este contexto están enrolados los llamados *delicta iuris gentium*, o sea, los delitos que se estima que afectan a todos los actores estatales de la sociedad global; los que atentan contra bienes y valores reconocidos en todas las partes, apelando a la solidaridad internacional. Esta solidaridad se

había fundado inicialmente en el iusnaturalismo, el *ius gentium*, e incluso en principios de ética y moralidad. En los últimos lustros, tal precepto se ha cimentado en tratados internacionales, especialmente de cooperación internacional penal. Y es precisamente en el punto de los delitos que pudieran calificarse como universales --como los crímenes contra la paz, los de guerra, el empleo ilícito de armas, el genocidio y los crímenes contra la humanidad— donde parece percibirse con más claridad la frontera entre las disciplinas del derecho penal internacional y el internacional penal. Efectivamente, señalan los iusprivatistas Péreznieto Castro y Silva Silva lo siguiente:

“En relación con los delitos considerados universales, existen dos direcciones dominantes en el campo penal internacional que forman parte del derecho internacional público y no del privado:

- a) La creación de un Tribunal Penal Internacional, cuya labor consista en enjuiciar crímenes de guerra y delitos internacionales (sistema de aplicación directa). Esta primera dirección hace necesaria la existencia de un cuerpo normativo internacional (un código penal internacional).*
- b) La segunda dirección consiste en que en un convenio internacional se definan los crímenes internacionales y los Estados se obliguen a incorporar en su derecho interno tales delitos, incluyendo la colaboración y la asistencia judicial internacional (sistema de aplicación indirecta)>>.²¹⁹*

2.5.3. Doble calificación de delictuosidad en el derecho penal internacional.

El principio de doble calificación de delictuosidad (DIPr-DPI) o de doble incriminación (DIPb-DIP) es muy importante en los actuales programas de cooperación internacional penal. En todos los casos en que se ha hecho referencia a la represión, se condiciona al hecho de que la conducta que se pretende reprimir se califique de delictuosa, tanto en el lugar donde se realizó como en el que se halle involucrado. Sin embargo, el DIPr-DPI muestra que no todos los Estados se alinean a este postulado. Por ejemplo, en la ley española no se requiere la doble delictuosidad, lo cual sí es necesario en la mexicana. En el caso del dictador chileno Augusto Pinochet (1998-2000), cuando los militares aún se encontraban en el poder emitió una ley de amnistía en la que se auto exoneraba y exoneraba a los demás involucrados en el golpe de Estado y la represión, lo que provocó que en Chile esos delitos dejaran de ser sancionables. De tal modo que, guardadas proporciones, si a las autoridades de México se les presentara un problema similar podrían abstenerse de conocer el asunto, ya que en el otro país (en este caso Chile) el delito dejó de calificarse como tal.

En esta tesitura, una realidad que no se puede soslayar es que según algunos tratados internacionales no se precisa de la doble calificación de delictuosidad en tratándose de los llamados *delitos universales o iuris gentium*, que son materia más propia del derecho internacional público en su rama penal. Aquí no es necesario que en el territorio donde se haya cometido el delito de genocidio éste no se encuentre penado, en virtud de que en la actualidad es reconocido por la sociedad global, con lo cual se supera, en el orden público internacional, el criterio tradicional y estrecho de la doble delictuosidad.

²¹⁹ Péreznieto Castro y Silva Silva, op. cit. P.312. Ambos privatistas consideran que el tema de la jurisdicción universal y de los delitos de naturaleza universal corresponden más al campo del derecho internacional público que del privado y, por tanto, los ubican más dentro del objeto del derecho internacional penal que del penal internacional, éste de carácter más territorial que aquél. Y una prueba de ello es que agregan otros delitos sobre los cuales, aducen, habrá de trabajar con mayor intensidad tanto la Corte Penal Internacional y el Código Internacional Penal (que ya se encuentra avanzado con los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, aprobados por la Asamblea de Estados Parte el 10 de septiembre de 2002). Tales delitos son los de segregación racial (apartheid) y de esclavitud, experimentación médica ilícita, piratería, contra las comunicaciones aéreas internacionales, amenazas y uso de la fuerza contra personas internacionalmente protegidas, toma de rehenes, drogas, robo de tesoros nacionales y arqueológicos, etc.

2.5.4. La institución penal desconocida en el derecho penal internacional.

Este postulado es más común en el derecho internacional privado que en el público. Parte de la suposición de que, no obstante que la represión delictiva no tiene que ser necesariamente igual en un territorio nacional que en uno extranjero, si se requiere cierta equivalencia; en otros términos, si la pena que se va a imponer es la reclusión, puede afirmarse que existe equivalencia entre la pena de cuatro años en un país y de siete en otro. Lo que no es factible es que se considere equivalente lo que no tiene semejanza o proporcionalidad (como se le denomina en el DIPb al hablar de legítima defensa), porque se estaría en presencia de una institución desconocida. Por ejemplo, en la mayoría de los países latinoamericanos se ha establecido constitucionalmente que la pena debe ser decretada por una ley exactamente aplicable al delito en cuestión.²²⁰

2.5.5. Competencia Orgánica Internacional.

La competencia de los órganos nacionales, especialmente de los relacionados con la acusación (como el Ministerio Público en México), con el juzgamiento (juzgadores) y la ejecución (Ministerio del interior en varios países y del exterior en otros) ha sido abordada tanto en el derecho interno como en el convencional internacional. Por lo común, la competencia para conocer de los delitos e investigarlos es la fijada conforme al *forum commissi delicti*, aunque diversos convenios de colaboración internacional han permitido el auxilio de órganos dependientes de otros países. En cuanto a la competencia judicial para atender y resolver en torno de un delito las leyes de varios Estados --como el mexicano-- ha sido *territorial*, lo cual no facilita la iniciación de procedimientos encaminados a remitir un proceso al extranjero (declinatoria), ni reclamar que el extranjero sea enviado al país requirente (inhibitoria). Como en el caso de las autoridades investigadoras, la competencia judicial se reduce al *forum commissi delicti*.

Desde nuestro punto de vista, este *criterio territorialista* --muchas veces exacerbado, como en el caso de México-- no facilita y hasta entorpece el funcionamiento fluido y expedito del DIPr y del DIPb, dificultando a la vez la cooperación internacional penal y la consolidación de una instancia jurisdiccional supranacional penal (la CPI) que materialice en hechos concretos la metodología represora de las infracciones universales del derecho internacional penal. Aunque sin embargo, habría de considerarse que el territorialismo que aún prevalece en materia penal no sólo otorga competencia para los casos en que el delito se cometió en el Estado del territorio, sino también cuando el mismo produce efectos en dicha entidad política, además de la atribución para conocer de los delitos *iuris gentium* o principio de competencia universal muy propios del derecho internacional penal.

En todo caso, lo que debe reconocerse es la particular dificultad que representa la competencia para conocer de un delito. Y por lo que respecta a la *competencia indirecta*, también se presentan problemas no fáciles de resolver. Es factible que un individuo penalmente sentenciado en el extranjero cumpla su pena en el territorio nacional, de la misma manera en que una persona sentenciada aquí puede purgar su sentencia en otro país. Por lo general, el derecho convencional internacional acepta en la actualidad que una persona sea sentenciada en el extranjero y que luego cumpla su pena en un Estado parte; asimismo, permite que una sentencia sea pronunciada en éste y que se ejecute en el extranjero. Es decir, en algunos países como en México, sólo se acepta la *competencia indirecta*.

²²⁰ En la SJF, Segunda Sala, Quinta Época, t.xxxi, AR 2339/30, Sichel Enrico. Aquí se hace referencia a un problema semejante que se presentó ante los tribunales mexicanos y que es un caso típico de DIPr-DPI. Se trataba de una solicitud de extradición que se le hizo a México. La pena que pretendía imponerse al denunciado --trabajos forzados y cadena perpetua-- era *desconocida* en el país. La SCJN determinó que tanto los trabajos forzados como la cadena perpetua no estaban contemplados en la penología mexicana; por tanto, desestimó la solicitud de extradición. Como se observa, se trata obviamente de una institución penológica, no de un delito diferente. Al respecto, el Dr. Péreznieta Castro considera --muy acertadamente-- que la Suprema Corte razonó erróneamente, pues tuvo que haber decidido --como se hace hoy en día en procesos de extradición-- condicionar la extradición al compromiso del Estado solicitante de que la persona no recibiría penas mayores o diferentes de las establecidas en México. Y más aún: indirectamente, la SCJN protegió a un delincuente.

Por otro lado, en estos casos, no es aceptable la posibilidad de que se reconozca la competencia directa de un órgano extranjero y que al mismo se le remita el proceso para su conocimiento (declinatoria); ni tampoco reclamar a un órgano extranjero el proceso formado para seguirlo instruyendo en el Estado reclamante (inhibitoria).

El DPI en México muestra que nuestro país prácticamente no se ha preocupado por reconocer la competencia directa asumida, o aquella que tengan que adoptar órganos judiciales penales extranjeros. Mientras que, a contracorriente, en la jurisprudencia de otras naciones se pueden encontrar casos en los que se ha resuelto respecto a la competencia internacional con base en el lugar de la comisión del delito.

2.5.6. La Cooperación Penal Internacional, campo compartido entre el DPI y el DIP.

La cooperación o auxilio entre los órganos que tienen como misión procurar y administrar justicia es una práctica común entre los Estados, que se ha venido acelerando de manera notoria ahora con la irrupción de la sociedad global. De hecho, la colaboración no se circunscribe a la cooperación judicial, sino que se amplía a los órganos investigadores de los delitos y a las instituciones encargadas de ejecutar las sentencias. La doctrina actual en América y Europa coincide en señalar que son cuatro los grandes campos en que se manifiesta la cooperación punitiva interestatal:²²¹

- a) tratándose de informes sobre detenciones;
- b) en obtención de pruebas;
- c) en situaciones de extradición;
- d) en ejecución de sentencias.

Pasemos a continuación a describir brevemente estos campos:

i) *Informes en caso de detención.*

Con base en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, cuando una persona es detenida la autoridad que realiza la detención puede informar –a petición del detenido– a la oficina consular del país de donde el detenido es originario (a detención es cualquier arresto, detención o puesta en prisión preventiva). Además de la comunicación entre autoridades de diversos Estados también existen garantías para que el detenido se contacte con sus autoridades consulares. Las constantes discusiones que se suscitan entre entidades soberanas en este rubro obedece, las más de las veces, a que el individuo no haya recibido asistencia ni la protección de una autoridad de su nación en el momento de su detención, la presunción de que se le haya obligado a declarar o la posibilidad de que su declaración pudiera haber sido distorsionada. En este caso la atención se pone en la nacionalidad del detenido, punto de conexión en torno al cual gira la detención.

ii) *Obtención de pruebas.*

Durante la tramitación de un proceso penal puede hacerse necesario recurrir ante los tribunales extranjeros a fin de que colaboren para obtener pruebas. Asimismo las autoridades extranjeras pueden solicitar la cooperación de los tribunales nacionales para conseguir pruebas en el lugar. Ambas situaciones son factibles. Las solicitudes de cooperación pueden ser escritas o verbales, y no sólo se enfocan en la obtención de pruebas, sino también en la localización de personas, ratificación, cateos, etc. La base de esta figura es el *principio de confidencialidad* e incluye la posibilidad de que se suministre información no accesible al público. En razón de la rapidez con que se propagan hoy en día

²²¹ Existen otros medios modernos además de los aquí citados. En el periódico *El Economista*, sección Suplementos, “*El crimen internacional a través de la videoconferencia*”, México, 22 de septiembre de 1998, se dio a conocer otro medio de comunicación que se inició entre las más altas autoridades encargadas de aplicar la ley sin necesidad de que salieran de su país. Aunque ya se podían hacer por teléfono, las videoconferencias son una nueva modalidad. Y se cita el ejemplo de la reunión entre la Secretaría de Justicia estadounidense, el secretario del Interior británico y los ministros de Justicia de otros países (Alemania, Canadá, Francia, Italia, Japón y Rusia). Apoyados en estas tecnologías, se tomaron acuerdos para combatir organizaciones criminales y para coordinar la extradición de sospechosos.

los delitos, como el terrorismo y el narcotráfico principalmente en las áreas comunes de los Estados, son indispensables procedimientos rápidos y que no estén sujetos a formalismos.²²² Además, tenemos que para los casos de averiguación de delitos o localización de infractores, en el ámbito mundial existe una corporación internacional, la Organización Policiaca Criminal Internacional, mejor conocida por sus siglas INTERPOL

iii) *La Extradición.*

Sobre esta institución jurídica haremos un tratamiento minucioso en la segunda parte del Capítulo Séptimo de la presente investigación, desde la perspectiva del derecho internacional penal. Sin embargo, conviene establecer las siguientes aproximaciones en el ámbito del DIPr. Primeramente, se trata de una solicitud de detención y entrega de una persona que ha sido acusada o condenada por cierto delito y que se encuentra en territorio extranjero. La petición es hecha a un *Estado requerido* por el *Estado requirente*, según el caso. Precisamente el Estado requirente es donde esa persona fue acusada o condenada. La entrega es la extradición, y ésta es el resultado de un juicio que sigue el juez requerido para determinar si procede entregar a la persona que se requiere, en cumplimiento de la solicitud de extradición realizada por el Estado requirente.

El tema de la extradición ha sido objeto de amplio debate en cuanto a su ubicación. Adolfo Miaja de la Muela ha sostenido que "*en realidad, también la extradición es materia más pertinente al derecho internacional público que al privado, pero su conexión con los grandes principios del derecho penal internacional explica su examen en este lugar (en el DIPr)*".²²³ Sobre este punto, desde nuestra óptica, a pesar de la pertinencia de este argumento, se trata de un instituto que tenderá cada vez más –por los propios efectos de los procesos jurídicos globales y por la aparición de convenciones regionales y multilaterales de extradición— a ubicarse con mayor claridad y plenitud en el derecho internacional público y, por consecuencia, en el derecho internacional penal.²²⁴

iv) *Reconocimiento y ejecución de sentencias penales.*

Compartimos el convencimiento de los privatistas especializados en el DPI cuando afirman que existe una diferencia importante entre el *simple reconocimiento* de una sentencia extranjera y su *ejecución*. En el primer caso, la sentencia se tiene por conocida y se le reconoce eficacia extraterritorial, y en el segundo, además de reconocerse, se procede a su ejecución. Y nos ilustran con un ejemplo de simple reconocimiento: aunque pueda derivar de un asunto penal, la sentencia pronunciada en el extranjero podrá ser reconocida en un determinado Estado para efectos distintos de los estrictamente penales, como la estimación de la existencia de adulterio como causal de un divorcio, o bien, de un delito que impida heredar o sufragar políticamente. Otro ejemplo de simple reconocimiento se relaciona con la determinación de la reincidencia, caso en el que la sentencia extranjera debe reconocerse.

²²² Los tribunales mexicanos han admitido la validez y la eficacia extraterritorial de las pruebas obtenidas en el extranjero conforme a la propia ley externa, cuando éstas han sido conseguidas por conducto de un tribunal exterior. La asistencia en materia de obtención de pruebas en el Tratado de Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y Estados Unidos de América sobre Asistencia Jurídica, se encuentra prevista en el art. 4º., fracc. 2.

²²³ Miaja de la Muela, Adolfo. Derecho Internacional Privado, t.II, Gráficas Yagües, Madrid, p. 419.

²²⁴ La primera ley de extradición se elaboró en Bélgica y data de 1833. Le sigue la del Reino Unido de 1870. Oppenheim confirma que, antes del siglo XIX, la extradición de delincuentes se concedía sólo en contados casos. Son dos los tipos de extradición que se conocen: la que se logra con base en un tratado y la que se obtiene sin que exista necesariamente ese acuerdo. El derecho mexicano admite los dos sistemas. En México la extradición se encuentra regulada tanto en el derecho interno como en el derecho convencional internacional; en el primer caso por la Ley de Extradición Internacional, y en el segundo por dos tipos de tratados: los bilaterales y uno multilateral. La ley interna se aplica ante la falta de un tratado entre los Estados requirente y requerido, de manera que prácticamente México puede acceder a extraditar a una persona a cualquier país, aún cuando no se tenga suscrito un tratado con ese fin.

Ampliando esta postura consideramos que quizá el más importante de los simples reconocimientos es el del principio *non bis in idem* o el de la *res iudicata*; es decir, en el caso del primero, aquel según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, aun cuando la primera ocasión se hubiese llevado a cabo en el extranjero. Aunque este principio normalmente funciona para problemas de tráfico jurídico interno, en el caso de una sentencia extranjera, los tribunales nacionales también podrán reconocer su autoridad de cosa juzgada extranjera. En México, por ejemplo, se admite que no podrá sancionarse penalmente ni aplicarle las leyes mexicanas a quien, habiendo cometido un delito en el extranjero, ya hubiese sido juzgado. En materia de sentencia extranjera, un ejemplo así sería el caso de una sentencia pronunciada en el extranjero en la que se hubiese impuesto una pena de reclusión, pena que ya se hubiese cumplido y ejecutado en otro país. Se trata de lo que Adolfo Miaja de la Muela denominó *ejecución delegada*. Este último caso parece ser uno de los más interesantes del derecho internacional penal.²²⁵

En el mundo de los tratados bilaterales se observan ciertas constantes que permiten que cada país signatario ejecute la sentencia dictada en el otro país parte, requiriéndose para ello:

- a) Que la sentencia hubiese causado estado, esto es, que ya no exista otro medio impugnativo contra la misma.
- b) Que el condenado consienta en el traslado.
- c) Que la nacionalidad del condenado sea la del Estado en donde se pretende que sea ejecutada la sentencia.
- d) Que el delito por el que se condenó se encuentre sancionado en ambos Estados. Se excluyen los delitos en los que el Estado sentenciador tiene particular interés, como en el caso de los delitos políticos, militares y de migración.²²⁶

Finalmente, es de notar que la sentencia penal extranjera sólo podrá ser reconocida y ejecutada por un órgano de autoridad nacional. Ninguna sentencia podrá ser ejecutada por particulares. Tal situación ocurrió con la amenaza que pesaba sobre el escritor angloindio Salman Rushdie, en virtud del Decreto Fatua del Ayatola Jomeini en 1985. Una sentencia como esta, por válida que fuera dentro de Irán, no podría ser ejecutada por particulares ni por órganos de autoridad de casi ningún país, pues no sólo contravendría el orden público nacional, sino también los derechos humanos universales.

²²⁵ La ejecución de una sentencia extranjera es tema novedoso en el derecho internacional. El primer tratado de que se tiene noticia sobre la materia surgió en los países escandinavos en 1963. México tuvo que modificar su artículo 18 constitucional para poder ejecutar sentencias extranjeras, lo que hasta antes de 1977 no era posible. Hasta entonces, una sentencia penal no podía tener efectos extraterritoriales con objeto de ser ejecutada. Empero, el criterio cambió y a partir de entonces se aceptó reconocer las sentencias penales extranjeras para su ejecución. No obstante, estos países, como México, sólo admiten dicho reconocimiento si es a través de un tratado internacional. De ahí que esta materia, al igual que la de la extradición, tienda también a irse ubicando en terrenos más propios del orden del derecho internacional público que del privado. Así tenemos que bajo los auspicios de la OEA, Canadá, Costa Rica y Venezuela han signado la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, de la cual destaca el que se vincula la nacionalidad del condenado para que cumpla su sentencia en su país de origen.

²²⁶ Péreznieto Castro, op.cit. p. 327. Señala el colega que por cuanto al órgano que ha de conocer una sentencia extranjera, en México tal facultad recae en el Procurador general de la República, por acuerdo del presidente de la República. Además, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos civiles en los que un juez hace una serie de revisiones a lo largo del procedimiento de *exequátur*, en materia penal tal procedimiento no está regulado ni hay disposiciones respecto de los casos en que se pudiera rechazar una sentencia penal extranjera. Por otro lado, se menciona que en México residen personas que en el extranjero han sido condenadas a una reclusión mucho mayor que la permitida en las leyes mexicanas; que, las sentencias mexicanas que normalmente se ejecutan en el extranjero son dictadas por tribunales federales, mientras que, en cambio, las sentencias extranjeras que se ejecutan en México no sólo provienen de tribunales federales, sino también de tribunales de cada entidad federativa de los Estados Unidos de América.

CAPITULO TERCERO

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE DE LA HAYA COMO BASES JURISDICCIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL.

Introducción.

Varios autores sostienen que mientras el siglo XX se caracterizó por la innovación tecnológica y la revisión de una buena parte de las posturas filosóficas heredadas de siglos anteriores, la justicia internacional institucionalizada parece haberse quedado estancada en los esquemas del Tratado de Versalles. Estemos o no de acuerdo con ello, lo cierto es que la institucionalización jurisdiccional, así como los innegables avances que conoció la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), constituyeron una herencia tan determinante para su sucesora, la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas (CIJ), que ésta no ha realizado hasta la fecha cambios sustanciales y notorios en la materia, excepción hecha quizás del impulso más o menos logrado al desarrollo y sistematización del derecho internacional jurisdiccional. Parte importante de la herencia recibida ha permanecido prácticamente igual, y no por falta de voluntad política sino más bien porque no se han encontrado mecanismos que operen con mayor prontitud y eficacia: la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria, los jueces *ad hoc*, la competencia todo comprensiva de asuntos, la estructura y formatos de sus sentencias, y de manera general las fases de desahogo de sus etapas procedimentales. En esta secuencia, la perspectiva futura ya es una realidad presente: la proliferación de tribunales en el ámbito de los derechos humanos, de competencia penal para conocer de crímenes internacionales, de derecho marítimo e incluso de cobertura financiera, comercial, propiedad intelectual y de inversión, que constituyen en su conjunto la muestra más evidente de que es necesaria una especialización por materias para una Corte que ya resulta insuficiente para conocer de un derecho internacional, inusitadamente extendido y complejizado, que opera en los espacios abiertos que demanda la actual sociedad globalizada.

Sobre esta línea de argumentación, el verdadero reto de la CIJ se está dando, a nuestro modo de ver, en dos sentidos, el primero se centra en participar a fondo en la evolución del derecho internacional general y, el segundo en agilizar el desenvolvimiento y la renovación del derecho internacional jurisdiccional. Y la manera de trascender tal desafío nos la refiere claramente el especialista Juan de Dios Gutiérrez Baylón:²²⁷ abriendo su espectro competencial respecto de nuevos agentes, resolviendo controversias sin la búsqueda de una clientela internacional determinada, y sin temores respecto de la actuación de otros órganos principales de la ONU. Evidentemente, el relativo inmovilismo de la Corte no se debe a la propia actuación del órgano judicial, sino a la del conjunto orgánico en que ésta se inscribe, esto es, cualquier diagnóstico sobre su transformación tiene que comprender por adelantado la evolución, reforma y actualización de la estructura y funcionamiento de todo el Sistema de las Naciones Unidas.

El estudio de la CIJ y del derecho internacional jurisdiccional siempre será apasionante jornada y experiencia alimentadora para el jurista, el internacionalista, el historiador y el especialista en ciencias políticas y sociales. Y es que por mucho, la CIJ es el principal órgano administrador de justicia internacional de las Naciones Unidas que se inserta en la Carta como consecuencia de la propia evolución histórica, jurídica y política del proceso de institucionalización de los medios de solución pacífica de controversias en el derecho internacional general. Heredera también de las convenciones de La Haya de 1899 y 1907, lo es también de la jurisprudencia elaborada por la CPJI y sucesora directa de ésta en su calidad de órgano de la Sociedad de Naciones. Pese a que formalmente la CPJI

²²⁷ Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, La Corte Internacional de Justicia al terminar el siglo, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, pp. 219-246.

fue la primera instancia jurisdiccional estricta del derecho internacional, una parte no despreciable de la doctrina admite que su labor fue prácticamente la de un intérprete del Tratado de Versalles, como parece sugerirlo su propia jurisprudencia.²²⁸

A lo largo de su devenir, la CIJ se ha venido consolidando como una instancia judicial independiente encargada de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses de sus Estados miembros, y eventualmente, bajo determinadas condiciones de los Estados que sin serlo la soliciten, mediante la resolución de sus controversias internacionales. Al igual que la mayoría de los doctrinarios modernos lo sostienen, consideramos que la naturaleza del Órgano y las funciones que detenta en virtud de su normativa constitutiva y reglamentaria, condiciona la correcta calificación de los fenómenos procesales que lo han originado, así como la búsqueda de una solución a los problemas que éstos plantean. Hasta hace poco tiempo fue bastante difícil, principalmente para los estudiosos de países latinoamericanos y de otros en vías de desarrollo, acceder de manera directa y oportuna a la información derivada de la práctica jurisdiccional de la Corte y del desarrollo del proceso internacional.

Los datos precisos y actualizados se concentraban en muy pocos sitios y fuentes, por lo que era habitual acudir a publicaciones especializadas de circulación restringida y a la búsqueda directa en las universidades, institutos jurídicos y academias de derecho internacional de Europa y los Estados Unidos, o en tribunales con sede en estos lugares. Afortunadamente, con la apertura de fronteras y la irrupción de la sociedad de la información, la situación ha cambiado, particularmente en México, donde ya estamos desarrollando una avanzada escuela de pensamiento jurídico, a través de varias iniciativas, proyectos y líneas de investigación en materia de jurisdicción, jurisprudencia y justicia internacionales.

Precisamente, el presente capítulo y el libro mismo, se inscriben en este contexto y en esta tendencia que busca recuperar el análisis crítico, la evaluación sistemática, el debate doctrinal y la proyección que merece la nueva fenomenología jurisdiccional internacional en que nos encontramos todos involucrados: comunidad mundial, organismos, Estados e individuos. No es nuestra pretensión realizar un estudio profundo y detallado de la CIJ y del derecho internacional jurisdiccional o —como lo denomina Fenech— ciencia que estudia al juzgar internacional, sino que tiene por finalidad concreta ofrecer una visión general de la estructura y funciones principales de la Corte y de la manera en que ésta ha incidido en la formación del proceso y procedimiento contencioso que se finca ante ella.²²⁹ Esto no significa, por consiguiente, que afirmemos que todo el contenido del derecho internacional jurisdiccional se derive en exclusiva de la CIJ, o se explique sólo en función expresa de ésta; si bien es cierto que su incidencia en la nueva disciplina ha sido determinante. El derecho internacional jurisdiccional ha crecido y evolucionado a la par del derecho internacional general y, en su sentido amplio, conoce de la estructura y funcionamiento de la totalidad de los órganos y mecanismos jurisdiccionales de orden público con que cuenta actualmente la sociedad internacional, incluyendo a

²²⁸ Señala Gutiérrez Baylón, op. cit., p. 222 que la justicia institucionalizada de sesenta años a la fecha ha conocido un abanico de controversias mucho mayor que la abordada por la CPJI. El rango de asuntos que le han sido sometidos a la CIJ ha variado desde problemas tan distintos, como lo son la estructura de las sociedades anónimas o la nacionalidad de las personas morales en el derecho interno, hasta la delimitación de la plataforma continental o de fronteras marítimas internacionales. “*En rigor, que una sola instancia se pueda ver llamada a conocer de asuntos de seguridad colectiva un día, y al siguiente enfrentarse a una controversia sobre liga de nacionalidad de grupos de inversionistas, no deja de poner en evidencia que una división competencial podría ser útil, sin fragmentar la Corte*”. En este punto, no podemos desconocer que la especialización, concretamente en materia económica, ha afectado no sólo a la CIJ sino a toda la doctrina de la solución pacífica de diferendos, más aún a partir de la crisis generada en el fallo del caso *Barcelona Traction*, en donde incluso se llegó a dudar de la idoneidad de la Corte para resolver desavenencias de naturaleza económica, dando paso —según expresión de Olivier Audéoud— a una gran cantidad de instancias regionales más bien embrionarias en materia comercial y de inversiones.

²²⁹ Fenech, M., *Derecho Procesal*, Barcelona, España, 1952, p. 69. Según este autor, el derecho procesal es la ciencia que tiene por fin concreto enseñar cómo juzgan los hombres y como aspiración máxima “enseñar cómo deben juzgar”.

la propia CIJ, y comprende el estudio de los diferentes procesos y procedimientos susceptibles de ser incoados ante otros tribunales internacionales; como es el caso de las instancias especializadas en: arbitraje (como la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya), derechos humanos, derecho del mar, derecho económico, derecho de las inversiones, derecho intelectual, derecho internacional penal y, por supuesto, en derecho comunitario. Sin embargo, pensamos que el estudio disciplinario ordenado del tema debe iniciar con la CIJ pues, al comenzar el análisis, el investigador se encuentra con una primera dificultad de carácter terminológico, consistente en la utilización indistinta por la doctrina de los términos proceso y procedimiento para designar la sede de sustanciación de los litigios ante el citado Tribunal.

Es un hecho que prácticamente la totalidad de los estudiosos del derecho internacional público optan por la utilización como sinónimos de los referidos términos; es decir no mantienen la diferencia del vocablo proceso frente al procedimiento. Lo que originariamente es pura, y simplemente, una cuestión terminológica, desemboca en un disquisición conceptual que comporta equívocos en el tratamiento procesal del instituto del proceso. Y la cuestión tiende a complicarse aún más cuando vemos que en el derecho internacional privado –básicamente en su parte especial, que la escuela española denomina derecho internacional civil— se incluye el tema de la cooperación internacional al proceso, o derecho procesal internacional –como también le denominan los privatistas— que suele combinarse con otros temas público-privados como el de la cooperación judicial internacional. Por ello, y otras razones, preferimos adoptar un término genérico, abierto y flexible, como lo es ‘derecho internacional jurisdiccional’.

En este sentido, como lo hace patente para su obra el maestro José Acosta Estévez,²³⁰ nuestra investigación se justifica por la necesidad de llenar el vacío que aún existe de estudios doctrinales, principalmente naturaleza didáctica y orientados a la enseñanza, que analicen de manera general el proceso y procedimiento contencioso ante la CIJ para de ahí, como punto de arranque y tarea posterior, dar paso a la revisión de otras experiencias jurisdiccionales que permitan, así, acceder al conocimiento integral y lo más completo posible de la ciencia jurisdiccional internacional. El trabajo también responde a la demanda por explicar de manera sencilla el sentido correcto de los distintos términos procesales, dadas las confusiones e imprecisiones imperantes en este campo, que no se reducen única y exclusivamente a los términos proceso y procedimiento, sino a diferentes instituciones procesales que se mezclan, y cuyas denominaciones terminológicas son consideradas frecuentemente como sinónimos.²³¹ Entremos, pues, en materia.

²³⁰ Acosta Estévez, José B., *El proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia*, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, España, 1995, 345 pp.

²³¹ Por ejemplo, proceso y juicio; juicio y enjuiciamiento; jurisdicción y competencia; allanamiento, desistimiento, transacción y renuncia; incidente y cuestión incidental; interés y derecho subjetivo; acción e instancia, entre otros. Al respecto, el maestro Estévez sostiene que: “La práctica inexistencia de trabajos globales y la confusión terminológica en la materia responde a que (estamos...) en la frontera del Derecho internacional y el derecho procesal. Esta circunstancia ha provocado que tanto la doctrina procesalista como la internacionalista no se hayan preocupado de la misma con la intensidad propia de otras cuestiones. A estas circunstancias debe añadirse el hecho de que, desde una perspectiva general, el Derecho Internacional procesal, en tanto que disciplina científica, constituye una rama jurídica relativamente nueva, producto de la confluencia de dos disciplinas: el Derecho internacional público y el derecho procesal. El problema más acuciante que se plantea en la actualidad al estudioso del proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia es la elaboración de una teoría general del proceso internacional que encabece la teoría general del Derecho Internacional procesal (...) Desde el punto de vista científico, el desarrollo y elaboración de una teoría general del proceso internacional y del Derecho internacional procesal encuentra grandes dificultades, como consecuencia de la dicotomía existente entre los sistemas del Derecho internacional público y del derecho procesal internacional con una terminología y metodología propia del ámbito internacionalista (...) los procesalistas examinan el tema atendiendo a los modelos internos. Ello explica en gran medida la falta de cohesión en los diferentes estudios existentes en la materia. Internacionalistas y procesalistas se encuentran divididos como consecuencia de sus respectivas terminologías, metodologías y sistemáticas”, op. cit., p. 12.

3.1. Dimensión estructural y funcional de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas.

3.1.1. Antecedentes y generalidades introductorias al estudio de la Corte Internacional de Justicia

Antes de entrar de lleno al tema, es válido convenir en algunas generalidades. Así, comenzaremos por mencionar que desde 1943, durante el proceso de revisión a la actividad de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en la Ciudad de Londres, se había ya establecido un Comité de Expertos que recomendaba el establecimiento de un órgano judicial independiente. Este Comité celebró diecinueve reuniones, contando con la participación de juristas de once países y, en su informe del 10 de febrero de 1944, recomendó: 1) que el estatuto de cualquier otro tribunal se basara en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional; 2) que conservara la competencia consultiva; 3) que no fuera obligatoria la aceptación de la jurisdicción; 4) que no fueran de su competencia las cuestiones de naturaleza política. Prosiguiendo con lo dispuesto en Moscú, las potencias se reúnen en Dumbarton Oaks, estudiando las propuestas de una nueva organización internacional, en agosto y septiembre de 1944, donde también se propuso que el estatuto de un nuevo órgano judicial formara parte de la Carta de la futura Organización de Naciones Unidas. Conduciendo esas propuestas al plano de la negociación, en febrero de 1945, en la Conferencia de Yalta, se adopta una fórmula de votación que se lleva a la Conferencia de San Francisco, celebrada del 25 de abril al 26 de junio de 1945, con la participación de 50 países, que dieron por resultado la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, y de su anexo que contiene el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El 24 de octubre de 1945, las Naciones Unidas adquieren existencia como organización internacional, al quedar ratificada la Carta por los Gobiernos de China, los EEUU, Francia, Reino Unido, la Unión Soviética y por la mayoría de los demás países signatarios. En consecuencia, el 5 de febrero de 1946, fueron designados los magistrados de la Corte Internacional de Justicia, reuniéndose por primera vez el día 3 de octubre de ese mismo año e iniciándose el primer asunto el 22 de mayo de 1947 mediante una solicitud presentada por el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que incoaba un procedimiento contra el Gobierno de la República Popular de Albania.²³² El caso concluyó con el fallo de la Corte el 15 de diciembre 1949.

²³² El Caso del Canal de Corfú (Gran Bretaña vs Albania) se originó por incidentes ocurridos el 22 de octubre de 1946 en el Estrecho de Corfú, donde dos destructores británicos chocaron con minas en aguas albanesas y sufrieron daños, incluyendo pérdidas humanas. Entonces, el Reino Unido presentó una solicitud al Consejo de Seguridad de la ONU. El 9 de abril de 1947, el Consejo recomendó que ambos gobiernos sometieran el asunto ante la Corte. Tras haber fallado en contra de Albania, quien argumentaba improcedente la solicitud hecha unilateralmente por el Reino Unido, además que Albania no era Miembro de la Organización (lo fue a partir del 14 de diciembre de 1995). No obstante, Albania, tras enviar una Carta de aceptación de la jurisdicción de la CIJ, aceptaba la competencia de la Corte en ese caso y se procedió a que la Corte resolviera. En el proceso que inicia el 25 de marzo de 1948, fecha en que la Corte se declaró competente, y se le solicita pronunciarse respecto de las siguientes preguntas: 1) ¿Es Albania responsable de las explosiones, y hay obligación de pagar una indemnización?; 2) ¿Ha violado el Reino Unido el derecho internacional con los actos realizados por su Marina en las aguas albanesas, en primer lugar, el día en que se produjeron las explosiones y, en segundo lugar, los días 12 y 13 de noviembre de 1946, cuando procedió a limpiar de minas el Estrecho? En su fallo de nueve de abril de 1949, la Corte declaró por once votos contra cinco, que Albania era responsable. Respecto a la segunda pregunta, declaró, por catorce votos contra dos, que el Reino Unido no había violado la soberanía de Albania el 22 de Octubre, pero declaró por unanimidad, que la había violado los días 12 y 13 de noviembre, y que esta constatación constituía por sí misma, una satisfacción apropiada. La Corte que el 9 de abril había fallado a favor del Reino Unido, se declaraba incompetente para dictaminar en ese momento el monto de la reparación. Así, el 15 de diciembre de 1949, la Corte falló, pese la abstención de Albania de defender su posición, ya que argumentaba que la Corte era competente para dictaminar si se debía o no sufragar una indemnización, pero no el monto. Finalmente, se continuó el procedimiento en rebeldía a favor de la reclamación del Reino Unido y la CIJ condenó a Albania a pagar una indemnización total de 843,947 libras esterlinas, que cubrían la reposición del destructor *Saumarez*, que se perdió totalmente como resultado de las explosiones ocurridas en el Canal, así como los daños del destructor *Volage*, y por último, las muertes y lesiones sufridas por el personal naval.

La CIJ, con sede en La Haya, Países Bajos, viene resolviendo controversias jurídicas entre los Estados partes y emite opiniones consultivas para las Naciones Unidas y sus organismos especializados. Sólo los Estados pueden ser partes en los casos que se le sometan y sólo ellos pueden someterlos, esto significa que las personas físicas y jurídicas y las organizaciones internacionales no pueden recurrir a la máxima instancia. La Asamblea General y el Consejo de Seguridad pueden solicitarle opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica, en tanto que los demás órganos de la ONU y los organismos especializados, con autorización de la Asamblea, pueden solicitarlas dentro del ámbito de sus actividades. Desde su fundación en 1946 hasta mediados de 2005, los Estados le han sometido 126 asuntos y las organizaciones internacionales le han solicitado 25 opiniones consultivas. La mayoría de los asuntos han sido tramitados por la Corte en pleno, aunque desde 1981 se han remitido seis asuntos a salas especiales a petición de las partes. Al tiempo presente, la CIJ ha emitido numerosos fallos en controversias internacionales sobre los derechos económicos, el derecho ambiental, el derecho de paso, la no utilización de la fuerza, la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, las relaciones diplomáticas y consulares, la toma de rehenes, el derecho de asilo y la nacionalidad. Asimismo, el máximo tribunal ha sido un contribuyente importante a la distensión internacional, al lograr el arreglo pacífico de controversias sobre cuestiones como las fronteras terrestres, las fronteras marítimas y la soberanía territorial. Consecuentemente, para poder entender mejor lo que hay detrás de esta labor fundamental a favor de la paz mundial y las relaciones internacionales armónicas, es conveniente conocer tanto la estructura, la normativa, el funcionamiento y la operación procesal y procedimental de la Corte, como su incidencia en la formación y ampliación del derecho internacional jurisdiccional, a lo que dedicaremos centralmente la presente contribución.²³³

Los estudiosos del tema como el citado profesor Acosta Estévez, suelen dividir en tres apartados el ordenamiento de la actividad jurisdiccional de la CIJ. Así, en forma estructural, y en la cúspide de la pirámide, se sitúan las diferentes normas que integran su estructura y funciones; después, las reglas que proveen los presupuestos y efectos de la tutela judicial dispensada por la Corte; finalmente, aparecen las pautas que sustentan la forma y contenido de la actividad tendiente a dispensar la señalada tutela. Este orden queda determinado de la siguiente manera: a) las normas sobre la estructura y funciones de la CIJ son las que disponen la organización concreta de la función jurisdiccional internacional y regulan la esfera de esa función por el indicado órgano judicial; b) las normas referidas a los presupuestos y efectos de la denominada tutela judicial; éstas, son las que indican los presupuestos de la instancia o derecho al proceso, así como los efectos de las sentencias que pronuncia la CIJ sobre las peticiones de tutela formuladas por los Estados; y, c) las normas relativas al contenido y la forma de la actividad dirigida a dispensar la tutela judicial, son las normas procedimentales y las relativas a los requisitos de los actos procesales.

En este sentido, la Carta de las Naciones Unidas es el instrumento que preceptúa las reglas sobre la estructura y funciones de la CIJ, además de que contiene en su anexo –como ya lo señalamos– su Estatuto fundacional. En la Carta, no sólo se limitan al Capítulo XIV, artículos 92 a 96, los preceptos que hacen referencia a la Corte. Desde el preámbulo, se resuelve a los pueblos de las Naciones Unidas, primero, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes del derecho internacional; segundo, a comprometerse a unir fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, tercero, a obligarse a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, a no usar la fuerza armada, sino en servicio del interés común.

De igual forma, la Carta en su Capítulo I, acerca de los propósitos y principios, Artículo 1.1, menciona que los principios de las Naciones Unidas son mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin, tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de

(Documento: *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia: 1948-1991*, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, pp.3-5, 7-9 y 12.

²³³ Para mayor información y datos oficiales al respecto, consúltese: Basic Facts About the United Nations, *United Nations*, New York, 2002, 359 pp., así como el cibernsio: www.icj-cij.org.

conformidad con los principios de justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz. Continuando, el artículo 2, párrafos 3 y 4, señala que los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta y "(...) arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia".

En el Capítulo III, referente a los Órganos de las Naciones Unidas, en su artículo 7.1, se establece que la Asamblea General, un Consejo de Seguridad, un Consejo Económico y Social, un Consejo de Administración Fiduciaria, una Corte Internacional de Justicia y una Secretaría, serán los órganos principales de la organización. El Capítulo IV concerniente a la Asamblea General, Artículo 15.2, cita que ésta recibirá y considerará informes de los demás órganos de las Naciones Unidas. Por su parte, el Capítulo VI, tocante al arreglo pacífico de controversias, en sus artículos 33.1 y 36.3, prescribe que las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. Además, el Consejo de Seguridad, ante el surgimiento de una controversia, con la facultad que le adjudica la Carta, podrá recomendar procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados; en este sentido, al hacer dichas recomendaciones, deberá tomar también en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte.

Con especial atención y aunado a lo preceptuado anteriormente, la Carta dedica un Capítulo único, el XIV, a las atribuciones de la Corte Internacional de Justicia. En los artículos 92 a 96 queda expresamente señalado que ésta será el órgano principal de tipo judicial de las Naciones Unidas, funcionando conforme a su Estatuto, que está basado en el de la CPJI, que antecede a la ONU. Así, la Corte es, en definitiva, el único órgano jurisdiccional universal con competencia de carácter general. El artículo 94 estipula que: 1) Cada Miembro de las Naciones Unidas compromete a cumplir la decisión de la CIJ en todo litigio que sea parte; y 2) Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

Una diferencia radical, respecto a la Corte Permanente de la Sociedad de Naciones, es que todo Miembro de la ONU, es parte ipso-facto del Estatuto de la CIJ al estar éste anexo y ser pieza clave de la Carta. No se restringió el acceso a Estados que no fueran miembros de la Organización pero que desearan adherirse al Estatuto de la Corte, como es el caso de la Confederación Helvética. No obstante, al artículo 95 de la Carta da plena libertad de recurrir a otros tribunales que los Estados en disputa hubiesen pactado, o decidieran concertar en el futuro. Asimismo, como ya lo indicamos al principio, es de especial interés para el derecho internacional la atribución especial que la Carta otorga a la CIJ de emitir, a petición de la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica. En tal virtud, cinco órganos de la ONU y 16 agencias especializadas del sistema de Naciones Unidas, son los cuerpos autorizados a solicitar opiniones consultivas de la Corte sobre cualquier cuestión legal, a menos que determinado organismo del sistema de Naciones Unidas, también pudiera ser autorizado por la Asamblea General para ello. A este respecto, llama la atención que el Secretario General, no obstante se trata del máximo representante personal y legal de la Organización, amén de que recaen en él las funciones básicas que corresponden a un funcionario mundial y a un operador político y diplomático de alto nivel, no está provisto de esta facultad.²³⁴

²³⁴ Los órganos del Sistema de Naciones Unidas, al día de hoy, facultados para solicitar opiniones consultivas son: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, y el Comité Interino de la Asamblea General. Los organismos especializados son la OIT, la FAO, la UNESCO, la OMS, el BIRF, la CFI, la AIF, el FMI, la OACI, la UIT, la OMM, la OMI, la OMPI, el FIDA, la ONUDI y el OIEA.

3.1.2. Contenido básico del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El Estatuto de la CIJ, establece las normas relativas a los presupuestos y efectos de la tutela judicial y dispone lo concerniente a la instancia o derecho al proceso, así como los efectos de las sentencias que pronuncia la Corte Internacional de Justicia sobre las peticiones de tutela formuladas por los Estados.²³⁵ El también denominado 'derecho constitutivo de la Corte', contiene 70 artículos, organizados en cinco capítulos relativos a la organización, la competencia, el procedimiento, la facultad de emitir opiniones consultivas y el procedimiento para proponer reformas al texto.

En su Capítulo I, relativo a la organización de la Corte, se establece un sistema colegiado de magistrados bajo un proceso-doble de elección dirigido por el Consejo de Seguridad y la Asamblea General con la participación de los Estados Miembros de la ONU, y con base en la postulación de candidatos de los diversos grupos nacionales que, tras obtener la mayoría absoluta de votos, formarán el cuerpo de magistrados. Se establecen los períodos en el cargo, así como las funciones que desempeñarán, los alcances y limitaciones en el ejercicio de sus funciones, la forma en que se ejecutarán dichas funciones, su estructura interna, el funcionamiento debido o quórum, así como los gastos y sueldos, todo esto, estipulado en los artículos 1 al 33. Por cuanto es al Capítulo II, concerniente a la Competencia de la Corte, se establece su principal característica, que algunos califican de "principal limitación", y es que, como estipula su artículo 34: sólo los Estados pueden ser partes en casos ante la Corte. Otra restricción, proviene de la situación de que, pese a que se entiende que la CIJ es el órgano judicial principal de la ONU y se deduce que por tanto de todos los miembros de la Organización tienen por ese hecho la prerrogativa de llevar sus casos ante la Corte, empero, se reserva al Consejo de Seguridad la prerrogativa –como lo establece el Estatuto de la Corte en su Artículo 35 (2)— de fijar las condiciones bajo las cuales la Corte estará abierta a los Estados con sujeción a las disposiciones de los tratados vigentes, aun y que se señala que se vigilará que las partes en un litigio no queden en situación de desigualdad ante la Corte.

Por otro lado, hemos ya mencionado que la competencia de la Corte es general y se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de la ONU o en los tratados y convenciones vigentes, según lo estipula el Artículo 36 de su Estatuto. No obstante que los Estados Miembros de la ONU son, por ese mismo hecho, parte en el Estatuto de la CIJ (artículo 93.1 de la Carta); aún así, existe la prerrogativa o posibilidad de sólo acceder a ese procedimiento judicial, cuando en cualquier momento los Estados, por voluntad propia, declaren o reconozcan tal jurisdicción; ya sea en forma obligatoria ipso facto y sin convenio especial, o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, incluso por un cierto tiempo, en cualquier controversia de orden jurídico que verse sobre: la interpretación de un tratado; cualquier cuestión de derecho internacional; la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; y, la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional (artículo 36 (2) del Estatuto).

Por su lado, el artículo 38 conviene que la función de la Corte es decidir conforme a derecho internacional las controversias que le sean sometidas. Este artículo, que ha sido base para el derecho internacional, enumera sus fuentes, a saber: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar

²³⁵ “Los tribunales internacionales de justicia son los órganos más parecidos a los tribunales de justicia internos, aunque varían en dos aspectos significativos: en primer lugar, el fundamento de la jurisdicción de un tribunal internacional es la voluntad de los Estados, no importando en qué momento se ha producido la aceptación de la competencia del tribunal; en segundo lugar, aunque las sentencias de los tribunales internacionales sean finales y obligatorias como la de los tribunales internos, varía el mecanismo de aplicación o ejecución del contenido de las mismas por órganos ejecutivos al servicio del tribunal”. (Acosta Estévez, op. cit., p. 44, cita a Rodríguez Carrión, A., *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, 1990.

para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.²³⁶ Y en numeral 2 de este artículo se establece, de hecho, otra fuente del derecho internacional que es la equidad, en los siguientes términos: “La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”. Sobre toda esta disposición, comprensiva de los instrumentos de derecho internacional que deberá aplicar la CIJ sobre una controversia que le sea incoada, ya hemos dedicado numerosos argumentos en esta y otras obras publicadas. Sólo baste reiterar que su contenido ha despertado numerosas dificultades de interpretación, ya sea porque no señala con claridad si, simplemente se numeran las fuentes, si están dictadas en forma estructural, definitiva o restrictiva, o si bien, únicamente las fuentes allí mencionadas son las oficialmente reconocidas. Por ello, una parte denominada ‘progresista’ del pensamiento iusinternacionalista actual —con la que simpatizamos— propone su revisión al considerarlo un precepto solamente ejemplificativo, con una exagerada e inexplicable influencia en la doctrina de las fuentes del *jus gentium*, amén de tener una visión limitada, que ya no se apega totalmente a la realidad; y por lo mismo, la clasificación que estipula se ha vuelto insuficiente, haciendo que se recurra, cada vez con más frecuencia, a las resoluciones emitidas en otros casos para apoyarse en los procesos.²³⁷

Prosiguiendo con la exposición del Estatuto, los artículos 39 al 64 componen el Capítulo III del Estatuto y señalan las disposiciones procedimentales; lo cual está previsto por el Artículo 30.1 del Capítulo I, que dispone la formulación de un reglamento, el cual determinará la manera en que la Corte ejercerá sus funciones, y establecerá en particular sus reglas de procedimiento. El artículo 43 establece que serán dos las fases que tendrá el procedimiento: una escrita y otra oral, cuestión que trataremos con más detalle cuando abordemos el proceso como función jurisdiccional de la Corte. Asimismo, más adelante indagaremos sobre la importancia de las opiniones consultivas, potestad que confiere el Capítulo IV del Estatuto de la Corte en sus artículos 65 a 68, respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma.

En cuanto a las reformas al Estatuto, éstas seguirán los pasos establecidos para tal efecto por la Carta de las Naciones Unidas, según queda asentado en el Capítulo V y último del Estatuto, en sus artículos 69 y 70. Y como corolario de este apartado, conviene subrayar la importancia de tres de las principales resoluciones que ha pronunciado la Asamblea General de la ONU en relación con la CIJ. La primera, la resolución 171 (II), de 14 de noviembre de 1947, recomendando a los Estados Miembros sometan sus controversias de índole jurídica a la Corte aceptando su jurisdicción con el menor número de reservas posible. La segunda, la resolución 3232 (XXIX), de 12 de noviembre de 1974, relativa al examen de las funciones de la Corte, donde la Asamblea General, invocando la enmienda de 1972 al Reglamento de la Corte, señala a la atención de los Estados la posibilidad de recurrir a las Salas según dispone en los artículos 16 y 29 del Estatuto y en el Reglamento, incluidas las que tratarían de determinadas categorías de negocios. Y la tercera, la resolución 3734 (XXXVII), de 15 de noviembre de 1982, de la Asamblea General, denominada Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, que insta prestar atención a la función de la Corte y a utilizar sus medios, sobre todo después de la revisión del Reglamento hecha en abril de 1978.

²³⁶ El artículo 59 del Estatuto de la CIJ reza a la letra: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que se ha decidido.”

²³⁷ Igualmente, se considera que no profundiza en la *equidad* como otra de las fuentes posibles, al igual que no procura reconocimiento que tiene la jurisprudencia internacional en las distintas decisiones falladas por diversos tribunales internacionales y regionales; de la misma manera, se dice que el Artículo 38 está superado, ya que diversos actos unilaterales de los Estados y la actividad de las diversas organizaciones internacionales, como las resoluciones de la Asamblea General, llegan a crear derechos con base en la costumbre internacional, además de que definitivamente, se ha mostrado una carencia de imaginación jurídica, salvada un tanto, por la disposición señalada el inciso 2 de dicho artículo, y es la facultad que la Corte tiene para decidir *ex aequo et bono*, pero sólo si las partes así lo convinieren.

3.1.3. Visión resumida del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia.

Dando cumplimiento a lo preceptuado en el Artículo 30.1 del Estatuto de la CIJ, se conviene en formular un reglamento mediante el cual se determinará la manera de ejercer las funciones de dicho órgano, estableciendo así sus reglas de procedimiento. El Reglamento Revisado de la Corte, adoptado el 14 de abril de 1978,²³⁸ dispone las normas relativas al contenido y la forma de la actividad dirigida a dispensar la tutela judicial; aquí, se ubican las pautas procedimentales, así como las relativas a los requisitos de los actos procesales. Este instrumento está dispuesto conforme a 109 artículos, divididos en cuatro partes: Parte I, El Tribunal; Parte II, El Secretario; Parte III, Procedimiento en materia contenciosa; y, Parte IV, Procedimiento en materia consultiva.

La Parte I, artículos 1 a 21, está dividida en torno a cuatro secciones A, B, C, y D. Aquí se define, comenzando por la sección "A", los Miembros de la Corte: magistrados o jueces electos, jueces ad hoc y los asesores. Enseguida, en la Sección "B", artículos 10 a 14, se establece la elección, los tiempos, la forma, funciones y los períodos para desempeñar la presidencia y la vicepresidencia de la Corte. La sección "C", relativa a las cámaras, artículos 15 a 18, establece la conformación y la forma en que se ha de llevar la elección, para el caso de las Salas de Proceso Sumario. Finalmente, la sección "D", artículos 19 a 21, dispone la práctica judicial interna de la Corte: el quórum, las deliberaciones y las sesiones. La Parte II, artículos 22 a 29, refiere a la nominación, el sistema de elección (mayoría de votos), la declaración de solemnidad, las prerrogativas, deberes y responsabilidades del Secretario de la Corte.

La Parte III, artículos 30 a 101, señala el procedimiento a seguir en los casos contenciosos que sean incoados ante la Corte. La secciones A, B, C, D, F y G, artículos 30 a 101, ubican los siguientes rubros: Comunicaciones y consultas ante la Corte; la composición del Tribunal para cada caso en especial; el proceso ante la Corte (instauración del proceso, fase escrita y fase oral); procedimientos accesorios;²³⁹ el proceso ante las Salas; las sentencias, interpretación y revisión (sentencias, solicitud de interpretación o revisión de una sentencia); y propuesta de las partes, en un caso en particular, de modificación o adición a las reglas de procedimiento, con excepción de los artículos 93 a 97 de dicho reglamento. Por último, la Parte IV, artículos 102 a 109, dispone las provisiones a aplicarse en el ejercicio de emitir opiniones consultivas.

Por otra parte, dada su marcada importancia, debe hacerse mención a la Resolución adoptada el 12 de abril de 1976, relativa a la práctica judicial interna de la Corte, que parte a su vez de la revisión hecha a la Resolución del 5 julio de 1968, y amplía lo dispuesto en el Artículo 19 del Reglamento del Órgano judicial. Consta de 10 artículos, se centra en la práctica judicial interna durante el proceso, y deja en completa libertad al tribunal para alejarse de dicho instrumento, o cualquier parte de él, en un caso dado, si se considera que las circunstancias justifican ese curso. En este sentido, los jueces están facultados, por ejemplo, para:

- Celebrar deliberaciones donde se intercambien opiniones acerca del caso, ya sea posterior a la etapa escrita y justo antes de iniciar el proceso oral, o entre un argumento oral y otro; así como convenir sobre las preguntas que se han de plantear durante la fase oral.
- Después de la terminación del proceso oral, se consiente a los jueces un período apropiado para que ellos puedan estudiar los argumentos presentados a la Corte.
- En las deliberaciones que ocurran durante el proceso, cualquier juez puede hacer un comentario sobre la pertinencia de cualquier problema o preguntas que se hagan en el caso.

²³⁸ El reglamento adoptado el 14 de abril de 1978 por la Corte, tras una revisión que se inició el 19 de mayo de 1967, reemplazó, a partir de su entrada en vigor, el 1 de julio de 1978, al reglamento adoptado el 6 de mayo de 1946, que ya había sido enmendado en 1972. El reglamento de 1946, constaba de 85 artículos y el de 1972 de 91 artículos, asimismo, la estructura general del texto fue modificada y la numeración, casi totalmente cambiada.

²³⁹ Medidas provisionales, objeciones preliminares a la admisibilidad, o jurisdicción de la Corte en un caso en especial, desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, permisión de intervenir a algún Estado que se considere tener intereses de orden jurídico y que pueda ser afectado por la decisión de determinado litigio, remisión ante la Corte de casos litigados en otros tribunales internacionales, y suspensión del proceso.

- Los jueces que deseen entregar por separado o disintiendo en opinión, lo harán en forma escrita ante la Corte, después de que concluya la primera lectura y dentro de un tiempo límite pactado.

Se establece además, que los jueces que estén deliberando por separado o disientan en opiniones, pueden hacer cambios en/o adiciones a sus opiniones, sólo en la magnitud que se hayan hecho cambios en la decisión preliminar. Durante la segunda lectura, los jueces, informarán a la Corte de cualquier cambio en/o adiciones a sus opiniones, hechas en esa primera lectura. Se fija un tiempo límite por la Corte para presentar los textos revisados de opiniones por separado o disintiendo, copias de las cuales distribuirán al tribunal. Un juez que sea llamado a registrar su voto final, deberá hacerlo en forma personal. Finalmente, se estipula que las provisiones anteriores aplicarán si los procedimientos ante la Corte son contenciosos o consultivos.

3.1.4. La Corte Internacional de Justicia en tanto que sujeto de la actividad jurisdiccional internacional.

A lo largo del presente apartado abordaremos los rubros principales que definen a la CIJ en tanto que sujeto de la función jurisdiccional internacional, a saber: su organización; su funcionamiento: en pleno, salas especiales y salas de procedimiento sumario; su composición: magistrados, jueces ad hoc y asesores; su Presidencia y su Secretaría.

3.1.4.1. Organización de la Corte Internacional de Justicia.

El Profesor Acosta Estévez define a la CIJ como el órgano jurisdiccional permanente de la ONU integrado por magistrados independientes y constituido de forma institucionalizada para solventar, conforme al derecho internacional, las controversias internacionales entre Estados que éstos sometan voluntariamente a su consideración. En este orden conceptual, el Estatuto de la CIJ refiere todo su Primer Capítulo a la organización del Tribunal, cuya principal característica es la de ser un órgano colegiado y de funcionamiento permanente. Se dispone así en el artículo primero, que la CIJ queda establecida por lo preceptuado en la Carta de la ONU como su órgano judicial principal; y en los artículos 2 a 21, se define su estructura, características, prerrogativas, así como los prerequisites y forma en que se elegirán a los Miembros de la Corte, disponiendo así su organización.

En específico, al artículo 2 del instrumento preceptúa que la Corte será un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional. También, que la Corte se compondrá de quince Miembros, de los cuales no podrá haber dos que sean nacionales del mismo Estado. Para tales fines, con un plazo mínimo de tres meses a la fecha determinada para la elección de jueces que la conformarán, o un mes posterior a ocurrida una vacante, pero bajo las condiciones que están previstas en el artículo 14 del Estatuto, el Secretario General de las Naciones Unidas conformará una lista, en orden alfabético, de las personas postuladas con base en una nómina de candidatos propuestos por los grupos nacionales de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA), en observancia al artículo 44 de la Convención para el Arreglo Pacífico de Controversias de 1907, pero con la condición de que ningún grupo podrá proponer más de cuatro candidatos y no más de dos serán de una misma nacionalidad, además de que los candidatos de un grupo no serán mayor que el doble del número de plazas por llenar:

Cada Estado-parte, propondrá cuatro personas cuando más, de reconocida competencia en materia de derecho internacional, que gocen de alta consideración moral y estén dispuestas a aceptar los deberes de árbitro. Estas personas así electas e inscritas como Miembros de la CPA, formarán una lista, la cual será notificada por la Oficina Internacional, a los demás Estados-parte. Cualquier modificación hecha a la lista de árbitros, será comunicada, por parte de la Oficina Internacional, a los demás Estados-parte. Dos o más Estados pueden convenir en elegir en común, a uno o más Miembros. Una misma persona puede ser designada por diferentes Estados. Los Miembros de la Corte

son nombrados así, por un período de seis años. El nombramiento puede ser renovable. Si un Miembro de la Corte perece o dimite, el mismo procedimiento será seguido para ocupar dicha plaza, como fue electa la plaza antes ocupada. En este caso, el nombramiento es hecho por un nuevo período de seis años.²⁴⁰ En este sentido, es de mencionarse el artículo 6, respecto de la recomendación, a cada grupo nacional, antes de proponer a sus candidatos, de que se realicen consultas con su más alto tribunal de justicia a nivel estatal, pero también, con sus Facultades y Escuelas de Derecho, sus academias jurídicas nacionales y las secciones nacionales de academias internacionales dedicadas al estudio del derecho. Con esta pauta, habría que corroborar si esta práctica se da en la cotidianeidad de la vida de los Estados, principalmente en el caso de México, ya que hay fundadas dudas de que así ocurra.

Continuando con la explicación, de no existir un acuerdo especial, la Asamblea General fijará, previa recomendación del Consejo de Seguridad, las condiciones para que un Estado-no miembro de la ONU, pueda participar en la elección de los Miembros de la Corte.²⁴¹ Una vez emitidas las listas de candidatos con las condiciones señaladas, se procederá a la elección, teniendo en cuenta también que en el conjunto estén representados "las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo" (artículo 9). La elección, bajo un doble proceso, llevará a designar a los candidatos que obtengan una mayoría absoluta de votos; votación que se llevará acabo, de forma independiente, tanto en la Asamblea General como en el Consejo de Seguridad, siendo que para el caso del Consejo no habrá distinción entre Miembros permanentes y los que no posean dicha calidad.

En los artículos 11 y 12 se establece un procedimiento accesorio, para la ocupación de las plazas en su totalidad. El artículo 11 indica que si después de la primera sesión celebrada para las elecciones quedan todavía una o más plazas por llenar, se celebrará una segunda sesión y, si fuere necesario, una tercera. Y para tal efecto, el artículo 12 prescribe la constitución de una comisión conjunta de seis miembros.²⁴² Los miembros electos, servirán en el cargo por nueve años, con posibilidad de reelegirse, a menos que la plaza ocupada haya sido para reemplazar a otro que no hubiere terminado su período, el cual sólo desempeñará el cargo por el resto del ciclo de su predecesor. No obstante, por medio de sorteo, efectuado por el Secretario General de las Naciones Unidas, e inmediato a la elección, se designará a diez magistrados cuyos períodos expirarán a tres y seis años respectivamente, corrientes a partir de la primera elección.²⁴³ La Corte dispondrá de un presidente, un vicepresidente, un secretario y demás funcionarios que fuese menester, electos al interior del órgano. Para el caso del presidente y el vicepresidente, serán designados por un período de tres años, con posibilidad de reelección.

²⁴⁰ Documento: *Convention for the Pacific Settlement of International Disputes*, adoptada el 18 de octubre de 1907, Corte Permanente de Arbitraje. Web Site: <http://www.pca-cpa.org>

²⁴¹ Artículos 4, 5 y 6 del Estatuto de la CIJ.

²⁴² El artículo 12 del Estatuto señala a la letra lo siguiente:

1. Si después de la tercera sesión para elecciones quedan todavía una o más plazas por llenar, se podrá constituir en cualquier momento, a petición de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, una comisión conjunta compuesta de seis miembros, tres nombrados por la Asamblea General y tres por el consejo de Seguridad, con el objeto de escoger, por mayoría absoluta de votos, un nombre para cada plaza aún vacante, a fin de someterlo a la aprobación respectiva de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad
2. Si la comisión conjunta acordare unánimemente proponer a una persona que satisfaga las condiciones requeridas, podrá incluirla en su lista, aunque esa persona no figure en la lista de candidatos a que se refiere el Artículo 7.
3. Si la comisión conjunta llegare a la conclusión de que no logrará asegurar la elección, los miembros de la Corte ya electos llenarán las plazas vacantes dentro del término que fije el Consejo de Seguridad, escogiendo candidatos que hayan recibido votos en la Asamblea General o en el Consejo de Seguridad
4. En el caso de empate en la votación, el magistrado de mayor edad decidirá con su voto.

²⁴³ Artículos 13, 14 y 15 del Estatuto de la CIJ.

En los artículos 16 a 21 se preceptúa, incluso bajo declaración solemne en sesión pública, la independencia profesional, política y administrativa, además de la debida imparcialidad y conciencia, que deben preservar los Miembros de la Corte en el ejercicio de sus atribuciones. Al igual, queda vedado ejercer funciones de agente, consejero o abogado en ningún asunto, así como la proscripción de participar en la decisión de cualquier asunto en que hubiesen intervenido como miembros de cualquier otro tribunal nacional, internacional, cualquiera comisión investigadora, o en cualquier otra calidad. Igualmente, los Miembros del Tribunal tendrán privilegios e inmunidades diplomáticas en el ejercicio de las funciones del cargo. Por otra parte, sólo será separado de la Corte el magistrado, que a juicio unánime de los demás miembros, haya dejado de satisfacer las condiciones requeridas; situación que el Secretario de la Corte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, quedando así disponible dicha plaza.

3.1.4.2. Funcionamiento de la CIJ: en pleno, salas especiales y salas de procedimiento sumario.

Como es sabido, y según quedó estipulado en el Estatuto de la Corte en su Artículo 22.1, la sede del Tribunal se encuentra en La Haya (asiento gubernamental del Reino los Países Bajos). Sin embargo, como refiere el mismo artículo, la Corte podrá reunirse y funcionar en cualquier otro lugar, cuando así se considere conveniente. Funcionará de forma permanente, razón por la cual los Miembros tienen la obligación de estar en todo momento a disposición de la misma. No obstante, se disponen ciertos comedimientos, contemplados durante las vacaciones judiciales, por licencia que haya concedido la Corte o por las concesiones normales a que tienen derecho, todas, excepciones cuya duración y fecha fijará la Corte, a lo que se puede sumar la licencia por estar impedidos de asistir por enfermedad o por razones graves, debidamente explicadas al Presidente de la Corte.²⁴⁴ Respecto a su funcionamiento, el máximo Órgano jurisdiccional concurre y funciona bajo tres modalidades: en pleno; en salas especiales; y en salas de procedimiento sumario.

Sesión Plenaria. En artículo 25.1-3, que señala al comienzo: “salvo lo que expresamente disponga en contrario este Estatuto”, dejando un espacio a otras posibilidades, se estipula que la Corte ejercerá sus funciones en sesión plenaria con la asistencia de todos los magistrados, con la dispensa, según las circunstancias y por turno, de que se permita a uno o más de éstos no asistir a las sesiones, a condición de que no se reduzca a menos de once el número de magistrados disponibles para constituir el tribunal y con la salvedad de que bastará un quórum de nueve para constituir la Corte, como dispone el párrafo tercero de dicho artículo, así como el artículo 20 del Reglamento de la Corte, que igualmente se aplica a todas las formas o modalidades en que labore la alta instancia.

Salas especiales. Como queda establecido en los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 26 del Estatuto, cada vez que sea necesario, la CIJ podrá constituir una o más salas compuestas de tres o más magistrados, según lo disponga el propio tribunal, para conocer de determinadas categorías de negocios, como los litigios de trabajo y los relativos al tránsito y las comunicaciones. Estas salas se podrán instalar en cualquier momento, pactándose con las partes, bajo la decisión del Órgano, el número de magistrados que compondrán dicha sala, y si así se dispone, éstas podrán oír y fallar con respecto a ese caso. Para este proceso especial, la Corte deberá determinar la categoría de casos particulares para los cuales cada sala será conformada, el número de los miembros, el periodo de tiempo por el cual funcionará y la fecha en la cual los jueces comenzarán sus responsabilidades. Asimismo, los miembros de dicha sala deberán ser electos de entre los Miembros de la CIJ y de acuerdo con el artículo 18.1 de su Reglamento, teniendo en consideración sus conocimientos especializados, pericia, o experiencia previa de las cuales cualquier Miembro pueda tener en relación con la especificidad del caso para el que la sala especial habrá de tratar. La Corte podrá decidir la disolución de la sala, pero sin perjuicio del deber de fallar de dicha sala por los casos que estén pendientes.²⁴⁵

²⁴⁴ Según lo dispuesto en el Artículo 23 del Estatuto de la CIJ, así como el Artículo 20.2, 20.4, 20.5 y 20.6 del Reglamento de la Corte.

²⁴⁵ Según lo dispuesto en los artículos 16-18 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, adoptado el 14 de abril de 1978. Naciones Unidas: *Rules of Court*.

La petición de constituir una sala para tratar un caso en particular, podrá ser presentada en cualquier oportunidad hasta antes del cierre de la etapa escrita del proceso. Sobre la recepción de la solicitud hecha por alguna de las partes, el Presidente deberá consultar al otro interesado. Cuando las partes hayan acordado, el Presidente deberá consultar a éstos sobre la composición de la sala y por consiguiente, deberá comunicarlo a la Corte; además, deberá proseguir conforme a lo estipulado en el artículo 31.4 del Estatuto respecto de la nacionalidad de los jueces de las salas de tipo especial y sumario. Una vez determinado, con la aprobación de las partes el número de miembros de una sala especial, se procederá a su elección conforme al artículo 18.1 del Reglamento de la Corte. Los jueces que concluyan su período en el cargo como Miembros de la Corte, deberán continuar con el proceso en dicha sala hasta concluir. La votación para conformar las salas deberá ser secreta y bajo la fórmula de mayoría absoluta. Si en la conformación de una sala, se incluyese al presidente o vicepresidente de la Corte, o a ambos, éstos presidirán incluso disuelta o por sobre dicha sala. En cualquier otro caso, la sala deberá elegir su propio presidente por votación secreta y por mayoría de votos de sus miembros. El proceso de las salas, tanto las de tipo especial como las de procedimiento sumario, se gobernarán por lo previsto en los capítulos primero a tercero del Reglamento, aplicable en casos contenciosos ante la Corte.

Cuando sea demandado que un caso sea llevado ante una sala especial o de procedimiento sumario, la petición deberá hacerse acompañando el documento que instituye el proceso, el que se llevará a cabo si las partes están de acuerdo en dicha solicitud; la cual se comunicará a ambas partes por conducto del Presidente de la Corte, quien conformará la sala tan pronto como sea posible conforme a los requerimientos del procedimiento. La fase escrita en el proceso ante una sala especial, deberá consistir en una única declaración por cada parte, a menos que las partes convengan en contrario. Se podrá prescindir de la fase oral si las partes acuerdan en este sentido y si así consienten los miembros de la sala. Aun así, de no pactarse un proceso verbal, la sala puede llamar a las partes a proveer información o facilitar explicaciones oralmente. Finalmente, las sentencias emitidas por la sala deberán ser pronunciadas en una sesión pública de dicha sala.²⁴⁶

Salas de procedimiento sumario. Previsto en el artículo 29 del Estatuto, con el fin de facilitar el pronto despacho de los asuntos, la Corte constituirá anualmente una sala de cinco magistrados que, a petición de las partes, podrá oír y fallar sumariamente, nombrándose además dos magistrados suplentes.²⁴⁷ Así, las salas de tipo sumario deberán ser conformadas por un presidente y un vicepresidente actuando ex officio, y otros tres miembros, electos conforme a las normas prescritas en el artículo 18 reglamentario, que en realidad es el que aplica a todas las salas sin importar su especie. La elección de los miembros de dicha sala deberá ser celebrada, tan pronto como sea posible, posterior al seis de febrero de cada año. Inmediato a la elección, los miembros entrarán en funciones y continuarán desempeñando sus funciones hasta que la siguiente elección se lleve a cabo. No obstante, éstos podrán ser reelectos. Si un miembro de la sala está impedido, por cualquier razón, para escuchar de determinado caso, éste deberá ser reemplazado para tal propósito por el juez de más antigüedad, en precedencia, de entre los dos jueces sustitutos. El mismo procedimiento ocurrirá si un miembro de la sala dimite, o de otra manera cesa en el cargo, siendo que el suplente se convertirá en un miembro titular de la sala y será reemplazado, de ocurrir así, por elección, de otro sustituto. Para ocupar las vacantes que excedan el número disponible de sustitutos, se procederá a su elección tan pronto como sea posible, de acuerdo a las vacantes existentes después de haber asumido plenamente el puesto los suplentes originales.²⁴⁸

²⁴⁶ Artículos 90 a 93; Capítulo III: Procedimiento en casos contenciosos, sección E: Procedimiento ante las salas, Reglamento de la CIJ, adoptado el 14 de abril de 1978.

²⁴⁷ A manera de comentario, el Prof. Acosta Estévez, menciona que ya en 1924, una sala de este tipo fue instituida por la Corte Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones, en el asunto '*Interpretation de 4 de l'annexe suivant l'article 179 du Traité de Neuilly*', (cit. CPJI, Série A, núms. 3 y 4 en Acosta Estévez, op. cit., p. 50).

²⁴⁸ Artículo 15 (párrafos 1 a 4) del Reglamento de la CIJ, adoptado el 14 de abril de 1978.

3.1.4.3. Composición de la Corte: magistrados, jueces ad hoc y asesores.

Los Magistrados.

De inicio, es importante hacer una precisión terminológica, pues para referirse a los miembros de la Corte, se llega a emplear de manera indistinta el término magistrado y juez, lo que ciertamente no es exacto, ya que los miembros de la Corte son magistrados y no jueces. Esto es, mientras el término magistrado alude a los titulares conjuntamente de un órgano colegiado, el término juez se utiliza para designar al titular de un órgano unipersonal. Como se ha podido contemplar, la CIJ es un órgano jurisdiccional colegiado y, por tanto, los miembros que lo componen son magistrados. Pero, además, desde un punto de vista técnico-procesal, también son magistrados y no jueces, ya que mientras los primeros no tienen potestad jurisdiccional de manera aislada, en tanto que pertenecen a un órgano colegiado, los segundos si tienen tal potestad, pues se trata de órganos unipersonales.²⁴⁹

El Tribunal se compondrá de quince magistrados, conforme dispone el artículo 3.1. Como requisitos para el cargo, el Estatuto acota que: no será tomada en cuenta la nacionalidad, con la salvedad de que, dentro de la composición de la Corte no podrá haber dos magistrados que sean nacionales del mismo Estado; dichas personas gozarán de alta consideración moral; reunirán las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países; serán siempre jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional; finalmente, los magistrados serán considerados nacionales del Estado donde ejerzan ordinariamente sus derechos civiles y políticos.²⁵⁰ Como se ha mencionado en el apartado anterior, la elección de los Miembros de la Corte se realizará, conforme a lo dispuesto en los artículos 2 a 15 del Estatuto, de forma independiente en la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, para designar a aquellos que obtengan una mayoría absoluta de votos en ambos órganos, quienes desempeñarán el cargo por nueve años pudiendo ser reelectos, con la salvedad de duración en el cargo que dispone el artículo 13 del Estatuto.

Prerrequisito indispensable y de vital importancia, es la característica de absoluta independencia que deben ostentar los magistrados de la CIJ. El Estatuto reconoce, desde el artículo segundo, dicha calidad: la Corte será un cuerpo de magistrados independientes. En los artículos 3, 16, 17, 19 y 28, se concibe que el estatus del magistrado se debe fundar en torno a la figura de independencia; por tanto, los magistrados nunca son agentes gubernamentales sometidos a las instrucciones de sus respectivos gobiernos. En esta tesitura, el Estatuto, en primer lugar, dispone de un régimen de incompatibilidades, o quizás más exactamente de prohibiciones y, de esta forma, ningún miembro del Tribunal podrá: a) ejercer función política o administrativa alguna, ni dedicarse a ninguna otra ocupación de carácter profesional; b) ejercer funciones de agente, consejero o abogado en ningún asunto; y, c) participar en la decisión de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados de cualquiera de las partes, o como miembros de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad. Segundo, los magistrados no pueden ser separados del cargo, salvo lo que se dispone en el párrafo primero del artículo 18 del Estatuto, pues la inmovilidad es una garantía de la independencia. Tercero, los magistrados gozarán de privilegios e inmunidades diplomáticos. Cuarto, en el ejercicio de sus funciones, los magistrados están en condiciones de igualdad, independientemente de su edad, de la fecha de su elección o de su antigüedad en la función. Y en quinto lugar, los magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley internacional.

Los Jueces ad hoc.

A diferencia de los miembros de la Corte, quienes son jueces permanentes, aludidos correctamente como magistrados, los jueces ad hoc son "ocasionales", de competencia casuística, especialmente designados para un litigio determinado y cuya misión llegará a su término al mismo tiempo que el

²⁴⁹ Acosta Estévez, op. cit., p. 54.

²⁵⁰ Artículos 2 a 3 del Estatuto de la CIJ.

proceso que motivó su designación. Para los casos en que se constituya una sala especial o una de tipo sumario, y en la situación de que se hubiere incluido a un juez de la nacionalidad de una de las partes, la contraparte en el caso, podrá designar a una persona de su elección para que tome asiento en calidad de magistrado. También, si la Corte no incluyere entre los jueces del conocimiento, ninguno de la nacionalidad de las partes, cada una de éstas podrá designar uno. Para tales situaciones, se sugiere escoger, preferiblemente, de entre las personas que hayan sido propuestas como candidatos bajo el proceso estipulado en el Estatuto.

Para el caso de los jueces ad hoc, el Presidente pedirá a uno de los miembros de la Corte que constituyen la sala, o a dos de ellos si fuere necesario, que cedan sus puestos a los miembros de la Corte que sean de la nacionalidad de las partes interesadas, y si no los hubiere, o si estuvieren impedidos, a los jueces especialmente designados por las partes. Los jueces ad hoc deberán cumplir las condiciones requeridas en los artículos 2, 17.2, 20 y 24 del Estatuto de la CIJ; éstos, participarán en las decisiones de la sala en término de absoluta igualdad con sus colegas. El Artículo 1.3 del Reglamento de la Corte declara: en este Reglamento, el término "Miembro de la Corte" denota cualquier juez electo; el término "juez" (judge) denota cualquier "Miembro de la Corte", y cualquier juez ad hoc.²⁵¹ Remarcando lo anterior, el artículo 7 del Reglamento, instituye que los jueces ad hoc, designados conforme al artículo 31 del Estatuto para propósitos de casos particulares, deberán ser admitidos a tomar parte en el tribunal en circunstancias y de acuerdo el procedimiento indicado en los artículos 17.2, 35 a 37, 91.2 y 102.3 de dicho Reglamento. El instrumento indica que estos jueces deberán participar, en la sala en que tomen parte, en completa igualdad con los demás miembros. No obstante, se condiciona lo anterior, ya que un juez ad hoc tendrá prioridad sólo después de los magistrados y en orden de edad. Además, éstos percibirán un sueldo sólo por cada día que desempeñen las funciones del cargo, aunado a que declararán solemnemente para cada uno de los casos en que participen, incluso si ya lo hubieran hecho para un asunto anterior, realizándose esto en sesión pública en la sala en que estén participando, dejando claro que ejercerán sus atribuciones con toda imparcialidad y conciencia.

Dada su característica de "ocasionales", los jueces ad hoc no serán tomados en cuenta para el cómputo del quórum. No obstante, éstos están igualmente comprometidos a mantenerse a disposición de la Corte para atender todas las sesiones celebradas en relación al caso en el cual estén participando. Para la situación en que una de las partes de una controversia decida ejercer el poder conferido en el Artículo 31 del Estatuto para escoger un juez ad hoc, deberá notificar a la Corte de su intención tan pronto como sea posible. Si el nombre y la nacionalidad del juez designado no son indicados al mismo tiempo, la parte interesada deberá, no después de dos meses antes del tiempo-límite fijado para su registro, informar a la Corte de dichos generales, así como proveer un escrito con detalles biográficos. El juez ad hoc puede ser de una nacionalidad distinta a la de la parte que lo haya escogido.

Un juez ad hoc que ha aceptado el llamamiento pero se declarara incompetente, podrá ser reemplazado. Igualmente, y siempre y cuando las razones para la participación de un juez de este tipo dejen de existir, él deberá cesar su intervención en el tribunal. En caso de duda, la Corte decidirá. Ambas partes en litigio, podrán juzgar a favor o en contra de tener un juez nacional de sus respectivos Estados, si un Miembro de la Corte, teniendo una de esas nacionalidades, fuese designado en cualquier fase del proceso. Por otra parte, en apego a los artículos 35 al 37 del Reglamento de la CIJ, si dicho Magistrado, que posee la nacionalidad de una de las partes, se encuentra de nuevo competente para oír del caso, siempre y cuando esto ocurra no después de cerrada la fase escrita del proceso, dicho Miembro reanudará su participación en el caso. De especial resulta que, cuando sea solicitada una opinión consultiva sobre una cuestión legal pendiente entre dos o más Estados, se podrán también designar jueces ad hoc conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Estatuto, así como las provisiones del Reglamento de la Corte relativas a la aplicación de dicho artículo.

²⁵¹ Capítulo I: El Tribunal, Sección A: Jueces y asesores, sub-sección 1: Miembros de la Corte, artículo 1.3.

Los Asesores.

El artículo 30 del Estatuto, después de estipular que la Corte formulará un reglamento para determinar la forma en que ejercerá sus funciones, establece que, con base en ese reglamento, se podrá disponer que haya asesores con asiento en la Corte o en cualquiera de sus salas, pero sin derecho a voto. Así, el artículo 9 del Reglamento, señala que la Corte podrá, propio motu o por solicitud hecha no después del cierre de la fase escrita del proceso, decidir para propósitos de un caso contencioso, solicitud de una opinión consultiva o la instauración de salas, nombrar asesores que tomen parte en el caso, sin derecho a voto.

Cuando la Corte decida en ese sentido, el Presidente deberá tomar las providencias a fin de obtener toda la información necesaria para la elección de los asesores. Éstos, serán electos por votación secreta y por mayoría de votos de los jueces que toman parte en el caso. Los asesores también harán una declaración solemne: "Declaro solemnemente que desempeñaré mis deberes como asesor de forma honorable, imparcial y con conciencia, al igual que observaré fielmente todas las provisiones dispuestas por el Estatuto y el Reglamento de la Corte".²⁵² La importancia de estos consultores se ha venido incrementando en los últimos años.

3.1.4.4. La Presidencia.

El Artículo 21 del Estatuto dispone que la Corte elegirá por tres años a su Presidente y a su Vicepresidente, los cuales tendrán la opción de reelegirse. El período del presidente, y del vicepresidente también, deberá comenzar en la misma fecha que inicia el periodo de los demás miembros de la Corte, electos para un período trienal, y que iniciará a partir del día seis de febrero, como lo dispone el artículo 2 del Reglamento. Por lo mismo, las elecciones deben ser celebradas lo más pronto posible a dicha fecha. El anterior presidente, si es todavía Miembro de la Corte, deberá continuar ejerciendo sus funciones hasta que la elección para presidente haya tenido lugar.²⁵³ Del mismo modo, el anterior presidente, si en la fecha para la elección a la Presidencia es aún Miembro de la Corte, deberá conducir tal elección. Si ha cesado como Miembro o está incapacitado para tal acto, la elección deberá ser dirigida por un Miembro de la Corte ejerciendo las funciones de la presidencia en virtud del artículo 13.1 del Reglamento, el cual señala que en caso de quedar vacante la presidencia o por la inhabilitación del Presidente para ejercer dichas funciones, estas deberán ser realizadas por el vicepresidente, o de estar imposibilitado éste, por el magistrado de mayor antigüedad.

La elección será llevada a cabo por votación secreta, después de que el Miembro de la Corte que esté presidiendo haya resuelto con el suficiente número de votos para apoyar dicha elección. No deberá haber nominaciones. El Miembro de la Corte que obtenga de los Miembros presentes la mayoría de votos, deberá ser declarado electo, y entrará en funciones en el acto. El nuevo Presidente deberá conducir la elección del Vicepresidente, incluso en la misma sesión o en la siguiente, con el mismo procedimiento por el cual fue electo el nuevo Presidente.²⁵⁴ El Presidente dirigirá todas las sesiones de la Corte, tutelaré el trabajo y supervisará la administración de la Corte.²⁵⁵ Cuando el Presidente, por virtud del Estatuto o del Reglamento de la Corte, sea restringido para presidir o escuchar de determinado caso, éste deberá continuar ejerciendo las funciones de la presidencia para todos los demás propósitos. Además, deberá tomar las medidas necesarias para asegurar el continuo ejercicio de sus funciones en la Corte. En el caso de su ausencia, él podrá, tanto como sea compatible con el Estatuto y el Reglamento, pactar para que esas funciones sean desempeñadas por el vicepresidente, y en ausencia de éste, por el juez de más antigüedad. Si el presidente decide dimitir, deberá comunicar su decisión por escrito a la Corte a través del vicepresidente, o en ausencia de éste, al juez de mayor antigüedad. Por su parte, en caso de dimisión del vicepresidente, éste lo comunicará al Presidente.

²⁵² Artículo 9 del Reglamento de la Corte.

²⁵³ Artículo 10 del Reglamento de la CIJ.

²⁵⁴ Artículo 11 del Reglamento de la CIJ

²⁵⁵ Artículo 12 del Reglamento de la CIJ.

No obstante, si la presidencia o vicepresidencia de la Corte quedasen vacantes previo al período trienal que se señala en el artículo 21.1 del Estatuto o a la fecha que dispone Artículo 10.1 del Reglamento, el Tribunal decidirá si dicha vacante será ocupada por el tiempo remanente. Por su parte, el artículo 22 señala que el Presidente y el Secretario de la Corte residirán en la sede de dicho organismo. Complementariamente, el artículo 32.2.3 del Estatuto, dispone que el presidente percibirá un estipendio anual especial, mientras que el vicepresidente percibirá dicho pago por cada día que desempeñe las funciones de Presidente.

3.1.4.5. La Secretaría.

De nuevo, referimos al artículo 21.2 del Estatuto de la CIJ, que establece que la Corte nombrará a su Secretario y podrá disponer el nombramiento de los demás funcionarios que fueren menester. El Secretario, será electo por votación secreta de entre los candidatos propuestos por los Miembros de la Corte y será designado para un término de siete años, con opción a ser reelecto. Las nominaciones a secretario deberán acompañarse de información trascendente concerniente al candidato, en particular sobre su edad, nacionalidad, ocupación actual, títulos profesionales, conocimiento en idiomas y cualquier experiencia en Derecho, diplomacia o sobre la labor de organizaciones internacionales. El candidato a secretario que obtenga la mayoría de votos de los miembros de la Corte presentes al momento de la elección, será declarado electo.²⁵⁶ La Corte podrá igualmente elegir a un Secretario Adjunto bajo las mismas provisiones que se disponen para el caso del Secretario.²⁵⁷

Ambos, el Secretario y el Secretario Adjunto, deberán declarar solemnemente: “Declaro solemnemente que desempeñaré los deberes que me atañen como Secretario de la Corte Internacional de Justicia con absoluta lealtad, discreción y buen juicio, y que observaré fielmente todas las provisiones del Estatuto y el Reglamento de la Corte”.²⁵⁸ Los demás funcionarios de la Secretaría, deberán ser nombrados por la Corte conforme a las propuestas sometidas por el Secretario. Los nombramientos serán tantos como la Corte determine, sin embargo dicha decisión podrá ser a cargo del Secretario, pero con la anuencia del Presidente. El personal de la Secretaría deberá, al igual que los funcionarios, hacer una declaración solemne, conforme al artículo 25 del Reglamento.

El artículo 26 del Reglamento, conforme a 14 apartados, incisos “a” a “n”, determina los deberes del Secretario en el cumplimiento de sus funciones, de entre los cuales destacan los siguientes: a) ser el medio regular de comunicación para y desde la Corte, en particular, deberá llevar a cabo todas las comunicaciones, notificaciones y transmisión de documentos requisitados por el Estatuto y el Reglamento; b) mantener, bajo la supervisión del Presidente, y en tal forma que pueda ser asentado por la Corte, una Lista General de todos los casos, registrados y numerados en el orden en el cual los documentos, instituyendo procesos o solicitando opiniones consultivas, son recibidos en la Secretaría; c) asumir la custodia de las declaraciones aceptando la jurisdicción de la Corte, hechas por los Estados no parte del Estatuto de acuerdo con cualquier resolución adoptada por el Consejo de Seguridad conforme al artículo 35 (2) del Estatuto, y transmitir copia certificada a todos los Estados parte del Estatuto, a otros Estados que hayan depositado declaraciones, así como las comunicaciones que realice el Secretario General de las Naciones Unidas; y, d) comunicar a las partes copia de todas las peticiones y documentos anexos remitidos a la Secretaría.²⁵⁹

²⁵⁶ Artículo 22 del Reglamento de la CIJ.

²⁵⁷ Artículo 23 del reglamento de la CIJ.

²⁵⁸ Artículo 24 del Reglamento de la CIJ.

²⁵⁹ Otras funciones son: Comunicar al gobierno del país en el cual la Corte o una sala estén sesionando, además de cualquier otro gobierno que estuviese implicado, la información necesaria sobre las personas designadas titulares temporalmente, conforme al Estatuto y sus instrumentos, respecto de privilegios, inmunidades o facilidades; estar presente, propiamente o a través del secretario adjunto, en las sesiones de la Corte y de las salas, y ser responsable de las actas de dichas sesiones; hacer lo conducente para verificar y proveer traducciones e interpretaciones en los lenguajes oficiales de la Corte; rubricar todas las sentencias, opiniones consultivas y

El Secretario Adjunto asistirá al Secretario y actuará en lugar de éste en su ausencia; en el caso de quedar vacante el puesto, dicho subordinado desempeñará las funciones de Secretario hasta que el cargo haya sido ocupado. Si ambos estuviesen imposibilitados para desempeñar los respectivos cometidos, el Presidente de la Corte nombrará algún funcionario de la Secretaría para desempeñar dichas actividades en tanto sea necesario, incluso podrá ser nombrado Secretario hasta haber realizado una nueva elección.²⁶⁰ El personal de la Secretaría, como lo dispone el artículo 28.4 del Reglamento de la Corte, estará sujeto a un Reglamento de Personal redactado por el Secretario, de conformidad con el Reglamento de Personal de las Naciones Unidas y el Estatuto de Personal, aprobado por la Corte.²⁶¹

3.1.5. La función jurisdiccional internacional de la Corte Internacional de Justicia.

El reconocido profesor Acosta Estévez, define el proceso seguido ante la CIJ como la serie o sucesión de actos a través de los cuales se realiza la actividad tendiente a decidir lo que es justo en cada caso concreto cuando surgen controversias interestatales. Por principio, como él lo subraya, se parte de la idea del proceso como un término que va más allá de la mera concepción jurídica, pudiéndose aplicar a cualquier materia y en distintos ámbitos. Así, se concibe al proceso, desde un inicio y fuera de toda visión judicial, como una serie sucesiva de actos que buscan un fin objetivo, existiendo en la realidad numerosos y diferentes procesos, pero con el denominador común a todos que es la noción de tiempo: de tener un principio y un fin predeterminados. Todo proceso posee una dimensión temporal, lo que, desde la visión procesal, podría incluir también una dimensión espacio-temporal: delimitación de sujetos, materia del proceso y tiempos definidos para su inicio y conclusión o fallo definitivo.

De esta manera, una vez trasladada la concepción de 'proceso' al ámbito jurídico-procesal, se puede entender a éste, como la serie o sucesión de actos en que existencialmente se realiza la actividad jurisdiccional.²⁶² Además, el proceso judicial se presenta como el instrumento de la actividad jurisdiccional de los órganos judiciales, comprendiendo dentro de esa llamada 'actividad jurisdiccional'

decisiones de la Corte; responsabilizarse por la impresión y edición de las sentencias de la Corte, opiniones consultivas y decisiones, las solicitudes o rogatorias de los Estados, así como las actas de las audiencias públicas de los procesos, y cualquier otro documento que la Corte dirija al Secretario para ser publicado; responsabilizarse por el trabajo administrativo y, en particular, por los balances y la administración financiera de acuerdo con los procedimientos financieros de las Naciones Unidas; responsabilizarse ocuparse de investigaciones o pesquisas que tuviesen que ver con la Corte y su trabajo; favorecer y mantener las relaciones entre la Corte y los demás organismos de las Naciones Unidas, agencias especializadas, organismos internacionales y conferencias, comprometidos en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional; asegurar que la información concerniente a la Corte y sus actividades, sea accesible a los gobiernos, las cortes superiores de justicia nacionales, academias nacionales, facultades y escuelas de derecho, así como a la opinión pública internacional; asumir la custodia de los sellos y timbres de la Corte, de sus archivos y de cualquier otra documentación confiada a la Corte [El Secretario también, resguardará el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, confiado a la actual Corte por decisión de la Corte Permanente en octubre de 1945, así como el Estatuto del Tribunal de Nüremberg.

²⁶⁰ Artículo 27 del Reglamento de la CIJ.

²⁶¹ Conforme al artículo 29 del Reglamento de la CIJ, el Secretario podrá ser destituido de su cargo solamente si, en opinión de dos terceras partes de los Miembros de la Corte, éste ha quedado permanentemente incapacitado para ejercer sus funciones, o si ha cometido serias infracciones a sus deberes. Previo a tomar cualquier decisión, el Secretario deberá ser informado, por el Presidente de la Corte, de cualquier consideración que se esté estimando. Lo anterior, se hará en una declaración escrita, en la cual se incluirán las indagaciones, así como evidencias relevantes. Subsecuentemente, el Secretario, en una sesión privada ante la Corte, tendrá una oportunidad para declarar o suministrar cualquier información y explicaciones que él quisiera proporcionar, así como surtir respuestas, orales o escritas, a cualquier cuestionamiento que se le hiciera. Por su parte, el Secretario Adjunto podrá ser removido de su cargo únicamente por las mismas causas e idéntico procedimiento

²⁶² Acosta Estévez, op. cit., p. 79, cita a su vez a Carreras Llansana, J., El derecho procesal como arte, en "Estudios de derecho procesal", Barcelona, España, 1962.

la actuación de la ley o tutela del ordenamiento tendientes a decidir lo que es justo en cada caso concreto cuando surgen conflictos de conductas, y por tanto entendiendo dicha jurisdicción, como aquella función consistente en la tutela y realización del Derecho objetivo a través de la vía llamada proceso.²⁶³

Asimismo, para el objetivo de esta investigación, se puede entender la función jurisdiccional de la CIJ en tanto que a ésta se le encomienda el conocimiento de las controversias como órgano judicial dentro de un ordenamiento jurídico. Luego entonces, la jurisdicción atribuida a la Corte, proviene en cuanto que integra al sistema judicial de las Naciones Unidas, dispuesto en el Capítulo XIV de la Carta de la ONU. Ahora bien, la función del proceso es la satisfacción jurídica, ya que lo que buscan las partes es la composición del litigio mediante la aplicación del derecho, lo que se obtiene, tanto procesalmente, mediante la sentencia que ponga fin a la controversia, como extra-procesalmente, a través de medios anormales de terminación: desistimiento, allanamiento, renuncia, etcétera.²⁶⁴

Completando lo antes aludido, en el proceso seguido ante la CIJ, puede observarse una doble función: a) jurídica, determinada por el hecho de que la Corte es un órgano judicial internacional que tiene por misión principal solucionar, aplicando el derecho internacional, las diferencias entre los Estados; y, b) social, como consecuencia de que la Corte es un órgano principal de las Naciones Unidas.²⁶⁵ Como ya lo dijimos, si bien el proceso se desarrolla como la serie o sucesión de actos en que existencialmente se realiza la actividad jurisdiccional, su desarrollo en el tiempo no es libre, esto es, debe respetar los cauces previamente fijados, o sea, el procedimiento. Por tanto, junto al proceso, delimitando sus márgenes o reglamentándolo, se encuentra el procedimiento. Ciertamente, los actos realizados en el seno del proceso no son libres ni espontáneos, pues los mismos se encuentran reglados y disciplinados por los cauces jurídicos predeterminados. Estos cauces jurídicos se encuentran reglados y disciplinados por una serie de normas jurídicas que son “las reglas del juego” que deben observarse en la esfera del proceso en tanto que preordenan las posibilidades que pueden darse en el mismo.²⁶⁶

El procedimiento es la regla que señala cómo deben desarrollarse los actos procesales y constituye el medio de garantía de los justiciables porque saben que, para actuar, el órgano jurisdiccional debe acomodarse a las reglas preestablecidas. La concurrencia del procedimiento junto al proceso, permite vincular ambas figuras y definir a dicho proceso como la serie o sucesión de actos, con arreglo a normas técnico-jurídicas procedimentales, en que existencialmente se realiza la actividad jurisdiccional de la CIJ. El Procedimiento, finalmente, puede ser susceptible de ser definido como el conjunto de reglas o normas jurídicas relativas al proceso ante la Corte. De esta manera, diferenciados y

²⁶³ Acosta Estévez, op. cit., p. 81.

²⁶⁴ Acosta Estévez, op. cit., p. 82.

²⁶⁵ Como lo enfatiza el maestro Acosta Estévez, la función jurídica consiste en la satisfacción en ‘derecho’ de las pretensiones de los Estados en litigio. El arreglo judicial es un medio de solución pacífica de controversias y, en consecuencia, lo que buscan los Estados en el proceso es la solución de la diferencia, que podrá venir dada tanto por la sentencia que recaiga sobre el fondo del asunto, como por el desistimiento o la renuncia. En ambos casos, el proceso ha servido para poner punto final a la diferencia y, de esta forma, se configura su función de satisfacción jurídica en tanto que la misma se corresponde con el ordenamiento jurídico internacional. La función social, podrá ser denominada como la función pacificadora del proceso. Desde esta perspectiva, la función última del proceso sería el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Esta función sería de naturaleza refleja, ya que si mediante la satisfacción jurídica se elimina la controversia o diferencia internacional entre las partes encontradas, también desaparece una situación potencialmente productora de conflicto.

²⁶⁶ Acosta Estévez, op. cit., p. 84. De modo muy sencillo y didáctico, el autor compara al proceso utilizando una “metáfora ferroviario-descriptiva”, donde el proceso vendría a ser el “tren”, mientras que el procedimiento la “vía férrea” por la que aquél transita. Por tanto, la actividad llevada a cabo en el seno del proceso debe desarrollarse de conformidad con las normas procedimentales; el procedimiento se presenta como la medida del proceso.

determinados el procedimiento y el proceso, éstos no deben confundirse con el juicio. Éste, es completamente un estadio temporal. El juicio no es una sucesión de actos, ni tampoco una norma, en realidad, es la acción o el efecto de juzgar o la facultad de distinguir. El enjuiciamiento es una operación compleja, integrada por tres juicios que tienen por objeto sucesivo la existencia de un hecho concreto (histórico), la existencia, intención y límites de una norma jurídica (lógico) y la conformidad o disconformidad entre el hecho concreto y el supuesto de hecho de la norma (de valor).²⁶⁷ Conforme a esta visión, se desprende que el valor objetivo del proceso es la sentencia, juicio o fallo.

3.1.5.1. Apreciación general de la forma del proceso ante la CIJ.

Se puede aproximar la forma del proceso como las reglas de expresión de una actividad y de la estructura externa que adopta el proceso en tanto que instrumento de la actividad jurisdiccional, quedando entonces definido, como “el modo externo de explicitación de los principios en el seno del propio proceso”.²⁶⁸ El procedimiento es la regla que señala cómo deben desarrollarse los actos procesales. Luego entonces, en este mencionaremos grosso modo las garantías que se establecen para salvaguardar el debido proceso ante la Corte. En el Estatuto de la Corte, en su Capítulo III, artículos 39 a 64, se señalan las garantías procedimentales:

Idioma o lengua del proceso.

Por principio, se decide que los idiomas oficiales serán el inglés y francés. En función del idioma que se siga durante el proceso, en ese mismo, será dictada la sentencia. No obstante, a solicitud de las partes, la Corte autorizará a usar cualquier idioma que no sean los señalados.

Solicitud del proceso.

Indicando el objeto de la controversia y las partes, los distintos casos serán incoados ante la Corte mediante notificación del compromiso o a través de solicitud dirigida al Secretario, quien comunicará inmediatamente dicha solicitud a los demás interesados, así como a los Miembros de las Naciones Unidas por conducto del Secretario General, además de los otros Estados con derecho a comparecer ante la Corte.

Medidas provisionales.

Conforme al artículo 41 del Estatuto, durante el proceso y entre tanto se pronuncia el fallo, previa notificación a las partes y al Consejo de Seguridad, la Corte tendrá la facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, medidas provisionales que deberán tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes.

Agentes, abogados y asesores.

El artículo 42 del Estatuto establece que las partes estarán representadas por agentes; asimismo, podrán tener ante la Corte consejeros legales o abogados, los cuales gozarán de privilegios e inmunidades necesarios para el libre desempeño de sus funciones. Como ya vimos, la CIJ también podrá nombrar asesores.

²⁶⁷ Acosta Estévez, op. cit., p. 86. El autor completa la idea señalando que, finalmente, el proceso ante la CIJ, está predeterminado, o “procedimentado” si cabe el término, con base en diversos instrumentos jurídicos: la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto de la CIJ, el Reglamento de la CIJ de fecha 14 de abril de 1978; y la Resolución relativa a la práctica judicial interna de la Corte de fecha 12 de abril de 1976.

²⁶⁸ Acosta Estévez, op. cit., p. 88.

Fases del proceso.

El proceso tendrá dos fases. La fase escrita, que comprenderá la comunicación (por conducto del Secretario General), en el orden y dentro de los términos fijados, dirigida a la Corte y a las partes, de las memorias, contra memorias y, si fuere necesario, en dicha fase se incluirán las réplicas, así como toda pieza o documento en apoyo de las mismas. Como caución de transparencia en el proceso, todo documento presentado por una de las partes será comunicado a la otra mediante copia certificada. La otra fase, de tipo oral, consistirá en la audiencia que la Corte otorgue a testigos, peritos, agentes, consejeros y abogados. Por su parte, si la Corte necesitara información imposible de obtener de los agentes, consejeros o abogados, se dirigirá al gobierno del Estado en donde ésta deba diligenciarse o para obtener pruebas en el lugar de los hechos.

Principio de publicidad.

Las vistas de la Corte serán públicas, salvo que se disponga en contrario, o que las partes pidan que no se admita al público. Comentario al margen, una audiencia que también será en sesión privada, será en el caso de juzgar o pedir explicaciones por su actuar al Secretario de la Corte. De cada vista, el Secretario de la Corte levantará un acta firmada por él y el Presidente, la cual será la única auténtica.

La normativa del proceso.

Los artículos 48 a 53 del Estatuto, norman en concreto el proceso: 1°. La Corte decidirá las providencias necesarias para el curso del proceso, decidirá la forma y términos a que cada parte debe ajustar sus alegatos, y adoptará las medidas necesarias para la práctica de las pruebas (artículo 48). 2°. Aún antes de empezar una vista, la Corte puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones. Si se negaren a hacerlo, se dejará constancia formal del hecho (artículo 49). 3°. La Corte podrá en cualquier momento, comisionar a un individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo que ella escoja, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial (artículo 50). 4°. Las preguntas pertinentes que se hagan a testigos y peritos en el curso de una vista, estarán sujetas a las condiciones que fije la Corte en las reglas de procedimiento que disponga su Reglamento (artículo 51). 5°. Una vez recibidas las pruebas dentro del término fijado, la Corte podrá negarse a aceptar otra prueba adicional, oral o escrita, que una de las partes desee presentar, salvo que la otra dé su consentimiento (artículo 52). 6°. Cuando una de las partes no comparezca ante la Corte, o se abstenga de defender su caso, la otra parte podrá pedir que la Corte decida a su favor (artículo 53).²⁶⁹

Deliberaciones.

Previo a quedar plenamente asentado la competencia de la Corte en el asunto incoado, además de haberse asegurado que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y el derecho, y tras haber concluido la presentación de pruebas y alegatos de parte de los agentes, consejeros y abogados, de conformidad con el Estatuto, el Presidente declarará terminada la vista y la Corte se retirará a deliberar en privado. Las deliberaciones permanecerán secretas.

Características del fallo, sentencia o decisión de la Corte.

Dichas características son las siguientes: 1°. Las decisiones se tomarán por mayoría de votos de los magistrados presentes. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente o del magistrado que lo reemplace. 2°. El fallo será motivado y se mencionarán los nombres que hayan tomado parte en él. 3°. Existe el derecho de fallar por separado: voto disidente. 4°. El fallo será leído en sesión pública, después de haberse notificado debidamente a los agentes. 5°. La decisión de la Corte, sólo afecta a las partes en litigio, y respecto del caso que ha sido decidido. 6°. El fallo será definitivo e inapelable.

²⁶⁹ *cf. supra.* Caso del Canal de Corfú, nota de pié de página.

Existirá la posibilidad de interponer una solicitud de interpretación sobre el sentido o el alcance del fallo.

El Artículo 61 del Estatuto, numerales 1 a 5, refiere sobre la revisión del fallo, en los siguientes términos, que citamos a la letra:

1. Sólo podrá pedirse la revisión de un fallo cuando, a solicitud, se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, fuera desconocido de la Corte y de la parte que pida la revisión, siempre que de su conocimiento no se deba a negligencia.
2. La Corte abrirá el proceso de revisión mediante una resolución en que se haga constar expresamente la existencia del hecho nuevo, en que se reconozca que éste por su naturaleza justifica la revisión, y en que se declare que hay lugar a la solicitud.
3. Antes de iniciar el proceso de revisión, la Corte podrá exigir que se cumpla lo dispuesto por el fallo.
4. La solicitud de revisión deberá formularse dentro del término de seis meses después de descubierto el hecho nuevo.
5. No podrá pedirse la revisión una vez transcurrido el término de diez años desde la fecha del fallo.

Efectos sobre terceros Estados.

El artículo 62 del Estatuto señala al texto que:

1. Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir que la Corte le permita intervenir.
2. La Corte decidirá con respecto a dicha petición.

Y el artículo 63 del instrumento preceptúa que:

1. Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, el Secretario notificará inmediatamente a todos los Estados interesados.
2. Todo Estado así notificado tendrá derecho a intervenir en el proceso; pero si ejerce ese derecho, la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para él.

Los costos del proceso.

El artículo 64 señala expresamente que, salvo que la Corte determine otra cosa, cada parte sufragará sus propias costas.

3.1.5.2. Principios rectores del proceso.

El Profesor Acosta Estévez divide los principios rectores o informadores del proceso en jurídicos naturales, donde incluye los principios de audiencia y de igualdad, que son distintos de los principios jurídico-técnicos, los cuales incluyen el principio dispositivo, íntimamente ligado al principio de aportación de parte, y el principio de oficialidad. Asimismo, en la forma del proceso, se tutelan los principios procedimentales derivados de la forma escrita, que involucran los principios de orden de actos, de preclusión, y de eventualidad. Igualmente, se fijan los principios resultantes de la forma oral, los cuales son, de mediación, y de concentración. Finalmente, se dispone el principio de publicidad.

Los principios rectores o informadores del proceso son, criterios que constituyen el punto de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional. Determinan el comportamiento de las partes dentro del proceso, sus posibilidades y cargas en el mismo, por un lado, y la formación y apreciación del objeto procesal, por otro.

3.1.5.2.1. Los principios jurídicos naturales.

Tienen por finalidad el conseguir una plena justicia pública superadora de la justicia privada o autotutela y, en consecuencia, deben regir con carácter forzoso en todo proceso, pues en caso contrario, se desnaturalizaría el citado instituto procesal, esto es, de no contar el proceso con estos principios rectores, se quebrantaría la idea de justicia. Son básicamente dos:

- a) Principio de audiencia: “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en el juicio”. Es un criterio operativo que implica que deben concederse a cada parte la oportunidad de participar en cada una de las fases del proceso en completa igualdad.
- b) Principio de igualdad: Las partes en un proceso deben gozar de iguales oportunidades para sostener sus posturas. El principio de igualdad en la acción procesal supone que ambas partes detentan las mismas posibilidades de ataque y defensa, ostentando las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.²⁷⁰

3.1.5.2.2. Los principios jurídico-técnicos.

Responden al muy diverso perfil de ciertos ámbitos diferenciados de las relaciones y situaciones jurídicas. Elementalmente son tres:

- a) Principio dispositivo. Significa que el proceso no podrá iniciarse a instancia del órgano jurisdiccional; las partes poseen dominio completo sobre el derecho sustantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el proceso, en el sentido de que son libres de ejercitarlos o no. Se desglosa así: las partes tienen pleno poder de disposición sobre el derecho material, esto es, los derechos e intereses que se pueden discutir en el proceso, son del dominio absoluto de las partes; la Corte no puede de oficio, entablar un proceso entre las partes; las partes disponen del proceso mismo, es decir, tienen pleno poder sobre el inicio, objeto y terminación del mismo; y, la Corte está vinculada por las pretensiones de las partes, ya que en su decisión final no puede otorgar más de lo solicitado por el actor, más de lo resistido por el demandado, ni conceder cosa distinta a lo pedido por ambos recurrentes.
- b) Principio de aportación de parte. Las partes poseen el dominio sobre el material fáctico que es aportado como fundamento de hecho para la decisión del tribunal, siempre y cuando, el proceso esté presidido por este principio y, cuando concurren los siguientes rasgos característicos: a las partes les corresponde la aportación de los hechos; el tribunal no considera los hechos que las partes previamente no le han aportado; y, a las partes les corresponde la prueba de los hechos alegados.
- c) Principio de oficialidad. Quiere decir que la iniciativa del proceso corresponde al órgano jurisdiccional y, en consecuencia, podrá negarse a instarlo cuando crea que no concurren las condiciones de ‘procedibilidad’ necesarias. Asimismo, el órgano judicial podrá o no tener en cuenta los hechos alegados por las partes procesales y, en su caso, tener presentes hechos no alegados por ellas. El principio de oficialidad conlleva el principio de necesidad, o de legalidad: la actividad del órgano judicial viene dada en función de la existencia de una ley que prevé esa actividad; así como el principio de investigación: supone que el juez está obligado por sí mismo a la aportación de los hechos con independencia de la voluntad de las partes.

Por tanto, en el proceso seguido ante la CIJ, están presentes las particularidades propias del principio de aportación de parte y del principio dispositivo. Si bien cabe destacar que el artículo 88 del Reglamento estipula que las partes procesales también pueden poner fin al proceso cuando acuerden resolver el litigio de forma privada antes de que el propio Tribunal entre a fallar sobre el fondo, y en

²⁷⁰ Los principios jurídico-naturales presiden e informan el proceso ante la Corte; éstos, están presentes en los artículos 45, 46, 58, 59, 60 del Reglamento, y 42, 43, 45, 46, 51, 52 del Estatuto, donde se hace referencia a la “audiencia pública de las partes”, “escritos y alegatos de las partes”, “el orden de presentación de los escritos”, etc. (*op.cit.* José B. Acosta Estévez, pp. 89-90.)

ese supuesto el órgano jurisdiccional no podrá ordenar la continuación del proceso contra la voluntad de las partes.

Ahora bien, dentro de la forma del proceso, entendida como las reglas de expresión de una actividad o la estructura externa que adopta dicho proceso, concurren principios para la fase escrita, siendo éstos los de orden de actos, preclusión, y de eventualidad; así como para la fase oral, el de inmediación, y de concentración.²⁷¹ Pasemos a explicar brevemente los principios de la forma escrita:

a) Orden de Actos: el procedimiento va a indicar el orden en que deben realizarse los diferentes actos integrantes de la actividad procesal.

b) Preclusión: cada acto tiene un tiempo hábil para llevarlo a cabo, que vendrá dado por el plazo o término para realizarlo. En el caso de que el acto no se realice en ese tiempo, surge la preclusión, es decir, 'fenece' la posibilidad de realizarlo y la parte interesada pierde la posibilidad de hacer uso de él.²⁷²

c) Eventualidad: es conocido también como el principio de acumulación eventual, o de subsidiariedad. Las partes contendientes en el seno del proceso disponen de una serie de medios técnicos concretos de ataque y defensa (medios subsidiarios), que podrán ser utilizados en cada plazo o término para cubrir el posible evento de que los medios utilizados preferentemente, no respondan a las expectativas esperadas.

Ahora veamos los dos principios resultantes de la forma oral:

a) Inmediación: los actos orales deben ser necesariamente realizados en presencia de los magistrados, que serán los únicos que podrán dictar el fallo, pues son los que están en posesión de los conocimientos directos de los actos celebrados.²⁷³

b) Concentración: los actos deben realizarse ininterrumpidamente, sin una distancia en el tiempo; las actividades procesales se concentran en un espacio de tiempo lo más breve o corto posible, con el objetivo evidente de que las manifestaciones efectuadas de palabra por las partes ante el juez y las pruebas, permanezcan fielmente en la memoria de éste a la hora de dictar la sentencia

Por último, tenemos un principio importante, el de Publicidad. Está contenido en el artículo 59 del Reglamento de la CIJ y se explica por cuanto que las vistas serán en audiencia pública, salvo que las partes dispongan otra cosa al respecto, o que las partes pidan que no se admita al público y, por consiguiente, se celebren a puerta cerrada.

3.1.5.3. Los derechos judiciales básicos del Estado.

Los derechos subjetivos, constituyen la base de la libertad de una persona en el ámbito estatal, esto es, a la persona se le reconoce y tutela un espacio libre de actuación frente a los restantes sujetos miembros de la sociedad. Los derechos subjetivos son los que corresponden a la persona por la mera circunstancia de ser miembro integrante del ente denominado Estado.²⁷⁴ Ahora bien, en el ámbito internacional, los derechos subjetivos de los Estados, otorgan título para el ejercicio de un poder o actividad, proveído por el derecho internacional, encaminado a la defensa de un derecho o a la satisfacción de sus intereses. Los Estados en tanto que justiciables, no pueden recurrir al uso de la fuerza para defender sus derechos. Ante tal prohibición, el ordenamiento jurídico internacional concede al Estado lesionado, un derecho a pedir y obtener, en su caso, de la CIJ, una tutela jurídica para su derecho. Junto con los derechos, pero de tipo objetivo, que le conceden derechos y deberes al Estado, actúan los derechos subjetivos públicos, que le otorgan título para solicitar tutela jurídica de

²⁷¹ Acosta Estévez, op. cit., pp. 94-98.

²⁷² Consultar los artículos 44.3 y 48 del Reglamento de la CIJ.

²⁷³ Consultar los artículos 61.2, 62 y 65 del Reglamento de la CIJ.

²⁷⁴ Acosta Estévez, op. cit., pp. 98-101.

la CIJ. Entonces, los derechos judiciales del Estado son, básicamente, tres: derecho de acceso, derecho al proceso y derecho de acción.

En este orden de ideas, el derecho de acceso, en este caso a la CIJ, es el derecho de los Estados de acceder a los órganos de justicia, a formular sus peticiones y a que se les oiga, sin que se les pueda excluir por razón alguna de carácter discriminatorio. El derecho de acceso aparece contemplado de forma expresa en el artículo 35.1 del Estatuto de la Corte, aunque con un cierto carácter restringido: "La Corte está abierta a los Estados partes en este Estatuto. Las condiciones bajo las cuales estará abierta a otros Estados serán fijadas por el Consejo de Seguridad con sujeción a las disposiciones vigentes, pero tales condiciones no podrán de manera alguna colocar a las partes en situación de desigualdad alguna ante la Corte".

Las características del derecho de acceso son las siguientes:

a) Es un derecho abstracto: se trata de una mera posibilidad o facultad de actuación por parte de los Estados frente a la que el órgano jurisdiccional no tiene obligación alguna de realizar una prestación concreta.

b) Es un derecho fundamental: si como consecuencia de la prohibición del recurso al uso de la fuerza, para solventar las diferencias internacionales, las Naciones Unidas asumen el propósito de mantener la paz y seguridad internacionales, es necesario que, posteriormente, articulen el derecho de defensa jurídica ante el mismo.

c) Es un derecho público: el sujeto pasivo es la ONU, que asume la obligación de administrar justicia, y para ello, faculta expresamente a la CIJ.

d) Es un derecho natural: se trata de un derecho que hace posible la existencia del derecho a la defensa jurídica, como sustitutivo de la particular.

e) No es un derecho subjetivo: el derecho subjetivo existe sólo cuando supone la lícita posibilidad de mandar u ordenar a otra persona que realice un determinado acto: supone la posibilidad de una prestación o de un acto de otra persona.

f) No es el derecho conocido bajo la 'denominación de acción': el derecho de acceso es una mera posibilidad de actuar; por el contrario, la acción es un derecho subjetivo de carácter autónomo e independiente del derecho material.

Con base en lo anterior, el profesor Estévez concluye que el derecho de acceso a la Corte es un derecho –no subjetivo- fundamental de carácter abstracto y de naturaleza pública.²⁷⁵

En cuanto al derecho al proceso, el autor afirma que es de tipo subjetivo, público y de naturaleza procesal, que tienen todas las personas a una sentencia sobre el fondo, cuando se crean lesionadas en sus derechos o intereses legítimos. El ejercicio de este derecho vendrá dado por la acción afirmada.²⁷⁶ En efecto, se trata de un derecho que es consecuencia lógica del principio de igualdad soberana de los Estados, pues todos los Estados tienen iguales derechos e iguales deberes y, en concreto, tal igualdad comprende la jurídica.²⁷⁷ Resumiendo, el derecho al proceso es un derecho subjetivo de carácter público y naturaleza procesal del Estado que solicita una tutela concreta de la CIJ a obtener una sentencia que se pronuncie sobre tal solicitud. Las características de este derecho son las siguientes:

²⁷⁵ *ibidem.*, pág. 102.

²⁷⁶ *ibidem.* pág.103

²⁷⁷ *op.cit.* José B. Acosta Estévez, pp. 103.104.

a) Es un derecho subjetivo: no se trata de una mera facultad o posibilidad de actuar, sino que los Estados pueden exigir la actividad jurisdiccional necesaria previa a una sentencia sobre el fondo y esa misma sentencia.

b) Es un derecho procesal: solamente puede surgir en una situación netamente procesal, pues su existencia se dará en relación a una actividad jurisdiccional concreta instada por un actor de parte.

c) Es un derecho público: los Estados tienen un auténtico derecho a una sentencia sobre el fondo. El derecho al proceso o sentencia sobre el fondo del asunto, es el motor del proceso ante la CIJ, pues da soporte al proceso mismo.

Por lo que concierne al derecho de acción o derecho a una tutela jurisdiccional concreta, es de carácter subjetivo y público en la tutela jurisdiccional concreta, preexistente al proceso y dirigido ante la ONU a través de la CIJ. No obstante, al respecto existen dos teorías: 1) la teoría abstracta, la cual dispone que los Estados tienen derecho a “poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional de la Corte” para conseguir una sentencia sobre el fondo, sea favorable o no a sus pretensiones; y, 2) la teoría concreta de la acción, que sostiene la tesis de que los Estados tienen derecho a que el máximo Tribunal dicte una sentencia favorable sobre el fondo del asunto.²⁷⁸ No es nuestro propósito pronunciarnos a favor de una u otra posturas teóricas, sin embargo, en el primer enunciado de ambas vemos una constante: que es rescatable un derecho, el de la acción per se, es decir, el que tienen los Estados para poner en marcha la maquinaria jurisdiccional internacional. Del segundo argumento de las dos teorías, nos distanciamos y preferimos apoyar aquella máxima que reza: “Acaso no todos los Estados en litigio dicen tener la razón? Que lo demuestren, pues, ante la Corte”. A fin de cuentas, debemos considerar que la acción es un derecho subjetivo público a una tutela jurisdiccional concreta, preexistente al proceso y dirigido frente al Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, ya que el contenido del mismo se atribuye al particular, frente al juez, para obtener una sentencia favorable sobre el fondo, independientemente de que el derecho material, base de la acción, aunque no siempre, pueda posteriormente verse satisfecho o no.

Y es que la acción no es un derecho procesal, strictu sensu, pues se trata de un derecho anterior al proceso pero sólo puede ser ejercitado a través del mismo, siendo satisfecho mediante la obtención de una sentencia favorable sobre el fondo. Además, la acción es un derecho subjetivo público a una tutela jurisdiccional concreta. Es en consecuencia, un derecho frente a las Naciones Unidas, que es quien a través de la Corte debe prestar la tutela concreta con la que el derecho (acción) se satisface. El derecho de acción es, por tanto, anterior e independiente del proceso.

3.2. El desarrollo del derecho internacional jurisdiccional en el ámbito formativo de la Corte Internacional de Justicia y del derecho internacional penal.

3.2.1. Nociones conceptuales.

Adaptando a nuestro propósito heurístico el pensamiento jurídico del profesor Acosta Estévez, deducimos que para conocer el contenido general del derecho internacional jurisdiccional, se pueden seguir dos posibilidades, la nominal y la empírica. En la primera, el derecho internacional jurisdiccional se configura como derecho internacional de la actividad jurisdiccional, incluyendo el proceso, y en la segunda como parte de la realidad internacional concreta.²⁷⁹ Sin pretender involucrar teorizaciones

²⁷⁸ Acosta Estévez, op. cit., p. 109.

²⁷⁹ Sobre esta cuestión se puede consultar a varios autores procesalistas que, por lo mismo, se centran más en lo procesal que en ‘lo jurisdiccional’. Es el caso de: Fenech, M., *Derecho procesal penal*, Barcelona 1952, pp. 53 y ss. Guasp, J., *Derecho procesal y ciencia forense*, en RDP, 1969, p. 827 y ss; Montero Aroca, J., *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1976, p. 277 y ss; del mismo autor, *Introducción*, en “*Derecho jurisdiccional*”, Barcelona, 1993, p. 25 y ss; Ramos Méndez E. *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1980, p. 12 y ss., también, *Derecho y proceso*, 1989.

profundas pero sin caer en simplificaciones, afirmamos que no es conveniente intentar subsumir el derecho internacional jurisdiccional al derecho internacional procesal o, menos aún, al derecho internacional, pues el contenido de esta disciplina no se limita única y exclusivamente al proceso, si bien éste constituye la base sobre la que algunos especialistas han construido el concepto de derecho procesal en general y de derecho internacional procesal en particular. El proceso internacional no es el único concepto importante de la disciplina que profesores como Acosta Estévez llaman derecho internacional procesal y que nosotros denominamos derecho internacional jurisdiccional, porque este último nos parece más amplio e incluyente al incorporar, de entrada y no de modo adicional, otros conceptos relevantes como los de jurisdicción internacional y procedimiento, amén de otros de nuevo cuño y en franca evolución como el de jurisdicción universal.²⁸⁰

Pero al revisar el fondo de las definiciones disciplinarias caemos en cuenta de que 'derecho internacional procesal' y 'derecho internacional jurisdiccional' son, en realidad, expresiones sinónimas, aunque la segunda nos sigue pareciendo más apropiada, amplia y flexible. Al menos eso se desprende de lo expresado por el maestro Acosta Estévez cuando afirma que el derecho internacional procesal tiene por objeto de estudio el proceso internacional, el procedimiento (contencioso y consultivo, en el caso de la CIJ) y la jurisdicción internacional. En tanto que, por nuestra parte, ubicamos como objeto de estudio del derecho internacional jurisdiccional, el proceso, el procedimiento contencioso y consultivo de la CIJ y de los demás tribunales existentes que integran el sistema judicial internacional, la jurisdicción internacional y la jurisdicción universal –aun con las deficiencias que a ésta le sean atribuibles por su incipiente desarrollo.

Desde la perspectiva empírica el derecho internacional jurisdiccional centra su estudio en las diferentes normativas que regulan la llamada justicia internacional en el ámbito de la sociedad internacional en un momento determinado. Dichas normas no solo regulan la institución del proceso sino que también otros institutos y figuras procesales tales como la jurisdicción internacional y los procedimientos. En este sentido, el derecho internacional jurisdiccional es una disciplina del derecho internacional que comprende el estudio de la actividad jurisdiccional internacional, del proceso internacional y de los procedimientos internacionales. Una vez determinado *latu sensu* su contenido, conviene hacerlo ahora *stricto sensu*, es decir, definir qué normas pueden ser adscritas en la esfera de esta disciplina.

Dichas normas pueden clasificarse en los siguientes grupos:

- a) configuradoras de la potestad jurisdiccional internacional;
- b) reguladoras de la organización jurisdiccional internacional;
- c) relativas a la ordenación de la estructura del órgano jurisdiccional internacional;
- d) normas que contemplan el estatuto personal jurisdiccional;
- e) relativas a la tutela jurisdiccional; y,
- f) reguladoras del proceso internacional.

Una vez apuntado el conjunto de normas integrantes del derecho internacional jurisdiccional (DIJ, en adelante), debe observarse que no todas ellas tienen un carácter procesal, sino que hay otras de carácter orgánico. Las normas procesales son aquellas que regulan el ejercicio de la actividad jurisdiccional que tienen atribuida los órganos judiciales internacionales. Por su parte, las orgánicas son las que tienen por finalidad la construcción de los órganos judiciales internacionales y el estatuto del personal jurisdiccional y del personal auxiliar. En consecuencia, las normas que contiene el DIJ son las que regulan la estructura y funciones de los órganos jurisdiccionales internacionales, los

²⁸⁰ Consúltese nuestro libro, *Responsabilidad internacional penal y cooperación global contra la criminalidad*, op. cit., en específico el punto 2.3. Contenido y caracterización de la jurisdicción universal, pp. 34-59.

presupuestos y efectos de la tutela jurisdiccional y la forma y contenido de la propia actividad jurisdiccional.

A la luz de su contenido propio, en sentido amplio, el DIJ podría conceptualizarse como: el conjunto ordenado de normas que regulan toda la actividad jurisdiccional internacional, en especial, el proceso internacional, mediante el cual se desarrolla la mayor parte de esta actividad, así como los procedimientos que regulan y garantizan la sustanciación procesal, prescribiendo todo lo que afecta a la constitución, funcionamiento y gobierno interior del órgano jurisdiccional internacional de que se trate, a las condiciones de los sujetos que en él actúan y a los requisitos y efectos de los actos procesales realizados por unos y otros.

Como ya lo señalamos, el DIJ se refiere no sólo a la CIJ, sino al conjunto de la función jurisdiccional de las cortes y tribunales existentes en la sociedad internacional. De manera directa, y en concreto, el DIJ puede definirse como: el conjunto sistematizado de normas jurídicas precisas que disciplinan la actividad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales internacionales.²⁸¹

3.2.2. Derecho Internacional Jurisdiccional (Procesal) y Derecho Procesal Internacional.

Como ya se ha indicado, el DIJ –tomado de momento, como sinónimo de derecho internacional procesal— en su conjunto, viene referido a la actividad jurisdiccional internacional, al proceso internacional, y por último, a los procedimientos internacionales. En un contexto así descrito, la actividad jurisdiccional, proceso y procedimiento contencioso ante la CIJ se presenta como una parte del contenido propio del DIJ. Así pues, el estudio del proceso seguido ante el máximo Tribunal hay que ubicarlo en el ámbito del DIJ, en tanto que es parte de su contenido, y no en la esfera del derecho procesal internacional,²⁸² ya que el primero es, ante todo –no hay que olvidarlo— una rama del derecho internacional público y no, como el derecho procesal internacional, del derecho internacional privado y, en consecuencia, del sistema jurídico interno de cada Estado.²⁸³ En esta línea de argumentación, la estructura y funciones de la Corte, los presupuestos y efectos de la tutela judicial dispensada por la misma y la forma y actividad encaminada a dispensar tal tutela por dicho órgano judicial es una manera que debe encuadrarse en el campo del DIJ, pero, como ya se ha insistido, no es la única, sino una parcela más de esa rama especializada del derecho internacional público.

El derecho procesal internacional o derecho de la cooperación internacional al proceso –como lo definen la mayoría de los privatistas internacionales latinoamericanos—²⁸⁴ es un conjunto de normas procesales internas que han sido promulgadas por el legislador estatal en función de la existencia de otros Estados y que regulan instituciones procesales en cuanto tengan relación con esos Estados. Así el derecho procesal internacional regula instituciones procesales, aspectos del proceso interno, que tienen alguna relación con Estados extranjeros, y por ello, en el caso concreto de este Derecho, no

²⁸¹ Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, UK, 2001, 469 pp., afirma que la ‘nueva’ expresión ‘International Jurisdictional Law’, tiene, de hecho, una doble acepción, es decir, en un sentido refiere a un conjunto normativo que regula la jurisdicción, la acción y el proceso internacionales y, en el otro, en tanto que ciencia, comprende una rama especializada del derecho internacional general, de contenido y alcances aún no dimensionados ni por la teoría normativa ni por la doctrina jurídica contemporáneas, que estudia el conjunto general y complejo de la actividad jurisdiccional internacional.

²⁸² González Campos, J., *Lecciones de derecho procesal civil internacional*, Bilbao, España, 1979.

²⁸³ Prieto Castro, I., *Tratado de derecho procesal*, Pamplona, 1982, p. 95. El derecho procesal internacional está constituido por las normas internas que se refieren al proceso partiendo de la existencia de Estados extranjeros.

²⁸⁴ Pérez Nieto, Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Internacional Privado Parte Especial*, Oxford University Press, México, 2000; revisar el Capítulo 13 *Cooperación Internacional al Proceso*, pp. 329-350. Entre otros autores latinoamericanos que siguen esta misma línea están: Jorge A. González Quintanilla, Francisco Contreras Vaca, Feldstein de Cárdenas, Stella Maris Biocca, Francisco Cuevas Cancino, Carlos Arellano García, Walter Frisch, Haroldo Texeiro, Raúl A. Tamayo, Diego P. Fernández Arroyo, Antonio Boggiano, y Sergio Guerrero Verdejo.

cabe hablar de un proceso internacional. Sus normas se aplican en los procesos sustanciados ante los órganos jurisdiccionales estatales.

En el caso del Estado mexicano, como lo enfatiza el maestro Cuevas Cancino, las normas procesales internacionales son normas procesales mexicanas en tanto que aplicadas a un proceso, con elementos extranjeros, seguido en territorio mexicano.²⁸⁵ La misma situación se presenta en la mayoría de los países que participan actualmente del tráfico jurídico internacional. En consecuencia, desde la perspectiva de una construcción teórica del derecho procesal, el derecho procesal internacional no puede ser como una rama autónoma del derecho, pues sus normas se aplican en un proceso interno y no en un proceso internacional.

La cuestión es totalmente diferente en cuanto al DIJ, pues, en relación a este derecho, cabe admitir la existencia de una actividad jurisdiccional internacional, unos procedimientos contenciosos internacionales y unos procesos internacionales que terminan con sentencia procesalmente eficaz en la esfera internacional. Por tanto, cabe concluir que, en principio, desde la teoría general del proceso podría sostenerse la existencia del DIJ como una rama autónoma del derecho. En todo caso, el DIJ constituiría una rama jurídica sectorial, en tanto que única y exclusivamente serviría en relación al derecho internacional público.

3.2.3. Vigencia de la norma internacional jurisdiccional (procesal)

Una vez que hemos hecho algunas precisiones básicas para la mejor comprensión del tema que nos ocupa, en el presente apartado abordaremos las cuestiones elementales que suscitan las normas internacionales procesales en relación a su vigencia temporal y espacial.

3.2.3.1. Vigencia en el tiempo.

La aplicación en el tiempo de las normas internacionales procesales (jurisdiccionales) se caracteriza por la irretroactividad y el desarrollo temporal sucesivo del proceso internacional. En atención a la irretroactividad,²⁸⁶ al proceso que se inicie estando en vigor una determinada normativa se le aplicará siempre esta misma. Así, en principio, la vigencia temporal de las normas internacionales procesales no depende de una regulación distinta a la general, ya que regirá los actos, hechos y situaciones jurídicas realizadas a partir del momento de su entrada en vigor. Por otra parte, como ya se ha indicado, el proceso internacional no es instantáneo ni 'datable' en el tiempo, y como es obvio, tal circunstancia conlleva la necesidad de disponer reglas de carácter transitorio en las regulaciones procesales. Estas reglas contemplan el supuesto de los procesos ya iniciados o pendientes al entrar en vigor las nuevas normas. No se trata de normas generales, sino que cada regulación establece lo oportuno al respecto.

Cabe destacar que en la esfera del Reglamento de la CIJ, debe citarse regla transitoria la contenida en el preámbulo del mismo: "La Corte (...) adopta el siguiente Reglamento revisado, (aprobado) el 14 de abril de 1978, que entrará en vigor el 1 de julio de 1978 y reemplazará a partir de esta fecha el Reglamento adoptado por la Corte el 6 de mayo de 1946 y enmendado el 10 de mayo de 1972; sin embargo, todo asunto sometido a la Corte con anterioridad al 1 de julio de 1978, o cualquier fase de dicho asunto, continuará rigiéndose por el Reglamento aplicable antes de esta fecha". Obsérvese que

²⁸⁵ Un ejemplo expreso de esta situación la encontramos en el artículo 8 del Código Civil de España, y los artículos 1 de la LEC y 117.3 de la Constitución de 1978. En el Código Civil español vigente se dice a la letra: "las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España".

²⁸⁶ El artículo 28 de la Convención de Viena, de 23 de mayo de 1969, sobre Derecho de los Tratados recoge el principio de la irretroactividad: las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir. También en instrumentos modernos como el Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional, se consigna este principio.

la citada regla contempla el proceso que se encuentra regido por el Reglamento de 1946, enmendado en 1972, a su inicio y que resulta modificado por el de 1978, durante su sustentación.

Al respecto, pueden establecerse las siguientes puntualizaciones: 1^a. No se trata de una excepción al principio de irretroactividad. 2^a. Es una regla que engloba tanto el asunto en su conjunto, como la división del proceso en instancias o fases, en orden a que el asunto termine con sujeción a la misma normativa bajo cuya vigencia se inició. 3^a. Dispone implícitamente que el nuevo Reglamento solamente se aplique a los asuntos que se inicien bajo su vigencia. 4^a. Señala el alcance del Reglamento de 1946 y la entrada en vigor del nuevo instrumento en relación con los procesos ya comenzados ante el Tribunal.

3.2.3.2. Vigencia en el espacio.

En principio, las normas procesales internas son las únicas aplicables —exclusividad— a las actuaciones que se susciten en el territorio de un Estado soberano. Así, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales mexicanos, al igual que los españoles y los italianos, aplicarán las leyes procesales nacionales respectivas incluso si, por excepción, están situados materialmente en el extranjero; esto significa que la actividad procesal se rige por la *lex fori*. La Corte de La Haya, al contrario de los órganos jurisdiccionales internos, no se rige por la ley del foro, sino que aplicará las disposiciones internacionales procesales contenidas en los textos normativos del propio Tribunal. Las normas internacionales procesales dispuestas en sus textos serán las únicas aplicables a las situaciones que se sustancien en el proceso ante la CIJ, a diferencia de lo que acontece con el derecho material que el Tribunal aplique para resolver, conforme a derecho internacional, las controversias que le sean sometidas por los Estados.

3.2.4. Método para la teoría y la práctica internacional jurisdiccional (procesal)

La originalidad del DIJ reside en el intento de integrar categorías procedentes de dos disciplinas dispares en una única estructura de conformidad con una metodología y sistemática propias. El método puede ser definido como el proceso mediante el cual se procede a ordenar una serie de conocimientos relativos a una determinada materia con una finalidad analítica y heurística. Así planteado, debe indicarse que el método jurídico,²⁸⁷ no difiere en gran medida del método utilizado en el seno de otras ciencias,²⁸⁸ si bien conserva una autonomía resultante de la especialidad inherente al mismo como consecuencia del objeto sobre el que recae, que es en nuestro caso el derecho.²⁸⁹

La concepción tradicional del método jurídico tiene su fundamento en los conceptos de exégesis y deducción (método lógico-deductivo): el derecho se concibe como un todo sistemático y perfecto, con soluciones para todos los casos que puedan plantearse y, en consecuencia, el jurista debe limitarse a una labor de mera exégesis dirigida a esclarecer el significado y especificar el contenido de las normas abstractas y generales para el caso concreto. Así pues, la tarea consiste en interpretar normas jurídicas para determinar el alcance de las mismas. Por tanto, la ciencia jurídica se traduce en un saber dogmático basado en el método de la exégesis.

²⁸⁷ Ortiz Arce de la Fuente, A., Consideraciones metodológicas en derecho internacional público, REDILC, Francia, 1980 num. 61, p. 6767. El método jurídico debe entenderse como vía de conocimiento de la realidad social. Desde un punto de vista etimológico, método (met-hodos) significa perseguir un fin y desde la perspectiva filosófica, es proceder con arreglo a un determinado plan u orden para conseguir una meta. Así, pues todo proceder metodológico conlleva como exigencia esencial saber de antemano cuál es el objeto a que se ha de encaminar. Ese objeto se encuentra fuera de la consideración metodológica, ya que está más allá de la teoría de método. En un estudio como el que estamos esbozando, es siempre importante la cuestión del método y las formas de su utilización.

²⁸⁸ Ago, Roberto, Science juridique et droit international, en *RCADI*, 1956, vol 90, p. 918.

²⁸⁹ Díaz, E., *Sociología y filosofía del Derecho*, Madrid, Editora Bosch, 1971, p. 70. Según este autor, la tarea del jurista puede diferenciarse en atención a los aspectos siguientes a) trabajo de interpretación de la norma válida b) trabajo de localización de la norma.

Al abordar el tema del proceso internacional se realiza un conjunto de operaciones ordenadas encaminadas a distinguir y separar las diferentes figuras e instituciones jurídico-procesales hasta llegar a conocer sus principios y elementos, para subsumir en los mismos los distintos aspectos de carácter internacional procesal propios del proceso internacional. A la vista de lo argumentado, en un primer momento, el método utilizado es el analítico, para posteriormente en un segundo momento, utilizar el método deductivo o aplicación del derecho como una tarea exegética que se llevará a cabo mediante un proceso de subsunción de los hechos en una de las normas abstracta y general; esto es, el planteamiento consiste en realizar un razonamiento que va de lo general a lo particular. La utilización del método propuesto y la afirmación del DIJ, como rama del derecho internacional público es importante, pues conlleva que el estudio debe realizarse en el nivel internacional, si bien con constantes referencias al derecho procesal general en tanto que disciplina hermana que permite la incorporación de conocimientos, es decir, no se trata de un estudio interdisciplinario o pluridisciplinario, ya que la cuestión objeto de análisis puede resolverse en la esfera del derecho internacional público. Por tanto, la técnica utilizada es la unidisciplinaria.

Por su parte, la hermenéutica se presenta como un medio necesario en relación al método. La capacitación de la verdad del derecho, a partir de su existencia y vigencia, es una cuestión esencial, y puesto que el mismo se encuentra formulado en normas positivas o en otras no escritas, la verdad de él solamente es asequible conociendo el contenido y sentido de tales normas, lo que importa en primer lugar en su interpretación.

Una vez realizada la interpretación sobre las normas (contenido, vigencia, alcance, etc.), los conocimientos obtenidos necesitan una ordenación para exponerlos. A esta ordenación se denomina sistema. En trabajos de mayor alcance, como los realizados por Acosta Estévez y Antonio Cassese, se opta generalmente por "(...) un sistema de amplia comprensión y que resulta de una serie de actos mentales mediante los cuales se selecciona, de entre número de posibilidades y relaciones entre ideas y conceptos, un conjunto de elementos cuyas relaciones indican cierta coherencia y unidad de propósito, y que permiten la interpretación de hechos, situaciones y circunstancias que de otra manera parecerían una mera sucesión de actos arbitrarios".²⁹⁰ Nuestra reflexión no es de tal profundidad ni tiene tal cobertura, sin embargo, se trata de una serie de reflexiones vertebradas y sistematizadas, es decir, se inscriben en un sistema reflexivo. Y esto no es, en realidad, nada nuevo: el sistema se viene utilizando tiempo atrás –reitera Acosta Estévez– como un instrumento que auxilia secundariamente la investigación, pues, si bien en la esfera del DIJ la doctrina ha utilizado el sistema como método, se ha preferido privilegiar las materias ordenadas sobre la ordenación en sí misma y, de esta forma, se mantiene al sistema dentro de su función instrumental.

Hay dos realidades que destacan al examinar el proceso: primero, que tiene nociones propias como las de proceso, procedimiento y juicio; segundo, no se trata de una materia de simple especulación teórica, sino que está dirigido a una finalidad eminentemente práctica, por lo que debe investigarse su normativa, para seguidamente acudir a la doctrina científica y también a la práctica jurisprudencial. Posteriormente, debe ubicarse sus conceptos e instituciones dentro de un sistema y señalar las operaciones a seguir para trasladar al ámbito del proceso internacional las reglas jurídicas y los resultados de la investigación doctrinal.

En cuanto al método para la práctica internacional procesal judicial, la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la CIJ hacen de este órgano el titular de la jurisdicción internacional, encomendando a sus jueces la dirección del proceso y la potestad de aplicar las normas procesales y materiales a los asuntos que se someten a su conocimiento por medio de las sentencias que deben dictar.²⁹¹

3.2.5. Las fuentes del derecho internacional jurisdiccional

En general, las fuentes del DIJ son similares a las del derecho internacional general, pero tienen una presencia y particularidades propias: las del proceso judicial internacional. Por fuentes se entiende las

²⁹⁰ Acosta Estévez, op. cit., p. 27.

²⁹¹ Consultar, en el orden de la exposición hecha, los artículos 48, 38 y 56 del Estatuto de la CIJ.

formas de manifestación del derecho internacional. Aunque el vocablo 'fuente' suele ser utilizada en relación a los medios en que, precisamente, se manifiestan las normas jurídicas, en el caso concreto del DIJ debe subrayarse que el proceso internacional es un proceso reglado y no un proceso natural que es libre y, por ello, las fuentes serán las normas mediante las cuales se manifiestan las reglas jurídicas de que regulan el *processus iudicii*.²⁹² Tradicionalmente se ha tomado el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que tiene su antecedente en el artículo del mismo número del Estatuto de la CPJI, como indicador 'oficial' de las fuentes del derecho internacional general. La doctrina es unánime en este sentido; sin embargo, existe una gran discrepancia en lo que se refiere a la interpretación de sus alcances, como lo pudimos apreciar en la primera parte del presente capítulo. Sin ser excesivamente reiterativos, vale comentar que, como ha señalado un sector doctrinal, el fin del precepto in comento no es otro que reglamentar el modo en que la CIJ debe proceder para determinar el derecho aplicable a una determinada controversia que le ha sido sometida. Así, según un grupo de autores el citado precepto no debiera interpretarse como catálogo de las fuentes formales del derecho de gentes en virtud de que "(...) la elaboración de las normas jurídicas internacionales obedece criterios muy diferentes de los del Derecho interno, en virtud del carácter descentralizado y escasamente institucionalizado del Derecho Internacional, amén de que la enumeración recogida en el mismo puede ser incompleta".²⁹³ En la misma secuencia, debe resaltarse que la doctrina es prácticamente unánime en el momento de pronunciarse sobre una posible jerarquía de las fuentes del derecho internacional público, en el sentido de que éstas, a diferencia de lo que ocurre en el derecho interno, tienen el mismo rango; es decir, es insostenible argumentar acerca de un orden jerárquico en el sistema de fuentes.²⁹⁴

Hecha esta breve aclaración, cabe interrogarse si la teoría de las fuentes del derecho internacional general se proyecta también sobre el DIJ. Como lo afirmamos al inicio de este punto, la respuesta es afirmativa porque, en efecto, la dogmática y regulación del sistema de fuentes del derecho internacional se entrama con el DIJ, pero no obstante, aparecen una serie de matices y puntos finos que será necesario tener presente al momento de aplicar los criterios de carácter genérico a la realidad concreta del propio DIJ. Así, tenemos en el espectro dos grandes tipos de fuentes: las sustantivas y las subsidiarias. Entre las primeras, se encuentran el tratado internacional, la costumbre internacional y los principios generales del derecho. Entre las segundas, hallamos la jurisprudencia y la doctrina científica. Pasemos breve revista sobre este particular.

3.2.5.1. Las fuentes sustantivas.

Los procedimientos a través de los cuales se canaliza el proceso jurídico de creación de normas internacionales son: un procedimiento esencialmente formal, otro espontáneo y otro secundario. El primero es el tratado internacional, el segundo es el de la costumbre internacional y el tercero, cuya intervención vendrá determinada por la ausencia de normas convencionales o consuetudinarias aplicables, es el de los principios generales del Derecho.

3.2.5.1.1. El Tratado Internacional.

El procedimiento esencialmente formal, consistente en el tratado internacional, implica la negociación (propuestas, contrapropuestas, discusiones, etc.) entre los representantes de los Estados interesados,

²⁹² Ramos Méndez, F., *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978, p. 18 y Gómez Orbaneja y Herce Quemada, V., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1987, p. 25.

²⁹³ Carrillo Salcedo, J., *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, Madrid, 1985, p. 97. En sentido contrario se pronuncia Manuel Díez de Velasco, pues según este autor, la referencia expresa al derecho internacional contenido en este precepto.

²⁹⁴ En este contexto debe traerse a colación el hecho de que los Estados son los principales creadores de las normas internacionales: el derecho internacional es creado y desarrollado progresivamente por los Estados y, por tanto, el consentimiento estatal se presenta como de vital importancia en su elaboración. Así, no existe un procedimiento institucionalizado de creación de normas internacionales, sino que tal creación viene marcada por la soberanía estatal y concretamente, por el consentimiento del Estado, en tanto que expresión de la soberanía de dichos sujetos en la producción normativa internacional y, de esta forma las normas internacionales tienen su origen en el referido consentimiento.

la adopción del texto o manifestación de que en el texto convenido se traduce el acuerdo, la autenticación del texto en tanto que éste quedará establecido como auténtico y definitivo y, por último, la manifestación del consentimiento o acto expreso e individual por el que los Estados que han seguido este procedimiento aceptan la norma como obligatoria. Una vez se ha creado la norma convencional mediante este procedimiento, la referida norma solamente vinculará a los Estados que son parte en el tratado. Los tratados internacionales son, obviamente, fuente del DIJ, en tanto que los mismos pueden contener normas internacionales procesales y jurisdiccionales. A modo de ejemplo, puede citarse los siguientes instrumentos convencionales: La Carta de las Naciones Unidas y el anexo relativo al Estatuto de la CIJ, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por el que se confiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la competencia para emitir dictámenes; entre otros, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948.

3.2.5.1.2. La costumbre internacional.

En el procedimiento espontáneo, esto es, la costumbre internacional, la norma consuetudinaria se presenta como la resultante del comportamiento de los Estados en sus relaciones con otros sujetos de derecho internacional. En este sentido, la norma consuetudinaria es el resultado de una práctica generalmente aceptada como siendo derecho por los Estados y, por ello, tal norma consigue su consagración a partir del comportamiento, activo o pasivo, llevado a término de forma constante, general y uniforme por los Estados, bajo la firme convicción de estar atendiendo a una obligación de carácter jurídico.²⁹⁵

En relación con la cuestión de si la costumbre obliga a todos los Estados o si solamente a aquellos que con su conducta hayan contribuido a la formación de la norma consuetudinaria, desde una perspectiva netamente jurídica, cabe señalar que, como lo destaca Alfred Verdross, tratándose de costumbres generales, obligan a todos los Estados, hayan o no contribuido a su formación, excepto en el supuesto de que puedan probar que la han rechazado de modo expreso durante su periodo formativo. Este último punto es, particularmente, relevante en la práctica internacional. Pero también existe la denominada costumbre particular, limitada a un reducido número de Estados, cuyas manifestaciones son dos: la regional, que regula las relaciones de más de dos Estados, y la bilateral que rige solo las relaciones entre dos Estados.²⁹⁶ Ahora bien, en este supuesto, como señaló Max Sorensen y lo retomó Modesto Seara Vázquez, se produce la inversión de la carga de la prueba respecto de la costumbre general, pues así como esta última obliga a todos los Estados, con excepción de aquellos que la hayan repudiado durante su proceso formativo, las costumbres regionales vinculan tan sólo a los Estados que mediante sus actos hayan cooperado a la gestación de la norma.²⁹⁷

Por cuanto concierne a si la costumbre es fuente del DIJ, es, indudablemente, una cuestión compleja y, en todo caso, discutible. La costumbre contra legem es descartada por la doctrina y la praeter legem, sobre la que pudiera albergarse alguna duda, no es fuente del DIJ y tal postura obedece la ausencia de una vinculación jurídica de las partes y de la CIJ respecto de cualquier repetición de conducta. En el campo jurisdiccional de la Corte no hay conciencia del carácter normativo de la conducta repetida, en el sentido de que toda conducta posterior deba, para no ser antijurídica, producirse con el mismo contenido que la repetida o habitual: no existe el elemento de la costumbre llamado *opinio iuris seu necessitatis*. Según el maestro Acosta Estévez —y con ello coincidimos plenamente— tal circunstancia se explica a partir de lo siguiente: el proceso no es libre en el tiempo, sino que sus sustentación esta regulada y, como ya se indicó anteriormente, no puede haber un

²⁹⁵ Así lo consigna la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de fecha de junio de 1986, relativa al asunto de las actividades militares y paramilitares de Estados Unidos en Nicaragua (conocido coloquialmente como el caso del ‘minado de puertos’ en Nicaragua. También merece especial mención la Sentencia de la misma CIJ de fecha 20 de noviembre de 1950.

²⁹⁶ Tal como lo alude la muy publicitada Sentencia de la CIJ de fecha 27 de agosto de 1952, acerca de los derechos de súbditos norteamericanos en Marruecos.

²⁹⁷ Al respecto es de destacarse esta opinión del maestro Pastor Ridruejo, J., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, TECNOS, Madrid, 1989, p. 101.

proceso internacional convencional o espontáneo; es decir, sólo existe el proceso internacional en tanto que está regulado. En otras palabras, "(...) el proceso no se puede dejar al albur de posibles costumbres que, en último extremo, fragmentarían la unidad de regulación del proceso internacional".²⁹⁸ Empero, se advierte que en ámbito de la CIJ cabe citar los siguientes usos procesales o prácticas que ha generado la existencia de una norma al quedar incluidos en el Reglamento reformado del máximo Tribunal: la acumulación de procedimientos, la obligación de los magistrados de seguir conociendo de un asunto aunque haya expirado su mandato.²⁹⁹

3.2.5.1.3. Los principios generales del Derecho.

Los principios generales del derecho constituyen otro procedimiento medianamente sustantivo para la creación de normas internacionales.³⁰⁰ En efecto, se trata de una fuente de carácter secundario en tanto que operará, a nivel práctico, solamente cuando exista una ausencia de normas convencionales o consuetudinarias susceptibles de ser aplicadas. Al hablar de ellos hacemos referencia a aquellos principios recogidos por el derecho interno, por regla general de una manera coincidente en todos o en la mayor parte de los Estados civilizados y que, por analogía, son susceptibles de ser aplicados en el terreno internacional. A tales postulados jurídicos generales extraídos de los sistemas jurídicos de todos los Estados debe añadirse, por cierto, otros principios jurídicos que son propiamente internacionales y, en consecuencia, deducibles solamente de las características del ordenamiento jurídico internacional.³⁰¹

Unos y otros son susceptibles de aplicación en el ámbito internacional; los primeros por ser componentes básicos de principios generales al ordenamiento internacional, y en otros, por formar parte de la esencia del mismo.³⁰² En relación con este último planteamiento, como lo ha expresado con lucidez Alfred Verdross, "la jurisprudencia internacional moderna no ha aceptado nunca la doctrina del positivismo puro, pues los tribunales arbitrales modernos no se contentan con fundar sus sentencias en el Derecho convencional o consuetudinario, apenas si dudan en invocar también los principios generales del Derecho para llegar a una solución razonables de los conflictos sometidos."³⁰³

Lo relevante en todo caso es que, conforme a la experiencia, en el ámbito del DIJ y en el ejercicio del proceso internacional tienen una gran vigencia los principios generales del derecho y, como prueba de

²⁹⁸ Acosta Estévez, op. cit., p. 33. Y continúa diciendo el profesor que: "Sin embargo, sí existen los denominados usos forenses (*usus fori* o *stylus curiae*) consistentes en hábitos, prácticas o usos procesales que se acostumbra a realizar por o ante los órganos jurisdiccionales, pero sin que tengan un carácter vinculante y, como es obvio, que no sean opuestos a las disposiciones procesales. No obstante los usos forenses repetidos pueden ser el germen determinante de la génesis de una norma, que recoja lo que se ha relevado como previsión adecuada para los cauces procesales". Termina citando al autor F. Ramos Menéndez, op. cit., p. 19, quien señala que dichos usos forenses entran a formar parte del conocimiento del Derecho procesal a un nivel teórico-forense.

²⁹⁹ Recogida en el artículo 33 del Reglamento. Asimismo, el uso relativo a la práctica interna del Tribunal en materia judicial ha sido recogido por la Resolución del Tribunal de fecha 12 de abril de 1976.

³⁰⁰ Los principios generales del Derecho fueron objeto de mención en diversos compromisos arbitrales, tratados y sentencias arbitrales. Así, por ejemplo, cabe citar el Tratado de Washington de fecha 8 de mayo de 1871, entre los Estados Unidos y Reino Unido, sobre el arbitraje del Alabama; el compromiso arbitral de la fecha el 14 de marzo de 1908 sobre la frontera marítima entre Suecia y Noruega.

³⁰¹ Los distintos ejemplos de principios tanto comunes a la mayor parte de sistemas jurídicos internos como propiamente internacionales pueden verse en diferentes autores como Díez de Velasco, Remiro Brotons o Rodríguez Carrión, sin embargo consideramos que nuestro libro, *Nuevos desarrollos temáticos para el estudio del derecho internacional público*, op. cit., pp. 122-131, aunque se centra en el derecho internacional penal, tiene un planteamiento más completo de los principios del derecho internacional desde la perspectiva de las Relaciones Internacionales.

³⁰² Así, por ejemplo, en 1912, la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, fundada en 1899, aceptaba el principio de fuerza mayor como excepción al cumplimiento de un tratado internacional; con este antecedente, en 1925 la Corte Permanente de Justicia Internacional aplicó el principio de que nadie puede ser juez de su propia causa, en el Asunto relativo a la interpretación del Tratado de Lausana.

³⁰³ Verdross, Alfred, op. cit., p. 214.

ello, es suficiente citar los principios de audiencia, dispositivo, pro actione o cualquiera de los otros ya revisados páginas atrás. Obsérvese que los principios aludidos son normas de formulación genérica y validez generalizada que actúan como criterios inspiradores y reguladores del proceso ante la CIJ. Por tanto, estos pilares jurídicos forman parte del DIJ, pudiéndose afirmar su obligatoriedad, ya que el proceso internacional descansa sobre los mismos. No se puede negar su importancia en todo el universo del derecho.

3.2.5.2. Las fuentes subsidiarias.

El artículo 38.2 del Estatuto de la CIJ ubica como medios auxiliares a la jurisprudencia (decisiones judiciales) y la doctrina científica (publicistas de mayor competencia). Veamos en qué consisten.

3.2.5.2.1. La jurisprudencia.

Algunos autores, especialmente anglosajones de la tradición common law, han afirmado que la jurisprudencia internacional es fuente creadora de derecho internacional, sin embargo, la doctrina mayoritaria sostiene que la jurisprudencia no crea derecho internacional, pero, en tanto que medio auxiliar, cumple una doble función de vital importancia: la interpretación y la prueba de la existencia de las normas internacionales. Los órganos jurisdiccionales internacionales no elaboran ni crean derecho, sino que, al determinar el derecho aplicable, aclaran el contenido y sentido de la norma. Por tanto, la jurisprudencia no es una fuente autónoma de producción de normas, sino un medio auxiliar de determinación de las mismas.

La jurisprudencia no puede ser considerada como fuente del derecho internacional procesal, pues cada sentencia de la CIJ es diferente porque, obviamente, distinto es el asunto concreto que en cada caso resuelve. Se reconoce, en principio, que la jurisprudencia no produce ninguna vinculación en los magistrados: la inobservancia de un precedente no conlleva ni tan solo el riesgo de la revocabilidad de la sentencia por vía de recurso en tanto que en el sistema procesal del Tribunal de La Haya no existen los recursos en el sentido de los ordenamientos procesales internos.

3.2.5.2.2. La doctrina científica (publicistas de mayor competencia).

Junto a la jurisprudencia, la doctrina científica se configura como el otro medio subsidiario de determinar las normas. Históricamente la doctrina tuvo gran importancia, pues era invocada por los Estados y citada por los tribunales arbitrales, pero en la actualidad solamente ejerce su influencia en esferas muy concretas, como por ejemplo la orientación de los comportamientos estatales, su presencia en órganos internacionales o, por cierto, para dar fe de la existencia de determinadas costumbres internacionales. En todo caso, como señala Rodríguez Carrión: "las opiniones de los juristas (...) coadyuvan a la delimitación de los campos de enfrentamiento en la interpretación jurídica a la vez que muestran los puntos esenciales de acuerdo, permitiendo una rápida reflexión sobre el estado de la cuestión y posibilitando la codificación y desarrollo progresivo de las normas internacionales". No obstante, tiene un juego prácticamente nulo en el derecho internacional jurisdiccional por la propia naturaleza del mismo.

Finalizamos el presente capítulo, concluyendo que no hay duda del importante papel que ha jugado y que, indudablemente, habrá de desempeñar en el futuro la Corte Internacional de Justicia como agente formador y dinamizador del derecho internacional jurisdiccional, así como de su trascendente contribución a la solución de controversias entre Estados y, con ello, a la salvaguarda de la paz y seguridad internacionales. Es un hecho seguro que su estructura y funcionamiento, como herencia fundamental del viejo Tratado de Versalles y de la Carta de San Francisco, deben ser reformados junto con el sistema de las Naciones Unidas. Empero, mientras tanto, el máximo Tribunal continuará siendo el principal recurso de la comunidad internacional para impartir justicia y razonar e interpretar el derecho de gentes. Por su parte, el derecho internacional jurisdiccional habrá de proseguir profundizando en el estudio y desarrollo creciente de las diferentes normativas que regulan la justicia internacional, y que ordenan la institución del proceso, así como la actividad jurisdiccional internacional y los procedimientos internacionales, no sólo de la CIJ, sino de la totalidad de los

órganos judiciales regionales, interestatales y supranacionales, que integran el actual sistema jurídico mundial.

3.3. Puntos básicos de la reforma al sistema judicial internacional: la Corte Internacional de Justicia.

En varios de nuestros trabajos anteriores dedicados al tema de la renovación del derecho de gentes y del paradigma político de la organización internacional, sostenemos, más allá de toda obviedad, que mientras el siglo XX se caracterizó por la innovación tecnológica y la revisión de una buena parte de las posturas filosóficas heredadas de siglos anteriores, la justicia internacional institucionalizada parece haberse quedado estancada en los esquemas derivados del Tratado de Versalles.

Estemos o no de acuerdo con ello, lo cierto es que la institucionalización jurisdiccional, así como los innegables avances que conoció la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) de la Sociedad de Naciones, constituyeron una herencia tan determinante para su sucesora, la CIJ de las Naciones Unidas, y que ésta no ha realizado hasta la fecha cambios sustanciales y notorios en la materia. Parte importante de la herencia recibida ha permanecido prácticamente igual, y no por falta de voluntad política sino más bien porque no se han encontrado mecanismos que operen con mayor prontitud y eficacia: la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria, los jueces *ad hoc*, la competencia todo-comprendiva de asuntos, la estructura y formatos de sus sentencias, y de manera general las fases de desahogo de sus etapas procedimentales. En esta secuencia, la perspectiva futura ya es una realidad presente: la proliferación de tribunales en el ámbito de los derechos humanos y de los pueblos, de competencia penal para conocer de crímenes internacionales (CPI), de derecho marítimo (TRIDEMAR) e incluso de cobertura financiera, comercial, propiedad intelectual y de inversión (CIADI), que constituyen en su conjunto la muestra más evidente de que es necesaria una especialización por materias para una Corte que ya resulta insuficiente para conocer de un derecho internacional, inusitadamente extendido y complejizado, que opera en los espacios abiertos que demanda la sociedad globalizada.

Por otra parte, es de extrañar la tibieza con la que el Secretario General, en su Informe de 2005, trató el tema de la CIJ como garante de la legalidad internacional. En efecto, si por un lado se reconoce en el Informe que ésta ocupa un lugar central en el sistema internacional cumpliendo la función esencial de conocer y resolver sobre las controversias entre los Estados y que se hace necesario estudiar el modo de fortalecer su importante labor, por el otro no se habla en absoluto sobre las necesarias reformas que aún están pendientes para que este órgano funcione en la medida de lo que se puede esperar de él. La misma situación ha quedado consignada en las diferentes intervenciones y discursos pronunciados por el actual Secretario General, Ban Ki-moon quien, al igual que su antecesor, se ha limitado a instar a los Estados a que consideren la posibilidad de reconocer la jurisdicción obligatoria de la Corte, como norma general de ser posible o, de lo contrario, al menos en situaciones concretas, y que tengan presentes las facultades consultivas de que dispone y hagan un mayor uso de ellas.

Pero el problema persiste, pues no se entra a valorar las verdaderas reformas que deben operarse en el máximo tribunal que busquen subsanar una serie de deficiencias funcionales, estructurales y procedimentales. En particular, nos llama la atención el hecho de que, por ejemplo, las organizaciones internacionales no dispongan de legitimación activa, en la vía contenciosa, aun cuando son sujetos del derecho internacional a la par de los Estados, o la extensión de la jurisdicción de la Corte no sólo a los conflictos entre Estados sino también a las diferencias entre Estados y organizaciones internacionales, o la posibilidad destacada por el juez Gilbert Guillaume,³⁰⁴ de que la CIJ pudiera convertirse en una suerte de jurisdicción superior de los tribunales internacionales existentes.

En esta virtud, parece claro que en un contexto de reforma general a la ONU, el verdadero reto del órgano jurisdiccional se está dando en dos sentidos, el primero se centra en participar a

³⁰⁴ GUILLAUME, Gilbert, “La Cour Internationale de Justice. Quelques propositions concrètes á l’occasion du Cinquantenaire”, en *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 100, 1996 (II), p. 33.

fondo en la evolución del derecho internacional general y, el segundo en agilizar el desenvolvimiento y la renovación del nuevo derecho internacional jurisdiccional. Y la manera de trascender tal desafío puede darse por varias vías, no excluyentes: abriendo su espectro competencial respecto de nuevos agentes, resolviendo controversias sin la búsqueda de una clientela internacional determinada, y sin temores respecto de la actuación de otros órganos principales de la ONU. Evidentemente, el relativo inmovilismo de la Corte no se debe a la propia actuación del órgano judicial, sino a la del conjunto orgánico en que ésta se inscribe. Esto es vital y significa, sin más, que cualquier diagnóstico sobre su transformación tiene que comprender por adelantado —insistimos en ello— la evolución, reforma y actualización de la estructura orgánica y el funcionamiento del sistema de las Naciones Unidas en su totalidad.

Sin lugar a dudas este es un tema toral a discernir y resolver. Sin duda, el estudio de la CIJ siempre será apasionante jornada y experiencia alimentadora para el jurista, el internacionalista, el historiador y el especialista en ciencias políticas y sociales. Y es que por mucho, la CIJ es el principal órgano administrador de justicia internacional de las Naciones Unidas que se inserta en la Carta como consecuencia de la propia evolución histórica, jurídica y política del proceso de institucionalización de los medios de solución pacífica de controversias en el derecho internacional general. Heredera también de las convenciones de La Haya de 1899 y 1907, lo es también de la jurisprudencia elaborada por la CPJI y sucesora directa de ésta en su calidad de órgano de la Liga de Naciones. Pese a que formalmente la CPJI fue la primera instancia jurisdiccional estricta del derecho internacional, una parte no despreciable de la doctrina admite que su labor fue prácticamente la de un intérprete del Tratado de Versalles, como parece sugerirlo su propia jurisprudencia.³⁰⁵

A lo largo de su devenir, la CIJ se ha venido consolidando como una instancia judicial independiente encargada de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses de sus Estados miembros, y eventualmente, bajo determinadas condiciones de los Estados que sin serlo la soliciten, mediante la resolución de sus controversias internacionales. Al igual que lo sostienen la mayoría de los doctrinarios modernos, consideramos que la naturaleza del Órgano y las funciones que detenta en virtud de su normativa constitutiva y reglamentaria, condiciona la correcta calificación de los fenómenos procesales que lo han originado, así como la búsqueda de una solución a los problemas que éstos plantean. Hasta hace poco tiempo fue bastante difícil, principalmente para los estudiosos de países latinoamericanos y de otros en vías de desarrollo, acceder de manera directa y oportuna a la información derivada de la práctica jurisdiccional de la Corte y del desarrollo del proceso internacional. Los datos precisos y actualizados se concentraban en muy pocos sitios y fuentes, por lo que era habitual acudir a publicaciones especializadas de circulación restringida y a la búsqueda directa en las universidades, institutos jurídicos y academias de derecho internacional de Europa y los Estados Unidos, o en tribunales con sede en estos lugares. Afortunadamente, con la apertura de fronteras y la irrupción de la sociedad de la información, la situación ha cambiado, particularmente en México, donde ya estamos desarrollando una avanzada escuela de pensamiento jurídico, de lo cual dan testimonio fiel varias iniciativas, proyectos y líneas de investigación en materia de jurisdicción, jurisprudencia y justicia internacionales.

Más de seis décadas han pasado desde la primera audiencia celebrada por la CIJ, tiempo en el que los criterios políticos, la representación *cuasi-universal* de la Asamblea General y la por demás

³⁰⁵ El rango de asuntos que le han sido sometidos a la CIJ ha variado desde problemas tan distintos, como lo son la estructura de las sociedades anónimas o la nacionalidad de las personas morales en el derecho interno, hasta la delimitación de la plataforma continental o de fronteras marítimas internacionales. “*En rigor, que una sola instancia se pueda ver llamada a conocer de asuntos de seguridad colectiva un día, y al siguiente enfrentarse a una controversia sobre liga de nacionalidad de grupos de inversionistas, no deja de poner en evidencia que una división competencial podría ser útil, sin fragmentar la Corte*”. En este punto, no podemos desconocer que la especialización, concretamente en materia económica, ha afectado no sólo a la CIJ sino a toda la doctrina de la solución pacífica de diferendos, más aún a partir de la crisis generada en el fallo del caso *Barcelona Traction*, en donde incluso se llegó a dudar de la idoneidad de la Corte para resolver desavenencias de naturaleza económica, dando paso —según expresión de Olivier Audéoud— a una gran cantidad de instancias regionales más bien embrionarias en materia comercial y de inversiones.

“pretenciosa espectacularidad” del Consejo de Seguridad, han acaparado la atención de los más aventajados estudiosos del Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales, relegando al máximo tribunal –al igual que a la Secretaría, como antes vimos–, a un plano secundario con respecto a los demás órganos principales de las Naciones Unidas. Efectivamente, los debates en torno a la reforma del completo institucional se han centrado, principalmente, en la reestructuración y ampliación del Consejo Económico y Social (ECOSOC) y del Consejo de Seguridad (CS). Sin embargo, la reforma al Estatuto de la CIJ, parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas, sólo ha sido objeto de trabajos académicos aislados en los que se plantean algunas propuestas para modernizar y hacer más eficiente la labor del alto organismo jurisdiccional.³⁰⁶

Como lo hemos discutido con el doctorante Efrén Marqués Rueda en distintos coloquios de posgrado, la reforma al Estatuto de la CIJ encuentra dificultades políticas y tecnicismos jurídicos que durante largos años han sido insalvables. En el ámbito político, los Estados no están dispuestos a fortalecer las facultades de la CIJ y, mucho menos, a aceptar su jurisdicción obligatoria de forma incondicional. Durante incontables períodos, la cláusula convencional de jurisdicción obligatoria ante la Corte Permanente de Justicia Internacional y la actual CIJ fue usualmente incorporada en los tratados internacionales celebrados por los Estados.³⁰⁷

Hoy en día, debido a la desconfianza y severas críticas que se han realizado al quehacer judicial de la CIJ, así como a la proliferación de un cada vez mayor número de tribunales internacionales especializados, la incorporación de cláusulas convencionales de jurisdicción obligatoria ante la CIJ ha disminuido de manera apreciable; “(...) actualmente, sólo unos 280 tratados multilaterales o bilaterales, de aproximadamente 34,000 registrados ante la Secretaría de la ONU, establecen la competencia obligatoria de la CIJ para resolver controversias surgidas de la interpretación o el cumplimiento de un tratado”.³⁰⁸

Los obstáculos políticos fueron formalizados a través de la incorporación en la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto del alto tribunal de tecnicismos legales (verdaderos candados) que dificultan la reforma expedita de este documento constitutivo. Así, en su artículo 69 se estipula que las reformas a dicho documento se efectuarán mediante el mismo procedimiento que establece la Carta de las Naciones Unidas para su reforma, es decir, y de acuerdo con el artículo 108 de la misma, las reformas entrarán en vigor para todos los Miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los Miembros de la Asamblea General y ratificadas, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los

³⁰⁶ Para profundizar en el estudio de las propuestas de reforma a la CIJ, Efrén Marqués Rueda recomienda la revisión de los trabajos: ROSENNE, Shabtai, *The World Court. What it is and how it Works*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003, 6a edición; BOFFI BOGGERO, Luis M., *¿Está en crisis la Corte Internacional de Justicia?*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1975; SCHEWEBEL, Stephen M., “Fifty years of the World Court: A critical appraisal”, en *Are international institutions doing their job? Proceedings of the 90th Annual Meeting*, American Society of International Law, Washington, D. C., march 27-30, 1996; LOWE, Vaughan y FITMAURICE, Malgosia (eds.), *Fifty years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, USA, 1996; ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes, “Reforming the United Nations: What about the International Court of Justice?”, en *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, n° 1, 2006; GROSS, Leo (ed.), *The future of the International Court of Justice*, Ocean Publications Inc., New York, 1976, vol. 1.

³⁰⁷ MURTY, B. S., *Solución de las controversias*, en Max Sorensen Editor, *Manual de Derecho Internacional Público*, FCE, México, 1998, 6ª. reimpresión, p.651. Señala el autor: “En 1939 había sido prevista por 534 instrumentos internacionales”, teniendo su desarrollo más significativo y ambicioso “en los artículos 31 del Pacto de Bogotá, y el artículo 1° de la Convención Europea para la Solución Pacífica de Controversias de 1957, que confiere a la Corte, en cuanto a las partes en los tratados respectivos, jurisdicción obligatoria sobre todos los conflictos de orden jurídico, según se define en el artículo 36 (2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.”

³⁰⁸ BERNAL, Carlos, “Hacia un mayor fortalecimiento de la Corte Internacional de Justicia”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, IMRED-SRE, México, n°47, verano 1995, Nueva Época, p.51. Este mismo autor señala (p.52) que en el caso de México, no ha sido práctica internacional de nuestro país incluir la cláusula de aceptación obligatoria de la CIJ en tratados bilaterales. Sin embargo, México sí ha llevado como práctica reiterada aceptar la jurisdicción de la Corte en diversos tratados multilaterales.

Miembros de la Organización, incluyendo a todos los Miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Este orden de cosas ha ocasionado una aparente parálisis y obsolescencia de los documentos básicos que rigen la labor judicial de la CIJ con respecto a los radicales cambios que se han presentado en los ámbitos del derecho internacional y las relaciones internacionales. Ha sido la propia Corte, a través de reformas a su Reglamento y de la adopción de prácticas o usos procesales,³⁰⁹ la que ha logrado paliar, relativamente y en la medida de lo posible, el retraso en que la ha sumido la vorágine que caracteriza el escenario sociológico y político mundial de la actualidad. Empero, lo realmente importante es que en este marco se han venido generando una serie de propuestas por parte de los Estados y especialistas de distintas nacionalidades, en torno a la reforma del Estatuto del alto tribunal supranacional. A continuación se enumeran las que tienden a un mayor consenso, incluyendo las que revisten mayor importancia y las que han sido elaboradas con mayor seriedad por parte de la teoría, la doctrina y ciertos grupos de trabajo como la Internacional Law American Society (ILAS) y la Internacional Law Association. (ILA).

Ampliación del número de magistrados.

Shabtai Rosenne señala que la actual composición de la Corte es producto de dos acuerdos diplomáticos. Por un lado, la regla no escrita de que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad siempre cuentan con un juez o magistrado de su nacionalidad y, por otro lado, que la composición de la Corte es idéntica, en cuanto a número, a la del Consejo de Seguridad.³¹⁰ Las propuestas en este rubro consisten en ampliar el número de magistrados de la Corte a fin de que dicho órgano cumpla efectivamente con el principio de representación geográfica y de las principales formas de civilización sobre las que fue creado. La doctrina no se pone de acuerdo si tal ampliación debe seguir los parámetros de la que se propone para ampliar el Consejo de Seguridad, o bien, si debe responder a criterios particulares acordes a la propia realidad de la Corte. Este parece ser, a nuestro modo de ver, el criterio más lógico y conveniente.

La ampliación de la Corte, de ser factible, no debe superar los 25 magistrados, ya que lo contrario, se le puede convertir en un foro multitudinario en el que sea imposible llegar a acuerdos. Asimismo, la reforma en este rubro debe tender a eliminar los acuerdos diplomáticos y no escritos que otorgan a los miembros del Consejo de Seguridad una magistratura permanente en dicho órgano judicial. Es también de alta relevancia considerar que este punto de la reforma va asociado a la necesaria revisión de la prerrogativa que tiene el Consejo de Seguridad de establecer tribunales penales *ad hoc* o especiales, junto con sus estructuras judiciales, al margen del Estatuto de la CIJ y bajo la supuesta cobertura de la Carta de la ONU.

Modificación de los procedimientos de elección de magistrados o jueces.

En la fórmula actual, los grupos nacionales ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, previa consulta a las universidades y centros de investigación dedicados al derecho internacional, proponen a sus candidatos a fin de presentar una lista a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, los cuales, al mismo tiempo pero en reuniones separadas, realizan sus respectivas votaciones para elegir a los jueces de la CIJ. En caso de que queden lugares vacantes o no haya acuerdo, se realizan nuevas rondas de votación; de persistir la incapacidad para elegir un juez, será la propia Corte, con base en una lista de candidatos presentada por Naciones Unidas, la que tome la decisión final.

La experiencia práctica y la doctrina confirman que los grupos nacionales, influidos por sus respectivos gobiernos, suelen proponer como candidatos a personajes cercanos a los Estados y que la elección al interior de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad se rige por estrictos criterios políticos y acuerdos diplomáticos, más que por los méritos individuales y profesionales de los candidatos. En

³⁰⁹ "Practice directions", *Basic documents of the International Court of Justice*, [en línea: www.icj-cij.org] Consultada el 7 de febrero de 2010.

³¹⁰ *Cfr.* ROSENNE, Shabtai, *op. cit.*, p.55.

este sentido, se ha propuesto que sean las universidades y centros de investigación los que formen las listas de candidatas a ser presentados a las Naciones Unidas. Asimismo, se propone insistentemente, que sea única y exclusivamente en la Asamblea General, en su calidad de órgano de representación universal, donde se voten y elijan a los nuevos magistrados de la Corte.

Eliminación de la posibilidad de reelección de los magistrados y, en su lugar, ampliación de su mandato a un periodo de doce años.

Esta propuesta se fundamenta en la idea de incentivar la movilidad de los magistrados de la Corte y, de este modo, permitir a nacionales de los diferentes Estados ocupar una magistratura ante dicho órgano judicial. La inamovilidad de algunos magistrados ha ocasionado que algunos de los más destacados estudiosos del derecho internacional y abogados internacionalistas no hayan tenido la oportunidad de ocupar, hasta ahora, un lugar en la Corte. A este respecto, es indudable que la movilidad de los cuadros en cualquier organismo internacional, aun del tipo jurisdiccional, contribuye a la actualización y renovación permanente de posturas, intelectos y potencialidades, lo cual además, redundando directamente en la calidad de los servicios de justicia dispensados a los Estados y a los propios organismos y órganos del Sistema facultados al efecto.³¹¹

Establecimiento de límites a la edad de los magistrados.

Esta propuesta se encuentra estrechamente vinculada con la anterior, puesto que también busca la movilidad en la composición de la Corte, así como el dinamismo y actualización de dicho órgano judicial con la renovación constante de su cuerpo de magistrados. La edad de retiro más apropiada siempre ha sido tema central en los tribunales.³¹²

Incremento del número de candidatas a magistradas y de magistradas.

Esta propuesta responde a las actuales tendencias a favor de la equidad de género y empoderamiento de la mujer. Aunque la Corte ya contó con una presidenta,³¹³ lo cierto es que el género femenino aún se encuentra poco representado en dicho órgano judicial. No obstante lo anterior, dicha propuesta no debe ser atendida, como muchas otras, con fines políticos, demagógicos o retóricos que sólo buscan contar una cuota de género a fin de demostrar la aparente diversidad, pluralidad y democracia en la asimétrica composición de organizaciones internacionales y gobiernos nacionales.

Ampliación de la competencia consultiva.

Esta propuesta tiene dos vertientes, a saber: facultar al Secretario General de las Naciones Unidas para solicitar opiniones consultivas de la Corte y posibilitar a otros tribunales internacionales y cortes nacionales a recurrir a dicha competencia en aquellos casos en que existan dudas en torno a los alcances y límites del derecho internacional vigente. Otorgar dicha facultad al Secretario General de la ONU no está en duda. El Secretario es uno de los seis órganos principales de las Naciones Unidas, por tal motivo, debe tener la facultad para solicitar opiniones de la Corte en asuntos que caigan dentro de sus atribuciones, aunque la Carta no sea del todo explícita a este respecto.

El caso de los tribunales internacionales también es viable, ya que, de esta manera, se podrían formalizar los canales de colaboración entre tribunales supraestatales que son sumamente requeridos para la consolidación de un verdadero sistema judicial internacional, así como para evitar la existencia

³¹¹ El mandato más largo ha sido el del juez Manfred Lachs, de Polonia, con una duración de 26 años, mientras que el más corto fue el del juez Richard Baxter, de Estados Unidos, con una duración de tan sólo 19 meses.

³¹² El promedio de edad de los magistrados durante su mandato fue de 66 años durante el año 2000. www.icj-cij.org

³¹³ En 1995, la reconocida internacionalista Rosalyn Higgins, del Reino Unido, se convirtió en la primera mujer en ser electa como miembro de la CIJ.

de antinomias jurídicas como producto de jurisprudencias contrapuestas. Finalmente, la propuesta para dotar a los tribunales internacionales de acceso a la competencia consultiva de la Corte, no es del todo clara, puesto que, aunque favorecería la recepción del derecho internacional en el ámbito interno y la posible auto-ejecución del derecho de gentes, el dualismo aún imperante en algunos países podría poner en riesgo el prestigio de la CIJ ante la omisión de los tribunales nacionales a sus recomendaciones u opiniones.³¹⁴

Ampliación de la competencia contenciosa.

Esta propuesta también presenta dos vertientes, por un lado, otorgar acceso a la competencia contenciosa de la Corte a las organizaciones internacionales y, por otro lado, a otros sujetos internacionales como las empresas, organizaciones no gubernamentales y los individuos. Es claro, sin embargo, que los alcances de estas propuestas rebasan por mucho los recursos humanos y materiales de la Corte, aunque sí son viables y responden a necesidades bien pulsadas en las relaciones habituales entre los Estados y entre éstos y los organismos internacionales.

La práctica internacional habitual no atestigua controversias entre organizaciones internacionales o entre Estados y organizaciones internacionales. Sin embargo, las instituciones internacionales, principalmente la ONU, han utilizado a la Corte como instancia revisora o de apelación de las decisiones tomadas por algunos de sus órganos o instancias; tal es el caso de la Asamblea General que, en más de una ocasión, ha solicitado a la CIJ que emita una opinión consultiva sobre ciertos fallos de su Tribunal Administrativo. En este sentido, y por la necesidad presente de algunos organismos especializados, se piensa que sería viable y recomendable facultar a tales organizaciones para que puedan recurrir a la competencia contenciosa de la Corte.

Caso diferente es el de las empresas, las organizaciones y los individuos, ya que la Corte necesitaría de una reingeniería presupuestal para poder conocer todos los asuntos incoados ante ella por parte de tales sujetos internacionales atípicos o *sui generis*. La Corte fue creada para conocer de controversias entre sujetos jurídicos clásicos, por tal motivo, es más recomendable que las controversias de los nuevos sujetos internacionales sean conocidas por tribunales internacionales especializados, como los de Derechos Humanos o los paneles en materia comercial, y sólo se recurra al máximo tribunal cuando se requiera una opinión consultiva en torno a los alcances y límites de una norma o un precepto o instituto de derecho internacional determinado.

Reconocimiento de las nuevas fuentes del derecho internacional como parte del derecho aplicable por la CIJ.

De vital importancia es la revisión y actualización del artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la CIJ a fin de dar cabida a formas novedosas de creación normativa, mismas que, aunque sea de forma implícita, han sido reconocidas y aplicadas por la propia Corte, tales como: las resoluciones de organizaciones internacionales³¹⁵ y los actos jurídicos unilaterales,³¹⁶ es decir, se debe reconocer y consagrar la importancia actual del denominado *soft law* como mecanismo novedoso, ágil y alternativo en el surgimiento de obligaciones jurídicas internacionales. En cuanto a sus alcances, creemos que la interpretación del artículo 38 no es muy uniforme en la doctrina de derecho internacional, como lo hace notar el *iusinternacionalista* Alfred Verdross,³¹⁷ sobre todo en lo que se refiere a dos aspectos: el carácter ejemplificativo o enumerativo en las fuentes señaladas en dicha disposición y en la importancia jerárquica en que pudieran estar enumeradas las fuentes. Al respecto, hay una corriente mayoritaria en la ciencia del derecho de gentes que considera que el numeral 38 *in comento*, tiene

³¹⁴ MARQUES Rueda, *op. cit.*, Capítulo 4.

³¹⁵ Por ejemplo, en el caso relativo a las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos, 1984) y en la opinión consultiva relativa al *Sahara Occidental* (1975).

³¹⁶ Por ejemplo, en los casos relativos a los *Ensayos nucleares* (Australia c. Francia y Nueva Zelanda c. Francia).

³¹⁷ VERDROSS, Alfred, "Les principes généraux de droit dans système des sources du droit international public", en *Hommage a Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, p. 521.

una terminología puramente descriptiva y “no tiene por objeto restringir en forma alguna la operación de las fuentes que se describen”.³¹⁸

La interpretación contraria, es decir, la que considera que no hay más fuentes del derecho internacional que las señaladas en el precitado artículo 38 representa, sin duda, un obstáculo importante al desarrollo del derecho internacional. En efecto, la adecuación del derecho internacional a las relaciones internacionales en constante transformación no sería posible con la existencia de un sistema cerrado de fuentes del derecho. Por otra parte, hay que ponderar la reivindicación que hacen los países de Asia y África en el sentido de que no participaron en la elaboración del sistema jurídico internacional, y un sistema limitado de fuentes obstaculiza la creación de normas jurídicas de carácter más justo y democrático.

En lo que concierne a la importancia jerárquica en que pudieran estar enumeradas las fuentes, aunque algunos autores opinan que los tratados constituyen la fuente más importante de normas de derecho internacional,³¹⁹ en la práctica internacional esto no es así, ya que el juzgador ha aplicado indistintamente las fuentes sin tomar en cuenta un orden jerárquico.³²⁰ Por ejemplo, tenemos que en caso Nicaragua contra Estados Unidos (por el minado de puertos, 1993), la Corte tuvo que resolver la controversia con base exclusivamente en la costumbre internacional. Así, en nuestra opinión, por un lado, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ no debe verse como una camisa de fuerza que reprima la manifestación de la normatividad jurídica internacional, además de que se deben tomar en cuenta las transformaciones cualitativas de la sociedad global; y por el otro, hay una corriente doctrinal muy crítica de dicho artículo que incluye a las mismas fuentes como objeto de su disertación; pero el problema es que no se ha generado una doctrina que se separe totalmente de este precepto legal, pues a lo más a que se ha llegado es a ponerlo en la mesa de las discusiones y a interpretarlo en forma amplia, es decir a no considerarlo cerrado. En definitiva, el mundo de la actual sociedad del conocimiento es muy diferente al que existía en 1921, año en que se puso en vigencia el antecedente del actual artículo 38. Por todo lo dicho, es que este punto de la reforma a la Corte resulta fundamental para darle a todo el Sistema renovado de Naciones Unidas, un toque de mayor modernidad, legalidad, equilibrio y legitimidad.

Especialización de los magistrados de la CIJ en áreas novedosas y técnicas del derecho internacional.

La competencia material de la Corte es omnicompreensiva, lo mismo conoce de un asunto en materia de delimitación fronteriza, que de uno relativo a la comisión al derecho de asilo, la protección diplomática, empréstitos, contaminación ambiental, sucesión estatal, etc. Sin embargo, en asuntos como el relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Serbia, Fallo del 14 de febrero de 2007), la Corte demostró no estar lo suficientemente preparada y especializada para tratar a fondo, y con el cuidado que ameritan, cuestiones trascendentales en materia de crímenes internacionales y derechos humanos. La especialización de los magistrados de la Corte es imprescindible, puesto que, de lo contrario, se corre el riesgo de una mala administración de justicia producto de una aplicación artificial y por demás extensiva del célebre principio general de derecho *iura novit curia*.

Tomemos en cuenta que uno de los efectos más notables de la transformación de las relaciones internacionales en el derecho internacional, es el acrecentamiento de los bienes jurídicos a tutelar. Existe actualmente una creciente diversidad de materias reguladas en centenares de convenciones internacionales, en las que se pueden afectar las leyes de sociedades mercantiles, transacciones

³¹⁸ VIRALLY, Michel, “Las fuentes del derecho internacional”, en *Manual de Derecho Internacional Público*, editado por Max Sorensen, FCE, México, sexta reimpression, 1998, p. 153.

³¹⁹ JIMÉNEZ de Aréchaga, Eduardo, *Curso de derecho internacional público*, Tomo I, Uruguay, 1979, p. 55.

³²⁰ El mismo criterio expresó Adolfo Miaja de la Muela: “(...) no implica grados diferentes de jerarquía al menos entre tratado y costumbre (...) los principios generales del derecho pueden ser utilizados como reglas supletorias de la carencia de tratado y costumbre”, en su libro: *Introducción al derecho internacional público*, 7ª. edic., Madrid, 1979, p. 98.

petroleras, prevención y represión de actos ilícitos, solución de controversias, derechos de autor o de patentes. Se pueden regular los contratos colectivos de trabajo, prácticas comerciales restrictivas, delitos contra la comunicación o el medio ambiente, infracciones de cuello blanco o la protección de inversiones privadas extranjeras. Y muchas de las cuestiones así reglamentadas, sobre las que es común que existan controversias, son de la incumbencia de especialistas en otros campos del derecho o de científicos y técnicos a quienes por lo general no interesa el derecho, la jurisdicción ni la jurisprudencia internacionales. Por esta razón, sería muy riesgoso dejar enteramente estas materias en manos de peritos en sociedades mercantiles, en penalizaciones e infracciones, en derecho procesal o jurisdiccional, cooperación judicial o en derechos de autor y considerarlas fuera del dominio de los juristas y, principalmente, de los jueces del alto tribunal de la ONU.

Entonces, jueces y magistrados de la CIJ más capacitados y adiestrados en cuestiones técnicas y especializadas, son esenciales para lograr una labor jurisdiccional de alto nivel. Así, bajo ninguna circunstancia, en lo absoluto, sería válido dejar en manos de los técnicos la formulación de la ley, y mucho menos la administración de la justicia, pues el técnico o el tecnólogo, y por derivación el tecnócrata, carecen por lo general de criterio jurídico y judicial y desconocen lo justo y lo recto de las situaciones nacionales e internacionales. Estas son funciones donde el legislador y los jueces son elementos insustituibles, y entre más capacitados estén, mejor.

Habilitación a la CIJ para realizar su función a través de Salas Regionales.

Esta propuesta resulta por demás interesante, puesto que permitiría a la Corte ampliar sus horizontes y desahogar su saturada agenda de asuntos pendientes. Sin embargo, aún no son claros los alcances de esta nueva iniciativa, ya que el funcionamiento en salas regionales puede derivar en la fragmentación y regionalización del derecho internacional en razón de que, en principio, estarían compuestas por magistrados que podrían responder a una misma tradición y concepción del derecho internacional.

Eliminación de toda reminiscencia arbitral del funcionamiento de la CIJ, tal como los jueces ad hoc y las Salas Especiales.

Esta es una iniciativa que tiene simpatizantes y detractores, y en ambas posturas cabe cierta dosis de razón jurídica y política. Por nuestra parte, consideramos que por atractiva que parezca esta propuesta, habría que considerar, ante todo, que la sociedad internacional aún no se encuentra en un estadio que le permita aceptar la existencia de un tribunal internacional en el que los gobiernos y los poderes no puedan influir de alguna manera. Además, recordemos que tanto la figura de los jueces *ad hoc* como la existencia de las Salas Especiales fueron incorporadas para otorgar confianza hacia la Corte, y para asegurar a los Estados que pudieran influir, en la medida de lo posible y conforme a derecho, en los litigios en que se vieran involucrados. Como se puede observar, esta es una de las proposiciones que no ha madurado lo bastante por lo que carece de claridad y quizás de dobles intenciones.

Dotación a la CIJ de mecanismos que le permitan sancionar la incomparecencia de los Estados ante ella y el incumplimiento de sus sentencias.

Hasta ahora ha sido sumamente difícil que los Estados adopten medidas destinadas a fortalecer las facultades de la Corte en estas dos importantes dimensiones de su actuación. Por este motivo, la doctrina ha sugerido que los Estados que incurran en alguna de estas dos conductas puedan ser sancionados por las organizaciones internacionales de que forman parte, y dentro de las facultades expresas otorgadas a estas instituciones, a través de la suspensión de derechos o disminución de prerrogativas.

Se observa todavía hoy que es claro que los Estados que se obligan a comparecer ante la CIJ, a través de la suscripción de la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria, raramente de desisten o retractan de ello, pues fue su voluntad hacerlo y en apego al propio carácter discrecional de la jurisdicción del tribunal; y las sanciones, por lo general, son observadas por las partes en litigio, cada

una en lo que le corresponde. Al menos este es el común denominador de los más de 100 fallos que ha pronunciado la Corte en 65 años de vida. El problema central parece ser, entonces, saber cómo sancionar al Estado que incumple su obligación de comparecer ante la CIJ habiendo aceptado previamente su jurisdicción, y qué mecanismos disponer para que una sentencia sea cumplida en todos sus términos y a cabalidad, por la o las partes obligadas.

Consagrar la jurisdicción obligatoria de la CIJ, en circunstancias graves o urgentes que así lo ameriten.

En general, somos de la opinión de que hay una importante razón de ser histórica y política de la presencia de un abanico amplio de mecanismos de solución pacífica de controversias en el derecho internacional moderno, que incluye medios diplomáticos o políticos (mediación, conciliación, buenos oficios, etc.), medios jurídicos (arbitraje y jurisdicción), y medios provistos por los organismos internacionales. Cada una de estas herramientas ha sido diseñada por la práctica centenaria de los Estados y responde a situaciones y circunstancias determinadas, por lo que suelen ser comúnmente utilizadas y cumplen generalmente con su cometido. De ahí que, pensar en la instauración de la opción, única e irrestricta, de la jurisdicción obligatoria de la CIJ para la resolución de todos los conflictos internacionales, se sobrepasa y con ello cierra dicho abanico de alternativas de resolución, por lo que tendría pocas posibilidades de éxito. Sin embargo, creemos que la jurisdicción obligatoria sería viable, y necesaria, en tratándose de situaciones graves o urgentes, o donde, probadamente, los otros mecanismos hayan mostrado su ineficiencia, limitación o inoperancia.

A fin de cuentas, este es sin temor al equívoco, uno de los retos más importantes de cualquier reforma que pretenda realizarse a la CIJ, y el tema en donde, más que propuestas realizables, existen buenos deseos e intenciones. La falta de voluntad y reticencia política de los Estados es el principal obstáculo a superar; sin embargo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es prueba de que puede reconocerse y adoptar una jurisdicción obligatoria sin reservas, siempre y cuando, la sociedad civil presione a sus respectivos Estados para asumir compromisos internacionales en pro de la justicia internacional. De esta suerte, la reforma del Estatuto del máximo tribunal conlleva un arduo proceso de negociación diplomática a fin de alcanzar los acuerdos políticos necesarios que le permitan contar con una estructura y funcionamiento acordes a una sociedad internacional plural, universal, democrática y en constante transformación. Por ello, muchos sostienen que, de no realizarse las reformas, o parte de ellas, que se han mencionado en este apartado, la Corte está irremediabilmente condenada a ser uno más de tantos tribunales internacionales que no están llamados a trascender y a tener un impacto real en las relaciones jurídicas internacionales.

Bajo esta apreciación, para concluir este apartado subrayamos que no hay duda del importante papel que ha jugado y que, indudablemente, habrá de desempeñar en el futuro la CIJ como agente formador y dinamizador del derecho internacional y la justicia mundial, así como de su trascendente contribución a la solución de controversias entre Estados y, con ello, a la salvaguarda de la paz y seguridad internacionales. Es un hecho seguro que su estructura y funcionamiento, como herencia fundamental del viejo Tratado de Versalles y de la Carta de San Francisco, deben ser reformados junto con el resto del Sistema de Naciones Unidas. Mientras tanto, el máximo tribunal continuará siendo el principal recurso de la comunidad internacional para impartir justicia y razonar e interpretar el derecho de gentes, además de pautar la actividad jurisdiccional y los procedimientos internacionales, no sólo de la propia CIJ, sino de la totalidad de los diferentes órganos judiciales regionales, interestatales y supranacionales, que integran el todavía desordenado sistema judicial mundial. I.

3.4. La experiencia histórica de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.

Introducción

A 106 años de su instauración, en estos tiempos de convulsa modernidad, la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (CPA en adelante), se encuentra perfectamente situada en la frontera

disciplinaria del derecho internacional público y del derecho internacional privado, con el propósito sustantivo de resolver por la vía legal-convencional las controversias políticas, económicas, comerciales e incluso, ambientales de una comunidad internacional que se amplifica y evoluciona con inusitada rapidez y complejidad. Importantísima instancia arbitral de la que se conoce, por desgracia, muy poco principalmente en el ámbito de América Latina y en aquellos países de reciente incorporación a la vida independiente. Inclusive la literatura de habla hispana y la doctrina jurídica del 'civil law' o derecho continental, llega a pasarla por alto o en el mejor de los casos, a dedicarle sólo un breve espacio de reflexión teórica y empírica. Es común incluso que, como consecuencia de lo anterior, se le confunda con frecuencia con la Corte Internacional de Justicia o con su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional. De ahí que se justifique plenamente la realización de investigaciones como la contenida en el presente capítulo, que adopta la forma de un esbozo general actualizado acerca de los antecedentes históricos de la CPA —que por cierto son interesantes y muy ilustrativos—, pasando por su evolución político-jurídica, su estructura, su bagaje instrumental y orden reglamentario, su funcionamiento, hasta finalmente, semblantear su experiencia arbitral y sus aportaciones jurisprudenciales.

La Corte de Arbitraje de La Haya cubre prácticamente la mitad del mundo, si consideramos que a la fecha, hay 97 Estados contratantes a una o ambas convenciones de 1899 y 1907, que representan su base constitutiva. De hecho, se han adherido a la primera 69 Estados y a la segunda 78 potencias soberanas; y entre quienes han ratificado los dos Tratados-Convención están, por cierto, los Estados Unidos, la Federación Rusa, la República Popular China y México, entre otros. El panorama es claro: a lo largo de un siglo de fructífera existencia, la CPA ya se ha convertido, sin lugar a dudas, en una de las instancias jurisdiccionales más versátiles, flexibles y dinámicas de la actualidad, y un centro generador de jurisprudencia internacional, amén de que de sus listas oficiales de árbitros y jueces —por ley, propuestos por todos los Estados contrayentes— se alimentan otras instituciones jurisdiccionales de vanguardia mundial como la propia Corte Internacional de Justicia, el TRIDEMAR y, más recientemente, la Corte Penal Internacional. En efecto, bajo sus propios reglamentos de procedimiento, de formulación y técnica avanzadas, basados en el Reglamento de la UNCITRAL extensamente usado y observado, entre otros instrumentos, la CPA administra con notable eficiencia el arbitraje, la conciliación y la determinación de hechos en controversias que involucran diversas combinaciones de Estados, asociaciones y partes privadas y organizaciones intergubernamentales. No sólo los Estados buscan hoy con más frecuencia recurrir a la CPA, sino que también, como nunca antes en la historia, buena parte del arbitraje comercial internacional está siendo conducido bajo sus auspicios.

3.4.1. Antecedentes históricos y creación de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.

Narra el profesor Alejandro Sobarzo Loaiza,³²¹ miembro de la CPA, que en 1999, ante una nutrida concurrencia que provenía de todos los continentes, se llevaron al cabo en La Haya los eventos conmemorativos del centenario de la Primera Reunión de la Paz, que tuvo como fruto más destacado la creación de la Corte Permanente de Arbitraje. La Primera Conferencia de la Paz, organizada por iniciativa del zar de Rusia, Nicolás II, tuvo lugar en La Haya en 1899. Fue un intento de lograr, por medio de la discusión internacional, los beneficios de una paz real y duradera y de poner fin a la carrera armamentista.³²² Por las propias condiciones políticas de la época, la invitación rusa fue

³²¹ Sobarzo Loaiza, Alejandro, El centenario de la Corte Permanente de Arbitraje, en el *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, 2001, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 323-341.

³²² En la invitación del Zar, hecha a través de su ministro de Asuntos Exteriores, el conde Mouravieff, en agosto de 1898, se manifestaba una seria preocupación por la carrera armamentista: “Conservar la paz es el fin manifiesto de la política internacional, y sobre este supuesto los grandes Estados han ajustado poderosas alianzas. Pero para garantizar mejor la paz, también han aumentado, en progresión desconocida hasta ahora, sus fuerzas militares, y continúan aumentándolas sin retroceder ante sacrificio alguno”. Más adelante se señala que las crisis económicas, debidas en gran parte al armamentismo a ultranza y el peligro continuo que implica el acopio de material de guerra, están transformando la paz armada de nuestros días en una carga abrumadora que los pueblos pueden cada vez menos soportar. “Consignientemente, parece indiscutible que si esta situación se prolonga, tiene que conducir fatalmente al mismo cataclismo que se trata de evitar, y cuya simple previsión

recibida con asombro y desconfianza por los otros estadistas.³²³ Los grupos pacifistas, por su parte, que desplegaban una gran actividad en Europa, promovieron las más grandes expectativas, y varios de sus más destacados representantes harían acto de presencia en La Haya. Por ejemplo, la baronesa austriaca Berta von Suttner, que había alcanzado celebridad literaria pero tenía varios detractores, entre los que destacaban los militares y las clases acomodadas, específicamente de los sectores conservadores alemanes. Tiempo después, en 1905, se convertiría en la primera mujer en recibir el Premio Nobel de la Paz.

Imaginémonos actuando en aquellos tiempos y así entenderemos que el carácter único de la convocatoria se prestaba a que se hicieran conjeturas, pues era la primera reunión a escala mundial destinada a analizar temas como el desarme y el arbitraje, medulares para la convivencia entre las naciones. Empero, los gobiernos aceptaron la invitación, con reservas, aunque de hecho muy pocos pensaban que de la Conferencia surgiría algún resultado positivo. Para la sede se pensó, después de eliminar varias posibilidades, en La Haya, por su estabilidad política y económica y por su tradición internacional como centro de estudio del derecho de gentes y lugar de celebración de importantes tratados multilaterales como el de Utrecht. Así fue como, a mediados de mayo de 1899, se fueron congregando ahí los representantes de los 26 países invitados, entre los que estuvo México, que en total sumaron cien delegados.

Y en todos ellos había un común denominador: el pesimismo. Varias figuras de la época comenzaron a aparecer en la escena. El holandés Willem de Beaufort, ministro de Relaciones Exteriores del país sede, que fue el presidente honorario de la Conferencia; Tobías Asser, jurista prestigiado; el barón de Staal, de Rusia, que fue el presidente efectivo del evento; Feodor Martens, también ruso, que era un afamado internacionalista de la época;³²⁴ Leon Burgeois, que ya había sido primer ministro de Francia y después sería el primer presidente del Consejo de la Sociedad de Naciones; el conde Munster, diplomático alemán que gozaba de gran fama en Europa; Julian Pauncefote, talentoso diplomático inglés, que ya había tenido destacada participación en la solución pacífica de algunos conflictos internacionales; el barón Descamps, brillante jurista y diplomático belga, uno de los delegados de mayor influencia en la reunión, y el duque de Tetuán, gran figura de la diplomacia española, que en varias ocasiones había encabezado la cancillería de su país. Cabe señalar, que la delegación mexicana, acreditada directamente por el presidente Porfirio Díaz, estuvo integrada por dos personas: Antonio de Mier y Celis y Jesús Zenil.

En la sesión inaugural, hubo sólo dos discursos: el pronunciado por De Beaufort y el del barón de Staal que, por cierto, suscitaron el entusiasmo de los presentes. En esa misma reunión se eligió la mesa directiva de la Conferencia y se decidió que las sesiones, tanto las plenarias como las de comisiones, se llevaran a cabo en absoluto secreto. En la siguiente sesión plenaria se acordó la integración de tres comisiones, entre las que se dividieron los trabajos de la Conferencia. La primera se dedicaría al desarme y a la prohibición del empleo de determinadas armas; la segunda, a la adopción en las guerras marítimas de las estipulaciones de la Convención de Ginebra de 1864 y la revisión de la declaración concerniente a las leyes y costumbres de la guerra, aprobada por la Conferencia de Bruselas de 1874, y la tercera se ocuparía de los buenos oficios, la mediación, el

horroriza a todo pensamiento humano”, Brown, James (comp.), *Las convenciones y declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, Oxford University Press, Nueva York, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1916, p. XVI.

³²³ Dicha reacción era explicable, no sólo porque la convocatoria provenía de la primera potencia militar de la época sino, además, porque corría el rumor de que por esos días había acelerado la reorganización de su capacidad militar con miras a su expansión en el Pacífico. La reacción osciló entre fuertes reservas y un completo escepticismo. La primera parte, la reducción de los armamentos, les parecía peligrosa, y la segunda, el arbitraje, era, a juicio de los políticos, algo impensable. Consultar a Eyffinger, Arthur, *The 1899 Hague Peace Conference*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 17.

³²⁴ Debido a su destacada participación e infatigable actividad, Martens fue para muchos “El amo de la conferencia.” Ver Poustogarov, Vladimir, *Au service de la Paix; f. de Martens juriste et diplomate russe*, Ginebra, École de traduction et d’interprétation de l’Université de Geneve, 1999, pp. 171-180.

arbitraje y otros medios destinados a prevenir los conflictos armados entre las naciones.³²⁵ La Conferencia se desarrolló a lo largo de más de dos meses, del 18 de mayo al 29 de julio de 1899.

En lo que concierne al tema del desarme, las deliberaciones no devinieron en logros de consideración, pero hubo un intenso intercambio de impresiones de los delegados que permitió conocer más de cerca las opiniones políticas y diplomáticas de los diferentes Estados. Llamó la atención la actitud “llena de contrastes” de los Estados Unidos de América, que acababa de derrotar a España en la guerra de 1898. A diferencia del papel destacado que la delegación norteamericana desempeñaría en las otras dos comisiones de la Conferencia, especialmente por su contribución al éxito del proyecto de arbitraje, la postura asumida por sus delegados en la primera comisión, fue sumamente conservadora, pues adoptaron una posición intolerante en torno a lo que juzgaban el interés nacional de su país. Es claro que a la flamante potencia norteamericana lo que más interesaba en ese momento era aumentar su poderío.

Por lo que respecta al desarme, el otro objetivo básico de la reunión, realmente no hubo avances de importancia. Llama la atención, por ejemplo, que la propuesta rusa sobre un acuerdo internacional del no aumento de tropas ni de presupuestos militares durante cinco años, así como la congelación de los presupuestos navales durante tres años,³²⁶ no recibió el apoyo del resto de los delegados, encabezados por el tono opositor del representante de Alemania. Finalmente, fue turnado el asunto a un subcomité, el cual informó al final que, según opinión unánime, la propuesta era impracticable y que era deseable un estudio más profundo del tema del desarme por parte de los gobiernos.³²⁷ Sin embargo, no todo fue fracaso en esta temática, pues gracias a un fuerte llamamiento que hizo Leon Bourgeois, se aprobó una propuesta —algo débil— sobre los gastos militares, que después sería también aceptada por la Conferencia. La resolución se dio en los siguientes términos: “La conferencia estima que sería de desearse, para el desarrollo del bienestar material y moral de la humanidad, que se limitasen los gastos militares que actualmente pesan sobre el mundo”.³²⁸ Si bien quedó ahí plasmada la preocupación de algunos delegados, en la práctica poco caso hicieron los gobiernos, pues en la Segunda Conferencia de La Haya, que tuvo lugar ocho años después, se comprobó que los gastos en armamentos habían aumentado, en promedio, en un 30%. Es más, el armamentismo ni siquiera figuró en la agenda de la reunión de 1907, donde, sólo para cubrir el expediente, se aceptó una resolución parecida a la de 1899.

Por otro lado, no debiera soslayarse los avances logrados en materia de regulación y humanización de la guerra. Así, se aprobaron dos instrumentos: la “Convención concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre”³²⁹ y la “Convención para la aplicación a la guerra marítima de los principios de la Convención de Ginebra del 22 de agosto de 1864”.³³⁰ Frederic de Martens, el

³²⁵ Los trabajos de la conferencia se basaron en los temas señalados en la segunda circular del conde Mouravieff. Eyffinger, *op. cit.*, nota 5, pp. XVIII-XX.

³²⁶ Eyffinger, *op. cit.*, nota 5, pp. 243-244. Ver también Choate, Joseph, *The two Hague Conferences*, Princeton, Princeton University Press, 1913, p. 9.

³²⁷ Sobarzo Loaiza, Alejandro, *op. cit.*, pp. 330-331

³²⁸ Sobarzo Loaiza, *op. cit.*, p. 331.

³²⁹ Para el texto de la Convención y su Reglamento véase *Las convenciones y...*, *op. cit.*, nota 1, pp. 100-129.

³³⁰ Al respecto, Sobarzo Loaiza, *op. cit.*, p. 332, cita a la letra: “En la primera se buscó proteger la vida, la salud y la propiedad de los prisioneros de guerra y se fijaron normas que debían regir la conducta de la autoridad militar en los territorios ocupados. También se establecieron normas que prohibían el uso de venenos y armas emponzoñadas, así como el bombardeo de hospitales y plazas indefensas. La segunda se refiere básicamente a la protección de los barcos-hospitales, y da el tratamiento de prisioneros de guerra a los naufragos y a aquellas personas enfermas o heridas que, en guerra marítima, cayeran en poder del enemigo. Uno de los artículos de este instrumento suscitó una marcada oposición de algunos países. Se trata del que establecía que los buques-hospitales debían enarbolar, además de la bandera nacional, la de la Cruz Roja, como lo establecía la Convención de Ginebra de 1864. Esta exigencia fue objetada por algunos países musulmanes y budistas, que exigían, o un emblema neutral, o uno específico de acuerdo con su propia religión. En este último caso, Siam adoptaría una llama roja sobre la bandera blanca; Persia, a su vez, colocaría un sol rojo, y Turquía una media

reconocido jurista ruso, al referirse a esta última Convención, se mostró muy satisfecho por considerar que se trataba de un asunto largamente esperado en Europa y señaló, igualmente, que todas las conferencias de la Cruz Roja que se habían llevado a cabo durante los últimos veinte años habían proclamado la necesidad de hacer extensiva la Convención de 1864 a los enfermos y heridos en guerra marítima, lo cual se logró hasta la Conferencia de La Haya.³³¹

Sin embargo, según expresión del profesor Sobarzo, lo que significó el gran éxito de la reunión de 1899, el triunfo más elocuente de aquel primer desarrollo a favor de la paz mundial, fue la creación de la CPA, el primer mecanismo global para la solución de diferendos entre los miembros de la comunidad de naciones. El fundamento jurídico de la Corte fue la "Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales", aprobada con el propósito de evitar, hasta donde fuese posible, el recurso a la fuerza en las relaciones entre los Estados. En los artículos iniciales las partes convienen en emplear todos sus esfuerzos para asegurar el arreglo pacífico de las diferencias internacionales y se comprometen a acudir a los buenos oficios o la mediación, de una o más naciones amigas, antes de acudir a las armas. Se destaca en el instrumento que el papel principal del mediador "consiste en conciliar las pretensiones opuestas y en apaciguar los resentimientos que puedan haberse producido entre los Estados en conflicto" (artículo 4o.). Fue sin duda un avance que quedara consignado en el documento que el derecho de ofrecer los buenos oficios o la mediación nunca puede ser considerado por una u otra de las partes en litigio como un acto inamistoso; aunque es cierto que, en la realidad práctica, el hecho de interponer recursos de solución no siempre ha sido bien visto por los involucrados en una desavenencia.

Es interesante mencionar que en materia de litigios originados por una diferencia de apreciación sobre puntos de hecho, se juzgó conveniente el establecimiento de una comisión internacional de investigación que esclareciera tales cuestiones, "por medio de un examen imparcial y concienzudo" (artículo 9). Pronto se puso de manifiesto la utilidad del procedimiento, pues se empleó con éxito en el caso de un incidente que se suscitó entre Gran Bretaña y Rusia en el Mar del Norte, conocido como el Caso del Dogger Bank.³³²

3.4.2. Organización, desarrollo y funcionamiento de la Corte Permanente de Arbitraje.

Sin lugar a dudas, la parte más amplia y trascendente de la Convención es la referida a la Corte Permanente de Arbitraje. El maestro Alejandro Sobarzo nos comparte que los verdaderos líderes de la conferencia, como Martens, Bourgeois, Beaufort, Asser, Descamps y el baron D'Estournelles, independientemente de sus méritos personales y de sus arraigadas ideas pacifistas, eran hombres del todo prácticos; que no se dejaron llevar por esquemas idealistas o por proyectos irrealizables, como los que habían surgido en décadas previas. Martens y Descamps sabían todo lo relativo a proyectos de tribunales internacionales, a visiones de flotas supranacionales destinadas a patrullar los océanos y a

luna roja. Sin embargo, dado que la iniciativa del movimiento de la Cruz Roja había sido tomado por Suiza, se decidió que este país debía continuar con su liderazgo en todo lo concerniente a la Convención de Ginebra, y se recomendó al gobierno suizo convocar pronto a una reunión para ese efecto. Por tanto, sería hasta unos años después cuando se aceptaría la propuesta citada. No obstante, se daba un primer paso hacia la universalidad."

³³¹ También se aprobaron tres declaraciones: 1. La prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde los globos, o por otros nuevos medios parecidos; 2. La prohibición de emplear proyectiles que tengan por único fin difundir gases asfixiantes o deletéreos, y 3. La prohibición de emplear balas que se dilaten o se aplasten fácilmente en el cuerpo humano, tales como balas de cubierta dura que no envuelve enteramente el centro, o que está provista de incisiones.

³³² The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Resolution, The Hague, *Kluwer Law International*, 1999, pp. 297-302. Así es, durante la guerra ruso-japonesa de 1904, al dirigirse la flota rusa del Báltico a Oriente, se encontró en el camino con varios buques pesqueros ingleses, que tomó por barcos de guerra nipones, sobre los cuales hizo fuego, con saldo de dos muertos, varios heridos, una embarcación hundida y otras dañadas. Antes de que el incidente desembocara en un conflicto grave, Francia propuso que se acudiera a una comisión internacional de investigación. Aceptada la sugerencia por las partes, se integró una comisión de cinco almirantes de diferente nacionalidad, misma que aclaró los hechos y determinó la responsabilidad de Rusia. Este país acató el fallo y pagó una indemnización de alrededor de 300 mil dólares.

ejércitos con banderas blancas encargados de mantener el orden mundial. Sin embargo, ellos también sabían que estos proyectos no correspondían a los verdaderos alcances de la sociedad internacional de esa época; a cambio de ello, apostaron por lo pragmático, lo tangible. En realidad, como lo expresa Eyffinger, difícilmente alguno de estos hombres esperaba que algo como un tribunal permanente de justicia internacional pudiera aparecer en el mundo, incluso en el siglo XX. A la postre, como sucede con frecuencia en la historia de la humanidad, fue la locura de la guerra, mucho más que la lógica de la razón, lo que aceleraría el proceso.³³³

A lo largo de la conferencia fue quedando claro para todos los participantes que el resultado del debate sobre el arbitraje marcaría el progreso del derecho y del papel del internacionalismo durante los siguientes veinte años. Si bien es cierto que, pese a su paciencia y tacto, no pudieron lograr la aceptación del arbitraje obligatorio, sí lograron sacar adelante la propuesta de una corte permanente.³³⁴ Alemania, renuente al proyecto, cede ante las presiones diplomáticas, en parte por el apoyo creciente que la idea del tribunal había ido logrando entre las delegaciones y el temor de verse distanciada de Rusia y Estados Unidos, y que éste último se aliara con Gran Bretaña. Al final, quedó descartado el intento por un arbitraje obligatorio. A partir de entonces, Alemania adoptaría una actitud positiva en torno a la materia, y al final su voto, junto con el resto de las demás delegaciones, sería en favor del establecimiento de la Corte.

En relación con el mecanismo central del arbitraje, la “Convención sobre el arreglo pacífico de conflictos internacionales” señala que tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados por medio de jueces de su elección y sobre la base del respeto al derecho.³³⁵ Esta última parte reviste especial importancia porque, como era bien sabido por los delegados, desde tiempos remotos los árbitros con gran frecuencia no se apegaban al derecho, y más bien eran instrumentos para la transacción, o sea que se convertían más propiamente en amigables componedores.³³⁶

Por lo que respecta a la integración de la CPA, los Estados signatarios se comprometen a nombrar a cuatro personas, como máximo, de reconocida competencia en cuestiones de derecho internacional, que gocen de la más alta consideración moral y se hallen dispuestas a aceptar las funciones de árbitro. Las personas así nombradas integran una lista, a título de miembros de la Corte, misma que se notificará a todos los Estados partes.³³⁷ Cuando las potencias signatarias deciden acudir a la Corte para el arreglo de una diferencia, de la citada lista seleccionarán los árbitros que integrarán el tribunal que conocerá del asunto. También se acordó que cada parte nombrará dos árbitros y éstos elegirán juntos un tercero. En caso de desacuerdo respecto de este último, el nombramiento se confiará a una tercera potencia seleccionada por las partes.³³⁸

En cuanto a su estructura general, a reserva de actualizar los datos disponibles en el siguiente apartado, la CPA tiene su sede en La Haya, y cuenta con una oficina internacional ahí establecida que se desempeña como secretaría de la Corte. En el Convenio se prevé un consejo permanente de administración, ahora denominado el Consejo Administrativo, compuesto por los representantes diplomáticos de las potencias signatarias acreditados en La Haya y del ministro de Negocios

³³³ Eyffinger, *op. cit.*, nota 5, p. 360.

³³⁴ La tarea fue sumamente difícil. Se dice incluso que todo estuvo a punto de fracasar, cuando el primer delegado de Alemania, siguiendo instrucciones de su gobierno, se opuso con vehemencia a cualquier proyecto de un tribunal permanente. En medio del estancamiento que esto produjo, se pudo lograr que un delegado alemán, el profesor Philipp Zorn, que gozaba de amplio prestigio como jurista, fuera a Berlín a plantear el asunto ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. En el desempeño de su cometido, Zorn fue acompañado por Frederick Hollis, secretario de la delegación de Estados Unidos. Esto, sin duda, fue un acierto dadas las buenas relaciones de que gozaba el norteamericano en Berlín y por ser bien conocida su admiración por la cultura germana (Eyffinger, *op. cit.*, nota 5, p. 360)

³³⁵ Artículo 5 de la Convención sobre el Arreglo Pacífico de Conflictos Internacionales (CAPCI)

³³⁶ Sobarzo Loaiza, *op. cit.*, p. 335.

³³⁷ Artículo 23 de la CAPCI.

³³⁸ Artículo 24 de la CAPCI.

Extranjeros de los Países Bajos, quien funge como presidente. El Consejo decide todas las cuestiones administrativas que pudieran surgir acerca del funcionamiento del tribunal.³³⁹ Al no aceptarse el arbitraje obligatorio, la jurisdicción de la Corte se fundamenta en el consentimiento de las partes en conflicto, mediante la firma de un convenio de arbitraje. No obstante que el sometimiento a la Corte es voluntario, el acatamiento del laudo es, invariablemente, obligatorio, y el convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral.³⁴⁰ En la Convención se señala que las partes que recurran al arbitraje deberán firmar un acta especial en la cual se determine claramente el objeto de litigio y la extensión de los poderes de los árbitros. En la misma disposición se agrega que la firma del acta especial implica la obligación de las partes de someterse de buena fe a la sentencia arbitral,³⁴¹ es decir, lo mismo que se estipula respecto del convenio de arbitraje.

Como lo destaca el maestro Antonio Gómez Robledo, la relevancia de la CPA ha sido muy evidente, pues en los años posteriores a la Conferencia se firmó un número considerable de tratados de arbitraje, y algunos de sus fallos y laudos arbitrales han tenido notable incidencia en el ámbito de las relaciones internacionales. Al respecto, el profesor inglés J. G. Merrills,³⁴² hace notar que en la época en que se creó la Corte si bien había una serie de principios que habían surgido de la práctica de los Estados y de las obras de tratadistas clásicos, como Grocio, Vatel, Vitoria, Suárez, Gentili y Pufendorf, tales principios eran aún rudimentarios.

Sin embargo, al paso de los años ellos se fueron desarrollando de manera destacada, gracias, en buena parte, a los esfuerzos de maduración jurídica, adaptación política y ampliación de la cobertura de sujetos y competencias del organismo jurisdiccional que nos ocupa. Un claro empeño de poner la Corte al acceso del mayor número de Estados posible se puso de relieve en años recientes. Se trata de la creación del Fondo de Asistencia Financiera para el Arreglo de los Conflictos Internacionales, cuyos Estatutos y reglamento fueron aprobados por el consejo administrativo el 11 de diciembre de 1995.

No puede ignorarse el hecho de que algunos Estados en vías de desarrollo son reticentes de acudir al arbitraje internacional o a otros medios de arreglo ofrecidos por las Convenciones de 1899 y 1907; porque, por una parte, no tienen la suficiente confianza en la imparcialidad de los fallos ni en el equilibrio que debe prevalecer cuando los árbitros deciden sobre asuntos donde concurren Estados política y económicamente asimétricos; y por la otra, porque les resulta difícil en un momento dado reunir los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que ello implica. En el primer caso, habría que romper —a través de ejemplos claros de que esto no ocurre así— con aquella creencia que reza: “Nunca un país débil, en litigio con un país fuerte, ha ganado un arbitraje”. En la segunda hipótesis, se podrían citar los gastos derivados de los honorarios y gastos de los miembros del tribunal de arbitraje u otra instancia encargada del arreglo de la diferencia; los gastos necesarios para implementar el laudo u otra decisión o recomendación; pagos a agentes, consejeros, expertos y testigos; y los gastos operacionales y administrativos vinculados con procedimientos orales y escritos. Por tal razón, el secretario general de la Corte, con la aprobación del consejo administrativo, ha constituido el fondo de asistencia arriba citado, que está integrado por las contribuciones voluntarias de los Estados, organizaciones intergubernamentales, instituciones nacionales y personas físicas y morales. Según información oficial de la página *web* de la CPA (2005), un Estado ya se ha comprometido a entregar una cantidad considerable de dinero al fondo y otros dos han hecho donativos (no se dice quiénes son); en tanto que otros gobiernos han manifestado su disposición a hacerlo en cuanto las presentes reservas se vean agotadas. Desde la creación del fondo se ha brindado asistencia a tres Estados: un asiático y dos africanos.

³³⁹ Artículo 27 de la CAPCI.

³⁴⁰ Artículo 18 de la CAPCI.

³⁴¹ Artículo 31 de la CAPCI.

³⁴² “The Contribution of the Permanent Court of Arbitration to International Law and to the settlement of disputes by peaceful means”, *The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and dispute Resolution*, The Hague, *Kluwer Law International*, 1999, p. 3.

En lo que se refiere al vínculo sostenido con la ONU, las relaciones entre la CPA y la Corte Internacional de Justicia siempre han sido estrechas. Por una parte, ambas instituciones tienen su sede en el Palacio de la Paz de La Haya. Por otra, un número considerable de jueces de la CPI, de ayer y de hoy, fueron o son miembros de la CPA. Además, los grupos nacionales de este organismo arbitral tienen participación en la elección de los jueces de la CIJ. En efecto, de acuerdo con el artículo 4-1 del Estatuto que rige su funcionamiento, sus miembros son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de una nómina de candidatos propuestos por los grupos nacionales de la Corte de Arbitraje.

Por esta y otras razones que redondearemos en los siguientes puntos, se puede afirmar que con la Conferencia de La Haya de 1899, se inició la primera etapa de las relaciones internacionales contemporáneas. Por primera vez se analizaron a nivel mundial cuestiones de la guerra y de la paz. Ahí se originó y germinó la convicción política de los Estados de que el instrumento arbitral era el medio más conveniente para dirimir los conflictos internacionales. Después vendrían los tribunales internacionales de justicia, la CPJI de la SDN y su sucesora la CIJ de la ONU, donde muchos ven en la cristalización del desarrollo progresivo del derecho internacional, pero no hay duda de que, por un lado, la CPA abrió el camino a la jurisdicción internacional y, por otro, el órgano arbitral no sólo ha continuado con su importante labor, sino que en los años que nos ha tocado vivir, ha ido ampliando marcadamente su ámbito de actividades y ha ido fortaleciendo su participación en la solución pacífica de controversias. En esta tesitura, coincidimos con el profesor Sobarzo y con el ideólogo Richard Falk cuando afirman que una y otra institución, la CPA y la CPI, seguirán desempeñando, no sin los tropiezos que impone a diario el sistema de poder y la realidad política, su trascendente papel y contribuyendo a la paz del mundo.

3.4.3. Actualidades y perspectivas de la Corte Permanente de Arbitraje

La Secretaría de la CPA –la Oficina Internacional— dirigida por su Secretario General, consiste en un equipo experto con personal legal y administrativo de varias nacionalidades. Puede brindar servicios completos de registro y apoyo legal a tribunales y comisiones, sirviendo como el canal oficial de comunicación y asegurando la custodia segura de documentos utilizando instalaciones electrónicas tradicionales y de la más alta tecnología, incluyendo la criptografía. La Oficina Internacional también puede poner a disposición, para reuniones y audiencias, servicios tales como investigación legal, administración financiera, apoyo técnico, logístico, lingüístico y de secretaría general. La Oficina Internacional también está disponible para brindar información y asesoría a las partes sobre la resolución de controversias, incluyendo a Estados y nacionales de Estados que no sean partes de las Convenciones. Los dos idiomas oficiales que operan en la CPA son el inglés y el francés, pero los procedimientos pueden ser conducidos en cualquier idioma convenido por las partes. Bajo la supervisión del Comité Directivo, la Oficina Internacional de la CPA ha emprendido la labor de facilitar, recolectar, analizar y comparar varios procesos de acciones legales colectivas para crear una fuente convenientemente accesible de información útil para aquellos involucrados con tribunales de acciones legales colectivas existentes, así como también aquellos responsables de la estructuración de futuros tribunales.³⁴³

³⁴³ Toda esta información puesta al día sobre la Corte Permanente de Arbitraje se puede obtener del sitio oficial que ésta tiene en la *Internet*. Actualmente el Comité Directivo se encuentra formulando una lista exhaustiva, tratando aquellos temas como finanzas, balanceo de los enfoques arbitral y administrativo, elementos esenciales en la preparación de reglamentos procedimentales, establecimiento de estándares de prueba, delimitación de las funciones arbitrales y secretariales respectivas, así como la utilización de tecnología de computación. Esta lista fue enviada para su publicación en el verano de 2002. El programa de trabajo actual de la Oficina Internacional incluye el establecimiento de una cámara de compensación para la investigación y documentación sobre procesos de acciones legales colectivas. El Comité Directivo también considerará el tipo de apoyo que la Corte Permanente de Arbitraje pueda ofrecer para los futuros sistemas de acciones legales colectivas. En los últimos años se ha venido modernizando la Corte en todos y cada uno de los renglones que rigen su actividad sustantiva, lo que la ubica a la vanguardia de las instituciones de su género.

También es de destacar que hasta el momento la CPA ha celebrado cuatro Seminarios de Derecho Internacional, dedicados al debate teórico y doctrinal sobre los siguientes temas: 1. Aspectos Institucionales y Procedimentales de Sistemas de Acciones Legales Colectivas (Diciembre de 1999); 2. Inversiones Internacionales y la Protección del Medio Ambiente: El Papel de los Mecanismos de Resolución de Controversias (Mayo de 2000); 3. El Arbitraje en Derecho Aeronáutico, Espacial y de Telecomunicaciones: Ejecutando Medidas Reguladoras (Febrero de 2001); y, 4. Fortaleciendo Relaciones con Países Árabes e Islámicos a través del Derecho Internacional: Comercio Electrónico, el Mecanismo de Resolución de Controversias de la Organización Mundial de Comercio e Inversión Extranjera (Octubre de 2001). Otro hecho poco difundido pero de especial importancia es que toda la información suministrada a la CPA es confidencial, pero hay precauciones adicionales que los tribunales pueden emplear útilmente cuando envíen información reservada a través de correo electrónico. La CPA ofrece niveles de criptografía y protección de archivos, empleando el software de criptografía PGP (pretty good privacy). Se trata de un sistema público estandarizado para la criptografía de datos. Este servicio opcional requiere la instalación del software de criptografía PGP, el cual será proporcionado por el Registro a cada Miembro del Tribunal para la instalación en su computadora. Esto permite la transmisión segura de información altamente confidencial (por ejemplo, borradores de decisiones, órdenes o laudos).

En lo que toca a la regionalización del Tribunal, este proceso ya se ha hecho presente en nuestro ámbito geográfico con la instalación de la Oficina Regional para Latinoamérica. En Junio del 2001, el Presidente de la República de Costa Rica, estableció contacto con el Secretario General de la CPA durante su visita al reino de Los Países Bajos y allí se acordó la creación de esta Oficina, con sede en Costa Rica, en el campus de la Universidad Para La Paz, afiliada a Las Naciones Unidas.³⁴⁴ La Oficina regional está programada para comenzar operaciones en el año 2005. En este momento se están realizando discusiones con respecto a la posibilidad de que la institución se reconvierta en un foro para la resolución de disputas en áreas tan especializadas como Tratados de Libre Comercio. Todos los Estados Miembros de la CPA en América Latina y el Caribe, y en particular Costa Rica, serán invitados a promover la Oficina Regional a través de sus embajadas y misiones en la región, con el fin de que los beneficios proporcionados por los servicios de la Corte se difundan y conozcan con la mayor amplitud posible.

El *instrumental normativo y reglamentario* de la CPA es uno de los rubros básicos de su actividad jurisdiccional, donde se ha hecho más patente la modernización jurídica y la oportuna adaptación del Tribunal a las necesidades de la sociedad internacional. Este derecho constitucional y derivado (orgánico), está integrado en lo fundamental por: 1) las Convenciones, 2) los Reglamentos Facultativos (opcionales) de Procedimiento, 3) otras Reglas utilizables y, 4) las Cláusulas Modelo. A continuación los enlistamos sólo a guisa enunciativa:

1. *Convenciones:*

- 1.1. Convención de 1899 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales
- 1.2. Convención de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales.

2. *Reglamentos facultativos:*

- 2.1. Para el Arbitraje de Controversias entre Dos Estados (1992)
- 2.2. Arbitraje de Controversias entre Dos Partes de las que Solamente Una es un Estado (1993).
- 2.3. Para el Arbitraje Comprendiendo Organizaciones Internacionales y Estados (1996).
- 2.4. Para el Arbitraje entre Organizaciones Internacionales y Sujetos de Derecho Privado (1996).
- 2.5. De Conciliación de la CPA.
- 2.6. Sobre las Comisiones de Investigación e Indagación para la Determinación de Hechos (1997).
- 2.7. Arbitraje de las Controversias Relativas a los Recursos Naturales y/o M. Ambiente (2002).

³⁴⁴ Con este fin, se concluyó un Acuerdo para el establecimiento de la Oficina Regional para Latinoamérica y El caribe de la Corte Permanente de Arbitraje, entre el Gobierno de La República de Costa Rica, la CPA y la Universidad Para La Paz, que fue firmado el 5 de diciembre del 2001. Por ser el primer acuerdo firmado por la CPA, este tuvo una significación histórica. El acuerdo fue posteriormente revisado, siguiendo la iniciativa del Secretario General de la CPA y del Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica, para extender la capacidad de servicios ofrecidos por la Oficina Regional. Así, se firmó un nuevo acuerdo el 5 de diciembre del 2003, y aprobado por el Congreso de Costa Rica en octubre del 2004.

2.8. Conciliación de las Controversias Relativas a los Recursos Naturales y/o M. Ambiente (2003).

3. *Otra Reglas utilizables:*

3.1. Reglas de arbitraje de la UNCITRAL. Incluyendo lineamientos para solicitar la designación de una autoridad de nombramiento, al igual que procedimientos y cláusulas modelo de los servicios de la CPA bajo las reglas de la UNCITRAL.

3.2. Directrices para Adaptar los Reglamentos de la CPA a las Controversias Derivadas de Acuerdos Multilaterales y de Contratos entre Más de Dos Partes (2003).

4. *Cláusulas Modelo:*

4.1. Cláusulas Modelo a Utilizarse en Relación con los Reglamentos Facultativos de la CPA para el Arbitraje de Controversias entre Dos Estados.

4.2. Cláusulas Modelo a Utilizarse en Relación con los Reglamentos Facultativos de la CPA para el Arbitraje de Controversias entre Dos Partes de las que Solamente Una es un Estado.

4.3. Cláusulas Modelo a Utilizarse en Relación con los Reglamentos Facultativos de la CPA para el Arbitraje Comprendiendo Organizaciones Internacionales y Estados.

4.4. Cláusulas Modelo a Utilizarse en Relación con los Reglamentos Facultativos de la CPA para el Arbitraje entre Organizaciones Internacionales y Partes Privadas.

Por su novedad es de mencionar que el 19 de junio de 2001 el Consejo Administrativo de la CPA adoptó por consenso el Reglamento Facultativo para el Arbitraje de Controversias Relativas al Medio Ambiente y/o Recursos Naturales ("Reglamento del Medio Ambiente"). Este reglamento es producto del esfuerzo de la Oficina Internacional junto con un grupo de trabajo y un comité redactor de expertos en derecho medioambiental y arbitraje. Tiene por objetivo tratar la principal laguna en la resolución de controversias relativas al medio ambiente identificada por el Grupo de Trabajo. La CPA estuvo presente en la última Conferencia sobre Cambios Climáticos en Bonn para promover que el Reglamento del Medio Ambiente sirva de anexo sobre arbitraje en la Convención Marco sobre Cambios Climáticos de las Naciones Unidas. El instrumento se complementa a su vez con el Reglamento adoptado por el Consejo Administrativo de la CPA el 16 de Abril del 2002. Con ello, se proporciona a la comunidad internacional actual una variedad mucho más amplia de mecanismos procedimentales para tratar las controversias medioambientales.

Asimismo, recordemos la importancia que tiene para el buen funcionamiento del Tribunal su *Corpus Arbitral* o *Panel de Árbitros*. Ya mencionamos al principio, que en la actualidad hay 97 Potencias Contratantes a una o ambas convenciones de 1899 y 1907. Y cada Parte Contratante tiene el derecho 'constitucional' de poder designar hasta cuatro posibles árbitros, mismos que serán conocidos como "Miembros de la Corte". Permanentemente, estos funcionarios arbitrales se encuentran enlistados en las páginas y publicaciones oficiales de la CPA, así como en sus *reportes anuales*. Las partes en resolución de controversias pueden, pero no están obligadas a, seleccionar árbitros o juzgadores entre estos miembros.

3.4.4. La experiencia de la CPA en los Casos materia de su competencia y su contribución al derecho internacional jurisdiccional.

Para los internacionalistas mexicanos es importante recordar que el primer asunto llevado ante la Corte fue en 1902, y se trató de un diferendo entre México y Estados Unidos en torno al llamado Fondo Piadoso de las Californias.³⁴⁵ El fallo fue adverso a México debido a que otro laudo ya se había pronunciado al respecto en 1875 y nuestro país sólo le había dado cumplimiento durante dos años. En el laudo de 1902 se estipuló que, dado que el diferendo no sólo implicaba a las mismas partes sino también a la misma materia, el asunto ya era cosa juzgada. Por lo tanto, las anualidades acumuladas debían ser cubiertas por México, lo mismo que determinada suma anual a perpetuidad. Sólo gracias a una negociación que tuvo lugar en 1967 –durante el período del presidente Díaz Ordaz– se dio por concluida la obligación impuesta a nuestro país.

³⁴⁵ Gómez Robledo, Antonio, *México y el arbitraje internacional*, México, Porrúa, 1978, pp. 1-101. Esta obra se encuentra agotada, pero es ampliamente recomendable para ahondar en la materia que nos ocupa. El libro se puede encontrar y consultar en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y en la Biblioteca "Antonio Caso" de la Facultad de Derecho de la UNAM.

A efecto de tener un panorama global y completo de los casos abordados por la CPA de 1902 hasta la fecha (2003), incluyendo todas aquellas situaciones que ya han sido admitidas por el tribunal pero que todavía se encuentran pendientes de fallo o solución, hemos preparado para el amable lector una lista que los agrupa a todos, conteniendo cuatro tipos de datos esenciales: 1) Denominación del Caso (en español y en inglés); 2) Potencias o Partes en Controversia; 3) Fechas de Inicio y Término del Procedimiento (Solución arbitral o acuerdo entre las Partes) y, finalmente, Nombre de los Miembros de la Corte (también conocidos como 'Árbitros de la Causa').

- 1. CASO: Fondo Piadoso de las Californias** (Pious Fund of the Californias)
 Estados Unidos contra México
 Inicio: 22 de mayo de 1902. Solución: 14 de octubre de 1902
 Árbitros: Matzen, Sir Fry, de Martens, Asser, de Savornin Lohman
- 2. CASO: Reclamaciones de tratamiento preferencial de potencias obstruidas contra Venezuela** (Preferential treatment of claims of blockading powers against Venezuela)
 Gran Bretaña, Alemania e Italia contra Venezuela
 Inicio: 7 de mayo de 1903. Solución: 22 de febrero de 1904
 Árbitros: Mourawieff, Lammasch, de Martens
- 3. CASO: Hacienda Japonesa (contratos de arrendamiento a perpetuidad)** (Japanese House Tax)
 Japón contra Alemania, Francia y Gran Bretaña
 Inicio: 28 de agosto de 1902. Solución: 22 de mayo de 1905
 Árbitros: Gram, Renault, Motono
- 4. CASO: Botes Pesqueros de Muscat** (Muscat Dhows)
 Francia contra Gran Bretaña
 Inicio: 13 de octubre de 1904. Solución: 8 de agosto de 1905
 Árbitros: Lammasch, Fuller, de Savornin Lohma
- 5. CASO: Desertores de Casablanca** (Deserters of Casablanca)
 Francia contra Alemania
 Inicio: 10/24 de noviembre de 1908. Solución: 22 de mayo de 1909.
 Árbitros: Hammarskjöld, Sir Fry, Fusinato, Kriege, Renault
- 6. CASO: Frontera Marítima (Caso Grisbådarna)**
 Noruega contra Suecia
 Inicio: 14 de marzo de 1908. Solución: 23 de octubre de 1909.
 Árbitros: Loeff, Beichmann, Hammarskjöld
- 7. CASO: Pesquerías de la Costa Norte Atlántica** (North Atlantic Coast Fisheries)
 Estados Unidos de América contra Gran Bretaña
 Inicio: 27 de enero de 1907. Solución: 7 de septiembre de 1910.
 Árbitros: Lammasch, de Savornin Lohman, Gray, Fitzpatrick, Drago
- 8. CASO: Compañía de Barcos de Vapor Orinoco** (Orinoco Steamship Company)
 Estados Unidos de Venezuela contra Estados Unidos de América
 Inicio: 13 de febrero de 1909. Solución: 25 de octubre de 1910.
 Árbitros: Lammasch, Beernaert, de Quesada
- 9. CASO: Detención y Devolución de Savarkar** (Arrest and Restoration of Savarkar)
 Francia contra Gran Bretaña
 Inicio: 25 de octubre de 1910. Solución: 24 de febrero de 1911.
 Árbitros: Beernaert, Ce d'Desart, Renault, Gram, Savornin Lohman

- 10. CASO: Reclamación Canevaro** (Canevaro Claim)
Italia contra Perú
Inicio: 25 de abril de 1910. Solución: 3 de mayo de 1912.
Árbitros: Renault, Fusinato, Alvarez, Calderón
- 11. CASO: Reclamaciones Rusas por Indemnizaciones (daños reclamados por Rusia por el retraso de pago de la compensación adeudada a los rusos afectados en la guerra de 1877-1878)** (Russians Claims for Indemnities)
Rusia contra Turquía
Inicio: 22 de julio/4 de agosto de 1910. Solución: 11 de noviembre de 1912.
Árbitros: Lardy, Bon de Taube, Mandelstam, H.A. Bey, A.R. Bey
- 12. CASO: Buque Postal Francés " Manouba "** (French Postal Vessel "Manouba")
Francia contra Italia
Inicio: 26 de enero/6 de marzo de 1912. Solución: 6 de mayo de 1913.
Árbitros: Hammarskjöld, Fusinato, Kriege, Renault, Bon de Taube
- 13. CASO: El "Cartago"** (The "Chartage" Case)
Francia contra Italia
Inicio: 26 de enero/6 de marzo de 1912. Solución: 6 de mayo de 1913.
Árbitros: Hammarskjöld, Fusinato, Kriege, Renault, Bon de Taube
- 14. CASO: El "Tavignano", "Camouna" y el Incidente "Gaulois"**
Francia contra Italia
Arreglo: 8 de noviembre de 1912, por acuerdo de las partes
Árbitros: Hammarskjöld, Fusinato, Krieg, Renault, Bon de Taube
- 15. CASO: Fronteras Holandesas-Portuguesas en la Isla de Timor** (Dutch-Portuguese Boundaries on the Island of Timor)
Países Bajos contra Portugal
Inicio: 3 de abril de 1913. Solución: 25 de junio de 1914.
Árbitro: Lardy
- 16. CASO: Propiedades Religiosas Expropiadas** (Expropriated Religious Properties)
Gran Bretaña, España y Francia contra Portugal
Inicio: 31 de julio de 1913. Solución: 31 de julio de 1913 – 2y 4 de septiembre de 1920.
Árbitros: Root, de Savornin Lohman, Lardy
- 17. CASO: Reclamaciones Francesas contra Perú** (French claims against Peru)
Francia contra Perú
Inicio: 2 de febrero de 1914. Solución: 11 de octubre de 1921.
Árbitros: Ostertag, Sarrut, Elguera
- 18. CASO: Reclamaciones Noruegas** (Norwegian claims case)
Estados Unidos de América contra Noruega
Inicio: 30 de junio de 1921. Solución: 13 de octubre de 1922.
Árbitros: Vallotton, Anderson, Vogt
- 19. CASO: La Isla de Palmas (o Miangas)** (The Island of Palmas or Miangas case)
Estados Unidos de América contra Países Bajos
Inicio: 23 de enero de 1925. Solución: 4 de abril de 1928.
Árbitro: Huber
- 20. CASO: Reclamaciones Chevreau** (Chevreau claims)

Gran Bretaña contra Francia
 Inicio: 4 de marzo de 1930. Solución: 9 de junio de 1931
 Árbitro: Beichmann

- 21. CASO: Reclamaciones de la Compañía Nordstjernan** (Claims of the Nordstjernan company)
 Suecia contra los Estados Unidos de América
 Inicio: 17 de diciembre de 1930. Solución: 18 de julio de 1932.
 Árbitro: Borel
- 22. CASO: Interpretación de un Contrato de Tráfico Radiotelegráfico** (Interpretation of a contract of radio-telegraphic traffic)
 Radio Corporación de América contra China
 Inicio: 10 de noviembre de 1928. Solución: 13 de abril de 1935.
 Árbitros: van Hamel, Hubert, Ferrer
- 23. CASO: Radio Oriente** (Radio-Orient case)
 Estados de Levante bajo Mandato Francés contra Egipto
 Inicio: 11 de noviembre de 1938. Solución: 2 de abril de 1940.
 Árbitros: van Lanschot, Raestad, Mondrup
- 24. CASO: Administración de Faros** (Administration of Lighthouses)
 Francia contra Grecia
 Inicio: 15 de julio de 1931. Solución: 24 de julio de 1956.
 Árbitros: Verzijl, Mestre, Charbouris
- 25. CASO: Interpretación de un Contrato de Construcción**
 Constructora Turriff Ltd de Sudán contra Sudán
 Inicio: 21 de octubre de 1966. Solución: 23 de abril de 1970
 Árbitros: Erades, Parker, Bentsi-Enchill
- 26. CASO: Reclamaciones** (Claims case)
 Irán contra los Estados Unidos de América
 Entre el 19 de enero y el 18 de septiembre de 2003 hubo: 682 fallos
 Árbitros: Skubiszewski, Arangio-Ruiz, Broms, Aghahosseini, Ameli, Noori, Aldrich, McDonald, Brower. Árbitros Miembros originales: Bellet, Briner, Böckstiegel, Lagergren, Mangård, Riphagen, Virally, Ansari, Bahrami, Khalilian, Mostafavi, Shafeiei, Holtzmann Sani, Ruda, Allison, Duncan, Mosk
- 27. CASO: Usuario de Cargas del Aeropuerto de Heathrow (obligaciones conforme a Tratado; cantidad de daños)** (Heathrow Airport User Charges)
 Estados Unidos de América contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
 Inicio: 16 de diciembre de 1988. Solución: 30 de noviembre de 1992/2 de mayo de 1994
 Liquidación de la cantidad de daños.
 Árbitros: Foighel, Fielding, Lever
- 28. CASO: Disputa Contractual** (Contract dispute)
 Moiz Goh Pte. Ltd contra Corporación Estatal Timber de Sri Lanka
 Inicio: 14 de diciembre de 1989. Solución: 5 de mayo de 1997.
 Árbitro: Pinto
- 29. CASO: Disputa en Materia de Inversión** (Investment dispute)
 Estado africano contra dos nacionales extranjeros
 El 30 de septiembre de 1997 se llegó a un arreglo entre las partes
 Árbitros: Jennings, Wallace, Hossain
- 30. CASO: Disputa Contractual** (Contract dispute)

Tecnosistema SpA contra el Gobierno del estado de Taraba y el Gobierno Federal de Nigeria
 Inicio: 21 de febrero de 1996. El 25 de noviembre de 1996 se determinó falta de jurisdicción
 Árbitro: Ajibola

31. CASO: Disputa Contractual (Contract dispute)

Estado asiático y Empresa gubernamental contra Tres Empresas Europeas
 El 2 de octubre de 1996 se dio el fallo sobre términos acordados
 Árbitros: Jennings, Parker, Hossain

32. CASO: Eritrea/Yemen contra la Soberanía de Varias Islas del Mar Rojo (soberanía; delimitación marítima)

Estado de Eritrea contra la República de Yemen
 Inicio: 3 de octubre de 1996. Solución: el Fallo sobre la soberanía fue el 9 de octubre de 1998/ el Fallo sobre delimitación marítima fue el 17 de diciembre de 1999.
 Árbitros: Jennings, Schwebel, El-Kosheri, Highet, Higgins

33. CASO: Acuerdo de Empréstito entre Italia y Costa Rica (disputa planteada bajo acuerdo de financiamiento) (Loan Agreement between Italy and Costa Rica)

Italia contra Costa Rica
 Inicio: 11 de septiembre de 1997. Solución: 26 de junio de 1998.
 Árbitros: Lalive, Ferrari Bravo, Hernandez Valle

34. CASO: Interpretación de un Tratado (Treaty interpretation)

Larsen contra Reino Hawaiano
 Inicio: 30 de octubre de 1999. Solución: 5 de febrero de 2001.
 Árbitros: Crawford, Greenwood, Griffith

35. CASO: Interpretación de un Tratado (Treaty interpretation)

Países Bajos contra Francia
 Inicio: 21 de octubre/17 de diciembre de 1999. Solución: 12 de marzo de 2004.
 Árbitros: Skubiszewski, Guillaume, Kooijmans

36. CASO: Disputa Contractual (Contract dispute)

Corporación Europea contra Gobierno africano
 El 4 de agosto de 2000 se resolvió el asunto por acuerdo de las partes
 Árbitros: Kuckenbergh, De Moor, Desta

37. CASO: Disputa Fronteriza (Boundary dispute)

Eritrea contra la Comisión de Límites de Etiopía
 Inicio: 12 de diciembre de 2000. Solución: 13 de abril de 2002.
 Árbitros: Lauterpacht, Ajibola, Reisman, Schwebel, Watts

38. CASO: Comisión para el Ajuste de Reclamaciones acerca de reclamos originados por conflicto armado (Claims Comisión Settlement of claims arising from armed conflict)

Eritrea contra Etiopía
 Inicio: diciembre 12 de 2000. Fallos Parciales sobre reclamaciones de prisioneros de guerra, julio 1 de 2003. Fallos Parciales sobre reclamaciones del frente central, abril 28 de 2004.
 Árbitros: van Houtte, Aldrich, Crook, Paul, Reed

39. CASO: Disputa con los Primeros Inversionistas Privados (Dispute with former private shareholders)

Dr. Horst Reineccius; First Eagle SoGen Funds, Inc.; Mr.P.M. Mathieu contra el Banco para Liquidaciones Internacionales
 Inicio: 7 de marzo de 2001, 31 de agosto de 2001, 24 de octubre de 2001. Soluciones: el 22 de noviembre de 2002, el Fallo Parcial / el 19 de septiembre de 2003, el Fallo Final.
 Árbitros: Reisman, van den Berg, Frowein, Krafft, Lagarde

- 40. CASO: Procedimientos de Acuerdo con la Convención OSPAR** (Proceedings pursuant to the OSPAR Convention)
Irlanda contra el Reino Unido
Inicio: 15 de junio de 2001. Solución: 2 de julio de 2003.
Árbitros: Reisman, Griffith, Mustill
- 41. CASO: Disputa sobre un Tratado de Inversión** (Investment treaty dispute)
Inversiones Saluka B.V. (Saluka Investments) contra la República Checa
Inicio: 18 de junio de 2001. Solución: el fallo del asunto está pendiente.
Árbitros: Watts, Behrens, Fortier
- 42. CASO: Procedimientos de Acuerdo con la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR)** (Proceedings pursuant to the Law of the Sea Convention, UNCLOS)
Irlanda contra el Reino Unido
Inicio: 25 de octubre de 2001. Solución: el fallo del asunto se encuentra pendiente
Árbitros: Mensah, Fortier, Hafner, Crawford, Watts
- 43. Disputa sobre un Tratado de Inversión** (Investment treaty dispute)
Gobierno europeo contra Corporación europea
Inicio: 30 de abril de 2002. Solución: 24 de mayo de 2004, Fallo por acuerdo de las partes.
Árbitros: Hanotiau, Schneider, Jarvin
- 44. CASO: Disputa Contractual** (Contract dispute)
Dos corporaciones contra Gobierno asiático
Inicio: 16 de agosto de 2002. Solución: el fallo del asunto se encuentra pendiente
Árbitros: No hay Miembros asignados
- 45. CASO: Disputa sobre un Tratado de Inversión** (Investment treaty dispute)
Compañía malaya contra Gobierno africano
Inicio: 10 de febrero de 2003. Solución: el fallo del asunto se encuentra pendiente
Árbitros: Van den Berg, Gaillard, Layton
- 46. CASO: Disputa en Relación con el Uso y Modernización del "IJzeren Rijn" en el Territorio de los Países Bajos**
Bélgica contra Países Bajos
Inicio: 22/23 de julio de 2003. Solución: el fallo del caso se encuentra pendiente.
Árbitros: Higgins, Schrans, Simma, Soons, Tomka
- 47. CASO: Procedimientos de Acuerdo con la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR)** (Proceedings pursuant to the Law of the Sea Convention)
Barbados contra Trinidad Tobago
Inicio: 16 de febrero de 2004. Solución: el fallo del caso se encuentra pendiente
Árbitros: Schwebel, Brownlie, Orrego Vicuña, Lowe, Watts

Podemos apreciar, al concluir esta enunciación de la casuística de conflictos y soluciones que ha conducido la CPA a lo largo de 106 años, que se trata de una labor persistente y calificada en pro de la formación, desarrollo y cristalización del derecho internacional que, desafortunadamente, no ha sido evaluada ni apreciada en su exacta magnitud. Buena parte de la doctrina continúa ignorando esta realidad y desconociendo, por consecuencia, la incidencia fundamental que tiene este órgano jurisdiccional en las relaciones jurídicas internacionales de nuestro tiempo. Como lo ha señalado con lucidez el internacionalista chino Shi Jiuyong, durante los cien años de existencia de la Corte la contribución de sus fallos al avance del derecho de gentes y a la solución de disputas ha sido enorme. Algunos de sus laudos se han vuelto clásicos, y varios de sus pronunciamientos sobre derecho internacional han sido ampliamente citados y han servido de fundamento a juristas y árbitros, lo mismo que a la Corte Internacional de Justicia.

Veamos algunos ejemplos de ello antes de concluir este apartado.

El laudo dictado en el caso de la Isla de Palmas por el árbitro único, Max Huber, en 1928, fue un pristino ejemplo de cómo una disputa relativamente insignificante puede convertirse en una extraordinaria contribución al derecho internacional. En el caso, que versó sobre una pequeña isla en el Pacífico que se disputaban Países Bajos y Estados Unidos, el árbitro se pronunció sobre las formas en que los Estados pueden crear, mantener o transferir el título sobre un territorio, de acuerdo con la normativa internacional. El fallo, que se considera un modelo de razonamiento jurídico por los especialistas en la materia, ha ejercido destacada influencia al paso de los años y ha sido citado por árbitros y por la misma CIJ.³⁴⁶

El caso de la expropiación de propiedades de extranjeros también se examinó en diversos laudos de la CPA, como en el caso de la expropiación de propiedades eclesiásticas, efectuada por el gobierno portugués en perjuicio de súbditos franceses, británicos y españoles, laudo dictado en 1920. Dado que por la época no estaba nada clara la obligación del Estado que expropiaba, resulta importante señalar que los laudos de la Corte fueron en el sentido de que si bien la expropiación era permisible, debía indemnizarse a la parte afectada. En el caso de las reclamaciones noruegas contra Estados Unidos con motivo de la requisición de unos buques que estaban siendo construidos en este último país durante la Primera Guerra Mundial, se señaló en el laudo, dictado en 1922, que un Estado no puede evadir sus obligaciones internacionales invocando su derecho interno. Este antecedente fue citado como autoridad sobre tal principio por la Comisión de Derecho Internacional, cuando preparaba su proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado en 1973. Otra situación sumamente interesante se desprende del principio de que la buena fe debe estar presente en el cumplimiento de los tratados, el cual se incluyó en el fallo del caso de las Pesquerías de la Costa del Atlántico Norte, de 1910, suscitado entre Gran Bretaña y Estados Unidos, y sería citado por la Comisión de Derecho Internacional cuando, en 1969, preparaba el proyecto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.³⁴⁷

Resumiendo, éstos y otro medio centenar de fallos de la Corte han tenido influencia marcada como jurisprudencia internacional, esto es, como fuente subsidiaria de derecho internacional general y jurisdiccional. Además existe un elemento adicional que no debe nunca pasarse por alto, su cualidad de haber incidido directamente en la creación y organización, primero de la CPJI de la Sociedad de Naciones y segundo, de la CIJ de las Naciones Unidas; éstas, a su vez, constitutivas de un verdadero motor configurador de la jurisprudencia internacional prevaleciente en nuestra era.

³⁴⁶ Sobarzo Loaiza, op. cit., p. 337, cita a Merills. A diferencia de lo que sucedía en otros siglos, Huber sostuvo, al referirse al descubrimiento, que éste, por sí solo, sin ningún acto subsiguiente, no podría bastar en el momento presente para probar la soberanía sobre la isla, ya que el descubrimiento es un título condicionado, primario, incompleto; o sea, lo que en la terminología de habla inglesa es un *inchoate title*. También sostuvo que la mera ocupación física en un momento determinado también es un título incompleto que necesita ser completado, o sea que se debe demostrar que dicha *soberanía* territorial ha continuado existiendo. Este razonamiento será, realmente, fundamental para el futuro.

³⁴⁷ Sobarzo Loaiza, op. cit., pp. 338 y 339. Señala el jurista universitario que si bien al principio la CPA sólo podía conocer de los diferendos surgidos entre Estados partes de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, a partir de 1935 amplió su jurisdicción a Estados no partes de las Convenciones. En varias reformas aprobadas a partir de 1993, ya no sólo se limitó a conocer de conflictos entre Estados, como originalmente se proyectó, sino también entre Estados y organismos internacionales y entre Estados y personas físicas. También puede conocer de conflictos entre organismos internacionales y entre éstos y personas físicas. Estas nuevas facultades de la CPA representan un gran avance en la institucionalización del arbitraje. Pero no sólo eso, sino que brinda a la Corte más oportunidades de intervenir en la solución de disputas de carácter comercial y financiero.

CAPITULO CUARTO

EL OBJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL: LA DEFINICIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES DE GENOCIDIO Y AGRESIÓN.

4.1. El Crimen de Genocidio en el derecho internacional penal.

4.1.1. El crimen de genocidio en la Historia

4.1.1.1. Breves consideraciones teológico-filosóficas en torno al origen del mal y el conflicto en las relaciones humanas.

El ser humano tiene dentro de sí dos inclinaciones naturales que lo han acompañado desde su aparición sobre la tierra y que se manifiestan en su actuar: la bondad y la maldad. Mircea Eliade afirma que "ya los mitos más antiguos atestiguan que la humanidad se ha sentido siempre amenazada. Al principio, esta amenaza parecía unida a una potencia, el mal, cuyas raíces se encuentran en un caos primordial o en los dominios de lo divino. En cualquier caso, el mal, que pertenece al mundo de lo religioso, supera las posibilidades de conocimiento y acción del hombre."³⁴⁸

Sin embargo, las ciencias humanas no se han contentado con dicho postulado y han intentado dar múltiples explicaciones al origen del mal, es así que existen diversas definiciones para dicho concepto. El marxismo considera al mal como la "alienación debido a las condiciones de producción y de propiedades capitalistas y desaparecerá junto con sus causas económicas, sociales y políticas."³⁴⁹ Por otra parte, la sociología de Weber afirma que el mal es una amenaza constante para la sociedad y que la religión no lo puede eliminar, sólo aspirar a jugar el papel del consolador.³⁵⁰

Para la escuela analítica de Sigmund Freud el mal encuentra sus raíces en "los conflictos innatos de los instintos y en los estados patológicos que de ellos se desprenden",³⁵¹ mientras que el neoconductismo de B.F. Skinner atribuye la existencia del mal a una insuficiencia en el sistema encargado de adecuar la conducta al medio ambiente.³⁵²

Es así que la preocupación por explicar la existencia y la influencia de dicho binomio, se encuentra en la mayoría de las cosmovisiones³⁵³ que a lo largo de la historia han pretendido aportar un entendimiento eficaz del funcionamiento de la sociedad y su entorno.

El filósofo alemán Wilhelm Dilthey señaló en su obra Teoría de las concepciones del mundo, que "ilimitada, caótica es la multitud de sistemas filosóficos que quedan detrás de nosotros y se extienden a nuestro alrededor."³⁵⁴ idea que resulta correcta partiendo de que pueden existir tantas explicaciones como seres humanos en el planeta, ya que cada quien obtiene una visión única de la vida. "El alma intenta reunir en una totalidad las relaciones vitales y las experiencias fundadas en ellas, y no puede hacerlo,"³⁵⁵ situación que impide considerar una sola interpretación como válida

³⁴⁸ M. Eliade. Paul Poupard. *Diccionario de las religiones*. p. 1078-1079.

³⁴⁹ *Ibidem*.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Ibidem*

³⁵³ Cosmovisión es un concepto acuñado por Wilhelm Dilthey el cual se refiere a las diversas comprensiones de la realidad que el hombre construye con base en la conducta vital, la experiencia de la vida junto con la estructura de su totalidad psíquica. Ver Wilhelm Dilthey. *Theorie der Weltanschauungen o Teoría de las concepciones del mundo*. p. 40-49.

³⁵⁴ *Ibid*. p. 35.

³⁵⁵ *Ibid*. p. 43.

universalmente y que obliga a tomar en cuenta o por lo menos a no descalificar las versiones de cada pueblo que habita en el mundo.

Tal como propone el título de este primer apartado, es interesante dada la crueldad particular del crimen cuyo estudio nos ocupa, revisar sin intención exhaustiva y de manera puntual el entendimiento que se tiene de la maldad que impulsa al hombre a hacerle daño de manera consciente y totalmente voluntaria a sus congéneres así como a coadyuvar al mantenimiento del estado de conflicto que priva en las relaciones sociales.

Las religiones han tenido un papel explicativo fundamental acerca de cómo es y debe ser la vida entre los hombres y la interacción con su ambiente. Los primeros habitantes de la Tierra le dieron un significado sobrenatural a todos los fenómenos que eran susceptibles de no ser entendidos en ciertos momentos históricos. Es por ello que para fines de la presente investigación se toma como punto de partida la visión teológica de las religiones más representativas del mundo contenidas en tres grandes visiones del mundo: occidental, negroafricana y oriental.³⁵⁶

La cultura occidental cuyas raíces se hunden profundo en la tradición greco-latina y judeo-cristiana³⁵⁷ basa su principal comprensión acerca del mal en la Sagrada Escritura. De acuerdo con la misma y con el Concilio Cuarto de Letrán celebrado en 1215, Dios creó en primer lugar el mundo angélico seguido de la Tierra y los hombres. La bondad existe desde el principio de los tiempos dado que es la esencia de Dios mismo.³⁵⁸ Sin embargo, el mal no es creación directa de Él, no coexistió desde el principio con la bondad, sino que surgió a raíz de la actitud de rebelión que manifestó uno de los ángeles más bellos quien haciendo uso de su libertad, llevó a la perdición a un gran número de dichos seres, los cuales se propusieron hacer caer al hombre en pecado para que así compartiera junto con ellos su eterna desdicha.

Al momento de la creación del mundo y del hombre, todo se encontraba en armonía hasta que la desobediencia de la primera pareja como lo narra el Libro del Génesis causa la entrada del mal y del pecado en el mundo: "Yavé Dios llamó al hombre y le dijo: '¿Dónde estás?' Este contestó: 'He oído tu voz en el jardín, y tuve miedo porque estoy desnudo; por eso me escondí.' Yavé Dios replicó: '¿Quién te ha hecho ver que estabas desnudo? ¿Has comido acaso del árbol que te prohibí?' El hombre respondió: 'La mujer que pusiste a mi lado me dio del árbol y comí.' Yavé dijo a la mujer: '¿Qué has hecho?' La mujer respondió: 'La serpiente me engañó y he comido'.³⁵⁹ Gn 3, 9-13.

A partir de ese instante, se explica la violencia y el desorden en las acciones del hombre como resultado de la primera caída que le corrompió de manera irreversible, debilitó su voluntad e inclinó su conducta hacia el mal. En esta visión, la libertad que Dios le dio al hombre es fundamental para tomar decisiones correctas o erróneas sin que en ello intervenga la mano divina. La cosmovisión negroafricana del surgimiento del mal no es tan sencilla de comprender como la descrita anteriormente, ya que posee entendimientos diversos basados en la multiplicidad de religiones tradicionales que conforman su universo.

Para efectos explicativos, se mencionará principalmente la concepción del problema desde la mitología bambara, cabe decir que dicha visión no difiere del todo con las establecidas por otras religiones africanas, ya que existen elementos similares entre ellas. Es aceptado comúnmente entre los bambaras, dogons de Malí, kurumbas, bozos, mandingos, samogos, mosis, kules, o los pueblos bantúes, que es necesario mantener la armonía del universo y la de cada ser que habita la tierra ya que todos se encuentran vinculados. Es por ello que el sacrificio resulta indispensable en dichos entendimientos del mundo ya que es la manera de restaurar el daño ocasionado y liberar a la

³⁵⁶ Se considera que son las cosmovisiones religiosas más importantes del mundo, sin demérito de sus variantes o de otras religiones, con base en el número de creyentes que las profesan.

³⁵⁷ Edgar Morin. *Pensar Europa. La metamorfosis de un continente*. p.53.

³⁵⁸ Tomás de Aquino. Cuestión 6, Artículo 3, Ser bueno por esencia ¿Es o no es propio de Dios? La naturaleza divina en *Suma teológica*, Primer Tomo, Primera parte. p. 136.

³⁵⁹ Libro del Génesis, Capítulo 3, Versículo del 9 al 13 en *La Biblia Latinoamericana*.

sociedad de las impurezas contraídas a causa de la transgresión del orden establecido.³⁶⁰ Amadou Hampaté Bâ* señala que el rey-dios de los bambaras recibe el nombre de Maa Nala quien dio la existencia entre otras cosas a Tuma (tiempo), Nyenemaya (vida), Saya (muerte), Santé (cielo) y Duguma (tierra) los cuales se constituyeron en sus primeros hijos.

El autor señala: "Nyenemaya y Saya se convirtieron en enemigos. Todo lo que el primero construía; el segundo venía a destruirlo. La lucha entre los dos hermanos enemigos se efectuará sin descanso, en un ámbito que se extenderá entre los dos campos de sus hermanos Santé y Duguma."³⁶¹ A pesar de la temprana aparición del conflicto, Maa Nala crea el mundo y al primer hombre que recibe el nombre de Maa, quien a su vez le da la vida a Maa Folo extendiendo su descendencia hasta Sira Fara, hasta ese momento todos convivían en un universo armónico.

El problema comienza con la descendencia de Sira Fara quien da la existencia a dos mellizos Maa Koro (niño), Musokoronin Kunje (niña), el primero era trabajador, dócil y piadoso, la segunda era insoportable, inteligente al extremo, inquieta, violenta y resentida con su condición de mujer³⁶². Cuando Sira Fara fallece, Musokoronin se niega a asistir al funeral y a realizar los rituales propios de la ocasión, debido a esa actitud su padre no puede descansar en paz y la maldice desde la tumba, a partir de ese momento ella se convierte en una arpía, huye de la aldea y se casa con Yiri Jugu Feere, "Fruto del árbol del mal", rey de los jine (espíritus) que tenía mala cabeza igual que Musokoronin. De dicha unión nacen cuatro hijos: Korté, Koniya, Koli y Nafolo los cuales inventan la mala suerte, la miseria, la animadversión y el odio respectivamente. Todos los animales malditos acudieron a Tufin, lugar de residencia de los esposos para ayudarles a diseminar sobre la tierra, la discordia, la enfermedad, la guerra y la muerte.³⁶³

Es posible señalar que el dualismo contemplado por la tradición bambara, es un punto común compartido por la mayoría de las religiones africanas, la dignidad en que Maa Nala coloca al hombre con respecto a la creación le dota de una gran capacidad de acción, en palabras de Hampaté Bâ: "Ese carácter de totalidad hace, a la vez, la grandeza y la miseria del hombre, el único ente que contiene en sí mismo fuerzas opuestas, generadoras tanto de lo mejor como de lo peor."³⁶⁴ Por tanto, quien genera las condiciones necesarias para la preeminencia del mal sobre el bien, del conflicto sobre la paz, del desorden sobre la armonía, es el propio ser humano.

En cuanto a la comprensión oriental del mismo tema, es necesario mencionar a las cuatro principales religiones que la conforman: budismo, hinduismo, confucianismo e islamismo. Las enseñanzas budistas giran en torno al sufrimiento humano y al conflicto. Siddartha Gautama entiende al mundo a través de cuatro nobles verdades: I Dukkha, II Origen de Dukkha, III Cesación de Dukkha, IV – Magga: El Sendero. La primera noble verdad se llama Dukkha (sufrimiento, conflicto, insatisfacción) y explica que la naturaleza de la vida se conforma de pena y sufrimiento. La segunda noble verdad explica que ese dolor que el hombre experimenta proviene de la sed que manifiesta al querer saciar todos sus deseos sensibles.

Walpola Rahula menciona que esa sed de satisfacción no sólo considera obtener los placeres de los sentidos (kama-tanha) también busca apegarse a las ideas, ideales, opiniones, teorías, concepciones y creencias (dhamma-tanha): "Según el análisis de Buddha, todos las desdichas, todos los conflictos del mundo, desde las más pequeñas querellas familiares hasta las grandes guerras entre naciones y

³⁶⁰ Mircea Eliade et.al. *Diccionario de las religiones*. p. 27-37.

* Amadou Hampaté Bâ nació en 1900 en el seno de una familia aristócrata en Bandiagara, Mali. Dedicó su vida a la recopilación de una importante cantidad de tradiciones orales. En 1958, año en que se logró la independencia de Mali, fundó un Instituto de Ciencias Humanas. En 1960 se convierte en delegado de Mali en UNESCO. Pasó los últimos años de su vida escribiendo. Murió en 1990. Fuente consulta: <http://jm.saliege.com/hampate.htm>.

pm.

³⁶¹ Amadou Hampaté Bâ. "Las religiones tradicionales orales como fuente de valores de civilización" en *Hacia el universo negroafricano, Estudios africanos*, volumen uno, antología de Fabien Adonon Djogbénou, p. 176.

³⁶² *Ibid.* p. 181.

³⁶³ *Ibid.* p. 182.

³⁶⁴ *Ibid.* p. 185.

pueblos, surgen de esta sed. Desde este punto de vista, podemos decir que todos los problemas, tanto políticos como sociales, tienen su raíz en esa 'sed' egoísta. Las grandes estadísticas que se esfuerzan por solucionar las disputas internacionales y hablan de la guerra y la paz sólo en sus aspectos económicos y políticos se ocupan de lo superficial, pero nunca llegan a la verdadera raíz del problema.³⁶⁵

La tercera noble verdad refiere cómo terminar con dicha sed que provoca tantos estragos en la sociedad, señala que se debe aniquilar el falso "yo", aquel que se siente atraído y satisfecho con la riqueza y el poder para lograr la liberación que da el Nibbana o Nirvana que significa "extinción del deseo, del odio y de la ilusión". Finalmente la cuarta noble verdad trata del procedimiento para alcanzar el Nirvana, el cual se adquiere una vez conseguido el equilibrio entre la felicidad a través de los placeres y la mortificación que llega al extremo del dolor.

Buddha identificó que en la ambición desmedida del hombre por alcanzar lo que desea, se encuentra su propio desdicha y la semilla del conflicto constante entre los demás integrantes de la sociedad, la única salida posible es el abandono de dichos anhelos egoístas que permitan la convivencia pacífica como resultado del consenso de los intereses de todos los miembros. Con el afán de evitar la repetición de ideas, la mención de las tres religiones siguientes es breve, dado que el entendimiento que brindan acerca del problema que nos interesa es similar. Dar una explicación pormenorizada de cada una de ellas resulta labor de un estudio completo y difícilmente agotable, debido a la cantidad de ramas que pululan al interior de cada una de ellas.

En cuanto hace al hinduismo, los vedas* son los libros que contienen las principales verdades que deben creerse y practicarse por sus miembros, por tanto el entendimiento del orden cósmico y mundano, el origen del mal y las desdichas de los hombres se encuentra en ellos. Sin embargo, esta religión al igual que el islamismo tiene una cantidad infinita de doctrinas filosóficas en su interior lo que brinda diversas comprensiones del tema que nos ocupa. En general, la existencia de la maldad y el dolor se debe al apego que el hombre manifiesta por las cosas mundanas, comenzando por su propio cuerpo y el no reconocimiento de la independencia del alma respecto del mismo.³⁶⁶

Por otra parte, el Confucianismo no se aparta mucho de las dos concepciones anteriores, aunque existen opiniones encontradas acerca del génesis del conflicto y la maldad. Dos grandes maestros de esta religión protagonizaron en el siglo II la controversia acerca del mismo: Hsün Ch'ing y Meng K'o. El primero considera que el hombre engendra la maldad en su ser por voluntad del cielo, en tanto que el segundo confía en la bondad nata venida de la misma fuente. Ch'ing asegura que el ser humano trae desde su nacimiento una pasión que le incita a conseguir a toda costa sus intereses, cuando se deja llevar por ésta, el resultado son las rivalidades que actúan en detrimento de la consideración y de la indulgencia mutua que se deben los seres humanos.

Afirma que desde la cuna el hombre envidia y odia a los demás, situación que le impulsa a dañar y matar lo que desgasta la lealtad y la confianza en la sociedad. Cuando pierde el control sobre el apetito de los sentidos y se determina seguir todos sus impulsos, los resultados son fatales y derivan en querellas, rivalidades, oposición común a la cultura y confusión de la razón para desembocar en un estado de violencia. Sin embargo, no todo es pesimismo, también se reconoce que el hombre ha sido dotado de inteligencia la cual le permite transformar su naturaleza bruta en una personalidad madura y refinada por el proceso cultural.³⁶⁷

Por último, el islamismo contiene elementos interesantes para el análisis y a la vez complejos, la variedad de ramas derivadas del mismo es muy extenso, cada una posee características tan singulares

³⁶⁵ Walpola Rahula. *Lo que el Buddha enseñó*. p. 52.

* Los vedas son los libros sagrados del Hinduismo, se componen de cuatro volúmenes,: Rig Veda, Yajur Veda, Suma Veda y Atharva Veda y contienen además de las verdades fundamentales, himnos y cantos de carácter mágico usados por el Brahmán.

³⁶⁶ David N. Lorenzen et. al. *Atadura y liberación. Las religiones de la India*. p. 172.

³⁶⁷ Cfr. Liu Wu-Chi. *La Philosophie de Confucius. Le courant le plus marquant de la pensée chinoise*. p. 95.

que un estudio serio y objetivo no se atrevería a revolverlas y encasillarlas en una explicación única que tienda a neutralizar la diferencia y homogeneizar sus ideas.

El judaísmo que sirve de base al cristianismo es compartida en muchos de sus elementos por el Islam. De acuerdo con el relato coránico, el ángel Gabriel se le apareció a Mahoma revelándole la existencia de un solo Dios y una sola religión. Sin embargo, el origen del pecado y la violencia como resultados de la maldad presentada por el Antiguo Testamento no es aceptada del todo por los musulmanes.

Ellos consideran que el pecado cometido por el primer hombre, Adán, no puede de manera alguna condenar al resto de la humanidad a pagar la consecuencia y mucho menos depender de la venida de un mesías para borrar la culpa, ya que el hombre es creado puro, la maldad no yace en su ser, y las acciones condenables que llega cometer en su vida, son el resultado de influencias externas a él.

El Corán señala que el bien y el mal existen, que Dios permite que Satanás incite a los hombres a la desobediencia, de tal suerte que la maldad proviene de fuera, de las tentaciones del demonio y no del corazón humano, éste último se ve debilitado e inclinado al mal debido a su incredulidad en Dios. Tilmann Nagel afirma que: "La perspectiva del Corán de la naturaleza humana, que parece estar marcada por la debilidad de carácter, es todavía completamente optimista y positiva, pues se considera que estas debilidades son los frutos de la incredulidad."³⁶⁸

El carácter totalizante del Islam, ha generado controversia a lo largo de la historia ya que a diferencia de otras religiones, no solo regula lo referente a la vida espiritual de sus fieles, también se encarga de normar cada ámbito (político, jurídico, económico, social, cultural, etc...) de los mismos.

La Dra. María de Lourdes Sierra Kobeh considera que "Esto ha llevado, en muchas ocasiones, a crear estereotipos e interpretaciones erróneas del Islam, los cuales, sumados a los prejuicios y las pasiones resultantes de la historia y de la cultura, no son más que el reflejo del conocimiento y de las proyecciones de "Occidente" sobre el Islam y los musulmanes."³⁶⁹

Hoy día se ha presentado una idea falsa del islamismo, se le tiene como promotor de la violencia y el conflicto, que invita a la guerra basado en consideraciones principalmente religiosas sobre todo en contra de aquellos "infiel" que no comparten sus creencias.

Lo anterior se debe a la utilización de símbolos religiosos como elementos de expresión activos tanto de política interna como externa en las sociedades de Medio Oriente, ya que "responde a un profundo sentimiento de alineación de las masas y porque representa el principal elemento popular aglutinante, aunque no el único"³⁷⁰

Resulta claro que el factor religioso no puede ser discriminado de los análisis políticos, sociales y culturales, dado que desde tiempos antiguos ha proveído al ser humano de explicaciones (rationales o no) que han servido en muchas ocasiones de justificación para las actuaciones del hombre en sociedad. En ese entendido su vinculación es directa con la filosofía, sobre todo en la Edad Media cuando esta última se convierte en auxiliar de la teología.

Sin embargo, en el siglo XIX momento de grandes cambios en la sociedad internacional, surgen con fuerza las disciplinas humanas o sociales frente al razonamiento poco convincente de que la sociedad y la vida del hombre en ella era una situación predeterminada y clara.³⁷¹ Es claro que el binomio bondad-maldad como componente del hombre ha sido contemplado también como un factor importante en los estudios de tipo político. Thomas Hobbes, padre del realismo político, una de las

³⁶⁸ Tilmann Nagel. *Der Koran. Einführung-Texte-Erläuterungen*, Verlag C. H. Beck, (Munich, 1983), p. 253, citado en "El Significado del Pecado en el Corán y la Biblia". Dra. Christine Schirmacher, 1997. Versión consultada en línea en <http://www.contra-mundum.org/castellano/schirmacher/PecadoCoran.pdf>.

³⁶⁹ María de Lourdes Sierra Kobeh. "El papel de los símbolos religiosos en la crisis del Golfo Pérsico" *Revista Relaciones Internacionales*. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, No. 64, Octubre-Diciembre, 1994, p.102.

³⁷⁰ *Ibid.* p. 104-108.

³⁷¹ J.M. Mardones y N. Ursua. *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*. p. 13.

teorías clásicas más importantes en la disciplina de Relaciones Internacionales, señaló que *homo homini lupus* "el hombre es el lobo del hombre" porque somos malos desde que nacemos y tendemos a eliminarnos unos a otros.

En cuanto hace al tema del conflicto y la violencia, el realismo considera la guerra como el estado natural de las relaciones internacionales, la paz es sólo el tiempo de recuperación entre un conflicto y otro, de manera que la única restricción que el Estado toma en cuenta es la de sus propias conveniencias.³⁷² Una de las críticas que se han emitido al respecto, es que no se puede entender de manera total la cambiante naturaleza humana a partir de una sola premisa que señala la eterna y casi providencial maldad en la que se nos condena a vivir.

Reinhold Niebuhr, teólogo protestante norteamericano, inscribe su pensamiento en el mismo sentido, afirma que "la guerra y los conflictos internacionales no son más que una revelación del carácter de la existencia humana y de la perversidad del hombre".³⁷³ El hombre es capaz de albergar dentro de sí una amplia gama de sentimientos y emociones que lo llevan a actuar en diversos sentidos, lo cual dificulta encontrar una explicación completa y válida para todos los seres humanos del por qué de sus actos. Sin duda, la violencia -concepto que se ha modificado a través de los años y ha adquirido nuevos matices- es una de las conductas más destructivas del hombre, la cual lo acompaña desde tiempos primitivos como una reacción brusca de defensa y protección de sus intereses.

Recientemente, la Organización Mundial de la Salud la definió en su Informe sobre la violencia y la salud como "el uso intencional de la fuerza o el poder físico de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad que cause o tenga probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones."³⁷⁴ Hobbes señaló en su obra *Leviatán* que existen tres razones principales que llevan al hombre a buscar el conflicto y a hacer uso de la violencia: "Primera, la competencia; segunda, la desconfianza; tercera, la gloria. La primera causa impulsa a los hombres a atacarse para lograr un beneficio; la segunda, para lograr la seguridad; la tercera para ganar reputación. La primera hace uso de la violencia para convertirse en dueña de las personas, mujeres, niños y ganados de otros hombres; la segunda, para defenderlos; la tercera, recurre a la fuerza por motivos insignificantes, como una palabra, una sonrisa, una opinión distinta, como cualquier otro signo de subestimación, ya sea directamente en sus personas o de modo indirecto en su descendencia, en sus amigos, en su nación, en su profesión o en su apellido".³⁷⁵

Consideramos que la tercera razón señalada, que genera violencia en contra de otros en función de cosas aparentemente sin importancia, ha privado en la comisión de genocidio que es la negación de la diversidad propia del ser humano, su pensamiento, religión y opiniones diversas generalmente constituyen el motivo principal del exterminio. La gloria se obtiene al saber que se ha terminado con la existencia de aquellos cuyas características ideológicas o raciales "agreden" al grupo dominante. El genocidio perpetrado contra los judíos resulta ilustrativo de lo anteriormente dicho, ya que la raza aria convencida de su superioridad sobre cualquier otra se siente profundamente satisfecha al contemplar la eliminación sistemática de los inferiores junto con toda manifestación cultural.

La segunda razón referente al aseguramiento de las personas y las cosas frente a la desconfianza que otros nos generan, puede ser otra idea arraigada en las mentes genocidas que ven en la otredad una amenaza latente hacia su persona o sus propiedades. Es como afirmar que una persona de tez negra frente a una de tez blanca tiene mayor propensión a ser ladrón, asesino o violador sólo por ser físicamente distinto de la mayoría. La primera razón que apunta el deseo de obtener beneficios (mujeres, casas, ganado, territorios, recursos naturales) es uno de los alicientes más poderosos para

³⁷² Celestino del Arenal. *Introducción a las relaciones internacionales*. p. 96-97.

³⁷³ Reinhold Niebuhr, *Christianity and Power Politics*, Nueva York, 1940, p. 11,12 y 103 citado en Celestino del Arenal. *Introducción a las relaciones internacionales*, *op. cit.* p.133.

³⁷⁴ "Capítulo I. La violencia, un problema mundial de salud pública" *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Organización Mundial de la Salud, p. 5. Consultado en http://www.paho.org/Spanish/AM/PUB/capitulo_1.pdf.

³⁷⁵ Thomas Hobbes. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, p. 102

todos aquellos que se involucran en un conflicto armado del carácter que sea (interno o internacional). Nadie acepta llevar a cabo una guerra sin la existencia de un botín que pueda compensar los esfuerzos realizados en la contienda. En el caso del genocidio, las propiedades de las víctimas son una ganancia adicional sumada a la principal que consiste en deshacerse de las "cucarachas".³⁷⁶

De este modo, se hace patente la necesidad de un órgano que atempere las conductas negativas de los miembros de la sociedad y asegure los elementos necesarios para la convivencia pacífica. El Estado ha sido desde el orden internacional surgido de Westfalia, la figura encargada de velar por el bienestar de sus miembros, responsabilidad que en muchos casos se ha relajado al grado de convertirse en enemigo de aquellos a los que debe proteger, asunto que se tratará de manera más profunda en el capítulo cuarto de esta investigación.

A diferencia de Hobbes, como lo hace notar Celestino Del Arenal, Niebuhr considera que es posible atemperar el realismo con la moral, que "tanto los hombres como las naciones deben emplear su poder con el propósito de hacer de él un instrumento de la justicia al servicio más de los intereses ajenos que de los propios".³⁷⁷

Al finalizar este apartado, queda claro que el mal no es una situación predeterminada y que se define como el "Sufrimiento resultante de elecciones humanas moralmente ruines".³⁷⁸

4.1.1.2. El Genocidio en la Historia.

Este crimen es identificable desde tiempos antiguos, como lo señala la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 260 del 9 de Diciembre de 1948 "en todos los periodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad".³⁷⁹ Según Octavio Colmenares Vargas, en la Sagrada Escritura se registra el primer genocidio de la historia, cuando el faraón Ramsés II mantiene en Egipto al pueblo hebreo en calidad de esclavo, sometiéndolo a tratos inhumanos y ordenando la matanza de todo recién nacido judío para evitar el crecimiento demográfico de dicho grupo.³⁸⁰ Baste mirar la historia de persecuciones que ha sufrido el pueblo judío para darse una idea de los numerosos actos de discriminación -que en muchos casos devinieron en genocidio- de los que han sido objeto otras tantas comunidades.

Eduardo Gregorini nos ilustra brevemente al respecto: "No fueron los judíos los destinatarios exclusivos del genocidio, así y con no menos crueldad fueron víctimas del mismo Cártago en manos de Roma, los cristianos en la Roma Imperial, de Nerón hasta Constantino, quedando las Catacumbas y el Coliseo como testimonio de lo brutal que tal situación llegó a ser. En época recientes, durante el siglo pasado la persecución de los herreros en África, y en este siglo la matanza de griegos en Esmirna, la persecución de serbios y búlgaros bajo el Imperio Otomano, la de los asirios cristianos en Irak en 1933, y los ya mencionados episodios hitlerianos, amén de otros tantos hechos cuya referencia omitimos para no aburrir al lector con una serie interminable de menciones, son otras tantas pruebas de que hoy como ayer y como siempre el genocidio es un problema candente".³⁸¹

En el siglo pasado, en el contexto de la I Guerra Mundial (1914-1918), el Imperio otomano tomó medidas encaminadas a la deportación a las áreas desérticas de lo que hoy es Siria a dos terceras partes de sus ciudadanos armenios que habitaban en Anatolia oriental (en la actual Turquía asiática), estimados entre 1 millón y 1.800.000 de los deportados murieron, como consecuencia de masacres, o de inanición y deshidratación.

³⁷⁶ Término con el que los hutus se referían a los tutsis durante el genocidio en Ruanda.

³⁷⁷ Reinhold Niebuhr, *La ironía en la historia americana*, trad. de E.T.G. , Madrid, 1958 p.84 citado en en Celestino del Arenal, *op. cit.* p. 133.

³⁷⁸ Ted Handrich (Editor). *Enciclopedia Oxford de Filosofía*, p. 668.

³⁷⁹ Resolución 260 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 1948

³⁸⁰ Octavio Colmenares Vargas. *El delito de genocidio*. Mexico, p.6.

³⁸¹ Eduardo L. Gregorini Clusellas. *Genocidio su prevención y represión*. p. 15-16.

Turquía sigue sin aceptar la responsabilidad otomana en las muertes de los armenios y no admite que aquellos hechos puedan ser calificados como genocidio, no obstante ésa es la definición que tales acontecimientos han merecido a los ojos de la sociedad internacional. Sin embargo, el ejemplo más trágico y conocido de genocidio contemporáneo fue el realizado por la Alemania nazi durante los años 30 y 40 con el fin de aniquilar la población judía de Europa. Al final de la II Guerra Mundial en 1945, casi seis millones de judíos fueron asesinados en campos de concentración nazis.

Aunque la Organización de las Naciones Unidas adoptó una convención internacional contra el genocidio en 1948, el mismo no fue erradicado. En 1975, el Jemer Rojo, líder comunista, tomó el poder en Camboya y cometió acciones brutales sobre la población, que fue expulsada de sus hogares, llevada a zonas rurales, forzada a realizar penosas tareas y tratada de forma inhumana. Los intelectuales y la clase media fueron sistemáticamente ejecutados. Cuando en 1979 el Ejército vietnamita derrocó al Jemer Rojo, tres millones de personas habían sido asesinadas.

El continente africano también ha sido azotado por tan odioso crimen, Nigeria y Biafra en 1969, Uganda en la década de los 70 y Ruanda en 1994. El pueblo kurdo también fue objeto del mismo a manos de Irak en los años 80, y en Europa Oriental, la Antigua Yugoslavia durante la década de 1990 sufrió dicho crimen al interior de sus repúblicas.

4.1.1.3. Genocidio armenio.

Las condiciones en las que sucumbió el Imperio Otomano al final de la Primera Guerra Mundial fueron lamentables, Rusia su gran enemigo le quitó paulatinamente territorios y distintas guerras locales lo debilitaron hasta llevarlo a su desaparición no sin antes provocar al interior de Turquía, la gran capital del Imperio, la inestabilidad y frustración necesarias para cometer todo tipo de crímenes en un intento por recuperar su poderío perdido.

La economía turca dependió durante mucho tiempo de las transacciones realizadas por extranjeros y minorías no musulmanas como los griegos, armenios y judíos, los cuales se encontraban libres del pago de impuestos en sus exportaciones e importaciones, gracias a las llamadas "Capitulaciones" – acuerdos celebrados entre el Imperio Otomano y naciones extranjeras- consideraciones que inhibieron el desarrollo de la industria nacional y provocaron una ingerencia militar y política constante.³⁸² En 1876 se anunció la creación de un gobierno constitucional que fue disuelto dos años más tarde por el Sultán Abdul Hamid seguido de una época de represión y terror que se extendió hasta 1909, fecha en que el Comité de Unión y Progreso conocidos también como la Juventud Turca ascendió al poder.

Sus promesas de respetar los derechos universales, la libertad y la igualdad sucumbieron ante el desorden político y violencia interna especialmente contra los armenios. El surgimiento del Panturquismo ideología promovida por Kemal Atatürk, sostenía la necesidad de "purificar la nación", imponer de nuevo la cultura turca en todos los aspectos de la vida como una manera de rechazar la constante intervención extranjera en el país. Con la esperanza de recuperar los territorios perdidos y ganar nuevos, el Imperio Otomano hace a un lado a su aliado incondicional Inglaterra y se une con Alemania para entrar a la Primera Guerra Mundial. El resultado es conocido, la pérdida de poder, prestigio e influencia como nación aunado a los problemas internos de migraciones en masa, pobreza y enfermedad alimentaron la necesidad de exterminar a las minorías intrusas.

Todos los pueblos no musulmanes que vivían en Turquía tenían status de servidumbre, su presencia resultaba pertinente ya que con sus impuestos sostenían los gastos de la clase militar, situación que no los eximió de sufrir la amenaza constante de una masacre ordenada por el Estado cada vez que los sentimientos xenófobos se exaltaban. Dicho tratamiento se justificó en los lineamientos establecidos en el Corán respecto de cómo habrían de ser las relaciones entre los musulmanes y los "infieles". El testimonio de un cristiano no pesaba ante la corte igual que el de un musulmán, tampoco podían poseer armas o aspirar a ocupar un puesto de alto nivel.

³⁸² Ervin Staub. *The roots of evil. The origins of genocide and other group violence.* p. 173.

A pesar de la discriminación, lograron un nivel de vida decoroso y formaron parte indispensable del desarrollo del país. Ervin Staub establece una analogía de la situación armenia con la judía, ya que ambos gozaban gracias a sus esfuerzos de un status bastante aceptable y de relaciones sociales exitosas.³⁸³ En repetidas ocasiones los armenios solicitaron protección en contra de los ataques perpetrados por kurdos y circasianos la cual les fue negada. Dichas agresiones no oficiales se sumaron a las primeras matanzas inspiradas por el gobierno de Abdul Hamid, quien de 1894 a 1896 atestiguó la matanza de 200,000 armenios.

La situación no cambió mucho para ellos durante el mando de la Juventud Turca, en 1909 fueron asesinados 30,000 personas más. Aunque se considera que ellos no idearon dicha masacre, tampoco hicieron intento alguno por detenerla. Inclusive se señala que el genocidio fue la respuesta a diversas acciones armenias que consistieron en presentar a Turquía un tratado donde se solicitaba respeto a sus derechos fundamentales, negarse a pagar ocasionalmente algún impuesto por razones justificables y rechazar enfrentarse militarmente contra la Rusia armenia durante la Primera Guerra Mundial fueron leídas como claras provocaciones.³⁸⁴ Toda la frustración turca resultado de años de intervención extranjera en los asuntos internos, el odio manifestado en contra de Rusia, su vieja enemiga, y el nexa espiritual existente entre ésta y los armenios por profesar creencias cimentadas en las raíces cristianas, alimentó el resentimiento y el desprecio hacia dicha minoría.

Ellos representaban “instrumentos de agitación extranjera”, “herramientas de los poderes europeos” para ejercer la voluntad de los mismos sobre Turquía. Por tanto, la ideología Panturquista que sugirió la creación de una nación pura con una cultura totalmente homogénea, se volvió más extrema al considerar que los armenios podrían atentar contra la unidad turca al desear en un futuro la creación de un Estado independiente en Anatolia oriental.³⁸⁵ Un levantamiento ocurrido en la provincia de Van, en Abril de 1915, fue el hecho detonador de la matanza que generó mayor cantidad de víctimas, la cual inició con el asesinato de todos los líderes armenios para posteriormente promover la deportación masiva de la comunidad armenia. Es punto debatible entre escritores turcos y armenios quién inició la revuelta, Richard Hovannisian historiador del genocidio considera que la misma fue una respuesta defensiva ante un ataque turco previo, mientras que escritores turcos aseguran que los armenios estaban traicionando por medio de actos de sabotaje, espionaje e insurrecciones masivas a Turquía lo cual hizo necesaria la deportación.³⁸⁶

La población turca apoyó el fervor nacionalista promovido por la ideología dominante y contribuyó de manera efectiva a la discriminación y eliminación de los armenios, todo resultó justificable en aras de alcanzar un bien mayor. El gobierno fue el encargado a través de todos sus ministerios de ordenar y ejecutar el genocidio, lo anterior se comprueba con una serie de telegramas interceptados por el gobierno británico y la experiencia del embajador de Estados Unidos en Turquía, Henry Morgenthau, los cuales exhortaban de manera especial a los funcionarios a no tener piedad con mujeres, niños o enfermos.

Así las cosas, inició la deportación masiva de dos terceras partes (aproximadamente un millón ochocientos mil) de los ciudadanos turco-armenios hacia el desierto árabe. Cabe mencionar que fueron sustraídos de sus hogares con lujo de violencia, destruidas casas, iglesias, vehículos, obligados a caminar de día y noche, violadas niñas y mujeres en medio de orgías brutales organizadas por los militares. La mayoría falleció por desolación, enfermedades, hambre y sed. Ciertamente, el grueso de las víctimas no murió en las masacres, sin embargo fueron sometidos a condiciones de vida tendientes a degradar su situación física, moral y psicológica hasta provocar su inminente deceso.

Armin T. Wegner , un testigo alemán de los acontecimientos escribió al Presidente Wilson: “...I have seen maddened deportees eating as food their own clothes and shoes women cooking the bodies of

³⁸³ *Ibid.* p. 176-177.

³⁸⁴ *Ibid.* p. 178-179.

³⁸⁵ *Ibid.* p. 179-182.

³⁸⁶ *Ibid.* p. 180.

their new-born babes.”³⁸⁷ Los Estados Europeos, Estados Unidos y el resto del mundo fueron testigos del desarrollo de los acontecimientos que alumbraban a la comisión próxima de un genocidio, sin embargo nadie prestó mucha atención en medio de la primera conflagración de carácter mundial, la cual entrañaba intereses mucho más importantes que detener la matanza de la comunidad armenia.

4.1.1.4. Genocidio judío.

La derrota sufrida por Alemania en la Primera Guerra Mundial, la exclusión de su participación en los tratados de paz (Versalles) aunada a la situación económica y política interna deplorables, fueron el caldo de cultivo para el crecimiento del nacional socialismo o nazismo. Dicha ideología como señala el Dr. Hernández Vela, fue un movimiento político caracterizado por un “nacionalismo agresivo” inspirado en el fascismo. Adolfo Hitler, representante principal del mismo, señaló en su obra “Mi Lucha” los tres objetivos principales: la unión de todos los alemanes (raza aria), la abolición de los Tratados de paz de Versalles y San Germán y, la obtención del “espacio vital” o *lebensraum* necesario para el desarrollo alemán.³⁸⁸ Estos ideales sirvieron para justificar todas las acciones cometidas de 1930 a 1945, años en los que se promovió de manera intensa el odio contra los judíos, quitándoles sus derechos civiles, boicoteando su trabajo, discriminándolos de todas las formas posibles hasta derivar en el genocidio.

La Segunda Guerra Mundial, sirvió como marco idóneo para el desarrollo del mismo, con la conquista de Polonia en 1939 se desencadenan las deportaciones masivas de judíos polacos, alemanes, austriacos, y checoslovacos a Polonia, donde el gobierno formó ghettos para concentrarlos mientras se esperaba la llegada de la “solución final” a la cuestión judía. Mientras tanto, las ejecuciones en masa iniciaron al interior de los ghettos y, con la invasión a la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) en 1941 se eliminaron casi 300, 000 judíos. En ese mismo año comienzan los traslados a los campos de concentración, entre los más importantes se encuentran: Chelmno, Belzec, Sobibor, Treblinka, Maidanek y Auschwitz. Para 1942, el 70 % de los judíos polacos fueron exterminados de maneras varias: en cámaras de gas, sometidos a tratos crueles e inhumanos, trabajos forzados, experimentos científicos, etc.³⁸⁹ El saldo del genocidio: seis millones de víctimas, número que ha sido cuestionado por la denominada Teoría revisionista, que niega la veracidad de dichos datos.

4.1.1.5. Genocidio en Camboya.

El asombro de la sociedad internacional frente a la terrible realidad de los campos de concentración y exterminio nazis, no fue suficiente para actuar con mayor determinación y evitar que un acontecimiento de tal magnitud volviera a tener lugar. La configuración del mundo después de la Segunda Guerra Mundial giró en torno a dos polos de poder: Estados Unidos y la URSS. La lucha por el poder tuvo lugar en la arena mundial, donde cada potencia trabajó para extender sus áreas de influencia, contener y exterminar ideologías contrarias a sus respectivos sistemas.

El representante del capitalismo, logró frenar las ambiciones comunistas en Grecia, Turquía, Berlín y Corea, sin embargo en Indochina (Vietnam, Laos y Camboya) la historia fue diferente, la atención que Estados Unidos le prestó a dicha zona fue preeminente, el documento NSC-64 señaló que Indochina era ‘una zona clave del sudeste de Asia y se encuentra bajo una amenaza directa’,³⁹⁰ la teoría del dominó apuntó que si se permitía su caída en manos comunistas, le seguirían Birmania y Tailandia generando un serio peligro a sus intereses en la región. Dicha situación la convirtió en un campo de batalla donde la población fue la más perjudicada.

³⁸⁷ *Ibid.* p. 184.

³⁸⁸ Edmundo Hernández Vela. *Diccionario de Política Internacional*. p. 718-719.

³⁸⁹ Michel Bar-Zohar en *Les Vengeurs*, Edit. Librairie Arthème Fayard, París, 1968.

³⁹⁰ Citado en Henry Kissinger. *La Diplomacia*. p.615.

Camboya, nación agrícola, estuvo mucho tiempo bajo el protectorado de Francia hasta 1954, año en que logra su independencia política aunque no así la económica, ya que sus deudas con China y Vietnam la hicieron objeto durante mucho tiempo de invasiones sobre todo por parte de esta última. La situación económica empeoró en los años posteriores, la vida en el campo se volvió difícil y muchos campesinos se vieron forzados a emigrar a las ciudades. La explosión demográfica y la improductividad del campo confluyeron en una crisis alimentaria y una baja general en los niveles de vida.

En 1968 comenzaron los bombardeos sobre Vietnam para evitar que la infección comunista contagiara a los países vecinos. Se estima que entre 1970 y 1973, Estados Unidos detonó en dicha nación tres veces más bombas que las utilizadas durante la Segunda Guerra Mundial contra Japón.³⁹¹ Dichos ataques -que abarcaron territorios circundantes a Camboya- terminaron con la vida de miles de civiles, lo cual creó en la sociedad un profundo resentimiento hacia el gobierno por permitir que su "aliado" los perpetrara. Este ambiente resultó propicio para el crecimiento del comunismo y el estallido de la guerra civil en 1970, donde el Jemer Rojo, líder de dicha ideología toma el poder de la nación con el fin de crear una nueva sociedad que contribuyera a hacer del mundo un lugar mejor. Bajo esta idea se cometió el genocidio que cobró la vida de casi dos millones de personas.

Estados Unidos y la armada del sur de Vietnam incursionaron en el conflicto para apoyar al gobierno del príncipe Sihanouk -quien fungió como instrumento de control francés durante la colonia y logró mantenerse en el poder después de la independencia- en un intento desesperado por contener la amenaza comunista. La afectación psicológica provocada por los constantes ataques de Vietnam a Camboya, los bombardeos de Estados Unidos, la crisis económica-social en el campo y la ciudad, junto con el sistema de represión y terror utilizado por Sihanouk para reprimir a cualquier disidente, fertilizó el terreno para el crecimiento del comunismo, generó sentimientos de hostilidad y necesidad de defensa física y psicológica, preparando a la población para aceptar con sumisión a sus nuevos líderes.

Durante la sucesión de estos hechos, se cultivó en la población de Camboya una idea de superioridad racial sobre los vietnamitas. Se instigó la comisión de crímenes en contra de ellos, especialmente los que residían en el país, quienes fueron víctimas de violación, asesinato y destrucción de sus propiedades. En 1975, el Jemer Rojo ocupó triunfante la capital de Phnom Penh procediendo a evacuar de inmediato las ciudades, actitud paranoica fundamentada en la creencia de que los enemigos se encontraban en todos lados. Prosiguió la matanza de profesionistas, intelectuales, militares del antiguo régimen y todo aquel que no se ajustara a los ideales de la nueva sociedad.³⁹² Toda la población fue desplazada hacia el campo, muchos murieron durante el trayecto de hambre, sed y enfermedad. Una vez ubicados en su nuevo lugar de residencia, no se les permitió la propiedad privada y fueron sometidos a jornadas arduas de más de diez horas de día y noche con raciones limitadas de alimento.

Con o sin experiencia en las faenas propias del campo y sin algún tipo de ayuda, los ciudadanos debían acostumbrarse a vivir en comunidades bajo las más estrictas normas. La ideología del Jemer consistía en crear una sociedad organizada en torno a la tierra, una vida enteramente comunal, sin acceso al conocimiento o algún otro elemento que pudiera diferenciar a unos miembros de otros. La tecnología fue destruida casi en su totalidad, excepto en algunas fábricas que producían bienes absolutamente necesarios.

Los jóvenes fueron elemento clave para el inicio de esta revolución, ya que su ansia de libertad, emancipación de la casa paterna, pensamiento fácilmente modificable y valentía, los convirtieron en excelentes miembros del ejército del Jemer y a su vez en portadores de la nueva ideología que también buscaba destruir la unidad familiar y las tradiciones. Al arrancarlos de sus casas -muchos de ellos aún en edad de la infancia- provocaron la ruptura de los lazos familiares, realizando una transferencia de dependencia emocional hacia el Jemer y el régimen.

³⁹¹ Ervin Staub. op. cit. p.190.

³⁹² *Ibid.* p. 195.

Ervin Staub señala que las razones ideológicas del genocidio en Camboya y de la aceptación del régimen ya mencionado, hunden sus raíces en situaciones de tipo histórico-culturales: Las profundas divisiones sociales causantes de resentimiento entre sus miembros; la esclavitud y el trabajo forzado como una práctica legendaria y aceptada, status al que pertenecía el grueso de la población; el totalitarismo en torno a la figura del rey, quien tenía carácter casi divino; consideración de los vietnamitas como enemigos tradicionales; sentimientos de inferioridad provocados por la larga dependencia de poderes extranjeros y, una marcada tradición de violencia en cuanto al sistema penal y a los usos y costumbres de la nación.³⁹³ No sobra mencionar que, muchos de los miembros del grupo Pol pot, ideólogo principal de este genocidio, cursaron sus estudios en París junto con miembros del Partido Francés Comunista Stalinista, los cuales influenciaron su pensamiento con las ideas francesas revolucionarias y el principio maquiavélico de que el fin justifica los medios.³⁹⁴

Por tanto, no resulta válido justificar los crímenes en la antigua barbarie de la sociedad camboyana o en la riña constante con sus enemigos históricos, el papel desempeñado por Francia durante su protectorado, acentuó y contempló las diferencias existentes al interior y se valió de ellas para preservar el poder. Este caso posee doble arista, ya que no sólo se encuentra el elemento racial como causa fundamental del exterminio de vietnamitas debido a diferencias culturales irreconciliables (alimentadas aún más por Francia) con los camboyanos, también se ubica el elemento ideológico como el motor más poderoso que impulsó una especie de auto-genocidio entre estos últimos.

Generalmente se considera que la comisión del crimen se dirige de un grupo hacia otro de diferente composición racial, ideológica, religiosa, etc., sin embargo este caso rompe el esquema y nos obliga a reflexionar si debe considerarse como genocidio el maltrato y la masacre de camboyanos, ideado y ejecutado por miembros del mismo grupo.

Estrictamente de acuerdo con la definición aportada por la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, no se señala el elemento ideológico como uno de los motores que impulsen la comisión del mismo, sólo ubica el motivo racial, étnico y religioso, a saber la razón que propició la masacre entre camboyanos fue la intención de eliminar toda idea contraria al régimen comunista, más no el exterminarse por motivos de pertenencia racial, situación que de haber resultado cierta habría terminado por fuerza en la extinción completa del grupo en cuestión.

Por lo anterior, se concluye que los ataques dirigidos contra los vietnamitas constituyen genocidio, no así las matanzas perpetradas entre camboyanos, y en el supuesto de que la historia fuera diferente y el elemento racial hubiera sido el móvil de las mismas, estaríamos hablando de un concepto novedoso, de un ejemplo sin precedente en el que todos los miembros de un mismo grupo nacional se eliminan a sí mismos a causa de complejas situaciones psico-sociales, mereciendo este acto ser contemplado por su naturaleza única y distinta –aunque no del todo- del genocidio en un tipo penal diferente.

4.1.2. Antecedentes jurídicos.

4.1.2.1. Crímenes de Lesa Humanidad. ¿Innovación de Nuremberg?

Los antecedentes jurídicos del objeto de nuestro estudio, son los denominados crímenes de lesa humanidad³⁹⁵, término mencionado en el derecho convencional por primera vez en las Convenciones

³⁹³ *Ibid.* p.195-201.

³⁹⁴ *Ibid.* p.202.

³⁹⁵ Según la definición establecida en el artículo 6, inciso c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, los crímenes contra la humanidad son: “ A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron. Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación

de la Haya de 1889 y 1907. La lista de los mismos se elaboró al final de la Primera Guerra Mundial, aunque no quedaron recogidos en un instrumento internacional hasta que se redactó la Carta del Tribunal de Nuremberg en 1945. Bassiouni citando al Profesor L.C. Green arguye que si bien la Carta es el primer instrumento en el que se especifica el contenido de esos crímenes, no está señalando un nuevo principio de derecho internacional porque la noción de ofensas contra el derecho de los Estados, *delicti jus gentium* ha precedido dicha iniciativa desde hace siglos.³⁹⁶

Sin embargo, es el Tribunal de Nuremberg quien se encarga de darle formalmente a los crímenes de lesa humanidad su lugar dentro de los tipos penales que habrían de ser condenados posteriormente en los instrumentos jurídicos internacionales más importantes en la materia, por tanto su innovación se reconoce no en cuanto a la proposición de un concepto nunca antes comprendido, sino en relación al orden en el que coloca a dichas conductas, señalando cuáles son y situándolas en una categoría distinta de los crímenes de guerra. Los crímenes de lesa humanidad determinados en esta Carta fueron reconocidos formalmente en 1946 como parte del derecho internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas y se incluyeron en posteriores instrumentos internacionales, como los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. Dichas conductas son definidas por la Carta de Nuremberg como imprevistas e inesperadas depredaciones que sólo la nefasta y desenfrenada imaginación de la maldad humana puede cometer.

Bassiouni señala que es comprensible el hecho de que no existiera una norma positiva específica que cubriera esas acciones, debido a su naturaleza bárbara, magnitud y consecuencias.³⁹⁷ Según el autor, el origen filosófico de esos crímenes reside en los valores humanísticos y humanitarios mientras que su origen normativo se ubica en la evolución de la regulación internacional de los conflictos armados.

Si se toma en cuenta que el hecho de la guerra es contemporáneo a la aparición del hombre en la tierra, entonces las normas que se han encargado de regular los aspectos relativos a la misma tienen casi la misma antigüedad. Aunque dichas normas no se consagraran en instrumentos convencionales, sí permanecieron y se observaron a lo largo de la historia como costumbre, es conocido que ésta es una de las fuentes más importantes del derecho internacional y que gran parte de las normas que se encuentran codificadas tuvieron su primer origen en ella. Entonces, el antecedente jurídico de los crímenes contra la humanidad y a su vez del genocidio, hunde sus raíces en el devenir normativo de lo referente a la guerra.

Durante siete mil años, los principios humanitarios han regulado los conflictos ocurridos gradualmente en diferentes civilizaciones, formando una fábrica de normas y reglas diseñadas para prevenir ciertas formas de daño físico a civiles no combatientes, enfermos, prisioneros de guerra, etc.³⁹⁸ Es pertinente advertir que no debe confundirse genocidio con crímenes de lesa humanidad, aunque provienen de una familia de conductas similares, corresponden a tipos penales diferentes en razón principalmente de la intencionalidad (*dolus specialis*) que caracteriza al crimen objeto de esta investigación. Para finalizar este punto, establecer un nexo entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad no es forzosamente necesario, ya que los últimos pueden cometerse aún en tiempos de paz o en conflictos internos que no son reconocidos como de carácter internacional.

A raíz de los crímenes cometidos con motivo de la Segunda Guerra Mundial, algunos de los cuales no correspondían a algún tipo definido previamente (es el caso del genocidio), la comunidad internacional vio la urgencia de tipificar esta acción, ya que al ser un delito cometido por el Estado, o bajo la protección y apoyo del mismo, las legislaciones nacionales resultan inexistentes al momento de castigar a los responsables de genocidio³⁹⁹ o de algún otro crimen de lesa humanidad.

o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan”.

³⁹⁶ M. Cherif Bassiouni. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. p. 147

³⁹⁷ *Ibid.* p. 149.

³⁹⁸ *Ibid.* p. 150.

³⁹⁹ Efrén Gustavo Marqués Rueda. *Genocidio. El caso Slobodan Milosevic*.

4.1.2.2. Vandalismo y Barbarie.

Raphael Lemkin, jurista polaco⁴⁰⁰ influenciado profundamente por los acontecimientos ocurridos en los campos de concentración nazi, donde murió su familia, enfoca sus estudios a plantear las primeras propuestas para condenar dichos crímenes en la V Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, celebrada en Madrid en 1933, bajo auspicios de la Sociedad de Naciones. Era preciso establecer una categoría de delitos, común para toda la comunidad internacional, bajo la denominación genérica de *delicta iuris gentium*, mediante la cual se protegieran ciertos valores colectivos, como el derecho a la vida en el seno de una comunidad étnica o religiosa, la producción artística y las telecomunicaciones. La nueva familia de delitos se compondría básicamente de dos tipos: el vandalismo y la barbarie.

El delito de barbarie consistía en tomar parte en masacres u otras atrocidades colectivas contra la población indefensa. Concurrían cinco elementos constitutivos del tipo, a saber⁴⁰¹:

- 1.- Empleo de violencia que pruebe las móviles antisociales y crueles de los actores.
- 2.- La acción sistemática y organizada.
- 3.- La acción no se dirige contra personas determinadas, sino contra la población o un grupo de ciudadanos.
- 4.- La colectividad atacada está indefensa.
- 5.- La intención con que se realiza puede consistir en la intimidación de la población.

El delito de vandalismo consistía en la destrucción dolosa de obras de arte y bienes culturales de importancia reconocida.⁴⁰² Esta primera aproximación fue modificada a finales de 1933. De acuerdo con las explicaciones adicionales para el reporte especial presentado a la V Conferencia para la Unificación del Derecho Penal en Madrid⁴⁰³, propuso un texto que debía ser el fundamento de un futuro tratado internacional en el que se castigarían ambos delitos. Cabe realizar un cuestionamiento antes de pasar al siguiente apartado, las matanzas ocurridas antes de que surgiera el tipo penal de genocidio, ¿pueden considerarse como tal o se aplica el principio de *nullum crimen sine lege*?

Thomas Hobbes opina que "Los deseos y otras pasiones del hombre no son pecados en sí mismos; tampoco lo son los actos que de las pasiones proceden hasta que consta que una ley las prohíbe: que los hombres no pueden conocer las leyes antes de que sean hechas, ni puede hacerse una ley hasta que los hombres se pongan de acuerdo con respecto a la persona que debe promulgarla."⁴⁰⁴

De lo anterior podría deducirse que no pueden denominarse como genocidio las masacres previas a la existencia de tal concepto, sin embargo lo son en función de que los acontecimientos narrados por la historia cumplen con los elementos señalados en el tipo penal. Resulta cierto que las acciones del hombre se adelantan a la normatividad establecida, rebasando la imaginación del más ávido legislador. Tal parece que el principio ya señalado, significa que el sujeto es libre de realizar cualquier

⁴⁰⁰ Lemkin nació el 24 de junio de 1901 en Bezwodene, Polonia. Estudió Derecho y Filología en la Universidad de Lwow (Polonia) y Heidelberg (Alemania). Su primer empleo fue de secretario del *Tribunal de Apelación de Varsovia*, y después fiscal en dicha ciudad, en 1925. Representó a Polonia en diversas conferencias como delegado en la Sociedad de Naciones, en especial, durante 1929 como *Secretario de la Comisión de Leyes de la República Polaca*. Con estos cargos representó a Polonia en la *V Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Criminal*, que tuvo lugar en Madrid en 1933. Fue aquí donde hizo su primera propuesta, por la que solicitaba a la Sociedad de Naciones la redacción de un documento que condenase las *matanzas en masa* sucedidas antes, durante y después de la Primera Guerra Mundial. En 1935 se separó de la Administración polaca y presumiblemente volvió al ejercicio privado de la abogacía en Varsovia. Una vez invadida Polonia por Alemania y la URSS, se convirtió en partisano y más tarde emigraría a Suecia y a Estados Unidos, donde viviría hasta su muerte, en 1959. Sobre su biografía, cf. *Encyclopedia of the Holocaust*, Nueva York: Macmillan Publishing Company, 1990.

⁴⁰¹ Alicia Gil Gil. *Derecho penal internacional*, p. 151; y *Actes de la V Conférence Internationale pour l'Unification du Droit Penal*, p. 48.

⁴⁰² *Ibidem*.

⁴⁰³ <http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm>.

⁴⁰⁴ Thomas Hobbes. *op. cit.* p.103.

acción no contemplada en la ley, así provenga de su mente maniática y enferma porque si la misma no se encuentra tipificada, entonces no hay crimen que perseguir.

Lo anterior no deviene en una salida jurídica válida, porque existen conductas universalmente aceptadas como dañinas para la sociedad. El hecho de que el tipo de genocidio no haya existido antes del siglo XX no justifica el asesinato de la memoria de pueblos enteros a lo largo de la historia. Es imposible regresar el tiempo para evitar las tragedias que le han arrebatado la vida a miles de personas o para juzgar a los autores materiales o intelectuales de tales crímenes, aunque así fuera el principio de irretroactividad impediría proceder jurídicamente contra los responsables con base en el tipo penal de genocidio. No obstante es necesario el reconocimiento de que tales acciones son condenables en cualquier época de la historia, para resaltar la gravedad de las mismas e impulsar su prevención y erradicación.

4.1.3. Evolución jurídica del crimen de genocidio: Historia del concepto.

En fecha anterior a 1944, el concepto jurídico de genocidio no existía como tal, y todo acto encaminado a la eliminación o destrucción de un grupo nacional en particular, se encontraba englobado con otros delitos contra la humanidad regulados por la IV Conferencia de la Haya de 1907 referente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Arthur Jay Klinghoffer señala que el desarrollo del mismo fue la reacción ante el Holocausto Nazi en contra de los judíos y otros grupos⁴⁰⁵, sin embargo Lemkin ya se encontraba trabajando en la definición años antes de que acontecieran los hechos, su propuesta tuvo buena acogida en un ambiente internacional sensibilizado por el horror que vivieron millones de personas.

El jurista polaco da un paso más en sus aportaciones teóricas e idea la denominación *genocidio* para referirse a la eliminación dolosa de colectividades integradas por elementos diferenciales propios (judíos, gitanos, polacos, etc). Se superan así el *vandalismo* y la *barbarie* como tipos que, en suma, no dejaban de ser una mera aproximación a lo que se entendería más tarde por genocidio. El vocablo genocidio⁴⁰⁶ define todo acto encaminado a la destrucción de una nación o grupo étnico mediante acciones bien estructuradas y organizadas que eliminen paulatinamente las manifestaciones esenciales de la vida de un grupo, como lo son sus instituciones políticas y sociales, su cultura, su lengua, su religión, sus sentimientos nacionales, sus libertades, etc., así como la propia vida de los miembros del grupo.

A imagen de otros términos jurídicos, se compone de dos elementos lingüísticos: gens (raza, familia, clan) y la terminación cidio (muerte), como también en el homicidio, el uxorcidio, el magnicidio, el parricidio o el tiranicidio. Será en este año cuando vea la luz su artículo "Genocide, A Modern Crime", en el que sienta las bases jurídicas de lo que entiende como nuevo tipo, al tiempo que propone una serie de medidas para su reconocimiento, vía tratado internacional, unificadamente por la comunidad internacional.

Gregorini Clusellas apunta que existió cierta crítica terminológica a la propuesta de Lemkin. Entre los doctrinarios que emitieron su opinión se encuentra Boissarie y José Agustín Martínez quienes proponen el término genicidio, que proviene de genus-i (pueblo, nación o raza). El brasileño Nelson Hungría, explica de manera diferente la raíz de la palabra genocidio, genus (pueblo, nación, raza) y excidium o exscidium (caída o aniquilamiento). Por otra parte, los argentinos Molinario y Francisco Laplaza prefieren el término genticidio derivado de gens (raza, estirpe, país, pueblo, familia), y de su genitivo plural gentis.⁴⁰⁷

Genocidio es el término que permaneció, su uso formal comenzaría -gracias a las gestiones realizadas por el jurista polaco- hasta los trabajos de preparación de la Convención para la Prevención y Sanción

⁴⁰⁵ Arthur Jay Klinghoffer. *The international dimension of genocide in Rwanda*, p. 103.

⁴⁰⁶ El término genocidio proviene de la palabra griega genos, que significa raza o tribu, y el vocablo latín cide, que significa matar.

⁴⁰⁷ Eduardo L. Gregorini Clusellas. *op. cit.* 9-10.

del Delito de Genocidio auspiciada por la Organización de las Naciones Unidas en 1946, documento en el que se establecieron los parámetros generales del crimen. Sin embargo, existe un detalle que fue pasado por alto en esta primera definición de genocidio: la especificación de lo que son los grupos nacionales. Se señala que el crimen de genocidio, es aquel que va encaminado a exterminar grupos nacionales, raciales o religiosos, respecto de los últimos dos no hay problema conceptual, se entiende lo referente a grupos raciales (caucásicos, negros, mongoles, etc.) y a los grupos religiosos (hindúes, católicos, musulmanes, protestantes, etc.).

¿Pero en el caso del grupo nacional, de qué hablamos? Miguel Alía Plana realiza algunas observaciones interesantes al respecto. Él señala que el grupo nacional puede estar conformado por una comunidad que pertenece a un Estado existente, que fue Estado independiente, que tiene un cierto grado de organización autónoma. Se pretende eliminar el grupo en tanto posee el signo distintivo de lo nacional, en acto o en potencia.⁴⁰⁸ También es posible interpretarlo de forma más abierta, de tal manera que el grupo nacional esté compuesto por distintos sujetos a los que se pueda identificar mediante una característica común y que les hace diferentes del resto de la población de un Estado, ejemplo: los militantes mexicanos de izquierda, que formarían un grupo nacional distinto de los militantes mexicanos de derecha, o los homosexuales argentinos respecto a los heterosexuales de la misma nacionalidad.

Sin embargo, Alicia Gil Gil observa que esa interpretación, resulta demasiado amplia, ya que supondría una reducción de los delitos contra la humanidad a un concepto jurídico prácticamente inaplicable, por el efecto expansivo del genocidio. Esto quiere decir que, cualquier homicidio podría ser calificado de genocidio si las víctimas tuvieran características especiales en común relacionadas con su raza, religión o pertenencia a un Estado.⁴⁰⁹ La definición brindada por la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948 es restrictiva en ese sentido, ya que no permite hacer diferencias entre un grupo de personas y otro con base en las orientaciones políticas, ideológicas, sexuales o de cualquier otro tipo que no sean las señaladas para tal efecto -racial, étnico y religioso- en la misma.

Por otro lado, el auto de solicitud de extradición de Pinochet del 3 de Noviembre de 1998⁴¹⁰, aporta luz acerca de la definición del grupo nacional. "Grupo nacional" puede significar "grupo perteneciente a una nación", es decir, "grupo de una nación" en sentido territorial, si bien en la legislación y práctica internacional la expresión significa ante todo "grupo de origen nacional común".⁴¹¹

Así, se usa esta expresión, en el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, que, al definir el concepto de "discriminación racial", se refiere a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas, entre otros, en motivos de linaje, origen nacional o étnico. En las discusiones previas a la elaboración de dicha Convención, se pretendió precisarlo como grupo de una nacionalidad o ciudadanía, como grupo de un mismo origen étnico, o como referencia a las minorías nacionales e, incluso, a los pertenecientes a diferentes nacionalidades dentro de un Estado o Nación.

La Convención optó por la expresión "grupo nacional" por considerarla comprensiva de estos supuestos que, en realidad, son restrictivos. Por tanto, puede decirse que en el ámbito del genocidio la idea de lo nacional se usa para identificar grupos permanentes de personas de común origen. También se ha señalado que, la definición de grupo nacional no excluye los casos en los que las víctimas son parte del propio grupo transgresor, es decir, los supuestos de "autogenocidio", como el

⁴⁰⁸ Ejemplos serían los españoles o godos después de la declaración de guerra a muerte de Bolívar, tras las victorias de José Tomás Boves (1782-1814), Comandante del Ejército de Barlovento en la Provincia de Venezuela, contra el libertador en Puerto Cabello, Barquisimeto, La Puerta, Valencia y Caracas, los armenios tras la Primera Guerra Mundial o los kurdos y tibetanos en la actualidad. Eduardo L. Gregorini. *op. cit.*

⁴⁰⁹ Alicia Gil Gil. *op. cit.*

⁴¹⁰ La solicitud puede consultarse en El País. <http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/auto-03-11-98/auto1a.htm>.

⁴¹¹ Cherif Bassiouni, *International Criminal Law, Crimes*, p. 291

caso de los asesinatos masivos de Kampuchea, sin embargo tal y como se hizo la aclaración en el apartado referente a Camboya, los motivos ideológicos y políticos no son considerados dentro del tipo penal que nos ocupa y para que los ataques puedan calificarse de genocidio deben dirigirse de un grupo nacional hacia otro distinto.

En cuanto hace al requisito numérico para que pueda calificarse de genocidio un crimen, cuenta más que la intención de exterminio se oriente hacia una persona por motivos de su pertenencia a un grupo, que el número de víctimas en sí mismo. Es necesario entender, que el genocidio no ocurre de súbito y tampoco ha adquirido su especial crueldad de un día para otro, la ejecución del mismo requiere la creación de una maquinaria ideológica-material que en muchos casos lleva años construir, por tanto no sería raro vislumbrar la anexión de elementos novedosos al concepto, porque desafortunadamente la ciencia y la tecnología han brindado al hombre herramientas nuevas para sofisticar la maldad.

Debe notarse la influencia que tuvieron los Tribunales de Nuremberg y Tokio en la mención del concepto de genocidio. Aunque la existencia formal del concepto es posterior a estos y otros tribunales que se conformaron para juzgar los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, ya comenzaban a tomarlo en cuenta como parte de los crímenes en contra de la humanidad.

Los parámetros generales del crimen serán delineados hasta la Convención de Genocidio formulada por la Asamblea General, sin embargo se aportaron importantes precedentes legales como el reconocimiento de la jurisdicción internacional, persecución de individuos en un esfuerzo de retomar el principio de responsabilidad penal individual, *hostis humani generi*, para evitar justificar los crímenes bajo el pretexto de obedecer órdenes estatales y, el papel que juega el Estado en la organización sistemática de matanzas masivas.⁴¹²

4.1.4 Primeros instrumentos jurídicos.

4.1.4.1. Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Las Naciones Unidas consideraron por primera vez la posibilidad de establecer una corte internacional, permanente para enjuiciar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión. En la resolución 260 (III) del 9 de diciembre de ese año, la Asamblea General afirmó que "en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad" y está "convencida de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional". Debido a esto se adoptó la "Convención sobre la Prevención y Sanción del delito de Genocidio " el 9 de Diciembre de 1948.⁴¹³

El primer artículo de la Convención declara al genocidio un crimen, sea que se cometa en tiempos de paz o de guerra. Los artículos segundo y tercero definen con detalle el genocidio:

"Los actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, mediante:

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

En la definición anterior se pueden ubicar tres tipos de genocidio:

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ *Convención sobre la Prevención y Sanción del delito de Genocidio*. Versión electrónica disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p_genoci_sp.htm.

- Genocidio físico.- Consiste en la eliminación física de los miembros del grupo.
- Genocidio biológico.- Consiste en el impedimento de que los miembros sobrevivientes del grupo oprimido puedan reproducirse.
- Genocidio cultural.- Se busca la destrucción del idioma, lengua, religión o la propia cultura de un grupo específico.

Por otra parte en el artículo 3 del mismo documento se menciona quiénes serán castigados por genocidio:

- a) Cometan genocidio;
- b) Se asocien para cometer genocidio;
- c) Instiguen directa y públicamente a cometer genocidio;
- d) Tengan la intención de cometer genocidio;
- e) Sean cómplice de genocidio.
- f)

La importancia de lo anterior radica en que la Convención promueve el castigo de individuos, sin importar su posición al interior de la nación, lo cual se relaciona directamente con el principio de responsabilidad penal individual establecido en Nuremberg. Los culpables serán juzgados de acuerdo con el artículo 6 en el Estado donde hayan cometido el delito o ante la Corte Penal Internacional competente, es decir, aquella instancia que haya sido reconocida en su jurisdicción por las partes contratantes de dicha Convención.

El artículo cuarto establece el principio de que la pena por genocidio se aplicará a “dirigentes responsables constitucionalmente”, funcionarios públicos e individuos privados culpables. El artículo quinto impone a las naciones firmantes la obligación de promulgar una legislación para hacer efectivas las disposiciones de la Convención y estipular las penas oportunas para las personas halladas culpables. Otros artículos excluyen el genocidio de la categoría de crímenes políticos y de forma explícita deniegan a las personas acusadas de genocidio la inmunidad para la extradición; también estipulan que las personas acusadas de genocidio sean juzgadas “por un tribunal competente del Estado en el que dicho acto se cometió”, o por un tribunal internacional que tenga la jurisdicción necesaria.

El hecho de que la Convención no contemple el genocidio por motivos políticos ha generado controversia, ya que el estudio de los casos más significativos arroja este factor como uno de los motores más fuertes que impulsa la comisión del crimen, aún cuando el rasgo característico del mismo sea la eliminación por causa de pertenencia a un grupo en especial, no deja de tener connotaciones políticas claras, argumento que se demostrará con mayor oportunidad en capítulos siguientes.

4.1.4.2. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965.

Por otro lado, se identifica como un instrumento jurídico valioso relacionado con el tema del presente trabajo, a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965⁴¹⁴, que entra en vigor en 1969, la cual compromete a los Estados parte a condenar las actitudes de discriminación por motivos de raza:

“Artículo 4.- Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de

⁴¹⁴ Dicho documento puede consultarse en la siguiente página: http://www.nuncamas.org/document-internac/conveldr/conveldr_00.htm.

Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Declararán como acto punible conforme a la ley, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
- b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
- c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales, promuevan la discriminación racial o inciten a ella.⁴¹⁵

Resulta clara la relación que sostiene ese instrumento respecto de la prevención y sanción del crimen del genocidio. En el artículo al que acabamos de hacer referencia, se compromete a los Estados a castigar a todos aquellos que promuevan individualmente o en grupos, ideas de superioridad racial y discriminación, ya que son el primer paso de lo que podría acabar en un terrible genocidio.

Así lo hace constar, la opinión de Ivan Garvalov, quien fuera presidente del comité de las mesas de debate de Naciones Unidas de 1995 respecto de estos temas. Él señaló la vinculación entre la Convención contra el Genocidio de 1951 y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: "Existe efectivamente un mecanismo que permite al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial actuar de inmediato en virtud del artículo 4 de la Convención respecto de cualquier exhortación a través de los medios de difusión o cualquier otra instigación a la discriminación racial y la violencia que conduce al genocidio".⁴¹⁶

Desde entonces, esta vinculación entre las dos Convenciones es objeto de discusión y está pendiente de aplicación cabal. La eficacia de un sistema de aplicación depende de dos aspectos: el mecanismo establecido para cumplir la tarea, y la voluntad de hacer uso de él. Para ello, la Convención estableció un órgano de expertos independientes -el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial- para examinar informes de los Estados partes. A través de sus mecanismos de procedimiento urgente, el Comité también tiene la posibilidad de adoptar medidas preventivas para evitar que los enfrentamientos degeneren en conflictos y responder a los problemas que requieren atención inmediata.

4.1.5. Instrumentos jurídicos internacionales actuales.

4.1.5.1. La Corte Penal Internacional y su Estatuto.

La Convención sobre Genocidio de 1948, da pauta a la creación de un Tribunal Internacional para juzgar los crímenes de lesa humanidad, de guerra, el genocidio y la agresión. Ante la incapacidad de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), para juzgar individualmente a los responsables de cometer crímenes de guerra, lesa humanidad y por supuesto genocidio, dado que ella se dedica a resolver controversias principalmente entre Estados, surgió la necesidad de crear una Corte especial que pudiera ocuparse principalmente de estos temas.

Sobra señalar la importancia de la misma, dado que la Corte Internacional de Justicia no está capacitada para enjuiciar individuos quedando impunes gran cantidad de crímenes cometidos por el Estado a través de los hombres. Naciones Unidas considera que "El establecimiento de un tribunal permanente para castigar a los responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio es importante porque evita los retrasos inherentes de preparar un tribunal ad hoc que

⁴¹⁵ *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*

⁴¹⁶ Comisión Nacional de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías 50º período de sesiones .Tema 3 del programa provisional. <http://193.194.138.190/huridocda/huridoca.nsf/8ce8951852ee031cc1256991003793c3/4e0f85d25e3eef2802566d7005f0b35?OpenDocument>.

pueden ser aprovechados por los criminales para escapar o desaparecer; los testigos pueden ser intimidados o las condiciones políticas y sociales pueden empeorar, además de que las investigaciones se encarecen.”⁴¹⁷

Después de años de trabajo, en 1992 la Asamblea General de Naciones Unidas solicitó a la Comisión de Derecho Internacional la creación del primer proyecto de estatuto para una Corte Penal Internacional. En 1994 se estableció un comité ad hoc para iniciar el establecimiento de una Corte Penal Internacional, finalmente el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se adopta el 17 de Julio de 1998 fijando el 1 de Julio del 2002 como la fecha para su entrada en vigor. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, fue adoptado el 17 de julio de 1998 por 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones, para ser abierto inmediatamente a firma. Éste entró en vigor el 1 de julio de 2002, de acuerdo a su artículo 126.⁴¹⁸

Al respecto de la materia, conviene transcribir la definición de genocidio que brinda el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 6: “Artículo 6. Genocidio. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.”⁴¹⁹

En esencia, esta definición es la misma que se encuentra plasmada en la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948, lo cual indica que este primer documento es una importante referencia jurídica para la CPI, y que ésta trabaja armoniosamente con los principios que desde un comienzo se han establecido respecto del genocidio. La definición ni siquiera fue debatida en Roma, y tampoco se contempló la posibilidad de ampliarla para abarcar los grupos sociales y políticos, descartándose también los intentos de reducir aún más la definición ya citada.⁴²⁰

Aunque los tribunales ad hoc que serán tratados con amplitud en el capítulo tercero, han sido de mucha utilidad e importantes generadores de jurisprudencia, se encuentran limitados en tiempo y espacio, sólo se dedican a juzgar crímenes cometidos en cierto periodo y para un lugar en específico, dejando a un lado los demás delitos que aunque estén relacionados con el tema que les ocupa, no entran en los límites establecidos por ellos. Por todo lo anterior, se justifica la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), que no tiene otra limitante más que su fecha de entrada en vigor, a partir de la cual todos los crímenes cometidos en los territorios de los Estados parte, podrán ser juzgados.

4.1.5.2. Opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia.

Es menester señalar que las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia, a pesar de no tener carácter vinculante, poseen elementos de gran importancia para conocer el trabajo interpretativo de las normas del máximo órgano judicial internacional y para arrojar luz sobre la solución de controversias entre Estados, los cuales pueden hacer referencia a las mismas -tal y como se hace con la jurisprudencia nacida de sentencias- para influir en el resultado de la litis. La Corte Internacional de Justicia⁴²¹ es el principal organismo judicial del derecho internacional público,

⁴¹⁷ Centro de Información de Naciones Unidas. www.cinu.org.mx. Fecha y hora de visita: 2 de Junio del 2002.

⁴¹⁸ Centro de Información de Naciones Unidas. Corte Penal Internacional. <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm>.

⁴¹⁹ *Estatuto de la Corte Penal Internacional*.

⁴²⁰ Human Right Watch. <http://www.hrw.org/spanish/opiniones/1998/cpi-resumen.html>.

⁴²¹ La Corte está integrada por quince magistrados elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad en votaciones independientes, de acuerdo a sus méritos y no su nacionalidad. Se procura que estén representados en la Corte los principales sistemas jurídicos del mundo. No puede haber dos magistrados del mismo país.

contribuye a destacar los valores fundamentales que la comunidad internacional ha expresado respecto del mismo. Su sede se encuentra en La Haya y se encarga de resolver controversias jurídicas entre los Estados Partes y emite opiniones consultivas para las Naciones Unidas y sus organizaciones especializadas. El Estatuto de la Corte es parte integral de la Carta de las Naciones Unidas.

La Corte tiene jurisdicción en todas las cuestiones que los Estados le sometan con relación a todos los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en tratados y convenciones vigentes. Los Estados pueden comprometerse por anticipado a aceptar la jurisdicción de la Corte, por medio de tratados o convenios que suscriban o bien declaraciones especiales que excluyan cierto tipo de casos.

Los factores que toma en cuenta la CIJ para la resolución de controversias son:

- Las convenciones internacionales que establecen reglas reconocidas por los Estados litigantes;
- La costumbre internacional;
- Los principios jurídicos generales reconocidos por las naciones;
- La jurisprudencia como prueba de práctica general aceptada por la ley, y las enseñanzas de los estudiosos más calificados de distintos países.

Desde su establecimiento en 1946, la Corte ha tratado 119 casos que los Estados le han sometido, y las organizaciones le han solicitado 23 opiniones consultivas. Los casos han tratado disputas internacionales relacionadas con derechos económicos, derechos de paso, la proscripción del uso de la fuerza, relaciones diplomáticas, toma de rehenes, derecho de asilo y nacionalidad.⁴²² Desafortunadamente, no se ha pronunciado más que en contadas ocasiones respecto del crimen de genocidio. La primera referencia que la Corte hizo del crimen del genocidio, fue con respecto a la noción de obligación *erga omnes*, en su opinión consultiva sobre Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio del 28 de mayo de 1951.

La Corte hace hincapié en la naturaleza particular de esta Convención, de modo tal que reconoce implícitamente que la prohibición del genocidio constituye una obligación *erga omnes*:

"No hay duda de que la Convención fue aprobada con un propósito puramente humanitario y civilizador. En realidad, resulta difícil imaginar una convención que podría haber expresado en mayor medida ese carácter dual, dado que su objetivo es, por un lado, salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y, por otro, confirmar y respaldar los principios de moralidad más elementales. En esa Convención, los Estados contratantes no tienen intereses particulares, sino un único interés común: lograr esos elevados propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención. Por consiguiente, dado que se trata de una convención de ese tipo, no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, o del mantenimiento de un perfecto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones. En razón de la voluntad común de las partes, los elevados ideales que inspiraron la Convención sientan la base y la medida de todas sus disposiciones."⁴²³

En el caso sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (objeciones preliminares), del 11 de julio de 1996, la Corte reitera su opinión sobre las Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, según la cual:

"Los orígenes de la Convención muestran que la intención de las Naciones Unidas era condenar y sancionar el genocidio como un 'crimen de derecho internacional' que conlleva una negativa del derecho de existencia de grupos humanos enteros, negativa que conmociona la conciencia humana y resulta en grandes pérdidas para la humanidad, y que es contraria al derecho moral, así como al espíritu y los fines de las Naciones Unidas (...). La primera consecuencia que acarrea esta concepción es que los principios subyacentes a la Convención son, por reconocimiento de las naciones civilizadas, vinculantes para los Estados aunque no exista obligación convencional alguna. Una segunda

Tienen mandato de nueve años con posibilidad de reelección y no se pueden dedicar a ninguna otra ocupación mientras dure su mandato.

⁴²² Información obtenida de <http://www.icj-cij.org>.

⁴²³ *Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* del 28 de mayo de 1951. <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/ippcgsummary510528.htm>.

consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación requerida para "liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso" (Preámbulo de la Convención).⁴²⁴

Vincent Chetail* opina que, estas consideraciones resultan particularmente interesantes por dos motivos. En primer lugar, la Corte considera que la aprobación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio en 1948 tuvo el efecto de cristalizar la prohibición del genocidio como una obligación *erga omnes*. En segundo lugar, admite que no sólo la prohibición del genocidio ha adquirido el carácter de obligación *erga omnes*, sino toda la Convención, incluida –sobre todo– la obligación de hacer comparecer ante la justicia o de extraditar a personas que hayan cometido, intentado o incitado a cometer ese crimen internacional.⁴²⁵

Por primera vez en su historia, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) comenzó dos procesos de genocidio, uno presentado por Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro. La demanda data de 1993 y fue interpuesta contra la entonces Yugoslavia en medio de la guerra desatada cuando Bosnia declaró su independencia un año antes, y que se extendió hasta 1995.

En los próximos años se darán por terminadas las audiencias públicas concernientes a esta controversia, para emitir la sentencia final, respecto de la cual se deberán realizarse estudios y análisis para enriquecer la jurisprudencia del derecho internacional penal en esta materia. El segundo caso es más reciente, fue presentado por Croacia contra la ex Yugoslavia el 2 de Julio de 1999, demandando el incumplimiento de la Convención de la Prevención y Castigo al Crimen de Genocidio.

4.2. El Crimen de Agresión en el derecho internacional penal.

4.2.1. Introducción.

La agresión es considerada como la manifestación más flagrante del uso de la fuerza entre Estados y una de las principales amenazas a la paz y la seguridad internacionales. La necesidad de delimitar con precisión el significado y alcances de la agresión sólo cobraron importancia en la medida en que la comunidad internacional prohibió el uso de la fuerza como recurso lícito para la solución de controversias entre Estados.

Lograr la adopción de una definición precisa y plenamente aceptada de la agresión se ha convertido en una de las principales tareas pendientes de la comunidad internacional debido a tres grandes razones: en primer lugar, la agresión constituye tanto un acto ilícito de un Estado contra otro como un crimen internacional susceptible de engendrar la responsabilidad penal individual de gobernantes y funcionarios de alto nivel; en segundo lugar, su naturaleza y connotaciones jurídico-políticas han provocado el surgimiento de posturas políticas y doctrinales prácticamente irreconciliables; y, en tercer lugar y más importa aún, la falta de voluntad política de los Estados y su temor a que su accionar internacional se vea restringido por la adopción de una definición precisa sobre el acto y el crimen de agresión han obstaculizado de manera considerable los esfuerzos realizados al respecto.

Así, mientras que la Organización de las Naciones Unidas, tras años de una encomiable labor, sólo ha logrado la adopción de una definición declarativa del acto de agresión, el crimen se encuentra indefinido debido a la falta de acuerdos políticos y a que el quehacer de muchos Estados se ha quedado en el terreno de las buenas intenciones. El carácter declarativo de la definición de Naciones Unidas aunado a la indefinición del crimen, han generado un vacío jurídico ampliamente aprovechado

⁴²⁴ *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia) (Preliminary objections)*, ICJ Reports 1996, p. 616.

* Vincent Chetail es asistente de docencia e investigación en el Instituto para Graduados de Estudios Internacionales (Ginebra) y en el Centro de Derecho Europeo y Derecho Comparativo (Lausana). Además, es consultor para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Información obtenida de CICR. www.cicr.org.

⁴²⁵ Vincent Chetail. "La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario" en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 850, 2002, p.235.

por algunos Estados para recurrir constantemente al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales, sin recibir sanción alguna.

Doctrinalmente hablando, la agresión, como acto de fuerza, se inscribe en el campo de estudio del derecho internacional público, y particularmente, en los ámbitos temáticos relativos al uso de la fuerza y a la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, a raíz de la incorporación de la agresión como uno de los crímenes internacionales competencia de la Corte Penal Internacional, creada por el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998, se ha abierto una nueva página de la polémica, politizada e inconclusa labor de la comunidad internacional, iniciada en el contexto de los históricos Tribunales de Nüremberg y Tokio, para adoptar una definición del crimen de agresión en el marco general del derecho internacional penal, y de la responsabilidad internacional penal individual en particular.

Al igual que aconteció durante los trabajos realizados por las Naciones Unidas para elaborar una definición del acto de agresión, los esfuerzos encaminados a que la Corte Penal Internacional pueda contar con una definición del crimen de agresión que le permita ejercer su competencia sobre el mismo, se encuentran estancados por la falta de acuerdos en torno a dos cuestiones fundamentales, en primer lugar, los elementos que debe contener la definición del crimen a incorporar en el Estatuto de Roma (debate enfoque genérico-enfoque específico y debate enfoque monístico-enfoque diferenciado) y, en segundo lugar, las condiciones en las cuáles la Corte ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión (debate relativo a las relaciones y facultades entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en la determinación de actos estatales de agresión).

En el presente capítulo se realiza un análisis jurídico-político internacional sobre el devenir histórico y estado actual que guardan los debates y propuestas en torno a la definición del acto y crimen de agresión, así como de los principales obstáculos a los que se ha enfrentado y se seguirá enfrentado la comunidad internacional para alcanzar los acuerdos políticos necesarios para adoptar una definición precisa y vinculante sobre el acto y crimen en cuestión.

4.2.2. La referencia obligada: La prohibición al uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Durante gran parte de la historia del hombre, la guerra fue el principal medio de solución de controversias entre los pueblos, naciones y Estados. Los precursores teólogos del derecho de gentes (Francisco de Vitoria, Fernando Vázquez de Menchaca y Francisco Suárez) realizaron grandes aportaciones al estudio, regulación y legitimación de las denominadas 'guerras justas' como mecanismo de sanción y solución de controversias. Por su parte, autores modernos del derecho internacional como Hugo Grocio y Emmerich de Vattel contribuyeron con valiosos estudios sobre el derecho de la paz, las guerras injustas y la neutralidad. El recurso a la guerra como instrumento cotidiano, lícito y legítimo de sanción y solución de controversias sentó las bases del denominado derecho a la guerra (*ius ad bellum*), las del ordenamiento jurídico encargado de regular el inicio, conducción, terminación y régimen de neutralidad de los conflictos bélicos, es decir, el derecho de guerra (*ius in bellum*),⁴²⁶ así como las del régimen legal humanitario destinado a proteger a todos aquellos individuos que no participan directamente en las hostilidades (poblaciones civiles) o que han dejado de hacerlo (heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas y prisioneros de guerra).⁴²⁷ Aunada a la pretendida justificación de sancionar o solucionar una controversia, los Estados también han recurrido a la guerra o uso de la fuerza armada "para defender los que parecían sus más vitales e

⁴²⁶ También conocido como Derecho de La Haya debido a la importancia de las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 en la recopilación y codificación en instrumentos internacionales convencionales de las denominadas leyes y costumbres de guerra (derecho consuetudinario).

⁴²⁷ La regulación humanitaria de la guerra dio origen al derecho internacional humanitario, rama del derecho internacional encargada de regular la observancia de los derechos humanos en situaciones de conflicto bélico, y cuya codificación alcanzó su grado máximo en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales del 1977.

importantes intereses en un momento determinado”,⁴²⁸ invocando los principios de autoconservación, autoprotección, autoayuda o necesidad. En 1837, un grupo de insurgentes canadienses que luchaba contra el gobierno británico en Canadá, contrató el barco *Caroline*, atracado en el puerto de Schlosser, Estados Unidos, con el objetivo de allegarse de suministros bélicos. Antes de que la embarcación abandonara el territorio estadounidense, el gobierno británico ordenó la destrucción del barco. Estados Unidos presentó a su homólogo británico una queja por la violación de su soberanía territorial y una explicación en la que se demostrará Gran Bretaña había actuado en legítima defensa y con base en una necesidad inmediata y apremiante que no dio oportunidad para la elección de medios alternativos al del uso de la fuerza. Gran Bretaña no contestó la queja, pero dejó en claro que había actuado por necesidad, ante la amenaza inminente que representaba para su seguridad y conservación, el envío de suministros bélicos a los insurgentes canadienses.⁴²⁹

La historia nos proporciona un gran número de hechos históricos en los cuales se han invocado dichos principios para justificar el recurso a la guerra como el medio idóneo, de acuerdo a la coyuntura, para salvaguardar la existencia o independencia de los Estados. Desde la perspectiva de la política internacional, principalmente del equilibrio de poder, la guerra es un instrumento de política nacional altamente efectivo para conservar el *statu quo* internacional o modificarlo en beneficio de los Estados que cuentan con la capacidad material para obtener ventajas políticas, económicas y territoriales mediante un conflicto bélico. Verbigracia, Alemania y sus aliados, sustentados en su poderío económico y militar, intentaron modificar a su favor el equilibrio de poder del sistema internacional en 1914 y 1945 con el estallido de las dos grandes guerras mundiales.

La guerra representa un instrumento de poder sumamente efectivo mientras se encuentre limitada a un espacio y tiempo determinados, y no afecte los intereses primordiales de los Estados que se encuentran involucrados. Sin embargo, cuando un conflicto bélico desborda los límites contemplados y adquiere magnitudes inesperadas, la guerra pierde su efectividad y los Estados se ven en la necesidad de recurrir a mecanismos alternativos para garantizar la viabilidad del sistema internacional. La primera guerra mundial demostró las graves consecuencias humanitarias y materiales que trae consigo una conflagración de magnitudes mundiales, y puso de manifiesto la necesidad de la comunidad internacional por impedir la repetición de acontecimientos de tales proporciones.

El Pacto de la Sociedad de las Naciones (PSN) de 1919, estableció algunas de las primeras disposiciones legales tendientes a promover la solución pacífica de controversias internacionales, el desarme, y a limitar al recurso a la guerra como último mecanismo de solución de diferencias. El artículo 11 del Pacto, declaraba expresamente que *toda guerra o amenaza de guerra (...) interesa a la sociedad entera y que ésta debe adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar eficazmente la paz de las naciones*. A su vez, el artículo 12, disponía que *todos los miembros de la sociedad convienen en que, si surgiera entre ellos una divergencia susceptible de provocar una ruptura, la someterán al procedimiento del arbitraje o a un arreglo judicial, o al examen del consejo. Convienen además que, en caso alguno, deben recurrir a la guerra antes de la expiración de un plazo de 3 meses desde el fallo arbitral o judicial, o el informe del consejo*.

Algunos autores sostienen que las disposiciones del PSN sólo constituían “unas débiles medidas de precaución para la domesticación de la solución de los conflictos por medio de la guerra. La obligación de intentar solucionar las controversias en primer lugar acudiendo a determinados procesos para la solución de conflictos no constituye un instrumento efectivo para la prevención de la guerra”. Desde nuestro particular punto de vista, pensamos que las disposiciones del Pacto, responden al espíritu

⁴²⁸ K. J. Shubiszewski, “Uso de la fuerza por parte de los Estados. Seguridad Colectiva. Derecho de Guerra y de Neutralidad”, en Sorensen Max (editor), *Manual de Derecho Internacional Público*, FCE, México, 1998, 6ª reimpresión, p. 700.

⁴²⁹ El incidente del *Caroline* se ha convertido en referencia obligada en el estudio de la legítima defensa ante una amenaza inminente. Asimismo, algunos doctrinarios contemporáneos han retomado este caso para justificar la legalidad de la denominada ‘legítima defensa preventiva’, defendida y aplicada por Estados Unidos en su lucha contra el terrorismo tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 sobre Nueva York y Washington.

idealista e internacionalista con que fue elaborado, es decir, los redactores de dicho instrumento confiaban en que las devastadoras consecuencias de la Gran Guerra hubieran servido de escarmiento suficiente para no repetir las. Desde una perspectiva política, tales disposiciones eran completamente viables, ya que en un contexto de posguerra, los Estados se encontraban preocupados de que su debilidad fuera aprovechada por otros Estados para iniciar una nueva conflagración; sin duda alguna, los Estados no estaban dispuestos a dejar su seguridad en manos de una organización internacional en ciernes. Por tal motivo, es completamente entendible que el Pacto sólo estableciera "la llamada moratoria de guerra".⁴³⁰

Débiles, insuficientes, o como quiera adjetivárseles, lo cierto es que los artículos del Pacto deben ser interpretados de manera sistemática, puesto que, aunque el artículo 12 permite la guerra como último recurso, el artículo 13 inciso 4, establece el compromiso de los Estados de cumplir de buena fe las sentencias arbitrales o judiciales pronunciadas y a no recurrir a la guerra. Además, el artículo 12, fue la primera disposición legal de carácter taxativo que limitó a la guerra como el último recurso para la solución de diferencias, sin dejar de mencionar, la prohibición expresa de toda guerra iniciada en contravención de los compromisos contraídos por los Estados en los artículos 12, 13 o 15 del Pacto,⁴³¹ y de las guerras de agresión contempladas en el artículo 10.

1. Los esfuerzos internacionales a favor de la paz y el desarme realizados durante la segunda década del siglo XX, se vieron reforzados por la adopción del Tratado General para la Renuncia de la Guerra del 27 de agosto de 1928, mejor conocido como Pacto de París o Pacto Briand-Kellogg (PBK), a través del cual, los Estados parte, *persuadidos de que ha llegado el momento de proceder a una sincera renuncia a la guerra como instrumento de política nacional, a fin de que las relaciones pacíficas y amistosas que actualmente existen entre sus pueblos puedan ser perpetuadas; convencidos de que cualquier cambio en sus relaciones recíprocas no debe ser buscado sino por procedimientos pacíficos (...) y de que toda potencia firmante que intentara en lo sucesivo desarrollar sus intereses nacionales mediante el recurso a la guerra deberá ser privada del beneficio del presente Tratado,*⁴³² declararon solemnemente que: *condenan el recurso a la guerra para la resolución de los desacuerdos internacionales, y que renuncian a ella, en tanto que instrumento de política nacional, en sus relaciones recíprocas* (artículo 1°).

El PBK rebasó de manera significativa los alcances de la moratoria de guerra incorporada en el PSN, al establecer una renuncia total a la guerra como instrumento de política nacional. Asimismo, y como en su momento lo hiciera el artículo 10 del PSN, el preámbulo del PBK contemplaba una condena y prohibición implícita de las guerras de agresión, al establecer que toda potencia firmante que recurriera a la guerra para obtener intereses nacionales sería privada de los beneficios del presente tratado, es decir, el uso de la fuerza en contravención del Pacto ameritaba una respuesta similar; en otras palabras, permitía el recurso a la guerra en legítima defensa ante la violación del tratado por parte de un Estado.

Tanto el PSN como el PBK legaron grandes aportaciones al derecho internacional al limitar el recurso a la guerra como último mecanismo de solución de diferencias, el primero, y a situaciones de legítima defensa individual o colectiva, el segundo. Sin embargo, esta gran aportación, también significó la principal debilidad de los dos instrumentos jurídicos, ya que la utilización de los términos 'guerra', 'guerra de agresión' y 'recurso a la guerra' impidieron su aplicación en aquellas situaciones en que los

⁴³⁰ Ricardo Méndez Silva, "El uso de la fuerza y el derecho internacional humanitario", en Fraidenraij, Susana y Ricardo Méndez Silva (compiladores), *Elementos de derecho internacional humanitario*, IJJ-UNAM, México, 2001, p.73.

⁴³¹ El artículo 16 párrafo 1, disponía que: Si un miembro de la sociedad recurre a la guerra, contrariamente a los compromisos contraídos en los artículos 12, 13 ó 15, es "ipso facto" considerado como habiendo cometido un acto de guerra contra todos los demás miembros de la sociedad. Estos se comprometen a romper inmediatamente con él todas las relaciones comerciales o financieras, a prohibir todas las relaciones entre sus nacionales y los del Estado en ruptura del Pacto y a hacer cesar todas las comunicaciones financieras, comerciales o personales entre los nacionales de este Estado y los de cualquier otro Estado, miembro o no de la sociedad.

⁴³² Preámbulo del Tratado General para la Renuncia de la Guerra del 27 de agosto de 1928.

Estados recurrieron al uso de la fuerza armada sin declararse jurídicamente en estado de guerra. K. J. Shubiszewski sostiene que “la utilización de tales términos preparó el terreno para su interpretación restrictiva y técnica en la práctica de los Estados”. En efecto, en contravención de las obligaciones adquiridas en los Pactos antes mencionados, Japón invadió el territorio chino de Manchuria en 1931, dando inicio a una guerra no declarada. La Sociedad de las Naciones (SN) no tomó acciones efectivas para condenar y sancionar el accionar japonés, situación que sentó un pésimo precedente sobre la credibilidad y fortaleza de la organización para mantener la paz y seguridad internacionales. Cuando la SN quiso imponer sanciones al gobierno italiano por la invasión de Etiopía (1935-1936), ningún Estado miembro las aplicó de manera efectiva. Sólo en 1939, y por razones más políticas que jurídicas, se determinó la expulsión de la Unión Soviética de la Sociedad, tras la invasión rusa de Finlandia.

La falta de voluntad política de los Estados para cumplir de manera efectiva con el compromiso de no recurrir a la guerra, así como las debilidades jurídico-políticas de la SN, propias de una organización en ciernes, no impidieron el estallido de la segunda guerra mundial, pero pusieron de manifiesto la necesidad de la comunidad internacional por establecer mecanismos más efectivos y rígidos para garantizar la paz y la seguridad internacionales.

El sistema internacional erigido al finalizar la segunda guerra mundial tuvo como objetivo principal garantizar la paz y seguridad internacionales mediante una efectiva prohibición de la amenaza al uso de fuerza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y el compromiso de los Estados para solucionar sus diferencias por medios pacíficos respetando en todo momento su igualdad jurídica, independencia política, integridad territorial, y soberanía y jurisdicción en el manejo de los asuntos internos (no intervención). El artículo 2, párrafo 4, de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (CONU) estableció que: *Los Miembros de las Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.*

El régimen jurídico en materia de prohibición de la guerra incorporado en la CONU reviste gran importancia para el derecho internacional por las siguientes razones: en primer lugar, es el primer instrumento jurídico internacional que incorpora una prohibición expresa a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales; dicha prohibición se encuentra redactada “en forma imperativa” de la siguiente manera: “los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, *se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza*”. En segundo lugar, amplía la prohibición a la ‘amenaza al uso de la fuerza’, figura no contemplada en los documentos elaborados en el periodo de entreguerras. En tercer lugar, deja claramente establecido que únicamente se refiere a la amenaza o al uso de la fuerza entre Estados, es decir, no contempla otros sujetos internacionales, lo cual es entendible debido a la época en que fue concebida la CONU y el estado de la teoría del derecho internacional el aquel entonces.

Finalmente, en cuarto lugar, dispone que la prohibición es aplicable a la amenaza o al uso de la fuerza ejercida en contra de la integridad territorial, la independencia política de los Estados, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. Esta redacción ha sido utilizada por algunos Estados para justificar un pretendido uso legítimo de la fuerza cuando no se atenta contra estos tres principios; interpretación por demás absurda y frágil, ya que el artículo en cuestión, prevé la ilegalidad de todo uso de la fuerza incompatible con los objetivos de las Naciones Unidas.

El párrafo cuarto del artículo segundo, constituyó la “máxima expresión de la prohibición de la guerra [y se convirtió] en la piedra angular del sistema de las Naciones Unidas”; además, supuso “la cristalización de todo un proceso anterior de prohibición gradual del uso individual de la fuerza”.⁴³³ La incorporación de la prohibición a la amenaza o al uso de la fuerza como principio de la CONU y el reconocimiento, aceptación y aplicación del mismo por parte de los Estados y órganos de las Naciones Unidas, ha permitido que dicho principio se convierta en una norma imperativa (*ius cogens*) de

⁴³³ Cesáreo Gutiérrez Espada, “El ‘uso de la fuerza’ en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas preparatorio de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, en Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, España.

derecho internacional. Además, dicho artículo refleja la preocupación de los redactores de la CONU por utilizar términos más amplios como “uso de la fuerza” y “amenaza del uso de la fuerza” que no pudieran ser interpretados de manera restrictiva y técnica. No obstante esta gran aportación, los alcances y significado del término “uso de la fuerza” han sido objeto de un gran debate interpretativo, ya que la Carta, en ningún momento especifica si sólo se prohíbe el uso de la fuerza armada o también otras modalidades de fuerza como la política, diplomática o económica.⁴³⁴

Para dilucidar los alcances de la obligación jurídica incorporada en el artículo 2, párrafo 4, debemos realizar una interpretación sistemática de la Carta en su conjunto, de su propósito fundamental, y del contexto internacional en que fue adoptada. El artículo 2, párrafo 4, tiene su fundamento en el artículo 1, párrafo 1, de la Carta, el cual establece, como uno de los propósitos fundamentales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), *mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz...* Siendo el mantenimiento de la paz el propósito fundamental de la ONU, podemos concluir, *prima facie*, que la prohibición a recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza es de carácter general y no se limita a los casos en que se emplee únicamente la fuerza armada o física o cuando ésta se dirija contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, sino también, como lo menciona el propio párrafo cuarto del artículo 2, a aquellas situaciones en que se atente contra los propósitos de las Naciones Unidas.

Dicha conclusión se refuerza, si tomamos en cuenta que la CONU es un ejemplo típico de desarrollo progresivo del derecho internacional, por lo tanto, sería incongruente sostener que la prohibición al uso de la fuerza redactada en la Carta, establece obligaciones análogas o menores a las de 1919 y 1928 que no fueron capaces de impedir el estallido de la guerra de 1939. Además, “las modificaciones en el derecho después de 1919, estaban expresamente destinadas a eliminar de la vida internacional la guerra y otras manifestaciones de fuerza”.

Pese a que los alcances del artículo 2, párrafo 4, continúan siendo objeto de debate tanto para algunos doctrinarios como para Estados, la práctica internacional “refleja una tendencia favorable hacia una interpretación más amplia del concepto fuerza..., lo cual tiene un significado esencial para el desarrollo de las relaciones normales entre los Estados”⁴³⁵ y para evitar que se pretenda justificar su ejercicio mediante una “interpretación elástica del régimen de uso de la fuerza en casos concretos y para validar agresiones”. La prohibición al recurso de la amenaza o al uso de la fuerza debe ser interpretada de manera amplia y como una obligación jurídica general. Sólo la propia Carta contempla los casos en que el recurso a la fuerza es legítimo y compatible con sus propósitos fundamentales.

La Carta prevé tres grandes excepciones a la prohibición del uso de la fuerza, a saber: la legítima defensa individual o colectiva (artículo 51), el uso de la fuerza como parte de medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS) para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales (artículo 42), y el uso de la fuerza por organismos regionales como parte de medidas coercitivas previamente aprobadas por el Consejo de Seguridad (artículo 53). A estas tres excepciones debe añadirse, el reconocimiento realizado por las Naciones Unidas del derecho de los pueblos y nacionales coloniales o bajo dominación extranjera a recurrir al uso de la fuerza para alcanzar su independencia política y autodeterminación.

El artículo 51 establece que:

⁴³⁴ Una intervención militar de un Estado contra otro implica el uso de la fuerza armada y atenta contra la integridad territorial y la independencia política del Estado afectado; empero, la intervención política, diplomática o económica en los asuntos internos de un Estado también constituye una modalidad del uso de la fuerza que atenta contra la independencia política del Estado afectado, aunque no esté presente el elemento militar en dicho acto.

⁴³⁵ Gregory I. Tunkin, *El derecho y la fuerza en el sistema internacional*, Traducción de Manuel Becerra, IJ-UNAM, México, 1989, p.46.

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

La legítima defensa “no constituye una excepción del principio que prohíbe el uso inicial de la fuerza, [sino, más bien,] es un derecho a la autodefensa para responder a la agresión de otro Estado”. Tanto la doctrina como la práctica reconocen que la legítima defensa es una respuesta necesaria o urgente (no hay tiempo para recurrir a otros medios), inmediata (ya que constituye una reacción) y proporcional (su objetivo es responder al ataque armado más no agudizarlo y extenderlo) encaminada a repeler un ataque armado (agresión armada) consumado o un ataque inminente (es decir, en marcha) de un Estado contra otro, que pone en riesgo la supervivencia del Estado agredido. Este reconocimiento fue confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a las *Actividades militares y para militares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos 1984), al sostener que *en el supuesto de la legítima defensa (...) este derecho sólo puede ser ejercido si el Estado interesado ha sido víctima de una agresión armada.*⁴³⁶

Pese a existir este reconocimiento, países como Estados Unidos pretenden ejercer un supuesto derecho de legítima defensa preventiva ante situaciones de ‘amenaza latente’ a fin de garantizar la seguridad y supervivencia de su Estados. Esta posición no ha sido bien recibida por los miembros de la comunidad internacionales en razón del amplísimo margen de subjetividad que puede ser empleado para determinar en qué situaciones podría ejercerse tal derecho. El derecho internacional contemporáneo es claro, cualquier tipo de amenaza debe ser resuelta por medios pacíficos; el uso de la fuerza sólo procede ante la existencia de un ataque armado previo.

El derecho a la legítima defensa puede ser ejercido de forma individual (por el Estado atacado o agredido) o colectiva. “Esta última estaría configurada por el derecho de un Estado a prestar ayuda a otro Estado, al haber sido atacado por un tercer Estado. Este tipo de legítima defensa puede resultar de un acuerdo previo de los Estados o bien de la solicitud de ayuda formulada por el Estado objeto de la agresión”.⁴³⁷ Los supuestos de “legítima defensa colectiva suelen enmarcarse en una doble práctica de los Estados, de un lado, acuerdos bilaterales de ayuda mutua para supuestos en que alguno de los Estados sea objeto de ataque. El segundo mecanismo, y hoy la práctica usual y preocupante, es la existencia de mecanismos multilaterales institucionalizados”, los cuales se inscriben en los acuerdos y organismos regionales facultados para entender de asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales previstos en los artículos 52 y 53 de la CONU.

Desde nuestro particular punto de vista, los organismos multilaterales no pueden ser catalogados como mecanismos de legítima defensa colectiva ya que desvirtúan el elemento de necesidad inherente a la misma al ser instancias creadas con anterioridad a la ocurrencia del ataque armado y con el objetivo expreso de ejercer el uso de la fuerza en situaciones concretas, siempre y cuando, el CS haya emitido una autorización al respecto. En este sentido, los mecanismos multilaterales deben ser identificados como instrumentos de seguridad colectiva jerárquicamente supeditados a las medidas adoptadas por el CS, más que instancias para ejercer la legítima defensa.

⁴³⁶ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre cuestiones de competencia y admisibilidad relativas al asunto de las “Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua” (Nicaragua c. Estados Unidos), *I.C.J., Reports*, 1984, p.150.

⁴³⁷ José B. Acosta Estévez, “La operación Libertad Duradera y la legítima defensa a la luz de los atentados del 11 de septiembre de 2001”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, IIJ-UNAM, México, 2006, Vol. VI, p.36.

Ahora bien, el uso de la fuerza por parte del CS, encuentra su fundamento jurídico en el artículo 24 de la Carta, en el cual se confiere al Consejo la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales. Con base en esta responsabilidad el CS tiene la facultad para determinar la existencia amenazas a las paz, quebrantamientos a la paz o actos de agresión (artículo 39) y adoptar las medidas que considere pertinentes (coercitivas o no coercitivas) necesarias para garantizar la estabilidad del sistema internacional (artículos 41 y 42). En otras palabras, el uso legal de la fuerza, tanto en la modalidad de fuerza diplomática, política y económica, como en la de fuerza armada, es monopolio del CS.

La prohibición a la amenaza o al uso de la fuerza alcanzó su más grande regulación en la CONU. Sin embargo, y de manera paradójica, la manifestación más flagrante del uso ilegal de la fuerza, es decir la agresión, no fue reglamentada en la Carta, generando un vacío jurídico que tardó casi tres décadas en ser llenado mediante la adopción de una definición del acto de agresión más o menos reconocida y aceptada por los Estados. En el siguiente apartado, nos adentraremos en el estudio del largo y difícil camino recorrido por la ONU para lograr el consenso jurídico-político necesario que permitiera la adopción de dicha definición.

4.2.3. La definición del acto de agresión y la responsabilidad internacional del Estado.

El término agresión se suma a una larga lista de vocablos y conceptos de naturaleza y connotaciones jurídico-políticas que ha dado lugar a grandes reflexiones doctrinales, interpretaciones y aplicaciones diversas en la práctica de los Estados, así como a la falta de consenso para alcanzar definiciones plenamente aceptadas y reconocidas por los miembros de la comunidad internacional. Términos como 'uso de la fuerza', 'amenazas a la paz', 'quebrantamiento de la paz', 'agresión', etc., han sido objeto de amplios e inconclusos debates, que a lo largo de los años se han ido politizando y prolongando de manera innecesaria, debido a dos grandes razones: en primer lugar, a la falta de voluntad política y al temor de algunos Estados porque su accionar internacional se vea restringido por la adopción de definiciones precisas que a la postre se conviertan en impedimentos legales para interpretarlos de manera arbitraria a fin de justificar el uso de la fuerza armada en situaciones concretas. Y, en segundo lugar, debido a la interpretación y aplicación ambivalente, unas veces política y otras jurídica, de que han sido objeto dichos términos por parte de los principales órganos de las Naciones Unidas, en especial, el Consejo de Seguridad.

En materia de agresión, la carencia de una definición precisa se remonta al Tratado de Versalles de 1919, en el cual, "las potencias vencedoras de la primera guerra mundial catalogaron, por primera vez en la historia, a la guerra iniciada por Alemania como de agresión". Más allá del valor histórico de la declaración incorporada en ese tratado, el mismo no aportó una definición sobre la agresión. Esta misma situación se repitió en el Pacto de la Sociedad de las Naciones (PSN), parte integrante del Tratado de Versalles, cuyo artículo 10 establecía que:

Los miembros de la sociedad se comprometen a respetar y a mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los miembros de la sociedad. En caso de agresión, de amenaza o de peligro de agresión, el consejo emitirá opinión sobre los medios de asegurar la ejecución de esta obligación.

Del artículo antes transcrito, se deduce fácilmente la carencia de una definición de la agresión, empero, aporta cuatro elementos de gran importancia para la determinación y atención del acto: a) la agresión es un acto contrario al derecho internacional; b) su naturaleza es exterior o internacional, es decir, de un Estado contra otro; c) su objetivo es atacar contra la integridad territorial y la independencia política de los Estados; y, d) el Consejo de la Sociedad tenía la facultad para determinar la existencia de actos de agresión, de amenaza o peligro de agresión, y adoptar las medidas pertinentes para garantizar la paz y seguridad internacionales. La prohibición de la agresión contemplada en el PSN fue ampliada por el Pacto Briand-Kellogg (PBK) de 1928, al establecer el compromiso de los Estados parte de renunciar a la guerra como instrumento de su política nacional. A partir de este momento, la guerra dejó de ser un recurso lícito en las relaciones internacionales; concomitantemente, toda iniciación de un conflicto bélico, mediara o no declaración de guerra, pasó a constituir un acto de agresión.

Las aportaciones del PSN y del PBK en materia de agresión son producto del contexto internacional pacifista e internacionalista que predominó al finalizar la primera guerra mundial, y forman parte del esfuerzo internacional a favor de la prohibición de las guerras de agresión que tuvo lugar a lo largo de la década de los años veinte y treinta del siglo XX. Producto de esta encomiable labor, son los tratados firmados por la Unión Soviética con Persia en 1927, Francia en 1935, y China en 1937, en los cuales las partes contratantes se comprometieron a no ejecutar ningún acto de agresión de ninguna clase contra la otra parte contratante; los tratados firmados por la propia Unión Soviética en 1933 con diferentes Estados, en los que se incluía una definición casuística de los diversos actos constitutivos de agresión.⁴³⁸

No debemos dejar de mencionar además, la resolución de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones de septiembre de 1927, en la que se afirmaba la convicción de los Estados miembros de que *una guerra de agresión nunca puede servir como medio para resolver disputas internacionales, y es, por tanto, un crimen internacional*, y que finalizaba señalando que, *se prohíben, y siempre se prohibirán, todas las guerras de agresión*; y, la resolución de 1928, adoptada por la Sexta Conferencia Panamericana, en la que se declaraba que *dado que la guerra de agresión constituye un crimen contra la especie humana, toda agresión es ilícita y como tal se declara prohibida*.

De los anteriores documentos, destacan los tratados de 1933 celebrados por la Unión Soviética y las resoluciones de la SN y la Sexta Conferencia Panamericana. Los primeros, proporcionaron las primeras definiciones de carácter casuístico sobre la agresión; por su parte, las segundas, confirmaron la convicción jurídica (*opinio iuris*) de los Estados relativa a que la agresión era un acto prohibido y que su comisión constituía un crimen en contra de la especie humana.

No obstante estos loables avances, los esfuerzos internacionales encaminados a lograr el consenso necesario para la aceptación de una definición de la agresión, se vieron interrumpidos por uno de los mayores actos agresivos de la historia, es decir, el estallido de la segunda guerra mundial. Dichos esfuerzos no fueron retomados sino hasta 1945, en el contexto de los históricos procesos judiciales celebrados por los Tribunales del Nüremberg y Tokio, y de la adopción de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (CONU).

Aportaciones de los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y Tokio a la identificación de los elementos del acto de agresión.

Los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg (TIMN) y Tokio (TMIT) fueron creados con la finalidad de juzgar a los principales criminales de guerra del Eje europeo y el Lejano Oriente cuyos crímenes no tuvieron una localización geográfica determinada.⁴³⁹ El TIMN fue creado por Estados Unidos, Unión Soviética, Reino Unido y Francia, mediante el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945. Por su parte, el TMIT fue creado el 19 de enero de 1946 a través de una Proclamación Especial del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas, General Douglas MacArthur, con arreglo a la

⁴³⁸ En tales tratados se consideraban agresivos los siguientes actos: a) La declaración de guerra a otro Estado. b) La invasión por sus fuerzas armadas, aun sin declaración de guerra, del territorio de otro Estado. c) El ataque por sus fuerzas terrestres, navales o aéreas, aun sin declaración de guerra, del territorio, de los navíos o de las aeronaves de otro Estado. d) El bloqueo naval de las costas de los puertos de otro Estado. e) El apoyo dado a bandas armadas que formadas sobre su territorio, hayan invadido el territorio de otro Estado, y negativa, a pesar de la petición de otro Estado, de tomar sobre su propio territorio, todas las medidas en su poder para privar a dichas bandas de toda ayuda o protección.

⁴³⁹ El Consejo de Control de Alemania promulgó la Ley N° 10 el 20 de diciembre de 1945 para dar cumplimiento a la Declaración de Moscú de 1943, al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, y al Estatuto de Nüremberg, así como para establecer una base jurídica uniforme en Alemania para el enjuiciamiento de los criminales que no integraban la nómina de los principales criminales sometidos al Tribunal de Nüremberg (es decir, aquellos cuyos crímenes si tenían una localización geográfica determinada). Véase, Documento: PCNICC/2002/WGCA/L.1, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, p.67. Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre el Crimen de Agresión.

Declaración de Potsdam del 26 de junio de 1945, en la cual se afirmaba que las Potencias Aliadas en guerra contra Japón declararon que llevar ante la justicia a los criminales de guerra sería una de las condiciones de la rendición, y el Instrumento de Rendición de Japón del 2 de septiembre de 1945, mediante el cual Japón aceptó tales condiciones.

Los Tribunales de Nüremberg y Tokio centraron sus trabajos en la responsabilidad penal individual de los altos mandos políticos y militares de las Potencias del Eje europeo y Japón. Así, el Tribunal de Nüremberg sentenció que “los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas y sólo castigando a las personas que cometen esos crímenes pueden hacerse respetar la normativa del derecho internacional”.⁴⁴⁰ Sin embargo, ambos tribunales aportaron algunos elementos de gran importancia para la determinación de las categorías y formas que puede revestir un acto de agresión de un Estado contra otro, así como para su plena tipificación como crimen internacional.

La mayor aportación de los tribunales fue haber proporcionado una definición del acto de agresión. El artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg disponía:

a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados.

Por su parte, el artículo 5 del Estatuto del Tribunal de Tokio señalaba:

a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra declarada o no declarada de agresión que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados.

A las definiciones proporcionadas debemos añadir, el artículo II de la Ley N° 10 del Consejo de Control de Alemania promulgada el 20 de diciembre de 1945, en el cual se concebía al acto en cuestión como:

a) Delitos contra la paz: Iniciar invasiones de otros países y guerras de agresión en violación de leyes y tratados internacionales, lo que incluye, entre otras cosas, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados.

Más allá de que los artículos anteriores tuvieran como objetivo fincar responsabilidad individual, de su redacción se desprende una condición previa que debe ser determinada antes de proceder al análisis de dicha responsabilidad, a saber: la existencia de un acto de agresión por parte del Estado involucrado. Sólo el Estado, como sujeto de derecho internacional, puede iniciar invasiones o guerras y con ello violar tratados o acuerdos internacionales. “La norma de derecho internacional que prohíbe la agresión se aplica al comportamiento de un Estado para con otro Estado. Por consiguiente, sólo el Estado puede cometer una agresión infringiendo la norma de derecho internacional que prohíbe ese comportamiento”.⁴⁴¹ El Estado es el instrumento mediante el cual los individuos llevan al cabo muchas de sus acciones en el ámbito mundial, por lo tanto, la conducta individual hace que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

De la misma redacción de los artículos antes mencionados, se deduce fácilmente que los tribunales militares utilizaron varios términos para referirse a un mismo tipo penal, es decir, no se hace alusión expresa al concepto ‘agresión’, sino que se emplean vocablos tales como: ‘guerra de agresión’, ‘guerra declarada o no declarada de agresión’, y ‘guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales’ para referirse a las diferentes categorías de agresión y guerra que fueron desarrolladas durante el segundo conflicto bélico mundial.

⁴⁴⁰ Sentencia de Nüremberg, p.64

⁴⁴¹ PCNICC/2000/WGCA/INF/1, Documento de referencia sobre el crimen de agresión, preparado por la Secretaría, p.7.

El manejo de términos diversos para referirse a un mismo acto también fue utilizado a lo largo de los trabajos realizados por los tribunales en cuestión. Así, el TMIN calificó al ataque alemán contra la URSS como “una pura y simple agresión”;⁴⁴² a la invasión de Austria como “una medida para llevar adelante el plan de hacer guerras de agresión”; a la invasión de Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo como un “acto de guerra de agresión”; y, a la anexión de Austria como “un acto de agresión no imputado como guerra de agresión”. Por su parte, el TMIT, calificó como “guerras de agresión” los conflictos bélicos, declarados o no declarados, iniciados por Japón en contra de China, Francia, Estados Unidos, URSS y el Commonwealth Británico.⁴⁴³

Ni en los trabajos de los tribunales militares ni en su jurisprudencia, aparece mención alguna sobre los alcances y significado que dichas instancias penales dieron a todos y cada uno de los términos antes mencionados. Lo que sí puede ser afirmado, es que tales conceptos constituyen algunas de las principales modalidades o categorías que pueden revestir los actos de agresión de un Estado contra otro. Reviste especial importancia el término ‘guerra declarada o no declarada de agresión’, ya que pone de manifiesto la irrelevancia jurídica de dicha declaración para los efectos de eximir de responsabilidad internacional tanto al Estado como a los individuos involucrados en actos de agresión. La Comisión de Crímenes de Guerra de la ONU sostuvo que, “la irrelevancia de la declaración de guerra fue la principal novedad introducida en el derecho internacional por los Estatutos de los Tribunales de Núremberg y Tokio y por las sentencias del Tribunal de Núremberg”.

A la anterior aportación se suma el precedente jurídico proporcionado por el Tribunal de Núremberg relativo a que “iniciar una guerra de agresión no es sólo un crimen internacional; es el supremo crimen internacional y sólo difiere de otros crímenes de guerra en que contienen dentro de sí el mal acumulado de todos ellos”.

Afirmación de gran trascendencia ya que permite identificar al crimen de agresión como el acto inicial que rompe la paz y la seguridad internacionales, y que además, al propiciar el estallido de un conflicto bélico, genera las condiciones necesarias para que las partes en conflicto comenten otros crímenes como son los de guerra y los de lesa humanidad. Tal fue la importancia para la justicia penal internacional de esta y otras afirmaciones aportadas por el TMIN, que la Comisión de Derecho Internacional, a petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas, recopiló y aprobó en julio de 1950, un documento titulado *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg*, en cuyo principio VI se reconoce a los delitos contra la paz (agresión) como delitos contra el derecho internacional. Mismo reconocimiento fue realizado en los párrafos 2 y 3 del principio I, de la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, adoptada mediante la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General del 24 de octubre de 1970.⁴⁴⁴

Con base en los precedentes aportados por los tribunales militares internacionales en materia de agresión, la ONU se dio a la tarea de presentar a los Estados diversos proyectos encaminados a que la comunidad internacional contara con una definición de la agresión.

⁴⁴² PCNICC/2002/WGCA/L.I/Add.1, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión, preparado por la Secretaría. Adición*, p.4.

⁴⁴³ Los tribunales militares creados con base en la Ley N° 10 del Consejo de Control de Alemania, identificaron a los siguientes actos como constitutivos de agresión: 1. El cambio o el intento de cambiar las relaciones internacionales mediante la fuerza de las armas (Estados Unidos c. Wilhelm von Leeb y otros (el caso Alto Mando). *Ibid.*, p.5). 2. La iniciación de una guerra contra una nación vecina (Estados Unidos c. Carl Krauch y otros (el caso I. G. Farben). *Ibid.*) 3. Una invasión hostil y agresiva es un acto de guerra tal que equivale a una declaración de guerra (Estados Unidos c. Ernst von Weizsäcker y otros (el caso Ministerios). *Ibid.*).

⁴⁴⁴ El párrafo 3 del principio I de dicha Declaración, afirma además que *conforme a los propósitos y principios de las Naciones Unidas, los Estados tienen el deber de abstenerse de hacer propaganda en favor de las guerras de agresión*.

4.2.4. La definición del acto de agresión en el marco de la organización internacional: Las aportaciones de la Organización de las Naciones Unidas.

Mediante la resolución 688 (VII) del 20 de diciembre de 1952, la Asamblea General (AG) estableció la Comisión Especial sobre la cuestión de la agresión (en adelante Comisión Especial), con la tarea de presentar proyectos sobre la definición de la agresión con base en los siguientes criterios: a) las diversas formas de agresión; b) la relación entre la definición de agresión y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; c) las cuestiones suscitadas por la inclusión de una definición de la agresión en el Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y por su aplicación en la esfera de la jurisdicción penal internacional; y, d) la influencia de una definición de la agresión sobre el ejercicio de la competencia constitucional de los órganos de las Naciones Unidas.

El debate en torno a la agresión propició el surgimiento de tres corrientes o posturas teóricas, a saber: 1. la de los que querían buscar una definición casuística, enumerando todos y cada uno de los posibles actos de agresión; 2. los que sostenían que era más conveniente una definición general y abstracta, en la que pudieran englobarse las nuevas modalidades de agresión, que no era posible prever en la enumeración casuística; y, 3. la posición ecléctica, según la cual lo mejor sería combinar las dos anteriores, y terminar con una fórmula que permitiera la inclusión de las agresiones no previstas. Finalmente, existía una cuarta postura, que defendía que lo mejor sería no tener definición alguna de agresión, sino que un órgano internacional adecuado se encargara en cada situación de determinar si existía o no.⁴⁴⁵ Esta última postura fue descartada por las Naciones Unidas en razón de que era imperiosa la necesidad de contar con una definición de la agresión que facilitara la determinación del acto y sus consecuencias jurídicas.

El trabajo de la Comisión Especial estuvo fuertemente influenciado por las tres corrientes antes mencionadas, de ahí que, el proyecto final presentado a la AG haya propuesto una definición ecléctica o mixta. El 14 de diciembre de 1974, la AG adoptó la resolución 3314 (XXIX) relativa a la Definición de la Agresión, cuyo objetivo principal fue proporcionar al CS una definición del acto en cuestión que le sirviera de orientación al momento de determinar la existencia de agresiones.

En el artículo 1 de la resolución 3314 (XXI) se define a la agresión como:

*El uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.*⁴⁴⁶

Dicha disposición debe interpretarse de manera conjunta con el artículo 3, en el cual se dispone que,

...cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;*
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cuales quiera armas por un Estado, contra el territorio de otro Estado;*
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;*
- d) El ataque de las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, contra su flota mercante o aérea;*
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo, o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;*

⁴⁴⁵ Cfr. Modesto Seara Vázquez, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1993, Decimocuarta edición, p.395.

⁴⁴⁶ El artículo 1 se complementa con la siguiente nota explicativa: *En esta definición el término "Estado": a) Se utiliza sin perjuicio de las cuestiones de reconocimiento o de que un Estado sea o no miembro de las Naciones Unidas; b) Incluye el concepto de un "grupo de Estados", cuando proceda.*

- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado, de tal gravedad, que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su substancial participación en dichos actos.

Por su parte, el artículo 2 señala que:

El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.

Las disposiciones de los artículos 1, 2 y 3, se complementan con los párrafos 2 y 3 del artículo 5, que a la letra dicen:

2. la guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional; 3. ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal.

El artículo primero incorpora una definición genérica o abstracta de la agresión. Con base en ella, se pueden establecer las principales características de dicho acto, a saber: "a) la noción de agresión viene limitada al uso de la fuerza armada, b) la noción de agresión se aplica única y exclusivamente a las relaciones entre Estados y, por consiguiente, el uso de la fuerza armada en el interior de un Estado no entra en el área de esta definición, y c) el texto guarda silencio sobre la amenaza de la fuerza armada y tal circunstancia no permite considerar la referida amenaza como agresión".⁴⁴⁷ La definición proporcionada deja sin efecto la fórmula contemplada en el artículo 10 del PSN (la amenaza de agresión como acto de agresión), limitándola a la ocurrencia de hechos consumados; requisito que se confirma en el artículo 2, al establecerse que el primer uso de la fuerza armada es prueba *prima facie* de un acto de agresión.

La decisión de eliminar el término 'amenaza del uso de la fuerza o de agresión' de la definición adoptada fue sumamente atinada, ya que dicho término pudo prestarse a interpretaciones ambiguas a fin de justificar el uso de la fuerza en situaciones determinadas. Además, ante un acto de agresión consumado el derecho de gentes permite el recurso a la legítima defensa y al uso de la fuerza armada como parte de las medidas dictadas por el CS. No existe norma de derecho internacional consuetudinario o convencional que permita el uso de la fuerza armada ante amenazas a la paz; en tales circunstancias se cuenta con el tiempo suficiente para recurrir a los mecanismos de solución pacífica de controversias o al propio CS para que indique medidas no coercitivas a fin de garantizar la paz y la seguridad internacionales. Sólo el propio Consejo puede autorizar el uso de la fuerza armada ante situaciones de amenaza, siempre y cuando, las acciones no coercitivas previamente indicadas hayan mostrado ser ineficaces.

Para François Bugnion, "en la resolución 3314 se toma en cuenta un elemento esencialmente subjetivo, el motivo del recurso a las armas, que es incompatible con una verdadera definición, puesto que una definición capaz de provocar efectos jurídicos debe fundarse en elementos objetivos y verificables".⁴⁴⁸ Del comentario anterior, se podría desprender que la responsabilidad internacional prevista en el artículo 5, párrafo 2, deja de lado la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo, al no identificar al daño y al nexo causal entre el responsable y el afectado como prueba de responsabilidad, sino que, por el contrario, atribuye demasiada importancia al elemento subjetivo en la violación de la norma internacional, es decir, la agresión como medio de atentar contra la supervivencia de algún Estado, lo que se reduce a una invocación de la teoría de la falta.

⁴⁴⁷ José B. Acosta Estévez, *op. cit.*, p.38.

⁴⁴⁸ François Bugnion, "Guerra justa, guerra de agresión y derecho internacional humanitario", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, 2002, N° 847, p.14.

Desde nuestra perspectiva, la responsabilidad internacional contemplada en la resolución 3314 (XXIX) no otorga un papel central al elemento subjetivo en la determinación del acto de agresión. El elemento subjetivo relativo a los motivos del recurso a las armas, perdió importancia a partir del momento en que el uso de la fuerza fue prohibido en las relaciones internacionales, por ende, los motivos para iniciar un conflicto bélico de carácter internacional son irrelevantes a la hora de determinar un acto de agresión. La responsabilidad contemplada en el artículo 5, párrafo 2, es objetiva, debido a que requiere la existencia de un daño (ataque armado), un nexo causal entre el agredido y el agresor, así como la violación de una norma jurídica internacional (prohibición de la agresión).

Además, y como sostiene el jurista español Antonio Remiro Brotons, "un acto de agresión genera necesariamente la responsabilidad internacional del Estado agresor. Es esta una responsabilidad acentuada en la medida en que, tratándose de violación grave de una obligación emanada de norma imperativa del Derecho Internacional, su ilicitud no puede ser excluida por ninguna circunstancia ni puede aceptarse sus consecuencias". La reflexión del profesor Remiro Brotons, introduce un elemento de gran importancia a la discusión: la imposibilidad de aceptar las consecuencias de un acto agresivo, elemento que forzosamente nos remite al párrafo tercero del artículo 5 de la resolución 3314, en el que señala que ninguna adquisición territorial o ventaja especial producto de una agresión es lícita ni será reconocida; esto es, se reconoce el principio *Ex injuria ius non oritur*, es decir, que el acto ilícito no genera derechos.

Ahora bien, el artículo 3 de la resolución 3314, complementa la definición genérica con un listado de actos, que por su gravedad, serán considerados como agresión. En torno al artículo tercero se han vertido los siguientes comentarios: por un lado, se celebra la incorporación de los incisos "f" y "g" que aluden a la denominada agresión indirecta; y por otro lado, los que señalan que dicho artículo sólo presenta "una lista (incompleta) de las acciones que están prohibidas por el derecho internacional y que son las formas más serias y peligrosas del ilegal uso de la fuerza", y que nada dice prácticamente acerca de las formas de agresión indirecta que caracterizan a nuestra época, como la subversión, los atentados terroristas, la injerencia extranjera en caso de guerra civil, etc.

Es un hecho que el listado presentado es incompleto y sólo prevé las manifestaciones más graves del uso de la fuerza conocidas en la época en que fue adoptada la resolución. Sin embargo, el problema no es el listado, sino la fórmula adoptada en el artículo 4 para que otros actos puedan ser considerados como agresivos. Dicho artículo señala que:

La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta.

El mencionado artículo otorga a un órgano político la capacidad para determinar otras situaciones constitutivas de agresión. La historia y el quehacer del CS en la determinación de actos de agresión ha sido ambivalente y estrechamente vinculado a los intereses políticos de sus miembros permanentes. A diferencia del artículo 1, donde no encontramos un elemento subjetivo en la determinación de actos de agresión, en el artículo 4, sí aparece tal elemento configurado en la facultad atribuida al Consejo. Sin embargo, dicha atribución no es la única, ya que el artículo 2 capacita al CS para determinar la inexistencia de agresiones con base en *circunstancias pertinentes* y en la gravedad de las consecuencias de los pretendidos actos de agresión. La resolución 3314, jamás menciona qué debe entenderse por 'circunstancias pertinentes' o 'consecuencias suficientemente graves'. Es más, ni siquiera hace mención a la magnitud que debe tener el uso de la fuerza armada para ser considerada como agresión. Lo que sí queda claro, es que se otorga al Consejo una facultad preclusiva tanto en la determinación de agresiones como en la de sus consecuencias.

Las atribuciones concedidas al CS en los artículos 2 y 4 de la resolución 3314 (XXIX), y que tienen su fundamento en las responsabilidades conferidas a dicho órgano político en los artículos 24 y 39 de la CONU, han propiciado un amplio y polémico debate en torno a la competencia que detentan otros

órganos de la ONU, en particular la Asamblea General y la Corte Internacional de Justicia, en materia de agresión. En el siguiente apartado analizaremos a profundidad esta problemática.

El debate en torno a la pretendida facultad exclusiva del Consejo de Seguridad para determinar la existencia de actos de agresión.

Durante la redacción de la ONU, las potencias vencedoras de la segunda guerra mundial, tuvieron el cuidado de asegurarse el monopolio del uso legítimo de la fuerza, la capacidad para determinar las situaciones de amenaza y quebrantamientos a la paz y actos de agresión, y de que sus resoluciones fueran las únicas con carácter vinculante de todas las emitidas por la nueva organización internacional, mediante su posición como miembros permanentes en el CS. Así, el artículo 24 de la Carta, establece a la letra que:

A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.

Por su parte, el artículo 39 dispone que:

El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Los artículos antes mencionados se encuentran estrechamente vinculados, ya que el CS tiene la facultad de determinar, entre otras situaciones, la existencia de actos de agresión, en la medida en que es el órgano de ONU encargado de actuar de manera rápida y eficaz en el mantenimiento o restablecimiento de la paz y seguridad internacionales. Es decir, se establece que el CS, a través de sus medidas coercitivas o no coercitivas, es el órgano de reacción inmediata de la ONU, pero en ningún momento se señala que sea el único.

En efecto, el artículo 11, párrafos 2 y 3, señalan que la AG podrá *discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier Miembro de las Naciones Unidas o el Consejo de Seguridad, o que un Estado que no es Miembro de las Naciones Unidas presente (...), y salvo lo dispuesto en el artículo 12, podrá hacer recomendaciones acerca de tales cuestiones al Estado o Estados interesados o al Consejo de Seguridad o a éste u a aquéllos. 3. La Asamblea General podrá llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia situaciones susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales.* Esta disposición se complementa con el texto del artículo 14, en el cual se establece que: *Salvo lo dispuesto en el artículo 12, la Asamblea General podrá recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones (...) que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones...* La excepción contemplada en el artículo 12 señala expresamente que: *mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad.*

La ONU no contempla que la AG debe abstenerse de conocer sobre asuntos relativos a la paz y la seguridad internacionales, sino más bien, establece un sistema de competencias jerárquico y complementario entre los dos principales órganos políticos de la ONU. Jerárquico porque el CS es el órgano encargado de la paz y la seguridad; complementario porque la AG puede llamar la atención del CS ante situaciones que pueden poner en peligro la estabilidad del sistema internacional, y porque también puede hacer recomendaciones cuando el CS no esté atendiendo dichas amenazas o en los casos en que el propio Consejo se lo solicite. Esta aseveración fue confirmada en el contexto de la guerra de Corea (1950-1953), en la que el CS se vio paralizado por la falta de acuerdo entre sus miembros permanentes para adoptar medidas encaminadas a restablecer la paz y la seguridad internacionales, por medio de la resolución 377 (V) sobre "Unión pro Paz" adoptada por la AG el 3 de noviembre de 1950, en la cual se indicó que:

...si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad de sus miembros permanentes, dejara de cumplir con su responsabilidad primordial por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resultara haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinaría inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los Miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales.

Posición similar a la anterior asumió la CIJ en su opinión consultiva de 1962, relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, en la que el máximo órgano judicial de las Naciones Unidas afirmó que “la responsabilidad conferida al Consejo de Seguridad por el artículo 24 de la Carta es ‘primordial’, pero no exclusiva”.⁴⁴⁹ Asimismo, la Corte señaló que:

La Carta deja abundantemente en claro, que la Asamblea General ha de ocuparse también de la paz y la seguridad internacionales. El artículo 14 autoriza a la AG a recomendar ‘medidas’ para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones que puedan poner en riesgo las relaciones amistosas entre naciones. De acuerdo con la CIJ, la palabra medidas denota cierto tipo de acción, y la única limitación que el artículo 14 impone a la Asamblea General es la restricción que figura en el artículo 12 (...) Así pues, mientras el Consejo de Seguridad es quien, exclusivamente puede ordenar medidas coercitivas, las funciones y poderes conferidos por la Carta a la Asamblea General no están limitados a la discusión, la consideración, la iniciación de estudios y la formulación de recomendaciones. El artículo 18 se refiere a las ‘decisiones’ de la Asamblea General en cuestiones importantes. Tales decisiones comprenden efectivamente determinadas recomendaciones, pero otras tienen fuerza y efectos dispositivos. Entre estas últimas decisiones, el artículo 18 menciona la suspensión de los derechos y privilegios de los Miembros, la expulsión de Miembros, y las cuestiones presupuestarias.

Sin duda alguna, las competencias en materia de paz y seguridad internacionales conferidas al CS y a la AG en la CONU son complementarias, independientemente, de que los miembros permanentes del CS intenten arrogarse facultades exclusivas. Sería absurdo pensar que la ONU y la paz y seguridad internacionales podrían verse paralizadas debido a la falta de acuerdo entre los miembros del CS. Mientras que la práctica del CS en la materia ha dejado mucho que desear debido a los intereses políticos defendidos por sus miembros más conspicuos, la AG ha sabido conciliar posiciones e intereses políticos en pro de la paz internacional.

La AG ha determinado la existencia de actos de agresión en varias ocasiones, a saber: a raíz de la intervención de China en Corea (1951); en la serie de resoluciones adoptadas entre 1960 y 1980 en las que se condenó a Sudáfrica por la ocupación de Namibia, calificándola de acto de agresión; en la advertencia realizada a Sudáfrica en 1962 para que se abstuviera de toda tentativa de anexionar a Basutolandia, Bechuania y Swazilandia, puesto que sería considerada como acto de agresión; la serie de resoluciones adoptadas entre 1981 y 1982 mediante las cuales, por un lado, señaló que el CS no había ejercido su responsabilidad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales con respecto al África meridional y, por otro lado, condenó a Francia, Reino Unido y Estados Unidos por sus vetos en el CS que paralizaron la adopción de medidas encaminadas a que Sudáfrica abandonara Namibia; y, en la acción ejercida en 1982, a petición del CS debido a su imposibilidad para adoptar medidas, para que considerara y determinara las acciones emprendidas por Israel en los Altos del Golán.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a “Ciertos gastos de las Naciones Unidas”, pronunciada el 20 de julio de 1962. *I.C.J., Reports, 1962*, p.163.

⁴⁵⁰ Véanse las resoluciones de la Asamblea General: Res/498 (V), del 1 de febrero de 1951, para el caso de Corea; Res1817 (XVII), del 18 de diciembre de 1962, para el caso de las pretensiones de anexión sudafricanas; y, resoluciones 36/121 (10 de diciembre de 1981), ES-8/2 (14 de septiembre de 1981), 36/172 (17 de diciembre de 1981), 37/233 (20 de diciembre de 1982), 38/36A (1 de diciembre de 1983), 38/39D (5 de diciembre de 1983), 39/50A (12 de diciembre de 1984), 39/72A (13 de diciembre de 1984), 41/39A (20 del noviembre de 1986), entre otras, para el caso de la inacción del Consejo de Seguridad en el asunto de la ocupación de Namibia por parte de Sudáfrica.

Por su parte, el CS ha considerado como agresiones los actos cometidos por Rhodesia del Sur contra Angola, Botswana, Mozambique y Zambia entre 1976 y 1979; los perpetrados por Sudáfrica en contra de Angola, Botswana, Lesotho, el Territorio Internacional de Namibia, Seychelles y otros Estados de África meridional entre 1976 y 1987; el ataque mercenario sufrido por Benin en 1977; y los ataques aéreos de Israel contra Túnez en 1985 y 1988.⁴⁵¹ Por otro lado, el CS no ha determinado la existencia de actos de agresión en los casos de la guerra de Corea (1950-1953), la crisis del Canal de Suez (1957), la guerra Iraq-Irán (1980-1987), y la invasión de Iraq contra Kuwait (1990); en este último caso, el CS determinó la existencia de actos de agresión hasta el momento en que el gobierno de Saddam Hussein ordenó el cierre de las misiones diplomáticas y consulares en Kuwait y revocar las inmunidades y prerrogativas de dichas misiones y su personal. En todos los demás casos, debido a los intereses políticos en juego de los miembros permanentes, el Consejo sólo encontró amenazas a la paz o quebrantamientos de la paz, pero no actos de agresión. Como sostiene Antonio Remiro Brotons, los términos 'amenazas a la paz' y 'quebrantamientos de la paz' han sido la salida fácil utilizada por el CS para no determinar la existencia de actos de agresión o bien para realizar una calificación oculta de dichos actos.

Una vez aclarado el tema relativo a las competencias de los órganos políticos de las Naciones Unidas en materia de agresión, debemos proceder a revisar las competencias de la CIJ en el mismo ámbito y con respecto a las facultades del CS. Las relaciones entre el CS y la CIJ en materia de paz y seguridad, uso de la fuerza y agresión, han sido por demás ambivalentes, y se ha pretendido establecer la superioridad del Consejo sobre la Corte, generando con esto un amplio debate en torno a los verdaderos alcances de las facultades otorgadas a cada uno de estos órganos.

En 1979, tras el triunfo de la Revolución Islámica en Irán y la toma de la embajada de Estados Unidos en Teherán por parte de simpatizantes del régimen del Ayatollah Jomeini, el CS adoptó medidas encaminadas a conseguir la liberación del personal diplomático y consular estadounidense retenido en los locales diplomáticos tomados. Ante el fracaso de estas medidas, Estados Unidos recurrió a la CIJ para solicitar la indicación de medidas provisionales al gobierno iraní tendientes a devolver los locales tomados, la liberación de los nacionales estadounidenses, a asegurar el respeto de los privilegios e inmunidades del personal diplomático y consular de Estados Unidos, y a no tomar ninguna medida que pudiera agudizar la tensión entre los dos países en disputa. El 15 de diciembre de 1979, la Corte dictó por unanimidad la providencia solicitada.

Durante el análisis del fondo del asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, la CIJ tuvo que revisar sus facultades para poder tratar el asunto planteado, ya que el CS estaba ocupándose simultáneamente del mismo asunto. La Corte llegó a la conclusión de que "el Consejo de Seguridad, en su reunión del 31 de diciembre de 1979, tomó nota de la providencia de la Corte, y no parece que se la haya ocurrido a ninguno de los miembros del Consejo que había o podía haber algo irregular en el ejercicio simultáneo de sus respectivas funciones por

⁴⁵¹ Véanse las resoluciones del Consejo de Seguridad: Res/326, del 2 de febrero de 1973, y Res/424, del 17 de marzo de 1978, en las que se condenan los ataques agresivos e invasión armada de Rhodesia del sur en contra de la seguridad y economía de Zambia; Res/386, del 17 de marzo de 1976, y Res/411, del 30 de junio de 1977, en las que se condenan todos los actos de provocación y agresión, incluso las incursiones militares realizadas por Rhodesia del Sur en contra de Mozambique; Res/445, del 8 de marzo de 1979, mediante la cual se condenó la invasión armada de Rhodesia en contra de Angola, Mozambique y Zambia; Res/568, del 21 de junio de 1985, mediante la cual se condenan todos los actos de agresión, provocación y hostigamiento, inclusive asesinatos, chantajes, secuestros y destrucción de bienes materiales cometidos por el régimen racista de Sudáfrica en contra de Botswana; Res/496, del 15 de diciembre de 1981, a través de la cual se condenó la agresión perpetrada por mercenarios contra la República de Seychelles; Res/405, del 14 de abril de 1977, mediante la cual se condenó el ataque mercenario en contra de Benin; y, Res/573, del 4 de octubre de 1985, y Res/611, del 25 de abril de 1988, que condenaron las incursiones aéreas de Israel contra Túnez, calificándolas de actos de agresión.

parte de la Corte y el Consejo de Seguridad".⁴⁵² Además, la Corte indicó que no había nada irregular en el ejercicio simultáneo de sus respectivas funciones, ya que:

En tanto que en el artículo 12 de la Carta se prohíbe expresamente a la Asamblea General hacer recomendación alguna sobre una controversia o situación mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando sus funciones con respecto a tal controversia o situación, ninguna disposición de la Carta o el Estatuto de la Corte establece una restricción de esa índole en lo tocante al funcionamiento de la Corte. Las razones son claras. Incumbe a la Corte (...) resolver las cuestiones jurídicas de cualquier tipo respecto de las cuales se contrapongan las partes en una controversia.

La postura asumida por la Corte fue bien recibida por Estados Unidos y los miembros del CS, toda vez que la solución judicial de la controversia entre Estados Unidos e Irán se había convertido en la única solución posible tras haberse comprobado la ineficacia de las medidas adoptadas por el Consejo y el fracaso de la incursión militar realizada por Estados Unidos en Irán. Caso contrario aconteció en 1984, cuando Nicaragua presentó ante la CIJ una demanda en contra de Estados Unidos por la realización de este último país de actividades militares y paramilitares en y contra su territorio y soberanía.

En dicho asunto, Estados Unidos argumentó, a fin de establecer la falta de competencia de la Corte para conocer del caso, que Nicaragua había formulado una imputación de agresión y conflicto armado prevista en el artículo 39 de la CONU, de la que sólo podía ocuparse el CS con arreglo a las disposiciones del Capítulo VII de la Carta, y no con arreglo a las del Capítulo VI en las que se prevé la actuación de la Corte. Además, señaló que el demandante estaba ocupando a la Corte como una instancia de apelación de las decisiones del CS, ante la negativa de este órgano por adoptar medidas encaminadas a satisfacer las demandas nicaragüenses. La Corte rechazó los argumentos estadounidenses con base en los siguientes razonamientos:

Primero, la Corte no había recibido notificación alguna del CS en la cual se le pidiera aplazar el examen completo de la cuestión de fondo hasta que tanto se tomara la decisión de autorizar las medidas coercitivas necesarias.⁴⁵³ Segundo, y haciendo referencia al asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, expresó que "la opinión de que el hecho de que un asunto se encuentre ante el Consejo de Seguridad no debería impedir que la Corte se ocupara de él y que ambos procedimientos podían seguir adelante *pari passu*". Tercero, la Corte sostuvo nuevamente que "la Carta no confiere al Consejo de Seguridad una responsabilidad exclusiva [en materia de paz y seguridad]." El artículo 12 prevé una clara demarcación entre las funciones del CS y la AG, pero en ninguna disposición de la Carta existe una disposición análoga con respecto al CS y a la CIJ. "Al Consejo se le han asignado funciones de naturaleza política, mientras que la Corte ejerce funciones puramente judiciales. Por consiguiente, ambos órganos pueden desempeñar sus funciones separadas pero complementarias con respecto a los mismos acontecimientos". Y cuarto, en cuanto a la cuestión referente a la utilización de la Corte como una instancia de apelación de las decisiones del Consejo, el máximo órgano judicial señaló que "no se pide a la Corte que diga que el Consejo de Seguridad adoptó una decisión errada, ni que hubo algo incompatible con el derecho en la forma en que los miembros del Consejo emplearon su derecho de voto. Se pide a la Corte que juzgue respecto de algunos aspectos jurídicos de una situación que también ha sido considerada por el Consejo de Seguridad, un procedimiento que es totalmente compatible con su posición de órgano judicial".⁴⁵⁴

Sin duda alguna, y de manera por demás atinada, la CIJ dejó en claro su competencia para analizar y fallar asuntos relacionados con la paz y la seguridad internacionales de manera simultánea a su examen en el CS. La única limitante a esta capacidad se encuentra en la posibilidad de que el CS le solicite, de manera expresa y a través de una resolución, aplazar el examen completo de la cuestión que le ha sido presentada. En ningún momento la Corte invade las competencias del CS, ya que este

⁴⁵² Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo al "Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán", 24 de mayo de 1980. *I.C.J., Reports, 1980*, p.21.

⁴⁵³ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre cuestiones de competencia y admisibilidad relativas al asunto de las "Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua" (Nicaragua c. Estados Unidos), *I.C.J., Reports, 1984*, p.434.

⁴⁵⁴ *Ibíd.*, p.436.

último determina las situaciones de amenaza y quebrantamiento de la paz o actos de agresión, a fin de adoptar medidas inmediatas para garantizar la paz y seguridad. Por su parte, la Corte tiene la capacidad para determinar las consecuencias jurídicas de los actos en cuestión, es decir, determinar la responsabilidad internacional del Estado infractor, así como las modalidades, con base en los hechos dados, en que deberán ser reparados los daños ocasionados. La determinación hecha por el Consejo está basada en criterios eminentemente políticos, mientras que la realizada por la Corte se fundamenta en razonamientos jurídicos. Una vez más, y como en el caso de la relación entre el CS y la AG, las funciones de la CIJ y el CS en materia de paz y seguridad son complementarias.

El debate en torno a las facultades del CS en la determinación de actos de agresión fue retomado en los trabajos preparatorios de la Conferencia de Roma del 17 de julio de 1998 en la cual se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), y en el que se contempla la competencia de la Corte para perseguir y sancionar a los responsables individuales del crimen de agresión. No obstante lo anterior, la falta de acuerdo entre los Estados participantes en los trabajos preparatorios de la CPI acerca de una definición del crimen de agresión y de las condiciones en que la CPI ejercería su competencia sobre dicho crimen, ocasionaron que el crimen en cuestión se viniera abajo del Estatuto, y se dejará su negociación para fechas posteriores. En el siguiente apartado, nos adentraremos en el estudio y revisión del quehacer realizado por el Grupo de Trabajo sobre el Crimen de Agresión de la Comisión Preparatoria de la CPI, para que la principal instancia penal internacional permanente cuente con una definición del crimen de agresión y pueda ejercer jurisdicción sobre el mismo.

4.2.5. La definición del crimen de agresión: un asunto pendiente en la agenda jurídico-política de las relaciones internacionales.

La adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI o Estatuto de Roma) constituye el máximo logro de la sociedad civil internacional por evitar la impunidad de que gozan muchos criminales internacionales. La Corte Penal Internacional (CPI) es la única instancia penal internacional de carácter permanente competente para perseguir y sancionar a los responsables de graves crímenes contra el derecho internacional, tales como: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (artículo 5, párrafo 1, del ECPI). Sin embargo, dos días antes de la adopción del Estatuto de Roma, es decir el 15 de julio de 1998, la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión se vino abajo debido a la falta de acuerdo entre los Estados participantes para adoptar una definición unánime en torno a dicho crimen. Por tal motivo, el párrafo 2 del artículo quinto del ECPI, se limitó a señalar que la Corte ejercerá competencia sobre el crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuáles lo hará. Advirtiendo que tal disposición deberá ser compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas (CONU). Por el momento, la CPI sólo ejerce una competencia de principio sobre dicho crimen.

Sin duda alguna, los Estados a favor del establecimiento de la CPI prefirieron dejar la discusión sobre el crimen de agresión para después, en lugar de asumir una postura inflexible que hubiera ocasionado que la adopción del Estatuto se pospusiera de manera indefinida. A raíz de este desacuerdo, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional decidió, mediante la *Resolución F* anexa al Acta Final de la Conferencia, crear una Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (PrepCom por sus siglas en inglés) con la tarea de:

"(...) preparar propuestas acerca de una disposición relativa a la agresión, inclusive la definición y los elementos del crimen de agresión y a las condiciones en las cuáles la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia sobre ese crimen. La Comisión presentará esas propuestas a la Asamblea de los Estados Partes en una Conferencia de Revisión con miras a llegar a una disposición aceptable acerca del crimen de agresión (...)".

Desde 1999, la PrepCom, a través del *Grupo de trabajo sobre el crimen de agresión* (WGCA por sus siglas en inglés o GTCA por sus siglas en español), ha venido realizando un arduo trabajo formal (sesiones ordinarias) e informal (reuniones de trabajo en prestigias universidades del mundo) de recopilación, análisis, síntesis y conciliación de las diferentes propuestas de definición del crimen de

agresión presentadas por los Estados y el propio GTCA, a fin de que la CPI pueda contar con una disposición relativa al crimen en cuestión a más tardar en el año 2009, fecha en que se cumplen los siete años marcados por el Estatuto de Roma para que los Estados puedan presentar enmiendas al mismo, o solicitar su revisión.

En ocho años de labor (1999-2007), los avances conseguidos por la PrepCom y el GTCA han sido relativamente escasos debido a la falta de voluntad de los Estados para flexibilizar sus posturas políticas y trabajar de manera conjunta en la elaboración de una definición del crimen de agresión y en las condiciones en las cuáles deberá ejercer su competencia la Corte sobre dicho crimen. Dos son los principales puntos de desacuerdo en torno al crimen de agresión en el Estatuto de Roma: 1. la definición del crimen; y 2. la competencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en la determinación de actos de agresión.

4.2.5.1. La definición del crimen de agresión.

El crimen de agresión fue definido por primera vez en la historia en los estatutos de los Tribunales de Núremberg y Tokio y en la Ley N° 10 del Consejo de Control. Dicha definición fue aceptada y reconocida por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU en el documento titulado *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg*. Estos documentos revisten gran importancia para los trabajos de la PrepCom en razón de que constituyen el derecho internacional penal positivo vigente, reconocido y aceptado a nivel mundial, y al cual debe ceñirse toda definición del crimen de agresión a fin de que la disposición susceptible de ser incorporada en el ECPI no contravenga el principio *Nullum crimen nulla poena sine lege* (nadie puede ser responsable de un delito que no ha sido tipificado).

A diferencia de los estatutos de los Tribunales de Núremberg y Tokio en los que el crimen en cuestión fue fácilmente definido ya que el propósito fundamental de las cuatro potencias vencedoras de la segunda guerra mundial era sancionar a los vencidos, la PrepCom se enfrenta a un sistema internacional completamente dividido en torno a la cuestión de la agresión, y en el que los juzgadores de antaño temen ser llevados ante la justicia por sus acciones actuales. Por esta razón, los trabajos de la Conferencia Diplomática para el establecimiento de una CPI estuvieron fuertemente influenciados por dos grandes posiciones políticas referentes a la viabilidad de introducir una disposición en materia de agresión en el Estatuto de Roma.

Por un lado, se encontraban los Estados que apoyan la introducción de una disposición relativa al crimen de agresión en el ECPI con base a la gravedad del crimen en cuestión y a los efectos disuasivos que generaría la adopción de una disposición en el Estatuto. Por otro lado, los que estaban en contra, y que defendían su postura sustentándose en las dificultades para definir el crimen en cuestión, a su naturaleza altamente política, al riesgo de que una disposición en la materia pudiera ser utilizada con fines políticos, y a la vinculación estrecha que guarda el crimen de agresión con los crímenes de guerra.

Sin duda alguna, el crimen de agresión no podía quedar fuera de la competencia de la Corte debido a su gravedad y serías consecuencias para la paz y seguridad internacionales. La agresión es el crimen supremo del derecho internacional, es el acto que permite que se perpetren otros crímenes (de guerra, lesa humanidad y genocidio); por tal motivo, es ilógico pensar que la Corte Penal Internacional pueda sancionar a los responsables de los crímenes cometidos al amparo de una agresión, pero no a los individuos que con su accionar crearon las condiciones propicias para que dichos crímenes fueran cometidos.

A lo largo de sus ocho años de trabajo, la PrepCom ha insistido a los Estados en que la definición del crimen de agresión debe contemplar tres grandes elementos: 1. el requisito de liderazgo, 2. la conducta individual, y 3. el acto estatal de agresión.

a) El requisito de liderazgo.

El GTCA ha acordado que “el crimen de agresión es un crimen de liderazgo”.⁴⁵⁵ Dicha identificación fue realizada por primera vez por el Tribunal de Nüremberg al señalar que:

...los acusados habían utilizado sus puestos en el Partido Nazi, el Gobierno (incluidos los puestos relacionados con territorios ocupados), las fuerzas militares y paramilitares, la economía (incluidas la banca y las finanzas), la industria o los medios de comunicación; su influencia personal, y, en varios casos, su relación con el Führer para cometer los diversos crímenes que se les imputaban.

El acto de agresión es el ejemplo más representativo del uso ilegal de la fuerza armada de un Estado contra otro. El Estado es el agresor, empero a su interior sólo unas cuantas personas tienen la capacidad política para ordenar el despliegue de las fuerzas armadas en contra de otro Estado, por tal motivo, el crimen de agresión únicamente puede ser iniciado u ordenado por los Jefes de Estado o de Gobierno y los superiores militares facultados para movilizar a la fuerza armada de un Estado. Sin embargo, en la planificación y preparación de dicho acto pueden intervenir otros líderes jerárquicos tales como los empresarios, los miembros del cuerpo diplomático, los líderes religiosos, y un buen número de funcionarios de alto nivel. Dicho razonamiento fue postulado por el Tribunal de Nüremberg al sostener que:

*Hitler no podía por sí solo formular una política de guerra de agresión y ejecutar por sí solo esa política preparando, planificando y llevando a cabo tal guerra. Necesitaba la colaboración de estadistas, jefes militares, diplomáticos, financieros.*⁴⁵⁶

El requisito de liderazgo también fue incorporado en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, y cuyo artículo 16 disponía que comete el crimen de agresión:

El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión.

Debido a la aceptación y reconocimiento internacional de que ha sido objeto el requisito de liderazgo, los Estados participantes en los trabajos de la PrepCom no han puesto ninguna traba para que el mismo aparezca en la definición del crimen de agresión.

b) La conducta individual.

El artículo 25, párrafo 3, del ECPI,⁴⁵⁷ establece las formas de participación susceptibles de generar la responsabilidad penal de un individuo en la comisión o tentativa de comisión de algunos de los

⁴⁵⁵ Coalition for the International Criminal Court, *The International Criminal Court and the crime of aggression*, La Haya, 2007, p.2.

⁴⁵⁶ Sentencia de Nüremberg, p.55.

⁴⁵⁷ El artículo 25, párrafo 3, del ECPI, establece que: De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común...; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; y, f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

crímenes contemplados en el artículo 5 del Estatuto. La PrepCom ha puesto sobre la mesa de debate la discusión relativa a si el crimen de agresión debe ceñirse a tales formas de participación (enfoque diferenciado) o si las formas de participación deben ser las contempladas en las definiciones del crimen de agresión (enfoque monístico) incorporadas en diversos instrumentos jurídicos internacionales, y que han sido retomadas por la mayoría de los Estados en sus propuestas presentadas a la PrepCom.

De optarse por el enfoque diferenciado, se eliminarían de la definición final del crimen las conductas individuales catalogadas como agresivas, a fin de que las mismas sean determinadas con base en el artículo 25, párrafo 3, del ECPI. De adoptarse el enfoque monístico, la definición final del crimen seguiría contemplando a la planeación, preparación, iniciación o ejecución de un acto estatal de agresión como las conductas generadoras de la responsabilidad penal individual y, por tal motivo, el mencionado párrafo tercero del artículo 25, no tendría efecto sobre la determinación de dicha responsabilidad.

El problema de fondo en cuanto a la determinación de las conductas catalogadas como agresivas previstas en el párrafo 3, radica en el desacuerdo existente entre los Estados para ubicar a la tentativa de cometer agresión como un acto susceptible de engendrar la responsabilidad penal individual, ya que el crimen no fue consumado y por tanto no se produjo un conflicto armado. Actualmente, no se ha llegado a un consenso sobre el tema, pero todo parece indicar que la mayoría de los Estados están de acuerdo con que se excluya a la tentativa como acto de agresión.

Tampoco ha habido acuerdo para optar por alguno de los dos enfoques en pugna, sin embargo, todo señala que se está empezando a conformar una tendencia favorable de parte de los Estados hacia la adopción del enfoque diferenciado debido, principalmente, a la necesidad de que la definición del crimen de agresión debe estar en completa consonancia con el ECPI, los Elementos de los Crímenes, y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

c) El acto estatal de agresión.

El crimen de agresión indudablemente se encuentra vinculado al de acto de agresión de un Estado contra otro. La determinación de un acto de agresión es la condición previa para que pueda comprobarse la existencia de un crimen de agresión; por tal motivo, cualquier definición relativa al crimen debe contemplar una definición del acto. En torno a esta cuestión, la PrepCom se ha encontrado con el resurgimiento de dos viejas posiciones, la de los países que defienden la introducción de una definición genérica del acto de agresión, y la de los que, por el contrario, prefieren la introducción de una definición específica. Para los primero, la definición debe contemplar fórmulas amplias, generales y flexibles, que eviten entrar en detalles o en la elaboración de listados relativos a los actos susceptibles de ser considerados como de agresión. Dentro esta corriente encontramos las propuestas presentadas por la Federación de Rusia y Camerún.

Propuesta rusa:

*A los efectos del presente Estatuto y a reserva de la previa determinación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de que el Estado interesado a cometido un acto de agresión, se entenderá por crimen de agresión cualquiera de los actos siguientes: planificar, preparar, iniciar o llevar a cabo una guerra de agresión.*⁴⁵⁸

Propuesta de Camerún:

A los efectos del presente Estatuto y dejando a salvo la función desempeñada por el Consejo de Seguridad en materia de agresión de conformidad con el artículo 10 del presente Estatuto, se entenderá por crimen de agresión alguno de los actos siguientes, cometido por un individuo que esté

⁴⁵⁸ PCNICC/1999/DP.12. Propuesta de la Federación de Rusia, p.1.

*en condiciones de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado: a) iniciar, b) planear, c) preparar, d) ordenar, o e) provocar el uso de la fuerza armada por dicho Estado, contra la soberanía, integridad territorial o la independencia política de otro Estado, cuando ese uso de la fuerza armada sea manifiestamente contrario a la Carta de las Naciones Unidas.*⁴⁵⁹

La propuesta rusa retoma la definición incorporada en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y limita el acto en cuestión al inicio de una guerra de agresión. Por su parte, la propuesta de Camerún retoma la definición incorporada en el artículo 1 de la resolución 3314 (XXIX) de 1974. Dentro de las definiciones de carácter genérico también pueden ser ubicadas aquellas que limitan la existencia del acto a las guerras de agresión o ataques armados. La propuesta alemana es una de ellas, a saber:

*1. A los fines del presente Estatuto, se entenderá por crimen de agresión cualquiera de los actos siguientes cometidos por una persona que esté en posición de ejercer el control o que pueda dirigir la acción política o militar de un Estado: a) iniciar o b) ejecutar un ataque armado dirigido por un Estado, cuando dicho ataque se haya emprendido en violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas y que resulte en la ocupación efectiva por las fuerzas armadas del Estado atacante, o la anexión mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de éste.*⁴⁶⁰

La propuesta alemana limita considerablemente la determinación del acto, puesto que sólo prevé como agresión los actos encaminados a la ocupación efectiva o anexión de una parte o la totalidad del territorio del Estado agredido, es decir, deja de lado actos de suma gravedad que han sido reconocidos como agresiones, tales como los ataques aéreos, navales y terrestres, los bloqueos de puertos, así como las agresiones indirectas realizadas por bandas o grupos irregulares y mercenarios. Curiosamente, Alemania presentó esta propuesta en febrero de 1999, meses antes de que la Organización del Tratado del Atlántico Norte iniciara sus controvertidas operaciones militares 'humanitarias' en la ex Yugoslavia.

De lado contrario a los Estados que defienden la redacción de una definición genérica, se encuentran los que promueven la elaboración de una definición específica que, además de contener una conceptualización general, incluya un listado ilustrativo o taxativo de los principales actos que pueden constituir agresión. Dicha posición ha sido plasmada en las propuestas de los países árabes y en la elaborada de manera conjunta entre Egipto e Italia; esta última es prácticamente idéntica a la primera.

Propuesta de los países árabes:

1. A los efectos del presente Estatuto, el crimen de agresión lo comete una persona que está en condiciones de ejercer el control o que puede dirigir acciones políticas o militares en su Estado, contra otro Estado, o que puede privar a personas de sus derechos a la libre determinación, la libertad y la independencia, en violación de la Carta de las Naciones Unidas, recurriendo a la fuerza armada para amenazar o violar la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de ese Estado o los derechos inalienables de esas personas.

2. Entre los actos que constituyen agresión figuran los siguientes, ya vayan precedidos o no de una declaración de guerra:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o cualquier ocupación militar, por provisional que sea, resultante de esa invasión o ataque, o cualquier anexión mediante el uso de la fuerza del territorio de otro Estado o parte de otro Estado;

b) El bombardeo por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o la utilización de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

⁴⁵⁹ PCNICC/1999/INF/2. Propuesta de Camerún, p.1. Una propuesta similar fue presentada por Grecia y Portugal. Véase: PCNICC/1999/WGCA/DP.1, p.1.

⁴⁶⁰ PCNICC/1999/DP.13. Propuesta de la República Federal de Alemania, p.1.

- d) *Un ataque de las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra las flotas navales o aéreas de otro Estado;*
- e) *La utilización de fuerzas armadas de un Estado que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor en violación de las condiciones previstas en el acuerdo, o cualquier prolongación de su presencia en ese territorio más allá de la terminación del acuerdo;*
- f) *La acción de un Estado que autoriza que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;*
- g) *El envío por un Estado o por su cuenta de bandas, grupos, tropas no regulares o mercenarios que realicen actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que equivalgan a los actos enumerados más arriba o su participación sustancial en ellos.*⁴⁶¹

Mientras que el párrafo 1 de la propuesta árabe introduce elementos novedosos al identificar a la amenaza como un acto de agresión, y a la privación de la libre determinación y de los derechos inalienables de las personas como objetivos del acto en cuestión, el párrafo 2, es una transcripción casi exacta del artículo 3 de la resolución 3314 (XXIX). Sin duda alguna, la amplitud y precisión de la propuesta árabe responde a la necesidad política de dichos Estados para contar con una disposición jurídica que disuada a muchos gobiernos intervencionistas (entiéndase las potencias del Consejo de Seguridad) de recurrir al uso arbitrario de la fuerza en contra de sus naciones como ha sido una costumbre a lo largo de la historia.

Con base en estas y otras propuestas, en 1999, el Coordinador del GTCA elaboró un documento de debate conocido como *Texto consolidado de las propuestas relativas al crimen de agresión* en el que se presentan dos opciones de definición del crimen de agresión, a saber: la *Opción 1*, que contiene tres variantes, y la *Opción 2* que no presenta variante alguna.

Opción 1.

*"A los efectos del presente Estatuto, [y con sujeción a la determinación que haga el Consejo de Seguridad respecto del acto de un Estado,] se entenderá por crimen de agresión [el empleo de la fuerza armada, incluido su inicio, por una persona que esté en condiciones de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado en violación de la Carta de las Naciones Unidas.] cualquiera de los actos siguientes cometidos por una persona que esté en condiciones de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado: Iniciar, o llevar a cabo (...)"*⁴⁶²

Pese a su generalidad, esta opción contempla el requisito liderazgo, la conducta individual, el acto estatal de agresión, y además proporciona elementos para determinar la existencia del acto de agresión y al Estado agredido. La *variante 1* de esta primera opción, prevé otros actos constitutivos de agresión, tales como: *el empleo de la fuerza armada, un ataque armado, una guerra de agresión, y una guerra que constituya violación de tratados, acuerdos o seguridades internacionales*. Además, incluye a la *participación en una conspiración o plan común para la perpetración* de alguno de estos actos como conducta individual susceptible de engendrar responsabilidad penal. Finalmente, amplía la gama de víctimas u objetivos sobre los que puede dirigirse el acto de agresión, a saber: *la privación a otros pueblos de sus derechos a la libre determinación, y de sus derechos inalienables*.

La *variante 2* propone una redacción genérica que sólo alude al acto estatal de agresión, y que además, limita el objetivo contra el cual se dirige el mismo a: *un ataque armado dirigido por un Estado contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado (...) con el objetivo o el*

⁴⁶¹ PCNICC/1999/DP.11. Propuesta presentada por Bahrein, Irak, la Jamahiriya Árabe Libia, el Líbano, Omán, la República Árabe Siria, el Sudán y el Yemen. La propuesta realiza por Egipto e Italia puede consultarse en: PCNICC/1999/INF/2, pp.2 y 3.

⁴⁶² La inclusión de corchetes solo señala las diferentes formulas que se sugirieron, lo que no necesariamente indica una menor aceptación de esa parte del texto.

resultado de que las fuerzas armadas del Estado atacante ocupen militarmente, en todo en parte, el territorio de otro Estado o procedan a su anexión.

Finalmente, el texto de la *variante 3* tiene como objetivo complementar la definición genérica propuesta en la *variante 1*, con la lista de actos constitutivos de agresión presentada en la propuesta de los países árabes. La lectura conjunta de las variantes 1 y 3, tienen como objetivo ofrecer una definición mixta o específica del crimen de agresión. El elemento de mayor novedad introducido por la *variante 3*, es la condición de que los actos allí enumerados sean de *gravedad suficiente* para ser determinados como agresión. La determinación de la 'gravedad suficiente' apareció por primera vez en la propuesta de definición presenta por Egipto e Italia (1997) y retomada en la realizada por Camerún (1998), dando inicio a un polémico debate (sobre la cuestión del umbral o *the threshold issue*) en el que se discute la pertinencia de dicho término en la definición final del crimen de agresión, en razón de la naturaleza eminentemente política de la determinación de tal gravedad.

Ahora bien, la *opción 2* propone una definición sumamente general, en la que se contempla el acto estatal de agresión y la conducta individual, dejando el requisito de liderazgo como un elemento sobreentendido, es decir, no se necesita hacer mención del mismo ya que es ampliamente reconocido y aceptado que el crimen en cuestión es un crimen de líderes. Así, la *opción 2*, dispone que:

"A los efectos del presente Estatuto y con sujeción a la determinación previa por el Consejo de Seguridad de que el Estado de que se trate ha cometido un acto de agresión, se entenderá por crimen de agresión el acto de planificar, preparar, iniciar o llevar a cabo una guerra de agresión".

Sin duda alguna, esta opción retoma la redacción del Estatuto de Núremberg, la propuesta rusa y el enfoque monístico. Asimismo, dicha opción es ampliamente aceptada por buena parte de los países miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y muchos de sus aliados más cercanos.

Como puede observarse, el debate sostenido durante los trabajos de la PrepCom en torno a la definición del crimen de agresión, no se fundamenta en la definición del crimen en sí misma, sino en la definición del acto de agresión. Parecería que dicha discusión ya había sido superada con la adopción de la resolución 3314 (XXIX) de 1974, sin embargo, debido a la trascendencia del crimen de agresión sobre la responsabilidad penal individual de muchos Jefes de Estado y de Gobierno y altos funcionarios políticos y militares, los Estados han mostrado una actitud reticente a aceptar la definición existente y han buscado, por todo los medios a su alcance, sacar el mejor provecho posible de una definición genérica que pueda interpretarse de manera elástica a fin de evitar que sus líderes nacionales puedan ser llamados a rendir cuentas por sus actos ante la CPI.

Misma problemática se ha presentado en el debate relativo a las condiciones en las cuáles la CPI ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión. Por una parte, están los que defienden la facultad del Consejo de Seguridad para determinar la existencia de actos agresión, y por otro lado, los que promueven la autonomía total de la CPI en la materia. A continuación pasaremos a revisar dicha problemática.

4.2.5.2. Condiciones bajo las cuáles la CPI ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión: entre la autonomía de la Corte y la dependencia hacia el Consejo de Seguridad.

Los trabajos de la PrepCom se han visto seriamente retrasados por la falta de acuerdo entre los Estados para fijar las condiciones en que la CPI ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión. Para que la CPI pueda ejercer competencia sobre tal crimen se requiere necesariamente la determinación de existencia de un acto de agresión. El acto de agresión es un acto de un Estado contra otro, por tal motivo, su determinación no puede ser realizada por la CPI, ya que esta instancia penal únicamente ejerce competencia sobre individuos. En este sentido, el acto debe ser determinado por un órgano externo.

Durante la Conferencia Diplomática de Roma en la que se adoptó el ECPI, el tema en cuestión dio origen a dos posturas políticas, por un lado, la de los miembros permanentes del Consejo de

Seguridad que defendían la facultad del Consejo para determinar la existencia de actos de agresión con base en criterios tales como: a) que la CPI debe ejercer su competencia de forma compatible con la Carta de las Naciones Unidas, y que la única solución compatible es respetar las facultades conferidas al CS; b) que el CS es el órgano más adecuado para valorar los elementos políticos que conlleva la apreciación del acto de agresión y para evitar su utilización con fines propagandísticos; y, c) que no afectaría la independencia e integridad de la Corte pues, pese a su discrecionalidad, el CS adopta sus decisiones de conformidad con la Carta y el derecho internacional. Y por otro lado, la de los países, principalmente en vías de desarrollo, que defienden la independencia de la CPI con base en: a) que la Carta de las Naciones Unidas confiere responsabilidad primordial, pero no exclusiva al CS. La AG y la CIJ han afirmado y ejercido su competencia para aceptar la comisión de actos de agresión; b) que en sesenta años de historia del CS, dicho órgano jamás ha constatado una sola agresión; c) que se condicionaría el funcionamiento de un órgano judicial a una decisión política adoptada dentro de un amplísimo margen de discrecionalidad; y, d) que el derecho a veto de los miembros permanentes del CS podría repercutir en las situaciones susceptibles de constituir agresión.⁴⁶³ La falta de acuerdo en torno a este tema ocasionó la negativa de Estados Unidos y China para ratificar el Estatuto de Roma.

Estados Unidos “estaba dispuesto a aceptar la inclusión de la agresión en el Estatuto con la condición de que el Consejo de Seguridad determinara en primera instancia la existencia de un acto de agresión”. El propósito estadounidense era claro, otorgar al CS una facultad preclusiva sobre el crimen de agresión que impidiera a la CPI ejercer su competencia sobre dicho crimen en determinadas circunstancias, es decir, cuando el acto de agresión pudiera acarrear la responsabilidad penal individual de los nacionales de alguno de los miembros permanentes del Consejo. Otorgar una facultad preclusiva al CS tendría como consecuencia “la creación de dos estándares legales: inmunidad efectiva sobre el crimen de agresión para los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, y, dada la dificultad de definir el crimen de agresión, una responsabilidad penal impredecible para los nacionales de los demás Estados”.⁴⁶⁴

Sin duda alguna, estamos ante un nuevo capítulo del debate referente a la supuesta facultad exclusiva del Consejo de Seguridad en la determinación de actos de agresión. Sin embargo, actualmente el tema cobra mayor trascendencia en razón de sus implicaciones jurídico-políticas para la plena impartición de la justicia penal internacional y el funcionamiento integral de la CPI. Tanto la justicia como la Corte no pueden estar a expensas de las decisiones eminentemente políticas del CS, ya que se estaría yendo en contra de uno de los principios máximos de la justicia y el derecho, es decir, otorgar a las víctimas de un crimen internacional la seguridad jurídica necesaria de que los daños sufridos serán reparados y que los responsables serán sancionados por sus actos. Asimismo, el debate se torna ocioso, ya que ha quedado claramente comprobado que las funciones y determinaciones realizadas por CS son políticas, mientras que las de la CIJ y, en este caso, las de la CPI son jurídicas y encaminadas a dilucidar la responsabilidad internacional del Estado o del individuo.

En este sentido, “sería imprudente sostener que las calificaciones del Consejo de Seguridad son preceptivas y vinculantes para otros órganos, especialmente los judiciales, llamados a pronunciarse sobre la responsabilidad de un Estado [o individuo] cuyo origen está en un acto de agresión”. Sin embargo, como sostiene el jurista mexicano Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, “el Estatuto de Roma y su jurisdicción penal internacional no se encuentran en el terreno de lo ideal, sino que se sitúan ante verdaderas relaciones de poder, a las cuales no puede estar ajena la negociación internacional. No

⁴⁶³ En febrero de 2003, Cuba presentó una propuesta a la Asamblea de Estados Parte de la CPI, en la que se señalaba que: *La Corte podrá ejercer su jurisdicción sobre un crimen de agresión de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto, incluidas las disposiciones de los artículos 12, 13, 17 y 18. La falta de un pronunciamiento del Consejo de Seguridad sobre la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate no impedirá el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre el caso en cuestión.* Documento: ICC-ASP/1/L.4.

⁴⁶⁴ Daniel G. Partan & Predrag Rogic, “Sovereignty and International Criminal Justice” en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, junio de 2003, N° 1, p.65. (Traducción libre del autor).

puede culparse a la CPI de una situación que está más allá de sus posibilidades, antes se debe comenzar por avanzar en una reforma del sistema y los instrumentos de Naciones Unidas, tarea que numerosos Estados eluden y, por razones prácticas, se acoplan al sistema y buscan hacerse de los recursos de la cooperación internacional, generalmente de tipo económico, dejando de lado los asuntos más delicados y sensibles, como lo es en este caso el crimen de agresión y otros hechos internacionalmente ilícitos que le son asociados”.

Conscientes de que el éxito de los trabajos realizados por la PrepCom en materia del crimen de agresión se encuentra estrechamente vinculado a la negociación y voluntad política, muchos Estados han adoptado una posición conciliadora tendiente a compatibilizar las funciones del CS con las de la CPI. En el documento titulado *Condiciones para el ejercicio de la competencia*, que forma parte del *Texto consolidado de propuestas relativas al crimen de agresión*, el Coordinador del GTCA presentó algunas propuestas sobre el tema con base en las aportaciones realizadas por los Estados participantes.

Dicho documento se encuentra dividido en tres grandes opciones. La *Opción 1* contempla seis modalidades a través de las cuales la Corte puede ejercer su competencia sobre el crimen de agresión, a saber:

1. *La Corte ejercerá su competencia (...) conforme al artículo 13 del Estatuto.*⁴⁶⁵
2. *El Consejo de Seguridad determinará la existencia un acto de agresión cometido por el Estado del que sea nacional el imputado, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas, antes de que la Corte abra las diligencias con respecto al crimen de agresión.*
3. *El Consejo de Seguridad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 b) del Estatuto, tomará ante todo una decisión en la que se determine que el Estado del que sea nacional el imputado ha cometido un acto de agresión.*
4. *La Corte, cuando reciba una denuncia relativa al crimen de agresión con arreglo al artículo 13 a) o c), pedirá primero al Consejo de Seguridad (...) que determine si el Estado del que sea nacional el imputado ha cometido un acto de agresión.*
5. *El Consejo de Seguridad tomará la decisión dentro de los [6] [12] meses siguientes.*
6. *El Presidente del Consejo de Seguridad notificará sin demora esta decisión, por carta, al Presidente de la Corte Penal Internacional.*

Como puede observarse, esta opción otorga al Consejo de Seguridad la facultad de determinar la existencia de actos de agresión con base en las atribuciones que le ha conferido la Carta de las Naciones Unidas, o a petición de la propia Corte. El único límite que se contempla al accionar del Consejo es el tiempo con que cuenta para determinar la existencia del acto. La *variante 1* anexa a la *Opción 1*, prevé el ejercicio independiente de la competencia de la Corte en aquellos casos en que el CS no emita su determinación en el periodo previsto. Por su parte, la *variante 2*, dispone que ante la falta de determinación por parte del CS, la Corte podrá solicitar a la AG que realice una recomendación al respecto en un periodo máximo de 12 meses. En ambas variantes se contempla que

⁴⁶⁵ El artículo 13 del ECPI dispone que: *La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) Un Estado Parte remite al fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) El fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.*

las decisiones del CS y la AG no afectarán en modo alguno la independencia de la Corte en el ejercicio de su competencia con respecto al crimen de agresión.

Por su parte, la *Opción 2*, prevé tres supuestos en los que la Corte puede ejercer competencia sobre el crimen en cuestión, a saber: 1. previa determinación de un acto de agresión por parte del CS; 2. ante toda denuncia relativa al crimen de agresión que sea presentada a la Corte, se procederá a verificar si existe una determinación previa del CS; de no existir tal, la Corte solicitará al Consejo que emita dicha determinación; y, 3. si en un plazo de 12 meses el CS no emite determinación alguna, la Corte podrá proceder a abrir diligencias. Como puede apreciarse, esta opción desestima el recurso a la AG.

Finalmente, la *Opción 3*, redactada en un párrafo único, dispone que la Corte ejercerá su competencia, *siempre y cuando, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas haya determinado previamente la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trata*. Dicha opción, otorga una facultad preclusiva al CS.

Cualquier definición sobre el crimen de agresión y las condiciones en que la CPI ejercerá su competencia que pretenda ser políticamente aceptada, deberá otorgar facultades al Consejo de Seguridad en la determinación del acto de agresión. Para algunos doctrinarios y Estados dicho razonamiento sería contrario al espíritu de independencia con fue creada la CPI, sin embargo, si se desea que los trabajos de la PrepCom tengan un final satisfactorio que se traduzca en la introducción de una disposición relativa al crimen de agresión en el ECPI, se deberán flexibilizar las posiciones políticas y doctrinales de carácter radical. Otorgar facultades al CS no constituye *per se* que la independencia de la CPI se vea disminuida, por el contrario, más afectado se vería el funcionamiento de la Corte por no contar, por un lado, con una definición relativa al máximo crimen contra el derecho internacional y, por otro lado, porque las grandes potencias, al no ver vistas satisfechas sus pretensiones, paralíen o abandonen las discusiones en la materia.

A final de cuentas, la política internacional es el vehículo para lograr el avance de la comunidad internacional en todos sus ámbitos, sin embargo, corresponde al derecho internacional confirmar esos avances e impedir que se retroceda. La política internacional definirá el crimen de agresión y las condiciones en que la CPI ejerza su competencia sobre el mismo, por su parte, el derecho internacional proveerá a la Corte de los instrumentos jurídicos necesarios para que la definición política pueda ser interpretada jurídicamente y, con ello, tener la posibilidad de ampliar su margen de acción y competencia sobre el crimen de agresión.

A escasos siete años de que se cumpla el plazo marcado en los artículos 121 y 123 del ECPI para que el mismo pueda ser revisado y enmendado, los resultados obtenidos por la PrepCom en la definición del crimen de agresión han sido realmente magros. Las dos posiciones dominantes en cuanto al enfoque apropiado para una definición del crimen y las condiciones para el ejercicio de competencia parecen irreconciliables. El problema se agudiza si se toma en cuenta que Estados Unidos, China, y otros países, que no ratificaron el Estatuto de Roma pero que influyen de manera determinante en los trabajos de la PrepCom, se encuentran ejerciendo una fuerte presión diplomática sobre muchos países para que, en caso de que se llegue a un acuerdo sobre el tema, se favorezca la posición del Consejo de Seguridad en la determinación del acto de agresión, es decir, para que se adopte e institucionalice la facultad preclusiva del Consejo sobre el crimen en cuestión. Asimismo, Estados Unidos ha utilizado su capacidad económica para allegarse el apoyo de un buen número países en su campaña de desprestigio contra la Corte Penal Internacional, y para que firmen acuerdos bilaterales que garanticen que sus nacionales no serán llevados ante la Corte por la comisión de alguno de los crímenes sobre los que tiene competencia.

El problema de fondo ha dejado de ser jurídico, para convertirse en una cuestión eminentemente política. La posición conciliadora de la PrepCom no es suficiente. La Comisión debe asumir una participación activa en la negociación de la definición del crimen a través de iniciativas y propuestas propias formuladas de tal manera que obligue a los Estados a avanzar en los debates en la materia.

4.2.6. Reflexiones finales.

El debate en torno a la definición del acto y crimen de agresión es un ejemplo más de que el derecho y la política internacionales no pueden ser estudiados y plenamente comprendidos de manera aislada. En 1945 las grandes potencias vencedoras de la segunda guerra mundial redactaron de manera rápida y más o menos precisa el crimen de agresión ya que sus intereses políticos y de 'justicia' así se los exigían. En 1974, aceptaron una definición del acto de agresión, ya que la misma sólo tiene un carácter declarativo y sus alcances y significado aún siguen siendo objeto de debate. Desde 1998 y hasta nuestros días, los intereses políticos de los Estados han impedido que la Corte Penal Internacional y la comunidad internacional cuenten con una definición y tipificación precisa del crimen supremo contra el derecho de gentes.

La cuestión de la agresión, hace mucho tiempo dejó de ser un debate meramente jurídico, para convertirse en una cuestión eminentemente política, que sólo avanzará en la medida en que la negociación internacional logre conciliar posturas e intereses. Sin duda alguna, en el proceso de negociación desempeñarán un papel sumamente importante la Organización de las Naciones Unidas y la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional como foros internacionales de discusión, y la participación activa, a través de propuestas y reuniones, realizadas a iniciativa propia por parte de todos aquellos Estados que se encuentran a favor de la introducción de una definición del crimen de agresión en el Estatuto de Roma.

El problema de fondo no es la definición ni las condiciones en qué ejercerá competencia la CPI, sino los intereses políticos que se encuentran de por medio. A las grandes potencias no les interesa qué tipo de definición se adopte, siempre y cuando, el Consejo de Seguridad sea el encargado de determinar la existencia de un acto de agresión. Es decir, mientras que sus nacionales no corran el riesgo de ser llevados ante la Corte. Por su parte, las potencias medianas, las cuales han sabido sacar provecho del *status quo* internacional y que por lo regular nunca tienen problemas con otros Estados, son conscientes de que una definición del crimen de agresión políticamente viable necesariamente tiene que incluir al Consejo de Seguridad. Finalmente, para los países débiles y para aquellos que se encuentran en constante enfrentamiento con las grandes potencias, la opción más viable es la adopción de una definición precisa que no pueda ser utilizada en su contra de manera arbitraria, y que no contemple la participación del Consejo de Seguridad.

Sin duda alguna, la posición más centrada es la de las potencias medias, ya que son conscientes de la realidad internacional y de los requisitos políticos que debe cubrir una definición del crimen de agresión. Por lo que respecta a las grandes potencias, entre ellas Estados Unidos y China, su actitud sólo repercute aún más en su posición y prestigio internacionales, ya que, y al igual que para la posición sostenida por las naciones débiles o en confrontación constante con las grandes potencias, la atribución de facultades al Consejo de Seguridad no repercute negativamente en el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, debido a que la determinación del Consejo es política, y como lo establece el propio Estatuto de Roma y las propuestas presentadas a la PrepCom, en nada afectará la independencia de la Corte en el ejercicio de su competencia sobre el crimen de agresión. Es decir, determine o no el Consejo de Seguridad la existencia de un acto de agresión, la determinación del crimen compete única y exclusivamente a la Corte Penal Internacional.

Mientras los Estados se concilian intereses y alcanzan acuerdos, la comunidad internacional sigue careciendo de una definición del acto y crimen de agresión, ocasionando un vacío jurídico que ha permitido que muchos Estados recurran al uso de la fuerza armada de manera arbitraria, y que sus líderes políticos y militares gocen de impunidad por sus actos.

CAPÍTULO QUINTO

EL MÉTODO DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL: LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES Y EL COMBATE A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES.

5.1. La organización de la penalización internacional: los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*.

5.1.1. Breve referencia a la experiencia de las primeras jurisdicciones penales internacionales: los Tribunales de Nuremberg y Tokio.

Aunque ya hemos hecho repetida referencia a estos dos tribunales a lo largo de los anteriores capítulos, no está de más considerar algunos aspectos no tratados en relación con su estructura y jurisdicción. Una de las características esencialmente común a los tribunales internacionales *ad hoc*, incluyendo a los actuales para la ex Yugoslavia, para Ruanda y para Sierra Leona, es precisamente su temporalidad, es decir, su tarea y jurisdicción no son permanentes; son creados para enjuiciar los delitos cometidos en un contexto determinado y con una jurisdicción limitada: *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* y *ratione loci* especiales. Éstos, se diferencian, en principio, de la Corte Penal Internacional, precisamente por el carácter permanente que ya tiene esta institución, además de que ésta podrá celebrar sesiones en otro lugar donde lo considere conveniente, esto es, la Corte podrá permanentemente ejercer sus atribuciones y desempeñar su labor de conformidad con lo dispuesto en su Estatuto en el territorio de otro Estado Parte y por acuerdo especial, en el de cualquier otro Estado no Parte.

Al hablar del primer tribunal de tipo internacional y penal, se hace referencia a Nüremberg (Tribunal Militar Internacional para los grandes criminales de guerra), instituido por las naciones aliadas, (Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, y la Rusia Soviética). El 8 de agosto de 1945 bajo el Acuerdo de Londres, una vez lograda la victoria sobre las fuerzas nacional-socialistas, comienzan una serie de procesos llevados ante este Tribunal, que son considerados los primeros de tipo internacional en la historia moderna, que persiguen y que sancionan a criminales responsables ante la justicia internacional; lo cual, siempre ha estado sujeto a discusión por el espíritu de venganza y castigo político que existió en dichos procesos, situación que no significó el demérito de su eficacia, puesto que por vez primera, la responsabilidad de los hombres que favorecieron el desencadenamiento de una guerra y provocaron sus excesos, quedó desaprobado por sanciones reales.

Sin duda, una característica del Tribunal de Nüremberg, al igual que del Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente o Tribunal de Tokio,⁴⁶⁶ es que fueron establecidos posterior a una conflagración mundial e implantados por las naciones vencedoras –las Naciones Aliadas–, lo que les ha dado una credibilidad limitada, ya que los procedimientos se llevaron a cabo en exclusiva por los países que ganaron la Segunda Guerra Mundial, además de que fueron juzgados sólo nacionales de Alemania y

⁴⁶⁶ El Tribunal de Tokio o Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente, fue establecido el 19 de enero de 1946 por once países y se basó en las decisiones y argumentos extraídos del Acuerdo de Londres. El Tribunal de Tokio fue instituido por Douglas MacArthur, comandante supremo de las Fuerzas Aliadas. Los procesos llevados ante este tribunal se sucedieron desde el 3 de mayo de 1946 hasta el 12 de noviembre de 1948. De los 28 acusados, siete fueron condenados a muerte, y los restantes, excepto dos, condenados a cadena perpetua. Se puede decir que el Estatuto del Tribunal Militar de Tokio, se fundamentó, llegando casi a ser literal, en el de Nüremberg, salvo que el del Lejano Oriente se compuso de sólo 17 artículos; además de que en Tokio participaron como Miembros del Tribunal, la India y Filipinas.

Japón. En el Acuerdo de Londres, Capítulo primero, artículo segundo, se determina la constitución, jurisdicción e inicio de funciones de un Tribunal Internacional Militar; así, el Capítulo Segundo, anexo al Acuerdo de Londres, adoptado en Berlín el 6 de octubre de 1946, prescribía el Estatuto del Tribunal Internacional Militar para el justo y expedito enjuiciamiento y castigo de los más grandes criminales de guerra del Eje Europeo. Dicho Estatuto estaba dividido en siete capítulos y 30 artículos:

- Capítulo I. Constitución del Tribunal Militar Internacional, (artículos 1º a 5º);
- Capítulo II. Jurisdicción y Principios generales, (artículos 6º a 13º);
- Capítulo III. Comité para la Investigación e Imputación de los principales criminales de guerra, (artículos 14º y 15º);
- Capítulo IV. Juicio justo para los acusados, (artículo 16º);
- Capítulo V. Facultades del tribunal y debida diligencia del proceso, (artículos 17º a 24º);
- Capítulo VI. Juicio y sentencia, (artículos 26º a 29º);
- Capítulo VII. Gastos del Tribunal, (artículo 30º).

Dentro de las peculiaridades del Tribunal Militar de Nüremberg, que bien podrían considerarse limitaciones propias de ese tiempo, al contexto de posguerra, y por qué no, al avance hasta ese momento del derecho internacional, es que dicho tribunal sólo se componía de cuatro magistrados o miembros, además de sus suplentes, por supuesto todos ellos nacionales de los cuatro Estados signatarios del Acuerdo de Londres, y por tanto del Estatuto del Tribunal de Nüremberg. El quórum requería de la presencia de la totalidad de los cuatro jueces, a la vieja usanza sumaria entendible por tratarse de un tribunal de guerra.

La Presidencia del Tribunal sería rotativa entre los cuatro Miembros, electa por éstos y con un voto a favor de no menos de tres magistrados. No obstante, se establecía que si el proceso se celebrase en algún país de donde uno de los jueces fuera nacional, éste debía fungir como presidente del tribunal. Las decisiones del juicio se darían por mayoría de votos y el del presidente del tribunal actuaría para unificar la decisión, no obstante, el fallo tendría efecto si era acordado con los votos afirmativos de al menos tres miembros del tribunal, lo cual, como puede observarse, daba oportunidad a la opinión disidente.

Al revisar el Capítulo segundo del Acuerdo de Londres, por el que se instituye el Tribunal de Nüremberg, se puede entender que de los Artículos 5º, 10º a 13º y 22º del Estatuto⁴⁶⁷, se parte para el establecimiento de los Tribunales de Tokio, y los que se establecieron en Australia y Filipinas,⁴⁶⁸ ya que en estos numerales se dispone que en caso de necesidad y en función del número de asuntos a ser procesados o sometidos, otros tribunales podrán ser establecidos, cuya creación, funciones y procedimiento, serían idénticos y estarían gobernados por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Como ya lo indicamos en el capítulo cuarto de nuestra tesis, la principal aportación del Tribunal de Nüremberg fue la institución de las tres categorías de crímenes por los que serían responsables, actuando conforme a los intereses de los países del Eje Europeo, bajo *motu proprio* o como miembros de organizaciones, los individuos que cometieron los crímenes que se determinaron

⁴⁶⁷ Documento; Agreement By The Government Of The United States Of America; The Provisional Government Of The French Republic, The Government Of The United Kingdom Of Great Britain And Northern Ireland And The Government Of The Union Of Soviet Socialist Republics For The Prosecution And Punishment Of The Major War Criminals Of The European Axis: Chapter II (Charter Of The International Military Tribunal); The Nizkor Project. (Web site: www.nizkor.org/ftp.cgi/imt/ftp.py?imt/nca).

⁴⁶⁸ “Se celebraron muchos otros juicios sobre crímenes de guerra en países que habían sido ocupados por Alemania o Japón durante la II Guerra Mundial. Además, los tribunales militares de las zonas de ocupación británica y estadounidense en Alemania juzgaron a los alemanes bajo leyes de guerra. También se celebraron numerosos procesos a oficiales militares en Filipinas y Australia por tribunales militares estadounidenses constituidos en suelo japonés. La mayor parte fueron juicios basados en alegaciones de violación de las leyes de la guerra, y no se estimaron los crímenes contra la paz ni contra la humanidad que habían constituido la parte esencial de los juicios de Nüremberg”. (Juicios por crímenes de guerra," *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2000*. © 1993-1999 Microsoft Corporation).

bajo la jurisdicción del Tribunal, según lo disponía el Artículo 6º del Capítulo segundo del Estatuto del Tribunal.

Tales crímenes comprendían:

a) *Crímenes contra la paz*: planificación, preparación, iniciación o conducción de guerras de agresión, guerras violatorias de tratados, acuerdos o garantías internacionales; o la participación en un plan común de conspiración para la realización de los delitos condenados.

b) *Crímenes de guerra*: violaciones a las leyes y costumbres de guerra, tales como las que incluyen, pero no limitado a ellas, homicidio, malos tratos, deportación para trabajos forzados o para cualquier otro propósito cometidos sobre poblaciones civiles en territorios ocupados; homicidio, maltrato de prisioneros de guerra en alta mar y asesinato de rehenes; saqueo de propiedad pública o privada; destrucción lasciva de ciudades, pueblos o villas, o devastación no justificada por supuestas exigencias de la guerra.

c) *Crímenes contra la humanidad*: asesinato, exterminación, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, previo o durante la guerra; persecución por razones políticas, raciales o religiosas en cumplimiento o relacionado con cualquiera de los crímenes bajo la jurisdicción del Tribunal, contravengan o no, las leyes nacionales del territorio donde fueron cometidos.

Situación paralela a la prescripción de tales delitos, es la importancia que cobra el que se haya hecho responsable precisamente al individuo por estos crímenes; incluso, se consideraba responsable a cualquier líder, organizador, instigador, participante o conspirador que hubiese llevado a otros a cometer dichos planes o delitos, bajo la jurisdicción del Tribunal.

Otra de las aportaciones que trajo el Tribunal de Nüremberg, fue que no procedieron las inmunidades de jefes de Estado o demás cargos oficiales, situación que no los eximía de su responsabilidad o mitigaba su castigo. También, no procedió la figura de <debida obediencia> para el caso de los subordinados, que si bien no los eximió de culpa, podía ser considerada en cuanto a la mitigación, siempre y cuando el Tribunal así considerase y fuese en favor de la justicia o por dar un juicio, más que justo, equitativo.

Además, al encontrarse a algún individuo culpable o criminal, y que formase parte de cierta organización, ésta podía ser proclive de ser declarada como organización criminal también, aunque dicha acusación podía ser apelada. Pero de igual forma, si alguna organización era encontrada autora de crímenes bajo la jurisdicción del Tribunal, las cortes nacionales, militares o las establecidas de oficio, tenían la atribución para juzgar a los miembros de esas organizaciones y la decisión de las cortes que llevaran tales casos, serían considerada *cosa juzgada* por el Tribunal. Las penas dictadas por estos tribunales nacionales, respecto de los crímenes competencia del de Nüremberg (contra la paz, de guerra o contra la humanidad), podían ser independientes o adicionales a las pronunciadas por aquél; estas cortes podían dictar sus propios procedimientos para deslindar responsabilidad individual por esos delitos, pero dichas reglas no podían ser inconsistentes con los preceptos del Estatuto *in comento*.

También el instrumento estableció el procedimiento para crear un <Comité para la investigación e imputación de los principales criminales de guerra>, (artículos 14 y 15 del Estatuto); cada país nombró un fiscal para que en este Comité, se encargasen de la investigación de los cargos y el encauzamiento de los criminales de guerra. Dicho comité, tenía a su cargo los siguientes asuntos:

- Acordar sobre un plan individualizado para cada fiscal y su personal
- Resolver la imputación final de los crímenes a ser juzgados por el tribunal
- Presentar la acusación y los documentos o pruebas a ser sometidos para tal fin
- Resguardar la acusación y los documentos probatorios que la acompañan

- Redactar y recomendar al tribunal para su aprobación, reglas de procedimiento consistentes al Estatuto del Tribunal Militar Internacional: el tribunal tenía el poder de aceptar, con o sin enmiendas, o rechazar, las reglas así recomendadas

Asimismo, y ya inmersos en el proceso, las responsabilidades de cada fiscal eran las que a continuación se enuncian:

- Investigación, reunión y presentación en el proceso, de toda la evidencia necesaria
- Proyecto de la acusación para ser aprobada por el Comité de Investigación e Imputación
- Realizar las interrogaciones previas a todos los testigos y a los acusados
- Actuar como parte acusadora ante el tribunal
- Designar representantes para realizar tantas funciones como les fueren asignadas
- Empezar y realizar distintas cuestiones que surgieran y fuese necesario para los propósitos de la preparación y conducción del proceso.

El Comité actuaba o tomaba todas sus decisiones por mayoría de votos, nombrando un presidente como fuese conveniente y bajo el principio de rotación, condicionado a que, en caso de que hubiera una división igual de votos en el caso de establecer las características de una acusación ante el tribunal o para el caso mismo de actuar en este sentido, tal decisión sería adoptada según la propuesta que fue hecha en primer término.

Para asegurar un juicio de los acusados conforme a derecho, se dispuso que la acusación debía incluir todos los detalles pormenorizados, especificando los cargos en contra, pero además, una copia de tal querrela y de todos los documentos que la incluían, que debían ser facilitados al acusado en un tiempo razonable previo al proceso. Al igual, el acusado tenía el derecho en cualquier revisión previa o durante el proceso, para hacer cualquier declaración o explicación relevante a los cargos hechos en su contra; asimismo, el procesado tenía el derecho de conducir, él mismo o a través de un abogado, su defensa, exhibir evidencias que apoyasen su alegato e interrogar a cualquier testigo presentado por la parte acusadora. Igualmente, los documentos facilitados al acusado, la revisión previa y la conducción del proceso, debían ser dispuestas en el idioma del acusado o con el apoyo de un traductor.

Por su parte, el tribunal tenía una serie de prerrogativas para la conducción del proceso, tales como citar a testigos, requerir de su testimonio o hacerles preguntas, interrogar a los acusados, solicitar de la parte acusadora la presentación de cualquier documento o evidencia material, prestar el juramento a los testigos, designar oficiales para el cumplimiento de cualquier tarea asignada, incluyendo la toma de evidencia bajo comisión, para lo cual, el Tribunal no estaba sujeto a seguir reglas técnicas para la presentación de evidencias, estableciéndose que éste adoptaría y emplearía el más amplio, expedito, no-técnico y posible procedimiento, al igual que admitiría cualquier evidencia que pudiese tener valor probatorio.⁴⁶⁹ Especial atención merece el Artículo 12 del Estatuto del Tribunal, ya que permitía el juicio en ausencia del acusado, ya fuese porque éste no hubiese sido hallado, o porque el Tribunal dispusiera, por cualquier razón y por el interés de la justicia, conducir la audiencia sin su presencia física. Se estableció que la Sede del Tribunal sería Berlín, Alemania, pero se dispuso que el primer proceso tendría lugar en Nüremberg (Nürnberg) y cualquier subsiguiente proceso sería celebrado en tantos lugares como el Tribunal decidiera (artículo 22).

El procedimiento regía el proceso ante el Tribunal Internacional Militar bajo la siguiente forma:

- a) La acusación debía ser leída en audiencia.
- b) El tribunal debía requerir al acusado se declarase <culpable> o <inocente>.
- c) La acusación se haría bajo imputación pública.

⁴⁶⁹ Artículos 17 a 21 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, (Capítulo Cinco: Facultades del tribunal y debida diligencia del proceso).

- d) El tribunal llamaría a la parte acusadora y a la defensa sobre cualquier evidencia que ellos quisieran someter; el tribunal decidiría sobre la admisibilidad de cualquier evidencia.
- e) Los testigos de la parte acusadora serían interrogados por ésta y después por la defensa. Después, se rebatían las evidencias, tanto como fuese dispuesto por el tribunal para que éstas fuesen admitidas.
- f) El tribunal podía hacer preguntas a cualquiera testigo o acusado en cualquier momento.
- g) La parte acusadora y la defensa interrogarían y podrían hacer la réplica de la interrogación (*cross examine*) a cualquier testigo o acusado que diera su testimonio.
- h) La defensa expondría sus argumentos en forma oral ante el tribunal.
- i) La parte acusadora expondría sus argumentos en forma oral ante el tribunal.
- j) Cada acusado podría declarar ante el tribunal.
- k) El tribunal otorgaría un juicio y pronunciaría una sentencia.

Una de los rasgos esenciales de los tribunales internacionales de la época, fue el alcance que tuvieron las sentencias que se dictaron. El Estatuto del Tribunal determinaba que el fallo otorgado sería razonado, definitivo y sin sujeción a revisión; pero además, las penas incluían la reclusión o cualquier otro castigo que el tribunal considerase justo, incluso la muerte.⁴⁷⁰ En adición al castigo impuesto, el Tribunal tenía el derecho de confiscar a la persona convicta cualquier propiedad, y ordenar su entrega al Consejo que se estableció para el control de Alemania, (Inglaterra, EUA, Francia y la URSS). Por lo demás, de encontrar al acusado culpable, las sentencias se llevarían de acuerdo a las disposiciones del Consejo, el cual podía en cualquier momento reducir o alterar la sentencia, pero no incrementar su severidad.

Asimismo, si el Consejo para el Control de Alemania, después de que el acusado hubiese sido convicto y sentenciado, encontrase nuevas evidencias las cuales en su opinión pudieran fundar nuevos cargos en su contra, el Consejo lo reportaría al *Comité para la Investigación de los crímenes de guerra*, para cualquier acción que ellos considerasen propia y teniendo en consideración el interés de la justicia.

Los gastos del Tribunal y de los diversos procesos, serían dispuestos por EUA, Inglaterra, la URSS y Francia, signatarios del Acuerdo de Londres, con cargo a los fondos asignados para el mantenimiento del Consejo para el Control de Alemania. Así, pese y que después se adhieron al Tribunal de Nüremberg Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Honduras, India, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia, la realidad histórica demostró que las riendas de los procesos fueron llevadas por las cuatro potencias signatarias originales, quienes concibieron, legitimaron y condujeron dicha Institución. De ahí que bien se dice que el Tribunal de Nüremberg tuvo, más bien, su base jurídica en la negociación política.⁴⁷¹ Estos procesos y sus juicios, no debe olvidarse, fueron posteriores a una guerra mundial, por lo que es imposible quitar de la escena la existencia de un ánimo de venganza, llevado al ámbito político y legitimado por la vía jurídica, por lo cual no ha podido negarse que Nüremberg y Tokio simbolizaron más la aplicación de la ley y la justicia de los vencedores que las de la comunidad de Estados; sin embargo, sus principios colaboraron a robustecer el derecho internacional y sus mecanismos.

En los procesos ante el Tribunal de Nüremberg se fijó la acusación a 24 personas. Los cargos incluyeron los crímenes y atrocidades tales como la deliberada instigación de contiendas, el exterminio de grupos raciales y religiosos, asesinatos, malos tratos, torturas y deportaciones de cientos de miles de habitantes en los territorios ocupados por Alemania en la Segunda Guerra Mundial; se tuvo en cuenta las atrocidades cometidas por la policía, se juzgó a líderes militares y civiles que formaban

⁴⁷⁰ Misma disposición se hallaba en el Art. 16 del Estatuto del Tribunal Militar de Tokio.

⁴⁷¹ Martínez Altamirano, Eduardo. El Tribunal Internacional De Nüremberg: Base jurídica. La negociación política. El Tribuna penal internacional: hacia un nuevo derecho penal internacional. (Tesis profesional), Universidad Latina de América, Morelia, Michoacán, 2000, pp. 33-36.

parte del gobierno nazi.⁴⁷² Los procesos comenzaron el 20 de noviembre de 1945 y se sometieron documentos militares y diplomáticos como pruebas acusatorias, los cuales habían llegado a manos de las potencias aliadas tras la caída del gobierno militar alemán. Las sentencias fueron dictadas a comienzos de octubre de 1946.

Conforme al Estatuto del TMI, se concluyó que <<planificar o provocar una guerra era un crimen contra los principios del Derecho Internacional>> y que se sustentan como los antecedentes del *crimen de agresión*. Para el caso de los defensores de estos criminales, se rechazaron argumentos que versaban sobre el principio de *no retroactividad de la ley*, lo cual debió ser porque dichos crímenes, aun desde entonces, han sido considerados contra toda la humanidad, imprescriptibles en el tiempo, además de que como hemos señalado, no podía dejarse de lado el ánimo de venganza política inherente a estos procesos.

Asimismo, se rechazó el principio de *obediencia debida* pues se concluyó que lo importante no era la existencia de ordenes superiores, sino que la no ejecución de las mismas, era, de hecho, moralmente posible o no.⁴⁷³ Los delitos confirmados y juzgados fueron, de entre los catalogados como *de guerra y contra la paz*: evidencia sistemática de violencia, brutalidad y terrorismo, asesinatos en campos de concentración mediante cámaras de gas, exterminio de grupos étnicos, en su mayoría judíos y gitanos, trabajos forzados e inhumanos, deportación y venta de mano de obra esclava. De los acusados, doce fueron condenados a morir ahorcados,⁴⁷⁴ siete fueron enviados a prisión por períodos desde diez años hasta cadena perpetua y tres absueltos.

Posterior a Nüremberg, se celebraron otros doce juicios bajo la autoridad de la Ley No. 10 del Consejo, que enjuiciaron los crímenes cometidos en cada una de las cuatro zonas de la Alemania ocupada; hubo 185 acusados, de entre ellos, médicos que experimentaron sobre enfermos y prisioneros en los campos de concentración; jueces que cometieron asesinatos y otros delitos encubiertos en la apariencia de un proceso legal; industriales que participaron en saqueos de los países ocupados y en el programa de mano de obra forzada. De la misma manera, fueron acusados miembros de la SS que habían dirigido los campos de concentración, administrado las leyes nazis y

⁴⁷² Fueron acusadas siete organizaciones que formaban parte del gobierno nazi: la SS, (Schutz-Staffel): escuadras de protección que se inician como guardia personal de Adolf Hitler en 1925 y que pasan a formar parte del Partido Nacional Socialista Alemán del Trabajo; esta organización estuvo encargada, desde 1941, de realizar programas de ejercicio no masivos, pero puso en marcha la denominada “solución final de la cuestión judía en Europa” (asesinato, entre marzo y julio de 1941, de más de seis millones de personas); la GESTAPO (Geheime Staatspolizei) o policía secreta; la SD (Sicherheitsdienst) o Unidad de Inteligencia y que funcionaba como servicio de seguridad de la SS; y el Alto Mando de las Fuerzas Alemanas, entre otras.

⁴⁷³ Siete de los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y en sus juicios, fueron adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su Segunda Sesión en 1950:

Principio I. Cualquier persona que cometa un acto que constituya un crimen de derecho internacional es por esta razón responsable y sujeto de castigo.

Principio II. El hecho de que el derecho internacional no imponga una pena por un acto constitutivo como crimen de derecho internacional, no releva a esa persona de su responsabilidad por la comisión de tal acto.

Principio III. El hecho de que una persona, actuando como Jefe de Estado o de Gobierno, o como oficial de un gobierno, y que haya cometido un acto constitutivo como crimen de derecho internacional, no lo releva de su responsabilidad por la comisión de tal acto.

Principio IV. El hecho de que una persona haya actuado bajo las ordenes de su gobierno o de un superior, no lo releva de su responsabilidad si este tuvo la elección moral en sus manos para no cometer actos contra el derecho internacional.

Principio V. Cualquier persona acusada de la comisión de delitos de derecho internacional tiene derecho a un juicio justo sobre los hechos y conforme a Derecho.

Principio VI. Los crímenes *contra la paz, de guerra y contra la humanidad* son sancionados por el derecho internacional, (codificación hecha en base al Artículo sexto, incisos a, b y c del Estatuto de Nüremberg).

Principio VII. La complicidad en la comisión de *crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad*, según lo dispuesto en el Principio VI, es un crimen contra el derecho internacional.

⁴⁷⁴ Los doce condenados de forma capital, fueron ejecutados el 16 de octubre de 1946

organizado el exterminio. Algunos médicos y líderes de la SS fueron condenados a muerte, 120 fueron condenados a prisión y 35 absueltos.

Como hemos afirmado anteriormente, el Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente o Tribunal de Tokio, obtuvo su esencia jurídica del de Nüremberg; pero su establecimiento estuvo a cargo del Comandante Supremo de los Poderes Aliados, General Douglas MacArthur, el 19 de enero de 1946. Por esto mismo, un rasgo esencial, es que el Tribunal de Tokio no estuvo basado en un acuerdo internacional, como fuera el caso del Acuerdo de Londres que estatuyera el Tribunal de Nüremberg, fue más bien redactado por los EUA y adoptado por una junta militar y la comandancia del General MacArthur; esto dio a los estadounidenses la posibilidad de controlar los procedimientos y asegurar que la Unión Soviética no usara al Tribunal para obtener mayor poder sobre la región y castigar excesivamente a Japón.⁴⁷⁵

Un papel a resaltar es la presencia que tuvo el Gral. MacArthur en dichos instrumentos jurídicos. El Estatuto del Tribunal de Tokio, adoptado por él, con el consentimiento de los poderes aliados, disponía que el *Comandante Supremo de los Gobiernos Aliados*, el Gral. MacArthur, convendría la formación del tribunal⁴⁷⁶ en base a los nombres dispuestos por los países signatarios, (art. 2). Asimismo, éste designaría al Presidente del Tribunal, al Secretario y al Fiscal Principal del Tribunal, quien además, debía asesorar legalmente al Comandante Supremo, (arts. 3 y 8). Es de especial mención el artículo último del Estatuto, que demuestra el control que alcanzó el Gral. sobre los resultados de los diversos procesos:

"Artículo 17. *Juicio y Revisión*. El juicio se pronunciará en sesión pública y serán expuestas las razones en las que fue basado. El expediente del juicio se transmitirá directamente al Comandante Supremo de los Gobiernos Aliados para sus ejercicios subsecuentes. La sentencia será cumplida bajo las ordenes del Comandante Supremo de los Gobiernos Aliados, quien puede en cualquier momento reducir o por otra parte alterar la sentencia, pero no aumentar su severidad".

Una ventaja procedimental, es que se respetaron las disposiciones para un "juicio justo para el acusado" establecidas en Nüremberg; lo que ciertamente, desde el tribunal europeo y mantenido en el de Tokio, permitían ver que las diversas garantías y preceptos del Tribunal, dejaban abierta la posibilidad de tener tanta evidencia como fuera posible en contra de los acusados, sin ninguna limitación técnica o temporal. En todo caso, el señalamiento de que el Tribunal de Tokio estuvo basado en el de Nüremberg, le da su principal característica: la de no haber logrado generar ningún avance sustantivo para el Derecho Internacional, sino más bien, haber generado un retroceso al haber concentrado en una sola persona, el *Comandante Supremo de los Gobiernos Aliados*, muchas de las responsabilidades vitales para el funcionamiento legítimo de dicho Tribunal. En todo caso, se castigó políticamente, a través de instrumentos jurídicos, a responsables por crímenes contra toda la humanidad: la justicia de los vencedores.

5.1.2. Experiencia general de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la Ex – Yugoslavia y para Ruanda.

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, fue creado por el Consejo de Seguridad de la ONU, en sus resoluciones 808 del 22 de febrero de 1993 y 827 del 25 de mayo de 1993, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁷⁷ y fue establecido para

⁴⁷⁵ *op.cit.* Eduardo Martínez Altamirano, pp.60-80.

⁴⁷⁶ Una diferencia entre los tribunales de Nüremberg y Tokio, es que mientras el primero estaría formado por cuatro miembros, y sus suplentes, nombrados por los cuatro países originalmente signatarios, el Tribunal de Tokio contaría con no menos de seis y no más de once miembros, pero designados por el Comandante Supremo de los Gobiernos Aliados conforme a una lista remitida por los países signatarios.

⁴⁷⁷ El Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, es el relativo a la acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de ésta o actos de agresión, el cual, en el Artículo 39 de dicho capítulo, establece que el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de

juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la anterior Yugoslavia a partir de 1991. Asimismo, el Tribunal Penal Internacional encargado de juzgar a los presuntos responsables de actos de genocidio o de otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en Ruanda, así como los ciudadanos presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994, también estuvo fundamentado jurídicamente en la Resolución 955 del Consejo de Seguridad, del 8 de noviembre de 1994.

Así, el rasgo particular en los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda, además de las semejanzas e incluso nexos institucionales existentes, aun cuando sus jurisdicciones son independientes, es el haber sido establecidos conforme a una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, lo que les ha dado una característica no libre de polémica internacional. Esto es, no se recurrió a la elaboración de sendos tratados internacionales y no se trascurrió por el proceso de adopción, firma y ratificación de la Comunidad de Estados, pues el móvil que los impulsó fue la compulsión de dar una respuesta, no precisamente inmediata, a los acontecimientos tras la desaparición de la ex Yugoslavia y el brutal genocidio cometido en Ruanda. Es por esto que, si bien los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda no devienen de alguna conflagración de tipo internacional, precisamente responden a la tendencia que ha detectado el derecho internacional humanitario y a la cual se ha ido avocando: que los conflictos bélicos actuales, llamados “conflictos nuevos”, ahora son más bien de tipo interno, con una rapidísima capacidad de internacionalización.⁴⁷⁸

Es pues, que si bien estos dos tribunales, al no resultar de una conflagración de tipo internacional y no haber sido impuestos por los vencedores a los derrotados, del modo que lo fueron Nüremberg y Tokio, si se ha cuestionado el que, aún así, hayan sido impuestos por las grandes potencias englobadas en el Consejo de Seguridad de la ONU, (China, EUA, Francia, Reino Unido y Federación de Rusia como miembros permanentes). Y se argumenta en contra que pese a sus evidentes fallas (su adolescencia de parcialidad, así como la ambigüedad en su instauración y sus instrumentos, siempre perfectibles, y la delimitaciones imprecisas de sus funciones), tienen el mérito de existir y de funcionar, además de que han sido determinantes en el camino a establecer un tribunal internacional penal de carácter permanente y dar, como nunca, validez al derecho internacional humanitario y al derecho internacional penal, y aun para el caso de conflictos internos o interétnicos.

En cuanto al procedimiento de establecimiento de esos dos Tribunales, había dos posibilidades. Si se optaba por la vía convencional, es decir, la elaboración y la concertación de un tratado o de un acuerdo, ello habría requerido mucho tiempo y el tribunal sólo habría podido funcionar después de largos plazos, es decir, demasiado tarde, ya que los procedimientos habrían sido, en gran medida, ineficaces. La urgencia exigía, pues, descartar esta alternativa y optar por la vía de decisiones unilaterales que, dado el estado de la sociedad internacional actual, pueden dimanar únicamente del

agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas —medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada o, si éstas demostraran ser inadecuadas, ejercer acciones por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres—, para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

⁴⁷⁸ Hoy se habla de “conflictos nuevos” expresión que abarca a los llamados “desestructurados” y los denominados “de identidad” o “étnicos”. Los conflictos “desestructurados”, instalados a raíz del término de la Guerra Fría, se caracterizan por el debilitamiento o la desaparición total o parcial de las estructuras estatales: los grupos armados ocupan el vacío político para hacerse con el poder; este tipo de conflictos devienen por el debilitamiento o incluso desaparición de la cadena de mando en los propios grupos armados estatales.

Los conflictos “de identidad” tienen el objetivo de excluir al otro mediante la práctica de una “limpieza étnica”, desplazando por fuerza a la población o exterminándola. Este tipo de conflicto se desarrolla a causa de una espiral de propaganda, de miedo, de violencia y de odio, en una dinámica tendiente a consolidar la noción de grupo, en detrimento de la identidad nacional existente, y a excluir cualquier posibilidad de cohabitación con otros grupos. (*op.cit.*; “¿Es aplicable el derecho humanitario en los conflictos nuevos?” en DIH: respuestas a sus preguntas... CICR, pág. 20).

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Ésta fue, por lo tanto, la solución que se eligió; las resoluciones del Consejo de Seguridad que se fundan en el capítulo VII de la Carta.⁴⁷⁹

Al igual que Nüremberg y Tokio, los tribunales penales para la ex Yugoslavia y Ruanda están limitados. El primero, para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas desde 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia y, por su parte, el segundo, para juzgar a los presuntos responsables de actos de *genocidio* o de otras graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994. De lo anterior, podemos señalar que, para el caso de la ex Yugoslavia, aún está presente la jurisdicción del tribunal, apelando a la frase: <desde 1991>, es decir, no hay una fecha que señale la disolución de dicho tribunal,⁴⁸⁰ y por otra parte, el tribunal para Ruanda, que *a priori* se limita al año de 1994.

Así, el Tribunal para Yugoslavia, en principio, tiene la competencia para “perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (...) dirigidos contra personas o bienes protegidos por los términos de las disposiciones de dicha convención”. Y por su lado, el Tribunal para Ruanda, tiene la competencia para perseguir a los individuos que hayan cometido, colaborado, incitado directa y públicamente o hubiesen apoyado tentativamente la comisión del genocidio.

Cabe resaltar la diferencia de tiempos gramaticales que utilizan dichos estatutos, lo cual, reafirma el argumento del párrafo anterior respecto de la competencia temporal disímil para estos tribunales. Esta cuestión no ha sido del todo esclarecida hasta hoy día. No obstante, las competencias de estos tribunales no se limitan a las infracciones a la Convención de Ginebra de 1949 y al delito del genocidio. En todo caso, la comparativa respecto de los aspectos sustantivos de estos tribunales, es la siguiente:

- Jurisdicción del TPIR:

Ratione Materiae: genocidio, crímenes contra la humanidad, violaciones al Artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra y al Protocolo Adicional II de 1977;⁴⁸¹

Ratione Temporis: se extiende a los crímenes cometidos entre el 1º de Enero y el 31 de diciembre de 1994;

Ratione Personae et Ratione Loci: crímenes cometidos por ruandeses en el territorio de Ruanda y en el territorio de Estados vecinos, así como por ciudadanos no-ruandeses responsables por violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en Ruanda.

- Jurisdicción del TPIY:

Ratione Materiae: infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949, violaciones a las leyes y costumbres de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad;

⁴⁷⁹ Tavernier; Paul: “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda” en *Revista Internacional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)* No. 144, CICR, Ginebra, 1 de noviembre de 1997, pp.645-653.

⁴⁸⁰ Pese a que el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia no establece una fecha restrictiva de su competencia temporal, en la Resolución 1329 del Consejo de Seguridad del 30 de noviembre del 2000, se ha pedido al Secretario General remitir al Consejo, en la manera de sus posibilidades, una apreciación y sus propuestas considerando la fecha límite o terminal para la jurisdicción temporal del tribunal.

⁴⁸¹ Tales violaciones comprenden: “a) los atentados contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, en particular el asesinato, así como los tratamientos crueles como la tortura, las mutilaciones o toda forma de castigos corporales; b) los castigos colectivos; c) la toma de rehenes; d) los actos de terrorismo; e) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratamientos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor; f) el pillaje; g) las condenas excesivas y las ejecuciones efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal constituido regularmente y provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados y, h) las amenazas de cometer los actos precitados.” (Artículo 4 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda).

Ratione Temporis: la competencia temporal se extiende al período que comienza el 1º de enero de 1991;

Ratione Personae et Ratione Loci: el tribunal tiene competencia con respecto a las personas físicas de acuerdo con las disposiciones de su Estatuto,⁴⁸² y se extiende al territorio de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, incluyendo su espacio terrestre, aéreo y aguas territoriales.

Una de las particularidades de estos dos tribunales, es su “competencia concurrente” que les da la capacidad de ser simultáneamente competentes con las jurisdicciones nacionales para juzgar a los responsables de las violaciones condenadas en sus respectivos estatutos; pero aunado a esto, los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda tienen prioridad sobre esas jurisdicciones nacionales y en cualquier momento del proceso, éstos pueden solicitar oficialmente a los tribunales nacionales, se desprendan de un asunto en su favor.⁴⁸³ Asimismo, el principio de cosa juzgada (*res iudicata* y el consecuente *non bis in idem*), está presente en ambos tribunales y prohíbe un subsiguiente juicio si ya ha sido resuelto por las jurisdicciones internacionales.⁴⁸⁴

Ambos tribunales guardan estrechos nexos, aun cuando el Estatuto del TPIY fue elaborado un año antes que el del TPIR, 1993 y 1994 respectivamente. Posteriormente a la entrada en funciones de dichos tribunales han sido modificados en cuanto a su estructura organizacional. Los estatutos en sus respectivos artículos 11 a 13 y 10 a 12, disponían su organización en base a dos cámaras de primera instancia y una cámara de segunda instancia o de apelaciones, todas atendidas por un número en total de once jueces; un procurador o fiscal y un secretario. No obstante, respecto de estas disposiciones ha habido reformas radicales.

Diversas resoluciones del Consejo de Seguridad han introducido importantes cambios respecto del número de salas y de jueces adscritos a éstas, pero con la característica de que los cambios han sido en la misma forma y trascendencia para ambas magistraturas. Para el caso del TPIY, en un primer momento, la Resolución 1166 del Consejo de Seguridad de 1998, introdujo modificaciones a los artículos 11 a 13 del Estatuto, y así, dispuso se adhiriera una sala de primera instancia, quedando dispuesto que, en adelante, se conformara el Tribunal de tres cámaras de primera instancia y una de apelaciones; al mismo tiempo, se dispuso que el número de magistrados fuera de catorce, resolviéndose que tres de éstos sirvieran en cada una de las salas de Primera Instancia y cinco jueces se dispusieran asistir a la Cámara de Segunda Instancia. No obstante, en el 2000 y según dispuso la Resolución 1329, una vez más del Consejo de Seguridad, se modificaron los artículos 12 a 14 del

⁴⁸² De especial interés resulta el Artículo 7 del Estatuto del TPIY –y su equivalente en el Artículo 6 del Estatuto del TPIR—, que señala la figura de la *responsabilidad penal individual*; la cual, se aplica a:

1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.
2. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena.
3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.
4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia”.

⁴⁸³ Artículos 9 y 8, respectivamente, del Estatuto del TPIY y del TPIR.

⁴⁸⁴ Asimismo, no cabe la posibilidad de pretender procesar a un nacional de estos Estados, por parte de las autoridades internacionales establecidas por el Consejo de Seguridad, si ya ha sido convocado ante una jurisdicción nacional, excepto si: a) El hecho por el cual ha sido juzgado estaba calificado como crimen de derecho común; b) La jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente; la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella tenía como fin sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional, o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente. Asimismo, para decidir la pena a imponer a una persona condenada por un crimen contemplado bajo las jurisdicciones internacionales, el Tribunal debe tener en cuenta la pena que dicha persona ya haya podido cumplir por el mismo hecho, y que le haya sido impuesta por una jurisdicción nacional.

Estatuto del TPIY; innovándose ahora, al disponerse que se estableciera un grupo o servicio de jueces *ad litem* y aumentar también, el número de Miembros de la Sala de Apelaciones.

Hasta ahora, la organización del TPIY ha quedado de la siguiente manera: dieciséis magistrados permanentes e independientes y un máximo de nueve jueces *ad litem*.⁴⁸⁵ Cada una de las tres cámaras de primera instancia están compuestas por tres magistrados y seis, posibles, jueces *ad litem*. Cada Cámara o Sala, a la cual sean asignadas jueces *ad litem*, podrán dividirse en secciones de tres jueces cada una, compuestas de ambos ministros (permanentemente y *ad litem*). Cada sección de la Cámara tiene los mismos poderes y responsabilidades que cualquier otra Sala del Tribunal, todas bajo lo dispuesto por el Estatuto del TPIY y sus *Reglas de procedimiento y prueba*. Asimismo, siete de los jueces permanentes deberán ser miembros de la Sala de Apelaciones. Ésta deberá, para cada interposición, tener un quórum de cinco de sus miembros.

Otra situación que muestra el cercano nexo que existe entre ambas jurisdicciones, se deriva de las reformas hechas en el año 2000 al Estatuto del TPIY en materia de elección de los jueces permanentes. El Párrafo primero del Art. 12,⁴⁸⁶ dispone que las Cámaras estarán compuestas por dieciséis magistrados; e igualmente, en el Artículo 13*bis* sobre la *Elección de los jueces permanentes*, se señala que catorce de éstos serán electos por la Asamblea General de la ONU de una lista remitida por el Consejo de Seguridad, pero además, de los dos magistrados restantes, el párrafo 4 del Artículo 14, del Estatuto del TPIY, señala que: "*Dos de los jueces electos o designados de acuerdo al Artículo 12 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, serán asignados, por el Presidente de ese Tribunal, en consulta con el Presidente del TPIY, para ser miembros de la Sala de apelaciones, así como magistrados del Tribunal*".

Sobra decir que los candidatos a formar parte del TPIY, deben ser personas de reconocida calidad moral, imparcialidad e integridad. Indispensable es que, en sus respectivos países, posean excelentes cualidades para ser nombrados en las más altas funciones judiciales; al igual, en la composición de las

⁴⁸⁵ Los jueces *ad litem* son electos por un período de cuatro años: de las candidaturas enviadas, con un máximo de cuatro, y teniendo en cuenta el equilibrio entre los sexos de los candidatos propuestos por los Estados Parte y los Estados no miembros pero que mantienen misiones y un estatus de observadores permanentes en la sede de la ONU, el Secretario General transmitirá dichas listas al Consejo de Seguridad, y éste, en base a las propuestas recibidas, formará, teniendo en cuenta un equilibrio entre los diversos sistemas legales del mundo, una lista de no menos de 54 candidatos para la elección final que será hecha en la Asamblea General, eligiendo a 27 jueces *ad litem*. Para cada proceso, serán nombrados por el Secretario General, a petición del Presidente del Tribunal, un máximo de nueve jueces *ad litem* para servir en las cámaras de Primera Instancia por uno o más procesos y por un término no mayor a tres años. Los jueces *ad litem* no tienen el derecho a ser reelectos. Durante el período en que éstos sean nombrados para servir al TPIY deberán beneficiarse en los mismos términos y condiciones de servicio *mutatis mutandis* que los magistrados; ostentar, según sus funciones, los mismos poderes que poseen los magistrados; disponer de los mismos privilegios e inmunidades, exenciones y facilidades como jueces del TPIY. Como dato alterno, cabe hacer mención al *corrigendum* del 3 de abril del 2001, que a manera de recomendaciones para su aprobación, el Comité Consultivo sobre Cuestiones Administrativas y Presupuestales de la Asamblea General de la ONU (UN Doc. A/55/806), dispuso para los términos y condiciones que los jueces *ad litem* del ICTY disfrutarán, en vista de la naturaleza temporal de su servicio:

- Los jueces *ad litem* percibirán un salario anual de US \$160,000.00.
- Los jueces *ad litem* tendrán el estatus de *dependiente del Secretario General de las Naciones Unidas*.
- Los jueces *ad litem* disfrutarán de las mismas facilidades para viajar o trasladarse, así como la dieta diaria de subsistencia que la de los magistrados del TPIY, incluyendo los viajes de oficio.
- Las posibles indemnizaciones por incapacidad para los jueces *ad litem*, están limitadas a lesiones, perjuicios o enfermedades atribuibles a su servicio al Tribunal, de acuerdo a las reglas y regulaciones de las Naciones Unidas.
- A los jueces *ad litem*, les serán concedidos privilegios por parte del gobierno de los Países Bajos y disfrutarán de completa inmunidad diplomática en el ámbito del Art. XIV del Acuerdo entre el TPIY y el país anfitrión. Los privilegios, inmunidades y facilidades, serán tantas como las concedidas a los magistrados, tales como exención del impuesto por ingresos sobre su salario y emolumentos.

⁴⁸⁶ Según las reformas dispuestas por la Resolución 1329 del 30 de noviembre del 2000 por el Consejo de Seguridad de la ONU.

cámaras, y en el caso, en las secciones de éstas, debe ser tomada en cuenta la experiencia de los jueces en derecho penal, derecho internacional, incluyendo el derecho internacional humanitario, penal y el de los derechos humanos.

Posterior a que el Secretario General haya solicitado nominaciones de los Estados-Parte y los Estados no-Miembros, pero que mantienen misiones y un estatus de observadores permanentes en la sede de la ONU, dentro de los sesenta días posteriores a haber hecho la solicitud de candidaturas, y teniendo en cuenta que los candidatos deben cubrir los requisitos expuestos arriba, los Estados podrán nominar no más de dos aspirantes, además de que éstos no deben ser de la misma nacionalidad, al igual que no deben ser de la nacionalidad de alguno de los jueces de los que ya formen la Cámara de Apelaciones o de la nacionalidad de los magistrados del Tribunal Internacional para Ruanda. Luego entonces, el Secretario General remitirá las nominaciones recibidas al Consejo de Seguridad.

De las nominaciones recibidas, el Consejo de Seguridad determinará una lista de no menos de 28 y no más de 42 candidatos, teniendo debida cuenta de una adecuada representación de los principales sistemas jurídicos del mundo. Entonces, el Presidente del Consejo de Seguridad, transmitirá la lista de candidatos al Presidente de la Asamblea General. De esta lista, la Asamblea General elegirá catorce magistrados para el TPIY, logrando dicha distinción los candidatos que reciban una mayoría de votos. En el caso de que dos candidatos de la misma nacionalidad se encuentren entre los que recibieron una mayoría de votos, el que ostente el mayor número entre éstos, será electo.

De producirse una vacante en alguna de las salas, el Secretario General designará, previa consulta a los presidentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General, a alguna persona que reúna los requisitos ya mencionados, para cubrir la vacante hasta la expiración del mandato de su predecesor. Los *jueces permanentes* serán electos para un período de cuatro años. Los términos y condiciones de servicio serán las de los magistrados que conforman la Corte Internacional de Justicia. Los magistrados son elegibles para reelegirse.

Los magistrados del TPIY elegirán a un Presidente de entre sus miembros, el cual será miembro de la Sala de Apelaciones y presidirá, aún sobre los procedimientos de ésta. Igualmente, el Presidente, previa consulta a los demás magistrados, asignará cuatro de los *jueces permanentes* electos o designados de acuerdo con el Artículo 13 *bis* del Estatuto, a la Sala de Apelaciones y nueve a las salas de Primera Instancia.⁴⁸⁷ Además, el Presidente del TPIY, previa consulta a los magistrados, asignará los jueces *ad litem*, según sea necesario. Un magistrado servirá únicamente a la Sala para la cual fue asignado; no obstante, los magistrados de cada Sala elegirán a un Magistrado Presidente de la Sala de entre sus miembros, el cual será responsable de todos los procedimientos de esa sala.

En igual proporción, pero sin considerar la figura de *jueces ad litem*, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha modificado sus artículos 10 a 12 en 1998, por virtud de la Resolución 1165 del Consejo de Seguridad, del 30 de abril de ese año, y de nuevo, en el 2000, conforme a la Resolución 1329 del 30 de noviembre, se transformaron los artículos, 11 a 13. También en 1998 se adhirió una tercer sala de Primera Instancia, además de la Sala de Apelaciones ya presente; al igual, el número de magistrados pasó de once a catorce, tres sirviendo en cada una de las salas de proceso y cinco en la Sala de Apelaciones, siendo que los Miembros de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para Yugoslavia, servirán también como miembros de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para Ruanda.⁴⁸⁸ En esta ocasión, se convocó a la elección de tres nuevos jueces para el TPIR, que serían electos simultáneamente y tendrían un período en funciones con término al 24 de mayo del 2003. No obstante, como mencionábamos, en el 2000 se hicieron nuevas reformas y el número de magistrados, también, aumentó a dieciséis, tres funcionando en cada una de las Salas de Primera Instancia y siete en la Sala de Apelaciones.

⁴⁸⁷ Así, los cuatro magistrados asignados a la Sala de Apelaciones, aunados a los nueve que sirven en Primer Instancia, los dos jueces que designa el Presidente del TPIR, además del magistrado Presidente del TPIY, suman los dieciséis magistrados de que debe disponer el Tribunal para Yugoslavia.

⁴⁸⁸ En el Estatuto original del TPIR de 1994, se disponía de dos salas de Primera Instancia y una Cámara de Apelaciones, todas, compuestas por once jueces: tres en cada Sala y cinco en la De Apelaciones.

El procedimiento de elección y los requisitos a los candidatos a Miembros del Tribunal de Ruanda, es el mismo que debe guardarse para el caso del TPIY, haciendo mención que, para ambos tribunales, a raíz de las últimas reformas, se amplió el período de treinta a sesenta días, para atender la invitación del Secretario General de la ONU para la postulación de candidatos por parte de los Estados. Sin embargo, para el caso del TPIR, el procedimiento común de elección, sólo se cumple para once de los dieciséis magistrados, ya que, como hemos señalado, los magistrados de la Sala de Apelaciones del TPIY, son los mismos que sirven al TPIR.

Igualmente, para el caso de los candidatos a Miembros del TPIR, las nacionalidades de éstos, no deben ser las mismas para dos de los postulantes y tampoco de las de los Miembros de la Sala de Apelaciones, ni de Primera Instancia del TPIY. Como hemos explicado para el caso del TPIY, la lista que presenta el Consejo de Seguridad para la elección final en la Asamblea General, en el caso del TPIR, no deben ser menor a 22 ni mayor a 33 candidatos, para así, pasar a la designación de los once magistrados del Tribunal de Ruanda, dos de los cuales, transitarán a formar parte de la Sala de Apelaciones Común a ambas jurisdicciones.

Los procedimientos para el caso de una vacante, guardan una similitud en ambos Estatutos, al igual que los términos de las condiciones de servicio, los períodos en funciones y de reelección. Asimismo el TPIR elegirá a un Presidente del Tribunal, quien en equilibrio con el TPIY, pasará a ser parte de una de las salas de primera instancia, ya que el Presidente del TPIY, conforma la Sala de Apelaciones de dicho tribunal que, como hemos señalado, es la misma que atiende a ambos tribunales. También como sabemos, el presidente de TPIR, previa consulta a los magistrados del propio Tribunal, designará a dos de los jueces electos o investidos conforme al Art. 12 del Estatuto del TPIR, a tomar parte en la Sala de Apelaciones del TPIY y designará a los ocho restantes, a las tres salas de primera instancia.⁴⁸⁹

Por lo que respecta a los normas procedimentales, y como ejemplo de uno más de los estrechos vínculos entre los dos tribunales, ambas instituciones internacionales aplican *–mutatis mutandis–* el mismo *Reglamento del Tribunal o Reglas de Procedimiento y Prueba*, las cuales fueron adoptadas, *a posteriori*, por los jueces del Tribunal de Yugoslavia y, según lo establecido en el Artículo 14 del Estatuto del TPIR, fue ampliada su jurisdicción a ese Tribunal. Estas normas, rigen la fase previa de la audiencia, la audiencia y los recursos, la recepción de pruebas, la protección de las víctimas y de testigos, y otros asuntos relativos al caso. Cabe acotar que, para el caso del TPIR, se determinó la posibilidad de poder implementar las modificaciones que se juzgase necesarias.

Así, el papel de los magistrados ha sido de vital importancia y, debido a lo estipulado por el Art. 15 del TPIY respecto de que éstos adopten el régimen que regirá los procesos, se reconoce a los magistrados de los dos tribunales un lugar preponderante en la elaboración de normas que rigen su actividad. Asimismo, han tenido a menudo, total libertad para adoptar la interpretación que les parezca más adaptada, eficaz y más útil. Derivado de esto, los magistrados han aprobado detalladas normas de procedimiento y prueba que, como argumenta Paul Tavernier, "(...)han sido acogidas como un verdadero código internacional de procedimiento penal, en las que se zanján cuestiones esenciales (...)"; dicho procedimiento, no está sometido a control alguno por parte del Consejo de Seguridad y ha sido modificado en varias ocasiones, lo que, como aclara Tavernier, puede dar la impresión de cierta improvisación.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ Con lo cual, de los once magistrados, ocho tomando parte en las salas de primera instancia, el Presidente del Tribunal concurriendo en una de éstas, dos asignados a conformar la Sala de Apelaciones del TPIY, la cual está compuesta por siete magistrados (5+2), todos estos, conforman finalmente, los dieciséis magistrados que deben formar el TPIR. Igualmente, independientemente de que el presidente del TPIY es Miembro de la Sala de Apelaciones, y que el Presidente del Tribunal de Ruanda forma parte en una de las salas de primera instancia, cada sala de ambos tribunales puede nombrar a un Magistrado-Presidente de la Sala.

⁴⁹⁰ Las Normas de Procedimiento y Prueba, adoptadas el 11 de febrero de 1994, han sido modificadas en 21 ocasiones. Para la consulta de las Reglas de procedimiento y prueba del TPIY, se sugiere visitar el siguiente sitio en Internet: <http://www.un.org/icty/basic.htm>

Un elemento más en común a los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda, es que comparten el mismo Fiscal o Procurador, quien, está dispuesto para ser responsable de la instrucción de los expedientes y del ejercicio de la acusación de los autores de violaciones que persiguen ambas instituciones. Es de resaltar la gran autonomía que ostenta dicha autoridad. El Fiscal, se constituye como un órgano autónomo a los dos tribunales, es decir, actúa con total independencia: *no solicita ni recibe instrucciones de ningún gobierno, ni de ninguna otra fuente*. Además, la actividad del Fiscal consiste en abrir un expediente de oficio o en base a los testimonios e informes obtenidos de todo tipo de fuente, especialmente los gobiernos, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales. El fiscal evalúa los informes recibidos u obtenidos y se pronuncia sobre la oportunidad o no, de iniciar las diligencias.

De la misma forma, el Fiscal está habilitado para interrogar a los sospechosos, las víctimas y los testigos, reunir pruebas y a conducir investigaciones *in situ*. En la ejecución de sus actividades, el Fiscal puede, de ser necesario, solicitar el concurso de las autoridades del Estado concernido.⁴⁹¹ Si se llega a decidir que se ha encontrado presunciones de delito que dan lugar a la apertura de diligencias, el Fiscal incluirá un *acta de acusación* en la cual expone brevemente los hechos y el crimen o los crímenes con los cuales el acusado es responsable bajo la jurisdicción del tribunal de que se trate (TPIY/TPIR). El acta de acusación es transmitida a un juez de alguna de las Salas de Primera Instancia. El fiscal es nombrado por el Consejo de Seguridad, lo que en alguna forma cuestiona su "absoluta independencia", aunque para comprobarlo tendría que remitirnos a la supervisión de su actuación. Lo cierto es que quien ostente este cargo debe tener reconocida calidad moral, gran capacidad y sólida experiencia en la instrucción de asuntos criminales, así como sus diligencias. Su mandato es de cuatro años, y es reelegible. Cabe aclarar que sus condiciones de empleo son las mismas que las de un secretario general adjunto de la ONU. El Fiscal dispone de su oficina y su personal, éstos son nombrados por el Secretario General a recomendación del Fiscal.

De forma especial, para el caso del TPIR, aunque también sucede en el TPIY, se ha dispuesto que se cuente con personal suplementario, entre los cuales hay un Procurador Adjunto, quien es nombrado por el Secretario General de la ONU a propuesta del Fiscal.⁴⁹² Por disposición estatutaria, las funciones del Secretario, composición de su oficina, el personal y el nombramiento del mismo, en ambas disposiciones del TPIY y el TPIR, son las mismas. La diferencia viene dada, obviamente, por la distinta persona seleccionada y por la actividad propia a cada tribunal.

Ahora bien, pasemos a mencionar las disposiciones del proceso propiamente dicho. Previa a que se de la "apertura y conducción del proceso", existe el denominado <examen de la acusación>. Este razonamiento, que es realizado por uno de los jueces de una de las salas de primera instancia, que actúa como "receptor del Acta de acusación" para su análisis y, si estima que el fiscal ha establecido que a la vista de las presunciones, hay motivos para iniciar las diligencias, se confirmará el acta o no.

⁴⁹¹ Como lo estipulan los artículos 18 del Estatuto del TPIY y 19 del de Ruanda, en caso de interrogar a un sospechoso, éste tiene derecho a asistirse por el consejo del abogado de su elección, incluyendo el derecho a tener asistencia legal, asignada a él sin ningún coste en el caso de que no cuente con los medios suficientes para pagar por ellos, así como la traducción necesaria a la lengua nativa que el sospechosos habla y comprende.

⁴⁹² El Fiscal actualmente en funciones es la Señora Carla Del Ponte, de nacionalidad helvética. Ella, fue designada por el Consejo de Seguridad el 11 de agosto de 1999. La oficina dispuesta para el Fiscal por parte del TPIR, se encuentra en Kigali, capital de la República Rwandés –lo que no debe confundirse con la sede del Tribunal Internacional para Ruanda, que se localiza en Arusha, Tanzania. La oficina del Fiscal, en el caso del TPIR es dirigida suplementariamente por el *Fiscal Adjunto*, Sr. Bernard Acho Muna, de nacionalidad camerunés. La Oficina del Fiscal está dividida en dos secciones: Una de investigación, que está a su vez subdividida en equipos responsables por la recopilación de evidencia que implique a individuos que hayan cometido crímenes en Ruanda en 1994 y que sean de la jurisdicción del Tribunal. La otra sección es de causa o acusación. Ésta, está compuesta por Abogados ante el proceso, que actúan como la parte acusadora, responsables tanto del expediente de la imputación, como del proceso para todos los casos. Pero, por separado a las dos secciones, existe una Unidad de Información y Prueba (Information and Evidence Unit), que entera directamente al *Fiscal Adjunto*. No obstante, la Fiscal Del Ponte, también cuenta con un Fiscal Adjunto, Sr. Graham Blewitt, de nacionalidad australiana y en funciones desde febrero 15 de 1994, para coadyuvar en las funciones de la fiscalía del TPIY.

De darse la calificación, dicho juez, a solicitud del Fiscal –la única parte acusadora reconocida formalmente por ambos tribunales—, emite los autos y el mandato de arresto o de detención, para que le lleven o le remitan al o los implicados, y todos los demás autos necesarios para pasar a la apertura y conducción del proceso.⁴⁹³

Ante la apertura de un proceso, la Sala de Primera Instancia que lleva el caso, debe ocuparse de que éste sea imparcial y expedito, y que la instancia se desarrolle de acuerdo con las Reglas de procedimiento y prueba, que los derechos del acusado sean plenamente respetados y que la protección de las víctimas y los testigos estén garantizadas. Toda persona indiciada, y que se encuentre en custodia como consecuencia de una ordenanza o un mandato de arresto emitido por el Tribunal Internacional de que se trate, debe ser informada inmediatamente de los cargos en su contra y ser transferida a la *unidad de detención* del Tribunal.

Posteriormente, la Sala de Primera Instancia encargada del caso, dará lectura del Acta de acusación, se asegurará que los derechos del acusado sean respetados, confirmará que el acusado ha comprendido el contenido del Acta y le instruirá a que manifieste sus alegatos. La Sala fija entonces la fecha del proceso. Una vez en la audiencia, éstas serán públicas, a menos que en la Sala se decida realizarlas a puerta cerrada de acuerdo con sus reglas de procedimiento y prueba.⁴⁹⁴

De igual manera, en ambos estatutos se preceptúan los mismos cuatro derechos básicos del acusado:

- 1.- Todas las personas serán iguales ante el Tribunal
- 2.- Toda persona contra la cual se efectúen acusaciones, tiene derecho a que su causa sea atendida imparcial y públicamente, con la reserva de la protección que dispondrán las reglas de procedimiento y prueba, que señalan deben darse medidas de salvaguarda a las víctimas y testigos que comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de la identidad de las víctimas.
- 3.- Toda persona indiciada es presumida inocente hasta que se establezca su culpabilidad de acuerdo con las disposiciones del Estatuto
- 4.- Toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del Estatuto, tiene derecho, en uso del principio de igualdad de, al menos, las siguientes garantías:
 - a) Ser informada, en el más breve plazo posible, en una lengua que comprenda y de forma detallada, de la naturaleza y los motivos de la acusación en su contra.
 - b) Disponer del tiempo y las facilidades necesarios para la preparación de su defensa, y de comunicarse con el abogado de su elección.
 - c) Ser juzgado sin indebida demora.
 - d) Estar presente en su proceso y defenderse en su propia persona o tener la asistencia de un abogado de su elección, ser informado de su derecho a tener consejo legal y, cada vez que el interés de la justicia lo exija, tener un defensor de oficio, sin cargo alguno si no tiene medios para pagarlo.

⁴⁹³ Un factor que no ha estado libre de polémica, es el relativo a la ausencia de proceso por “contumacia”. El debate ha enfrentado a los defensores del *common law* y del *civil law*. Los primeros, que defienden el proceso de tipo acusatorio, característico de los países anglosajones y quienes reclaman un proceso equitativo (*fair trial, due process of law*), que se niegan a que un proceso tenga lugar sin estar presente el acusado y, por su parte, los partidarios el *civil law*, que postulan un procedimiento de tipo acusatorio y cuya tesis se reflejó en la adopción del Artículo 61 de las reglas de procedimiento y prueba comunes a ambos tribunales. No obstante y que diversos especialistas consideran a este artículo *una especie de híbrido, de monstruo jurídico y un sucedáneo que a nadie satisface*, también reconocen su eficacia ya que ha dado pruebas de utilidad práctica, como son los casos de Dragan Nikolic; Milan Martić; Mile Mrksić; Mlado Radic y Vasilin Sljivancanin, además de que recientemente se ha utilizado este mecanismo en el “Caso de Milosevic y otros”. Por ejemplo, Paul Tavernier menciona que cualesquiera que sean los defectos y la índole limitada de estas disposiciones, este procedimiento ha dado pruebas de utilidad práctica y permite mantener e incluso aumentar la presión sobre los acusados, con la eventual ayuda del Consejo de Seguridad, en espera de que determinada situación política evolucione y permita el arresto de los criminales, convirtiendo a los acusados en “parias de la Tierra”, y al mismo tiempo, zanjando la cuestión de la impunidad.

⁴⁹⁴ Artículos 20 del Estatuto del TPIY y 19 del TPIR, respectivamente.

- e) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, obtener, en las mismas condiciones, su comparecencia y el interrogatorio de éstos.
- f) Hacerse asistir gratuitamente por un interprete si no comprende la lengua en que se lleve la audiencia.
- g) No ser forzado a dar testimonio en su contra o declararse culpable.⁴⁹⁵

La Sala se pronunciará con una sentencia, impondrá penas⁴⁹⁶ y sanciones contra los culpables de graves violaciones ante el derecho internacional humanitario. La sentencia será leída en audiencia pública por la mayoría de los jueces de la Sala, será motivada, entregando los diversos razonamiento por escrito y existe la posibilidad de adjuntar opiniones individuales o disidentes.⁴⁹⁷

Ante la imposición de una pena, para los dos tribunales, cabe el recurso de la apelación, conociendo de ésta, la Sala de apelaciones a petición sólo de la persona(s) condenada(s) por alguna sala de primera instancia, o por el Fiscal, y sólo bajo los siguientes supuestos: a) que se presuma error en una cuestión de derecho invalidando la decisión, b) un error de hecho que haya ocasionado un <error judicial> o negación de justicia, *-miscarriage*. En dado caso, la Sala de Apelaciones puede confirmar, anular o modificar las decisiones de la Sala de Primera Instancia. Asimismo, si se descubre un nuevo hecho desconocido en el momento del proceso en primera instancia o en apelación, y que podría haber sido un elemento decisivo en la decisión, el procesado o el Fiscal, pueden presentar al Tribunal una demanda de revisión de la sentencia.⁴⁹⁸

Hay que resaltar, que es reconocido un principio de existencia de la posibilidad de readaptación del sentenciado, lo cual sería algo que causaría suma controversia dada la gravedad de los delitos por los que son juzgados estos criminales; pero aún así, existe la oportunidad de que el sentenciado pueda beneficiarse de un indulto o una conmutación de pena en virtud de las leyes del Estado en la cual esté recluido. Dicha decisión deberá ser comunicada al tribunal en cuestión, quien resolverá en comunión de los magistrados y el presidente del tribunal, según los intereses de la justicia y sobre la base de los principios generales de derecho.⁴⁹⁹

Por el carácter internacional de ambos tribunales, el origen de donde dimana su poder y jurisdicción, el Consejo de Seguridad de la ONU que lo ha establecido y la Asamblea General que participa en la nominación y elección de los jueces, todos los miembros de la Organización, deben colaborar con los tribunales en la búsqueda y en los juicios de aquellas personas acusadas de haber cometido graves violaciones al derecho internacional humanitario. Los Estados deben responder sin demora a toda demanda de asistencia u orden que dimane de una sala de primera instancia y que implique, pero sin limitarse a ello: la identificación y búsqueda de personas, la reunión de testimonios y la obtención de pruebas, la expedición de documentos, el arresto o la detención de personas y el traslado o la convocatoria del acusado ante el tribunal en cuestión.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ Artículos 21 del Estatuto del TPIY y 20 del TPIR, respectivamente.

⁴⁹⁶ Según lo establecen los artículos 24 del Estatuto del TPIY y 23 del TPIR, las penas sólo comprenden el encarcelamiento, impuesto por alguna de las salas de primera instancia, recurriendo a la práctica general con respecto a las penas de prisión de ambos tribunales. Para lo cual, se deben tener en cuenta factores como la gravedad de la infracción y las circunstancias individuales del sentenciado; pero además, se puede imponer la restitución a sus propietarios legítimos de todos los bienes y recursos que les hayan sido arrebatados por medios ilícitos, incluyendo la coerción. Cabe señalar que la ejecución de la pena de reclusión puede ser llevada, para el caso del TPIR en mismo Ruanda, o también, para ambos tribunales, en cualquier otro Estado designado sobre una lista de naciones que hayan hecho saber al Consejo de Seguridad de la ONU, que están dispuestos a recibir a los condenados: la condiciones de prisión estarán sometidas a las reglas nacionales del Estado concernido, bajo el control de cada tribunal internacional.

⁴⁹⁷ Artículos 23 del Estatuto del TPIY y 22 del TPIR, respectivamente.

⁴⁹⁸ Artículos 26 del Estatuto del TPIY y 25 del TPIR, respectivamente.

⁴⁹⁹ Artículos 28 del Estatuto del TPIY y 27 del TPIR, respectivamente.

⁵⁰⁰ En el caso del TPIY, 11 acusados han sido arrestados por policías nacionales, 16 se han entregado voluntariamente y 21 han sido arrestados por fuerzas internacionales, todos han sido transferidos ante el Tribunal. Por otra parte, según dispone el Artículo 7bis de las Reglas de procedimiento y prueba del TPIR, en el caso que un Estado se negara a cooperar con el Tribunal, será sujeto a ser reportado, por el presidente del ICTR,

Con respecto al estatus, privilegios e inmunidades para ambos tribunales, se dispone que la *Convención sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas* del 13 de febrero de 1946, es aplicada al tribunal, los magistrados, el Fiscal y su personal, al igual que el Secretario y su equipo: los magistrados, el Fiscal y el Secretario gozan de los privilegios e inmunidades, de las exenciones y facilidades acordadas para los agentes diplomáticos de acuerdo con el derecho internacional.

Asimismo, el equipo del Fiscal y del Secretario, gozan de las garantías para las funcionarios de las Naciones Unidas que otorgan los artículos V y VII de la Convención de 1946. Las demás personas, incluidos los indiciados, cuya presencia es requerida ante los tribunales internacionales, se beneficiarán del tratamiento necesario para asegurar el buen funcionamiento del tribunal en cuestión.

Los gastos de ambos tribunales son repercutidos sobre el presupuesto ordinario de la ONU, de acuerdo con el Art. 17 de la Carta.⁵⁰¹ Mientras que las lenguas de trabajo, son el inglés y el francés. No debe pasarse por alto el que los artículos últimos de ambos estatutos mencionan que el Presidente de cada tribunal debe presentar anualmente un informe al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General. Sobre este aspecto, nos fue difícil acceder a información de actualidad en ambos casos. En el sitio electrónico del Tribunal de Yugoslavia, el informe más reciente corresponde al año de 1999 y en el sitio del Tribunal de Ruanda, no se localizó información alguna al respecto.

Pasemos ahora a revisar otros aspectos de la importancia de ambos tribunales, que tienen la virtud de sancionar los crímenes contra el derecho internacional humanitario, al organizarse como instrumentos represores de las infracciones graves a los derechos humanos fundamentales que forman parte del derecho internacional penal. Se trata de verdaderos instrumentos ejecutores de la sanción internacional, a pesar de las limitaciones derivadas de su propia naturaleza especializada o *ad hoc*. Tenemos así que, pese a que ha sido cuestionada su implantación, la cooperación por parte de los Estados no ha sido denegada; como hemos mencionado, para el caso del TPIY, su personal supera las mil personas, concretamente 1120 colaboradores y miembros del Tribunal, de más de 75 nacionalidades. Caso similar el del TPIR, que cuenta con un staff de más de 700 personas de más de 85 nacionalidades.

ante el Consejo de Seguridad. Sin necesidad de esto, la cooperación con el TPIR ha ido incrementando progresivamente: de las personas que fueron detenidas y enviadas a la Unidad de Detención en Arusha, nueve personas fueron arrestadas en Camerún, doce en Kenia, dos en Bélgica, Benin, Costa de Marfil, Namibia, Togo y Zambia respectivamente y una en Burkina Faso, Malí, Sudáfrica, Suiza y los EUA respectivamente.

Al igual, la cooperación internacional con respecto a los testigos ha sido esencial: muchos de los testigos no tienen un estado migratorio legal, válido o con documentación, incluso en sus países de residencia, a menudo países a los que ellos habían huido como refugiados. El desafío ha sido encontrar una manera de trasladarlos a Arusha, donde den su testimonio en los procesos y se les devuelva a los países que los han recibido. Varios países han colaborado con esta cuestión, incluyendo Bélgica, la República Centroafricana, El Congo (Brazzaville), Francia, los Países Bajos, Kenya, Senegal y Zambia. Estos países ayudaron a que el TPIR superara este obstáculo a través del otorgamiento de documentos de viaje especiales en cooperación con el Tribunal. Diversos gobiernos también han mostrado intención de cooperar con el cumplimiento de las sentencias. El 12 de febrero de 1999, el Secretario del Tribunal y el Gobierno de Malí firmaron un acuerdo de cumplimiento de las sentencias del Tribunal. Esto lo convirtió en el primer país de la lista de naciones que hicieron saber al Consejo de Seguridad de la ONU que están dispuestos a recibir a los condenados en Malí. La República de Benin fue el segundo país en firmar semejante acuerdo el 26 de agosto de 1999. El Reino de Swazilandia fue el tercer país, firmándose el acuerdo el 30 de agosto del 2000. Bélgica, Dinamarca, Noruega y algunos otros países africanos también han manifestado voluntad para cooperar en la reclusión de personas sentenciadas por el Tribunal, aunque han dispuesto ciertas condiciones. Las negociaciones han continuado entre el Tribunal y varios países en esta materia. También, tal es el caso de Noruega, que actualmente tiene a *Drazen Erdemovic*, sentenciado a 5 años en reclusión por el TPIY o Alemania, donde se encuentra en prisión a *Dusko Tadic* por veinte años, además de Finlandia.

⁵⁰¹ Para el caso del TPIY, el presupuesto a lo largo de los nueve años en funciones, ha pasado de iniciar en 1993 con una asignación anual de \$276,000.00 dólares americanos, a \$96'443,900.00 millones de dólares para el año del 2001. Presupuesto similar al que ha sido asignado al TPIR que es de alrededor de cien millones de dólares, sin dejar de mencionar que, a finales de 1998, las contribuciones económicas al Fondo del Fideicomiso Voluntario de Apoyo a las Actividades del Tribunal de Ruanda, sumaron \$7'571,998 dólares.

Al mes de noviembre de 2002, de las 75 acusaciones que han sido hasta ésta fecha liberadas sobre criminales responsables ante el TPIY, 46 acusados ya se encuentran bajo custodia en la Unidad de Detención del TPIY, dos han sido provisionalmente liberados (*Simo Zaric* y *Miroslav Tadic*, liberados el 19 de abril del 2000) y, 27 están actualmente siendo buscados. Al mismo tiempo, 48 acusados se encuentran bajo proceso: dos se encuentran en la etapa preliminar o previa, tres esperan por sentencia, seis por juicio y sentencia, tres están en pleno proceso, doce han interpuesto apelación, uno espera ser transferido a algún Estado para cumplir su sentencia y, *Stevan Todorovic*, quien el 31 de julio del 2001 fue sentenciado a 10 años de prisión.

Del total de los imputados ante el TPIY, 42 han sido acusados por violaciones ante las Convenciones de Ginebra de 1949, pero también, 76 han sido acusados por violaciones a las leyes y costumbres de guerra, 13 por haber cometido o estar implicados en el crimen de *genocidio*, 66 por crímenes contra la humanidad y 20 por crímenes de tipo sexual; lo que sugiere, que los presuntos responsables presentados ante el TPIY, han sido implicados por más de uno de los crímenes que sancionan los artículos 2, 3, 4 y 5 del Estatuto.

Por su parte, *Zejnir Delalic* fue encontrado inocente de once cargos contra las convenciones de Ginebra y violaciones a las leyes de guerra, siendo declarado libre de culpa por la Segunda Cámara de Primera instancia el 16 de noviembre de 1998 e inmediatamente puesto en libertad. No obstante, pese a que la fiscalía interpuso apelación a la sentencia, el 20 de febrero del 2001, la Sala de apelaciones confirmó la inocencia de *Delalic*. Asimismo, *Dragan Papic*, igualmente fue encontrado no culpable de cargo alguno por crímenes contra la humanidad, siendo juzgado por la misma Sala II de Primera Instancia, puesto en libertad de inmediato y no habiéndose interpuesto apelación alguna.

Aunado estos dos casos de inocencia encontrada o declarada en proceso, los cargos que pesaban sobre *Marinko Katava*, *Ivan Santic* y *Pero Skopljak*, fueron retirados y puestos en libertad inmediatamente el 19 de diciembre de 1997. El asunto de *Milan Kovacevic*, fue declarado concluido por haber ocurrido la muerte natural del indiciado en la Unidad de Detención el 1º de agosto de 1998; al igual, ocurrió con *Dorde Dukic*, quien fue provisionalmente liberado por cuestiones de salud el 24 de abril de 1996, ocurriendo su muerte el 18 de mayo de ese año. Por otra parte, la situación de *Slavko Dokmanovic* fue concluida al ocurrir el suicidio de éste mientras se encontraba en la Unidad de Detención el 1º de agosto de 1998.

De los procesos que realmente siguieron hasta un curso final, *Drazen Erdemovic* fue sentenciado a cinco años en prisión el 5 de marzo de 1998 por un crimen confirmado en su contra de violación a las leyes y costumbres de guerra y por el cual había sido inculcado desde el 14 de enero del mismo año, siendo que en el mes de agosto siguiente inmediato, fue transferido a Noruega para cumplir su pena.

Dusko Tadic, fue encontrado responsable de responsabilidad penal individual por cinco crímenes a las leyes y costumbres de guerra y seis crímenes contra la humanidad; juzgado por la Segunda Sala de primera instancia, fue sentenciado a veinte años de prisión el 14 de julio de 1997 que, pese a haber pasado por procesos de apelación, fue confirmado el fallo el 31 de octubre del 2000 y Tadic fue transferido a Alemania para cumplir su pena.⁵⁰²

⁵⁰² *Dusko Tadic*, el 14 de julio de 1997, tras haber sido declarado culpable y sentenciado a prisión por veinte años, el Fiscal y la defensa interpusieron apelaciones. No obstante, el 15 de julio de 1999, la Sala de apelaciones encontró adicionalmente culpable de responsabilidad penal individual por nueve cargos “extra” que incluían siete cargos de violaciones derivadas de las Convenciones de Ginebra, uno más de violaciones a las leyes de guerra y uno contra la humanidad; por lo cual, el caso fue devuelto a las salas de primera instancia. El 11 de noviembre de 1999, Tadic fue, nuevamente, sentenciado, ahora por veinticinco años de prisión, interponiéndose de nuevo una apelación por la parte defensora ese mismo mes ante lo cual, analizando ambas sentencias de 1997 y 1999, la Sala de apelaciones el 26 de enero del 2000, tomó la decisión final de condenar a Tadic a un máximo de veinte años de prisión.

Igualmente, en el caso de *Zlatko Aleksovski*, en un inicio fue condenado a dos años y seis meses de prisión, encontrándosele responsable de forma individual y como autoridad superior pero, ya que había estado retenido en la Unidad de Detención por dos años y casi once meses, fue puesto en libertad de inmediato. Ante esto, la fiscalía interpelló y el 9 de febrero del 2000 ordenó la nueva detención de Aleksovki, recibéndose la apelación del Fiscal y rechazándose la que había interpuesto la defensoría contra el proceso y el juicio; la Sala de apelaciones resolvió modificar la sentencia y el 24 de marzo del 2000 incrementó la pena final a siete años de prisión, siendo que el 22 de septiembre de ese año, fue transferido a Finlandia para cumplir con lo dispuesto por el TPIY.

Anto Furundzija, fue encontrado culpable por crímenes de guerra y sentenciado a diez años de prisión por la Segunda Sala de Primera Instancia el 10 de diciembre de 1998 y, pese a que la defensa apeló, fue confirmado el fallo el 22 de septiembre del 2000, siendo transferido a Finlandia para cumplir su pena. Por su parte, *Goran Jelusic*, quien fue liberado de cargos por genocidio el 19 de octubre de 1999, fue sentenciado a 40 años de prisión el 14 de diciembre de ese mismo año por 31 cargos por crímenes contra la humanidad y violaciones a las leyes y costumbres de guerra por los que había sido inculcado desde 1998 y, aunque se interpuso apelación, el 5 de julio del 2001 fue confirmada la sentencia.⁵⁰³

Un último caso que llama la atención es el de *Biljana Plavsic*, mujer de 72 años, ex presidenta de la República Servia de Bosnia y quien en algún tiempo fue conocida como la *dama de hierro* de Bosnia. Fue condenada a principios de 2003 a 11 años de prisión –que compurga en Finlandia– al ser declarada culpable de crímenes contra la humanidad (<limpieza étnica>, tortura, etc.) cometidos entre 1992 y 1995. Durante la guerra de los Balcanes la bióloga y catedrática de la Universidad de Sarajevo decía que todos los musulmanes bosnios eran <genéticamente deformes>. Aunque reconoció arrepentimiento, el juez británico del TPIY señaló que las acciones de Plavsic <<fueron crímenes gravísimos que ningún dictamen puede llegar a reflejar>>.

Para los casos tratados por el Tribunal para Ruanda, según la información de que disponemos, más de 230 testigos han sido presentadas por ambas partes, Fiscalía y Defensoría, en los respectivos procesos, además de que más de 40 inculcados han sido detenidos y enviados a la Unidad de Detención del TPIR, de los cuales, se han concluido los procesos del ex Primer Ministro, *Jean Kambanda*, además de *Jean-Paul Akayesu* y otros líderes militares y políticos. Cabe señalar que Kambanda, ha sido el primer Jefe de Gobierno que ha sido convicto por los crímenes jurisdicción del Tribunal, además de que ha sido sentenciado *de por vida* a la reclusión. Al mismo tiempo, cabe señalar que los *procesos de Akayesu y Kambanda*, fueron *los primeros en la historia en sancionar el crimen de genocidio como tal, por un tribunal internacional*.

El TPIR ha sido pionero en proporcionar orientación jurídica a las víctimas, indemnizar jurídicamente a través de tribunales internacionales, según se instituyó en ambos estatutos, al mismo tiempo que en ofrecer ayuda legal a los testigos por la fiscalía, incorporando la prestación de servicios de tipo psicológico y médico.

Aun cuando no se disponga con facilidad de información pormenorizada sobre la operación del TPIR, los avances saltan a la vista. Se ha constituido en un paliativo a la violencia interétnica, y ha creado un efecto de disuasión a los líderes políticos y militares quienes sienten que pueden ser llevados ante una autoridad que será de tipo internacional, imparcial y sobre todo, que enfrentarán decisiones donde no podrán ejercer poder político alguno, y que en base a la cooperación internacional, no habrá lugar alguno para la impunidad, o Estado donde tarde o temprano no puedan ser detenidos.

El avance de la actividad del TPIR ha sido un punto de partida hacia la cooperación internacional política, jurídica, judicial y hasta económica y militar para el cumplimiento y el respeto a la justicia y

⁵⁰³ Mención especial merece el “*Caso Milosevic y otros*”. Baste resaltar que hasta la fecha, Milosevic ha desconocido la autoridad del TPIY, argumentando que éste fue impuesto por la OTAN a quien acusa de haber invadido su país, declarando además que las acusaciones que pesan sobre él son “políticamente motivadas” y ha negado la asistencia jurídica que le ha ofrecido el Tribunal de la Haya.

las normas del derecho internacional penal, que han resurgido y se desarrollan de forma pionera en el Continente negro que, históricamente, se había caracterizado por una escasa participación en instrumentos del derecho internacional general clásico.

Para finalizar esta exposición, convendría mencionar las nacionalidades de los jueces de ambos tribunales, pues es casi seguro que sus nombres serán invocados –como fue– por sus gobiernos y propuestos para formar parte de la judicatura de la flamante Corte Penal Internacional, más aún si se toma en consideración que estas personas ya cuentan con liderazgo, experiencia, conocimiento y capacidad necesarios para cumplir con creces tan alta encomienda.

En el caso del TPIY, el Presidente del Tribunal es de nacionalidad Francesa, Claude Jorda, la Vicepresidente, Florence Ndepele Mwachande, proviene de Zambia, los presidentes de las tres salas de primera instancia, David Anthony Hunt, Richard George May y Almiro Simoes, son de procedencia australiana, inglesa y portuguesa, respectivamente. Los demás magistrados, provienen de Malasia, Egipto, Guyana, Colombia, Marruecos, Jamaica, EUA, Italia y China.

En el TPIR, la presidencia la ostenta el sudafricano Navanethem Pillay, el Vicepresidente es el noruego Eric Mose, los presidentes de las dos restantes salas, Laiti Kama y Lloyd G. Williams, son un senegalés y el último, proviene de Saint Kitts and Nevis Island (Isla de San Cristóbal y Nevis). Los demás magistrados, vienen de Sri Lanka, la República Unida de Tanzania, Turquía, la Federación Rusa, Eslovenia, además de los que conforman la Sala de apelaciones del TPIY.

5.1.3. Comparación de las bases legales de los diferentes tribunales y la Corte Penal Internacional.

Sin pretender adelantarnos al análisis detallado que haremos de la Corte Penal Internacional en la última parte del presente Capítulo, consideramos prudente exponer algunos criterios comparativos entre lo que dispone el Estatuto de Roma y las bases legales de los diferentes tribunales penales que le han antecedido en el tiempo y el espacio.

Tenemos así que al mes de noviembre de 2002, ha venido funcionando una Comisión Preparatoria, que al frente de diversos y bien estructurados grupos de trabajo que han generado instrumentos internacionales para la CPI sobre reglas de procedimiento y prueba, elementos de los crímenes, toda una reglamentación sobre privilegios e inmunidades, cuestiones financieras, principios básicos para el órgano donde participarán los Estados-partes, a través de una Asamblea, un acuerdo de relación con las Naciones Unidas, los principios básicos sobre el acuerdo entre la CPI y el país anfitrión y hasta se han tenido avances sobre la posible inclusión del *crimen de agresión* y, desde agosto del 2001, también se cuenta con un proyecto de presupuesto para el primer ejercicio financiero.⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ Una vez aprobado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de la CPI, decidió instaurar una Comisión Preparatoria a través de la Resolución F, anexa al Acta Final de la Conferencia. La Comisión Preparatoria se estableció por la Asamblea General de Naciones Unidas, por recomendación de la Conferencia de Plenipotenciarios, con el objetivo de elaborar proyectos de medidas prácticas para el establecimiento de la Corte y para que ésta entre en funciones; en particular, la Comisión fue encargada de generar los siguientes ocho proyectos de reglamentación procedimental y normatividad de funcionamiento interno: a) Reglas de procedimiento y Prueba, b) Elementos del crimen, c) un acuerdo de relación entre la Corte y las Naciones Unidas, d) los principios básicos del acuerdo relativo a la sede que han de negociar la Corte y el país anfitrión, e) el reglamento financiero y la reglamentación financiera detallada, f) un acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte, g) un presupuesto para el primer ejercicio financiero y, h) el reglamento de la Asamblea de Estados Partes. El día 8 de agosto del 2001, con la presentación del “Proyecto de presupuesto para el primer ejercicio financiero de la Corte” por parte del Grupo de Trabajo dedicado a este objetivo, se ha concluido con la totalidad de proyectos encargados a la Comisión Preparatoria de la CPI. No obstante, la Comisión se disolverá hasta cuando concluya la primera reunión de la Asamblea de los Estados Partes.

Comenzando por señalar las diferencias entre la CPI y sus predecesores, resalta el hecho de que los tribunales de Nüremberg, Tokio, para la ex Yugoslavia y Ruanda tuvieron, los primeros, pero también los dos últimos, una jurisdicción limitada al tiempo, el espacio y los sujetos: *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* y *ratione loci* de características especializadas, limitadas o, como se les llama, *ad-hoc*. Empero, independientemente de su contexto, todos estos *corpus* penales, sin excepción, han respondido ante atroces acontecimientos que han impactado a la humanidad, todos fueron creados *a posteriori*⁵⁰⁵ como una reacción a los hechos y los acontecimientos. Como lo señala nuestro alumno, Raymundo García García, su implantación también reveló que "(...) el hombre tan avanzado política, económica, tecnológica y culturalmente, resguarda dentro de él, la más pura naturaleza animal, que queda muy lejos de cualquier racionalidad y humanismo (...) La Corte Penal Internacional se postula, como Institución permanente, previendo que casos de salvajismo humano hacia el mismo hombre, no ocurran más, pero teniendo sobre todo presente su propósito esencial de combatir la impunidad y la injusticia de un mundo que ignora su propia historia".

En este orden de ideas, el hecho de que la CPI tenga un carácter permanente, se debe en mucho a los ejercicios y avances que sus antecesores desde Nüremberg hasta Ruanda le proporcionaron, en experiencia, en generación de instrumentos y procedimientos, en la codificación y evolución progresiva de un derecho internacional general y penal; pero también, en el avance que se ha venido alcanzando en las organizaciones internacionales, encargadas de concentrar la cooperación internacional y la voluntad de los Estados, el conocimiento y el empuje político hacia estos objetivos, sin olvidar --la sociedad civil tiene en este proceso un papel antes inexistente-- la presión, apoyo y empeño, que diversas organizaciones internacionales no gubernamentales han dedicado a la lucha contra la impunidad y la toma de conciencia humanística.

Por otra parte, cabe recordar que el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, si bien fue establecido mediante un tratado internacional por las naciones aliadas, este fue concebido por un escaso grupo de potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial. Y más grave aún, ateniéndonos a la importancia de la participación de la comunidad internacional, el Tribunal de Tokio, si bien se basó en los avances alcanzados en su inmediato antecesor, desgraciadamente fue, en realidad, adoptado por un solo jefe militar el Gral. Douglas MacArthur, Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas quien, arrogándose la representación de la humanidad entera y con la connivencia de las naciones vencedoras, se constituyó en el *summum* impartidor de justicia --cualquier semejanza con George Bush junior es infausta coincidencia histórica--, lo que constituyó un lamentable retroceso histórico del derecho y la justicia internacionales.

Por su lado, y pese a que es muy pronto para dar un juicio al respecto, los tribunales de Ruanda y Yugoslavia, no han estado libres de duda al haberse concebido --si bien en el seno de las Naciones Unidas-- como proyectos de las <amorales> elites de la gran política internacional, estatuidos, garantizados y puestos en acción por resoluciones selectivas del más antidemocrático de los órganos de la ONU: el Consejo de Seguridad.

Aunque Nüremberg y Tokio, frente a Yugoslavia y Ruanda, tienen un mar de diferencias, cabe señalar que las lagunas jurídicas y controversias que los actuales tribunales tuvieron en sus inicios, han ido siendo poco a poco superadas a través de su misma actividad, enfrentado y desahogando cada caso, resolviendo los problemas y los vacíos de ley, generando los instrumentos y los procedimientos más

⁵⁰⁵ El hecho de que los Tribunales de Nüremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda --y aun el de Sierra Leona del 2002--, hayan sido creados *ad hoc* y puestos en función con posterioridad a la comisión de los delitos que han juzgado, ha creado cuestionamientos sobre el respeto de principios de derecho internacional tales como *el principio de legalidad* que señala que la tipificación de las conductas delictivas y el establecimiento de las penas correspondientes, deben tener lugar en una ley (o Convención) anterior a la realización de los hechos delictivos enjuiciados: Art. 11(2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Art. 11(1) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, que coinciden en señalar que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Sin embargo, la gravedad de los crímenes, de alcance contra toda la humanidad han justificado dichas medidas. Por su parte, la garantía de la *lex scripta* y la *lex certa* es un avance que ya ha traído consigo el establecimiento de la CPI.

adecuados, y, quizá lo más importante, ganando credibilidad y legitimidad para obtener cada vez mayor cooperación de los Estados. Desde esta perspectiva, los cuatro grandes tribunales que anteceden a la CPI, son historia y experiencia sobre los que se finca, con todas sus imperfecciones, el nuevo producto que comenzó a gestarse en Roma.

Efectivamente, el Estatuto de la CPI fue adoptado en una trascendental conferencia internacional a la cual asistieron delegaciones de 160 países, de numerosas organizaciones intergubernamentales y otras entidades, organismos especializados y organizaciones asociadas, programas y órganos del mismo sistema de Naciones Unidas, además de organizaciones regionales con estatus de observador permanente, de los tribunales de Yugoslavia y Ruanda, y de la sociedad civil a través de aproximadamente 135 organizaciones internacionales no gubernamentales de todo el orbe que aparecen registradas en el Acta de la Conferencia de Plenipotenciarios en Roma, Italia de 1998.

Hoy día nadie ignora que los principios de Núremberg han dejado un profundo impacto en la evolución del derecho internacional penal. Como hemos citado, sus postulados han sido incorporados a varios sistemas penales, de alcance universal y nacional, además de haber influenciado la Convención sobre el Genocidio de 1948, las convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos de 1977, así como la Convención de la ONU contra la tortura: la mayoría de las naciones reconocen el significado de esos principios, normas y leyes que hoy conforman el derecho internacional penal contemporáneo.⁵⁰⁶

Una característica trascendental de la CPI, es el carácter *complementario* de las jurisdicciones penales nacionales, que ha quedado establecido en el primer artículo del Estatuto de Roma y que contrasta con la sustitución hecha de los sistemas judiciales posteriores a la Segunda Guerra Mundial en la Alemania ocupada y en Japón destruido por las bombas atómicas; sin pasar por alto que, como hemos referido en este apartado, los tribunales de Yugoslavia y Ruanda, son concurrentes a las jurisdicciones nacionales y pueden llegar a atraer un caso por sobre los sistemas penales nacionales.

Pero el llamado *principio de complementariedad* que sustenta a la Corte Penal Internacional va más allá. Primeramente, tras reconocer que los Estados nacionales son los principales responsables por el respeto y la garantía de los derechos humanos, civiles y políticos de sus súbditos, el objetivo es tanto disuadir a las autoridades políticas y militares, así como civiles, de cometer crímenes de tal gravedad, como también, para recordarles de su responsabilidad y que, en caso de pasarlo por alto, existe un mecanismo internacional que, aun sin su consentimiento, cuenta con la posibilidad de activarse y tener jurisdicción sobre la situación de que se trate, luego entonces, no deberá quedar lugar alguno para la impunidad.

A diferencia de los tribunales *ad hoc*, la CPI podrá, por sus propias características técnicas y jurídicas, convertirse en un factor para aminorar y combatir las fuerzas políticas radicales o encubridoras, las limitaciones económicas y la desaparición de las condiciones que atenten contra la garantía de un juicio imparcial a los acusados por los crímenes más graves de trascendencia internacional. Además de brazo ejecutor de la justicia penal internacional, la CPI y sus instrumentos se han convertido en factores de apoyo a la evolución de los conceptos y las figuras jurídicas internacionales, tal es el caso de las definiciones de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, que definitivamente son reflejo de la codificación y desarrollo acumulado a lo largo del siglo XX.

En contraste con las leyes de las jurisdicciones *ad hoc*, el Estatuto de la CPI puede ser considerado un auténtico código regulador de los crímenes internacionales ya que dicha codificación se ha convertido en un hito, pues se trata de la primera ocasión que se regulan en un solo texto y de forma completa

⁵⁰⁶ Núremberg es sin duda el inicio de lo que fue, y ha sido, la búsqueda de justicia internacional plena y sin restricciones, por lo que tuvo aciertos y desaciertos: sus errores son producto de la incipiente cultura jurídica imperante en la época, la comunidad internacional se encontraba inmersa en pugnas político-sociales. Núremberg enfrentó problemáticas inherentes a tribunales cuya naturaleza es la de juzgar a personas cuyas comisiones delictivas son delicadas y de gran trascendencia debido a la gravedad de los mismos, la idea de instalar un organismo jurisdiccional, así como la elaboración de su Estatuto, son pasos importantes en la búsqueda de la justicia internacional.

los denominados crímenes internacionales. Incluso, según las más calificadas opiniones jurídicas de la actualidad, el Estatuto de Roma se puede considerar el primer código internacional de derecho penal que, aunado a los Elementos de los Crímenes —instrumento de interpretación con que cuenta el Estatuto donde se preceptúan los factores y condiciones que han de señalar la presencia de un crimen de su jurisdicción— llegan a constituir lo que puede considerarse como la primera *Parte General* completa del Derecho internacional penal,⁵⁰⁷ pese a que pueda no tener la mejor técnica legislativa, lo cual queda salvado por el éxito de haber concatenado, que no sumado o mezclado, las muy diversas tradiciones jurídicas de la casi totalidad de Estados del orbe.⁵⁰⁸

Por tanto, será difícil que con la adopción del Estatuto de Roma, sus Reglas de Procedimiento y Prueba⁵⁰⁹ y la exhaustiva y clara definición de los Elementos de los crímenes, se pueda cuestionar que la humanidad en su conjunto no se ha aproximado a un verdadero sistema de justicia penal internacional. Además, tómesese en cuenta que agregado a los tres instrumentos anteriores para componer el derecho y las fuentes aplicables a la Corte, ésta podrá apelar e interpretar cuando proceda, los tratados y principios y las normas de derecho internacional general aplicables, los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados, sin descartar los principios generales derecho que derive la Corte de los sistemas jurídicos del mundo —siempre que sean compatibles con el Estatuto— y las normas y principios internacionalmente reconocidos, además de que, como señala el Art. 21(2), la Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de las cuales hubiere hecho un razonamiento en decisiones anteriores, basando dicha interpretación sin distinción de género, edad, raza, color, religión o credo, opinión política, nacionalidad, grupo étnico o social, posición económica, nacimiento u otra condición.

Todos estos principios o preceptos, cubren todos los elementos esenciales para la composición y administración de la CPI, la investigación, el proceso y el juicio, las penas y apelaciones y revisión del asunto, además de que establecen un procedimiento de cooperación internacional judicial y la ayuda al cumplimiento de los fallos. El sistema que adoptará la Corte, aprehendido de sus antecesores inmediatos, está diseñado para mantener un sistema de justicia eficiente y efectivo que, al mismo tiempo, busca proteger a los individuos inocentes, de frivolidades y vejaciones políticamente motivadas para las investigaciones y el proceso.

Como señala Roy S. Lee, la CPI se erige como factor de balance entre paz y justicia para el mismo sistema internacional de Estados a través de un doble objetivo: 1) la búsqueda por la justicia internacional penal frente a criminales responsables de los mayores crímenes globales; y, 2) se asegura la necesaria paz y seguridad internacionales, según se ha propuesto la Carta de Naciones Unidas. Esto afirma relevar la necesidad de tribunales *ad-hoc*, con todos sus cuestionamientos de legitimidad, funcionamiento, y se asegura la cooperación con esta nueva institución, a través de la aceptación, voluntad y la autoridad internacionales.

El Estatuto de Roma y su derecho aplicable, no es de ninguna manera un sistema de justicia internacional penal perfecto, más bien es producto de la evolución de los diversos instrumentos jurisdiccionales, nacionales e internacionales, que la humanidad ha venido creando y desarrollando. La CPI es producto de sendas negociaciones internacionales, de alrededor de 160 países, con diferencias obviamente culturales, históricas, de valores y cosmovisiones, así como de intereses y

⁵⁰⁷ A manera de ejemplo, baste decir que más de la mitad del Estatuto de Roma está dedicada a la creación de un sistema de justicia internacional penal; dicho sistema comprende una serie de principios generales de derecho penal, los mismos que hemos referido en el Capítulo segundo de nuestra investigación. A éstos, pudiéramos agregar un principio de permanencia, magistratura y permanencia y personalidad jurídica internacional, que se disponen para el fiscal y los magistrados.

⁵⁰⁸ Ramón Ragués I Vallès: “*El Tribunal Penal Internacional*” en Rafael Márquez Piñero: *Derecho penal y globalización*. Editorial Porrúa, México, 2001.

⁵⁰⁹ A diferencia de los tribunales de Yugoslavia y Ruanda, las reglas de procedimiento y prueba fueron elaboradas, reformadas y consultadas con los Estados y especialistas del grupo de trabajo de la Comisión Preparatoria de la CPI dedicada a tal objetivo, a lo largo de todo un año (2000), y con debates y negociaciones en tres reuniones de la Comisión Preparatoria: 10 de abril, 12 de julio y 2 de noviembre del 2000.

preocupaciones; por esto, el Estatuto de Roma no responde específicamente a un solo sistema legal en particular, no obstante, como señala Roy S. Lee, todos los sistemas han trazado y delineado contribuciones a dichos instrumentos.⁵¹⁰

5.2. La organización de la penalización internacional: la Corte Penal Internacional (CPI).

5.2.1. Antecedentes inmediatos de la Corte Penal Internacional: el largo camino que condujo a Roma.

El desarrollo de la justicia penal internacional es ahora visto desde muy amplios sectores de opinión como una exigencia ética, una necesidad jurídica y un imperativo político. Como otros grandes movimientos de la historia, nada suele ser tan grandioso como una idea cuya hora de realización ha llegado: *el momento de avanzar en el camino de la justicia penal internacional*. El "trayecto a Roma" fue "*largo y sinuoso camino*", a menudo contencioso, como difícil ha sido y será el logro de los propósitos de una corte penal internacional permanente que combina valores humanísticos y consideraciones políticas que no sólo son esenciales al logro de la justicia, la reparación y la prevención del binomio violencia-crímen, sino también a la preservación, restauración y mantenimiento de la paz en el mundo caótico en que existimos y nos desarrollamos.

A través del tiempo, el punto frágil del derecho internacional ha sido la carencia de mecanismos de coerción, penalización y sanción efectivos. Ello en razón de que se trata --como lo señala Susana Fraidenraij-- de un *derecho de coordinación* y no de *subordinación* como es el caso de las legislaciones nacionales, en el cual los Estados son los sujetos *activos* --que conciben, aprueban y se obligan por las normas-- y también *pasivos*, esto es, quienes las cumplen o eventualmente las incumplen o las violan. Es un sistema jurídico basado en las relaciones entre entidades soberanas, es decir, jurídicamente iguales. Durante muchas décadas, si uno de esos sujetos soberanos violaba alguna de sus obligaciones, la parte agraviada tenía derecho a recurrir a <medidas de respuesta> tales como la retorsión, la represalia o la legítima defensa. Incluso, el derecho de guerra no contemplaba en modo alguno a las víctimas o los delitos cometidos contra ellas, sencillamente porque el derecho internacional clásico no proscribía la guerra.⁵¹¹

⁵¹⁰ Roy S. Lee, quien actuó como Secretario Ejecutivo de la Conferencia Diplomática de 1998 en Roma, Italia cuando se adoptó el Estatuto de Roma, además de compilador de la muy influyente y didáctica obra: *The making of the Rome Statute*, atribuye al sistema que ha adoptado el Estatuto y que se pondrá en funciones con la CPI, enormes progresos y también, la apertura de nuevas oportunidades, entre éstos:

1) El *principio de complementaridad*, que hace posible que la Corte llene vacíos en situaciones donde las cortes nacionales están imposibilitadas o no están dispuestas a ejercer su jurisdicción. El objetivo es fortalecer la aplicación y el cumplimiento del derecho internacional penal. 2) Un Estado que llega a ser parte del Estatuto, "automáticamente" acepta la jurisdicción de la Corte con respecto a los crímenes de su competencia: esto representa un importante avance en el desarrollo de las cortes y tribunales internacionales. 3) La definición de los crímenes contenidos en el Estatuto reflejan la práctica existente y afirman los desarrollos actuales en el Derecho internacional. 4) El sistema de justicia penal internacional concebido a través del Estatuto, representa el producto de una exitosa "armonización" de los distintos principios, reglas y procedimientos derivados de los mayores sistemas judiciales del mundo. 5) La creación del cargo de un "Fiscal" independiente, así como sus cuidadosamente reguladas y equilibradas funciones, son importantes avances y desarrollos en la lucha contra la impunidad y el cumplimiento de la ley. 6) El Estatuto ofrece un delicado equilibrio entre la búsqueda por la justicia a través del procesamiento y castigo de los crímenes, ya por otra parte la responsabilidad, cedida por la ONU a través del Consejo de Seguridad, para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: la CPI no es sólo un instrumento de justicia, es también un instrumento adicional para el Consejo de Seguridad como herramienta de construcción de la paz.

⁵¹¹ Fraidenraij, Susana: "*La Corte Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario*", ponencia presentada en el Seminario de Justicia Penal Internacional, Universidad Iberoamericana Campus Santa Fé, 24-28 febrero de 2000, p.2.

La historia de la civilización revela que las formas de gobierno, por encima de su nivel de estructuración, desarrollaron instituciones judiciales cuyos propósitos eran mediar, resolver o imponer soluciones a conflictos que perturbaban el orden social. Y si bien es cierto que la mera existencia y funcionamiento efectivo de las instituciones judiciales no implica la creación de condiciones y resultados de orden, estado de derecho, probidad, reparación, prevención, justicia y paz, lo cierto es que sin tales instituciones, estas condiciones y avances no podrían darse, incluso si fueran impuestos por la fuerza. Ésta nunca ha sido un medio satisfactorio para obtener un desarrollo integral de las sociedades, más aún siempre ha devenido en situaciones de ilegalidad e ilegitimidad. Las instituciones judiciales, junto con otros organismos sociales, políticos y económicos, son indispensables para el establecimiento de un estatus de justicia en el nivel de las sociedades nacionales, y lo mismo ocurre en la sociedad internacional.

Por ello, desde que inició la anterior centuria se comenzó a perfilar la idea de un tribunal penal internacional, que complementara y especializara la competencia de la Corte Internacional de Justicia, se pensó en un ente capaz de traducir los valores morales comúnmente compartidos por la sociedad de Estados, en preceptos aplicados que generaran reacciones positivas en la propia colectividad internacional; en otros términos, se trazaba ya la imagen de una institución que, concebida como la contraparte de la organización política internacional a las instituciones judiciales nacionales pero con propósitos más amplios, se constituyera en un escenario creíble en el que el drama privado de un caso dado o serie de casos pudieran resolverse públicamente y proyectarse internacionalmente.

Al parecer la propuesta de establecer una sanción penal por un cuerpo judicial permanente ya había sido efectuada en 1864 por *Gustave Moynier*, uno de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja, en el curso de la conferencia diplomática en la que se aprobaría el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña; sin embargo, como otros proyectos en el mismo sentido, éste no se materializó. Otra versión, nos remonta al mismo personaje, pero en el año de 1872, cuando —se afirma— Moynier propuso la creación de una corte penal permanente, autónoma y de alcance internacional, en respuesta a los crímenes de la guerra Franco-Prusiana.⁵¹²

En el siglo XX ya parte de la historia, los esfuerzos por establecer una corte penal internacional permanente comenzaron con la Sociedad de Naciones (SDN) y continuaron con la Organización de las Naciones Unidas. Los esfuerzos de la Liga estuvieron vinculados a una corte penal internacional permanente cuya jurisdicción estaba limitada sólo a la exigencia de la Convención sobre Terrorismo de 1937, pero desafortunadamente fracasó debido a la crisis mundial que siguió a la guerra civil española, la invasión de Italia a Abisinia y las políticas agresivas y militaristas de Alemania en la etapa previa a la segunda conflagración planetaria.

Con las Naciones Unidas ya constituidas, se buscó ampliar el objetivo de la SDN al proponerse la instauración de una corte penal internacional permanente de competencia más general. Como lo señala el especialista M. Cherif Bassiouni,⁵¹³ estos esfuerzos pueden ser rastreados a lo largo de dos caminos independientes: la *codificación de los crímenes internacionales* y la elaboración de un *proyecto de estatuto para el establecimiento de una corte penal internacional*. El hecho es que ambas trayectorias caminaron separadas, aunque hubieran requerido mantenerse integradas. Pero la historia fue así, revelando la *falta de voluntad política* de los principales poderes mundiales de reunirlos en un *esfuerzo coordinado*. Esto se evidencia más aún en los cursos disociados que las diversas instituciones de las Naciones Unidas tomaron entre 1947 y 1998.

En 1947, la Asamblea General otorgó el mandato al Comité de Codificación de Derecho Internacional, el predecesor de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de:

⁵¹² CICC: *The International Criminal Court*, información preparada por la Coalition for an International Criminal Court (CICC), distribuida en el citado Seminario de Justicia Penal Internacional, UIA, febrero 2000.

⁵¹³ Bassiouni, M. Cherif. *"The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind"*, 27 *ISR*, L. Rev. 1-21, UNO, New York, 1993.

- 1) formular los principios de derecho internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Núremberg y en la sentencia del Tribunal; y
- 2) preparar el proyecto del código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, indicando claramente el lugar en que concordaría con los principios mencionados en el subpárrafo (a).

En 1949, la CDI comenzó su tarea, se formó un sub-comité y se nombró un relator especial para preparar el Proyecto de Código de Delitos Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Este título fue cambiado en 1988 por el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Al mismo tiempo, la tarea de formular un proyecto de estatuto para el establecimiento de una corte penal internacional fue asignada a otro relator especial, quien presentó su primer reporte a la CDI en marzo de 1950. Este reporte argumentaba que un código penal sustantivo debía ser complementado con un estatuto para una corte penal internacional. Contrario a la lógica y racionalidad de la política de elaboración de este tipo de pre-estructuras jurídicas, los proyectos en cuestión quedaron *intencionalmente separados*. Así, ese mismo año se nombró otro relator para estudiar el ulterior desarrollo del asunto, resultando al final que ambos relatores difirieron por cuanto a si el tiempo era el más apropiado para una corte penal de las características planteadas. No obstante, se estableció un Comité Especial de la Asamblea General compuesto por representantes de 17 estados, con el propósito de redactar una convención para tal efecto, concluyendo en 1951, y diseñando el estatuto en parte sobre la base del de la Corte Internacional de Justicia. Las discusiones y comentarios escritos, particularmente aquellos de las principales potencias, indicaron claramente que el proyecto no tenía oportunidad de aceptación y era políticamente prematuro.⁵¹⁴

Debido a que estos Estados no quisieron asumir la responsabilidad política de cerrar la posibilidad de la corte penal internacional, se extendió el mandato del Comité, con algunos cambios en los Estados miembros, y en 1953 se produjo un texto revisado. En esta nueva versión se notaba la presión política, al incorporar disposiciones que limitaban la jurisdicción y permitían a los Estados Partes mantener mayor control; también incluía un precepto expreso sobre la prerrogativa de los Estados de denunciar la jurisdicción una vez conferida a la Corte, es decir, borrar el requerimiento de que dicha jurisdicción fuera aprobada por la Asamblea General.⁵¹⁵

La cuestión es que el proyecto de Corte se pospuso hasta que el Proyecto de Código de Delitos —que consistía en 5 artículos que listaban 13 crímenes internacionales separados— se terminara en 1954, empero, éste también fue pospuesto hasta que se pudiera definir *<agresión>*. La razón de esta incoherente situación fue que la Asamblea General en 1950 había retirado el tema de *<agresión>* del mandato de la CDI para elaborar el Proyecto, y le había dado la tarea a un comité especial dependiente de ella, al cual se le cambió el mandato en 1952, y luego en 1954, y le tomó 20 años llegar a una definición del tema, en 1974. Pero de aquí hasta 1978, la Asamblea no retomó el tema del Proyecto en su agenda hasta que los esfuerzos de un buen grupo de Estados y de ONG's la forzaron en ese sentido, procediendo a ordenar a la CDI para trabajar en la materia. En 1982, un nuevo relator de la CDI produjo su primer reporte, que contenía varias generalidades respecto al derecho internacional penal, la responsabilidad individual y estatal y observaciones sobre los eventuales contenidos de tal código, y como se trataba de un trabajo *ab initio*, le tomó hasta 1991

⁵¹⁴ Bassiouni, op.cit. p.17. Mientras que algunos gobiernos creían que el establecimiento de una corte penal internacional era teoría deseable, siempre fueron escépticos sobre su éxito en vista de la ausencia de consenso entre las principales potencias mundiales. La URSS creía que su soberanía sería afectada; Estados Unidos, se decía no estar preparado en la cresta de la "guerra fría"; Francia expresaba su apoyo pero no impulsaba el proceso; y el Reino Unido veía la idea como políticamente prematura.

⁵¹⁵ Otros argumentos que incluso hoy día se siguen esgrimiendo contra la idea del funcionamiento pleno de una corte penal internacional son, entre otros: los conflictos de las políticas nacionales, las prohibiciones constitucionales, las normas divergentes, la pluriconceptualización de la seguridad estatal, las tesis y posturas soberanas, los principios encontrados del derecho internacional, la inexistencia de un código penal internacional acabado y un derecho internacional penal en etapa de precariedad.

producir lo que intentaba ser un texto final, empero, como fue criticado por gobiernos y académicos fue revisado y adoptado por la CDI hasta 1996.

Mientras tanto el proyecto de una CPI había quedado estancado. Y el resultado era predecible ya que había diferentes organismos trabajando en forma separada en distintos lugares (Ginebra y Nueva York), y produciendo textos diferentes en distintos momentos. Era, entonces, fácil para la Asamblea General posponer cada texto sucesivamente debido a que, uno y otro proyectos, no estaban listos. A nuestro modo de ver, esa falta de sincronización no era enteramente fortuita: resultaba directamente de la voluntad política de demorar el establecimiento de esa instancia judicial debido a que se vivían tiempos en que el mundo estaba marcadamente dividido y frecuentemente en riesgo de guerra. En realidad, hasta ese momento sólo dos convenciones internacionales se referían a una jurisdicción penal internacional, a saber: el artículo 6 de la Convención sobre Genocidio de 1948 y el artículo 5 de la Convención sobre el Apartheid de 1973. La primera, sin embargo, sólo se refería a la jurisdicción sobre genocidio de una eventual corte penal internacional; mientras la segunda, apuntaba la instauración de ese cuerpo para juzgar el apartheid, pero no se estableció.

En este devenir el año de 1989 es clave, después de una interrupción de 26 años. Por un lado, el fin de la guerra fría lleva a un notable incremento del número de las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y a un reacomodo del sistema político mundial y, por el otro, la Asamblea General sostuvo una sesión especial sobre el problema del tráfico de drogas y Trinidad Tobago sugirió la creación de una CPI especializada. Luego de ello, la Asamblea General solicitó que la CDI preparara un informe sobre el establecimiento de una CPI para el enjuiciamiento de personas involucradas en el tráfico de drogas. Paralelamente, un comité de expertos, preparó un proyecto de estatuto para una CPI que tendría jurisdicción sobre todos los crímenes internacionales, y cuyo texto fue sometido al *Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Transgresores*, que reconoció la necesidad de dicho tribunal y recomendó que la CDI retomara el tema. Así lo hizo, ampliándose su mandato para preparar un estatuto con mayor cobertura en 1993 y que fue modificado en 1994.

Paralelamente, se estaban presentando varios hechos que impulsaron abiertamente la creación de una CPI: a) la guerra en Bosnia-Herzegovina, las claras violaciones a la Convención del Genocidio, las Convenciones de Ginebra y la creación de un tribunal penal *para Yugoslavia* (1993); b) la *Declaración y el Programa de Acción de Viena* (junio de 1993); c) la guerra en Ruanda conduce al Consejo de Seguridad a establecer un segundo tribunal penal para hacer justicia ante el genocidio cometido en dicho país; y, d) la CDI presenta un proyecto final de estatuto sobre la CPI a la Asamblea General y recomienda que una conferencia de plenipotenciarios sea convocada para negociar un tratado para promulgar dicho instrumento, estableciéndose un comité *ad hoc* con tal encomienda. No obstante, en esta resolución la Asamblea General desvincula el proyecto de estatuto de la CPI de 1994 de su proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1991.

Ya para 1995, el comité *ad hoc* celebra tres reuniones de dos semanas en la sede de las Naciones Unidas, y en diciembre, la Asamblea General establece un *Comité Preparatorio* (Prep-Com) para finalizar un proyecto de estatuto a ser presentado en una reunión de plenipotenciarios. Así, entre 1996 y 1998 el Prep-Com se reúne seis veces para continuar con la importante tarea. Llegamos entonces al año de 1997, cuando ocurren dos hechos importantes: a) los 14 estados miembros de la Comunidad para el Desarrollo Sudafricano (SADC) establecen 10 principios básicos a ser incluidos en la formación del estatuto de la CPI, y b) el Reino Unido se aleja de la posición de los otros miembros del Consejo de Seguridad y respalda la *Propuesta de Singapur* encaminada a limitar la autoridad del Consejo de Seguridad sobre la CPI.

Como es de sobra conocido, el año de 1998 es angular en esta larga historia. Los hechos a destacar, sin demérito de otras acciones también de relevancia, son los que a continuación se enuncian:

- En enero, los jefes de los grupos de trabajo y coordinadores de la Prep-Com se reúnen en Zutphen, Holanda <para facilitar el trabajo de la última Prep-Com>. El *Informe Zutphen* consolida los diferentes proyectos de texto producidos en los dos años de reuniones.

- En febrero, en Dakar, Senegal, representantes de 25 gobiernos africanos se reúnen para discutir la creación de una CPI. Deciden adoptar entonces la *Declaración de Dakar* llamando a una <Corte Penal Internacional eficaz e independiente>.
- En mayo, en una carta a la Secretaria de Estado, Madeleine Albright, el presidente del Comité de Relaciones Exteriores del Senado de los EE.UU. Jesse Helms, declara que cualquier estatuto de la CPI estará <muerto al llegar> al Senado, a menos que el Estado norteamericano, tenga poder de veto sobre la Corte. Esto provocó una sólida reacción en contra por parte de la comunidad de Estados proclives, que continuaron su largo camino a Roma.
- Entre el 15 de junio y el 17 de julio, en Roma, Italia, 160 países participan en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, con carácter permanente y autónomo.
- El 17 de junio, un total de 120 Estados miembros de la ONU votan abrumadoramente a favor del *Estatuto de Roma* que establece una CPI, con solamente 7 votos en contra y registrándose 21 abstenciones.

En tiempos más actuales tenemos que el 2 de febrero de 1999, Senegal se convierte en el primer Estado Parte en ratificar el Estatuto de Roma, siguiéndole en orden Trinidad y Tobago, San Marino, Italia, Ghana, Fiji, Noruega, Tajikistán, Venezuela, Francia, Lesotho, Sierra Leona, Belice, Nueva Zelanda, Luxemburgo, Islandia, Canadá, Bélgica y Botswana. Asimismo, la Asamblea General convocó a una serie de reuniones adicionales de la Prep-Com para elaborar los proyectos del texto sobre las *Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos del Crimen*, las que se verificaron el 16 al 26 de febrero, del 26 de julio al 13 de agosto y del 29 de noviembre al 17 de diciembre del mismo año.⁵¹⁶

En el año 2000 se realizaron dos sesiones con el mismo propósito, una del 13 al 31 de marzo y la otra del 12 al 30 de junio. Asimismo se llevaron a cabo cuatro sesiones más, dos en 2001 y dos en el 2002, y cuyos resultados se consignarán más adelante. Finalmente quisiéramos mencionar el estatus de firmas y ratificaciones al Estatuto de Roma actualizado al mes de octubre de 2002:

- ❑ Países firmantes: 139 (México lo hizo el 7 de septiembre de 2000).
- ❑ Países ratificantes: 86 (el último en depositar fue Lituania en mayo 11 de 2003) (suman 90).
- ❑ Países adherentes: 4 (el último fue Afganistán en febrero 10 de 2003).

5.2.2. El derecho constitucional o sustantivo de la Corte Penal Internacional.

i) Consideraciones introductorias.

Conforme al art. 1 del Estatuto de Roma, la CPI <<(…) 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>>.

Asimismo, el numeral 21 señala que la CPI aplicará en primer lugar, el *Estatuto de la Corte Penal Internacional, los Elementos de las crímenes* y sus *Reglas de procedimiento y prueba*. Secundariamente, cuando proceda, recurrirá a los tratados, los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos de derecho internacional de los conflictos armados; en su defecto, tendrá en cuenta los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho internacional o las normas y principios internacionalmente reconocidos.

No obstante que hoy la CPI ya se encuentra en funciones y cuenta con sus tres instrumentos de derecho aplicable —el Estatuto, el Texto final del proyecto de Reglas de procedimiento y prueba, y el

⁵¹⁶ Toda la información y datos mencionados a lo largo de las últimas páginas fueron obtenidos e los Reportes Oficiales de la Coalition for an International Criminal Court (CICC), op.cit. Además se bajó información reciente de la internet visitando el sitio: <http://www.un.org/law/icc/statute/status.htm>

de los Elementos de los crímenes— debe mencionarse que el *Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional* que la Prepcor entregó a la Conferencia de Roma para su análisis, fue importantemente modificado, reorganizado y, en algunos casos, delimitado en extenso. No es aquí espacio para analizar en detalle la totalidad de los cambios que sufrió el *Proyecto de Estatuto*, baste apuntar que cerca del 20% de todo el articulado, que en un inicio era de 116 artículos, se encontraba entre corchetes; amén de que se manejaron entre dos y tres propuestas o variantes que contenían las definiciones de cada crimen competencia de la Corte y demás disposiciones, así como incisos, párrafos entre corchetes, comentarios, excepciones, reglas generales y un sinnúmero de notas de pie aclaratorias.⁵¹⁷

Así, debe reconocerse el enorme trabajo que significó sacar adelante este proyecto, y más aún cuando fue necesario resolver obstáculos que en parte se debieron a consideraciones de índole política, ya que se estaba de acuerdo en que los crímenes competencia de la Corte, por su gravedad, eran los que perturbaban la conciencia de la humanidad y que por su naturaleza, formaban parte del derecho consuetudinario internacional, además de que se estaba recogiendo un derecho ya existente en diversas convenciones y que tenía carácter vinculante para la mayoría de los Estados del escenario mundial.

De entre los problemas catalogados como intrínsecamente políticos están las actitudes ambivalentes y prejuiciosas de la delegación de EUA —el objetor persistente hasta nuestros días— a la que se sumaban con frecuencia las de China, Irak, Nigeria e Israel, entre otras, introduciendo serias dificultades al proceso negociador, llegando a paralizar incluso las negociaciones y retrasar finalmente todo el proceso de adopción del Estatuto. Éstos habían levantado serias dudas sobre las definiciones de los crímenes competencia de la Corte, calificándolas de <ambiguas> (nótese la incongruencia) y proponiendo nuevas conferencias para simplemente alargar las negociaciones. Si bien, algunas de estas situaciones fueron superadas como, por ejemplo, en los casos de los crímenes de *lesa humanidad* y *genocidio*, donde las infracciones ya se encontraban bastante delimitadas en diversos instrumentos internacionales.⁵¹⁸

Frente a estos opositores tradicionales, los países agrupados como *like-minded*, países europeos, junto con otras delegaciones occidentales, africanas y latinoamericanas (que defendían el proyecto de una corte penal internacional sólida y supranacional, que sustituyera al juez nacional cuando éste fuera incapaz de proceder a la investigación y juicio de un caso), fueron quienes con su sistemática labor y coordinación resultaron cruciales para el éxito de la Conferencia de Roma. Como señala la internacionalista penal Elena Fierro, a pesar de las estrategias de bloqueo estadounidenses y coligadas, la Conferencia tuvo un saldo más bien positivo, ya que se aprobó el Estatuto de Roma, se designó a la Haya como la sede (único país que presentó candidatura), los países europeos se vieron unificados, y se tuvo un alta presencia de ONG´s que jugaron un papel crucial, representando a la sociedad civil y como grandes impulsoras del proceso negociador.⁵¹⁹

⁵¹⁷ El *Proyecto de Estatuto* de la Prepcor, por ejemplo, respecto de los crímenes de competencia de la Corte, comprendía los *crímenes de terrorismo*, *crímenes relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, así como *crímenes contra las Naciones Unidas y el personal asociado*. Además, empero se presentó entre corchetes, se tenía contemplada la pena de muerte, no se había definido el número de ratificaciones necesarias para el inicio de funciones, ni tampoco el número de años para que se pudiera iniciar un proceso de revisión del Estatuto: todas estas situaciones fueron totalmente modificadas..

⁵¹⁸ Los estadounidenses “temían” —como lo siguen “temiendo hoy— que una insuficiente delimitación de los crímenes, pudiera redundar en contra de algún militar norteamericano frente a las *operaciones para el mantenimiento de la paz* en las cuales participaran y que pudiere ser juzgado por una jurisdicción distinta a la norteamericana. De ahí que proponían que la CPI debía quedar supeditada al Consejo de Seguridad de la ONU, en lo que se refiere a su activación y posterior control.

⁵¹⁹ Elena Fierro Sedano; “La conferencia de roma para la creación de una corte penal internacional: el proceso negociador y sus dificultades jurídicas” en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 53, Vol. I, enero-abril de 1999, Oñate, Guipuzcoa, España, pp. 231-246.

ii) *El Estatuto de Roma: núcleo del derecho constitucional o sustantivo de la CPI.*

Tomando las palabras de Bruce Broomhall, el Estatuto de Roma representa un balance entre los roles de instituciones nacionales e internacionales. Está elaborado sobre el principio propuesto por la CDI de que CPI debería funcionar esencialmente como un incentivo y como complemento a las jurisdicciones nacionales. Concebido como tratado multilateral, el Estatuto requerirá seguramente un amplio apoyo para disuadir, prevenir o castigar apropiadamente el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Está diseñado para atraer su apoyo sin sacrificar la justicia y efectividad de la Corte como institución. Coincidiendo con este autor, pensamos que el instrumento logra ambos objetivos a través de una combinación de diversas características. Por ahora, sus temas de competencia son relativamente estrechos, consistiendo como sabemos en sólo tres crímenes, y su jurisdicción tiene cobertura únicamente para conductas que ocurran *a posteriori* de la entrada en vigor del Estatuto.⁵²⁰

Cabe señalar que los procedimientos de admisibilidad definen cuidadosamente la relación entre la CPI y las competencias nacionales. En este sentido, los sistemas legales de los Estados conllevarían la responsabilidad principal para las investigaciones y enjuiciamiento de crímenes de mayor preocupación para la sociedad internacional; de hecho, la contribución de la Corte para lograr justicia a través de administraciones nacionales de justicia parece ser el logro más significativo a largo plazo. La CPI sólo podrá admitir aquellos asuntos que los Estados le cedan voluntariamente o estén de otro modo inactivos, o cuando sean incapaces o no estén dispuestos realmente a proceder. Y aun en este supuesto, la Corte tendrá capacidad de ejercer su competencia *exclusivamente* cuando el Estado cuyo súbdito o nacional, o en cuyo territorio se haya cometido la conducta ilícita sea Parte, o haya reconocido la competencia de la CPI para tratar la cuestión.⁵²¹

Más todavía, los procedimientos de competencia de la Corte permiten un aplazamiento a los procedimientos del Estado en una serie de situaciones que establece el propio Estatuto. Al mismo tiempo, además de la facultad de los Estados Partes y del Consejo de Seguridad (conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas) de someter situaciones a la Corte (como lo sugirió la Comisión de Derecho Internacional), está la facultad del *Fiscal* de actuar desde *su propia iniciativa* —una especie atípica de *habeas corpus* internacional— sujeto a garantías, la que le asegura a la CPI un rol cuando se requiera. Existe otra serie de disposiciones de cooperación detalladas en el Estatuto que, de entrada, propenden a una instancia jurisdiccional eficaz, en tanto que permiten modalidades de cooperación de acuerdo con el derecho interno. *Garantías al debido proceso, procedimientos de apelación, y apoyo institucional para la independencia e imparcialidad*, aseguran a los Estados Partes y a las personas acusadas la regularidad y objetividad que se requiere en el *estado de derecho internacional*.

Cabe también advertir que el Estatuto de Roma es un instrumento de técnica jurídica compleja, extenso y sofisticado por lo que ningún resumen proveerá un mejor conocimiento de la Corte que el estudio profundo y detallado del Estatuto mismo, lo cual, por las razones al principio ya expuestas, rebasa el objetivo y los alcances de la presente investigación. Al mismo tiempo, habrá que considerar el hecho de que el régimen de la CPI puede resumirse en un amplio perfil a la luz del propósito y principios que se encuentran detrás de su establecimiento y existencia.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de julio de 1998 en Roma, Italia, consta de 128 artículos divididos en 13 Partes bajo el siguiente orden:

- | | |
|----------|---|
| Parte I | Del establecimiento de la Corte. |
| Parte II | De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable. |

⁵²⁰ Broomhall, Bruce. *La Corte Penal Internacional: Visión General, y la Cooperación con los Estados* (traducido por la APRODEH), LLB University of British Columbia, 1996, pp. 45-55. El autor es fundador de la Sociedad Internacional de la Corte Penal y participó en la Conferencia Diplomática de Roma, acreditado tanto por el Centro Internacional para la Reforma Legal Penal y la Política de Justicia Penal y la Asociación Internacional de Derecho Penal. Se le puede contactar por correo electrónico en: brucemb@hotmail.com

⁵²¹ García Ramírez, Sergio. *La Corte Penal Internacional*. México, PGR-INACIPE, 2002, pp. 33-38.

Parte III	De los principios generales del derecho penal.
Parte IV	De la composición y administración de la Corte.
Parte V	De la investigación y el enjuiciamiento.
Parte VI	Del juicio.
Parte VII	De las penas.
Parte VIII	De la apelación y la revisión.
Parte IX	De la cooperación internacional y la asistencia judicial.
Parte X	De la ejecución de la pena.
Parte XI	De la Asamblea de los Estados Partes
Parte XII	De la financiación
Parte XIII	Cláusulas finales.

Como menciona el *Preámbulo* del Estatuto de Roma, la CPI tiene presente que a lo largo del siglo XX millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad. Por este motivo se ha reconocido, que por la gravedad de estos crímenes, son cometidos contra toda la humanidad y amenazan la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad; por lo cual, se afirma que no deben quedar sin castigo: *es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*, se hace necesario adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para que los autores de esos crímenes sean sometidos a la acción de la justicia, se combata la impunidad, se prevenga la comisión de nuevos crímenes, se garantice que la justicia internacional sea respetada y sea puesta en práctica de forma duradera.

En este sentido, el Preámbulo reafirma los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que *los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas*. Así, para los fines de la CPI, ésta tiene carácter permanente, independiente y está vinculada con el sistema de Naciones Unidas, posee competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, y será además, complementaria de las jurisdicciones nacionales.

El Estatuto señala que la CPI tendrá *personalidad jurídica internacional* y la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos. Por lo mismo, de conformidad con el Estatuto, la Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones en la sede, La Haya, Reino de los Países Bajos, en el territorio de cualquier Estado-parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado. Tras quedar asentada la condición jurídica de la Corte, la Parte segunda del Estatuto señala los crímenes competencia de la Corte: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, y el crimen de agresión. La Corte ejercerá competencia sobre el crimen de *agresión* una vez que, conforme a las disposiciones de *enmiendas y revisión* dispuestas, se llegue a un acuerdo, se le defina y se señale la conducta, las consecuencias y las circunstancias del crimen. No obstante, la Comisión Preparatoria, ha logrado generar un *Texto consolidado de las propuestas relativas al crimen de agresión*.

Como ya lo estudiamos en el Capítulo cuarto, dicho texto presenta una definición del *crimen de agresión* con una primera opción con tres variantes, así como una segunda opción única; asimismo, se reúnen tres opciones de las *condiciones para el ejercicio de la competencia*, y se señala una *lista preliminar de posibles cuestiones relacionadas con el crimen de agresión* respecto del Estatuto de Roma, la Carta de las Naciones Unidas, con los Elementos de los crímenes y las Reglas de Procedimiento y prueba. En suma, se parte de dos ideas fundamentales que parecen ser *de aceptación generalizada*: que el crimen de *agresión* es cometido por las autoridades políticas o militares de un Estado, y que el acto de planificar, preparar u ordenar una agresión únicamente debe estar tipificado cuando tenga lugar un acto de agresión.

La Parte II relativa a la *competencia, la aplicabilidad y el derecho aplicable*, comprende los artículos 5 a 21 del Estatuto. Aquí, en principio, se desarrollan los actos que componen el crimen de *genocidio, los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra*; los cuales se complementan con la interpretación y aplicabilidad, respecto de las conductas, las consecuencias y circunstancias de la

violación, que se estipulan el instrumento de los *Elementos de las crímenes* conforme a los artículos 9, 21 y 30 que se desprenden del Estatuto de Roma.⁵²² También en esta parte segunda, se hace referencia a la competencia temporal (irretroactividad de la competencia de la Corte), las condiciones previas para el ejercicio de su jurisdicción (ya sea porque un Estado es *parte*, por el territorio donde se cometa el crimen, la nacionalidad o por declaración de consentimiento por parte de algún Estado no-parte), el ejercicio de la competencia (remisión de un caso por un Estado-parte, el Consejo de Seguridad de la ONU o el Fiscal), la suspensión de una investigación o enjuiciamiento a petición del Consejo de Seguridad y lo relativo a la decisión de admisibilidad de un caso, pudiéndose impugnar la competencia de un caso o apelar al principio de cosa juzgada.

La Parte III a través de sus *Principios generales de derecho penal* (que revisamos en el Capítulo segundo), otorga 12 garantías al acusado y asegura la aplicabilidad de la justicia internacional.⁵²³ Los artículos 34 a 52, que componen la parte IV del Estatuto, señalan la composición y administración de la Corte, donde en principio es válido acotar que los órganos que la componen son la Presidencia, una Sección de cuestiones preliminares, una Sección de primera instancia y una de Apelaciones, además de la Fiscalía y la Secretaría. Aquí se señala lo relativo a los 18 magistrados que conforman la CPI (las condiciones que han de reunir, el desempeño del cargo, las candidaturas, la elección, las vacantes), se establece lo respectivo a la presidencia y las vicepresidencias primera y segunda de la Corte, la composición de las salas, se establece el principio de *independencia* de los magistrados y la fiscalía, así como las responsabilidades, sanciones e inmunidades, sueldos, estipendios y dietas de todo el personal que funciona para la CPI.

El artículo 51 de este cuarto apartado, dispone la *Reglas de procedimiento y prueba*, que desde el 2 de noviembre del 2000 han sido aprobadas en su *Texto final* para su adopción en la primera sesión de la Asamblea de Estados-Partes (que tuvo verificativo en septiembre de 2002). Las Reglas de procedimiento y prueba fueron generadas al seno de la Comisión Preparatoria de la CPI y constituyen las normas procesales para la aplicación de las disposiciones del Estatuto. Por su parte, en el art. 52 se resuelve que los magistrados, de conformidad con el Estatuto y las Reglas de procedimiento y prueba, y en consulta con el Fiscal y la Secretaría, aprobarán por mayoría absoluta el *Reglamento de la Corte* que será necesario para su funcionamiento ordinario. El Reglamento entrará en vigor al momento de su aprobación e inmediatamente después será distribuido a los Estados-partes, y si éstos en su mayoría no manifiestan alguna objeción a lo largo de seis meses, dicha reglamentación se mantendrá en vigor. En las posibles enmiendas al Reglamento, tendrán opinión válida el Fiscal y el Secretario.

La Parte V del Estatuto es la concerniente a la *Investigación y el Enjuiciamiento*, y comprende los artículos 53 a 61. Aquí se disponen las condiciones que el Fiscal debe observar para iniciar una investigación, al igual que sus funciones, atribuciones y medidas adecuadas con respecto a las pesquisas.⁵²⁴ En esta quinta parte del Estatuto, los artículos 56 a 61 regulan toda la actividad de la Sección de Cuestiones Preliminares, sus funciones y atribuciones, los requisitos previos que debe cubrir el Fiscal para que la Sala dicte una <orden de detención contra una persona>, el procedimiento de detención y entrega (si en el Estado de detención es considerado que la orden es aplicable, la detención se llevó conforme a derecho y se respetaron los derechos del detenido), para después proceder a las primeras diligencias ante la Corte y, en su caso, confirmar los cargos antes del juicio sobre los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento; incluso, en el Art. 56, se establece un procedimiento sobre la forma de actuar del Fiscal frente a la Sección de Cuestiones Preliminares en caso de presentarse una oportunidad única de proceder a una investigación.

La Parte VI del Instrumento abarca los artículos 62 a 76 y es tocante al Juicio, cuyas diligencias han de resolverse en la Sección de Primera Instancia. Así, las funciones y atribuciones de este órgano de la CPI, como también lo relativo a la presencia del acusado en el proceso, la declaración de inocencia

⁵²² Artículo 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma de la CPI.

⁵²³ Artículos 22 a 33 del Estatuto de Roma de la CPI.

⁵²⁴ Para asegurar acciones responsables en las investigaciones que promueva la CPI, se garantizan también derechos de las personas durante una investigación: Art. 55 del Estatuto de la CPI.

o culpabilidad, el *principio de presunción de inocencia*, los derechos del acusado, pero también las medidas que han de adoptarse para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos están contemplados. Asimismo, en este sexto apartado del Estatuto, se resuelve lo que respecta a los testimoniales y la admisibilidad de las pruebas, la posibilidad de imponer sanciones administrativas a los presentes en las audiencias, para finalmente tratar sobre el fallo, sus requisitos o procedimiento previo, sus características, los principios aplicables a una posible reparación de las víctimas y un procedimiento en caso de que se dicte un fallo condenatorio.⁵²⁵ La Parte VII se concreta a tratar las penas aplicables,⁵²⁶ así como los criterios para la imposición de la pena, salvedades para los Estados y sus legislaciones nacionales respecto de la aplicación de las penas, así como la creación de un *fondo fiduciario* en beneficio de las víctimas y sus familias de crímenes competencia de la Corte.

Los artículos 81 a 85 cubren la parte VIII y contienen disposiciones procedimentales sobre los motivos que lleven a los Estados, el Fiscal, el representante legal de las víctimas, el condenado o algún tercero afectado, a una *apelación o revisión* de un fallo condenatorio o absolutorio, a revisar el carácter de la pena o de la misma admisibilidad o competencia de la Corte y sobre las decisiones sobre la libertad de las personas objeto de investigación o enjuiciamiento, así como una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares o sobre la posibilidad de acelerar materialmente el proceso. También esta prevista la indemnización de alguna persona que haya sido ilegalmente detenida o reclusa.

La Parte IX abarca los artículos 86 a 102 y establece lo relativo a la celeridad de los Estados-partes a cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia. Aquí, se ubican las disposiciones generales sobre solicitudes de cooperación, la obligación que los Estados-partes tienen de asegurar que en los órdenes jurídicos internos existan procedimientos aplicables de cooperación internacional y asistencia judicial con la Corte, y se resuelve lo relativo a la *<entrega>* de personas a la Corte, lo cual en el propio Estatuto queda especificado como termino distinto a la *<extradición>*; esta novena parte establece también la prioridad que la Corte tiene sobre solicitudes concurrentes de *<entrega de personas>* frente a alguna petición de *<extradición>* simultánea.

Igualmente, se delimitan las características y contenido instrumental que debe cubrir, basada en el *principio de especialidad*, una *<solicitud de entrega>*, y se dispone la posibilidad de solicitar la detención provisional de una persona, así como diversas formas de cooperación con la Corte; se trata también, el aplazamiento de la ejecución de una solicitud de asistencia a un Estado con respecto a una investigación o enjuiciamiento en curso o por haberse impugnado la admisibilidad de la Corte o la posibilidad de iniciar consultas ante problemas que pudieran obstaculizar o impedir el cumplimiento de una demanda de cooperación. También se preceptúa que el cumplimiento de la solicitud se hará conforme al procedimiento en el derecho interno del Estado requerido, quien sufragará los gastos derivados al cumplir el procedimiento de entrega.

La Parte X comprende los artículos 103 a 111 del Estatuto y prevé la ejecución de las penas de privación de la libertad y los criterios a tomar en cuenta para la designación o cambio de un *<Estado de ejecución>*. Esto, tras haber escuchado las condiciones estatales para la reclusión de un condenado, a reserva de que sean aceptadas; siendo negada la posibilidad de modificar o reducir la condena por Estado alguno, quedando a supervisión por la Corte, pero respetando las condiciones de reclusión que se regirán por las del *<Estado de ejecución>* y previendo la posibilidad de instalar un procedimiento de extradición en caso de evasión alguna.

⁵²⁵ Es de resaltar las disposiciones de los artículos 72 y 73 respecto de la *protección de información que afecte la seguridad nacional* de un Estado y sobre la petición de proporcionar *información o documentos de terceros*, donde se ha tenido en cuenta que la cooperación con la Corte para proveer informes, en todo momento debe cuidar los canales apropiados para obtener la divulgación de cierta información o datos, así como el derecho de que todo Estado se abstenga de proveer esa información, apelando a un principio de confidencialidad, si ésta ha sido confiada por un tercer Estado bajo condición de evitar su divulgación.

⁵²⁶ La Corte podrá imponer a un acusado la reclusión por un número determinado de años que no excedan 30, la reclusión a perpetuidad, además de imponer multas o decomisos de bienes y haberes procedentes directa o indirectamente del crimen.

Lo relativo al órgano principal de la CPI, el caso de la 'Asamblea de los Estados Partes', se trata en la Parte XI del Estatuto, artículo 112. La Asamblea de los Estados Partes será el máximo órgano de representación de los Estados miembros de la CPI y examinará y aprobará, según proceda, las recomendaciones de la Comisión Preparatoria, observará sobre la actividad de la Presidencia, el Fiscal y la Secretaría en relación a la administración de la Corte y su presupuesto; igualmente, decidirá sobre la modificación del número de magistrados o sobre la falta de cooperación de algún Estado. La Asamblea actuará conforme al Estatuto y las Reglas de procedimiento; orgánicamente, tendrá una 'Mesa' que se conformará por un presidente, un vicepresidente y 18 miembros, electos por esta asamblea para un período de tres años. La Comisión Preparatoria de la CPI, con fecha de 20 de diciembre de 2000, ha desahogado, conforme al Art. 112 de l Estatuto, un *Proyecto de reglamento de la Asamblea de los Estados Partes*, mismo que fue examinado, aprobado y adoptado en la primera sesión de este órgano en septiembre de 2002. Dicho reglamento será tratado en este capítulo más adelante en la parte de "Reglamentación de la Corte Penal Internacional".

La Parte XII del Estatuto versa sobre las cuestiones financieras del órgano jurisdiccional. Aquí se dispone que la Corte tendrá fondos autónomos, provistos por los Estados miembros conforme a prorrateos con una escala de cuotas convenida, regulados por el Estatuto y un *Reglamento financiero y reglamentación financiera detallada* que ya fueron aprobados por la Asamblea de Estados Partes y regirán absolutamente toda la actividad de la Corte. En esta parte se establece que existirá la posibilidad de obtener fondos procedentes de las Naciones Unidas sobre todo en caso de remitirse un caso por el Consejo de Seguridad; también, existirá la posibilidad de recibir contribuciones voluntarias.⁵²⁷

La Parte XIII y última dispone en sus <Cláusulas finales> que las controversias relativas a las funciones judiciales de la Corte serán dirimidas por ella. Aquí, cabe hacer mención en torno a la referencia explícita –aunque bastante general e imprecisa– hecha sobre la relación que tendrán la CPI y la Corte Internacional de Justicia. Por ejemplo, con relación a la interpretación o aplicación del Estatuto y de surgir una controversia al respecto entre dos o más Estados Partes, que no haya podido ser resuelta mediante negociaciones durante tres meses, la Asamblea de Estados Partes *tratará de resolver por sí misma la controversia*. No obstante, la Asamblea podrá recomendar otros medios de solución, incluyendo la *remisión a la Corte Internacional de Justicia* (CIJ) de conformidad con el Estatuto de esa institución judicial.⁵²⁸

El Estatuto de Roma *no admite reservas*.⁵²⁹ Sin embargo, como <disposición de transición> y con la posibilidad de ser reconsiderado en una *Conferencia de Revisión de los Estados Partes para examinar las enmiendas al Estatuto*, cabe la posibilidad de que un Estado al hacerse parte del Estatuto, declare que no aceptará la competencia, durante un período de siete años, respecto de la jurisdicción de la Corte sobre los crímenes de guerra que sanciona el Art. 8 del Estatuto cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio.⁵³⁰

Los artículos 121,122 y 123 contemplan la posibilidad de *revisión* del Estatuto en base a propuestas de *enmiendas* hechas por los Estados Partes. Un tipo de enmiendas a disposiciones consideradas <de carácter institucional>, se podrán proponer en cualquier momento con texto de entrega al Secretario General de la ONU o a la persona designada por la Asamblea de Estados Partes para su distribución

⁵²⁷ Con fecha de 20 de marzo de 2001, la Comisión Preparatoria de la CPI entregó un *Proyecto de reglamento financiero y reglamentación financiera detallada* (documento de debate propuesto por el Coordinador), así como *Proyecto de resolución de la Comisión Preparatoria sobre el establecimiento del Comité de Presupuesto y Finanzas*, al igual que un *Proyecto de resolución de la Asamblea de los Estados Partes sobre los criterios relativos a las contribuciones voluntarias a la Corte Penal Internacional*, ya aprobados por la Asamblea y que trataremos más adelante.

⁵²⁸ Artículo 119(2) "Solución de controversias" del Estatuto de la CPI.

⁵²⁹ Artículo 120 del Estatuto de la CPI.

⁵³⁰ Artículo 124 del Estatuto de la CPI. Este artículo también señala que dicha "declaración" podrá ser retirada en cualquier momento.

inmediata a todos los Estados miembros de la Corte. La decisión sobre estas propuestas de enmiendas institucionales, serán resueltas por la Asamblea de Estados Partes o por una *Conferencia de Revisión* tras el voto aprobatorio de dos terceras partes y entrarán en vigor seis meses después de su aprobación.⁵³¹ Los artículos 121 y 123 disponen el procedimiento sobre enmiendas y revisión del Estatuto. Exceptuando las de tipo institucional que hemos mencionado, no antes de siete años posteriores a la entrada en vigor del Estatuto, cualquier Estado-parte podrá proponer enmiendas con entrega al Secretario General de las Naciones Unidas sobre los *crímenes competencia de la Corte* aunque no sólo limitándose a ellos; éste, convocará a una *Conferencia de Revisión de los Estados Partes para examinar las enmiendas al Estatuto*. Posterior a tres meses de hecha la propuesta de enmienda y convocada la Conferencia o por sí misma, la Asamblea de Estados Partes decidirá si ha de examinar la propuesta.

La aprobación de una propuesta de enmienda, de no ser por consenso, se hará por voto aprobatorio de dos terceras partes de los Estados-parte o de la Conferencia de Revisión. Para que una enmienda en general entre en vigor, es necesario que siete octavos de los Estados hayan depositado su instrumento de ratificación y haya transcurrido un año. Para las reformas hechas a los crímenes jurisdicción de la Corte, las enmiendas entrarán en vigor, un año después pero sólo para los Estados que las hayan aceptado. Por esto, la Corte no tendrá competencia respecto de un individuo o crimen cometido en el territorio del Estado que no haya aceptado la reforma, el cual, puede denunciar el Estatuto con efecto inmediato, a más tardar a un año de la entrada en vigor de la modificación.

Posterior a la prohibición de los siete años y al espacio necesario transcurrido para la entrada en vigor de una enmienda (un año), en cualquier momento, previa petición de un Estado-parte y con la aprobación de la mayoría de los Estados-partes, el Secretario General de las Naciones Unidas podrá convocar a una nueva conferencia de revisión, siguiendo el procedimiento delineado en el Estatuto. Cualquier Estado puede denunciar el Estatuto de Roma por notificación escrita hecha al Secretario General de la ONU, surtiendo efecto un año después de recibida la notificación o, por indicación, en una fecha ulterior. La denuncia del Estatuto no exime al Estado de las obligaciones contraídas durante su pertenencia a la Corte, tales como obligaciones financieras, cooperación judicial, así como no podrá evitar se investigue y procese asuntos previstos con anterioridad a la denuncia.

Hemos referido que fueron necesarias sesenta ratificaciones para la entrada en vigor del Estatuto –lo cual se cumplimentó sobradamente el 1º. de julio de 2002, contándose con 90 ratificaciones al mes de junio de 2003. Lo que falta mencionar es la situación de la aprobación, aceptación o ratificación posterior al sexagésimo depósito. El Estatuto está abierto a la adhesión o accesoión de cualquier Estado y, de ser posterior al depósito de la ratificación número sesenta, el Estatuto entrará en vigor, para ese Estado, el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación.

iii) Los Elementos de los Crímenes: revisión general.

La parte II del Estatuto de Roma de la CPI, en su artículo 9º, dispone que los elementos de los crímenes, como parte del derecho aplicable de la Corte,⁵³² ayudarán a interpretar y aplicar los

⁵³¹ Las propuestas de “enmiendas a disposiciones de carácter institucional” refieren exclusivamente al desempeño del cargo del magistrado; a los criterios de selección de los magistrados y el lapso en el tiempo en el desempeño de sus funciones; el procedimiento para cubrir vacantes; la elección del Presidente y vicepresidentes primero y segundo; la organización de las secciones de la Corte (Cuestiones Preliminares, Primera Instancia y Apelaciones); la elección, exclusividad profesional, dispensa de intervenir en determinado asunto o la recusación del Fiscal y los fiscales adjuntos, así como el nombramiento de sus asesores jurídicos especialistas; la dirección de la Secretaría y la elección del Secretario; el nombramiento por el Fiscal y el Secretario de personal o funcionarios calificados; así como la separación del cargo, medidas disciplinarias, sueldos, estipendios y dietas de los magistrados, el Fiscal, un fiscal adjunto, el Secretario o el Secretario Adjunto.

⁵³² Como se ha venido mencionando en este apartado, el Estatuto de Roma de la CPI, los Elementos de los crímenes y las Reglas de Procedimiento y prueba, componen los tres instrumentos del derecho aplicable de la Corte Penal Internacional.

artículos 6, 7, y 8 del Estatuto.⁵³³ Así también, se dispone que dichos elementos de los crímenes y sus posibles enmiendas serán compatibles con el Estatuto. En la Resolución F de la *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, adoptada el 17 de julio de 1998, a la vez que se creaba la Comisión Preparatoria de la CPI y se le encomendaba la tarea de elaborar *proyectos de medidas prácticas para el establecimiento de la Corte y para que ésta entre en funciones*, se disponía la elaboración, por parte de la Comisión, de los proyectos de *Reglas de Procedimiento y Prueba* y de los *Elementos de los Crímenes*, los cuales, según quedó señalado en esa resolución, debían estar terminados antes del 30 de junio del 2000.

Así, los trabajos de la Comisión Preparatoria de la CPI llevaron a reuniones de trabajo, en la sede de las Naciones Unidas, a lo largo de 1999 y 2000, dando cumplimiento a lo resuelto en las Resoluciones 53/105, de 8 de diciembre de 1998, y 54/105, de 9 de diciembre de 1999 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El *Grupo de Trabajo sobre los Elementos de los Crímenes*, en estos dos años, hubo de recibir, analizar y debatir en las respectivas sesiones de la Comisión Preparatoria, diversas propuestas, correcciones, comentarios, documentos de debate, incluso solicitudes relativas a un texto preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el artículo 8 de los crímenes de guerra en el Estatuto de la CPI,⁵³⁴ que en su totalidad llegaron a sumar 87 documentos presentados por países únicos o por grupos de éstos, según consta en los informes de las Actuaciones de la Comisión Preparatoria en sus primero al quinto períodos de sesiones.⁵³⁵

En este debate que finalmente llevó a la consolidación de un Proyecto de *Texto definitivo de los Elementos de los Crímenes*, que fue aprobado por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes en el 2002, han participado países como Alemania, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Bahrein, Bangladesh, Bélgica, Canadá, Colombia, Comoras, Costa Rica, China, República de Djibouti, Egipto, EUA, Emiratos Árabes Unidos, España, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Hungría, Irak, la Jamahiriya Árabe Libia, Japón, Jordania, Kuwait, Libano, Omán, Marruecos, Mauritania, México, Qatar, República Árabe Siria, República de Corea, el Sudán, Sudáfrica, Suiza, Túnez y Yemen.

En el quinto período de sesiones de la Comisión Preparatoria, celebrado del 12 al 30 de junio del 2000, que continuaba con los trabajos sobre la base de su programa aprobado el 16 de febrero de 1999, y teniendo en mente la fecha en que estaba señalado habría de tenerse el instrumento de los Elementos,⁵³⁶ se centraron los trabajos en este sentido. En la 23ª sesión de la Comisión, celebrada el 30 de junio del 2000, día último de ese período de sesiones, fue aprobado el propio Informe de la Comisión Preparatoria, que contenía el texto de los proyectos de las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes. Posteriormente, en el Informe de la Comisión Preparatoria de la CPI, entregado para su distribución general el 2 de noviembre del 2000, se incorporaron, para nuestro interés, las correcciones propuestas por los gobiernos de las versiones en Árabe, Español y Francés que, con el fin de velar por la *coherencia lingüística* entre los textos de los distintos idiomas, la Comisión Preparatoria, desde junio del 2000, había pedido a las delegaciones que presentaran a la Secretaría únicamente correcciones lingüísticas a más tardar el 15 de octubre de ese año, para incorporarlas en el Informe.

⁵³³ Los artículos 6, 7 y 8 sancionan los actos criminales que han sido considerados de la jurisdicción de la CPI: *genocidio*, crímenes de *lesa humanidad* y crímenes de *guerra*.

⁵³⁴ Según dispone el Párrafo 5 de la Resolución 54/105 de la Asamblea General de Naciones Unidas, las ONG's pueden participar en la labor de la Comisión Preparatoria asistiendo a sus sesiones plenarias y otras sesiones públicas de conformidad con el Reglamento -de la Comisión-, recibiendo copias de los documentos oficiales y poniendo suyos a disposición de los delegados.

⁵³⁵ La Comisión Preparatoria y, en específico, el *Grupo de Trabajo sobre los Elementos del Crimen*, se reunió en la Sede de las Naciones Unidas del 16 al 26 de febrero, del 26 de julio al 13 de agosto y del 29 de noviembre al 17 de diciembre de 1999, y del 13 al 31 de marzo y 12 al 30 de junio 2000.

⁵³⁶ La Resolución F de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, señalaba el 30 de junio del 2000 como fecha en que debían estar terminados los instrumentos de los Elementos de los crímenes y las Reglas de procedimiento y Prueba.

En el Informe de la Comisión del 2 de noviembre del 2000, como adición, aparece el *Proyecto de Texto definitivo de los elementos de los crímenes*. Previo a presentar, de forma general, la estructura de los elementos de los crímenes, hemos de hacer referencia al Art. 30 del Estatuto de la CPI. Este artículo alude al *elemento de intencionalidad* y sanciona que *una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen*, proponiéndose intencionalmente incurrir en una conducta sancionada o, en relación con una consecuencia, se ha propuesto causar o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimiento el ilícito. Entonces, la intención y el conocimiento son los elementos materiales del crimen y pueden inferirse de los hechos y las circunstancias del caso; así, a los elementos de los crímenes, habrá de sumarse el elemento material o de *intencionalidad*, además de que un determinada conducta puede configurar uno o más crímenes.

La estructura de los elementos de los crímenes enumera por regla general, en este orden, la conducta, las consecuencias y las circunstancias correspondientes a cada crimen y, cuando se requiera un elemento de intencionalidad específico, éste aparecerá después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente. Las circunstancias de contexto en cada crimen, se enumeran en último lugar.⁵³⁷ Los crímenes competencia de la Corte que están referidos en los artículos 5, 6, 7 y 8 del Estatuto (genocidio, lesa humanidad y de guerra), junto con sus elementos, ya han sido ampliamente tratados en los Capítulos cuarto y quinto de la presente tesis, razón por la cual ya no haremos ninguna mención al respecto. Sin embargo, resta por señalar algunas puntualizaciones que sobre este tema hace el artículo 9 del instrumento principal. Así, en el párrafo 1 se estipula que los Elementos de los Crímenes que utilizará la Corte para interpretar los artículos antes citados, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. Igualmente, el párrafo 2 prescribe que cualquier Estado Parte, los magistrados por mayoría absoluta y el fiscal, podrán proponer enmiendas a los <Elementos>, mismas que entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros del máximo órgano. Finalmente, el párrafo 3 acota que los <Elementos> y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el propio Estatuto.

iv) Las Reglas de Procedimiento y Prueba: revisión general.

Las reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante <las Reglas>), constituyen un instrumento para resolver situaciones concretas del proceso y para la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y entraron en vigor tras su aprobación en septiembre de 2002, por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes, conforme al Art. 51 del Estatuto.⁵³⁸ Las Reglas de Procedimiento y Prueba, las enmiendas a ellas⁵³⁹ y las reglas provisionales⁵⁴⁰ deberán interpretarse conjuntamente con las disposiciones del Estatuto y con sujeción a ellas.⁵⁴¹ En caso de

⁵³⁷ Comisión Preparatoria de la CPI; “Elementos de los crímenes: introducción general” en *Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes (PCNICC/2000/I/Add.2)*. Naciones Unidas, 2 de noviembre de 2000, pp. 6-7.

⁵³⁸ *El Grupo de Trabajo sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba*, también fue creado por la Comisión Preparatoria conforme a la *Resolución F* de la Conferencia Diplomática de 1998 en Roma, Italia. Los trabajos de este Grupo comenzaron en 1999, en el primer período de sesiones de la Comisión Preparatoria, del 16 al 26 de febrero de 1999, y concluyeron en su quinto período de sesiones en junio del 2000, del 12 al 30, con lo cual se cumplió con el tiempo que, conforme a la mencionada resolución, se había dispuesto que dicho instrumento estuviera en su *Texto final*, a más tardar el 30 de junio del 2000.

⁵³⁹ Podrán proponer enmiendas a las Reglas cualquier Estado-parte, los magistrados por mayoría absoluta y el Fiscal. Las enmiendas también serán aprobadas, por mayoría de dos tercios, en la Asamblea de Estados Partes.

⁵⁴⁰ Conforme al Estatuto, párrafo 3 del Art. 51, está garantizada su aplicación, ya que, en casos urgentes o que las Reglas de procedimiento y prueba no resuelvan una situación concreta suscitada en la Corte, los magistrados podrán, por mayoría de dos tercios, establecer reglas provisionales que se aplicarán hasta que la Asamblea de Estados Partes las apruebe, enmiende o rechace en su siguiente período ordinario o extraordinario de sesiones.

⁵⁴¹ También, en caso de conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las Reglas, prevalecerá el Estatuto, (Art. 51.5)

aprobarse enmiendas a las Reglas, así como en la adopción de reglas provisionales, no se aplicarán retroactivamente en detrimento de la persona que sea objeto de la investigación o el enjuiciamiento o que haya sido condenada.

Ya que la CPI requerirá de la cooperación internacional y la asistencia judicial, a los efectos de los procesos en los países, las reglas de procedimiento y prueba no afectarán a las normas procesales aplicables en un tribunal o en un sistema jurídico nacional. Las provisiones de tipo procesal, en el caso de la CPI, llegan a ser muy detalladas, en parte, debido a que fueron gradualmente desarrolladas a lo largo de un complejo proceso que inició con un Comité Ad-hoc en 1995,⁵⁴² continuaron con el Comité Preparatorio de la CPI y culminaron con un Informe Final del Grupo de Trabajo sobre Asuntos de Procedimiento (*Working Group on Procedural Matters*),⁵⁴³ que tan sólo dos días antes de la conclusión de la Conferencia de Plenipotenciarios en Roma, Italia, el 15 de julio de 1998, entregó su *Informe Final*, del cual se partió en la elaboración del *Proyecto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba*.

El interés en que se contara con adecuadas normas procedimentales de tipo internacional y penal comenzó a llamar la atención de las diversas delegaciones conforme se iba acercando la Conferencia de Roma de 1998, pues habían detectado que la credibilidad y efectividad de la Corte, dependía de mirar más allá de tan sólo aspectos técnicos de cooperación internacional, para lo cual era necesario asegurar los más altos estándares de justicia, imparcialidad y debido proceso y sobre todo, donde estuvieran representados los principales sistemas de justicia del mundo.

Los trabajos que guiaron al Grupo de Trabajo sobre Asuntos de Procedimiento, estuvo orientado a solventar tres principales categorías de dificultades:

- 1) la necesidad de representar los principales sistemas de justicia del mundo;
- 2) la necesidad de eliminar requisitos técnicos innecesarios; y
- 3) la necesidad de asegurar una adecuada relación entre la Corte y los sistemas jurídicos nacionales.

Así, la tarea, conforme al primer punto, debió prever que no se favoreciera a un determinado sistema legal sobre los demás, además de impulsar acuerdos en reuniones formales e informales, donde los expertos, abogados socializados, por normal tendencia se postulaban por los valores de su propio sistema penal y sus instituciones, que les eran familiares, conocían y en las que confiaban. Frente a largas y lentas discusiones de expertos defendiendo las bondades del sistema legal propio y su procedimiento, un número muy escaso de abogados tuvieron una actitud que sacó adelante los trabajos. Éstos presentaron profundos análisis de los sistemas que les eran ajenos, cómo los entendían y de mayor interés, dando a conocer una perspectiva desideologizada de un sistema jurídico que les era ajeno: lo habían estudiado, lo intentaban comprender e intercambiaban los puntos de vista, se reconocían los avances, pero también adquirían una perspectiva distinta y detectaban que ningún sistema por sí sólo llenaría los estándares de los demás, y de aquí partía la necesidad de todos de estudiar "los sistemas de los demás".⁵⁴⁴

Para 1997, la necesidad que se había evidenciado en los delegados de estudiar los sistemas ajenos al propio, creó la conciencia de que el procedimiento en la Corte no sería y no podría reflejar un sistema legal en particular, más bien se necesitaba un híbrido, práctico y eficaz, además de consensuado. De

⁵⁴² La primera ocasión en que se reunió el Comité Ad-hoc para el establecimiento de una corte penal internacional fue en Nueva York, del 3 al 13 de abril y del 14 al 24 de agosto de 1995, de acuerdo con la Resolución 49/53, de 9 de diciembre de 1994, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁵⁴³ El mandato del Grupo de Trabajo sobre Asuntos de Procedimiento, había sido analizar los asuntos técnicos sobre las disposiciones de tipo penal relativas a la investigación y el enjuiciamiento, el juicio y sobre la apelación y revisión de las penas.

⁵⁴⁴ Parte importante de las ideas aquí plasmadas fueron derivadas de las discusiones sostenidas entre el suscrito y el Lic. Raymundo García García, joven egresado de la Especialidad de Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Consúltense la tesis que él elaboró bajo la dirección del suscrito y que se intitula: México ante el Nuevo Derecho Internacional Penal: el Establecimiento de una Corte Penal de Orden Supraestatal. FCPS, UNAM, México, 2002, 361 pp. (Mención Honorífica).

por medio, transcurrió el proyecto que habría de presentar la Comisión de Derecho Internacional, el cual fue acusado de estar excesivamente influido por la práctica del *common law*, y los estatutos de los tribunales de Yugoslavia y Ruanda; a lo cual, Francia, en 1996, respondió presentando otro acercamiento a un procedimiento de la Corte, pero más apegado al *civil law*.

Con una nueva actitud, las delegaciones acordaron que era indispensable, primero, compilar todos las propuestas nacionales siguiendo una metodología coherente, lo que llevó a adherir a un solo marco todas las propuestas de la totalidad de las delegaciones, pero con los nombres de los autores omitidos. Este método no evitó que se aglutinara un enorme recopilado (casi un galimatías), con muchas propuestas repetidas, de nuevo sumamente influenciadas por los sistemas nacionales y reiteradamente detalladas: los trabajos no habían logrado encontrar un denominador común, por lo que se acordó analizar de nuevo el compilado, pero ahora para reducirlo y simplificarlo.⁵⁴⁵

Con un documento de 24 páginas como primer proyecto de texto consolidado de normas de procedimiento penal, el mayor progreso alcanzado fue haber superado las visiones nacionales y contrarias entre los partidarios del *common* y el *civil law*, quienes se posicionaron por un sola y franca propuesta de procedimiento penal,⁵⁴⁶ aceptable para todas las delegaciones, aunque representaban distintos sistemas legales, y se reflejaron en el Artículo 65 del Estatuto de la CPI y en la creación de una *Sala de Cuestiones Preliminares*: una innovación de <institución híbrida> basada en las propuestas del *civil law*, que asegurara la eficiencia e integridad del proceso y protegiera los derechos de la defensa, de los detenidos (distintos de los acusados), así como la admisión de pruebas y la protección de testigos y víctimas; además de que se comenzó a explorar en los delicados terrenos de la reparación de testigos y víctimas, y la cuestión de la protección de asuntos, testimonios o entrega de pruebas que afectaran a la seguridad nacional del Estado.

Por su parte, la cuestión de eliminar detalles innecesarios de procedimiento, llevó a los delegados a cuestionarse qué tanto procedimiento era necesario se encontrara en el Estatuto y hasta dónde las Reglas de Procedimiento y Prueba podían ser un instrumento por separado del Estatuto. Muchas delegaciones eran de la postura que en el Estatuto sólo se establecieran las cuestiones primordiales y los detalles fueran redactados en uno o dos instrumentos por separado, elaborados por los Estados partes o por la Corte misma. La cuestión de “por separado” o “incluido en el Estatuto”, se presentó en dos propuestas sometidas; una, conjuntamente planteada por Australia y los Países Bajos, y otra ostentada por Francia. La propuesta de Australia y Holanda concebía tres instrumentos: el Estatuto, conteniendo sólo los principios del procedimiento de la Corte; las reglas de procedimiento y prueba necesarias para hacer esos principios operacionales; y una regulación de la Corte que contuviera los requerimientos mínimos necesarios para su funcionamiento.

Por su lado, la propuesta francesa, que finalmente no prosperó, preveía que la totalidad de las reglas de procedimiento y prueba necesarias, fueran incluidas en el Estatuto. Incluso, la delegación de EUA, llegó a proponer que las reglas de procedimiento y prueba fueran redactadas simultáneamente con el Estatuto y fueran adoptadas en Roma como un anexo, lo cual era materialmente imposible.

Finalmente, la decisión fue que los Estados elaboraran las Reglas de Procedimiento y Prueba, y que los magistrados una vez en funciones procedieran a la formulación del reglamento de la Corte. Tomada la decisión de que las Reglas de Procedimiento y Prueba se estatuyeran, conforme al Estatuto, por separado, la discusión se planteó en términos de limitar las funciones de la Corte y controlarlas tanto como fuera posible. La cuestión fue salvada al incluir que su redacción estaría a

⁵⁴⁵ De la reunión informal celebrada en Siracusa, Italia, del 29 de mayo al 4 de junio de 1997, resultó una “Compendio de propuestas en materia procedimental” (Abbreviated Compilation of Proposals on Procedural Matters), que más allá de haber logrado reducir ese amplio compilado, mostró un interés que se dirigía ya hacia generar un verdadera, y comprometida, propuesta común.

⁵⁴⁶ Consúltese el trabajo de nuestra estimada colega Silvia A. Fernández de Gurmendi: “*International Criminal Law Procedures. I. The process of negotiations*”, en *op.cit.* Roy S. Lee; *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute*, pp.217-227

cargo de los Estados firmantes del Acta final de la Conferencia de Roma a través de una Comisión Preparatoria, además de que se introdujo la opción de realizar enmiendas a estas en el Artículo 51 del Estatuto.⁵⁴⁷ Finalmente, pero siendo la cuestión de mayor dificultad en los asuntos procedimentales, la necesidad de que se asegurara una adecuada relación de balance entre la Corte y los sistemas legales nacionales, la tarea del Grupo de Trabajo sobre Asuntos de Procedimiento (*Working Group on Procedural Matters*) se centró en la labor de las pesquisas preliminares de la Corte, que debían atender al principio de complementariedad, y los casos en principio admisibles.

Como hemos señalado, la cuestión quedó limitada a incluir en el Estatuto de Roma un sólo artículo en específico referente a las reglas de procedimiento y prueba, donde de manera sumamente general se dispone su entrada en vigor y la posibilidad de hacer enmiendas, establecer reglas provisionales, prever la irretroactividad de las enmiendas y limitar el alcance de las disposiciones procedimentales al Estatuto. La cuestión del alcance de las reglas procedimentales, quedó incluida en el Acta de la Conferencia de Roma de 1998, donde se decidió crear la citada Comisión Preparatoria que habría de redactar, con la participación de los Estados, las Reglas.

Así, en un proceso similar al que hemos descrito para los Elementos de los crímenes, el *Proyecto de Texto Definitivo de las Reglas de procedimiento y Prueba* fue precedido por arduos trabajos a lo largo de 1999 y 2000, para que finalmente el 2 de diciembre del 2000, fuera puesto para su distribución general dicho *Texto definitivo*, con las correcciones hechas a los textos en Árabe, Español y Francés.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, se componen de 225 reglas y están divididas en 12 capítulos:

1. Disposiciones generales.
2. De la composición y administración de la Corte.
3. De la competencia y la admisibilidad.
4. Disposiciones relativas a diversas etapas del procedimiento.
5. De la investigación y el enjuiciamiento.
6. Del procedimiento en el juicio.
7. De las penas.
8. De la apelación y la revisión.
9. Delitos contra la administración de justicia y faltas de conducta en la Corte.
10. Indemnización del detenido o condenado.
11. De la cooperación internacional y la asistencia judicial.
12. De la ejecución de la pena.

El Capítulo 1 incluye las reglas 1 a 3 y define los *términos empleados*, reconoce cinco idiomas y textos oficiales: Árabe, Chino, Español, Francés, Inglés y Ruso, además de lo relativo a las enmiendas a las Reglas.⁵⁴⁸

El Capítulo 2 comprende las reglas 4 a 43 y está dividido en cinco secciones, además de que algunas de estas se hallan divididas, a su vez, en subsecciones. En este capítulo se dispone lo relativo a las *disposiciones generales* sobre la composición y administración de la Corte, al funcionamiento y atribuciones de la Fiscalía y la Secretaría, la elección del Secretario y el Secretario adjunto; también, a las funciones, obligaciones y labor de personal especializado trabajando en la <Dependencia de Víctimas y Testigos> que se instaurará dentro de la Secretaría. De igual forma, se establecen las obligaciones del Secretario en relación con las víctimas y los testigos, así como con los derechos de la defensa, las asignaciones de asistencia y el nombramiento de abogados defensores y las condiciones que deben cubrir. De igual forma, en este segundo capítulo se estipula, por principio general, que los

⁵⁴⁷ *op.cit.* Silvia A. Fernández de Gurmendi; “International Criminal Law Procedures...”, pp. 224-226.

⁵⁴⁸ Estas “disposiciones generales” del Capítulo 1, se complementan con la Sección V del Capítulo 2, reglas 40 a 43 sobre cuestiones de publicación de las decisiones en los cinco idiomas oficiales de la Corte; los idiomas de trabajo, que ciertamente no sólo se limitan al Inglés y el Francés si así decide la Presidencia de la Corte; los servicios de traducción y un procedimiento aplicable a la publicación de los documentos de la Corte.

magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario y el secretario adjunto serán separados del cargo o sometidos a medidas disciplinarias en los casos y con las garantías establecidos en el Estatuto y en las Reglas.⁵⁴⁹ Igualmente, se tiene previsto lo referente a presentación de denuncias, la suspensión o separación del cargo o, en su caso, de una dispensa, recusación, fallecimiento, dimisión o sustitución de algún magistrado y un procedimiento en caso de solicitud de adopción de medidas disciplinarias como la amonestación o una multa pecuniaria.

El Capítulo 3, de la *competencia y la admisibilidad*, abarca las reglas 44 a 62, las cuales se dividen en tres secciones.⁵⁵⁰ Aquí, se enuncia un procedimiento sobre la aceptación expresa de un Estado que no sea parte del Estatuto para que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate, así como la forma escrita en que se hará la remisión de una situación al Fiscal. También, lo relativo a los testimonios, la determinación del fundamento suficiente y la información suministrada al Fiscal para abrir una investigación, además de un procedimiento para que la Sala de Cuestiones Preliminares autorice el inicio de una investigación o bien, se tenga en cuenta factores para tomar una decisión preliminar relativa a la admisibilidad, se declare la inadmisibilidad de un asunto o se pueda impugnar la competencia de la Corte o de la admisibilidad de cierta causa.

El Capítulo 4 contiene disposiciones relativas a *diversas etapas del proceso*, y comprende las reglas 63 a 103 divididas en cuatro secciones.⁵⁵¹ Así, en estos artículos se sancionan lo relativo a las reglas probatorias, los procedimientos relativos a la pertinencia o admisibilidad y principios que guiarán a la Corte respecto de la aceptación de pruebas basadas en testigos, testimonios, comportamiento previos o incluso, inculpaciones por familiares. De igual forma, se establecen procedimientos para la restricción o divulgación, antes del juicio, de información relativa a los testigos de cargo o de informes o acciones a realizar por la defensa. En la Sección III, entre otras cuestiones, se define a las *víctimas*,⁵⁵² se constituye un principio general⁵⁵³ y se establecen procedimientos en torno a medidas de protección y reparación a las víctimas y testigos que participen en un proceso y en las actuaciones o audiencias:

“Regla 98. Fondo Fiduciario.

1. Las órdenes de reparación individual serán dictadas directamente contra el condenado.
2. La Corte podrá decretar que se deposite en el Fondo Fiduciario el monto de una orden de reparación dictada contra un condenado si, al momento de dictarla, resulta imposible o impracticable hacer pagos individuales directamente a cada víctima. El monto de la reparación depositado en el Fondo Fiduciario estará separado de otros recursos de éste y será entregado a cada víctima tan pronto como sea posible.

⁵⁴⁹ *cfr.* Regla 23 del *Texto final del proyecto de Reglas de Procedimiento y Prueba* de la CPI.

⁵⁵⁰ Sección I. Declaraciones y remisiones relativas a los artículos 11, 12, 13, y 14. Sección II. Inicio de una investigación de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de la CPI. Sección III. Impugnaciones y decisiones preliminares con arreglo a los artículos 17, 18 y 19 del Estatuto.

⁵⁵¹ Sección I. La prueba; Sección II. Divulgación de documentos o información; Sección III. Víctimas y testigos; Sección IV. Disposiciones diversas, (decisión de poder sesionar en un Estado distinto del anfitrión, fijar plazos para la realización de una diligencia, posibilidad de hacer una petición, solicitud, observación u otra comunicación en la Corte por medios de audio o video o cualquier otro medio electrónico y la invitación a hacer observaciones como *amicus curiae* y otras formas de hacer observaciones).

⁵⁵² Regla 85. Definición de víctimas. Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Prueba, por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; además, se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

⁵⁵³ Regla 86: una Sala, al dar una instrucción o emitir una orden y todos los demás órganos de la Corte al ejercer sus funciones con arreglo al Estatuto o a las Reglas, tendrán en cuenta las necesidades de todas las víctimas y testigos de conformidad con el artículo 68 del Estatuto, en particular los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género.

3. La Corte podrá decretar que el condenado pague el monto de la reparación por conducto del Fondo Fiduciario cuando el número de las víctimas y el alcance, las formas y las modalidades de la reparación hagan más aconsejable un pago colectivo.
4. La Corte, previa consulta con los Estados interesados y con el Fondo Fiduciario, podrá decretar que el monto de una reparación sea pagado por conducto del Fondo Fiduciario a una organización intergubernamental, internacional o nacional aprobada por éste.
5. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 79, se podrán utilizar otros recursos del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas”.

El Capítulo 5, *de la investigación y enjuiciamiento*, contiene seis secciones y abarca las reglas 104 a 130 donde se conduce lo relativo a la evaluación de la información y la decisión del Fiscal respecto del inicio de una investigación, además de la revisión de tal determinación por la Sala de Cuestiones Preliminares, la cual finalmente confirmará los cargos a quien haya sido objeto de una orden de detención o comparecencia ante esta sala. También, se señala lo relativo a la reunión de pruebas mediante levantamiento de actas, grabación de interrogatorios u obtención de información, como en el caso de reconocimiento médico, oportunidad única de proceder a una investigación o reunión de pruebas en el territorio de un Estado Parte. También, en la Sección IV del Capítulo 5 se previene de procedimientos relativos a la *restricción y privación de la libertad* o la detención de un sospechoso en un Estado, la detención previa al juicio en la sede de la Corte o la posibilidad de que la Sala de Cuestiones Preliminares imponga condiciones restrictivas de *libertad condicional* o para utilizar instrumentos para limitar los movimientos.

El Capítulo 6 concierne al *procedimiento en el juicio*. Las reglas 131 a 144 refieren a las actuaciones de un asunto remitido por la Sala de Cuestiones Preliminares y tan pronto como se haya decidido la constitución de la Sala de Primera Instancia. Aquí se reúnen los procedimientos para fijar la fecha del juicio, las actuaciones dentro del proceso, el registro puntual del proceso (conforme a expedientes de las actuaciones del juicio respecto de las diligencias de prueba y testimonio en base a periodos señalados por el Presidente de la Sala), para finalmente llegar a una decisión (en base a deliberación a puerta cerrada), sobre la decisión de la declaración de culpabilidad, procediendo a dictar sus decisiones de forma pública.⁵⁵⁴

El Capítulo 7, *de las penas*, reglas 145 a 148, expone los factores a tener en cuenta para la imposición de una pena, ya sea la reclusión, multas, órdenes de decomiso o la posibilidad de dictar una orden de transferencia de las multas o decomiso al Fondo Fiduciario, en base a observaciones de representantes de dicho fondo. El Capítulo 8, *de la apelación y la revisión*, comprende las reglas 149 a 161, las cuales están subdivididas cuatro en secciones que incorporan reglas relativas al procedimiento en la sala de apelaciones de algún asunto sobre el recurso interpuesto (apelación o revisión), sobre una sentencia condenatoria o absolutoria, de la pena o la decisión de otorgar reparación.

En el Capítulo 9, reglas 162 a 172, *de los delitos contra la administración de la justicia y faltas de conducta*, en dos secciones se establecen los criterios para ejercer la jurisdicción de la Corte y sancionar conductas conforme al art. 71 del Estatuto; también, lo relacionado con la investigación, el enjuiciamiento y el proceso, así como los plazos de prescripción, de cinco años, para el caso de los delitos contra la administración de la justicia sancionados por el Estatuto de la CPI en su artículo 70.

⁵⁵⁴ Regla 144. Anuncio de las decisiones de la Sala de Primera Instancia:

1. Las decisiones de la Sala de Primera Instancia relativas a la admisibilidad de una causa, la competencia de la Corte, la responsabilidad penal del acusado, la imposición de la pena o la reparación serán dictadas públicamente y, siempre que sea posible, en presencia del acusado, el Fiscal, las víctimas o sus representantes legales que participen en las actuaciones de conformidad con las reglas 89 a 91 y los representantes de los Estados que hayan participado en las actuaciones.
2. Se hará llegar lo antes posible copias de las decisiones indicadas a quienes hayan participado en las actuaciones, en uno de los idiomas de trabajo de la Corte, y al acusado, en un idioma que entienda o hable perfectamente, cuando sea necesario, para satisfacer los requisitos de equidad previstos en el párrafo 1 f) del artículo 67 del Estatuto.

Conforme al Capítulo 10, las razones indicadas en el art. 85 del Estatuto, darán pie a un procedimiento para presentar una solicitud de *indemnización*, y según las consecuencias que se hayan derivado de las actuaciones de la Corte, servirán para fijar el monto de una indemnización, derivado de un error judicial grave y manifiesto para la situación personal, familiar, social o profesional del solicitante, según determinan las reglas 173 a 175.

El Capítulo 11, *de la cooperación internacional y la asistencia judicial*, reglas 176 a 197, se divide en seis secciones que circunscriben los órganos encargados, los conductos, los plazos y el idioma elegido para transmitir solicitudes, recibir comunicaciones y dar cumplimiento en torno a la cooperación internacional y la asistencia judicial con la Corte; también, lo pertinente a los trámites, documentos que acompañan la solicitud de detención y entrega de una persona, además de su tránsito por el territorio de un Estado, distinto al de la nacionalidad del detenido, en el traslado a la sede de la Corte, y conforme a las seguridades dadas por ésta para el caso de testigos o expertos que comparezcan.

El Capítulo 12, reglas 198 a 225, establece la *preeminencia de la Presidencia de la Corte* como órgano encargado de las funciones que competen a la ejecución de las penas conforme la Parte X del Estatuto; también, se determina lo relativo a la función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de la libertad, los procedimientos para la designación o cambio del Estado de ejecución, conforme al art. 103 del Estatuto. Al igual, se sanciona con relación al tránsito, la entrega del condenado al Estado de ejecución, los gastos derivados. Asimismo, se especifican las funciones de la Presidencia de la Corte respecto de la supervisión de la ejecución de la pena y las condiciones de reclusión, aparte de las solicitudes de información sobre la localización de la persona a los efectos de la ejecución de las multas, órdenes de decomiso y medidas de reparación.

También se sanciona sobre la presentación, por parte del Estado de ejecución, de una solicitud de procesamiento o ejecución de una pena por conducta anterior, y se pauta sobre la notificación, decisión y respuesta de la Corte, además de la información necesaria para aceptar tal medida. Finalmente, se establecen los criterios para el examen de una reducción de la pena, el procedimiento para tomar esta decisión y, en su caso, las medidas aplicables ante la *evasión de un condenado*.

5.2.3. El derecho derivado o adjetivo de la Corte Penal Internacional.

Una vez que hemos revisado en su generalidad el contenido principal de los instrumentos jurídico-legales fundamentales de la Corte Penal Internacional, que representan su derecho constitucional, consideramos que es importante revisar con cierto detalle la estructura y contenido de su derecho derivado, adjetivo o reglamentario –como también se le denomina. Éste se encuentra integrado por los Privilegios e Inmunidades, el Reglamento de la Asamblea de Estados Partes, la Reglamentación Financiera, el Acuerdo de Relación entre la Corte y las Naciones Unidas, y el Acuerdo con el Estado Sede del Tribunal. Asimismo, como corolario de estas disposiciones adjetivas, resulta conveniente analizar el proyecto de Presupuesto para el primer ejercicio financiero.

Todo este apartado está contenido en la primera versión final de la presente investigación de Tesis. Sin embargo, en primera revisión final, nuestro Tutor principal y los otros Tutores miembros fueron de la opinión de no incorporarlo en la versión definitiva, aduciendo de nueva cuenta razones como un excesivo detalle, extensión innecesaria y desviación de la hipótesis y objetivo centrales. Nosotros en lo personal no compartimos este criterio tutorial, toda vez que nuestro trabajo pretende desarrollar el contenido básico del derecho internacional como un todo: una rama nueva, autónoma y creciente del derecho internacional general. Conforme a nuestra propuesta, el estudio del derecho internacional penal puede dividirse en cuatro grandes apartados: el concepto, los sujetos, el objeto y el método. Y precisamente es a este último, relativo a la represión de las infracciones internacionales a través de los tribunales penales internacionales, que se dedica el presente capítulo, ahora en una presentación más reducida.

5.2.4. Composición y administración de la Corte Penal Internacional.

i) Órganos de la Corte.

El artículo 34 del Estatuto de Roma establece que la Corte estará compuesta por una Presidencia, las secciones de Cuestiones Preliminares, de Primera Instancia, y de Apelaciones; también existirá una Fiscalía y una Secretaría.

A. La Presidencia.

La Presidencia estará constituida por el Magistrado Presidente de la Corte y los Magistrados Vicepresidentes Primero y Segundo. Los magistrados que constituyan la Presidencia desempeñarán sus cargos en *régimen de dedicación exclusiva* tan pronto como sean elegidos, situación que en realidad, se extiende a todos los magistrados de la Corte (art. 35 del Estatuto). La Presidencia estará encargada de la correcta administración de la Corte, con excepción de la Fiscalía, pero recabando su aprobación y en coordinación con ésta en todos los asuntos de interés mutuo.

Conforme al Estatuto de la CPI, las funciones de la Presidencia de la Corte abarcan:

- La conclusión del Acuerdo de relación de la Corte con las Naciones Unidas (art. 2 del Estatuto).
- La conclusión del Acuerdo con el Estado anfitrión relativo a la Sede de la Corte (art. 3.2).
- Decidir, sin afectar lo relativo a sueldos, estipendios y dietas, en función del volumen de trabajo de la Corte y en consulta con los demás magistrados, el que éstos desempeñen sus cargos en régimen de dedicación exclusiva (art. 35.3).
- Proponer, en nombre de la CPI, que se aumente o disminuya conforme al volumen de trabajo, el número de magistrados, pero respetando lo que señala el art. 36 del Estatuto respecto de que un número no inferior de 18 magistrados compondrán la Corte.
- El Presidente de la Corte conformará la Sección de Apelaciones, además de otros cuatro magistrados (art. 39.1).
- Asignar temporalmente magistrados de la Sección de Primera Instancia a la Sección de Cuestiones Preliminares, o a la inversa, pero siempre y cuando un magistrado que sea asignado a la Sala de Primera Instancia no hubiese conocido la cuestión en la etapa preliminar (art. 39.4).
- Dispensar, a petición de un magistrado, del ejercicio de alguna de las funciones que le confiere el Estatuto, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba (art. 41.1).
- Dispensar, a petición del Fiscal o de un Fiscal Adjunto, de intervenir en una causa determinada (art. 42.6).
- Actuar como la autoridad superior del Secretario de la Corte (art. 43.2).
- Autorizar, junto con el Fiscal, el Reglamento del Personal que propone el Secretario de la Corte a la Asamblea de los Estados Partes para su aprobación final (art. 44.3).
- Decidir sobre la renuncia, por parte del Secretario de la Corte, a los privilegios e inmunidades que le confiere el Estatuto (art. 48.5.b).
- Decidir cuáles son las *decisiones que resuelven cuestiones fundamentales* de que conozca la Corte, y que habrán de ser publicadas en los idiomas oficiales, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba (art. 50.1).
- Una vez confirmados los cargos a una persona entregada a la Corte, constituir la Sala de Primera Instancia que se encargará de la siguiente fase del proceso (art. 61.11).
- Designar para cada causa y según estén disponibles, uno o varios magistrados suplentes, para que asistan a todas las fases del proceso y sustituyan a cualquier miembro de la Sala de Primera Instancia que se vea imposibilitado para seguir participando en el juicio (art. 74.1).
- Participar, cuando proceda, en las sesiones de la Asamblea de los Estados Partes y de su Mesa (art. 112.5).

B. Las Secciones.

Conforme al artículo 34.b del Estatuto, la Corte contará con tres secciones para la realización de sus funciones judiciales: una Sección de Cuestiones Preliminares, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Apelaciones. A su vez, en cada Sección, dichas funciones serán realizadas por salas de cuestiones preliminares, de primera instancia y de apelaciones.⁵⁵⁵

La Sección de Cuestiones Preliminares se compondrá de no menos de seis magistrados, quienes predominantemente tendrán experiencia en procedimiento penal. No obstante, las funciones de la Sala de Cuestiones Preliminares serán realizadas por tres magistrados de esta sección o por un solo magistrado de la misma. La Sección de Primera Instancia se integrará de no menos de seis magistrados quienes también, predominantemente tendrán experiencia en procedimiento penal. Las funciones de la Sala de Primera Instancia serán realizadas por tres magistrados de la Sección de Primera Instancia. La Sección de Apelaciones se compondrá del Presidente y otros cuatro magistrados, quienes en su totalidad realizarán las funciones de la Sala de Apelaciones.

El hecho de que no todos los magistrados asignados a una sección participen al mismo tiempo en las funciones de las diversas salas, como se aclara en el Estatuto,⁵⁵⁶ responde a que se podrán constituir simultáneamente más de una Sala de Cuestiones Preliminares o Sala de Primera Instancia cuando la gestión eficiente del Trabajo de la Corte así lo requiera.

C. La Fiscalía.

La Fiscalía, que actuará en forma independiente y será un órgano separado de la Corte,⁵⁵⁷ estará encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para su examen e investigación, y para ejercitar la acción penal. La Fiscalía será conducida por el Fiscal, quien tendrá plena autoridad para dirigir y administrar dicho órgano, con inclusión de su personal, las instalaciones y otros recursos. En su labor, el Fiscal contará con la ayuda de uno o más fiscales adjuntos, los cuales no podrán, incluyendo al Fiscal, ser de misma nacionalidad, a la vez que desempeñarán sus cargos en régimen de dedicación exclusiva.⁵⁵⁸ La Fiscalía, como órgano, participará en la Dependencia de Víctimas y Testigos que establecerá la Secretaría de la Corte. Esta dependencia, en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad para testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte. También, el Fiscal a nombre de la Fiscalía, podrá aceptar ofertas, en circunstancias excepcionales, de personal proporcionado a título gratuito por los Estados Partes, organizaciones intergubernamentales u organizaciones no gubernamentales para colaborar en las actividades de dicho órgano.⁵⁵⁹ El personal de la Fiscalía gozará de los privilegios e inmunidades y facilidades necesarias para el cumplimiento de sus funciones, de conformidad con el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Corte. Obviamente, inmersa en el desempeño de todas las actividades del Fiscal y los fiscales adjuntos, está implicada, como tal, la Fiscalía, pero tales funciones se describirán más adelante para el caso de los Miembros, funcionarios y personal de la Corte.

D. La Secretaría.

La Secretaría estará encargada de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte, además de prestar servicios a ésta. La Secretaría estará dirigida por el Secretario, quien será el principal funcionario administrativo de la Corte, y ejercerá sus funciones bajo la autoridad del Presidente de la Corte. Este órgano estará conformado por el Secretario y un Secretario Adjunto, además del personal

⁵⁵⁵ Art. 39 del Estatuto de la Corte.

⁵⁵⁶ *cf.* Art. 39.2(c) del Estatuto de Roma.

⁵⁵⁷ Art. 42 del Estatuto: Los miembros de la Fiscalía no solicitarán ni cumplirán instrucciones de fuentes ajenas a la Corte.

⁵⁵⁸ El Fiscal y los fiscales adjuntos no realizarán actividad alguna que pueda interferir en el ejercicio de sus funciones o menoscabar la confianza en su independencia: no podrán desempeñar ninguna otra ocupación de carácter profesional, (Art. 42.5 del Estatuto de Roma).

⁵⁵⁹ Artículos 43.6 y 44.4 del Estatuto de la Corte.

necesario. Al interior de la Secretaría, se establecerá una Dependencia de Víctimas y Testigos, la cual adoptará las medidas necesarias para dar protección, seguridad, asesoramiento y otro tipo de asistencia a víctimas y testigos que comparezcan ante la Corte y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. Esta dependencia contará con personal especializado en atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual.⁵⁶⁰

El Secretario y el Secretario Adjunto gozarán, cuando actúen en el desempeño de sus funciones o en relación con ellas, de los mismos privilegios e inmunidades reconocidos a los jefes de las misiones diplomáticas, y una vez expirado su mandato, seguirán gozando de absoluta inmunidad judicial por las declaraciones que hagan oralmente o por escrito y los actos que realicen en el desempeño de sus funciones judiciales. También el personal gozará de este tipo de prerrogativas conforme al Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Corte.⁵⁶¹ Además de que el Secretario actúa bajo la autoridad del Presidente de la Corte, la Asamblea de los Estados Partes ejercerá también control sobre la administración de la CPI.

ii) Miembros, funcionarios y personal de la Corte: métodos de elección y/o designación.

A. Los Magistrados.

La CPI se compondrá inicialmente de 18 magistrados. Esta situación podrá variar a un número mayor de éstos en base a una propuesta escrita y razonada del Presidente de la Corte, el cual distribuirá tal petición a los Estados Partes para que una vez analizada, sea puesta a discusión para su probable aprobación por mayoría de dos tercios en la Asamblea de los Estados Partes. Sin embargo, una vez que fuese aprobada tal decisión y en función de que el trabajo menor de la Corte lo justifique, la Presidencia de la CPI tendrá la facultad de proponer que se reduzca el número de magistrados hasta el número debido, realizando tal reducción de forma progresiva y a medida que expiren los mandatos, en caso de que lo aprobase la Asamblea de los Estados Partes.

Conforme a los artículos 35 y 36 del Estatuto de la Corte, todos los magistrados serán elegidos de entre personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad, y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países. Los Magistrados serán electos como Miembros de la Corte en régimen de dedicación exclusiva y estarán disponibles para desempeñar su cargo en tal calidad desde que comience su mandato.

Las características o sendas cualidades que deberán poseer son las siguientes:

- Reconocida competencia en derecho y procedimiento penales y la necesaria experiencia en causas penales en calidad de magistrado, fiscal, abogado u otra función similar.
- Reconocida competencia en materias pertinentes de derecho internacional, tales como el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos, así como gran experiencia en funciones jurídicas profesionales que tengan relación con la labor judicial de la Corte.⁵⁶²

Igualmente, los candidatos a magistrado deberán tener un excelente conocimiento y dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte: Francés e Inglés.

Los Estados Partes podrán proponer candidatos a los cargos de Magistrado de la Corte mediante dos vías:⁵⁶³ ya sea siguiendo los diversos procedimientos nacionales a los más altos cargos judiciales o, conforme al procedimiento previsto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para proponer

⁵⁶⁰ Artículo 43 del Estatuto de la Corte.

⁵⁶¹ Artículo 48 del Estatuto de la Corte.

⁵⁶² Apartados i y ii del inciso b, párrafo 3, del Art. 36 del Estatuto de la CPI.

⁵⁶³ Un Estado podrá proponer a un candidato que no tenga necesariamente su nacionalidad, pero que en todo caso sea nacional de un Estado Parte, (Art. 36.4, inciso b)

candidatos a esa Corte.⁵⁶⁴ Dicha candidatura deberá hacerse acompañar de una exposición detallada acerca del grado en que el candidato cumple las cualidades ya mencionadas.

De las dos especialidades o principales características mencionadas y que deberán identificar a los candidatos a magistrados, quienes así podrían dividirse en “expertos en derecho y procedimiento penal”, y “especialistas en las ramas derivadas del derecho internacional como lo son el derecho humanitario y de los derechos humanos”, se formarán dos listas, <A> y , con los candidatos que respectivamente reúnan los requisitos que establecen los apartados i y ii del inciso b, párrafo 3, del artículo 36 del Estatuto de la CPI. No obstante, si un candidato reúne los requisitos que mencionan ambos apartados, podrá elegir en qué lista figurar, ya sea la de especialistas en materia penal, o en la de versados en las ramas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

En una primera elección para magistrados de la Corte, por lo menos deberán resultar electos nueve candidatos de la *lista A* y cinco de la *lista B*. En subsiguientes elecciones, hasta cubrir el número mínimo de 18 magistrados de la Corte, se procurará tener un equilibrio de las dos listas de candidatos.⁵⁶⁵

En una sesión convocada por la Asamblea de Estados Partes para tal fin, serán electos los 18 magistrados por votación secreta y serán *Miembros de la Corte* los que hayan obtenido el mayor número de votos y una mayoría de dos tercios de los Estados Partes presentes y votantes.⁵⁶⁶ Como condición insalvable, en la selección de magistrados que compondrán la Corte, el Estatuto de Roma ha previsto tres importantes precisiones, destacando la introducción del principio de género, que es una innovación con respecto a instituciones judiciales internacionales que le precedieron. Estos requisitos prevén que entre los magistrados de la Corte:

- se halle una representación de los principales sistemas jurídicos del mundo,
- haya una distribución geográfica equitativa de los Miembros de la Corte y,
- exista una representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres.⁵⁶⁷

Los magistrados serán elegidos por un mandato de nueve años no renovables, aclarando que, mediante sorteo celebrado en la primera elección que tenga la CPI, un tercio de los magistrados será seleccionado para desempeñar un mandato de tres años, otro tercio de éstos por un mandato de seis años y el resto se desempeñará por nueve años. No obstante, un magistrado que haya sido sorteado para proceder por un término de tres años, *podrá ser reelegido por un mandato completo*. A su vez, un magistrado asignado a una Sala de Primera Instancia o una Sala de Apelaciones, seguirá en funciones a fin de llevar a término el juicio o la apelación de los que haya comenzado a conocer en esa Sala.

También está prevista la independencia de los magistrados en el desempeño de sus funciones,⁵⁶⁸ en este sentido, no realizarán actividad alguna que pueda ser incompatible con el ejercicio de sus funciones judiciales o menoscabar la confianza en su independencia. Los magistrados a quienes les sea exigido un régimen de dedicación exclusiva en la sede la Corte, no podrán desempeñar ninguna otra ocupación de carácter profesional. Estas cuestiones serán dirimidas por una mayoría absoluta de los magistrados, con excepción de aquél a quien se refiera la toma de tal decisión.

⁵⁶⁴ *cf.* Artículos 4 a 15 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. También, *cf. supra*. Capítulo Segundo, 2.3.1: Organización de la Corte Internacional de Justicia, pp. 85-89.

⁵⁶⁵ “No podrá haber dos magistrados que sean nacionales del mismo Estado. Toda persona que, para ser elegida magistrado, pudiera ser considerada nacional de más de un Estado, será considerada nacional del Estado donde ejerza habitualmente sus derechos civiles y políticos”, (Art. 36.7 del Estatuto de la CPI).

⁵⁶⁶ En el caso de que en la primera votación no resulte elegido un número suficiente de magistrados, se procederá a nuevas votaciones, de conformidad con este mismo procedimiento, hasta cubrir los puestos restantes (apartado a, párrafo 6, del Art. 36 del Estatuto).

⁵⁶⁷ Además, los Estados Partes deberán prever que entre los magistrados se ubiquen especialistas en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres y los niños

⁵⁶⁸ Art. 40 del Estatuto de la CPI.

Al igual, un magistrado no participará en ninguna causa en que, por cualquier motivo, pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad. Es por esto que la Presidencia de la Corte podrá, a petición de un magistrado, dispensarlo del ejercicio de alguna de sus funciones conforme al Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba.⁵⁶⁹ Incluso, el Estatuto de Roma prevé, a petición del Fiscal o la persona objeto de investigación pero dirimido por la mayoría absoluta de los magistrados, que un magistrado pueda ser privado de sus funciones judiciales, entre otras razones, si hubiese intervenido anteriormente, en cualquier calidad, en una causa de la que la Corte estuviere conociendo o en una causa penal conexa sustanciada a nivel nacional y que guardare relación con la persona objeto de investigación o enjuiciamiento. En todo caso, el magistrado cuya recusación se pida, tendrá derecho a hacer observaciones sobre la cuestión, pero no participará en la decisión. En este tenor, un magistrado será también recusado conforme a las Reglas de Procedimiento y Prueba por:

- a) Tener un interés personal en el caso, entendiéndose por tal una relación conyugal, parental o de otro parentesco cercano, personal o profesional o una relación de subordinación con cualquiera de las partes;
- b) Haber participado, a título personal y antes de asumir el cargo, en cualquier procedimiento judicial iniciado antes de su participación en la causa o iniciado por él posteriormente en que la persona objeto de investigación o enjuiciamiento haya sido o sea una de las contrapartes;
- c) Haber desempeñado funciones, antes de asumir el cargo, en el ejercicio de las cuales cabría prever que se formó una opinión sobre la causa de que se trate, sobre las partes o sobre sus representantes que, objetivamente, podrían redundar en desmedro de la imparcialidad requerida;
- d) Haber expresado opiniones, por conducto de los medios de comunicación, por escrito o en actos públicos que, objetivamente, podrían redundar en demérito de la imparcialidad requerida.

La petición de recusación se hará en forma escrita, será motivada, incluirá las pruebas pertinentes y se realizará tan pronto como se tenga conocimiento de las razones que la sustentan. Dicha petición, será también transmitida al titular del cargo, quien podrá formular observaciones al respecto por escrito. Por otro lado, en caso de producirse una vacante, se celebrará una elección siguiendo el mismo procedimiento que se ha descrito. Pero esta vez, el magistrado elegido para cubrir esa vacante desempeñará el cargo por el resto del mandato de su predecesor y, si éste fuera de tres años o menos, podrá ser electo nuevamente por un mandato completo.⁵⁷⁰

Así tenemos que el 8 de febrero de 2003, la Asamblea de Estados Partes concluyó la elección de los 18 magistrados entre 43 prominentes candidatos, de los cuales 11 son hombres y 7 son mujeres; 3 magistrados provienen del Grupo de Estados Africanos, 3 del Grupo de Estados Asiáticos, 1 del Grupo de Estados de Europa Oriental, 4 del grupo de Estados Latinoamericanos y del Caribe, y 7 del Grupo de Estados de Europa Occidental y Otros. El procedimiento de elección tuvo en cuenta la necesidad de que los principales sistemas jurídicos del mundo estuvieran representados, de que existiera una distribución geográfica equitativa y de que se alcanzara una representación justa de hombres y mujeres en los magistrados electos.⁵⁷¹ Posteriormente, el 11 de marzo de 2003, los 18 magistrados

⁵⁶⁹ Art. 41 del Estatuto de la CPI.

⁵⁷⁰ Art. 37 del Estatuto de la CPI.

⁵⁷¹ Los nombres, nacionalidad, sexo y duración en el cargo de los magistrados de la CPI, son los siguientes:

LISTA A: 1. Clark, Maureen Harding, de Irlanda, mujer, 9 años. 2. Diarra Fatoumata Dembele, de Mali, mujer, 9 años. 3. Fulford, Adrian, de Reino Unido, hombre, 9 años. 4. Hudson-Phillips, Karl T., de Trinidad y Tobago, hombre, 9 años. 5. Jorda Claude, de Francia, hombre, 6 años. 6. Odio Benito, Elizabeth, de Costa Rica, mujer, 9 años. 7. Pikis, Gheorghios M. de Chipre, hombre, 6 años. 8. Slade Tuiloma Nerón, de Samoa, hombre, 3 años. 9. Song, Sang-hyun, de la República de Corea, hombre, 3 años. 10. Steiner, Sylvia H. de Figueiredo, de Brasil, mujer, 9 años. LISTA B: 11. Blattmann, René, de Bolivia, hombre, 6 años. 12. Kaul, Hans-Peter, de Alemania, hombre, 3 años. 13. Kirsch, Philippe, de Canadá, hombre, 6 años. 14. Kourula, Erkki, de Finlandia, hombre, 3 años. 15. Kuenyehia, Akua, de Ghana, mujer, 3 años. 16. Pillay, Navanethem, de Sudáfrica, mujer, 6 años.

electos prestaron juramento en una ceremonia efectuada en la sede oficial de la Corte Penal Internacional en La Haya, Holanda. Ante la reina Beatriz de este país y el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, los 18 jueces, representantes de las principales agrupaciones continentales del planeta, prometieron, con la mano derecha levantada, desempeñar el cargo y ejercer los poderes asociados a él "con honradez, fidelidad, imparcialidad y según conciencia", jurando también sobremanera "respetar la confidencialidad de las investigaciones y procesos y el secreto de las deliberaciones".

B. El Presidente de la Corte.

Conforme al artículo 38 del Estatuto, el Magistrado Presidente de la Corte y los vicepresidentes primero y segundo, serán electos por mayoría absoluta de los magistrados para un período de tres años: dicho cargo podrá ser renovable una sola vez. Si por alguna razón, alguno de estos terminara su período actuando en calidad de Magistrado Presidente de la Corte, no podrá continuar como tal, es decir, con su mandato como magistrado concluiría su período como Presidente de la Corte.

La sustitución del Magistrado Presidente de la Corte, cuando éste se encuentre en la imposibilidad de ejercer sus funciones o se halle recusado, será a cargo del Vicepresidente primero, y éste a su vez podrá ser reemplazado por el Vicepresidente segundo por la misma consideración de que se encontrasen imposibilitados el Presidente y el Vicepresidente primero. Anteriormente se han descrito las funciones de la Presidencia de la Corte. Como un dato de importancia actual, cabe señalar que el 10 de marzo de 2003 fue designado el primer Presidente de la Corte Penal internacional. Los 18 jueces, a su vez elegidos el 8 de febrero de 2003 por la Asamblea de los Estados Partes, votaron para tan alto cargo al canadiense Phillippe Kirsch, quien se venía desempeñando como miembro del Tribunal de la provincia francófona canadiense de Québec y del Consejo Canadiense de Derecho Internacional, además de haber seguido desde el principio todo el proceso de creación de la CPI.

Se trata de un reconocido jurista con quien tuvimos la oportunidad de intercambiar impresiones en dos ocasiones que visitó México, particularmente en marzo de 2002 cuando participó en un evento de difusión sobre la CPI organizado por la Secretaría de Relaciones Exteriores del Gobierno mexicano. Phillippe Kirsch ha contribuido especialmente al desarrollo del derecho internacional penal, en el campo de las infracciones internacionales contra los derechos humanos fundamentales, actos de terrorismo y persecución de acciones ilegales contra la navegación marítima y acciones violentas en aeropuertos.

En el transcurso de la misma sesión, los miembros del tribunal acordaron igualmente elegir como primera Vicepresidenta a la magistrada de Ghana Akua Kuenyehia, y como segunda Vicepresidenta, a la costarricense Elizabeth Odio Benito, ex Ministra de Justicia de su país y ex miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Cabe resaltar que la jueza Odio Benito fue la primera latinoamericana en ser designada y cuenta con un amplísimo currículum diplomático al servicio de los derechos humanos, como lo muestran sus trabajos en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en el ECOSOC y como Vicepresidenta del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, entre otros.

C. El Fiscal.

El Fiscal y los fiscales adjuntos, serán electos en votación secreta y por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes para un término no renovable de nueve años, salvo que en el momento de la elección se acordara acortar el período en funciones. Para esto, es menester que el Fiscal y los fiscales adjuntos sean personas que gocen de alta consideración moral, posean un alto nivel de competencia y tengan extensa experiencia práctica en el ejercicio de la acción penal o la sustanciación de causas penales. Cabe aclarar que la elección de los fiscales adjuntos la realizarán los

17. Politi, Mauro, de Italia, hombre, 6 años. 18. Usacka, Anita, de Latvia, mujer, 3 años. Obsérvese que once de los dieciocho jueces son hombre y siete son mujeres

Estados Partes, pero en base a una lista presentada por el Fiscal con tres candidatos a cada cargo que se haya que cubrir.

En todo caso, el Fiscal y los fiscales adjuntos serán de distintas nacionalidades; además de que para éstos se garantizará el principio de independencia, desempeñando sus funciones en *régimen de dedicación exclusiva*, es decir, no podrán practicar ninguna otra ocupación de carácter profesional. Una facultad del Fiscal, será que podrá nombrar asesores jurídicos especialistas en determinados temas como, por ejemplo, violencia sexual, por razones de género y, contra los niños.

La Presidencia podrá, a petición del Fiscal o de un fiscal adjunto, dispensarlos de intervenir en una causa determinada, además de que no participarán en ningún asunto en que, por cualquier motivo, pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad. Asimismo, los fiscales podrán ser recusados, a petición de una persona objeto de investigación o enjuiciamiento, entre otras razones, si hubiesen intervenido anteriormente, en cualquier calidad, en una causa de que la Corte estuviere conociendo o en una causa penal conexa sustanciada a nivel nacional y que guardare relación con la persona objeto de investigación o enjuiciamiento. En las cuestiones relativas a la recusación del Fiscal o los fiscales adjuntos, éstos tendrán derecho a hacer observaciones y tal cuestión será dirimida por la Sala de Apelaciones. Por obviedad, es indispensable que los fiscales tengan un excelente conocimiento y dominio del idioma Inglés o Francés.⁵⁷²

D. El Secretario.

La elección del Secretario, teniendo en cuenta las recomendaciones de la Asamblea de los Estados Partes, estará a cargo de los magistrados quienes actuarán en votación secreta y designarán a aquel que obtenga una mayoría absoluta de votos. Por recomendación del Secretario y de ser necesario, podrán también elegir un Secretario Adjunto. El Secretario será electo para un período, renovable sólo una vez, de cinco años; mientras que el Secretario Adjunto podrá concluir el mismo período o uno más breve, en el entendimiento de que prestará sus servicios según sea necesario y conforme a la decisión de una mayoría absoluta de los magistrados.

El Secretario y el Secretario Adjunto deberán ser personas que gocen de consideración moral y posean un alto nivel de competencia y un excelente conocimiento y dominio de al menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte. El Secretario, principal funcionario administrativo de los aspectos no judiciales, realizará sus funciones bajo la autoridad del Presidente de la Corte en régimen de dedicación exclusiva.⁵⁷³ Una de estas funciones del Secretario, con la anuencia de la Presidencia y del Fiscal, será proponer un *Reglamento del Personal* que establecerá las condiciones en que el personal de la Corte será designado, remunerado o separado del servicio, dicho reglamento estará sujeto a la aprobación de la Asamblea de los Estados Partes.⁵⁷⁴

C. Disposiciones comunes.

La Secretaría y la Fiscalía nombrarán los funcionarios calificados que sean necesarios en sus respectivas oficinas, incluyendo el nombramiento de un equipo de investigadores como parte del personal de la Fiscalía. Además, en circunstancias excepcionales, la Corte podrá recurrir a la pericia de personal proporcionado gratuitamente por Estados Partes, OIG's u ONG's, para que colaboren en la labor de cualquiera de los órganos de la Corte, esto bajo la directrices que establezca la Asamblea de los Estados Partes. Tanto los magistrados, el Fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario y el secretario adjunto, al asumir sus obligaciones del cargo, realizarán promesas solemnes. Un magistrado, el Fiscal, un fiscal adjunto, el Secretario o el Secretario Adjunto, podrán ser separados del cargo si se determinase que están imposibilitados de desempeñar sus funciones o han incurrido en falta o en incumplimiento grave de las funciones que les confiere el Estatuto de la Corte y, de tomarse tal

⁵⁷² Art. 42 del Estatuto de la CPI.

⁵⁷³ Art. 43 del Estatuto de la CPI.

⁵⁷⁴ Art. 44 del Estatuto de la CPI.

decisión, se hará efectiva de inmediato. Existen otras importantes disposiciones comunes que es necesario conocer; no obstante, por razones de tiempo y espacio no serán revisadas en el presente tra bajo, sino en una posterior entrega bibliográfica.

5.2.5. Jurisdicción de la CPI: competencia y admisibilidad.

En el apartado 5.3.2. del presente capítulo donde se realizó una revisión general del instrumento de los *Elementos de los Crímenes*, se hizo mención al artículo 30 del Estatuto de la Corte que alude al *elemento de intencionalidad*.

En efecto, una persona será penalmente responsable de los crímenes competencia de la Corte únicamente si actúa con conocimiento de los elementos materiales del crimen; es decir, si esta persona es consciente de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos, proponiéndose incurrir en tal conducta y piensa incidir en determinada consecuencia. Así, la intención y el conocimiento son los elementos materiales del crimen y pueden inferirse de los hechos y las circunstancias del caso.

También señalamos ahí que, conforme al art. 5 del Estatuto de Roma, la competencia de la Corte Penal Internacional se limitará al crimen de *genocidio*, los crímenes *de lesa humanidad* y los crímenes *de guerra*, que son considerados los más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Asimismo, de acuerdo al numeral 25 del Estatuto, la Corte será competente respecto de personas naturales y no afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

En este sentido, será objeto de responsabilidad penal individual quien cometa un crimen bajo la jurisdicción de la Corte, pudiendo ser penado quien:

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
 - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
 - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
- e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
- f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.⁵⁷⁵

En virtud de que los crímenes competencia de la CPI, fueron ampliamente abordados tanto en su devenir histórico como en su actualidad, haciendo énfasis precisamente en el tratamiento que les da el Estatuto de Roma, ya no discerniremos este punto en el presente subcapítulo; simplemente, haremos algunos señalamientos en torno a determinadas cuestiones que actualmente se debaten sobre la competencia y admisibilidad de la institución jurisdiccional que nos ocupa, antes de entrar de lleno al interesante tema de su regulación procedimental y su derecho procesal internacional.

⁵⁷⁵ Art. 25.3 del Estatuto de la CPI.

Como se ha examinado, el crimen de *genocidio*, los de *lesa humanidad*, y los de *guerra* son de la competencia de la CPI, pero cabe preguntarnos cómo es que la Corte ostenta esta facultad y determina que efectivamente puede conocer de una situación o un asunto que le es sometido.

En primer término, los Estados Partes de la CPI, que han firmado y ratificado, aceptado, aprobado o se han adherido al Estatuto de Roma, han suscrito que la competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán, precisamente, por el Estatuto, sus disposiciones, procedimiento y derecho aplicable. Además, se han comprometido y consentido en que la Corte tenga la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos, ya sea en su sede o en el territorio de otro Estado Parte o, por acuerdo especial, en el territorio de un Estado No-parte (artículos 1, 3 y 4 del Estatuto).

Del mismo modo, un Estado-Parte del Estatuto y por consiguiente de la CPI, por este hecho ha aceptado la competencia de la Corte conforme a sus artículos 5 a 8, además de los otros instrumentos de derecho aplicable como los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba.⁵⁷⁶ Así, en el entendido que los Estados Partes de la CPI han aceptado soberanamente la competencia de la Corte sobre los crímenes de su competencia,⁵⁷⁷ así como una *obligación general de cooperar* con ésta.⁵⁷⁸ Una vez cumplimentado ello, procede que la Corte pueda ejercer su competencia, si un Estado Parte remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes bajo la jurisdicción de la Corte, o el Fiscal *motu proprio* ha iniciado una investigación, pero esta situación se derivase de que el crimen o crímenes se hubieran cometido en el territorio de un Estado Parte o de una extensión territorial de éste, como el caso de suceder a bordo de un buque o aeronave o del Estado de matrícula de éstos o, en su caso, el Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

Por su parte, un Estado No-parte que se vea implicado a causa del territorio o la nacionalidad de un imputado de haber cometido uno de los crímenes de la jurisdicción de la Corte, podrá consentir en que se ejerza la competencia de la CPI mediante declaración depositada ante el Secretario de la Corte, comprometiéndose ese Estado a cooperar en las investigaciones y procesos que se lleven a cabo sobre los crímenes que corresponda la situación de que se trate.⁵⁷⁹

Frente a esto, cabe traer a colación lo que autoriza el art. 124 del Estatuto en una *disposición de transición* sobre la competencia de *crímenes de guerra*, a la que sólo se ha apegado el gobierno de Francia de entre los 139 firmantes y más de ochenta Estados que han ratificado. Tal disposición permite que:

No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 (*condiciones previas para el ejercicio de la competencia*), un Estado, al hacerse parte en el Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 (*crímenes de guerra*), cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el artículo 124 del Estatuto, podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en dicho artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123 (*revisión del Estatuto*).

Ahora bien, con la premisa de que la Corte Penal Internacional conforme a su Estatuto será complementaria a las jurisdicciones nacionales, ésta se abstendrá de ejercer su competencia,

⁵⁷⁶ No debe pasarse por alto que, además del derecho aplicable de la Corte (Art. 21 del Estatuto), pueden ser también aplicados, en segundo lugar, tratados, normas y principios de derecho internacional aplicables, incluidos los de los conflictos armados, sin limitarse, como última opción, a los principios generales del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo que derive la Corte, además de poder aplicar principios y normas respecto de los cuales se hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

⁵⁷⁷ Art. 12 del Estatuto de la CPI.

⁵⁷⁸ Art. 86 del Estatuto de la CPI.

⁵⁷⁹ *cf.* Art. 12.3 del Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, regla 44.

resolviendo la inadmisibilidad del asunto cuando éste se haya investigado, se esté investigando, procesando o se haya enjuiciado a la persona de que se trate en el Estado que normalmente ostente la jurisdicción, además de que la Corte haya decidido que la cuestión es *cosa juzgada*⁵⁸⁰ en función de una condena o absolución previa, o se resuelva que el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

No obstante, la Corte podrá activar su competencia si el Estado no está dispuesto o está impedido de realizar la investigación o el proceso, o el Estado que hubiese declarado un asunto inadmisibile lo haya hecho con la intención de librar a un acusado de la acción penal o dicho Estado se hubiese visto impedido a ejercer la acción judicial. Sin embargo, la CPI deberá asegurarse de que el proceso en el Estado que ostente la jurisdicción sobre el crimen de que se trate, ha asegurado las debidas garantías y principios del proceso reconocidos por el derecho internacional, para así, determinar si hubo o hay disposición o no de actuar en un asunto determinado,⁵⁸¹ además de que se asegurará de:

- 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
- 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 justicia;
- 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 justicia.⁵⁸²

5.2.6. El derecho internacional procesal de la Corte Penal Internacional.

En este apartado, se pretende hacer una explicación general y completa de los elementos que rigen el proceso ante la Corte Penal Internacional, los más importantes principios de derecho internacional penal que están presentes, así como las diversas etapas de investigación, enjuiciamiento, sentencia, apelación o revisión que conforman el procedimiento ante la Corte conforme al Estatuto de Roma y su derecho aplicable.

i) Principios generales de derecho penal de la CPI.

Aunque ya hicimos referencia directa a los principios del derecho internacional penal en el subcapítulo 2.4 de nuestra investigación, retomaremos el tema no para repetir lo ya tratado en su momento a nivel descriptivo, sino más bien para hacer algunas puntualizaciones en torno a la aplicación de tales principios en el terreno específico del proceso ante la Corte. Además, no obstante que el Estatuto *in comento* dedica una sección exclusiva para los principios generales de derecho penal que rigen el proceso, y que abarcan los artículos 22 a 33 de la Parte III correspondiente, no debiera pasarse por alto lo señalado en el Art. 11.

En efecto, esta disposición consigna la denominada competencia temporal (principio de irretroactividad jurisdiccional), y señala que dicha competencia será únicamente de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto; además, en el caso de que un Estado se adhiera a la Corte después de su entrada en vigor, será en esa fecha de aceptación que entrarán en vigor las disposiciones del Estatuto para ese Estado, a menos que previamente se hubiera hecho una aceptación de la competencia para un asunto y el juzgamiento de un crimen determinado. En

⁵⁸⁰ Art. 20 del Estatuto de la CPI.

⁵⁸¹ Conforme al Art. 17.3 del Estatuto, con el 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 al 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 juicio”.

⁵⁸² Art. 17.2 del Estatuto de la CPI.

contraparte --algo de suma importancia-- es que una vez aceptada la jurisdicción de la CPI, como preceptúa el artículo 29 del Estatuto, *los crímenes de la competencia de la Corte no prescriben*.

Empero, como se ha señalado en el apartado anterior sobre las *cuestiones de competencia y admisibilidad*, la Corte considerará *cosa juzgada (res iudicata)* y no procesará a una persona que ya hubiese sido condenada o absuelta por la Corte; además de que se sanciona que nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes competencia de la Corte por el cual ésta le haya condenado o absuelto. También, la Corte considerará cosa juzgada los procesos llevados por otras cortes sobre los crímenes de *genocidio, lesa humanidad y de guerra*, a menos que esos procesos hubieran buscado sustraer al acusado de su responsabilidad o que dicho enjuiciamiento no hubiere sido instruido de forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, o que determinados vicios presentes en el caso hicieran incompatible que esa persona se sometiera a la acción de la justicia.⁵⁸³

Ahora bien, como se mencionaba en el inicio de este apartado, en los artículos 22 a 33 se estipulan los principios generales de derecho penal que aplicará la Corte a los procesos sustanciados ante ella. Pasemos entonces a disertar brevemente sobre el tema. Para comenzar, el principio que podría afirmarse cubre todo cuanto ha dado origen a la Corte, y que de paso testifica la transformación que viene trascurriendo por el derecho internacional penal contemporáneo, es el que afirma que la CPI tendrá competencia respecto de las personas naturales, es decir, se encargará de aplicar la normativa internacional sobre derechos humanos, derecho internacional de los conflictos armados y crímenes *de lesa humanidad*, a sujetos o personas que sean presuntos culpables por *responsabilidad penal individual* conforme al Estatuto de Roma, lo cual y sin embargo, no afecta la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Asimismo se consigna que *quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado conforme al Estatuto*.⁵⁸⁴ Esto incluye a quien cometa tal crimen, por sí solo, con otro o por conducto de un tercero; también, quien ordene, proponga o induzca a la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa, o bien, sea cómplice, encubridor o colabore en algún modo, incluso sea sólo participe en la tentativa de comisión, o facilite o suministre los medios para la consumación del crimen.⁵⁸⁵ Del mismo modo, quien contribuya de algún otro modo en la tentativa o la comisión de un crimen a través de un grupo que tenga dicha finalidad en común, dicha participación determinará como responsable a algún individuo si lo hace de manera intencional y su intervención sea con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo y esto entrañe la comisión de un crimen competencia de la Corte, además de que se participe de los hechos a sabiendas de la intención delictiva del grupo. Será de igual forma penalmente responsable, a título individual, quien instigue directa y públicamente a que se cometan actos genocidas.

Por su parte, los artículos 22 y 23 refieren a la garantía procesal que sostiene el principio de que *no hay delito ni pena sin una ley previa* (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), es decir, como afirma el Estatuto, nadie será responsable conforme al Estatuto, a menos la conducta de que se trate constituya, en el momento que tiene lugar, un crimen competencia de la Corte; además, quien sea declarado culpable, únicamente podrá ser penado de conformidad con las penas preestablecidas. Incluido en el Art. 22 del Estatuto, se contempla también el principio *in dubiis pro reo*, es decir, en caso de ambigüedad de la definición de un crimen, será interpretado a favor de la persona objeto de

⁵⁸³ *cf.* Art. 20 del Estatuto de la CPI.

⁵⁸⁴ *idem*.

⁵⁸⁵ El párrafo “f” del Art. 25 del Estatuto señala, asociado a la idea de tentativa de comisión de un crimen competencia de la Corte que, quien intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, serán penalmente responsables aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma, no podrá ser penado de conformidad con el Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

investigación, enjuiciamiento o condena, además de que dichas definiciones habrán de ser interpretadas estrictamente y no se harán extensivas por analogía.⁵⁸⁶

En tratándose de un error de hecho, se eximirá de la responsabilidad penal a una persona, únicamente si esto hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.⁵⁸⁷ Por lo demás, un error de derecho, acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte, no se considerará como eximente. No obstante, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad o si queda comprendido en lo dispuesto en el Estatuto sobre las circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

Ahora, y como ya se exponía para el caso de las cuestiones de competencia y admisibilidad sobre la *competencia temporal de la Corte*, el principio de irretroactividad personal de la CPI, señalado en el artículo 24 (*irretroactividad ratione personae*), garantiza que nadie será penalmente responsable por una conducta, aun cuando pudiera constituir un crimen de la competencia de la Corte, pero que se hubiese cometido antes de la entrada en vigor del Estatuto.⁵⁸⁸ Conforme al Estatuto, las personas que al momento de cometer un crimen sean menores de 18 años de edad, quedan excluidos de la competencia de la Corte,⁵⁸⁹ lo cual estará bajo la jurisdicción de los diversos Estados, donde la edad mínima de responsabilidad penal llega a oscilar entre los 16 y los 21 años.

Mención especial merece el que los Estados, quienes convienen en aceptar la jurisdicción de la CPI y sus preceptos, habrán de reconocer que las disposiciones del Estatuto serán aplicables a todos sin distinción del cargo oficial, ya sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, lo cual, en ningún caso eximirá de la responsabilidad penal individual a esa persona, ni constituirá *per-se* motivo para reducir al pena.⁵⁹⁰

Por su parte, y por lo general vinculado a la comisión de *crímenes de guerra*, aunque no limitado a ello, no siendo precisamente un principio pero de capital importancia, es el capítulo específico que dedica el Estatuto a la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores.

En efecto, el art. 28, además de otras causales, sanciona que serán penalmente responsables ante la Corte, por una parte los jefes militares o los que actúen como tales y que, quienes estuviesen bajo su mando y control efectivo o su autoridad, hubiesen cometido algún crimen que sanciona el Estatuto en razón de no haber ejercido un control efectivo;⁵⁹¹ pero también, es responsable un superior por los crímenes cometidos por sus subordinados, cuando éste:

- a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo;

⁵⁸⁶ Este artículo señala que ninguna de sus disposiciones afectará a la tipificación de tales conductas como crímenes de derecho internacional, las cuales podrán realizarse, codificarse o manifestarse de forma independiente al Estatuto.

⁵⁸⁷ *cf.* Art. 32 del Estatuto de la CPI.

⁵⁸⁸ También, conforme a este artículo, de darse una modificación en el derecho aplicable a una causa antes de haberse dictado la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables al que se esté investigando, enjuiciando o se le haya condenado.

⁵⁸⁹ *cf.* Art. 26 del Estatuto de la CPI.

⁵⁹⁰ El párrafo 2 del Art. 27 del Estatuto de la CPI, garantiza plenamente la vigencia de su jurisdicción y va al punto nodal de esta cuestión cuando sentencia que las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

⁵⁹¹ Las causales de responsabilidad de un jefe militar por un crimen cometido por las fuerzas bajo su mando, se determinarán cuando hubiere sabido, o en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos, también si no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento, (Art. 28.1(a)(b)).

- c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Prosiguiendo, acorde al art. 30 del Estatuto, para que una persona sea penalmente responsable y pueda ser juzgada y sentenciada por un crimen competencia de la Corte, es necesario que se confirme el *elemento de intencionalidad*, es decir, que actúe con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen, proponiéndose intencionalmente incurrir en una conducta criminal proscrita y de la competencia de la Corte, o en relación con una consecuencia, se haya propuesto causar o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos el ilícito. Tales elementos, conducta y consecuencia, podrán inferirse de los hechos y las circunstancias del caso.

Sin embargo, el Estatuto en su Art. 31 y conforme al procedimiento de la regla 80 de las Reglas de Procedimiento y Prueba,⁵⁹² contemplan también, en el momento de incurrir en una conducta penada, una serie de circunstancias como eximentes de la responsabilidad penal de una persona que padeciere una enfermedad o deficiencia mental o estuviere en un estado de intoxicación, situación que le privase de la capacidad de apreciar la ilicitud o naturaleza de la conducta, o que ese estado le impidiera el autocontrol a fin de no transgredir la ley. Del mismo modo, será eximida, para el caso de crímenes de guerra, una persona actuando en defensa propia o de un tercero, o de un bien que fuese esencial para la supervivencia de éste, un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, y que la comisión de ese crimen o actos se hayan hecho contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, además de haberse realizado de manera proporcional al grado de peligro para aquellos o los bienes protegidos.⁵⁹³

Asimismo, si una persona hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituyera un crimen de la competencia de la Corte, y haya sido como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para ésta u otra persona, y en que se viera compelida a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, dicha persona será eximida de su responsabilidad, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Tal amenaza pudo haber sido hecha por otras personas o suscitarse por otras circunstancias ajenas a su control. También, desde la situación de un subordinado, quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte y argumentara haberlo hecho en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de su responsabilidad. Sin embargo, se le pudiera exonerar siempre que haya estado obligado por ley a obedecer tales ordenes, o que desconociera que eran ilícitas y que esas ordenes no hubieren sido dictadas notoriamente contra la ley.

Al llegar a este punto y después de haber señalado aspectos relevantes de la Parte III del Estatuto, artículos 22 a 33 sobre los *principios generales de derecho penal*, convendría no pasar por alto otras partes del mismo donde se pueden encontrar otra serie de principios que llegan a estar relacionados con las *garantías penales al debido proceso* de la Corte Penal Internacional. Al respecto, el artículo 66, que garantiza que dentro de un proceso de enjuiciamiento ante la Corte, se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad y se haya hecho conforme al derecho aplicable. Al igual, acorde al principio general de derecho que señala *que incumbe la prueba al que*

⁵⁹² Procedimiento para hacer valer una circunstancia eximente de responsabilidad penal de conformidad con el párrafo 3 del artículo 31:

1. La defensa comunicará a la Sala de Primera Instancia y al Fiscal su propósito de hacer valer una circunstancia eximente de responsabilidad penal de conformidad con el párrafo 3 del artículo 31. La comunicación se hará con antelación suficiente al comienzo del juicio, a fin de que el Fiscal pueda prepararse debidamente.
2. Una vez hecha la comunicación prevista en la subregla 1, la Sala de Primera Instancia escuchará al Fiscal y a la defensa antes de decidir si el defensor puede hacer valer la circunstancia eximente de responsabilidad penal.
3. Si se autoriza a la defensa a hacer valer la circunstancia eximente, la Sala de Primera Instancia podrá conceder al Fiscal un aplazamiento de la audiencia para considerar esa circunstancia.

⁵⁹³ Como se aclara, el hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal, (Art. 31.1(c) del Estatuto de la CPI).

afirma no al que niega, se dispone que atañe al Fiscal probar la culpabilidad del acusado, al igual que, de mano del principio *in dubbio, reus est absolutus*, para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

De igual forma, acorde al *principio de especialidad*, se garantiza que quien haya sido entregado a la Corte conforme al Estatuto, será enjuiciado específicamente por los delitos sobre los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir se abra un proceso y que haya confirmado la Sala de Cuestiones Preliminares, es decir, un acusado no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega, a menos que ésta constituya la base del delito por el cual haya sido entregado.

Finalmente, aunque no se trata necesariamente de un principio relacionado directamente con un procesado ante la Corte, pero que llega a vincularlo de modo estrecho con su juzgador, cabe resaltar el artículo 40 del Estatuto, donde se garantiza que los magistrados serán independientes en el desempeño de sus funciones y no realizarán actividad alguna de carácter profesional que pueda ser incompatible con el ejercicio de sus funciones judiciales o que pueda menoscabar la confianza en su independencia.

ii) Investigación, enjuiciamiento previo y juicio.

A. Investigación y Juicio Previo.

En esta primera parte, pretendemos explicar en términos lisos y llanos la primera de una serie de etapas procesales que llevará a cabo la CPI para realizar una investigación previa que le lleve a considerar una serie de factores, conforme al Estatuto, que le permitan abrir un proceso en contra de una persona sobre la que pesen una serie de cargos confirmados y que, en un segundo momento procesal, conduzcan a la realización del juzgamiento de un acusado para así, poderle dictar una sentencia condenatoria o absolutoria.

En este primer paso, que trata sobre la investigación de un asunto o una situación así como de un enjuiciamiento previo que lleve a reunir los cargos contra un acusado de haber cometido crímenes bajo la competencia de la Corte, nos hemos de remitir a la Parte V del Estatuto de Roma, que contempla los artículos 53 a 61. Cabe aclarar que el término "enjuiciamiento" no debe conllevar confusión, pues no nos estamos refiriendo a la etapa propia del proceso donde se realiza un juicio sobre culpabilidad o inocencia y la imposición de una sentencia, sino más bien, al "juzgamiento previo" o "preparatorio" que busca arribar a la confirmación de los cargos, para así poder abrir un juicio ante la Corte propiamente dicho. Sin embargo, debe también apuntarse que este primero de una serie de actos sistemáticos que se llevarán a cabo para el conocimiento de una situación, supone obviamente la adopción de una decisión por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre, precisamente, la confirmación de cargos. Ciertamente, tal decisión a favor de una determinada persona significará indefectiblemente su liberación de toda sospecha mientras que, por el contrario, el pronunciamiento en su contra, devendrá en el asentimiento para abrir un proceso formalmente entendido.

Además de los artículos que se han referido, no se debe pasar por alto lo estipulado en el Estatuto sobre las situaciones en que la Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes bajo su jurisdicción conforme al artículo 5. Este supuesto sólo podrá ocurrir si un Estado Parte remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; también, si el Consejo de Seguridad de la ONU, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes o, al igual, si el Fiscal iniciara una investigación *de oficio* respecto de un crimen (art. 13).

Ahora bien, tras la remisión de una determinada situación, ya sea por parte de un Estado,⁵⁹⁴ el Consejo de Seguridad o por el Fiscal *motu proprio*, nos referiremos a dos artículos del Estatuto, que

⁵⁹⁴ Conforme al Art. 14 del Estatuto de la CPI, todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas

aducen al Fiscal de la Corte y sus facultades y funciones indagatorias. Así, estos dos artículos, aunque no se sitúan físicamente en la misma parte del Estatuto, están íntimamente ligados al ser de carácter facultativo: artículo 15, y de tipo operativo: artículo 53 —sin pasar por alto lo estipulado en el artículo 18— con respecto a la investigación de un asunto que le sea remitido al Fiscal a fin de establecer una acusación formal y pueda ser presentada a la Sala de Cuestiones Preliminares que decidirá sobre la aceptación de la causa y habrá de aceptar, o negar, que se abra un proceso formal ante la Corte.

De acuerdo al art. 15 del Estatuto, se confirma que el Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte; pero también, analizará la veracidad de la información recibida de las dos fuentes ya mencionadas (un Estado Parte o el Consejo de Seguridad de la ONU). Así, podrá recabar información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que se consideren apropiadas.⁵⁹⁵

En esta etapa previa, o de inicio de las funciones judiciales de la Fiscalía frente a un proceso único de indagación que ulteriormente lleve a la confirmación de los cargos, el Fiscal, de llegar a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido. Por su parte, las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares,⁵⁹⁶ de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, lo que reitera y confirma en los hechos, que aunque no se está en este momento ante un proceso plenamente llevado ante la Corte, se ha iniciado un proceso único de cargo y descargo de pruebas en calidad de sospecha y confirmación de los imputaciones que lleven a una acusación formal.

En contraparte, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá no autorizar la investigación, lo cual no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación. Pero también si, después de que el Fiscal hubiere realizado una investigación o analizado la veracidad de determinada información recibida y éste llegare a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado; no obstante, esto no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevas, otra información que reciba en relación con la misma situación.

Situados ahora en la Parte V del Estatuto, que específicamente se refiere a la parte operativa y al inicio de una investigación y la confirmación de los cargos antes del juicio, el Fiscal tras considerar que la Sala de Cuestiones Preliminares —que es la quien es la facultada para ocuparse de esta parte única del proceso preliminar en el conocimiento de una situación ante la Corte—, ha consentido en el inicio de una investigación, al decidir si ha de iniciar una investigación, conforme al art. 53 habrá de tener en cuenta que:⁵⁹⁷

- La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;

determinadas. Dicho artículo aclara que en la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante.

⁵⁹⁵ El Fiscal podrá recibir testimonios escritos u orales en la Sede de la Corte.

⁵⁹⁶ La Sala de Cuestiones Preliminares, tras haber examinado la petición de investigación y la documentación que la justifique, considerará si existe fundamento suficiente para abrir tal investigación y que el asunto parezca corresponder a la competencia de la Corte, a fin de autorizar el inicio de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda ésta adoptar posteriormente con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa.

⁵⁹⁷ Cabe recordar que si bien la Sección de Cuestiones Preliminares es una de las tres que conforman uno de los órganos de la Corte, y que conforme al Estatuto esta Sección se compondrá de no menos de seis magistrados, la función judicial de ésta se realizará por la Sala de Cuestiones Preliminares en base a un solo magistrado o tres de éstos, conforme al Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

- La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17 del Estatuto (Cuestiones de admisibilidad);
- Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. Situación que de suceder, habrá de comunicarse a la Sala de Cuestiones Preliminares.

Posteriormente, una vez realizada la investigación, el Fiscal podrá también decidir que no existe fundamento para el enjuiciamiento en razón de que la causa conforme al Estatuto es inadmisibles o no se cuenta con una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el Estatuto, pero también si en última instancia, el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el probable crimen. En todo caso, la decisión se notificará, a modo de conclusión motivada, a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto, o en su caso, al Consejo de Seguridad.

Por su parte, a petición de quien haya hecho la remisión de una situación a la Fiscalía, podrá solicitar que la Sala de Cuestiones Preliminares revise la decisión tomada por el Fiscal a fin de que sea reconsiderada en caso de que éste no hubiera procedido a realizar una investigación o no iniciara una causa ante la Corte. Además, en caso de que el Fiscal no hubiere procedido por considerar que el realizar una investigación o el enjuiciamiento *no redundaría en interés de la justicia*, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá revisar *de oficio o motu proprio* la decisión tomada bajo este precepto, y sólo si ésta así lo confirmase, tal decisión surtirá efecto. Por esto, y en la búsqueda de un equilibrio entre estos dos órganos de la Corte, el Fiscal en cualquier momento, en base a nuevos hechos o informaciones, podrá reconsiderar sus decisiones, y a su vez, éstas serán supervisadas por la Sala de Cuestiones Preliminares.

Una vez asumida la decisión de iniciar una investigación, a fin de establecer la veracidad de los hechos, las funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones serán:

- Ampliar la investigación a todos los hechos para reunir y examinar pruebas que sean pertinentes para determinar si existe responsabilidad penal de conformidad con el Estatuto.
- Hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de investigación, las víctimas y los testigos.
- El Fiscal respetará plenamente los derechos que confiere a las personas el Estatuto.
- Investigar tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes.
- Adoptar medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte respetando los intereses y las circunstancias personales de víctimas y testigos, entre otros la edad, el género y la salud, y teniendo en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y contra los niños.
- Solicitar la cooperación de un Estado u organización o acuerdo intergubernamental de conformidad con su respectiva competencia o mandato.
- Concertar las disposiciones o los acuerdos compatibles con el Estatuto que sean necesarios para facilitar la cooperación de un Estado, una organización intergubernamental o una persona.
- Convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información.
- Adoptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, la protección de una persona o la preservación de las pruebas.⁵⁹⁸

⁵⁹⁸ *cf.* Art. 54 del Estatuto de la CPI.

El Fiscal podrá realizar investigaciones en el territorio de un Estado, conforme a las disposiciones del Estatuto y sobre la obligación de cooperar con la Corte que los Estados Partes han aceptado en relación a la investigación y el enjuiciamiento de crímenes: la Sala de Cuestiones Preliminares podrá autorizar al Fiscal a adoptar determinadas medidas de investigación en el territorio de un Estado Parte sin haber obtenido la cooperación de éste con arreglo a la Parte IX del Estatuto (*De la cooperación internacional y la asistencia judicial*), en el caso de que la Sala haya determinado, de ser posible teniendo en cuenta las opiniones del Estado de que se trate, que dicho Estado manifiestamente no está en condiciones de cumplir una solicitud de cooperación debido a que no existe autoridad u órgano alguno de su sistema judicial competente para cumplir una solicitud de cooperación.⁵⁹⁹

No obstante, en caso de que el Consejo de Seguridad así lo determinase y en base a una resolución aprobada con lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, podrá pedir que se suspenda una investigación, situación que ha sido altamente cuestionada argumentándose que dicho órgano manipulará a su antojo el actuar de la Corte.

Desde nuestra óptica personal, dicha crítica no está del todo fundamentada o pretende exagerarse demasiado, ya que tal petición será acatada sólo por un plazo de doce meses, y aunque ésta puede ser renovada en los mismos términos, lo cual consideramos no llevará a una y otra renovación indeterminadas, tanto porque un año en la situación actual del contexto internacional llegan a cambiar radicalmente las condiciones y los actores, como porque hoy en día, se suma la definitiva presencia de actores internacionales, tanto gubernamentales como organizaciones civiles y medios de comunicación masiva, que llegan a presionar definitivamente sobre la exigencia de combatir la impunidad, aunado al hecho jurídico de que, para fines prácticos, los crímenes competencia de la Corte, definitivamente, son imprescriptibles acorde al derecho internacional y ahora, conforme al Estatuto de la CPI.⁶⁰⁰

De esta manera, quedando entendido que en esta etapa preliminar de investigación de una situación y confirmación de los cargos, las funciones judiciales de la Corte serán desempeñadas por la Sala de Cuestiones Preliminares, cuyas acciones y atribuciones abarcan, o se limitan a:

- Autorizar al Fiscal a abrir una investigación en todas las situaciones que prevé el Estatuto; además, a petición del Fiscal, dictar las providencias y órdenes que sean necesarias a los fines de una investigación.
- Previo a la confirmación de los cargos, decidir sobre la admisibilidad de una causa o la competencia de la Corte.⁶⁰¹
- Autorizar la realización de investigaciones en el territorio de un Estado.
- Confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento de una persona.
- Participar en la adopción de medidas cuando un Estado juzgue que la divulgación de información afecte intereses de su seguridad nacional.

Todas estas decisiones deberán ser tomadas por la mayoría de los magistrados que compongan la Sala de Cuestiones Preliminares, a menos que la misma disponga otra cosa o así lo señalen las Reglas de Procedimiento y Prueba.⁶⁰² Pero además, la Sala de Cuestiones Preliminares cuando considere se presenta una oportunidad única de proceder a una investigación, a petición del Fiscal, podrá adoptar

⁵⁹⁹ *cf.* artículos 56, 57.3(d) y 86 a 99 del Estatuto de la CPI.

⁶⁰⁰ *cf.* Art. 29 del Estatuto de la CPI.

⁶⁰¹ Después de haberse confirmado los cargos, la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de una causa se hará ante la Sala de Primera Instancia. No obstante, también podrá recurrirse a la Sala de Apelaciones de conformidad con el Art. 82 del Estatuto.

⁶⁰² Conforme a la Regla 7 de las reglamentación sobre procedimiento y prueba, la Sala de Cuestiones Preliminares, cuando designe a un magistrado en calidad de magistrado único de conformidad con el Art. 39 del Estatuto, lo hará sobre la base de criterios objetivos previamente establecidos. El magistrado designado tomará las decisiones que correspondan acerca de las cuestiones respecto de las cuales ni el Estatuto ni las Reglas dispongan expresamente que ha de hacerlo la Sala en pleno. La Sala de Cuestiones Preliminares, de oficio o, según proceda, a solicitud de una parte, podrá decidir que la Sala en pleno ejerza las funciones del magistrado único.

las medidas que sean necesarias para velar por la eficiencia e integridad de las actuaciones, además de proteger los derechos de la defensa. De entre estas se menciona:

- Formular recomendaciones o dictar ordenanzas respecto del procedimiento que habrá de seguirse.
- Ordenar que quede constancia de las actuaciones.
- Nombrar a un experto para que preste asistencia.
- Autorizar al abogado defensor de quien haya sido detenido o de quien haya comparecido ante la Corte en virtud de una citación a que participe o, en caso de que aún no se hayan producido esa detención o comparecencia o no se haya designado abogado, a nombrar otro para que comparezca y represente los intereses de la defensa.
- Encomendar a uno de los miembros de la Sala, de ser necesario, a otro magistrado de la Sección de Cuestiones Preliminares o la Sección de Primera Instancia que formule recomendaciones o dicte ordenanzas respecto de la reunión y preservación de las pruebas o del interrogatorio de personas.
- Adoptar todas las medidas que sean necesarias para reunir o preservar las pruebas.
- Cuando se considere que el Fiscal no ha solicitado alguna de estas medidas, la Sala si a su juicio considera son esenciales para la defensa en juicio, le consultará si se justificaba no haberlas solicitado. La Sala podrá adoptar de oficio esas medidas si, tras la consulta, llegare a la conclusión de que no había justificación para no solicitarlas.⁶⁰³

Una vez remitida una situación, y el Fiscal haya considerado que existen fundamentos razonables y sucediere la autorización para la realización de una investigación, la Fiscalía lo deberá notificar a todos los Estados Partes y a aquellos que, en función de la información con que se disponga, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate.⁶⁰⁴

Según dispone el Art. 18 del Estatuto, dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado directamente involucrado podrá informar a la Corte que está conduciendo o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 del Estatuto (crímenes de la competencia de la Corte), y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. Ante lo cual, a petición de ese Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado sobre tal investigación, no obstante la Sala de Cuestiones Preliminares podrá decidir, a petición del Fiscal, autorizar la investigación. En el caso de que el Fiscal se hubiere inhibido de su competencia en relación con la investigación, éste podrá pedir al Estado de que se trate, que le informe periódicamente de la marcha de sus investigaciones y del juicio ulterior. El Estatuto sanciona, con carácter estricto, que los Estados Partes responderán a esas peticiones sin dilaciones indebidas.

Al cabo de seis meses a partir de la fecha de la remisión, el Fiscal podrá volver a examinar la cuestión de la inhibición de su competencia, la cual se motivará también si se hubiere producido un cambio significativo de circunstancias previendo que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo.⁶⁰⁵ Asimismo, con carácter excepcional, el Fiscal podrá, hasta que la Sala de Cuestiones Preliminares haya emitido su decisión, o en cualquier momento si se hubiere inhibido de su competencia, pedir a la Sala que le autorice a llevar adelante las indagaciones que estimase necesarias, pero sólo en caso de que existiese una oportunidad única de obtener pruebas importantes o se presentase un riesgo significativo de que esas pruebas no estuvieran disponibles más adelante.

⁶⁰³ *cf.* Art. 56 del Estatuto de la CPI.

⁶⁰⁴ El Fiscal podrá hacer la notificación a esos Estados con carácter confidencial y cuando lo considere necesario, a fin de proteger personas, impedir la destrucción de pruebas o impedir la fuga de personas, podrá limitar el alcance de la información proporcionada a los Estados.

⁶⁰⁵ El Estado de que se trate o el Fiscal podrán apelar ante la Sala de Apelaciones la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el artículo 82. La apelación podrá sustanciarse en forma sumaria. Por su parte, sobre estas decisiones preliminares de la admisibilidad de un asunto, el Estado que haya de apelar una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, podrá hacerlo en virtud del Art. 19 del Estatuto, haciendo valer también hechos nuevos importantes o un cambio significativo de las circunstancias.

Ahora bien, sobre la petición del Fiscal, y tras examinar la solicitud, las pruebas y demás información presentada, la Sala de Cuestiones Preliminares, si estuviere convencida, podrá dictar una orden de detención si considera que hay motivo razonable para creer que se ha cometido un crimen de la competencia de la Corte, además de que se estimase dicha medida necesaria para asegurar que la persona comparezca en juicio, que ésta no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte, o se impida que dicha persona siga cometiendo ese crimen o uno conexo y de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

La petición que hiciese el Fiscal a la Sala para liberar una orden de detención, además de ser personal, deberá consignar el nombre de la persona y datos suficientes para su identificación, una *referencia expresa al crimen* que se haya cometido junto con una *descripción concisa* de los hechos que presuntamente constituyen esos crímenes, además de un *resumen de las pruebas y demás información* con que se argumente se funda *motivo razonable* que haya llevado al Fiscal a creer que determinada persona cometió esos delitos competencia de la Corte, para así establecer la razón por la cual *la Fiscalía considera necesaria* la detención.⁶⁰⁶

Una vez dictada una orden de detención, ésta deberá consignar los generales del indiciado, una referencia expresa al crimen y una descripción concisa de los hechos que *presuntamente* constituyen crímenes competencia de la Corte y por los cuales se pide la detención. Cabe señalar, que estas órdenes de detención tendrán la vigencia que la propia Corte determine, por lo cual, se podrá solicitar la *detención provisional* de una persona, su sola comparecencia, o la detención de ésta para su entrega a la Corte conforme al Estatuto.⁶⁰⁷

Con base en esto, la Sala de Cuestiones Preliminares, a petición del Fiscal, podrá dictar en vez de la detención, la sola comparecencia de una persona, siempre y cuando la Sala esté convencida de existe motivo razonable para la imputación de la comisión de crímenes bajo jurisdicción y que una orden de este tipo asegurará la presencia de esa persona. La comparecencia podrá dictarse con o sin las condiciones limitativas a la libertad, que aunque no son del mismo alcance de una orden expresa de detención, se apegarán al derecho interno del Estado involucrado buscando garantizar que esa persona comparezca ante la Corte.⁶⁰⁸

Por su parte, una persona que se halle en un proceso de investigación conforme al Estatuto de la CPI, no podrá ser obligada a declarar contra sí o aceptar su culpabilidad, no será sometida a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; cumpliendo un requisito de equidad, habrá de contar con servicios de traducción que le hagan comprender íntegramente tal proceso, sin dejar de lado que nadie podrá ser sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad, salvo por los motivos que se han señalado y de conformidad con procedimientos preestablecidos.

También, en un proceso de interrogación, que sólo podrá realizar el Fiscal, o por acuerdo las autoridades nacionales y con el requisito de que se ha autorizado tal acción en base a existir plenamente motivos para creer que se ha cometido un crimen de la competencia de la Corte, el interrogado deberá ser enterado de que podrá guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia, al igual, deberá ser informado de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la jurisdicción de la Corte; además, se le informará que tiene derecho a ser asistido por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier

⁶⁰⁶ Conforme al Párrafo sexto del Art. 58 del Estatuto, el Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que enmiende una orden de detención para modificar la referencia al crimen indicado en ésta o agregar otros. Dicha Sala enmendará la orden si estuviere convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona cometió los crímenes en la forma que se indica en esa modificación o adición.

⁶⁰⁷ *cfr.* Art. 58 del Estatuto de la CPI.

⁶⁰⁸ Del mismo modo, una “orden de comparecencia”, además de ser personal, consignará el nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación, la fecha de comparecencia, una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte que presuntamente haya cometido y una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes, (Párrafo séptimo del Art. 58 del Estatuto de la CPI).

caso, sin carga económica si careciere de medios suficientes y, que dicho acto de interrogación podrá realizarse en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia especializada.⁶⁰⁹

Una vez que la Corte dicte una orden de detención provisional o de detención para la entrega de una persona, se habrá de proceder en ese sentido y se deberán *tomar inmediatamente las medidas necesarias* para realizar tales actos. No obstante, el cumplimiento de esas ordenes se hará conforme al derecho interno de los Estados, donde se presentará a los detenidos ante la autoridad judicial competente, quien determinará si conforme al derecho interno la orden de detención le es aplicable, la detención se ha llevado conforme a derecho y si se han respetado los derechos del detenido.⁶¹⁰ Por su parte, ubicada en el Estado de detención, esa persona podrá solicitar la libertad provisional previo a su entrega, donde la autoridad competente examinará, en base a la gravedad de los presuntos crímenes, si existen *circunstancias urgentes y excepcionales* que justifiquen la libertad provisional, teniendo en cuenta también que el Estado pueda cumplir cabalmente con su obligación de realizar la entrega a la Corte.⁶¹¹

Frente a una petición de libertad provisional, la autoridad nacional competente lo notificará a la Sala de Cuestiones Preliminares, la cual podrá hacer recomendaciones para que, antes de tomar una decisión, sean consideradas, incluyendo lo que sea previsto para impedir la evasión de esa persona.⁶¹² Finalmente, una vez que el Estado de detención haya ordenado la entrega, el detenido deberá ser puesto a disposición de la Corte *tan pronto como sea posible*. Tras la entrega de una persona a la Corte, o que haya comparecido voluntariamente, la Sala de Cuestiones Preliminares deberá asegurarse de informarle los crímenes que le son imputados, pero también de los derechos que se le reconocen conforme al Estatuto, tal es el caso de la libertad provisional, aún ya estando en la Sede de la Corte.

Una vez que una persona se halle detenida en el recinto de la Corte, esta última deberá asegurarse, en primer lugar, que existen motivos razonables para creer que se han cometido crímenes de su competencia. En tal caso, se mantendrá la detención, pero de lo contrario, la Sala de Cuestiones Preliminares deberá poner en libertad al detenido, ya sea que se impongan o no condiciones. La determinación de haber mantenido la detención o dictado la libertad de una persona se revisará periódicamente, además de que se haga a petición del Fiscal o el acusado, pudiendo modificar tal decisión a la luz de un cambio en las circunstancias. Por esto mismo, la Sala podrá dictar una orden de detención para hacer comparecer a una persona que hubiese sido puesta en libertad anteriormente.⁶¹³

Una vez que se ha entregado a una persona a la Corte y se ha cerciorado ésta que existe fundamento para la presunción de que se cometieron delitos bajo su jurisdicción, dentro de un plazo razonable tras la entrega o la comparecencia voluntaria, la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento. Esta audiencia deberá celebrarse en presencia del Fiscal y del imputado, así como de su defensor. No obstante, la Sala de Cuestiones Preliminares, a solicitud del Fiscal o de oficio, podrá

⁶⁰⁹ Art. 55 del Estatuto de la CPI.

⁶¹⁰ Varios de los Estados que han ratificado el Estatuto de la CPI, han adjuntado declaraciones donde señalan que las solicitudes de cooperación con la Corte habrán de realizarse por canales y medios diplomáticos, además de que señalan a su Ministro de Justicia como la autoridad competente para recibir tales peticiones.

⁶¹¹ Conforme al Párrafo cuarto del Art. 59 del Estatuto, la autoridad nacional competente, por su misma calidad y jurisdicción, se limitará a verificar y determinar aspectos de procedimiento interno y no tendrá a bien considerar si para dictar la orden de detención la Corte ha contemplado que existen motivos razonables para considerar los cargos o si la detención realmente pudiese ser necesaria.

⁶¹² Al acceder a otorgar la libertad provisional previa a la entrega, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá solicitar informes periódicos, (Art. 59 del Estatuto de la CPI).

⁶¹³ Una de las garantías que se establecen en el Estatuto, es que la Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará de que la detención en espera de juicio no se prolongue excesivamente a causa de una demora inexcusable del Fiscal. Si se produjere dicha demora, la Corte deberá considerar la posibilidad de poner en libertad al detenido, con o sin condiciones, (*cf.* Art. 60 del Estatuto de la CPI).

celebrar una audiencia en ausencia del acusado para confirmar los cargos en los que el Fiscal se basa para pedir el enjuiciamiento; esta determinación se tomará cuando el imputado haya renunciado a su derecho a estar presente, haya huido o no sea posible encontrarlo y se hubieran tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte donde se le informaría de los cargos y de que se celebraría una audiencia para confirmarlos. Ante tal situación, el imputado podrá estar representado por un defensor, cuando la Sala resuelva así en interés de la justicia.⁶¹⁴

Como garantía a un *debido proceso* y en cumplimiento de los altos estándares de justicia que se propone respetar la CPI, existe la salvedad de que, antes de la audiencia, el Fiscal pueda proseguir la investigación y modificar o retirar los cargos. Ante esto, el imputado será puesto en aviso *con antelación razonable a la audiencia* en el caso de modificar los cargos o bien, de haberlos retirado. En este último caso, el Fiscal deberá comunicar las razones de su nueva posición a la Sala de Cuestiones Preliminares.

Ya instalados en una audiencia de confirmación de cargos previo al juicio, el Fiscal ha de exponer para cada cargo *las pruebas suficientes* de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen sobre el que pretende sea juzgado, también se podrán presentar pruebas documentales o un resumen de éstas; en esta etapa, no será necesario que se llame a comparecer a testigos, ya que esta oportunidad se tendrá en el juicio llevado en pleno. Sin embargo, en una audiencia de confirmación o no de los cargos, el imputado tendrá derecho a impugnar tanto los cargos como las pruebas presentadas por el Fiscal, además de exponer las suyas.

Posterior al cotejo de cargo y descargo preliminar de pruebas, y sobre la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, toda orden que haya sido dictada dejará de tener efecto con respecto a los cargos que no hayan sido confirmados por la Sala Preliminar o hubieren sido retirados por el Fiscal. Así, la Sala de Cuestiones Preliminares determinará, sobre la base de la audiencia y la existencia de *pruebas suficientes*, que existan los mencionados *motivos fundados* para creer que el imputado cometió cada crimen sobre los que se le pretende acusar. Sobre esto, la Sala podrá:

- Confirmar los cargos respecto de los cuales haya determinado que existen pruebas suficientes y asignar al acusado a una Sala de Primera Instancia para su enjuiciamiento por los cargos confirmados.
- No confirmar los cargos respecto de los cuales haya determinado que las pruebas son insuficientes.
- Levantar la audiencia y pedir al Fiscal que considere la posibilidad de:
 - Presentar nuevas pruebas o llevar a cabo nuevas investigaciones en relación con un determinado cargo.
 - Modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto que sea de la competencia de la Corte.⁶¹⁵

Dentro de la serie de garantías que se proporcionará en un proceso llevado ante la CPI, en este caso a favor de las víctimas, existe la previsión de que, inclusive una vez confirmados los cargos pero antes de comenzar el juicio formalmente entendido, el Fiscal, previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y notificación al acusado, pueda modificar los cargos. Ante lo cual, el Fiscal, de querer demostrar nuevos cargos o sustituirlos por otros más graves, deberá pedir una <Audiencia de confirmación de los cargos previa al juicio>. En contraparte, conforme a la obligación que impone el

⁶¹⁴ Cabe acotar que, conforme al Párrafo tercero del Art. 61, dentro de un plazo razonable antes de la audiencia de confirmación de cargos, se habrá proporcionado al imputado un ejemplar del documento en que se formulen los cargos por los cuales el Fiscal se proponga enjuiciarlo, además de que se le informará de las pruebas que el Fiscal se propondrá presentar en la audiencia. Por su parte, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá dictar providencias respecto de la revelación de información a los efectos de la audiencia.

⁶¹⁵ El Fiscal, en base al Estatuto de la CPI, tiene confirmada la independencia y el respeto a su actividad judicial al seno de la Corte, ya que, según lo dispuesto en este mismo art. 61, frente a la posibilidad de la “no confirmación de un cargo” por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares, esto no obstará para que el Fiscal la pida nuevamente, pero a condición de que presente pruebas adicionales.

Estatuto al Fiscal de investigar tanto las *circunstancias incriminantes* como las *eximentes*,⁶¹⁶ una vez comenzado el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Primera Instancia, podrá retirar los cargos.

Ante la confirmación de los cargos, la Presidencia de la Corte constituirá una Sala de Primera Instancia que estará facultada para proseguir con la próxima etapa del proceso, que ahora podrá ser la encargada de ejercer las funciones que antes tuvo la Sala de Cuestiones Preliminares y que sean pertinentes y apropiadas en ese proceso; no obstante podrá, en caso de ser necesario para un funcionamiento eficaz e imparcial, remitir cuestiones preliminares a la Sala Preliminar o, de ser necesario, a otro magistrado de dicha Sección.

Para finalizar esta primera etapa de investigación y juicio previo, no se debe pasar por alto que, sobre lo estipulado por los párrafos sexto y séptimo del art. 42 del Estatuto, la Presidencia de la CPI podrá, a petición del Fiscal o de un fiscal adjunto, dispensarlos de intervenir en una causa determinada. Asimismo, éstos no participarán en ningún asunto en que, por cualquier motivo, se llegase razonablemente a poner en duda su imparcialidad; además de que podrán ser recusados si hubiesen intervenido anteriormente, en cualquier calidad, en una causa que la Corte estuviere conociendo o en una "causa penal conexo" sustanciada a nivel nacional y que guardare relación con la persona objeto de investigación o enjuiciamiento.

B. El Juicio o etapa de enjuiciamiento.

Ahora, continuaremos con la exposición de lo que se puede denominar la *segunda etapa* de un proceso llevado ante la CPI, esto es, la del juicio de un individuo formalmente acusado de haber cometido los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. En esta segunda fase del proceso, las actuaciones serán desahogadas ante una Sala de Primera Instancia, la cual, conforme al artículo 64 del Estatuto de la Corte, velará por que el *juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto a los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y los testigos*.⁶¹⁷

Las funciones de la Sala de Primera Instancia, serán celebrar consultas con las partes y adoptar los procedimientos que sean necesarios para que el juicio se sustancie de manera justa y expedita, también, estará a cargo de disponer la divulgación de documentos o información pertinente y que no se haya hecho antes, esto con la suficiente antelación al juicio para permitir a las partes su preparación adecuada. De igual forma, esta Sala determinará el o los idiomas que habrán de utilizarse en este proceso.

La Sala de Primera Instancia, de ser necesario, además de dirimir cualesquiera cuestiones pertinentes, podrá ejercer también las funciones de la Sala de Cuestiones Preliminares que, igualmente, sean pertinentes y apropiadas al proceso, esto porque de igual forma, podrá ordenar la comparecencia y la declaración de testigos y la presentación de documentos y otras pruebas,⁶¹⁸ ya que como se ha mencionado, el Fiscal podrá modificar, ampliando o retirando, los cargos en cualquier parte del proceso.⁶¹⁹ Ante lo cual, la Sala podrá ordenar la presentación de prueba adicionales a las ya reunidas

⁶¹⁶ *cf.* art. 54 del Estatuto de la CPI.

⁶¹⁷ Debemos recordar que la Sección de Primera Instancia es una de las tres que conforman uno de los órganos de la Corte, sin embargo las funciones judiciales de ésta, se realizan por la Sala de Primera Instancia, que estará conformada por tres magistrados, que son asignados de los "no menos de seis" que compondrán dicha sección, (*cf.* art. 39 del Estatuto de la CPI).

⁶¹⁸ En esta situación, se podrá incluso recurrir a la asistencia de los Estados con arreglo al Estatuto y al compromiso de cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes bajo su jurisdicción, que los Estados Partes han aceptado.

⁶¹⁹ Por la facultad de la Fiscalía para investigar y sustanciar determinada causa, no debe olvidarse que, conforme al Estatuto de la Corte, incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado, (*cf.* art. 66 del Estatuto de la CPI).

con antelación al juicio o las presentadas durante éste por las partes, para así, sobre la petición de una de las partes, decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de esas pruebas.

La Sala de Primera Instancia deberá de notificar a las partes los cargos que habrán de adjetivarse en el juicio, indicando que se acumularán o se separarán los cargos cuando haya más de un acusado. Igualmente, cuando sea necesario, esta Sala deberá adoptar medidas para la protección de información confidencial que los Estados juzguen llegue a afectar la seguridad nacional de éstos, pero también, se tomarán medidas para la protección del acusado, las víctimas o los testigos. Una garantía al proceso, es que el juicio será público,⁶²⁰ y a menos que se decida otra cosa, se celebrará en la Sede de la Corte estando presente el acusado, siempre y cuando éste guarde un comportamiento que permita el normal funcionamiento de las audiencias, ya que de lo contrario la Sala podrá tomar las medidas necesarias para mantener el orden.⁶²¹ Durante un juicio, el magistrado que presida la Sala podrá impartir directivas para que la sustanciación del juicio sea justa e imparcial, además de que ambas partes tendrán derecho a presentar pruebas de conformidad con las disposiciones del Estatuto.

Prosiguiendo, y como establece el artículo 64.8(a) del Estatuto, al comenzar el juicio la Sala de Primera Instancia dará lectura, ante el acusado, de los cargos en su contra, y que previamente fueron confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares. Por su parte, la Sala de Primera Instancia se cerciorará de que el acusado comprende la naturaleza de los cargos y se le dará la oportunidad de declararse culpable o inocente. De cada etapa del proceso habrá de quedar constancia y la Sala solicitará al Secretario de la Corte que lleve y conserve un expediente completo del juicio en el que se consignen fielmente las diligencias practicadas.

En el caso de que un acusado se declarase culpable, la Sala de Primera Instancia habrá de cerciorarse que éste ha comprendido la naturaleza y las consecuencias de haber hecho tal confesión, además de comprobar que tal declaración fue formulada voluntariamente y con *suficiente consulta con su abogado defensor*. Así también, una declaración voluntaria de culpabilidad habrá de corroborarse con los hechos en base a los cargos presentados por el Fiscal, y que ha asentido el acusado, junto con piezas complementarias así como otras declaraciones de testigos que igualmente hayan sido presentadas por el Fiscal y que ha aceptado, como culpable, el acusado;⁶²² en este momento y tras esta serie de confirmaciones, se considerará que en efecto, tal afirmación, así como las pruebas de cargo adicionales, conforme al Estatuto *constituyen un reconocimiento de todos los hechos esenciales que figuran en el crimen del cual se ha declarado culpable el acusado*, y por el cual podrá ser condenado.⁶²³

Pese a esto, y como señala el Estatuto de la Corte, en interés de la justicia y de las víctimas, ante la posibilidad de poder incluir otros crímenes, o en su caso poder completar un expediente que llevara a solicitar cierta indemnización que está permitida, la Sala podrá pedir <una presentación más completa de los hechos de la causa>, solicitando pruebas adicionales, declaraciones nuevas de testigos, o sancionar la declaración de culpabilidad por *no formulada* y ordenar se prosiga el procedimiento

⁶²⁰ No obstante, el Estatuto de la Corte prevé que la Sala de Primera Instancia podrá adoptar salvedades a esta garantía, tal como ordenar que las audiencias fueren a puerta cerrada cuando se quisiese proteger, debido a circunstancias especiales, en la presentación de pruebas, la seguridad o privacidad de las víctimas o testigos, o cuando un Estado argumentase que la difusión de cierta información pudiese afectar a su seguridad nacional.

⁶²¹ Con arreglo al art. 63.2 del Estatuto, si el acusado, estando presente en la Corte, perturbare continuamente el juicio, la Sala de Primera Instancia, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, podrá disponer que salga de ella el acusado y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, esto se adoptará únicamente en circunstancias excepcionales, y el tiempo que sea estrictamente necesario.

⁶²² No obstante, la Sala de Primera Instancia, en la situación de constatar que no se cumplen las condiciones que señala el Estatuto sobre el *procedimiento en caso de declaración de culpabilidad* (art. 65), considerará la declaración de culpabilidad por “no formulada”, para así ordenar que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario de *práctica de las pruebas* y se podrá remitir la causa a otra Sala de Primera Instancia.

⁶²³ *cfr.* art. 65 del Estatuto de la CPI.

ordinario.⁶²⁴ Como se menciona, en caso de tomar por *no formulada* una declaración de culpabilidad, o de que pese a esto, se decidiera proseguir con el procedimiento ordinario, o que el acusado rechazara los cargos, se continuará con la corriente *práctica de pruebas* conforme al Estatuto, para así finalmente, fundamentar el fallo de la Corte en la evaluación de las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio. Así, durante el proceso de enjuiciamiento,⁶²⁵ donde se ha de realizar la *práctica de las pruebas*, todos los magistrados de la Sala de Primera Instancia habrán de estar presentes en cada fase, así como en todas sus deliberaciones. Además, como sanciona el artículo 74 del Estatuto, la Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo únicamente en la evaluación de las pruebas presentadas y examinadas ante ella en la totalidad del juicio; por lo cual, el fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos, o en su caso, a las modificaciones de éstos.

En las audiencias donde han de declarar los testigos, se comprometerán solemnemente a decir la verdad, con la advertencia que de no hacerlo o prestar falso testimonio pudieran incurrir en un delito contra la administración de justicia. De tal promesa podrán abstenerse los menores de 18 años de edad o las personas cuya capacidad de juicio esté disminuida.⁶²⁶ Por su parte, conforme al Estatuto, la CPI estará facultada para pedir todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos, además de que las partes podrán presentar pruebas a su causa, decidiendo la Sala de Primera Instancia sobre la admisibilidad o pertinencia de éstas.⁶²⁷

El testimonio, prioritariamente, habrá de rendirse en persona, sin embargo podrá hacerse a través de medios electrónicos de video o audio, o documentos y transcripciones escritas. Ante esto, y conforme a las Reglas de Procedimiento y Prueba, reglas 67 y 68, la Sala podrá permitir que un testigo preste testimonio oralmente por medios de audio o vídeo, a condición de que esos medios permitan que el testigo sea interrogado por el Fiscal, por la defensa y por la propia Sala en el momento de rendir su testimonio. La Sala, con la asistencia de la Secretaria de la CPI, se cerciorará de que el lugar escogido para prestar testimonio por estos medios resulte propicio para que sea veraz, abierto y para la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la privacidad del testigo.

Por su parte, cuando la Sala de Cuestiones Preliminares no haya adoptado medidas al respecto, la Sala de Primera Instancia podrá permitir que se presente testimonio grabado anteriormente en audio o video, su transcripción u otro documento que sirva de prueba, a condición de que si el testigo que prestó el <testimonio grabado anteriormente> no está presente en la Sala de Primera Instancia, tanto el Fiscal como la defensa hayan tenido oportunidad de interrogarlo en el curso de la grabación o, si el testigo estuviera presente, no se oponga a la presentación de ese testimonio y el Fiscal, la defensa y la Sala tengan ocasión de interrogarlo en el curso del proceso.

Ahora bien, ambas partes en el desarrollo de un proceso ante la CPI, gozarán de derechos que les otorga el Estatuto de Roma conforme a los artículos 67 y 68. Por lo que respecta al acusado, éste

⁶²⁴ El párrafo 5 del art. 65 del Estatuto señala que, respecto de las consultas que celebren el Fiscal y la defensa sobre la modificación de los cargos frente a una declaración de culpabilidad o la pena que hubiera de imponerse, no tendrán carácter obligatorio para la Corte.

⁶²⁵ El Prof. Acosta Estévez define al *enjuiciamiento* como “la parte de la actividad jurisdiccional consistente en determinar la aplicabilidad de una norma objetiva a un caso concreto, mediante la afirmación de la existencia de un hecho que coincide con el supuesto de hecho de la norma”, (*op.cit.* José Acosta Estévez: El proceso ante el Tribunal internacional de Justicia, pág.86).

⁶²⁶ *cf.* art. 69 del Estatuto de la CPI y Regla 66 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

⁶²⁷ Para decidir sobre la pertinencia o la admisibilidad de las pruebas a una causa, la Corte resolverá teniendo en cuenta su valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo, conforme a las Reglas de Procedimiento y Prueba. Asimismo, serán respetados los privilegios de confidencialidad que señala el Estatuto y no serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de su violación o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando esa falta suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas o su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él, (art. 69 del Estatuto de la CPI).

gozará de “garantías mínimas y en pie de plena igualdad”,⁶²⁸ entre éstas, el derecho a una audiencia pública, justa e imparcial, además de que será informado, sin demora y en forma detallada, y en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan.⁶²⁹ Al igual, al acusado se le proporcionará el tiempo y los medios necesarios para preparar su defensa, así como podrá comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección.⁶³⁰

El acusado deberá ser juzgado sin dilaciones indebidas, al igual que se presumirá que es inocente mientras no se pruebe lo contrario ante la CPI y conforme al derecho aplicable; mientras que, para que se pueda dictar una sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.⁶³¹ Asimismo, el acusado podrá hallarse presente en el proceso y se le otorgará el derecho a defenderse por su persona o a través de la asistencia de un abogado que él elija, consiguiendo incluso declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento, a la par que no podrá ser obligado a declarar contra sí mismo, o por fuerza, admitir su culpa y podrá guardar silencio sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia; en caso de no poseer los medios, le será informado que tiene la prerrogativa de que se le nombre gratuitamente un defensor *de oficio*.

En la práctica de las pruebas, el acusado tendrá el derecho a interrogar a los testigos de cargo o podrá hacerlo a través de la defensa, así como obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los de la parte acusadora. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el Estatuto.

Por lo que respecta al Fiscal y como signo de cumplimiento a los altos estándares judiciales que aplicará la CPI, el Fiscal transmitirá a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a juicio de la Fiscalía, indiquen o tiendan a revelar la inocencia del acusado, o al menos, a atenuar su culpabilidad, o que pudieran afectar la credibilidad de las pruebas de cargo, decidiendo al respecto, en caso de duda acerca de este procedimiento, la Corte.

Como se expresó más arriba, ambas partes en un proceso ante la CPI gozarán de garantías mínimas, y por lo que respecta a las víctimas y testigos en su participación en las actuaciones de la Corte, se han establecido una serie de medidas para proteger su seguridad, bienestar físico, psicológico, dignidad y privacidad sobre sus vidas teniendo en cuenta factores como la edad, el género, la salud, la índole del crimen, siempre y cuando estas medidas no redunden en perjuicio de los derechos del acusado o de llevar a fin un juicio justo e imparcial.⁶³²

Una de estas serie de medidas de protección a las víctimas y testigos, es una excepción que elude el principio del carácter público de las audiencias: las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de agresión sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las

⁶²⁸ *cf.* Párrafo 1 del art. 67 del Estatuto de la CPI.

⁶²⁹ También, al acusado se le asistirá gratuitamente por medio de un intérprete competente y podrá obtener las traducciones necesarias, buscando satisfacer los requisitos de equidad que establece el Estatuto, en el caso de que en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a ella se empleó un idioma que no comprendiera y no hablara el acusado, (Párrafo “f” del art. 67 del Estatuto de la CPI).

⁶³⁰ Una garantía que se otorga al acusado por lo que respecta a su defensa, es que gozará del derecho de que no se le invierta la carga de la prueba ni se le imponga el presentar contrapruebas, (*cf.* Inciso “h” del Párrafo 1 del art. 67 del Estatuto de la CPI).

⁶³¹ *cf.* art. 66 del Estatuto de la CPI.

⁶³² El Estatuto establece “medidas adecuadas”, que habrán de ser especiales cuando se trate de crímenes que entrañen violencia sexual, por razones de género o violencia contra niños. Además, este tipo de medidas, serán tomadas en cuenta por el Fiscal en la realización de la investigación y en el enjuiciamiento de tales crímenes.

circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo. Igualmente, estará permitido que en el proceso, cuando se crea conveniente, puedan presentarse y se consideren las opiniones y observaciones de las víctimas en el caso de verse afectados sus intereses personales pero teniendo cuidado de no afectar los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial.⁶³³

Uno de los órganos derivados de la Corte: la *Dependencia de Víctimas y Testigos*, que se desprende de la Secretaría de la CPI,⁶³⁴ podrá asesorar al Fiscal y a la Corte acerca de las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el asesoramiento y la asistencia a los testigos y víctimas en comparecencia y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado.

Por lo que respecta a la divulgación de pruebas o información, cuando esto supusiere <un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia>, el Fiscal podrá, en la fase previa al juicio, no presentar esas pruebas o información y exponer en cambio un resumen de éstas. Como siempre, este tipo de medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial. Por su parte, todo Estado podrá solicitar que se adopten las medidas necesarias respecto de la protección de sus funcionarios o agentes, así como de la protección de información de carácter confidencial o restringido.

Dependiendo del sentido del fallo de la Corte, la causa que se haya visto y el alcance de los hechos, se establecerán principios aplicables a la reparación, tales como la restitución, la indemnización y la rehabilitación a las víctimas, o en su caso, a sus causahabientes. En caso de presentarse una solicitud por parte de la víctima o *de oficio* en circunstancias excepcionales, se podrá determinar ante tal decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a los afectados o a sus causahabientes, indicando en el caso de proceder la imposición de alguna reparación, los principios en que se funda esa determinación. Es por esto que la Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado, indicando la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas (restitución, indemnización o rehabilitación). Aparte, y de proceder, la Corte podrá incluso ordenar que la indemnización, otorgada a título de reparación, se cubra o pague a través del Fondo Fiduciario que se ha establecido en el artículo 79 del Estatuto.⁶³⁵

Por esto mismo, dicho numeral dispone que por una decisión de la Asamblea de los Estados Partes, se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias. En este caso, la Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario. Este fondo será administrado según los criterios que fije la Asamblea de los Estados Partes. Sobre estas medidas de reparación, se habrá de acudir a la cooperación de los Estados Partes para que, conforme a su derecho interno, se identifiquen personas u objetos, se practiquen allanamientos, decomisos y se determine el paradero o inmovilice productos, bienes y haberes obtenidos del crimen y de sus instrumentos, o a causa de esas conductas se hayan incautado; todo esto sin perjuicio de los derechos de terceros o de personas actuando de buena fe y de conformidad con el derecho interno de los Estados y el derecho internacional.⁶³⁶

⁶³³ El Estatuto señala que los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, (párrafos 2 y 3 del art.68 del Estatuto de la CPI).

⁶³⁴ *cfr.* Párrafo 6 del Art.43 del Estatuto de la CPI.

⁶³⁵ Como se establece en el art. 75 del Estatuto, la Corte, antes de tomar una decisión sobre una posible reparación a las víctimas, tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas y hasta Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.

⁶³⁶ El art. 75, en su párrafo quinto, señala que los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada sobre alguna reparación como si de alguna ejecución de multa y orden de decomiso se tratara y nos refieren al Art. 109 del Estatuto: los Estados Partes harán efectivas las multas u órdenes de decomiso decretadas por la Corte(...), sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe y de conformidad con el procedimiento establecido en su derecho interno. (...)El Estado Parte que no pueda hacer efectiva la orden de decomiso, adoptará medidas para cobrar el valor del producto, los bienes o los haberes cuyo decomiso hubiere decretado la Corte, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.(...) Los bienes, o el producto de la venta de bienes inmuebles o, según

En este momento, una vez transcurrida la práctica de las pruebas, y cumplimentado las diversas requisitorias del juicio que se han mencionado, tales como garantías y derechos mínimos a las diversas partes de un proceso, se podrá asistir a tomar una decisión sobre la causa y dictar un fallo; para lo cual, como ya se dijo, todos los magistrados que comprenden la Sala debieron haber estado presentes en cada fase del juicio y sus deliberaciones, ya que la resolución que sea tomada habrá de fundamentarse en la evaluación de las pruebas y la totalidad del juicio, siendo que el fallo se referirá únicamente a los hechos y sobre la base de las pruebas presentadas y examinadas ante la Corte.

Como señala el artículo 74 del Estatuto, la Sala de Primera Instancia dictará un fallo, para esto, los magistrados procurarán hacerlo por unanimidad, y cuando no sea posible, será la mayoría quien decida. Todas las deliberaciones de la Sala de Primera Instancia con respecto al fallo, serán secretas. Así también, este artículo sanciona que el fallo constará por escrito y deberá incluir una *exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones*. Finalmente, ha quedado estipulado que la lectura del fallo o de un resumen de éste se hará en sesión pública.

Coincidimos con el colega Raymundo García en que en esta parte del fallo, difícilmente encontraríamos a un procesado que resultara completamente libre de cualquier cargo, ya que en el mismo *proceso previo*, el que es llevado ante la Sala de Cuestiones Preliminares, se debió haber encargado de examinar desde la solicitud del Fiscal de investigar determinada situación, considerar que existía *motivo razonable* para creer que se hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte y haber ordenado la detención o presentación de un individuo para así, haber confirmado los cargos y haber ordenado el inicio de un proceso formal ante una Sala de Primera Instancia. De lo contrario, desde la etapa de investigación y confirmación de los cargos, y de no haberse reunido los requisitos que ya se han señalado, la Sala de Cuestiones Preliminares debió haber puesto al detenido en libertad, con o sin condiciones.⁶³⁷

Por eso, cuando la Sala de Primera Instancia dicte un fallo, que muy posiblemente será condenatorio,⁶³⁸ ésta fijará la pena que proceda imponer, y como señala el Estatuto, para lo cual *tendrá en cuenta las pruebas practicadas y las conclusiones relativas a la pena que se hayan hecho en el proceso*. Por lo mismo, será obligatorio si el Fiscal o el acusado lo solicitan, además de que la Sala lo podrá hacer si así lo dispone, realizar una nueva audiencia para practicar diligencias de prueba y escuchar *conclusiones adicionales* relativas a la pena.⁶³⁹ Tras esto, la Sala habrá de proceder a imponer la pena en una audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado.

Como garantía de un *debido proceso*, la Corte tendrá competencia sobre una serie de *delitos contra la administración de justicia*, siempre y cuando estos se cometan intencionalmente:

- un testigo que preste falso testimonio y se haya comprometido a decir la verdad.
- Presentar pruebas a sabiendas que no son auténticas o que han sido falsificadas.

proceda, la venta de otros bienes que el Estado Parte obtenga al ejecutar una decisión de la Corte, serán transferidos a esta.

⁶³⁷ *cfr.* artículos 53, 56, 57, 58, 60 y 61, entre otros, del Estatuto de la CPI.

⁶³⁸ Por los razones que se han expuesto en el párrafo anterior sobre la investigación y confirmación de los cargos en un *proceso previo*, consideramos que en esta etapa, al otorgar un fallo e imponer una sentencia, la Sala se avocará, más bien, a considerar la magnitud de la pena y a fundamentar los cargos que fueron judicialmente corroborados con la práctica de las pruebas. Sin embargo, en el apartado siguiente, he de hacer referencia al actuar de la Corte ante el caso de dictarse un fallo absolutorio.

⁶³⁹ A fin de celebrar una nueva audiencia sobre asuntos relacionados con la imposición de la pena y, en su caso, la reparación, el magistrado que presida la Sala fijará la fecha de la nueva audiencia. La Sala de Primera Instancia, de oficio o a petición del Fiscal, la defensa o los representantes legales de las víctimas que participen en las actuaciones, podrán aplazarla, pero sólo en circunstancias excepcionales, con arreglo a lo dispuesto en las Reglas de Procedimiento y Prueba, reglas 89 a 91, y en el caso de que en una audiencia relativa a la reparación, las víctimas hayan presentado una solicitud de conformidad con la *Reglas*, (regla 143 de las Reglas de Procedimiento y Prueba).

- Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra éste por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba.
- Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de forma indebida.
- Tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario.
- Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales.

Sobre la posibilidad de que la Corte ejerza su jurisdicción sobre uno de estos delitos, previamente podrá consultarlo con los Estados que tendrían la jurisdicción, además habrá de tener en cuenta la posibilidad y eficacia del enjuiciamiento en un Estado Parte, la gravedad del delito, la posibilidad de acumular cargos presentados por delitos contra la administración de justicia, además de los crímenes competencia de la CPI, la necesidad de agilizar el procedimiento, los vínculos con una investigación o un juicio en curso ante la Corte, así como realizar consideraciones de prueba. En los casos en que la CPI decida abstenerse de ejercer su jurisdicción sobre un delito contra la administración de justicia, todo Estado Parte podrá hacer extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos que atenten la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento, así como los de competencia de la Corte y que se hayan cometido en el territorio de ese Estado o por uno de sus nacionales. No obstante, en los casos en que la Corte ejerza su jurisdicción sobre uno de estos delitos, se aplicarán el Estatuto y sus Reglas de Procedimiento a la investigación, el enjuiciamiento y las penas, pero en este caso, la prescripción tendrá un plazo de cinco años a partir de la fecha en que se hayan cometido, a condición de que en ese plazo no se haya iniciado la investigación o el enjuiciamiento por parte de la Corte o de un Estado Parte. Así también, las penas impuestas quedarán prescritas a partir de diez años a la fecha en que hayan sido ejecutoriadas, siempre y cuando el sentenciado se encuentre en uno de los Estados Partes, o bien éste sea detenido.

Al Fiscal de la Corte corresponderá iniciar o hacer *de oficio* una investigación relacionada con *delitos contra la administración de justicia*, conforme a informes transmitidos por una Sala o una fuente fidedigna, pero no se aplicará lo que estipula el Estatuto sobre el *inicio de una investigación* (art. 53), así como el procedimiento de detención en el Estado que la ejecute (art. 59). Asimismo, será la Sala de Cuestiones Preliminares quien confirme los cargos en base a presentaciones escritas pero sin proceder a una vista, a menos que fuere en interés de la justicia. Por su parte, la Sala de Primera Instancia, cuando proceda y velando por los derechos de la defensa, podrá disponer que se acumulen, a los delitos contra la administración de justicia, los crímenes competencia de la CPI. Para el caso de delitos contra la administración de justicia, no serán aplicables las penas que impone el Estatuto de la CPI, con excepción del decomiso de producto, la multa, la reclusión o ambas, pero no en las condiciones del párrafo primero del artículo 77 para el caso de la privación de la libertad.

En la situación de se cometiera en presencia de una Sala un delito contra la administración de justicia, el Fiscal podrá pedir verbalmente a la Sala que decrete la detención inmediata del autor. Así también, se podrán aplicar sanciones por faltas de conducta en la Corte, siendo que en este caso y tras una advertencia, el Magistrado Presidente ordene que quien altere el orden en las actuaciones salga voluntariamente o por la fuerza o, en caso de falta de conducta reiterada, pueda ordenar que se prohíba su presencia en dichas vistas, e incluso, ante una negativa deliberada a cumplir una orden escrita u oral de la Corte, y tras advertirle que se le impondrá una pena en caso de no ser acatada, el magistrado que presida la Sala que conozca de la causa podrá ordenar que se prohíba la asistencia del autor a las actuaciones durante un período de no más de 30 días o, si la falta de conducta fuere más grave, podrá imponerle una multa.⁶⁴⁰ De igual manera, si el Magistrado Presidente de la Sala, ante un caso de reincidencia de faltas de conducta en la Corte, considera que procede fijar un período

⁶⁴⁰ La multa que podrá ser impuesta por faltas de conducta en la Corte no excederá de 2000 euros o su equivalente en otra moneda, salvo que, cuando la falta de conducta persista, cabrá la posibilidad de imponerse una nueva multa por cada día en que persista y las multas podrán acumularse, (Párrafo 4 de la Regla 171).

de inhabilitación más largo, remitirá el asunto a la Presidencia, que podría celebrar una vista para determinar si la prohibición o inhabilitación ha de ser más prolongada o permanente. En estos casos, el autor de la falta de conducta tendrá la oportunidad de defenderse antes de que se imponga una pena con arreglo a la regla 171 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

iii) Penas, apelación, revisión y ejecución de la pena.

A. Las Penas.

Conforme a la Parte VII del Estatuto de Roma, la CPI podrá imponer a la persona que sea declarada culpable de uno de los crímenes competencia de la Corte, ya sea la reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 o bien, la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes. Así también, tras analizar si la sola pena de reclusión fuera suficiente, se podrán imponer multas teniendo en cuenta la capacidad financiera del condenado, además de prever si ya se hubiese impuesto alguna reparación. Aunado a lo anterior, se podrá ordenar, como pena aplicable, el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa e indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buen fe.⁶⁴¹

Al dictar una condena, la Corte tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda con arreglo al artículo 77 del Estatuto, deba reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal, así como ponderará todos los factores pertinentes, teniendo en cuenta los atenuantes y los agravantes, al igual que las circunstancias del condenado y las del crimen. Asimismo, se examinará la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado.⁶⁴² Entre otros factores, conforme al derecho aplicable, se tendrá en cuenta igualmente:

a) Circunstancias *atenuantes* como las siguientes:

- Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción;
- La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte;

b) Como circunstancias *agravantes*:

- Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar;
- El abuso de poder o del cargo oficial;
- Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa;
- Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas;
- Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por basada en el género, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición conforme a lo señalado en el párrafo 3 del artículo 21 del estatuto;
- Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas.⁶⁴³

⁶⁴¹ *cf.* art. 77 del Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, regla 146.

⁶⁴² Al respecto, el art. 80 del Estatuto señala que nada de lo dispuesto sobre la imposición de las penas se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas por la CPI.

⁶⁴³ Reglas de Procedimiento y Prueba, párrafo 2 de la regla 145.

Tras la imposición de una pena, pero en el caso de que la Corte examinara la reducción de ésta, antes que nada, habrá que aclarar que el Estado de ejecución no podrá poner en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte. Luego entonces, sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso, eso sólo cuando éste haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua.⁶⁴⁴ Para proceder a examinar una posible reducción de la pena, la Corte considerará que concurren uno o más de los siguientes factores:

- a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;
- b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o
- c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.⁶⁴⁵

Por lo que respecta a los delitos contra la administración de justicia, podrán ser penados con multas, lográndose aplicar, de proceder, una multa a cada delito y, si así se dispone, las multas serán acumulativas. No obstante, como aclara la Regla 166,⁶⁴⁶ bajo ninguna circunstancia la cuantía total excederá del 50 por ciento del valor de los activos y bienes identificables, líquidos o realizables del condenado, previa deducción de una cantidad adecuada que serviría para atender a las necesidades económicas del condenado y de sus familiares a cargo; además, cuando imponga una multa, la Corte deberá fijar un plazo razonable al condenado para pagarla, así también, se podrá decidir que el pago se efectúe de una sola vez o en varias cuotas, durante el plazo fijado.⁶⁴⁷

Ante uno de estos casos, también habrá de aplicarse el principio de *cosa juzgada*, ya que ninguna persona será sometida a juicio ante la Corte por una conducta que haya constituido la base de un delito por el que ya haya sido condenada o absuelta por la Corte o por otro tribunal.⁶⁴⁸

B. La Apelación.

Sobre la interposición de una apelación, debe acotarse que este tipo de proceso, ya sea la apelación o la revisión de un fallo condenatorio o absolutorio, o de la pena, han de resolverse ante la Sala de Apelaciones que es la que realiza las funciones judiciales de la Sección de Apelaciones, la cual se compone del Presidente de la Corte y otros cuatro magistrados, quienes en su totalidad conocerán de los diversos casos que lleguen a esta etapa accesoria.

Ahora bien, veamos quiénes podrán interponer una apelación sobre un fallo dictado por la CPI. Conforme al Estatuto de Roma y sus Reglas de Procedimiento y Prueba,⁶⁴⁹ el Fiscal podrá apelar

⁶⁴⁴ Si en su examen la Corte penal Internacional determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión cada tres años, a menos que se indique un intervalo más breve (Reglas de Procedimiento y Prueba, párrafo 3 de la regla 224).

⁶⁴⁵ Entre los criterios para el examen de reducción de la pena, los cinco magistrados de la Sala de Apelaciones tendrán en cuenta también: la conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen, las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado, si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social, cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias, además de las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada, (Reglas de Procedimiento y Prueba, regla 223).

⁶⁴⁶ Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI.

⁶⁴⁷ *cfr.* Reglas de procedimiento y Prueba, regla 166.

⁶⁴⁸ Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, regla 168.

motivado porque considere existió un *vicio de procedimiento*, un *error de hecho* o un *error de derecho*. La otra parte que está facultada a apelar es el acusado, ya sea que estime los mismos motivos que se han referido para el Fiscal, pero también por cualquier otro motivo que se considere afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o del fallo. Cabe mencionar, que el Fiscal también podrá apelar en nombre del condenado. Así, el Fiscal y el condenado estarán facultados para apelar de una pena impuesta, en razón de que se considere existe una desproporción entre el crimen y la pena.

Igualmente, cualquiera de estas dos partes podrá apelar por una decisión relativa a la competencia de la Corte o admisibilidad de una causa, sólo que en este último caso, además del acusado, también podrán apelar el Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes, o un Estado No-Parte que declare aceptar la competencia de la Corte respecto del crimen de que se trate.

De igual forma, se podrá apelar una decisión por la que se autorice o niegue la libertad de la persona objeto de investigación o enjuiciamiento; una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de actuar de oficio para asegurar que se hayan tomado medidas para velar por la eficiencia e integridad de las actuaciones y, en particular, para proteger los derechos de la defensa; así también, se podrá apelar una decisión relativa a una cuestión que afecte de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado y respecto de la cual, en opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia, un dictamen inmediato de la Sala de Apelaciones pueda acelerar materialmente el proceso.

En un proceso sumario, podrá apelar el Estado de que se trate o el Fiscal, previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, sobre la autorización al Fiscal a adoptar determinadas medidas de investigación en el territorio de un Estado Parte sin haber obtenido la cooperación de éste con arreglo a la Parte IX del Estatuto en el caso de que la Sala haya determinado, de ser posible teniendo en cuenta las opiniones del Estado de que se trate, que dicho Estado manifiestamente no está en condiciones de cumplir una solicitud de cooperación debido a que no existe autoridad u órgano alguno de su sistema judicial competente para cumplir una solicitud de cooperación.⁶⁵⁰

El Estatuto aclara que la interposición de una apelación no suspenderá por sí misma el proceso, a menos que la Sala de Apelaciones así lo resuelva, previa solicitud y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba. De igual manera, ante la resolución de la Corte de dictar directamente una decisión contra el condenado que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas (restitución, indemnización o la rehabilitación), el condenado o el propietario de buena fe de bienes afectados por una providencia de este tipo, podrán apelar conforme a las Reglas de Procedimiento y Prueba.⁶⁵¹

Hasta este momento, hemos referido el desarrollo de una situación en la que pudiera presentarse la apelación de un fallo condenatorio. No obstante, consideramos que no se debe pasar por alto lo que señala el Párrafo tercero del artículo 81 del Estatuto, cuando dispone que, ante un *fallo absolutorio*, el acusado será puesto en libertad de inmediato, o en el caso de que la duración de la detención fuese mayor que la de la pena de prisión impuesta, el condenado será también liberado. Lo cual resulta ser así —y esta es la razón por la que se aborda este punto hasta este momento— porque esto quedará sujeto a diversas limitantes, ante la posible interposición de una apelación del fallo por parte de la Fiscalía.⁶⁵²

⁶⁴⁹ *cf.* artículos 19, 81 a 83 del Estatuto, y las Reglas de Procedimiento y Prueba, reglas 149 a 158.

⁶⁵⁰ Párrafo 2 del art. 82 del Estatuto de la CPI.

⁶⁵¹ *cf.* Reglas de Procedimiento y Prueba, reglas 154 a 156.

⁶⁵² Al respecto, los párrafos tercero y cuarto del Art. 81 del Estatuto son concisos: *salvo que la Sala de Primera Instancia ordene otra cosa, el condenado permanecerá privado de la libertad mientras se falla la apelación*. Asimismo, la decisión o sentencia será suspendida durante el plazo fijado para la apelación y mientras dure este proceso.

Dentro de las posibles restricciones que habrán de limitar la ejecución de un fallo absolutorio, se encuentran las siguientes circunstancias:

- a solicitud del Fiscal, con carácter excepcional y teniendo en cuenta además, el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito y ante la posibilidad de que sea interpuesta una apelación, la Sala de Primera Instancia podrá decretar que el absuelto continúe privado de la libertad mientras dure la apelación
- La misma decisión de la Sala de Primera Instancia en virtud de continuar la privación de un absuelto, podrá ser apelable

Frente a la situación de que se interponga una apelación de una pena impuesta, y si la Corte considerase que existen fundamentos para revocarla en todo o parte, podrá invitar al Fiscal y al condenado a que presenten sus argumentos en base a posibles vicios en el procedimiento y errores de hecho o derecho, o cualquier otro motivo como se ha señalado para el caso del sentenciado, para así, dictar una nueva sentencia. Esto también se realizará cuando se apele, ante un fallo condenatorio, para solicitar la reducción de la pena.⁶⁵³

Como se señalaba, el proceso de apelación es llevado ante la Sala de Apelaciones, la cual recoge y tendrá todas las atribuciones de una Sala de Primera Instancia. Así, las facultades y directrices generales de la Sala de Apelaciones, además de lo que previamente se ha señalado, están dispuestas en el artículo 83 del Estatuto de la CPI.⁶⁵⁴ Los trabajos de la Sala de Apelaciones llevarán a los magistrados a decidir, por una parte, si las actuaciones apeladas fueron injustas y que esto llegó a afectar la regularidad del fallo o la pena, o también, si el fallo o la pena que han sido apelados, adolecen, efectivamente, de errores de hecho, de derecho o de vicios de procedimiento. Frente a esto, la Sala podrá revocar o enmendar el fallo o la pena, o decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia; pero también, con respecto a una cuestión de hecho, la Sala de Apelaciones podrá devolver el caso a la Sala de Primera Instancia original para que lo examine y le informe, requiriendo pruebas extra para dirimir. De manera similar, al conocer de una apelación contra la pena, la Sala de Apelaciones, si considera que existe una desproporción entre el crimen y la pena, podrá modificar ésta conforme a las mismas penas que reconoce el Estatuto de la Corte.

La Sala de Apelaciones estará facultada para dictar sentencia en ausencia de la persona absuelta o condenada. Una mayoría de los magistrados que componen la Sala aprobarán la sentencia y en audiencia pública enunciarán las razones en que se funda su determinación. En el caso de no decidir por unanimidad, se consignarán tanto las opiniones de la mayoría como las disidentes, pudiendo emitir su opinión por separado el magistrado que discrepe sobre una cuestión de derecho. En el sentido que establece el Estatuto de garantizar que la prueba de descargo no podrá ser invertida ni que el acusado tendrá la obligación de presentar contrapruebas, se asegura también que el fallo o la pena apelados únicamente por el condenado, o por el Fiscal en nombre de éste, no podrán ser modificados en perjuicio suyo.

C. La Revisión.

Por lo que respecta a la petición de revisión de un *fallo definitivo condenatorio*, que se hará ante la Sala de Apelaciones, y en algo que ha causado sorpresa a propios y extraños, es que tal solicitud, aparte de poderla hacer naturalmente el propio condenado, podrá ser a petición de éste aún después de su muerte por medio del cónyuge, los hijos, los padres o quien estuviera vivo al momento del fallecimiento del acusado y tuviera instrucciones escritas del acusado en ese sentido, o incluso el Fiscal estará facultado para proceder así. La petición de revisión de un <fallo definitivo condenatorio> podrá motivarse por tres causas:⁶⁵⁵

⁶⁵³ Artículo 81 del Estatuto de la CPI.

⁶⁵⁴ Por lo general y comprensible que pretendo sea esta explicación, recomiendo al lector acudir al detalle del procedimiento, desagregado en el Capítulo 8 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, reglas 149 a 161.

⁶⁵⁵ *cfr.* art. 84 del Estatuto de la CPI.

- Primero, porque se hubiesen descubierto nuevas pruebas que no se hallaban disponibles en la época del juicio, siempre y cuando los motivos para tal imposibilidad no fueran total o parcialmente imputables a la parte que formula la solicitud, y porque esas pruebas son suficientemente importantes como para que, de haberse valorado en el juicio, probablemente hubieran dado lugar a otro veredicto.
- Segundo, porque se acabare de descubrir que un elemento de prueba decisivo, que fue apreciado en el juicio y en función de éste se dictó condena, era falso o habría sido objeto de adulteración o falsificación.
- Tercero, en razón de que uno o más de los magistrados que intervinieron en el fallo condenatorio o en la confirmación de los cargos, han incurrido en esa causa, en una falta grave o un incumplimiento grave de magnitud suficiente para justificar su separación del cargo de conformidad con el Estatuto (*cf.* artículo 46), sin olvidar que ante estos posibles delitos contra la administración de justicia, habrá de proceder también la Corte incluso accediendo a eventuales reparaciones o indemnizaciones que líneas abajo se mencionarán.

Bajo la consideración de que la solicitud es atendible, la Sala de Apelaciones procederá a convocar nuevamente a la Sala de Primera Instancia original, constituir una nueva Sala de Primera Instancia o bien, conservar el asunto y mantener su competencia para así, oír a las partes y decidir si ha de revisarse la sentencia.⁶⁵⁶ En contraparte, si la Sala considera infundada la petición de revisión, rechazará la solicitud. Obviamente, frente a una apelación o una revisión de un fallo, podrán surgir posibles faltas cometidas por cualquier parte involucrada en un proceso ante la Corte. Ante esto, la CPI reconoce derechos de indemnización a un detenido o condenado, por lo que el artículo 85 del Estatuto dispone que el que haya sido ilegalmente detenido o recluso tendrá el derecho efectivo a ser indemnizado. Asimismo, el individuo que por decisión final hubiera sido condenado por un crimen y hubiere cumplido una pena por tal motivo, será indemnizado conforme a la ley de ser anulada posteriormente su condena en razón de hechos nuevos que demuestren concluyentemente que hubo un error judicial, salvo que la falta de conocimiento oportuno de esos hechos le fuera total o parcialmente imputable.

En circunstancias excepcionales, la Corte, si determina la existencia de hechos concluyentes que muestran hubo un <error judicial grave y manifiesto>, tendrá la *facultad discrecional* de otorgar una indemnización a quien hubiere sido puesto en libertad en virtud de una sentencia definitiva absolutoria o de un sobreseimiento de la causa por esa razón, teniendo en cuenta las consecuencias que haya suscitado ese error para la situación personal, familiar, social o profesional del solicitante.

D. La Ejecución de la Pena.

Finalmente, en este apartado, se ha de señalar lo concerniente a la ejecución de las penas privativas de la libertad.⁶⁵⁷ Las penas de reclusión habrán de ejecutarse sobre la base de dos alternativas por las que habrá de decidirse la Corte.⁶⁵⁸ Una, será la posibilidad de cumplir la pena de reclusión en un

⁶⁵⁶ La solicitud de revisión será presentada por escrito y con indicación de sus causas. En la medida de lo posible, estará acompañada de antecedentes que la justifiquen. La determinación de si se dará curso a la solicitud será adoptada por mayoría de los magistrados de la Sala de Apelaciones, que dejarán constancia por escrito de las razones en que se funda, notificándose esto al solicitante y, en la medida de lo posible, a las otras partes. La Sala celebrará una audiencia, en una fecha que ella misma fijará y notificará al solicitante y a todas las partes que hayan participado en las actuaciones relacionadas con la decisión inicial de proceder a la revisión. A los efectos de la audiencia que celebre la Sala competente, se dictará una providencia con suficiente antelación para que el condenado pueda ser trasladado a la Sede de la Corte según proceda, comunicándose sin demora esa decisión al Estado de ejecución (procedimiento conforme a las Reglas de Procedimiento y Prueba, reglas 159 a 161).

⁶⁵⁷ Porque este trabajo ha de limitarse en su extensión, además de que el Estatuto de la CPI dispone sólo normas generales, al interesado en esta cuestión recomiendo verificar el Capítulo 12: de la ejecución de la pena, de las Reglas de Procedimiento y Prueba, reglas 198 a 225.

⁶⁵⁸ No se debe pasar por alto que, por lo que respecta a las decisiones de la Corte en relación con la ejecución de la pena, el Órgano encargado de estas funciones, a menos que las Reglas de Procedimiento y Prueba dispongan otra cosa, es la Presidencia de la CPI, (Regla 199).

Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hubiesen manifestado su disposición a recibir condenados.⁶⁵⁹ La otra opción, frente a la no designación de un Estado por la Corte, es que la pena sea cumplida en el establecimiento penitenciario que el *Estado Anfitrión* haya dispuesto conforme al *Acuerdo relativo a la Sede* que han de negociar la CPI y el Reino de los Países Bajos, y que en sus principios generales se abordaron en este capítulo.

Cuando un Estado manifieste a la CPI que está dispuesto a recibir condenados, éste podrá poner condiciones, las cuales estarán sujetas a la aprobación de la Corte.⁶⁶⁰ Para lo cual, el Estado de ejecución que sea designado, deberá notificar a la Corte cualesquiera circunstancias, incluyendo las que tengan que ver con las condiciones que fueron aceptadas y que pudieren afectar materialmente la situación o la duración de la privación de la libertad, además las que ya sean conocidas o previsibles por el Estado de ejecución, han de ponerse en conocimiento de la Corte con un mínimo de 45 días de antelación.⁶⁶¹ De no ser aceptarse las circunstancias que describiera el Estado de ejecución, se procederá a un cambio en la designación.⁶⁶²

Al ejercer su facultad discrecional de designar al *Estado de ejecución*, la Corte tendrá en cuenta:

- a) El principio de que los Estados Partes deben compartir la responsabilidad por la ejecución de las penas privativas de libertad de conformidad con los principios de distribución equitativa: la distribución geográfica equitativa, la necesidad de dar a cada uno de los Estados incluidos en la lista la oportunidad de recibir condenados, el número de condenados que hayan recibido ya ese Estado y otros Estados de ejecución y cualesquiera otros factores pertinentes.
- b) La aplicación de normas de tratados internacionales generalmente aceptadas sobre el tratamiento de los reclusos.
- c) La opinión del condenado.
- d) La nacionalidad del condenado.
- e) Otros factores relativos a las circunstancias del crimen o del condenado, o a la ejecución eficaz de la pena, según procedan en la designación del Estado de ejecución.

No obstante las condiciones del Estado de ejecución que haya aceptado la Corte, la pena privativa de la libertad tendrá carácter obligatorio para los Estados Partes, los cuales no podrán modificarla en caso alguno: el Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la CPI, a la cual le incumbirá exclusivamente la decisión relativa a cualquier solicitud de apelación o revisión. Por lo cual, el Estado de ejecución no pondrá obstáculos para que el condenado presente una solicitud de esa índole.⁶⁶³

Por lo que respecta al momento de entrega al Estado de ejecución, la Corte no entregará al condenado a menos que la sentencia condenatoria y la decisión relativa a la pena hayan cobrado carácter definitivo. Así, para la entrega, el Secretario comunicará al Fiscal y al condenado cuál es el Estado que ha sido designado para la ejecución de la pena. Luego entonces, el procesado será entregado al Estado de ejecución tan pronto como sea posible tras la aceptación de éste, para lo cual

⁶⁵⁹ *cf.* Reglas de Procedimiento y Prueba, regla 200: listas de Estados de ejecución.

⁶⁶⁰ El Estado de ejecución sufragará los gastos ordinarios que entrañe la ejecución de la pena en su territorio. La Corte sufragará los demás gastos, incluidos los correspondientes al transporte del condenado, los del viaje y dietas de los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario, el secretario adjunto y los funcionarios de cualquier órgano de la Corte, el costo de los informes o dictámenes periciales solicitados por la Corte y los gastos relacionados con el transporte de la persona que entregue a la Corte un Estado de detención. También, los gastos que entrañe la ejecución de la pena privativa de la libertad en un establecimiento dispuesto por el Estado-anfitrión, serán sufragados por la Corte, (Art. 103.4 del Estatuto y Reglas de Procedimiento y Prueba, regla 208).

⁶⁶¹ El Estado designado en un caso determinado, indicará sin demora a la Corte si acepta su designación, (Inciso “c” del párrafo 1 del art. 103 del Estatuto de la CPI).

⁶⁶² El Art. 104 del Estatuto dispone que la Corte podrá en todo momento decidir el traslado del condenado a una prisión de un Estado distinto del Estado de ejecución. Asimismo, se garantiza que el condenado podrá en todo momento solicitar de la Corte su traslado del Estado de ejecución.

⁶⁶³ Artículo 105 del Estatuto de la CPI.

el Secretario de la CPI, en consulta con las autoridades del Estado de ejecución y del Estado anfitrión, se cerciorará de que la entrega del condenado se efectúe en debida forma.⁶⁶⁴

El artículo 106 del Estatuto, garantiza que la ejecución de una pena privativa de libertad estará sujeta a la supervisión de la Corte y se ajustará a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos. Como una salvedad, las condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución; no obstante, se ajustarán a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos, aclarando que no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución. Igualmente, se habrá de respetar que la comunicación entre el condenado y la Corte sea irrestricta y confidencial.⁶⁶⁵

Conforme al artículo 110, sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso.⁶⁶⁶ La Corte procederá a examinar una pena impuesta y su posible reducción, sólo cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua. En este examen, se considerará reducir la pena si se determina que se presentan, uno o más, de los siguientes factores:

- a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos
- b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas
- c) Otros factores, entre ellos que la conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen, las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado además de considerar si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social, cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias, y las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada. Estos factores permitirán determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.⁶⁶⁷

Como se ha señalado en este apartado, la Corte podrá imponer, como penas distintas a la reclusión, multas o el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente del crimen condenado: los Estados Partes harán efectivas las multas u órdenes de decomiso, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe y de conformidad con el procedimiento establecido en su derecho interno. El Estado Parte que no pueda hacerlo efectivo, adoptará medidas para cobrar el valor del producto, los bienes o los haberes cuyo decomiso hubiere decretado la Corte, nuevamente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Los bienes, o el producto de la venta de bienes inmuebles o, según proceda, la venta de otros bienes que el Estado Parte obtenga al ejecutar una decisión de la Corte, serán transferidos a ésta.⁶⁶⁸

⁶⁶⁴ Reglas de Procedimiento y Prueba, reglas, 202 y 206.

⁶⁶⁵ Una garantía más del Estatuto, es que dispone que el condenado que se halle bajo la custodia del Estado de ejecución, no será sometido a enjuiciamiento, sanción o extradición a un tercer Estado por una conducta anterior a su entrega al Estado de ejecución, a menos que, a petición de éste, la Corte haya aprobado el enjuiciamiento, la sanción o la extradición. En todo caso, la Corte dirimirá la cuestión tras haber oído al condenado. No obstante, esta garantía no se aplicará si el condenado permanece de manera voluntaria durante más de 30 días en el territorio del Estado de ejecución después de haber cumplido la totalidad de la pena impuesta por la Corte o si regresa al territorio de ese Estado después de haber salido de él, (art. 108 del Estatuto de la CPI).

⁶⁶⁶ Del caso de que la Corte, en un examen inicial, determine que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión cada tres años, a menos que se indique un intervalo más breve, (Reglas de Procedimiento y Prueba, regla 224).

⁶⁶⁷ *cf.* Reglas de Procedimiento y Prueba, regla 223.

⁶⁶⁸ Artículo 109 del Estatuto de la CPI.

Finalmente, en el caso de evasión de un condenado, y que éste huya del Estado de ejecución, ese Estado podrá, tras consultar a la Corte, requerir al Estado en que se encuentre que lo entregue de conformidad con acuerdos bilaterales y multilaterales que tengan vigencia, o podrá también pedir a la Corte que solicite la entrega y ésta podrá resolver que el condenado sea enviado al Estado en que cumplía su pena o a otro Estado que indique.

iv) Obligación de cooperar con la Corte: cooperación internacional y asistencia judicial.

Una característica especial, que colocará a la Corte Penal Internacional como una institución supranacional de vanguardia, es que por acuerdo de los Estados Partes, ésta contará con la facultad de requerir, con carácter vinculante, la cooperación de los miembros. En efecto, por virtud del artículo 86 del Estatuto, que estipula una *obligación general de cooperar*, los Estados Partes asistirán plenamente a la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de su competencia. Asimismo, los Estados Partes se asegurarán de que en su derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en el Estatuto.⁶⁶⁹

Conforme a esto, la CPI estará facultada para formular solicitudes de cooperación a los Estados Partes, que se transmitirán por vía diplomática a través de los órganos encargados de ello, conforme a la declaración del Estado al momento de ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a la Corte.⁶⁷⁰ El intercambio de notas habrá de realizarse conforme a disposiciones generales y medidas especiales que detalla el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba,⁶⁷¹ entre estas, el idioma de redacción, traducciones, protección de la información como la obligación para el Estado requerido de mantener la confidencialidad de toda solicitud de cooperación, así como los documentos que habrán de acompañar a las solicitudes, además de medidas especiales necesarias para proteger la seguridad y el bienestar físico o psicológico de las víctimas, los posibles testigos y sus familiares. De igual forma, la Corte podrá requerir la detención provisional, o la detención y entrega de personas conforme al derecho aplicable de la Corte, por lo cual, los Estados Partes deberán cumplir las solicitudes de detención y entrega de acuerdo al procedimiento establecido en su derecho interno.

Por otra parte, la Corte podrá invitar a cualquier Estado No-parte a prestarle asistencia por arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada.⁶⁷² Del mismo modo, se podrá solicitar, de cualquier organización intergubernamental, que le sea proporcionada información o documentos a la Corte y podrá solicitar otras formas de cooperación y asistencia que se hayan acordado con cualquiera de esas organizaciones, de conformidad con su competencia o mandato.

En el caso de que un Estado Parte, contraviniendo la obligación dispuesta en el Estatuto, se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones, ésta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste último le hubiese remitido el asunto,

⁶⁶⁹ Artículos 86 y 88 del Estatuto de la CPI.

⁶⁷⁰ Como dispone la Regla 176, cabe aclarar que una vez establecida la CPI, el Secretario de la Corte obtendrá del Secretario General de las Naciones Unidas las comunicaciones hechas por Estados sobre las solicitudes de cooperación. Así, el Secretario de la Corte transmitirá las solicitudes de cooperación hechas por las Salas y recibirá las respuestas, la información y los documentos que presenten los Estados requeridos. Por su parte, la Fiscalía transmitirá las solicitudes de cooperación hechas por el Fiscal y recibirá las respuestas, la información y los documentos que presenten los Estados requeridos. El Secretario recibirá también las comunicaciones que hagan los Estados en relación con cambios ulteriores en la designación de los conductos nacionales encargados de recibir las solicitudes de cooperación, así como de cambios en el idioma en que deben hacerse las solicitudes de cooperación y, previa solicitud, pondrá esa información a disposición de los Estados Partes que proceda, (Reglas de Procedimiento y Prueba).

⁶⁷¹ *cfr.* artículos 86 a 102 de Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, reglas 176 a 197.

⁶⁷² De suceder que la persona buscada está siendo enjuiciada o cumple condena en el Estado requerido por un crimen distinto de aquel por el cual se pide su entrega a la Corte, el Estado requerido, después de haber decidido conceder la entrega, celebrará consultas con la Corte, (art. 89.4 del Estatuto de la CPI).

procediendo de igual manera en el caso de que un Estado No-parte, pero que haya celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte, se niegue a cooperar en la ejecución de las solicitudes señaladas en tal arreglo o acuerdo.

Una obligación más, tendrá que ver con el deber de autorizar, de conformidad con su derecho procesal, el tránsito de una persona que otro Estado entregue a la Corte,⁶⁷³ sobre la base de una solicitud hecha por la Corte, a excepción de que la persona sea transportada por vía aérea y no se prevea aterrizar en el territorio del Estado de tránsito. De transitar por un Estado, la persona transportada permanecerá detenida durante la estancia, sin embargo, de ocurrir un aterrizaje imprevisto en el territorio del Estado de tránsito, éste podrá pedir a la Corte que presente una solicitud de tránsito y detendrá a la persona transportada mientras se recibe la solicitud de la Corte y se efectúa la estancia, pero no podrá prolongarse la detención más de 96 horas contadas desde el aterrizaje imprevisto si la solicitud no es recibida dentro de ese plazo.

La CPI tendrá prioridad respecto de una solicitud de entrega respecto de otro Estado que requiera la extradición de esa persona⁶⁷⁴ si éste último es un Estado Parte y la Corte ha determinado la admisibilidad de una causa como consecuencia de haber tomado en cuenta la investigación o el enjuiciamiento que lleva el Estado requirente y tal notificación llevara a la Corte a actuar.⁶⁷⁵ Ahora bien, si el Estado requirente es un No-parte, el Estado requerido, en caso de que no esté obligado por alguna norma internacional a conceder la extradición al Estado requirente, dará prioridad a la solicitud de entrega que le haya hecho la Corte si ésta ha determinado que la causa era admisible.

Para poder realizar investigaciones o conducir procesos de la Corte, los Estados Partes, conforme a su derecho y procedimiento interno y sobre solicitudes de asistencia, habrán de cooperar para:⁶⁷⁶

- Identificar y buscar personas u objetos.
- Practicar pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y producir pruebas, incluidos los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte.
- Interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento.
- Notificar documentos, inclusive los documentos judiciales.
- Facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos o expertos.
- Proceder al traslado provisional de personas.
- Realizar inspecciones oculares, inclusive la exhumación y el examen de cadáveres y fosas comunes.
- Practicar allanamientos y decomisos.
- Transmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales.
- Proteger a víctimas y testigos y preservar pruebas.⁶⁷⁷
- Identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

⁶⁷³ Esta obligación quedará excluida cuando el tránsito por ese Estado obstaculice o demore la entrega, (*idem*).

⁶⁷⁴ Conforme al Estatuto, por "entrega" se entenderá la entrega de una persona por un Estado a la Corte, y por "extradición" se entenderá la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno, (art. 102).

⁶⁷⁵ El art. 101 del Estatuto garantiza que quien haya sido entregado a la Corte no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega, a menos que ésta constituya la base del delito por el cual haya sido entregado. Sin embargo, como salvedad a este *principio de especialidad*, aplicándose un tipo privativo de este principio, la Corte podrá pedir al Estado que hizo la entrega que la dispense del cumplimiento de ese principio de especialidad, lo cual es un claro signo de reto a la impunidad. De ser necesario, la Corte proporcionará información adicional a la solicitud original. El Estatuto sanciona que los Estados Partes estarán facultados para dar esa dispensa a la Corte y procurarán hacerlo.

⁶⁷⁶ *cfr.* artículos 96 y 99 del Estatuto de la CPI.

⁶⁷⁷ La CPI podrá dar seguridades a los testigos o expertos que comparezcan ante ella de que no serán enjuiciados o detenidos ni se restringirá su libertad personal por un acto u omisión anterior a su salida del Estado requerido, (párrafo segundo del art. 93).

- Cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte Como salvedad, cuando la ejecución de una determinada medida de asistencia especificada en una solicitud de cooperación estuviera prohibida por un <principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general> en el Estado requerido, éste habrá de celebrar sin demora consultas con la Corte para tratar de resolver la cuestión y considerar si se puede prestar la asistencia de otra manera o con sujeción a condiciones. Si, después de celebrar consultas, no se pudiera resolver la cuestión, la Corte modificará la solicitud según sea necesario.⁶⁷⁸

Como medida de protección, y únicamente frente a una solicitud de presentación de documentos o la divulgación de pruebas que afecten a la seguridad nacional de un Estado Parte, éste podrá no dar lugar a una solicitud de asistencia, en su totalidad o en parte, considerando si se puede prestar la asistencia con sujeción a ciertas condiciones, o si es posible hacerlo en una fecha posterior o de otra manera: la Corte o el Fiscal, si aceptan la asistencia sujeta a condiciones, tendrán que cumplirlas. Por el contrario, si no se da lugar a una solicitud de asistencia, el Estado Parte requerido deberá comunicar sin demora los motivos a la Corte o al Fiscal. A cambio, a solicitud de un Estado Parte que lleve a cabo una investigación o sustancie un juicio por un crimen de la competencia de la Corte, o que constituya un crimen grave con arreglo al derecho interno del Estado requirente, la Corte podrá cooperar con él y prestarle asistencia sobre la transmisión de declaraciones, documentos u otros elementos de prueba obtenidos en el curso de una investigación o de un proceso sustanciado por la Corte, o poder realizar el interrogatorio de una persona detenida por orden de la Corte.

Por acuerdo entre el Estado requerido y la CPI, se podrá aplazar la ejecución inmediata de una solicitud de asistencia, pero sólo por el tiempo en que durase una investigación o enjuiciamiento ya en curso en el nivel nacional, considerando la posibilidad de acceder al requerimiento de la Corte con ciertas condiciones. Una causal de aplazamiento podrá también ser la impugnación de la admisibilidad de una causa, lográndose autorizar al Fiscal a que continúe reuniendo pruebas.

Otra limitante, será que la Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia por la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con el derecho internacional, esto en relación a la inmunidad de un Estado, un bien de un tercer Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para otorgar el consentimiento de la entrega o, en su caso, la renuncia a la inmunidad.

Finalmente, como medida práctica, el Art. 100 del Estatuto dispone que los gastos ordinarios que se deriven del cumplimiento de las solicitudes en el territorio del Estado requerido correrán a cargo de éste.⁶⁷⁹ En contraparte, según proceda, los gastos ordinarios que se deriven del cumplimiento de las solicitudes hechas por los Estados Partes a la Corte, correrán a cargo de ésta.

⁶⁷⁸ Si el Estado requerido considera que una solicitud le plantea problemas que obstaculicen o impidan su cumplimiento, podrá celebrar consultas con la Corte considerando que la información fuese insuficiente para cumplir la solicitud, que, en el caso de una solicitud de entrega, la persona no pudiera ser localizada, pese a los intentos realizados, o que en la investigación realizada se hubiere determinado claramente que la persona en el Estado requerido no es la indicada, o que el cumplimiento de la solicitud en su forma original obligare al Estado requerido a no cumplir una obligación preexistente en virtud de un tratado con otro Estado, (art. 97 del Estatuto de la CPI).

⁶⁷⁹ No obstante, también se incluyen una serie de exclusiones de gastos que serán cargados a la CPI. Estos son: gastos relacionados con el viaje y la seguridad de los testigos y peritos, o el traslado de personas detenidas; gastos de traducción, interpretación y transcripción de viaje y dietas de los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario, el secretario adjunto y los funcionarios de cualquier órgano de la Corte. También se cubrirá el costo de los informes o dictámenes periciales solicitados por la Corte y los gastos del Estado de detención relacionados con el transporte de la persona que sea entregada a la Corte un y, previa consulta, todos

5.2.7. Posición del Estado mexicano ante la Corte Penal Internacional.

En este último apartado del presente Capítulo quinto pretendemos abordar el relevante tema de la posición del Estado mexicano ante la Corte Penal Internacional. Dada la complejidad que ello conlleva, amén de que el proceso de ratificación del Estatuto de Roma por parte del gobierno de nuestro país se ha politizado sobremanera habiéndose generado un clima de grave desconocimiento, ignorancia y predisposición respecto de la importancia histórica de una jurisdicción criminal universal y del propio derecho internacional penal, se requiere de un análisis serio, profundo e imparcial del problema para comprender su trasfondo y, de ser posible, arribar a algunas alternativas de solución que, ciertamente, son urgentes pues en los momentos de escribir esta líneas nuestro país aún permanece fuera de la CPI y no participó como miembro de pleno derecho en la primera Conferencia de Estados Partes realizada del 3 al 10 de septiembre del 2002, ni en la segunda Sesión Resumida de la AEP celebrada del 21 al 23 de abril de 2003.

Con este propósito, hemos pensado la exposición en cuatro niveles: i) la relación entre la CPI y el derecho interno de los Estados; ii) la delegación mexicana en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el desarrollo de una CPI; iii) disposiciones del Estatuto que enfrentan la Constitución Política de México; y, iv) Posición del Gobierno de México frente a la ratificación del Estatuto de Roma: avances hacia su aprobación. Entremos en materia.

i) La relación entre la CPI y el derecho interno de los Estados.

Este tema, tiene un impacto inusitado en la comprensión disciplinaria del derecho internacional penal actual y reviste una importancia nodal para el investigador de los procesos penales en tratándose de crímenes y delitos transfronterizos en las relaciones internacionales contemporáneas. Efectivamente, la relación CPI-derecho interno, involucrará dos áreas principales de complementariedad y cooperación, o investigación y enjuiciamiento por las administraciones nacionales de justicia de crímenes de la competencia de la Corte, y la cooperación de los Estados en el ejercicio de tal competencia.

Los Estados que están examinando la ratificación --como México a partir del 7 de septiembre de 2000— querrán conocer, por supuesto, su posición respecto al tribunal. En primer lugar, ¿cómo deben conducirse los procesos en el ámbito nacional para satisfacer los requisitos de <complementariedad> del Estatuto? Esto es, ¿cómo debe conducir un Estado sus investigaciones y enjuiciamientos de sus autoridades y que no sea la CPI la que ejerza competencia sobre los hechos en cuestión?

En segundo lugar, ¿cómo se cumplirá con el deber de cooperar en virtud del Estatuto? Estas son cuestiones relacionadas, ya que un fracaso en ejercer competencia puede conducir a que la CPI la adquiera y por tanto desencadenar la obligación de cooperar.

Dependiendo de las disposiciones constitucionales en un Estado dado, cada uno puede requerir de una revisión y posibles cambios en su derecho interno. La medida en que un Estado dado tendrá que hacer cambios a su legislación nacional para equipararla con el sistema legal de la CPI, dependerá de la estructura constitucional y legal de ese Estado. Algunos podrán ratificar el Estatuto sin cambios en su derecho interno, cuando las obligaciones del Estado automáticamente se hacen parte de esa legislación. Otros necesitarán un orden legal muy elemental, declarando la ley sustantiva y los procedimientos de cooperación del Estatuto como parte del derecho endógeno, y haciendo caso omiso de cualquier ley con la que pueda haber incompatibilidad. En la mayoría de casos, empero, la implementación no es tan simple, y un Estado debe hacer cambios específicos para adecuar el derecho interno con sus obligaciones internacionales. En tales casos, los Estados querrán conducir una revisión de la legislación nacional para identificar los cambios que conllevan sus obligaciones de conformidad con el Estatuto.

los gastos extraordinarios que puedan ser resultado del cumplimiento de una solicitud, (artículo 100 del Estatuto de la CPI).

Ciertamente, la implementación de una legislación nacional efectiva se preparará tanto para enjuiciamientos nacionales de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra como para la cooperación con la Corte, el modo previsto en los términos del Instrumento.

ii) La Delegación de México en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una corte penal internacional.

Quienes han seguido el proceso hacia la creación de la CPI, saben perfectamente que el Estatuto de Roma fue adoptado en <El Campidoglio> (corazón cívico y político de la Ciudad de Roma, Italia), el 17 de julio de 1998 tras una larga jornada que duró cinco semanas --la Conferencia Diplomática de Roma había iniciado el 15 de junio anterior. Aquí, se realizaron ejercicios de toma de posición y se llevaron adelante diversos esfuerzos por hacer coincidir los diversos sistemas legales, doctrinas, escuelas, ideas y posturas de las naciones de todo el mundo, para así, lograr reflejarlas en un único instrumento, que no debe entenderse como la suma de un todo, sino un verdadero híbrido, que empero --sin ser precisamente ecléctico-- sí logra reflejar las diversas influencias de todos los participantes en su elaboración, pero no se postula enteramente por ningún sistema jurídico del mundo.⁶⁸⁰

Como comentario, es justo decir que la tarea no era nada fácil, y que en realidad la labor de los asistentes fue ardua y muy delicada, no obstante que las expectativas no eran altas. Los presentes se enfrentaron a una Conferencia inusitada por su carácter, como por la adopción de un Estatuto de tal excepcionalidad, importancia y trascendencia histórica; aunado a que en el *Proyecto de Estatuto* que la Comisión Preparatoria había entregado a los representantes de los diversos países en la Conferencia, se encontraban más de 1700 corchetes que ciertamente representaban desacuerdos y distintas opciones a un mismo artículo, algunas de las cuales eran diametralmente opuestas, sin contar con las más de 200 propuestas oficialmente sometidas a la Conferencia por los diversos países, además de las de tipo oral y sugerencias distribuidas de forma informal.⁶⁸¹

El 17 de julio de 1998, el último día de la Conferencia a las 19:15 horas, se reunió el Comité en Pleno y tras diversos retrasos para permitir consultas entre las delegaciones, además de votar en contra de propuestas de Estados Unidos y la India para reformar el Estatuto y continuar las negociaciones, lo que retrasaría definitivamente su adopción, finalmente, alrededor de las 22 horas de ese día, el Estatuto de la Corte Penal Internacional fue adoptado por 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones.⁶⁸²

La opinión común fue que, aun cuando el Estatuto era imperfecto, constituía un paso trascendental en la historia de la humanidad, dado acertadamente en vísperas del tercer milenio. Fue visto por muchos como el mejor instrumento que era posible crear bajo las circunstancias imperantes y por esa razón

⁶⁸⁰ Dado que esta parte de la investigación no es lugar para abordar toda la actividad previa y la que se desarrolló a lo largo de la Conferencia Diplomática de Roma, sino sólo lo referente a México, para los interesados, se recomienda leer el apartado introductorio de Roy S. Lee: "The Rome Conference and Its Contributions to International Law". (*op.cit.* Roy S. Lee: *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute.*, pp. 1-39).

⁶⁸¹ Al respecto, Roy S. Lee acota: "No obstante las conferencias previas de codificación, la Conferencia Diplomática contó con un gran número de 160 países participantes, los cuales fueron entusiastamente asistidos por más de 20 organizaciones inter-gubernamentales, 14 agencias especializadas de las Naciones Unidas y una coalición de más de 200 organizaciones no-gubernamentales. Aunado, 474 periodistas fueron acreditados para cubrir el evento. Las organizaciones no-gubernamentales, que representan una gama amplia de intereses y preocupaciones, fueron particularmente activas. Estas produjeron documentos y publicaciones en una base actualizada diariamente, organizaron entrevistas y labor de cabildeo con las diversas delegaciones y proveyeron a la prensa con certeros análisis de los importantes desarrollos de la Conferencia. Las ONG's proporcionaron ímpetu a la Conferencia y su contribución fue vital para el éxito de ésta". (*op.cit.* Roy S. Lee, pp. 14 --traducción libre del idioma Inglés--).

⁶⁸² Pese a que la votación era secreta, de los siete países que votaron en contra: EUA, China, Israel, India, Turquía, Filipinas y Sri Lanka, los primeros tres anunciaron públicamente su decisión y sus razones.

las diversas posiciones nacionales habían sido soslayadas en un espíritu de flexibilidad y compromiso: el Secretario General de las Naciones Unidas lo consideró como un paso histórico en el camino a favor de la universalidad de los derechos humanos y el imperio de la ley.

Ahora bien, por lo que respecta a nuestro país, México participó en la Conferencia a través de su Delegación, que estuvo presidida por el Embajador Sergio González Gálvez, personaje a quien conocemos personal y directamente través de algunos trabajos que ha publicado, donde señala generalmente que sus opiniones son a título personal, empero no logra desviar el reflejo de su tono mediático, su ocasional corta percepción del derecho y de la alta política internacionales, amén de su influencia subjetiva que se observa a primera vista en la actitud gubernamental asumida antes y después de la Conferencia de Roma.⁶⁸³ Empero, hace algunos señalamientos que deben ser leídos como la postura oficial del gobierno a través de su Chancillería. Por ejemplo, afirma que el gobierno dio a conocer los criterios bajo los cuales se consideraba se debía basar la negociación.⁶⁸⁴

Entre estos, se señalaba, por principio, un firme apoyo a la creación de una corte penal internacional, pero se aclaraba que sus instrumentos, que marcarían el camino de la futura Corte, debían garantizarle su independencia frente a cualquier otro organismo intergubernamental o no gubernamental y se hacía una referencia expresa al Consejo de Seguridad de la ONU y su actuar en el establecimiento de los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, a la vez que se expresaba el temor de que el vínculo CPI-Consejo de Seguridad, en relación a la inclusión del crimen de agresión, *creara una situación de dependencia que minara la autonomía necesaria del tribunal por establecerse*. Además se hacía hincapié en que, como perspectiva, debía analizarse las veces en que el Consejo había declarado la existencia de un acto de agresión y las ocasiones en las que se mencionaba a un Miembro Permanente.⁶⁸⁵ De ahí que una propuesta que México llevó a lo largo de la Conferencia, fue que en toda actuación del Consejo de Seguridad quedara prohibido el derecho de veto.⁶⁸⁶

También, se estimaba que México debía influir para que se garantizara que la Corte fuese una institución "(...) *que actúe con absoluta imparcialidad y certeza jurídica*", además que el Estatuto definiera "*en términos muy precisos*" las garantías mínimas al debido proceso, amén de esto fuera compatible con lo que establece nuestra Carta Magna.⁶⁸⁷

En este sentido, México se presentó a la Conferencia con una serie de objetivos precisos, los cuales se destacan a continuación:

- Que quedara claramente definido los casos en los que la Corte pueda actuar, previendo que dicha institución fuera un complemento de los sistemas penales nacionales, castigando a individuos responsables de los delitos internacionales definidos en tratados o resoluciones de Naciones Unidas y obligatorias conforme a derecho.
- Desde una visión realista, se consideraba que, en esta etapa, la sola inclusión de los delitos de *genocidio, de lesa humanidad y de guerra*, pudiera darse. Por lo que respecta al *crimen de agresión*, México fue de la postura de que para incluirlo, la determinación de la existencia de un acto de agresión debía desvincularse de la sola resolución del Consejo de Seguridad; posición que no fue única de México y lo cual se reflejó en el Art. 5.2 del Estatuto de la CPI. Asimismo, se buscaba que ante esta situación, cualquier decisión se tomara en virtud del *párrafo 2* del Art. 27 de la Carta de Naciones Unidas: *las decisiones del Consejo de Seguridad sobre cuestiones de procedimiento serán tomadas por voto afirmativo de nueve miembros* [del Consejo de Seguridad].

⁶⁸³ *cfr.* Diversos artículos del Emb. Sergio González Gálvez: "La Corte Penal Internacional", "La Corte Penal Internacional, posibilidades y problemas". (Fuente incierta, documentos obtenidos en el sitio en Español de la Coalición por la Corte Penal Internacional: <http://www.iccnw.org/espanol>)

⁶⁸⁴ *cfr.* Boletín de Prensa No. 254 de la SRE, México, 25 de junio de 1998.

⁶⁸⁵ *cit.* Sergio González Gálvez, *La Corte Penal Internacional*, pág. 2.

⁶⁸⁶ Nota del 18 de junio de 1998; "Participación de México en la Conferencia de Ministros Plenipotenciarios para el establecimiento de una corte penal internacional." Centro de información de las Naciones Unidas para México, Cuba y República Dominicana.

⁶⁸⁷ *op. cit.* Sergio González Gálvez, *La Corte Penal Internacional –Posibilidades y Problemas-*, pág. 2.

- En sentido estricto, la CPI debía tener competencia exclusivamente sobre individuos y no sobre Estados soberanos.
- Debía considerarse una *cláusula de revisión periódica* del Texto del Estatuto, mediante la cual, a 5 o 10 años, pudieran incluirse eventualmente otros crímenes internacionales.
- El financiamiento de la CPI debía efectuarse en forma independiente del presupuesto ordinario de la ONU y estar básicamente a cargo de los Estados Partes.
- El *principio de complementariedad* no debía basarse en el consentimiento previo del Estado interesado, sino más bien, era necesario establecer claramente los *casos de excepción a la jurisdicción nacional* y se fijaran las salvaguardias que aseguren la no comisión de abusos que afecten la soberanía de los Estados mediante la aplicación de criterios no pactados.
- El Estatuto debía incluir mecanismos de solución de controversias sobre cualquier discrepancia respecto a la interpretación de este instrumento o entre los Estados Partes de la CPI.⁶⁸⁸
- Debía insistirse en la inclusión del crimen de utilización de armas de destrucción masiva dentro de la competencia de la CPI, por ser una demanda sentida numerosos países en desarrollo.

Como se podrá observar a continuación, algunos de estos propósitos se alcanzaron y otros no. Por ejemplo, nuestro gobierno en el momento de la adopción del *Estatuto de Roma de la CPI*, se abstuvo de votar, limitándose sólo a firmar *ad referendum* el Acta Final de la Conferencia, considerando que era necesario someter el texto al análisis por parte de las dependencias del Ejecutivo involucradas, es decir, una *Comisión Intersecretarial* que se formó posteriormente para tal fin, conformándose por las Secretarías de Gobernación, de la Defensa Nacional, la Procuraduría General de la República, la Consejería de la Presidencia y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.⁶⁸⁹

Cabe mencionar que México fue de los países más activos en la negociación del Estatuto. A lo largo de las cinco semanas que duró la Conferencia de Roma, nuestro país acudió a alcanzar consensos, pero al final, según narra el propio González Gálvez, les fue impuesto un texto de última hora, pese a que se estaba desarrollando *un texto de consenso que iba muy avanzado*: el texto final presentado sólo fue consultado con los países que querían un Estatuto a como diera lugar y con algunas organizaciones no gubernamentales con igual posición, las cuales consideraban que, además de que se estaba dando una coyuntura favorable quizá irrepetible y a pesar de sus imperfecciones, la aprobación del Estatuto era un gran avance en la creación de una jurisdicción penal internacional.

Estas circunstancias llevaron a que --explicación que no compartimos-- la Delegación de México no estuviera presente en la última etapa de negociación y de consultas informales, arguyendo que el Presidente de la Comisión Plenaria que condujo las Consultas, se limitó a dialogar con algunos países que él consideró claves en un momento determinado. Lo cierto es que a la luz de esta situación México y muchos otros países, confrontados con un texto final que no sólo no resolvía las cuestiones pendientes sino que, por el contrario, optaba por algunas soluciones diferentes a las discutidas originalmente, se vio obligado a abstenerse --no a votar en contra-- en el escrutinio en Plenaria, al igual que lo hicieron otros 20 países participantes aparte de los siete que votaron en contra.⁶⁹⁰

Inclusive, México sugirió de manera informal que se pospusiera por unos días o semanas la clausura de la Conferencia, para así extender la negociación y poder lograr *un texto de consenso*; propuesta a la que, el *País-sede* de la reunión, y el grupo de países promotores del tribunal, conocidos como *like-minded*, se opusieron. Comenta el Embajador: <<*El texto que se nos presentó finalmente, con menos de 24 horas para consultar con nuestras autoridades, lamentablemente incorporaba muchas de las propuestas que México y otros países habían rechazado expresamente en la negociación*>>. Estas apreciaciones evidencian lo difícil que transcurrió la negociación, sin embargo, México logró ver

⁶⁸⁸ *op.cit.* Sergio González Gálvez; “La Corte Penal Internacional”, pp.3-4.

⁶⁸⁹ Una vez ocurrida la adopción del Estatuto de Roma, a través de la Cancillería de México, se convocó a una Comisión Intersecretarial para analizar la compatibilidad del Estatuto de la CPI con la Constitución y las leyes reglamentarias de nuestro país, para así definir una posición con respecto a la firma, y la probable aprobación del Senado y ratificación por parte del Ejecutivo.

⁶⁹⁰ *op.cit.* Sergio González Gálvez; “La Corte Penal Internacional: posibilidades y problemas”, pp. 3-4.

reflejadas en el Estatuto varias de sus posiciones. Entre estas, está la inclusión de una serie de garantías que señalan el pleno respeto a la soberanía de los Estados, así como la de los Estados No-parte. Al respecto, recordemos que todo el sistema jurídico de la Corte se basa en el <principio de complementariedad a los sistemas penales nacionales>, se consagran principios de imparcialidad y certeza jurídica, al igual que se mantienen una serie de prerrogativas mínimas al debido proceso, garantizando al acusado, las víctimas, los testigos, los magistrados, el Fiscal y demás funcionarios de la Corte, una serie de derechos y también responsabilidades, a la vez que se disponen de estructuras de equilibrio y supervisión de la actividad de los involucrados en cada proceso.

Asimismo, se incluyeron preceptos sobre las situaciones únicas en las que la CPI puede actuar, conforme a su competencia y una vez verificados una serie de factores de admisibilidad. También, a la vez que la competencia se limitó a los tres grupos de crímenes que México tenía previstos: *genocidio, de lesa humanidad, de guerra*, por lo que respecta al crimen de agresión, se llegó a un compromiso para su negociación y futura admisión en el Estatuto en base a una cláusula de revisión a siete años, misma que se logró introducir.

Por lo que respecta al vínculo CPI/Consejo de Seguridad de la ONU y la situación respecto del crimen de agresión, no se logró desvincular la sola facultad y resolución del órgano encargado de mantener *la seguridad y la paz internacionales*, situación que consideramos se encontraba estaba más allá de las posibilidades de la misma Conferencia de Roma; sin embargo, al final de los debates, dicho crimen fue prescrito como de la competencia de la Corte (Art. 5.1 d del Estatuto).

Un logro más para los objetivos de la Delegación de México, fue que la CPI sólo tendrá competencia sobre individuos y no sobre Estados, lo que no deja de lado la responsabilidad del Estado como garante del respeto a los derechos políticos, cívicos y humanos de sus nacionales, amén que tal responsabilidad está bajo la vigilancia de instituciones en los niveles local, regional e internacional.

Finalmente, otra ventaja importante consistió en la suscripción de garantías para evitar que el *principio de complementariedad* se basara en el consentimiento de los Estados; sin olvidar que también se incluyó un recurso especial a la Corte Internacional de Justicia sobre controversias que surgieran entre los Estados en la interpretación del derecho de la CPI o sobre la conformación de un tribunal de solución de esas controversias.

Así, en resumidas cuentas, el balance sobre los objetivos y los logros no resulta necesariamente contrario a la política exterior del país, como para negar totalmente su participación plena en la vigente Corte Penal Internacional. Más bien, deja abierta la puerta al análisis para fundamentar jurídicamente y encaminar políticamente la vinculación de México como Estado-Parte, reconociendo por supuesto que aunque existen cláusulas que contravienen lo estipulado por nuestra Carta Magna, ello no debe sorprender a ningún negociador de altura: con conocimiento, modernidad legislativa y voluntad política, los obstáculos son factibles de superar.

México, en el momento en que fue adoptado el Estatuto de Roma, declaró su apoyo al establecimiento de la CPI, y tras los resultados de la Conferencia de Roma, se consideró que el texto contenía significativos avances en el desarrollo y codificación del derecho internacional penal; que, pese a la abstención mexicana de votar (para sostener la integridad del paquete de propuestas que el gobierno de nuestro país había presentado a la Conferencia y así poder mantener todas las opciones abiertas para las autoridades en México de decidir *a posteriori*), y que no obstante las diferentes dificultades, se les podía dar solución en base a la negociación y en no esgrimir posiciones estáticas.

Así, dos años después de su adopción, el 7 de septiembre del 2000, México firmó el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desde esta fecha, y aun desde antes, se ha iniciado el debate e intercambio de propuestas, las que han surgido de la sociedad civil organizada, tanto a nivel nacional como internacional, del medio académico e intelectual y por supuesto, desde los escasos sectores progresistas del propio gobierno. Como lo apreciaremos más adelante la exposición de motivos hacia la ratificación y los contra-argumentos, han discurrido entre lo ideal y lo real.

iii) Disposiciones del Estatuto que enfrentan la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

Desde un principio la Delegación Mexicana que asistió a la Conferencia Diplomática de Roma, donde se adoptó el Estatuto de la CPI, declaró que no todas sus propuestas se habían visto reflejadas en el texto alcanzado y que, para no tener que votar en contra, se abstenía de posicionarse en el momento de la adopción; a la vez que se consideraba que el resultado final presentaba diversas normas que claramente contravenían la normatividad sustantiva de nuestro país y las cuales se erguían como objeciones de México para ser parte de dicho tribunal.

De entre estas objeciones de México para crear una corte penal internacional, se puede recuperar lo siguiente, sólo a manera de mención:

- Vinculación entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad de la ONU en casos de incumplimiento de los Estados de la *obligación general de cooperar*, así como la determinación de la presencia de un crimen *de agresión* para ser admisible por la CPI, tras resolución única del Consejo. Igualmente, situaciones calificadas de *difícil aceptación*, como la facultad del Consejo de aplazar una investigación o la exclusión de la Asamblea General para poder remitir una situación a la Corte, facultad también otorgada sólo al Consejo de Seguridad.
- Necesaria tipificación del uso de armas de destrucción masiva como crímenes de guerra.
- Ampliación de la competencia de la Corte Penal Internacional en relación a otros crímenes internacionales, a saber, el terrorismo y el narcotráfico entre otros.
- Limitantes al alcance del capítulo relativo a los <crímenes de guerra>: presencia de una cláusula de transición (artículo 124), que permite el no reconocimiento por 7 años, a partir de la entrada en vigor de la Corte, de la competencia sobre los crímenes que señala el artículo 8 del Estatuto.
- Escepticismo sobre la definición de <conflicto armado no internacional>.
- Diversas disposiciones del Estatuto que pudieran ser incompatibles con la Constitución Mexicana o con las leyes secundarias.
- No admisión de reservas al Estatuto.

Primeramente, trataremos de rescatar las diversas objeciones que sobre el tema ha detectado la parte gubernamental, lo cual es importante conocer por tratarse de quien a fin de cuentas podrá impulsar un proceso nacional de análisis y generar posibles reformas que permitan establecer la compatibilidad entre las disposiciones del Estatuto y la Constitución Política de México. Lo importante es constatar, como lo señalan varios especialistas y lo muestra el avance en la ratificación de varios países de la región, las contradicciones llegan a ser *más de formalidad que de fondo*, además de que ha quedado patentizado que es factible superarlas. En América Latina y en África se ha demostrado, por ejemplo, que desde el proceso de ratificación hasta la posterior incorporación del Estatuto a la legislación interna se han visto “sacudidos” los sistemas penales y evidenciado las carencias y atraso de los códigos criminales de la mayoría de los países de la región. México, pues, no es ni será la excepción.

Es un hecho que la dificultad de conciliar las diversas posiciones sobre los principales aspectos del Estatuto, así como la presión de la opinión pública internacional para apresurar su adopción, impidió llegar a un acuerdo general sobre algunos temas nodales del mismo, lo que imposibilitó su aprobación por consenso. Esta situación, junto con el notorio desconocimiento por los funcionarios enviados tanto del contenido profundo y técnico del Estatuto y de sus alcances como del propio derecho internacional general y penal, además de que ciertos preceptos del Texto parecen contradecir –más en la forma que en fondo como ya lo destacamos– varias disposiciones constitucionales, propiciaron que México retrasara notoriamente su firma, aun habiendo aceptado convencionalmente el Acta Final. Las disposiciones en aparente contravención son a *grosso modo* las siguientes:

- Mientras que el Estatuto permite que una persona pueda ser juzgada dos veces por el mismo delito (principio de la *cosa juzgada -non bis in idem*) en México esto no es posible conforme al artículo 23 constitucional.
- Se afirma que el Estatuto viola las garantías de que un mexicano deba ser juzgado en México por delitos cometidos en México, amén de que no está prevista la entrega de un nacional a un

tribunal extranjero para su enjuiciamiento, ello conforme se desprende de los artículos constitucionales 15, 16, 17, 18, 19 y 21.

- El Estatuto permite --sólo bajo casos excepcionales-- juicios en ausencia (*in absentia*), los cuales no están previstos o permitidos en la legislación nacional, como se desprende de lo preceptuado por el artículo 17 constitucional.
- El Estatuto admite la capacidad de la Corte para realizar investigación penal en México o por otros Estados Parte, lo cual está constitucionalmente reservado al Ministerio Público mexicano, esto es, se contraviene el artículo 21 de la Ley fundamental.
- El Estatuto de Roma establece expresamente la imprescriptibilidad de los delitos competencia de la Corte, lo cual no está previsto en la legislación nacional, enfrentándose lo señalado en el artículo 14 constitucional.
- En la parte relativa a los fallos condenatorios y su ejecución, el Estatuto prevé la cadena perpetua, pena que no está contemplada en el marco legislativo mexicano, lo que también enfrentaría el artículo 14 de la Constitución Política.

Otros argumentos y objeciones que han manifestado representantes mexicanos tanto de la Chancillería como del Poder Legislativo, en relación con este asunto de la compatibilidad CPI-legislación nacional-política exterior son los siguientes: ⁶⁹¹

- Excesiva vinculación entre la CPI y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.
- Escasa interconexión de la CPI con la Asamblea General y --menor aún-- con la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas.
- La no inclusión de las armas de destrucción masiva como crimen de guerra, lo cual se considera incompatible con las tesis tradicionales sostenidas por México y por la inmensa mayoría de los países Miembros de la ONU.
- Ampliación de última hora --lo cual no fue precisamente así-- de la competencia de la CPI en relación con otros crímenes internacionales como tráfico ilegal de drogas y terrorismo.
- Limitantes excesivas al alcance del capítulo relativo a los crímenes de guerra.
- El hecho de que no se permiten reservas al Estatuto (lo que requeriría hacer una declaración interpretativa al momento de la firma y/o ratificación, o bien plantearse enmiendas a la Constitución en vigor).
- El artículo 24 del Estatuto establece la improcedencia del cargo oficial (<el cargo oficial de una persona no obstarán para que la CPI ejerza su competencia sobre ella>), lo que podría ser inconsistente con los artículos 108 al 111 de la Constitución Federal, contraponiéndose en particular con la inmunidad procesal en materia penal, consagrada para cierto nivel de servidores públicos de alta jerarquía.
- Resulta todavía controvertido el artículo 54 bis del Estatuto, que establece las funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones, las cuales podrá realizar en el territorio de un Estado.

Estas y otras incompatibilidades con nuestra Constitución o leyes secundarias, pudieron al menos en algunos casos haberse superado con sendas reservas, pero el asunto se complicó --recordemos que estas son opiniones oficiales que no necesariamente compartimos-- cuando a último momento, sin consultas previas, el funcionario que presidió la Comisión Plenaria de la Conferencia de Roma (a quien directamente se responsabiliza de romper la negociación y presentar un texto que sólo satisfacía a un pequeño grupo de países) eliminó, sin más, la cláusula que *permitía reservas* a la Convención.

Así, tras identificar cada elemento o disposición incompatible, iremos haciendo comentarios sobre el particular, y al final se hará un balance general, para poder abordar el último punto de este apartado, que versa sobre la propuesta de reforma constitucional que el Ejecutivo de México ha enviado al

⁶⁹¹ Tomado de la ponencia presentada por el Embajador Sergio González Gálvez, Delegado de México ante la Conferencia Diplomática de Roma de junio-julio de 1998, que con el título "*México y la Corte Penal Internacional*", presentó en el Seminario de Justicia Penal Internacional, organizado por la Universidad Iberoamericana Campus Santa Fé, del 24 al 28 de febrero de 2000.

Senado para proponer la posible aprobación del Estatuto de la CPI y viabilizar así el protocolo de ratificación que permita a nuestro país tomar parte de esta nueva jurisdicción internacional.

- Principio del *non bis in idem* o de la *cosa juzgada* :

Como ya indicamos, esta incompatibilidad encara lo dispuesto en el artículo 20 del Estatuto de la CPI y el artículo 23 de la Constitución Política de México. El primero señala que se apegará al principio de *cosa juzgada* y nadie será procesado por conductas criminales por los que ya hubiese sido condenado o absuelto por la Corte, ni tampoco procederá un juicio en otro tribunal si ésta hubiese dictado sentencia. Sin embargo, esta garantía no se aplica si la Corte considera que el proceso en el otro tribunal *obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal* o dicho proceso, *no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial* de conformidad con el debido proceso reconocido por el derecho internacional o en su caso, éste fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Por su parte, el Art. 23 Constitucional, señala que *nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene*.⁶⁹² Indudablemente, existe una contradicción en lo que se ha citado; no obstante, de acceder a una reforma constitucional en nuestro país, ya que el Estatuto no admite reservas, se deberá tomar en cuenta el criterio de que la CPI de ninguna manera tomará el lugar de la instancia nacional, es decir, ésta no será sustituida; más bien, conforme al espíritu y ante los criterios señalados por la Corte, de ser ostensiblemente inoperativo el sistema penal local, la CPI lo complementará con un procedimiento internacional que no tenga vicios, que se apegue al debido proceso y no adolezca de *antijuricidad*, por lo que, definitivamente, se estará ante una excepción.

Estos supuestos establecen parte del carácter de excepción de la CPI, que junto con la extrema gravedad de los crímenes de su competencia conforman al principio de complementariedad. De tal manera que los incisos a) y b) del art. 20.3 del Estatuto establecen, las condiciones necesarias para determinar cuándo puede ejercer dicha competencia la CPI, siempre tomando en cuenta que se hayan respetado los estándares internacionales del debido proceso y las garantías judiciales. En la medida en que se actualice alguna de estas hipótesis, se podrá determinar que no hubo juicio, y por lo tanto no se configura la cosa juzgada. Es importante destacar que la razón por la que no hubo juicio es porque se parte del principio de que lo actuado ante tribunales incompetentes es nulo. Esto ha sido sostenido por el Poder Judicial de la Federación en múltiples ocasiones. A fin de cuentas, el principio que nos ocupa es un principio de seguridad jurídica que no debe ser utilizado para permitir la impunidad, constituyendo así un abuso del proceso; en este sentido se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁶⁹³

- Improcedencia del cargo oficial:

Este aspecto, atañe directamente al artículo 27 del Estatuto de la CPI y gran parte del *Título Cuarto* (De las responsabilidades de los servidores públicos) de nuestra Constitución, en especial los artículos 108 a 111. El Estatuto de Roma sanciona su aplicación *por igual a todos*, sea Jefe de Estado o Gobierno, miembro del gobierno o parlamento, funcionario o representante electo, lo cual en ningún caso lo eximirá de responsabilidad penal, ni afectará a una reducción de la pena, además de sus inmunidades y procedimientos especiales que conlleven estos cargos, ya sea con arreglo al derecho interno o internacional, que tampoco obstarán para que la Corte ejerza su competencia.

En otro sentido, los artículos constitucionales aludidos, se postulan por sancionar actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus funciones los servidores públicos conforme al artículo 108

⁶⁹² De igual forma, el Art. 360 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala que son irrevocables y causan ejecutoria *las sentencias pronunciadas en primera instancia cuando se hayan consentido expresamente o cuando, concluido el término que la ley señala para interponer algún recurso, no se haya interpuesto*, al igual que *las sentencias contra las cuales no dé la ley recurso alguno*.

⁶⁹³ Semanario Judicial de la Federación, 5ª. Época, Primera Sala, Tomo LXXXIII, p. 2055.

constitucional, considerando que el Presidente de la República sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.⁶⁹⁴ De igual forma, los servidores públicos de las entidades federales, serán responsables por violaciones a la Constitución y las leyes federales, al igual que por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

Así, conforme al poder de la Federación de que se trate, el nivel de gobierno y la esfera de las responsabilidades de los servidores públicos federales o locales, se contemplan sanciones desde el juicio político, las resoluciones declarativas ante las legislaturas locales (*declaración de procedencia*), sanciones administrativas, la destitución, inhabilitación, decomiso o privación de la propiedad, hasta la sanción económica, además de otras penas que correspondan de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, ya sea por cometer violaciones graves a la Constitución y a las leyes que de ella emanen, por enriquecimiento ilícito, el uso indebido de atribuciones y facultades, además de otros delitos y violaciones. Cabe rescatar que la mayoría de estas faltas, están cubiertas por un principio de *declaración de procedencia*, donde se enmarca la instancia, o más bien, el órgano o poder de la Federación que será responsable de proceder en el ejercicio de sus funciones y no se establece algún tribunal especial o de circuito como directamente competentes.⁶⁹⁵

Ante este orden de cosas, indudablemente parece ser necesaria una reforma o adición a la Carta Magna. Lo importante es afirmar el sentido en el que los crímenes de competencia de la Corte son considerados como de tal gravedad que *constituyen una amenaza para la paz y la seguridad y el bienestar de la humanidad*; lo cual, desde la misma disposición de *garantías individuales* que consagran los primeros 29 artículos constitucionales, protege integralmente a todo individuo que se encuentre en la República, además de que en la tarea de ningún servidor público, ni como parte del ejercicio de sus funciones, se contempla la comisión de tales delitos contra los nacionales, sea cual fuere el contexto.

- Prohibición de tribunales especiales:

En México, algunos son de la opinión de que la CPI es inconstitucional, al señalar que constituye un tribunal especial prohibido por nuestra Constitución. A la luz de esta filosofía constitucional arriba expuesta, queda del todo claro que el Estado es responsable por la protección de sus nacionales y que éste está por encima de sus servidores públicos. Además, el disfrute de los derechos humanos es una condición innata y natural al individuo, lo que incluso llega a estar por encima de cualquier Estado o de determinado gobierno.⁶⁹⁶ En una visión abierta y democrática no hay duda de que en esta tarea de responsabilidad de protección, el Estado cuenta con el apoyo y la complementación de la jurisdicción internacional y de la cooperación multilateral.

En esta tesitura, si bien se ha mencionado que las garantías individuales consagradas en nuestra Constitución buscan la protección del individuo y el ciudadano; por obviedad, también circunscriben la jurisdicción y primacía las instancias nacionales. Esto cobra sentido al revisar con cuidado disposiciones concretas en diversos artículos del *Título Primero* de nuestra Constitución, donde hay incompatibilidades con lo estipulado por el Estatuto de Roma, a saber:

⁶⁹⁴ Cabe señalar también, que el *Título Décimo* del Código Penal Federal (México), en general, sólo reconoce como delitos de los servidores públicos el *ejercicio indebido del servicio público, el abuso de autoridad, la desaparición forzada de personas, la coalición de servidores públicos, el uso indebido de atribuciones y facultades, la concusión, la intimidación, el ejercicio abusivo de funciones, el tráfico de influencia, cohecho, el cohecho a servidores públicos o extranjeros, el delito de peculado y el enriquecimiento ilícito*. Luego entonces, haría falta una reforma que incluyera, como posibles responsables a los servidores públicos por crímenes y delitos competencia de la CPI.

⁶⁹⁵ En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá *declaración de procedencia*.

⁶⁹⁶ Una contravención entre la Constitución y el Estatuto está claramente dispuesta en el Art. 13 constitucional, ya que se dispone que *nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales*. Igualmente, se reconocen fueros a servidores públicos fijados por la ley, además de que subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar: motivo de revisión, reforma y adaptación.

a) Artículo 15 Constitucional: *No se autoriza (...) la celebración de convenios o tratados en virtud de los cuales se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.*

b) Artículo 16 Constitucional: (...) *No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito (...) La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad.*

c) Artículo 17 Constitucional: Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

d) Artículo 18 Constitucional: *Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva.*

e) Artículo 19 Constitucional: *Ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder el plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancia de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.*

f) Artículo 21 Constitucional: *La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mandato inmediato (...).*⁶⁹⁷

Más allá de la interpretación que se pueda tener, tras lo citado, se confirma la preponderancia de las instancias judiciales nacionales, por lo que, bajo este precepto, se ha considerado que no está prevista la entrega a un tribunal extranjero. Sobre este punto convendría aludir al pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de octubre de 2001, en el sentido de que el artículo 4 del Código Penal Federal debe interpretarse como que, efectivamente, un nacional mexicano, puede ser extraditado a un Estado extranjero para su enjuiciamiento y condena (aunque no se especifica si en sus alcances queda incluida la entrega a una jurisdicción internacional).

En nuestra opinión, debe aclararse que los tribunales especiales se considera aquellos que han sido constituidos con posterioridad a los hechos y con la intención de juzgar determinada situación o personas, contrariamente a la garantía de seguridad jurídica. Es por ello, que los tribunales penales internacionales *ad hoc* que hemos multicitado en nuestra tesis, han sido fuertemente cuestionados por México al considerarlos tribunales especiales ya que fueron creados con posterioridad a los hechos. Al respecto, creemos que una de las razones por las cuales la CPI ha tenido el amplio respaldo de la comunidad internacional se debe al hecho de que otorga certeza jurídica a los Estados y a las personas a través de la adopción del Estatuto y ante el hecho de que su creación se derivó de la discusión entre todos los países miembros de la ONU y a través de un tratado. La existencia de la CPI coadyuvará a que para hechos futuros no sea necesaria la creación de tribunales especiales por el Consejo de Seguridad.

Además, contrario a lo sucedido con los tribunales especiales, el Estatuto de Roma define claramente su competencia material, *ratione temporis* y *ratione personae* por lo que se trata de un tribunal

⁶⁹⁷ Con respecto a este artículo en especial existe una contradicción, ya que el Art. 21 Constitucional establece que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”, sin pasar por alto que el Art. 2º del Código Federal de Procedimientos Penales circunscribe que *compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales*. En contrasentido, el Estatuto de la CPI faculta al Fiscal para realizar investigaciones en el territorio de un Estado (Art. 54.2), lo cual, ciertamente está sujeto a la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares conforme a las *funciones y atribuciones* de ésta, además de que habrá de sujetarse a los procedimientos y facultades de que la CPI dispondrá para hacer llegar solicitudes de cooperación a los Estados Partes, y No-Partes también. Las autoridades mexicanas han detectado que esto constituye un problema jurídico y político -pero histórico y de opinión pública también-, para autorizar una investigación de una autoridad extranjera en el interior del territorio mexicano. El criterio en este aspecto sería volver de nuevo a considerar la cualidad complementaria de la CPI ante la gravedad de los crímenes implicados y los vicios al proceso que se hayan hecho evidentes en las instancias nacionales.

especializado, no especial. La paulatina comprensión de esta circunstancia, ha ido debilitando el argumento de que la CPI es un tribunal especial, al grado tal que actualmente no sería aceptable este argumento como un elemento de inconstitucionalidad del tratado.

- Imprescriptibilidad.

Por otro lado, el Estatuto de la CPI (artículo 29), sanciona que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán. En posición contraria se halla el Título quinto (*Extinción de la responsabilidad*) del Código Penal Federal, en su Capítulo VI (*De la prescripción*), artículos 100 al 115, cuando dispone las condiciones, características personales, circunstancias, plazos para producir efecto, características del delito y el concurso de estos, así como las excepciones por las que, reconociendo la figura de la prescripción, desaparece la acción penal.⁶⁹⁸

Esto evidencia claramente que la imprescriptibilidad de la acción penal no está reconocida en nuestras leyes criminales. Se podría considerar, entonces, que lo dispuesto por el artículo 29 del Estatuto, sería violatorio de las garantías individuales al procesado, tales como que: "nadie puede ser juzgado por leyes privativas", o bien que: "no se suscribirán tratados que alteren esas garantías o derechos". Al respecto, el Ejecutivo Federal ha estimado que esto no debería ser un impedimento real, sobre todo tomando en cuenta la gravedad y trascendencia, al grado de *crimen internacional*, como las infracciones jurisdicción de la CPI.

Una propuesta de reforma que se ha manejado, apunta a que el Código Penal Federal sea adicionado especificando que *ningún crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional prescribirá*, además de que esto sería compatible con la *Convención Internacional de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968, y de la cual forma parte México.

- Divulgación de información o documentos y la adopción de <medidas razonables>.

Otra contradicción que amerita una respuesta, pero con visión moderna y objetiva, es la que se presenta entre el artículo 72 del Estatuto de la CPI y los artículos 14 y 20 constitucionales. La argumentación esgrimida es que, mientras el párrafo quinto del artículo 72 del Estatuto autoriza a un Estado que, frente a la divulgación de información o documentos que a juicio de éste puedan afectar a los intereses de su seguridad nacional, sea posible adoptar <medidas razonables> para resolver la cuestión por medio de la cooperación,⁶⁹⁹ por su parte, del artículo 14 constitucional se desprende que, para toda imposición de una pena posible, será mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos *en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho*.

A la vez, se podrían cuestionar las garantías al proceso que señala el artículo 20 de la Ley Fundamental, en especial la carencia de validez de toda confesión hecha ante una autoridad distinta al

⁶⁹⁸ Aunado a esto, deberá sumarse lo dispuesto en la fracción IV del art. 137 del Código Federal de Procedimiento Penales, que señala que el Ministerio Público no ejercerá la acción penal(...) cuando la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente en los términos del Código Penal. Al igual y por su parte, el art. 186 del Código de Justicia Militar señala que la acción penal se extingue por muerte del acusado, por amnistía, por prescripción y por resolución judicial irrevocable (*cf.* Artículos 186 a 197 del Código de Justicia Militar).

⁶⁹⁹ Tales medidas incluyen: a) la modificación o aclaración de la solicitud de cooperación, b) una decisión de la CPI respecto de la pertinencia de la información o de las pruebas solicitadas, o una decisión sobre si las pruebas, aunque pertinentes, pudieran obtenerse o se hubieran obtenido de una fuente distinta del Estado; c) la obtención de la información o las pruebas de una fuente distinta o en una forma diferente y, d) un acuerdo sobre las condiciones en que se preste la asistencia, que incluya, entre otras cosas, la presentación de resúmenes o exposiciones, restricciones a la divulgación, la utilización de procedimientos a puerta cerrada o *ex parte*, u otras medidas de protección permitidas con arreglo al Estatuto o las Reglas de Procedimiento.

Ministerio Público o del juez, o la posibilidad de carear, en el nivel nacional, a quienes depongan en su contra, entre otras prerrogativas. Pero más bien, el argumento centra de contradicción versaría en que los garantes de todas esas seguridades consagradas en dichos artículos constitucionales, deben ser las autoridades nacionales y no las extranjeras. Según informes a nuestro alcance, el argumento del gobierno mexicano se circunscribe sólo al inciso 'd' del párrafo quinto del artículo 72 del Estatuto,⁷⁰⁰ en el cual se subraya la posibilidad de poder acordar como una <medida razonable>, la presentación de información *ex parte*, por lo que se considera que nada más los jueces de la Corte la conocerían, de manera contraria al preceptuado alcance de los tribunales mexicanos, como está dado en las garantías de los artículos constitucionales referidos.

Este argumento, a nuestro parecer, no tiene fundamento de peso, pues si bien es cierto que dichas *medidas razonables* pudieran admitir la entrega de información *ex parte*, el párrafo quinto en un inicio, señala que habrá de realizarse en cooperación con el Fiscal, la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia según sea el caso. Pero también, no debe olvidarse que, de esas medidas de cooperación, también habrá de participar la defensa y, tal decisión deberá proceder de un acuerdo con arreglo al Estatuto o las Reglas de Procedimiento y Prueba: instrumentos que, según se ha expuesto en esta investigación, dan muestra de garantizar al acusado la igualdad en el proceso, además de que, siendo veraces, el derecho aplicable de la Corte ha sido acusado de ser más explícito en ese sentido y consagrar más derechos a un indiciado que a la parte acusadora.

- Prohibición de las penas inusitadas.

Otro discurso contrario a la ratificación se refiere a la posible contradicción con el artículo 22 constitucional que establece, entre otras cuestiones, que: "Quedan prohibidas (...) cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".⁷⁰¹ esto cobra mayor interés en virtud de la reciente jurisprudencia de la SCJN que indica que la prisión vitalicia es una pena inusitada y por ende inconstitucional. Parece ser que el razonamiento de la mayoría de los ministros se basa en el concepto de la readaptación social, contemplado en el artículo 18 constitucional, que en su párrafo segundo delinea los principios rectores del sistema penitenciario mexicano. El suponer que el Estatuto es inconstitucional en este rubro supone que el mismo no parte de la base del trabajo, capacitación y educación como ejes de la readaptación social, situación contraria a lo expresado por el Estatuto y por las Reglas de Procedimiento y Prueba, documentos base para la actuación de la CPI. Además, si bien es cierto que en estos instrumentos se contempla como pena máxima 30 años de prisión (regla) y en casos de "extrema gravedad", la prisión vitalicia o reclusión a perpetuidad (excepción), también lo es el hecho de que los propios ordenamientos abren la posibilidad de reducir la pena una vez que se hayan cumplido las dos terceras partes de la pena –en cualquier caso– o cumplidos 25 años de prisión –en caso de que le haya sido impuesta al condenado la cadena perpetua.

⁷⁰⁰ De entre las medidas razonables para la protección de información, el inciso "d" dispone el alcance de un acuerdo sobre las condiciones en que se preste la asistencia del Estado requerido a la Corte, que incluyan, entre otras cosas, la presentación de resúmenes o exposiciones, restricciones a la divulgación de información, la utilización de procedimientos a puerta cerrada o *ex parte*, u otras medidas de protección permitidas con arreglo al Estatuto o las Reglas de Procedimiento y Prueba.

⁷⁰¹ El artículo 77 del Estatuto prevé imponer a una persona declarada culpable ya sea la reclusión por un número determinado de años que no exceda 30 o bien, la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del acusado, pudiendo aplicarse paralelamente una multa o el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de tercero de buena fe. En contraparte, el Art. 25 del Código Penal Federal discurre en dos ejes: a) sanciona una pena máxima de sesenta años; pero permite la imposición de penas acumulativas (*las penas de prisión impuestas se compurgarán de manera sucesiva*); y, b) la prisión o privación de la libertad corporal se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva [no se prevé autoridad extranjera alguna].

Indudablemente, se requiere una reforma constitucional que reconozca las penas impuestas por los crímenes competencia de la CPI. Como salvaguarda, el gobierno mexicano alude que, pese a que la Constitución no hace referencia expresa a la reclusión a perpetuidad, la Corte sí prevé la readaptación social del sentenciado que exige nuestra Carta Magna, al considerar (artículo 110.3 del Estatuto) el examen de una reducción de la pena por diversos factores, incluso para las penas impuestas por reclusión a perpetuidad. Por lo demás, se debe recordar que la imposición por la Corte de una pena a perpetuidad, será una excepción originada en la extrema gravedad de los crímenes cometidos, además de la situación personal del sentenciado. Como nosotros lo entendemos, el Estatuto en realidad podría permitir la no aplicación de la reclusión a perpetuidad, ya que es uno de los factores a considerar la que el condenado alcance la libertad anticipada.

En este punto, hay que recordar que el Estatuto establece muy claramente, en el artículo 80, que nada de lo dispuesto se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas o prohibidas por su legislación nacional. Más aún, en ninguna circunstancia se forzará a que un Estado ponga en efecto una <sentencia de por vida> acordada por la Corte; un Estado parte puede imponer condiciones a cualquier acuerdo sobre la efectivización de penas en su territorio. Como vemos, las dificultades potenciales sólo podrían surgir en el caso en que un Estado tenga custodia de un sospechoso y reciba de la Corte un pedido de entrega del mismo. Sin embargo, "(...) *si el Estado mismo investiga o enjuicia tales crímenes, la CPI cederá paso a la acusación por parte del Estado al margen de que éste no contemple imponer cadena perpetua. Todo esto se hace de acuerdo al régimen de complementariedad del Estatuto*". De esta manera se resuelve este punto.⁷⁰²

- La No Retroactividad.

Este argumento en contra ha estado presente desde el inicio de los debates y denota un amplio desconocimiento del Estatuto, pues maneja la idea errónea de que la CPI violenta la seguridad jurídica. La verdad es otra, puesto que uno de los principios que hicieron posible que 120 países votaran a favor de su adopción, fue precisamente la imposibilidad que se estableció en el mismo de no poderse aplicar de manera retroactiva, y por lo tanto de conocer de hechos anteriores a su entrada en vigor.

Para otorgar aún mayor seguridad jurídica el Estatuto establece que los países que lo ratifiquen una vez que éste tenga vigencia, la CPI solo podrá ejercer su competencia sobre hechos sucedidos después de que el Instrumento entrare en vigor con relación a éstos. Es decir, el primer día del mes siguiente a los 60 días contados desde que depositó su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (arts. 126.2 y 11.2 del Estatuto). Con esto debe quedar demostrado que la CPI no contraviene la garantía de seguridad jurídica en lo que corresponde a la no retroactividad de las leyes penales, establecida en el artículo 14 constitucional. Por tanto, en el supuesto de que México decida ratificar el estatuto, casos como Aguas Blancas, Tlatelolco 1968 y otros execrables hechos del pasado, no podrán ser conocidos –desafortunadamente– por este tribunal internacional.

- La facultad de investigación.

Sobre la supuesta inconstitucionalidad del Estatuto también se ha señalado que éste contiene disposiciones que transgreden lo preceptuado por los artículos 21 y 102 constitucionales, relativos a la facultad exclusiva del Ministerio Público para perseguir los delitos y realizar las investigaciones. Es importante regresar a uno de los principios fundamentales de la CPI y que se refiere a la complementariedad y recordar que su funcionamiento dependerá en gran medida de la cooperación que los Estados le brinden, ya que muchas de las actuaciones que pueda tener la CPI en un Estado, en particular el Fiscal, se realizarán vía exhorto y a través de los canales diplomáticos. Efectivamente, el artículo 87 del Estatuto establece las reglas generales de las solicitudes de cooperación que la CPI pudiera realizar a los Estados, e incluso deja abierta la posibilidad de que los propios Estados, al

⁷⁰² Brigitte Suhr y Helen Duffy; "El debate sobre la compatibilidad constitucional de la CPI". (Fuente incierta: documento obtenido del sitio electrónico en Español de la Coalición por la CPI: <http://www.iccnw.org/espanol>)

ratificar el Estatuto, establezcan sus propios conductos que consideren adecuados para la tramitación de estas solicitudes, en sus leyes de implementación.

En este sentido, vale la pena tener en cuenta que nuestro país dispone de una amplia experiencia en materias afines a la cooperación judicial, incluso es signatario de varios tratados y convenciones internacionales en la materia. Lo anterior hace que este tipo de cooperación no sea ajena a nuestro Poder Judicial. Para detallar las características de la cooperación de México con la CPI, en caso de que decidiera ratificar el Estatuto, estas cuestiones de carácter procesal pueden quedar claramente detalladas en la legislación procesal o de implementación que se adopte.

- Las garantías judiciales.

En complemento a lo que ya antes hemos referido en este tema, señalaremos que para aquellos que han argumentado que el Estatuto violenta garantías judiciales contempladas en nuestra Constitución, destacaremos que éste contempla los estándares internacionales en materia de protección de las llamadas garantías judiciales de acuerdo a los tratados de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y cuenta además, con un sano equilibrio entre los derechos del procesado y los derechos de las víctimas.

El Instrumento recoge garantías judiciales que incluso en nuestro ordenamiento nacional, no tienen rango constitucional, como el principio de *presunción de inocencia*. Los derechos de la persona sometida a su jurisdicción durante la investigación y durante el proceso se encuentran claramente regulados en él, reconociendo como derechos del acusado, el derecho de audiencia, el derecho a la defensa, a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, el principio *non bis in idem*, el derecho a no autoincriminarse, a la publicidad de la audiencia y el derecho a recurrir el fallo, etc.

Igualmente, se ha acotado que el Estatuto es contrario a la Carta Magna debido a que violenta los plazos en ella establecidos, ignorando que la propia Ley fundamental establece excepciones a éstos, particularmente en lo que se refiere a la materia de extradición, situación análoga a la intervención de la CPI. En este sentido, reconoce la posibilidad de su ampliación y donde el Poder Judicial de la Federación cuenta con una amplia experiencia en el manejo de esta situación. Así como la extradición se rige por reglas especiales, de igual forma lo hará la entrega de personas a la CPI, conforme a lo que establezca el Congreso de la Unión en la legislación de implementación del Tratado de Roma. Además, éste contiene los principios básicos del derecho penal, consagrados también en nuestra legislación nacional.

- La soberanía.

Una consideración común contraria a la ratificación del Estatuto es de carácter predominantemente político y estima que se violenta la soberanía nacional. Consideramos al respecto, nada más lejos de ceder soberanía, cuando México estaría haciendo uso de ella al aceptar ser parte de un tribunal internacional, ya que la ratificación de un tratado internacional es por sí misma un acto soberano. Así, somos parte de la Corte Internacional de Justicia desde sus inicios, y recientemente el Senado de la República aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (DOF, febrero 24 de 1999), que si bien tienen características distintas, constituyen antecedentes en la aceptación del sometimiento a jurisdicciones internacionales.

Además, no debe perderse de vista el hecho de que la CPI no sustituirá ni remplazará a los tribunales nacionales; y que su competencia se refiere a determinar la posible responsabilidad individual y no sobre la responsabilidad estatal, como lo haría la CIJ o la CIDH. No se olvide que la CPI responde a la necesidad de reconocer que son los individuos los que cometen estas violaciones graves al derecho internacional, y no propiamente los Estados. En tal virtud, se puede afirmar que la Corte respeta la soberanía nacional ya que al establecer su competencia sobre personas físicas, no hay intervención directa en el país, evitando de paso la estigmatización de sus nacionales. En consecuencia, resulta

menos onerosa para la soberanía la competencia de la CPI, que la de otros tribunales internacionales que establecen responsabilidad estatal.

Pasemos ahora a hacer algunas consideraciones terminales en torno a este punto relativo a la posición del Estatuto de Roma frente al sistema jurídico mexicano:

Haciendo un balance objetivo de algunos de los principales argumentos de incompatibilidad que el Gobierno de México ha esgrimido en base al análisis comparativo constitucional frente al Estatuto de Roma, parece fuera de toda duda que será bastante difícil el camino hacia la aprobación del Estatuto y su ratificación, más aún si se pondera que la firma del instrumento se hizo dos años después de la Conferencia de Roma e, incluso, aprovechando la coyuntura de los tiempos políticos mexicanos, esto es, el final de un sexenio caótico y desangelado. Por el momento, --hay que destacarlo-- el hito de la contracorriente a la aprobación se encuentra en el Congreso de la Unión, dominado por la oposición --desorientada, ignorante, coyunturista y <partidizada>-- al régimen actual (principalmente el Senado).

Y en esta tarea debe quedar claro sobremanera que la CPI sólo actuará en casos muy extremos como respuesta a la gravedad de los crímenes cometidos, según las características de determinada situación criminal individual y, tras verificar una serie de condiciones locales o estatales, debiendo cumplir con criterios de competencia y admisibilidad preestablecidos. En otros términos, el *principio de complementariedad* cubrirá todo el sistema jurídico de la CPI, por lo que la Corte se cerciorará de ser competente en una causa que le sea sometida, además de que deberá notificar al Estado que normalmente ejercería la competencia e incluso, a los demás Estados Partes. Por esto, no cabe duda que los sistemas nacionales *siempre tendrán la primera oportunidad de juzgar una causa*.⁷⁰³

El intervenir, con carácter de pleno derecho como *Estado Parte* de la CPI, conforme a la visión compartida de diversos analistas, reviste especial trascendencia e interés social, jurídico y político para los Estados. Primero, el participar en la CPI será señal de compromiso gubernamental y político hacia la protección de los derechos humanos, más allá del discurso o la buena voluntad; pero a la vez, esto garantizará, para los súbditos del Estado, que sus dirigentes estatales se preocuparán por contar con sistemas de protección a las garantías individuales. Esto porque, por el lado público, estarán éstos tácitamente obligados, como gobierno, a evitar el costo político que tendría el que fueren puestos en evidencia por ser cómplices de la impunidad y la inactividad, ya sea por evitar participar en esta nueva institución, como por --una vez *Estado Parte* de la CPI-- negarse a participar con ella.

Igualmente, para fines prácticos pensemos en una situación hipotética. Una vez siendo Estado Parte y ante la exigencia de juzgar a un criminal que pudiese revestir tal importancia por ser extranjero, funcionario internacional o político de alto nivel y por las condiciones específicas de la comisión de tales delitos, se podría recurrir a la Corte evitando el costo político de ser acusado de imparcialidad frente a otros nacionales o posibles implicados, además de que esto podría servir para argumentar, que al acusado se le está garantizando el acceso a una institución con altos estándares de protección al debido proceso y de imparcialidad en el juzgamiento de esa persona. Pero a la vez, el Estado podría exigir la entrega a la Corte de un nacional que él mismo ha acusado y, tras negociar con el Estado donde el criminal se encuentre, remitir la situación a un tercer Estado que, de forma autónoma, otorgue debido proceso frente a una determinada situación delicada, como sería el estar frente a la imposibilidad de extraditar por no cubrir el requisito de la *doble incriminación*, por lo cual, ante la no procedencia de la extradición, se podría recurrir a la entrega a un tribunal internacional.

Las autoridades mexicanas deben considerar que para un Estado Parte, la obligación estatal asumida de juzgar debidamente a los nacionales acusados de crímenes de suma gravedad, como lo son los de competencia de la Corte, se traduce en un factor de estabilidad social interna y soporte estatal, pues ante las facultades que ostenta la Corte, los nacionales saben que existe un fiscal internacional que,

⁷⁰³ Mtro. Eduardo González Cueva; “*El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y algunas de sus consecuencias en el ámbito interno.*” (Fuente incierta: documento obtenido del sitio electrónico en Español de la Coalición por la CPI: <http://www.iccnw.org/espanol>)

en determinado momento, podría respaldar al Estado a través de la confirmación de parte de la CPI, de que las investigaciones y los procesos han sido correctamente llevados.

Además de que, indudablemente, formar parte de la CPI y asegurarse de que existen una serie de reglamentos de cooperación y diligencia del derecho aplicable en el nivel interno, a su vez, se traducirá en la modernización de los sistemas penales nacionales, pues esto ayudará a especificar las figuras penales existentes, ya que como es sabido, la Corte no ha codificado sobre nada nuevo, antes bien ha reunido y sistematizado la normatividad internacional penal asegurando la perpetuidad y operatividad del respeto a los derechos humanos. Por esta razón, en todo caso, se puede hablar de que los políticos se asegurarán de que sus sistemas judiciales sean patentemente eficientes e imparciales, esto es, existan leyes de adaptación, condiciones técnicas mínimas y canales plenamente reconocidos para colaborar con la Corte.

Al mismo tiempo, los Estados deberán ocuparse de que existan las condiciones técnicas mínimas para que la complementariedad pueda ser ejercitada de manera efectiva; es decir, para que tengan siempre la primera oportunidad de juzgar. ¿De qué les serviría tener un eficiente sistema judicial si se comete un crimen que no está tipificado internamente? Los crímenes de competencia de la corte deberán hacerse, entonces, crímenes de competencia de las cortes nacionales, a través de su tipificación en los códigos penales y de justicia militar. En ese sentido, cabe impulsar el anuncio reciente de la actual Legislatura sobre el papel inspirador que el Estatuto de Roma ha tenido en el actual proceso de reforma del código de procedimientos penales y el código de justicia militar en México.

De aceptar la jurisdicción de la Corte, se tratará sí de un recurso extranacional, pero será parte del sistema penal reconocido al interior de ese Estado en función de su recepción en el derecho interno. Frente al principio *non bis in idem*, la CPI no será una cuarta instancia, más bien se constituirá en un recurso extra-ordinario en base a una normatividad internacional integrada en el derecho interno y que actuará sobre casos en que ya han tenido primacía los tribunales nacionales. Por todo esto, volviendo al principio de nuestra exposición, la CPI sólo actuará en casos muy extremos, ya sea por la gravedad de los crímenes y la situación del inculpado, como una excepción a la incapacidad, imposibilidad, el colapso total o parcial, o por simulación, en la actuación de los sistemas penales nacionales.

iv) Posición del Gobierno de México frente a la ratificación del Estatuto de Roma: avances hacia su aprobación.

Para iniciar este punto final de nuestro Capítulo sexto, cabe recordar que el artículo 133 constitucional, se establece que *la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán ley suprema de toda la Unión*. Luego entonces, como se ha venido pulsando, ante la existencia de disposiciones encontradas entre el Estatuto de la CPI y nuestra Ley Fundamental, se hace evidente la necesidad de una reforma que supere las incompatibilidades y sintonice ambos cuerpos normativos, tanto para garantizar el requisito de que este tratado “esté de acuerdo” a nuestra Carta Magna, como para poder vincularse efectivamente con la CPI.

En México se han discutido tres formulas de adecuación constitucional que permitan la aprobación y ratificación del Estatuto de Roma, a saber:

- i. La interpretación armónica de la Constitución con el Estatuto de Roma, debiendo únicamente hacer una labor de implementación en las legislaciones secundarias.
- ii. La reforma de un artículo constitucional que refiera la obligatoriedad del Estatuto de Roma en el sistema jurídico del país y así evitar contradicciones que pudiesen encontrarse entre el Estatuto y la respectiva Constitución, y así regular --entiéndase ‘implementar’-- los preceptos del Estatuto de Roma no únicamente como obligación internacional derivada del tratado, sino de la obligación de regular un artículo constitucional.

- iii. La reforma de diversos artículos constitucionales que podrían entrar en contradicción con la Constitución. Esta fórmula tiene efectos similares a los señalados en el punto anterior; sin embargo, toma como regla general lo establecido en el Estatuto de Roma y no como excepción como sería en el punto anterior.⁷⁰⁴

En función de estas tres vías, el gobierno de México ha optado por la segunda y se ha dispuesto proponer una "*Iniciativa de decreto por el que se reforma el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*"; que fue dado en la residencia del Poder Ejecutivo Federal el 30 de noviembre del 2001 y enviado al C. Presidente de la Mesa Directiva de la H. Cámara de Senadores (la cual fungirá como Cámara de origen), el 4 de diciembre del mismo año. De aprobarse por senadores y diputados, procederá la reforma constitucional y, por consiguiente, la aprobación del Estatuto; lo cual, facultará al Ejecutivo para cubrir el protocolo de ratificación del Instrumento y poder formar parte de esta institución que, precisamente, en abril de 2003 ya celebró la segunda sesión resumida de su Asamblea de Estados Partes.

La exposición de motivos de dicha iniciativa de reforma, rescata varios elementos que es conveniente mencionar. En primer término, se hace referencia a la obligación derivada de los *principios normativos de la política exterior* que sanciona el artículo 89(X) de nuestra Constitución y que dentro de estos, se establece que el Poder Ejecutivo, a través del Presidente, en la celebración de tratados, vigilará por el *respeto a la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, la solución pacífica de las controversias, la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la igualdad jurídica de los Estados y la cooperación para el desarrollo*. Lo cual --se explica-- genera un deber de conciliar el orden normativo interno con el derecho internacional que, a través de los instrumentos de los que nuestro país sea parte, promuevan esos principios.

Derivado de esto, se alude que México en 1947 aceptó la *competencia obligatoria* de la Corte Internacional de Justicia, y que en 1998, el gobierno con la aprobación del Senado, aceptó la *competencia contenciosa* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos en los cuales, juristas mexicanos han servido como jueces y a los que nuestro país ha recurrido en ocasión de solicitar *opiniones consultivas* haciendo valer las tesis sostenidas y otorgando valor a argumentos derivados de los principios de derecho internacional que norman nuestra política exterior. Además, se aduce que durante la última década, se ha registrado un importante incremento en la aceptación de la competencia de esos tribunales.

Que una vez que la comunidad internacional ha aceptado estos tribunales como un mecanismo idóneo para la aplicación de las normas del derecho internacional, resulta necesario adecuar el derecho interno no sólo en el sentido de reconocer la competencia de dichas instancias, sino también con el propósito de garantizar el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias. Así ha procedido un importante número de países con una tradición de política exterior similar a la nuestra.⁷⁰⁵ También, se subraya el constante proceso de avance y perfeccionamiento en que se encuentra el marco jurídico de protección a los derechos humanos, derivado esto de que se ha ido reconociendo que este campo ha dejado de pertenecer de manera exclusiva a la jurisdicción interna de los Estados. Asimismo, que la comunidad internacional se ha dotado de nuevos instrumentos internacionales que, sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado, permitirán juzgar la conducta de individuos por violaciones graves a los derechos humanos cuando éstas ocurren en el contexto de ataques sistemáticos o generalizados a la población civil en toda circunstancia.

⁷⁰⁴ Documento; "*La ratificación del Estatuto de Roma es coherente con el discurso de respeto de los derechos humanos del gobierno de México*". (Material de difusión distribuido en la Sesión sobre la importancia de la ratificación de México de la Corte Penal Internacional, organizada por el Centro de Derechos Humanos "Fray Francisco de Vitoria, O.P.", el día 20 de marzo de 2002 en la Sala 22 del Centro Universitario Cultural A.C).

⁷⁰⁵ Documento: "*Iniciativa de derecho que modifica el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*", dado en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, a los treinta días del mes de noviembre de dos mil uno.

En este documento igualmente se recuerda que, según lo formulado en el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, se ha expresado el compromiso de mantener una política de fortalecimiento y protección de los derechos humanos de conformidad con las normas universalmente reconocidas, así como alcanzar el objetivo de vincular el país a los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos y de derecho internacional humanitario de los cuales no seamos parte reconociendo su competencia y asegurando la plena aplicación de éstos, al igual que armonizar la legislación interna con esas obligaciones internacionales. Compromisos estos, que se renovaron en el *Acuerdo Político para el Desarrollo Nacional*, suscrito el 7 de octubre del 2001.

Finalmente, como destaca la propia iniciativa, de lo anterior se concluye que, por principios, historia y compromisos suscritos, *México se encuentra en condiciones de firmar y en su caso ratificar*, en este caso, el Estatuto de Roma. No obstante, la propuesta también señala que *sería necesario una reforma constitucional para asegurar la plena aplicación de algunos instrumentos y la posibilidad de ratificar otros*.⁷⁰⁶

Ante esto, a la vez que se evoca que México firmó el Estatuto de la Corte Penal Internacional el 7 de septiembre del 2000, se señala que de ser aprobada la iniciativa de reforma que adiciona diversos párrafos del Art. 21 de nuestra Ley Fundamental, el Ejecutivo Federal enviará al Senado el Estatuto de Roma para su consideración y eventual aprobación: "(...) *Su ratificación constituiría una muestra clara de apoyo a la vigencia del derecho internacional y de rechazo absoluto a los graves crímenes que [serán] competencia de la Corte Penal Internacional*".⁷⁰⁷

Ahora bien, pasemos en seguida al sentido concreto de la reforma y adición que se propone para el artículo 21 de la Constitución Política de México; para lo cual, se ha formulado la adición de tres párrafos a dicho artículo, recorriéndose el orden de los actuales quinto y sexto que pasarían a ser octavo y noveno respectivamente. Veamos:⁷⁰⁸

Artículo 21.- (...)

(...)

(...)

(...)

La jurisdicción de los tribunales internacionales establecidos en tratados de los que los Estados Unidos Mexicanos sea parte, será reconocida en los términos y conforme a los procedimientos establecidos en dichos tratados.

En los casos del orden penal, los procedimientos que lleven a cabo dichos tribunales, así como el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias, serán reconocidos y ejecutados por el Estado Mexicano de conformidad con lo dispuesto en el tratado internacional respectivo.

Las resoluciones, así como las sentencias irrevocables emitidas por tales tribunales, gozarán de fuerza obligatoria; las autoridades administrativas y judiciales del fuero federal, común y militar deberán garantizar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en la leyes.

(...)

(...)

Para esta propuesta de adición, en el documento de la iniciativa de decreto, se explica el sentido de estos tres nuevos párrafos. El primero que se propone adicionar, según se expone, está encaminado a

⁷⁰⁶ *ibidem*. pág.9

⁷⁰⁷ *ibidem*. pág.10

⁷⁰⁸ *ibidem*. pp.15-16

resolver el aspecto de la aceptación de la competencia de los tribunales internacionales establecidos en tratados que México sea parte.⁷⁰⁹

El segundo párrafo adicional que se propone, según se justifica, tiene la intención de dar operatividad y facilitar la cooperación en la realización de procedimientos de investigación, persecución de delitos graves y en la ejecución de las decisiones del tribunal internacional, en este caso, para los de orden penal que sean reconocidos por México. Según se aclara, este segundo párrafo adicional excluye a los tribunales especiales establecidos por el Consejo de Seguridad de la ONU, sobre los cuales México ha expresado reservas. En función de lo anterior, el reconocimiento y acatamiento de decisiones de tribunales internacionales, se limitará a los que México sea parte por medio de un tratado internacional y en términos de ese instrumento.

El tercer párrafo, que con el orden propuesto vendría a ser el séptimo sucesivamente, garantizaría la aplicación eficaz de las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales cubiertos por la reforma, según se acota:

*"(...) el reconocimiento de competencia de tribunales internacionales sería nugatorio si no viene acompañado de la adopción de medidas que permitan ejecutar, de manera eficaz, sus decisiones".*⁷¹⁰

Así, se explica que esta reforma *está encaminada a fortalecer la protección de la persona humana*, lo que bien justifica acceder a un régimen que complementa y adiciona las garantías individuales que están dispuestas en el Título Primero de nuestra Carta Magna.

Por otra parte, y dada su relevancia para este tema de la ratificación del Estatuto, es importante mencionar los principales criterios que expresaron recientemente⁷¹¹ las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Relaciones Exteriores y Organismos Internacionales; de Justicia; de Derechos Humanos; y de Estudios Legislativos, todas del Senado de la República, en relación con el proyecto de decreto que reforma el Artículo 21 de la Constitución Política Federal, referente a la Corte Penal Internacional. Entre las diferentes cuestiones que aborda este Dictamen destacan las siguientes:

- a) Con el propósito de evitar cualquier posible incompatibilidad entre ordenamientos que persiguen fines similares y facilitar la participación de México en la lucha internacional contra la impunidad, debe posibilitarse el reconocimiento constitucional al Estatuto de la CPI, en los términos de la reforma propuesta, asegurando con ello la plena cooperación de nuestro país con la Corte, así como la instrumentación de sus fallos y decisiones.
- b) Se realizaron diferentes reuniones en el Senado entre legisladores conocedores del tema, así como por parte de las Comisiones involucradas, para conocer a fondo las implicaciones del citado instrumento y orientar criterios para una posible reforma constitucional.
- c) Se procedió a realizar un estudio de derecho comparado donde se revisaron los casos de algunos países que ratificaron el tratado, como Ecuador, Alemania, Bélgica y Francia quienes realizaron un análisis de compatibilidad con su legislación interna.
- d) Analizadas estas experiencias se considera que, aun con las dificultades que representa la aceptación de una jurisdicción internacional, se ha alcanzado un consenso sustentado para prevenir y detener actos que atentan contra la humanidad.

⁷⁰⁹ De igual forma, se comenta que el reconocimiento del procedimiento de la institución internacional de la que México sea parte, en este caso el de la CPI, resulta fundamental, ya que así se evitaría *incurrir en insuficiencias de tipo procesal*. Lo anterior, desde un visión propia, tiene gran importancia al dar pie, por medio de la interpretación de este nuevo párrafo, a continuar con la labor por la que obliga la CPI a los Estados Partes, a asegurarse de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación internacional y asistencia judicial requeridas.

⁷¹⁰ *ibidem*. pág.13

⁷¹¹ *Gaceta Parlamentaria*. Senado de la República, No. 86, Año 2002, Primer Periodo Ordinario, viernes 13 de diciembre de 2002.

e) Las Comisiones han llegado a la conclusión de que es necesario modificar los términos propuestos por la iniciativa, para incluir una disposición que permita reconocer la competencia de acuerdo con las condiciones previstas por el citado instrumento, no considerando adecuado por el momento, establecer la jurisdicción respecto de una generalidad de tribunales internacionales aceptados en tratados presentes o futuros, como sugiere la propuesta del Ejecutivo, ni tampoco un sometimiento genérico, incondicional y permanente.

f) Después de realizar análisis sobre nuestra legislación y las posibles situaciones de contraposición que pudieran generarse, se concluyó que la CPI no rivaliza con la autoridad judicial del país, que mantendrá incólume el monopolio de la imposición de las penas.

g) Ante diversas posibilidades de redacción para el agregado que se propone, se consideró adecuado retomar la disposición generada por Francia, cuya experiencia ha sido seguida por otros países como Brasil y Colombia. Esto permitirá salvaguardar el régimen constitucional, conservándose la Constitución en sus actuales términos al aceptar la posibilidad de actuación de la Corte; además de que con esta medida se ampliará el derecho a la justicia en el caso de los delitos de su competencia y a los que el gobierno mexicano someta a la CPI.

h) La norma ha sido ubicada en el artículo 21 en razón de que se propone un reconocimiento que contempla un régimen complementario del contenido en las garantías individuales consagradas en el Título Primero de la Constitución. Se aprobó para permitir a México dar pleno cumplimiento a los compromisos que se derivan del Estatuto.

En virtud de todo esto, las Comisiones propusieron adicionar un quinto párrafo al artículo 21 de la Constitución, recorriéndose los demás en su orden para que el Senado autorice el ejercicio de la jurisdicción de la Corte en su ámbito de competencia. Agregaron que esta aprobación se otorgará atendiendo a las circunstancias de cada asunto en particular, con el fin de asegurar que cualquier solicitud de cooperación que se formule, sea analizada desde la perspectiva del respeto a la primacía de la jurisdicción nacional, las disposiciones del artículo 17 constitucional y la legislación aplicable. Entonces, su proyecto de decreto queda de la siguiente manera:

“ARTICULO UNICO.- se adiciona un párrafo quinto al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recorriéndose en su orden los actuales quinto y sexto, que pasan a ser sexto y séptimo, para quedar como sigue:

Artículo 21.-

...

...

...

El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

...

...”.

Cualquiera podría pensar que el esfuerzo que aduce haber realizado el Senado fue demasiado para la conclusión simple y llana a la que arribó; sin embargo, podemos aducir que se ha logrado al menos una mayor toma de conciencia y mejor técnica jurídica por parte de estos legisladores de la Cámara alta que no se han distinguido precisamente por esas cualidades. Habrá que esperar un poco más para tener mejores resultados. Al adecuarse la Constitución de México a la normatividad de la CPI, por una parte, se salva el requisito de constitucionalidad que deben tener los tratados internacionales de que México sea parte y así, este instrumento al ser incorporado en el derecho interno, se situará exactamente por debajo de la Constitución pero por encima de la normatividad secundaria y los sistemas jurídicos estatales, los cuales posteriormente habrán también de reformarse o adherirse a lo que estipule la Constitución y el derecho aplicable del tribunal internacional, ya que por el hecho de reconocerse el Estatuto de Roma, éste será Ley Suprema de toda la Unión.

Parafraseando al internacional-penalista mexicano Sergio García Ramírez, es pertinente e imprescindible que México ingrese al sistema que encabeza la Corte Penal Internacional, no porque éste signifique una solución unívoca o exclusiva del antiguo problema de la justicia penal del derecho internacional, sino porque constituye la mejor alternativa. En efecto se requiere, ante todo, de una decisión jurídico política que examine este asunto, pondere seriamente sus implicaciones, estudie las opciones disponibles y realice, de manera socialmente abierta y jurídicamente fundamentada, la acción que resulte más conveniente para la nación, la que garantice la preservación de sus valores y principios, modernice su sistema de derecho criminal y brinde atención al tema esencial de los derechos humanos, que deben constituir permanentemente, el objeto del gobierno y el fin de la comunidad política.

Finalmente, cabe advertir que el hecho de adecuar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a un instrumento internacional, *no es de ninguna manera un acto de subordinación*, ya que se parte de una decisión soberana por la cual el Estado mexicano, a través de los poderes de la Unión, se dispone a acceder al sistema de la Corte Penal Internacional utilizando los medios de reforma constitucional y los canales soberanos que están dictados en nuestra misma Carta Constitutiva. Luego entonces, de aprobarse dicha iniciativa de reforma, se procederá a "*constitucionalizar*" el Estatuto de este Tribunal, instrumento que, aun inacabado e imperfecto, representa la síntesis crítica y dialéctica del quehacer jurídico de la sociedad internacional en su búsqueda por una genuina justicia universal.⁷¹²

⁷¹² Para nuestro beneplácito, parte de estos últimos comentarios, fueron recabados de fuentes gubernamentales que presentaron estos puntos de vista en la *Conferencia de la Ciudad de México sobre la ratificación e implementación a nivel nacional del Estatuto de la Corte Penal Internacional* que, con la contribución de institutos, organizaciones y agencias internacionales, celebró la Cancillería de México el 7 y 8 de marzo del 2002 en la Ciudad de México. Asimismo en una reunión de similar importancia realizada en ocasión del XXVIII Coloquio Internacional de Primavera, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, del 21 al 23 de mayo de 2003.

CAPÍTULO SEXTO

EL MÉTODO DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL: LA COOPERACIÓN Y LA ORGANIZACIÓN PARA EL COMBATE A LA CRIMINALIDAD.

6.1. Las reglas internacionales en materia de persecución: la jurisdicción universal.

6.1.1. Breves reflexiones sobre la jurisdicción en el derecho internacional público.

El término "jurisdicción" siempre ha dejado un amplio margen a la interpretación y al debate doctrinal, principalmente en el campo del derecho internacional público; y más aún en la actualidad en el ámbito del derecho internacional penal.⁷¹³ Conforme a lo expresado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1933, "[...] la jurisdicción es una de las formas más obvias del ejercicio del poder soberano".⁷¹⁴ Jan Michel-Simon concreta esta explicación citando el caso "*Cristina*" del año 1938 en el House of Lords, el cual se refiere a un barco español que se encontraba en Cardiff/Gran Bretaña requisado por el gobierno de España, donde el Lord McMillan señaló: "[e]s un atributo esencial de la soberanía de todos los Estados independientes y soberanos, el tener jurisdicción sobre todas las personas y cosas que se encuentren dentro de sus límites territoriales y sobre todos los casos, civiles y penales que surjan dentro de estos límites". Por tanto, en este sentido, la expresión "jurisdicción del Estado" no describe nada más que el ejercicio exclusivo del poder soberano de un Estado sobre su territorio.

En lo referente a las relaciones entre Estados, las consecuencias de estos razonamientos son obvias: el Estado que extiende su poder hacia un territorio bajo el poder soberano de otro, potencialmente entra en conflicto con este último. De este modo, como lo ha expresado el profesor Frederick Mann (1907-1991) en una de las mejores exposiciones sobre el tema, el principio de territorialidad que fue citado en el caso "*Cristina*" expresa la idea de la universalidad y mutualidad-reciprocidad: "lo que un Estado pueda o no pueda hacer, cualquier otro Estado podrá o no podrá hacerlo, y la afirmación de que el Estado A tiene el poder de realizar un acto particular que afecte al Estado B, conlleva que el Estado B pueda realizar un acto similar y así afectar al Estado A".

Una vez determinada la base de la <jurisdicción del Estado> y señalado su potencial de conflictividad, cabe cuestionarse sobre la operatividad de este término en las relaciones entre los Estados. En primer lugar hay que señalar que la jurisdicción estatal se encuentra exclusivamente determinada por el Derecho internacional público. Esto fue precisado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1924 y principalmente en 1927 en el caso "*Lotus*", y es una consecuencia lógica del principio de la igualdad soberana de los Estados. En este sentido, la Corte opinó que "[e]l Derecho Internacional Público regula las relaciones entre Estados independientes. [...] Por consiguiente, las normas jurídicas

⁷¹³ Consultar el trabajo de Jan-Michel Simon: "Jurisdicción Universal. La perspectiva del Derecho Internacional Público" (Investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional), ponencia presentada en el "Encuentro Interdisciplinario sobre Jurisdicción Universal" celebrado del 1 al 5 de Octubre del 2001 en las Ciudades de México (Universidad Iberoamericana) y de Guatemala (Universidad Rafael Landívar) organizado por la Fundación Rigoberta Menchú Tum con el patrocinio de la Fundación Konrad Adenauer (manuscrito revisado por el autor el 07.12.01).

⁷¹⁴ Caso Status Legal del Este de Groenlandia — Permanent Court of International Justice [=P.C.I.J.] Series A/B, No. 53 (1933), "Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)", Judgement, 5 April 1933, 48. Cf. de forma general OXMAN, Daniel (1997), *Jurisdiction of States*, en Bernhardt, Rudolf, Encyclopedia of Public International Law [=E.P.I.L.], Vol. III, Amsterdam *et al.*: Elsevier, 55 y siguientes.

que obligan a los Estados se basan en la propia voluntad de éstos. No puede presumirse entonces restricciones en la independencia de los Estados. A falta de una regla permisiva en contra, la restricción que el Derecho internacional [Público] impone a los Estados en el sentido de que no pueden ejercer su poder de cualquier forma en el territorio de otro Estado está por encima de todo”.

Sin embargo, cabe aclarar que si bien el Derecho internacional público regula el ejercicio del poder estatal entre Estados, dicho complejo normativo está “[I]ejos de crear una prohibición general [en el sentido] de que los Estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y la [competencia] de sus tribunales a personas, propiedades y actos fuera de su territorio. [El Derecho internacional Público] a este respecto deja [más bien] un margen amplio de discrecionalidad, que sólo se ve limitado en ciertos casos por reglas prohibitivas”, según lo ha manifestado la Corte en el caso <Lotus>.

No obstante, estos razonamientos pueden llevar a confusión, razón por la cual conviene puntualizar que lo antes expuesto no trata el problema del ejercicio del poder soberano *ratione territorium*,⁷¹⁵ sino el poder estatal *ratione materiae* que incluye el actuar fuera de los límites territoriales. Es decir, como principio general, cada Estado es libre de regular las materias en el ejercicio de su poder legislativo y judicial del modo que considere más conveniente, inclusive aquéllas fuera de su territorio, mientras no sobrepase los límites del derecho internacional público. Así, no solamente se repitió el principio que ya se había formulado en 1924, sino que también se estableció una presunción a favor del libre ejercicio del poder legislativo y judicial de cada Estado en relación con los demás.

Consecuentemente, se puede afirmar que el término <jurisdicción del Estado> opera para legitimar el ejercicio del poder estatal de un Estado frente a los demás en el marco del derecho internacional público; fundamentalmente porque es este complejo normativo que, bajo el principio de la igualdad soberana de los Estados, regula el ejercicio del poder estatal entre ellos y, en consecuencia, también el que la delimita. Y es en este marco operativo que el concepto de jurisdicción del Estado se refiere a actos de un Estado que no caen exclusivamente dentro de su poder. Sobre esta base se puede utilizar la “jurisdicción del Estado” como concepto normativo del derecho internacional público que regula el derecho de un Estado para llevar a cabo cierto tipo de actos que puedan interferir en la soberanía de terceros. Para fijar esta situación de conflictividad y, aunque los términos generalmente son aplicados casi indistintamente, cabe también el uso del término “competencia” para hacer referencia a la potestad del Estado legitimada por el concepto de jurisdicción de actuar, en el marco de la definición dada anteriormente.⁷¹⁶

Por otra parte, la práctica demuestra que al extender el poder estatal fuera de sus límites territoriales, los Estados siempre se han esforzado en establecer alguna relación de este con su territorio. Esta realidad se ve reflejada en el voto de Sir Fitzmaurice en el caso <Barcelona Traction> de 1970, en el cual el Juez de la Corte Internacional de Justicia manifestó: “*Es cierto que, bajo las condiciones actuales, el Derecho internacional [Público] no impone reglas duras [...] a Estados que delimitan el espacio de [su competencia] [...] sino que deja a los Estados un margen amplio de discrecionalidad en*

⁷¹⁵ Consultar a Henzelin, Marc (2000), *Le Principe de l'Universalité en Droit Pénal International – Droit et Obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le Principe de l'Universalité*, Bâle et al.: Helbing & Lichtenhahn, 126 y siguientes. .

⁷¹⁶ Para la determinación de la competencia algunos autores toman como marco analítico el “*restatement of the law third on foreign relation*” del American Law Institute. Resulta interesante recoger la figura del <restatement> porque sus clasificaciones metodológicas, si bien provienen del ámbito angloamericano, y aunque parte de la doctrina prefiere usar el término “competencia” en vez del de “jurisdicción”, tienen mejor capacidad explicativa para nuestros fines. Según la clasificación del “*restatement*” se distingue entre tres tipos de competencia: (1) la de prescribir una norma, (2) la de dictar una sentencia y (3) la de hacer cumplir una decisión judicial o legislativa. La primera comporta la competencia de un Estado para aplicar su ley a personas y circunstancias particulares. La segunda se define como la competencia de un Estado para someter personas a un proceso ante sus tribunales, y la tercera como la competencia de un Estado a hacer obligatoria la sumisión a sus leyes, o a castigar el incumplimiento de sus leyes, ya sea a través de sus tribunales o de actos ejecutivos, administrativos, policiales, u otras acciones no-judiciales.

la materia. No obstante, en aquellos casos que contienen un elemento extranjero, [esto] implica para los Estados una obligación de ejercer [su poder] con moderación y contención, proporcional a la extensión de la [competencia] asumida por sus tribunales, [para] evitar una invasión indebida de la [competencia] más apropiada, o más ejecutable de un otro Estado”.

De conformidad con esta realidad y sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, se ha afirmado que el Derecho internacional público requiere un <vínculo auténtico y legítimo>, <sustancial y de buena fe> entre el Estado y el hecho ocurrido fuera de sus límites territoriales, objeto de la extensión de su poder estatal. Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos dirigidos delimitar el ejercicio del poder discrecional en los términos mencionados, aún no se han resuelto los problemas de su aplicación en la práctica, es decir, en el momento de dictar una sentencia. Así, el contenido material de las condiciones delimitadoras del margen de discrecionalidad continúa siendo el punto central de controversias.

Según los análisis de profesor Mann, el problema de la competencia, propiamente definido, implica la búsqueda del Estado (o de los Estados) cuyo contacto con los hechos sea tal, que la asignación de la competencia se entienda como justa y razonable. Lo relevante, por lo tanto, no es el carácter y alcance inherente a los actos del Estado a que se refiere la pretensión de extender su poder o lo que se atribuye a ellos por parte de sus autores, que son relevantes. Más bien lo que decide sobre la existencia de la competencia del Estado es el contacto legal entre estos actos y el conjunto de los hechos. Sobre la base de esta especificación del problema, se puede fijar el alcance del margen de discrecionalidad de los Estados en la siguiente regla:

Un Estado tiene competencia en un asunto, cuando su contacto con un conjunto dado de hechos es tan estrecho, tan sustancial, tan directo e intenso, que su pretensión, respetando lo anterior, está en armonía con el Derecho Internacional Público, incluyendo la práctica de los Estados, y los principios de no-intervención y de proporcionalidad. La principal consecuencia de esta regla es que un interés meramente político, económico, o comercial no hace que éste, en sí mismo, constituya un vínculo auténtico con el Estado.

En el área de nuestro interés, el área “clásica” del Derecho Penal, desde hace mucho tiempo se ha desarrollado un conjunto de reglas de jurisdicción relativamente estables sobre la competencia entre los Estados en materia penal. Como punto de partida citaremos nuevamente el caso <Lotus> del año 1927, en el que se observó: “[s]i es verdad que el principio de la territorialidad del Derecho Penal sirve de fundamento en todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas estas legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera de su territorio, y esto conforme a sistemas que cambian de Estado a Estado. La territorialidad del Derecho Penal no es, pues, un principio absoluto de Derecho internacional [Público] y de ningún modo coincide con la soberanía territorial”.⁷¹⁷

Posiblemente una de las primeras referencias generales a la competencia para ampliar el ejercicio del poder soberano fuera de sus límites territoriales sobre hechos ilícitos se encuentra en el estudio del jurista holandés Hugo Grotius (1583-1645), quien ante el predominio del *ius naturale* en la Edad Media formuló en el año 1625 lo siguiente: Debe también reconocerse que los reyes, y cualquier otro con derechos similares a éstos, pueden exigir que un castigo sea impuesto no sólo por los males perpetrados contra ellos o contra sus asuntos, sino también en contra de todos los males que no se dirijan específicamente contra ellos, pero que violan de forma extrema a cualquier persona, al Derecho natural o al Derecho de las Naciones.

Si de lo anteriormente descrito se deduce que existe la jurisdicción universal en los actos relativos a tortura, <violaciones graves> del Derecho Humanitario y el genocidio, cabe subrayar cuál es la función de la denominación <derechos humanos> dictada por el Tribunal Constitucional. En este contexto, también conviene hacer mención al Proyecto de Ley Introdutoria al Código Penal

⁷¹⁷ Randall, Keneth. “Universal Jurisdiction under International Law”, en Texas Law Review, Volumen 66, pp. 785-786, 1988.

Internacional Alemán realizado por el Ministerio de Justicia, que afirma la competencia de dictar sentencia por parte de la República Federal de Alemania en el siguiente caso: “Quien en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (...) persiguiera un grupo o colectividad a través de una privación o restricción esencial de los *derechos humanos fundamentales* fundada en motivos políticos, de raza, nacionalidad, étnicos, culturales o religiosos, por razón de género u otros motivos prohibidos por los principios generales de Derecho internacional Público (...) será sancionado como mínimo con prisión de tres años”.

Fácilmente se concluye de los ejemplos anteriormente citados que el uso de la terminología “derechos humanos” puede llevar a conflictos entre los Estados sobre su relevancia para el código legal/ilegal. De este modo llegamos a la pregunta central de la competencia universal: ¿Cuál es el interés legal único compartido por todos los Estados con relación al concepto de “los derechos humanos” en las diversas construcciones del mundo y del hombre, cristalizados en expectativas legales que podemos identificar en un caso determinado? Ésta de por sí no es una tarea fácil, y se complica más aún si recordamos que desde hace tres o cuatro décadas se ha hecho mayor referencia en el Derecho a los “derechos humanos”. A juicio del ex-Presidente de la Comisión Europea de Derechos Humanos, profesor Stefan Trechsel, este proceso se asemeja a una especie de “inflación”, que ha creado un desequilibrio: mientras que el Derecho internacional de los derechos humanos se ve convertido en un “gigante”, el sistema normativo de penalización y los mecanismos de las sanciones parece asemejarse a un “enano”.

Si bien es esta asimetría la que preocupa a los organismos no-gubernamentales, el reto fundamental que ellos en su conjunto asumen no es el mismo que el nuestro de identificar un interés legal único de los Estados. Más bien, principalmente en el transcurso de las últimas décadas, ellos han concretizado, afirmado y exigido lo que el Juez japonés de la Corte Internacional de Justicia, Kotaro Tanaka, en su voto sobre el caso de Sur África Oriental señaló en el año 1966: “El principio de la protección de los derechos humanos emana del concepto del hombre como persona y su relación con la sociedad, que no puede separarse de la naturaleza humana universal. La existencia de los derechos humanos no depende de la voluntad de un Estado; ni internamente de su ley o cualquier otra medida legislativa, ni internacionalmente de Tratados o de la costumbre, en los cuales la voluntad expresa o tácita de un Estado constituye el elemento esencial”.

6.1.2. Contenido y caracterización de la jurisdicción universal.

Coincidimos con el especialista Luis Benavides⁷¹⁸ cuando al estudiar de manera detallada esta institución apunta que:

- La jurisdicción universal es una base excepcional para que un Estado juzgue a un criminal extranjero por ofensas no cometidas ni dentro de su territorio ni contra sus nacionales;
- existe consenso respecto del carácter excepcional de este derecho, ya que pretende proteger los valores e intereses más fundamentales de la comunidad internacional;
- este derecho debe distinguirse del principio *aut dedere aut judicare*;
- un factor relevante para determinar si una conducta está sujeta a la jurisdicción excepcional es la doble *opinio juris* respecto tanto de su *status* como crimen internacional, como de que está de hecho sujeta a jurisdicción universal;
- parece claro que la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio están sujetos a jurisdicción universal;

⁷¹⁸ Benavides, Luis. “*The Universal Jurisdiction Principle*”, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. I, IIJ-UNAM, México, 2001, p.20.

- existe una creciente práctica de los Estados respecto del ejercicio de la jurisdicción universal, aunque se le critica con base en el ataque a la soberanía de otros Estados;
- hay un consenso en la sociedad global de nuestros días de que ciertos crímenes son un golpe a la conciencia humana, los cuales no deberían quedar impunes, y que los perpetradores de esos crímenes son considerados enemigos de la humanidad;
- por lo tanto, cada Estado tiene derecho con base en el derecho internacional, de proceder a aplicar este principio de jurisdicción universal sobre aquellos crímenes internacionales independientemente del lugar donde fueron cometidos o de la nacionalidad del criminal o de la víctima.

La jurisdicción estatal puede definirse como la extensión de los derechos del cada Estado a regular las conductas o las consecuencias de eventos concretos y refleja los principios básicos de la soberanía estatal, la igualdad de los Estados y la no intervención en asuntos internos. La jurisdicción le concierne tanto al derecho interno como al internacional. En el derecho interno la manera en la que usualmente los Estados definen su jurisdicción es estableciendo competencias entre sus órganos. El derecho internacional por su parte, determina los límites permisibles de la jurisdicción estatal; y en su ámbito raramente se discute la distinción entre jurisdicción y competencia. Empero, debe tenerse presente que "jurisdicción" es un concepto general o abstracto, mientras competencia es una noción específica o concreta. La relación entre estos dos conceptos es asimétrica en el sentido que en tanto la competencia requiere del precedente de la jurisdicción, ésta no siempre supone la existencia de aquélla. La competencia es la esfera de acción de la jurisdicción. Entonces, se puede tener diferentes tipos de competencias, por ejemplo, limitada por el lugar, por las personas, por un período de tiempo, etc., pero un solo poder de decisión, esto es, jurisdicción.

Con respecto a los límites para ejercer la jurisdicción a nivel internacional la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) sostuvo lo siguiente en el caso *Lotus*:

"El Derecho Internacional conduce las relaciones entre Estados independientes. Las reglas de derecho que vinculan a los Estados emanan por tanto de su propia libertad expresada en convenciones o por usos generalmente aceptados como siendo principios de derecho y establecidos con el propósito de regular las relaciones entre estas comunidades independientes coexistentes o con miras a lograr la consecución de objetivos comunes. Por consiguiente no pueden suponerse restricciones a la independencia de los Estados."⁷¹⁹

La CPJI también ha establecido que cada Estado es libre de ejercer su jurisdicción y que el Estado tiene la obligación de no sobrepasar los límites "que el derecho internacional le impone a tal jurisdicción" y por consiguiente "dentro de estos límites, su derecho de ejercer jurisdicción repercute en su soberanía".

Por otra parte, respecto de los tipos de jurisdicción penal, los que generalmente han ejercido los Estados son los siguientes: a) territorial; b) nacionalidad; c) protección; y, d) universal. En virtud de que los tres primeros tipos, y parte del cuarto, ya fueron revisados en el Capítulo Segundo de esta tesis (punto 2.5.), a continuación nos avocaremos a describir algunos aspectos centrales de la jurisdicción universal. Así, tenemos que existen dos niveles de este tipo de jurisdicción: la *tradicional*, tratada generalmente desde la perspectiva del derecho internacional privado (derecho penal internacional) y cuya característica principal es la ausencia de centralización jurisdiccional, esto es, de un tribunal internacional permanente y un código internacional de aplicación general; y la que podemos denominar *moderna*, propia del derecho internacional público (derecho internacional penal) caracterizada precisamente por la existencia de instancias jurisdiccionales centralizadas, o sea, por

⁷¹⁹ *The case of the S.S. Lotus*, PCIJ, Series A, núm. 10, 1927 (hereinafter *Lotus case*), p. 18. No todos los doctrinarios asumen esta posición, por ejemplo Carnegie, A.R., "Jurisdiction over Violations of the Laws and Customs of War", *BYIL*, vol. XXXIX, 1963, pp. 402-403.

una corte penal supra-estatal, un estatuto constitucional (derecho sustantivo) y convenciones reglamentarias específicas en materia de delitos y crímenes internacionales (derecho adjetivo).

*i) Jurisdicción universal tradicional.*⁷²⁰

Este principio permite a cada Estado la posibilidad de ejercer su propia jurisdicción sobre una limitada categoría de ofensas generalmente reconocidas como de concernencia universal sin hacer caso del lugar de la ofensa o de la nacionalidad del ofensor y de la víctima. Mientras que otros tipos de jurisdicción pueden ser ejercidos en casos de crímenes, la jurisdicción universal es solamente aplicable con consideración a los crímenes internacionales.⁷²¹ Así, el principio de la jurisdicción universal refleja la principal preocupación de la comunidad internacional: por un lado castigar ataques criminales dentro de un territorio fuera de la jurisdicción de cualquier Estado como en el caso de la piratería, y por el otro, castigar a los perpetradores de una especial categoría de crimen internacional que debido a su gravedad cada Estado está autorizado a reprimir.

El crimen de la piratería *jure gentium* es generalmente considerada como el ejemplo clásico de un crimen por el que la jurisdicción universal puede ejercerse. Así en Europa algunos Estados han aplicado aparentemente un principio similar que es llamado principio de <administración vicaria de la justicia>. Se trata básicamente de una práctica alemana que asume que es posible aplicar el derecho criminal alemán a crímenes cometidos por extranjeros quienes han sido aprehendidos en territorio alemán pero que no han sido extraditados debido a que el requerimiento de la extradición nunca fue hecho, fue rechazado o era improbable. Obviamente, no nos hallamos frente a un principio general en la comunidad internacional, pues está limitado al contexto europeo. También existe la posibilidad de aplicar un tipo diferente de jurisdicción que se ha dado en denominar “jurisdicción representativa” (*principio de la representación*), conforme al cual los tribunales de un Estado pueden ejercer jurisdicción por requerimiento del Estado en el cual la ofensa fue cometida.

El derecho internacional en el actual estado de desarrollo no posee un sistema legal centralizado como el que opera al interior de los Estados y por tanto, no existe un poder legislativo para habilitar leyes, ni un poder judicial con jurisdicción obligatoria, ni un poder ejecutivo para aplicarlas. De tal suerte, la implementación del derecho internacional penal depende en mucho todavía de la voluntad estatal. En este sentido, la legislación para crímenes internacionales permanece principalmente dependiendo de las voluntades de los Estados. En este sentido, es el derecho internacional el que autoriza la aplicación de la jurisdicción universal.

El significado preciso de la jurisdicción universal radica en que cualquier Estado tiene el poder de tomar y castigar a cualquier persona que haya cometido un crimen internacional en particular (*delicta juris gentium*), aun cuando el crimen haya sido cometido fuera de su territorio por un extranjero, en contra de cualquier persona o grupo de personas sin ninguna vinculación con el Estado persecutor, proveyendo que el criminal permanezca bajo la custodia estatal (*judex deprehensionis*) para su enjuiciamiento. Es del interés de la comunidad internacional que el ejercicio de que tal jurisdicción sea justificable, así Donnedieu de Vabres sostiene que: “El Estado que (...) ejerce su competencia universal (...) interviene, ante la inacción de cualquier otro Estado, para evitar, bajo un interés humanitario, una impunidad flagrante”. Puede decirse sin embargo, que cuando un Estado ejerce la

⁷²⁰ De acuerdo a la Tercera Ley, 404 Jurisdicción Universal que define y castiga ciertas ofensas, “Un Estado tiene jurisdicción para definir y prescribir castigos por ciertas ofensas reconocidas por la comunidad de naciones como de carácter universal, como lo es la piratería, el comercio de esclavos, ataques sorpresivos a ciertas naves aéreas, genocidio, crímenes de guerra y quizás, ciertos ataques terroristas (...), en *Instituto de Derecho Americano*, 404 (...), p. 254.

⁷²¹ Es importante notar que en el pasado algunos Estados asumieron la aplicación de la jurisdicción universal para crímenes comunes y no solo para crímenes internacionales, ver por ejemplo el caso de la Jurisdicción Universal (Austria), Suprema Corte de Austria, 1958, en ILR, vol. 28, 1963, pp. 341-343. También ver Vabres, Donnedieu de, « Les principes modernes du droit pénal international », op. cit., pp. 153-160. Schultz, Hans, “Compétence des juridiction pénales pour les infractions commises à l' étranger”. RSCDPC, núm. 1, 1967, P. 324.

jurisdicción universal está actuando como el órgano y agente de la comunidad internacional en defensa del derecho de las naciones. Por lo tanto, “a menos que el acto constituya un crimen internacional sujeto a la jurisdicción internacional como una materia de derecho consuetudinario, la nación persecutora puede asumirse como reivindicadora del interés de todos los Estados al tratar al perpetrador”.

La exposición razonada para esta particular jurisdicción consiste en que “el hecho de que algunos crímenes estén condenados universalmente hace a los perpetradores enemigos de todo el género humano”.⁷²² De esta manera, los intereses particulares y valores afectados por aquellos tipos de crímenes representan los derechos y obligaciones fundamentales de la comunidad. Algunos doctrinarios han argumentado que las normas afectadas por crímenes sujetos a la jurisdicción universal, son normas de *jus cogens*. El problema con esta sugerencia es que el contenido del concepto *jus cogens* es difícil de definir. Charles de Visscher argumenta que, un obstáculo real a la introducción del *jus cogens* en el derecho internacional positivo reside en su falta de efectividad. La respuesta a la violación de normas de *jus cogens* es que ha sido considerado como obligaciones *erga omnes*.⁷²³ Aquí la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction ha coadyuvado al desarrollo de esta doctrina. La CIJ sostuvo lo siguiente:

“(…) como distinción esencial entre las obligaciones de un Estado con la comunidad internacional en su totalidad, y aquellas que se presentan en relación con otro Estado (…) Por su misma naturaleza las primeras conciernen a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados pueden sustentar interés legal en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*”.⁷²⁴

Las obligaciones *erga omnes* incluyen actos de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial y varios principios y reglas fundamentales referentes al respeto de los derechos humanos. Sin embargo, la idea de un cierto tipo de *actio popularis* de la comunidad entera, como consecuencia de tales obligaciones *erga omnes*, ha sido rechazada varias veces por la CIJ.⁷²⁵ Además, algunos autores han argumentado que el dictamen del caso Barcelona Traction se ha utilizado incorrectamente pues, según ellos, la Corte no afirma la jurisdicción universal con el respecto de cada una de esas ofensas, sino más se refiere a la protección diplomática. No estamos del todo de acuerdo con este criterio porque el derecho internacional penal ha avanzado sobremanera en los últimos 25 años, empero no le faltaba razón a Prosper Weil cuando señalaba que “La Teoría de la obligación *erga omnes* exige un dominio y una elaboración que en el momento presente aún no se dispone”.

Por otra parte, cabe advertir que las interpretaciones doctrinarias acerca de los límites y posibilidades de la aplicación del principio de jurisdicción universal, se han dividido en tres diferentes posiciones:

1. La primera postura, asume que la aplicación del principio de jurisdicción universal está limitada al crimen de piratería. Como el profesor Guillaume ha dicho : « (el derecho internacional) durante largo tiempo no ha conocido más que un solo caso de competencia universal absoluta, el de

⁷²² Citas tomadas de Luis Benavides, op. cit., p. 29. Para Donnedieu de Vabres lo básico para el ejercicio de la jurisdicción universal está en “la nature du délit lui-même et dans ses conséquences”, Vabres, Donnedieu de, Les principes modernes du droit pénal international, op. cit., o. 143. Ver también Bassiouni, Cherif, Crímenes Contra la Humanidad en el Derecho Internacional. The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 512-513.

⁷²³ Vea el respecto de los comentarios de la idea de las violaciones y las obligaciones *erga omnes*, que pueden ser castigables por cualquier estado bajo principio de universalidad en Schachter, Oscar, International Law in Theory and Practice. The Netherlands, Martinus Nijhoff, 1991, ppp. 269 – 270. Ver también Hooh, André, Obligations *erga omnes* and international responsibility of Status. The Netherlands, Kluwer Law International 19996, pp. 53 -56.

⁷²⁴ Caso concerniente the Barcelona, Traction, Light and Power Company Limited, ICJ Reports, 1970. (Segunda Fase), p. 32.

⁷²⁵ South Wst Africa Cases, ICJ Reports, 1966. (segunda Fase), p. 47. “ Prosper Weil point out, il s’agit d’ obligations *erga omnes*: le mot était lâche, in Weil, Prosper, op. cit., pp. 69 – 70.

la piratería». ⁷²⁶ Esta también es la posición del juez Moore en el caso *Lotus*, quien después de establecer la naturaleza del crimen de piratería y la aplicación excepcional del principio de la universalidad estableció: "(...) la Piratería por el derecho de las naciones, en sus aspectos jurisdiccionales es *sui generis*". Por lo tanto, es considerada como una jurisdicción excepcional.

2. La segunda posición, mantiene que este principio debería ser aplicado como una jurisdicción auxiliar porque el Estado que desea hacer cumplir el principio debe primero ofrecer la extradición del delincuente al Estado del *forum delicti commissi*. El Tribunal Supremo israelí sostuvo en el caso Eichmann que hay una, "limitación del ejercicio de la jurisdicción universal (...) es decir, que el Estado que ha aprehendido al delincuente debe primero ofrecer su extradición al Estado en el cual el crimen fue cometido (está) implícito en la máxima *aut dedere aut punire* (así pues, el principio no es absoluto)". Sin embargo, el Tribunal Supremo fue de la opinión de que tal restricción debería ser evitada si la mayoría de los testigos y la mayor parte de la evidencia estuviera concentrada en el Estado donde el criminal estuviera custodiado, denominándose esto como el principio del *forum conveniens*. De hecho éste fue sostenido como materia del caso Eichmann.

3. La tercera escuela de pensamiento, sostiene que por analogía con el crimen de piratería, es posible aplicar el principio de jurisdicción universal a otros crímenes internacionales. El problema con este punto de vista radica en la dificultad de asegurar un acuerdo general en cuanto a las ofensas a ser incluidas en la jurisdicción universal. La determinación de los crímenes conforme a la jurisdicción universal es una tarea muy difícil. Empero, la práctica de los Estados muestra que sí es posible la extensión de la jurisdicción universal por analogía. En este sentido, el Tribunal Supremo de Israel sostuvo que "(...) la base sustantiva del ejercicio del principio de jurisdicción universal con respecto al crimen de piratería, justifica su ejercicio con relación a los crímenes que son materia del presente caso (crímenes contra la humanidad, genocidio y crímenes de guerra)". ⁷²⁷

En nuestra opinión, ninguna de las posturas señaladas son del todo correctas o incorrectas, pero cada una tiene algo valioso que aportar a la tarea de exponer de manera más razonada y comprensiva la jurisdicción universal. Así, convenimos que se trata de una jurisdicción excepcional que puede ser ejercitada cuando no hay otra base jurisdiccional que aplicar. No estamos de acuerdo con su estricta limitación al crimen de piratería, sino más bien en que puede ampliarse a un número limitado de otros crímenes internacionales. Efectivamente, la jurisdicción universal se podría utilizar como principio auxiliar en el cumplimiento de la regla de derecho internacional, pero dudamos de la conveniencia de aplicar sistemáticamente el requisito de que el Estado que prende al criminal debe primero ofrecerlo en extradición al Estado del *forum delicti commissi*. Basta imaginar o recordar las diferentes muestras históricas de la conducta dudosa del Estado donde el crimen fue cometido, de su poca o nula disposición o incapacidad para perseguir y castigar al criminal (ejemplos de ello a la mano los tenemos en la ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona). Finalmente, consideramos que el razonamiento análogo se puede utilizar como método para analizar los elementos del crimen, a partir de que conforme al principio *nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege* no es posible procesar a alguien en ausencia de una ofensa bien establecida.

Antes de continuar este análisis es importante establecer la distinción entre la jurisdicción universal y los principios del *aut dedere aut judicare*. El primero, como se ha mencionado ya, implica solamente el derecho a castigar por la comisión de una categoría particular de crimen internacional sin ninguna obligación. Es el derecho internacional el que autoriza todos los Estados para castigar en nombre de la comunidad en su conjunto. El propósito del establecimiento de la jurisdicción universal es la protección de los valores más importantes de la sociedad internacional. ⁷²⁸ La jurisdicción universal es

⁷²⁶ Guillaume, Gilbert, "terrorisme et Droit Pénal International », RCADI, Tomo 215, Vol. III, 1989, p. 349. (el profesor Guillaume es el actual presidente de la CIJ). Ver También, Sorensen, Max, Manuel de Derecho Internacional Público, United States, St. Martin's Press, 1968, p. 365.

⁷²⁷ Citas tomadas de Benavides, Luis, op. cit., p.p. 32-33.

⁷²⁸ Cfr. Guillaume, Gilbert, "la competente universelle formes anciennes et nouvelles" en Mélanges offerts a Georges Levasseus, París, Gazette du Palais, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, pp. 23 – 33.

una jurisdicción excepcional. El derecho internacional, a través de la jurisdicción universal, sólo autoriza más bien que obliga a los Estados para encausar y castigar criminales.

Por su parte, el principio del *aut dedere aut judicare* representa una obligación alternativa, esto es, el deber de un Estado de procesar o de extraditar. Pero, en ausencia de este principio y/o de un tratado de extradición, es bastante dudoso sostener la existencia de una obligación de extraditar.⁷²⁹ El principio del *aut dedere aut judicare* se ha establecido en una gran cantidad de tratados multilaterales.⁷³⁰ Empero, en virtud de que estos instrumentos son efectivos solamente entre las partes contratantes, resulta insostenible sugerir que todos los crímenes incorporados a tales tratados están sujetos a jurisdicción universal, y que aquellos Estados que no son parte de estas convenciones tienen la obligación de extraditar o procesar a un supuesto infractor. Más aún, el estatus consuetudinario de esta obligación alternativa es dudoso.

En el supuesto de que un tratado que incluya el principio *aut dedere aut judicare* llegue a tener carácter universal, sería posible hablar de una clase de <jurisdicción convencional universal>; sin embargo, esto podría representar básicamente la universalización del principio *aut dedere aut judicare*. Shaw es claro en este punto:

“En adición a la jurisdicción universal aceptada para aprehender y procesar a los piratas y criminales de guerra, hay un número de tratados que proveen a la comunidad internacional para la supresión de otras infracciones, como lo son la destrucción de cables submarinos, el tráfico de drogas y esclavitud. Estos tratados proveen el ejercicio de la jurisdicción del Estado, pero no de la jurisdicción universal. Algunas convenciones establecen lo que podría denominarse una jurisdicción cuasi universal o múltiple ejercicio de jurisdicción”.⁷³¹

Por su parte, Akehurst sostiene que estas convenciones (por ejemplo, secuestro, terrorismo, etc) crean una obligación de procesar o extraditar al acusado (*aut dedere aut judicare*) y por tanto confieren jurisdicción bajo las provisiones del tratado principal. Pero, se pregunta, cómo pueden estos tratados, que son jurídicamente vinculantes sólo entre las partes contratantes, por sí mismos crear una verdadera jurisdicción universal en relación con los Estados no partes?

Otros estudiosos piensan que en la actualidad es difícil sostener que determinado tratado contempla o establece jurisdicción universal, a menos que pueda demostrarse que el derecho consuetudinario ha llegado a aceptar ciertas ofensas específicas como sujetas a jurisdicción universal.⁷³² No obstante,

⁷²⁹ En Guillaume, Gilbert, “*Terrorisme et droit pénal international*”, op. cit., p. 355, se afirma que « No existe en derecho consuetudinario ninguna obligación de extraditar y en derecho internacional la extradición es una institución exclusivamente convencional ». También se ha afirmado que « En cuanto se refiere el derecho internacional general, la extradición, es una decisión soberana del Estado, que nunca está obligado a llevar a cabo (...) (tampoco existe) obligación de procesar a falta de extradición ” (Ver Declaración Conjunta de los Jueces Evensen, Tarassov, Guillaume y Aguilar Mawdsley en caso concerniente a preguntas e interpretaciones sobre la aplicación de la Convención de Montreal de 1971 sobre el incidente de Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom). Reportes ICJ, 1992, p. 24 reimpreso en 94 ILR, p.507).

⁷³⁰ La expresión *aut dedere aut judicare* es una adaptación moderna de la frase original *aut dedere aut punire* utilizada por Grocio. Hoy comúnmente se le usa para referirse a la obligación alternativa de extraditar o procesar y está contenida en un número considerable de tratados multilaterales para asegurar la cooperación internacional orientada a la supresión de ciertas conductas criminales (Ver Bassiouni, Cherif y Wise Edward, *Aut dedere aut judicare, the duty to extradite or to prosecute in International Law*, vol. 2, op. cit., p.3). Por su parte, Rosalyn Higgins señala que la fórmula *aut dedere aut judicare* no es jurisdicción universal *strict sensu*, pues ninguno de los tratados ampliamente analizados, proveen jurisdicción universal.

⁷³¹ Shaw, M.N., op.cit., p. 414. (énfasis nuestro). No estamos de acuerdo con Shaw cuando considera que sólo dos crímenes son sujetos de la jurisdicción universal, pues sostenemos que hay una lista limitada de crímenes sujetos a tal jurisdicción. Pero estamos de acuerdo con la distinción que hace el autor entre *aut dedere aut judicare* y la jurisdicción universal.

⁷³² Stern, Brigitte, « *La compétence universelle en France ; le cas des crimes commis en ex-Yugoslavie et au Rwanda* ». GYL, vol 40, 1997, p. 286, sostiene que <<(…) no existe razón alguna para admitir, en materia de competencia universal, (...) que pueden coexistir las reglas convencionales y consuetudinarias en materia de atribución de competencia (universal) a los Estados>>.

otros especialistas, aun dentro de la Comisión de Derecho Internacional, han usado estos términos de manera 'intercambiable', causando confusión. Como el profesor Kobrick ha señalado <<la distinción entre esas dos categorías de crímenes internacionales (crímenes establecidos por la costumbre internacional y crímenes establecidos por acuerdo convencional a los que la jurisdicción universal es o puede ser aplicada) frecuentemente no está bien definida>>. Este razonamiento, por supuesto, no significa que ambas instituciones, la jurisdicción universal y *aut dedere aut judicare*, sean lo mismo.

La siguiente tabla elaborada por Luis Benavides ilustra esta distinción:

Jurisdicción universal	<i>Aut dedere aut judicare</i>
La Jurisdicción Universal es un derecho	<i>Aut dedere aut judicare</i> es una obligación alternativa
La Jurisdicción Universal es un principio basado en el derecho consuetudinario internacional	<i>Aut dedere aut judicare</i> es insertado usualmente como una cláusula en las convenciones internacionales provistas para la cooperación judicial. Su estatus consuetudinario es dudoso
La Jurisdicción Universal es aplicada en un número limitado de crímenes internacionales, piratería, esclavitud, crímenes de guerra, violaciones graves, genocidio y crímenes de lesa humanidad	El principio <i>aut dedere aut judicare</i> está contemplado en un amplio número de convenciones multilaterales, que codifican algunos crímenes internacionales. Hay más de 20 crímenes internacionales regulados por tales convenciones
La Jurisdicción Universal es una jurisdicción excepcional que puede ser ejercida, bajo ciertas circunstancias, por todos los Estados	<i>Aut dedere aut judicare</i> , como una cláusula, dentro de tratados multilaterales, sólo es vinculatoria entre las partes de dichos instrumentos

Pasemos ahora a la cuestión de dilucidar a qué crímenes –además de la piratería— podría ser aplicado el principio de jurisdicción universal.⁷³³ A tal efecto, es necesario primero proveer una definición adecuada de crimen internacional. El hecho de que un acto signifique una violación al Derecho Internacional no otorga por si mismo la jurisdicción universal, por lo que es necesario primero tratar de identificar las características comunes de algunos crímenes internacionales en los que es posible aplicar el principio de jurisdicción universal.

Uno de los análisis más usados de los elementos constitutivos de un crimen internacional, de la naturaleza que nos interesa precisar, fue hecho por la Suprema Corte Israelí en el caso Eichmann, cuando declaró lo siguiente:

“(...) los rasgos que identifican los crímenes que han sido ampliamente reconocidos por el derecho consuetudinario internacional (...) son, entre otros, [que] estos crímenes constituyen actos dañinos a los intereses vitales internacionales; afectan los fundamentos y la seguridad de la comunidad internacional; violan los valores morales universales y los principios humanitarios que permanecen en los sistemas jurídicos penales adoptados por las naciones civilizadas [en ausencia de una maquinaria penal internacional] el derecho internacional [autoriza] a los Estados del mundo a castigar las violaciones a sus normas poniendo éstas en operación directamente o a través de la

⁷³³ En el caso Eichmann, p. 298 se indica que <<(…) parece haber muy poca o escasa base para lograr un acuerdo común sobre qué ofensas deberían caer dentro de la clase de *delicta juris gentium* para ser procesados y castigados sobre la misma base que la piratería>>, Harvard Law School’s Research on International Law, “Draft Convention on Jurisdiction Respect to Crime”, p. 569. Por su parte, Cherif M. Bassiouni apunta que no todos los crímenes son iguales en la óptica del derecho internacional, por lo que es necesaria una jerarquización de los crímenes internacionales, “A draft International Criminal Code and draft Statute for an International Criminal Tribunal”, The Netherlands, Martinus Nihoff, 1987, pp 46-48

legislación estatal (...) el ejemplo clásico de un crimen internacional consuetudinario (...) es la piratería *jure gentium*".

La Suprema Corte de Australia definió el crimen internacional de la siguiente manera:

"Se constituye un crimen internacional, precisamente, cuando la conducta se identifica como una ofensa contra la humanidad, no solamente en una localidad en particular, la naturaleza de la conducta crea la necesidad de establecer responsabilidad internacional. Donde la conducta, en razón de su magnitud afecta los intereses morales de la humanidad y por consiguiente asume el status de crimen en el Derecho internacional, el principio de universalidad debe, imperar casi inevitablemente (...) Esto es particularmente cierto en los crímenes contra la humanidad a partir de que comprenden por definición, una conducta detestable para todo el mundo".⁷³⁴

Como puede observarse, los crímenes contemplados por el derecho internacional atacan contra los valores internacionales más importantes como "seguridad de la comunidad internacional", "principios humanitarios", etc. La naturaleza de la conducta es tal que afecta no solamente a una sociedad en particular sino a la sociedad internacional como un todo. Empero, no es solamente el hecho de que un crimen sea etiquetado de "internacional" lo que lo hace sujeto de jurisdicción universal; existen muchos crímenes que son considerados como internacionales, pero no todos ellos son materia de tal jurisdicción excepcional. Lo que se requiere es que los crímenes internacionales sean tipificados como una materia de jurisdicción universal a través de la *inveterata consuetudo*. Se ha argumentado que esto constituye una especie de doble requerimiento de *opinio juris*. La primera *opinio juris* es necesaria para reconocer un acto ilegal ante el Derecho Internacional como un crimen internacional. La segunda *opinio juris* es requerida para considerar un crimen como de una naturaleza particular en la que la jurisdicción universal pueda ser ejercida.

Como ya lo destacamos en el Capítulo Cuarto de la presente tesis, los crímenes internacionales vinculan la responsabilidad criminal individual. Esto significa que todas las personas que cometan un crimen internacional son responsables de sus actos al margen del rango asumido dentro del Gobierno.⁷³⁵ La responsabilidad criminal individual es establecida por el Derecho Internacional. Theodor Meron sostiene que, <<Si el derecho internacional establece responsabilidad penal individual depende de consideraciones tales como si la norma prohibitoria en cuestión, la cual puede ser convencional o consuetudinaria, está dirigida a los individuos, si la prohibición es de carácter inequívoco, la gravedad del acto, y los intereses de la comunidad internacional. Todos estos factores son relevantes para determinar la criminalidad de diferentes actos>>.⁷³⁶ Además estos crímenes no son materia de limitaciones estatutarias, tampoco pueden ser dispensados por amnistías o indultos.⁷³⁷

⁷³⁴ Benavides, Luis, op. cit., p. 38 cita al juez Toohey (como parte de una opinión mayoritaria) en el caso Polyukhovich.

⁷³⁵ "El principio de Derecho Internacional, que bajo ciertas circunstancias protege a los representantes de Estado, no puede ser aplicado a actos que están condenados como criminales conforme al Derecho Internacional. Los autores de estos derechos no pueden protegerse bajo su cargo como oficiales para escapar del castigo en procedimientos legales", en *Juicios de Nuremberg*, Octubre 1, 1946, reimpresión en AJIL, Vol. 41, núm 1, 1947, p.221.

⁷³⁶ Meron, Theodor, "Esta cambiando el Derecho Internacional hacia la criminalización?". EJIL. Vol. 9, núm 1, 1998, p.24

⁷³⁷ Ver, por ejemplo, la Convención de las Limitaciones del Estatuto de la No Aplicabilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, G.A. res. 2391 (XXIII) annex. 23 U.N. GAOR Supp. (núm 18) at 40, U.N. DOC A/7218 (1968). Cualquiera de estos actos pueden crear una clase de impunidad que no es admisible si lo que realmente queremos crear es una norma de derecho internacional. Ver el caso Sobansky Wladyslav y la asociación nacional de veteranos prisioneros internos de Indochina, núm 92-82.273, en Alland Denis, "Jurisprudencia francesa en materia de Derecho Internacional Público", RGDIP. vol.2, 1994, p.p.471-478. ver también David, Eric, *Principios de Derecho de los Conflictos Armados*", Bélgica, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp.652-655.

En ausencia de una judicatura penal internacional centralizada, cada Estado tiene la potestad de asegurar el respeto a una norma de derecho internacional; por lo tanto, en relación con aquellos crímenes excepcionales cada uno de los Estados de la comunidad internacional pueden ejercer una jurisdicción universal excepcional. En resumen, un crimen internacional para estar sujeto a jurisdicción universal debe contener básicamente los siguientes elementos:

1. El acto criminal es dañoso de los intereses más valiosos de la sociedad internacional.
2. Los efectos de estos tipos de crímenes son experimentados por toda la comunidad internacional independientemente del territorio en el que fueron cometidos o la nacionalidad de las víctimas.
3. El acto criminal da origen a la responsabilidad criminal individual.
4. Estos son crímenes para los cuales no es posible aplicar limitaciones estatutarias, amnistía o cualquier otra forma de indulto o perdón.
5. Lo más importante, estos crímenes deberían ser considerados por toda la comunidad internacional como materia sujeta a jurisdicción universal a través del derecho internacional consuetudinario (El criterio de la doble *opinio juris*).

Sin embargo, un cierto número de Estados y de especialistas consideran todavía el ejercicio de la jurisdicción universal como una forma de intervención en la soberanía estatal, un peligro contra los estándares internacionales para un juicio justo o incompatible con la existencia de una Corte Internacional Penal. Sobre el particular, nos parece que ninguno de estos argumentos es lo suficientemente convincente. La preservación de la norma de derecho internacional por encima de los intereses individuales es sin lugar a dudas una de las mejores razones para el ejercicio de la jurisdicción universal. Además, mientras no se instauró una organización jurídica centralizada como la actual Corte Penal Internacional, su función descansó –y seguramente así seguirá ocurriendo—en el deber de cada Estado de aplicar, en nombre de la comunidad entera, normas internacionales para castigar a aquellos calificados como *hostis humanis generis*. Ciertamente, cualquier ejercicio de esta jurisdicción debe darse en estricto apego al derecho internacional.⁷³⁸

Como se ha podido apreciar, la existencia y ejecución de la jurisdicción universal se materializa de acuerdo con la naturaleza del crimen internacional cometido. Se trata de una clase particular de crimen; uno que daña los más altos intereses y valores de la comunidad internacional al margen del lugar de perpetración y nacionalidad de víctimas y criminales; que da lugar a la responsabilidad penal individual de los actores de las infracciones; y al cual no es posible aplicar limitaciones estatutarias o aun amnistía o perdón. Empero, lo más importante es que esta clase de crimen está sujeto a un criterio de doble *opinio juris* por el que la comunidad internacional como un todo decide aplicar jurisdicción universal.

Del breve análisis que hemos realizado, es posible concluir que los crímenes internacionales de piratería *jure gentium*, esclavitud, crímenes de guerra, incluyendo violaciones graves, crímenes en contra de la humanidad y genocidio, son todos crímenes para los cuales la jurisdicción universal debe ser ejercida. Algunos de estos crímenes, como el genocidio, han tenido una evolución relativamente reciente dentro del derecho internacional penal; no obstante, en la práctica actual, los Estados han mostrado interés por dar a estos crímenes el mismo trato que al crimen de piratería.

Asimismo hay otros crímenes contemplados por el derecho internacional, tales como el terrorismo, y el secuestro, para los cuales hay ambigüedad respecto a la aplicación del principio de jurisdicción universal. Esta incertidumbre se ve reflejada tanto en doctrina como en la práctica de los Estados. Sin embargo, el principio *aut debere aut judicare*, usualmente contenido en los acuerdos internacionales en los que tales crímenes son regulados, representa una buena base para su penalización, pero no necesariamente para la aplicación de la jurisdicción universal.

⁷³⁸ Arangio-Ruiz sostiene: "Una Corte Penal internacional no socavaría la soberanía de los Estados más que en el sistema de jurisdicción universal, que en la práctica, sujetaba a los nacionales de un Estado a la jurisdicción de otro Estado sin una garantía aceptable de un juicio justo (sic)", YILC, vol. I, 1992, p.5. Por su parte, el autor Bernhard Graefrath destaca que es importante establecer que la jurisdicción penal universal y la corte penal internacional no son mutuamente excluyentes.

Por lo que concierne a la práctica del Estado en esta materia, puede concluirse que son relativamente pocos los juicios y leyes que se refieren explícitamente al principio de universalidad. Es decir, no es frecuente el enjuiciamiento por los Estados de este tipo de crímenes con base en el principio de jurisdicción universal. Los Estados afirman jurisdicción bajo diversas bases, la más excepcional de las cuales es la jurisdicción universal.

Probablemente una de las razones por las que algunos Estados son renuentes para aplicar la jurisdicción universal es porque consideran que tal jurisdicción representa una intervención en la política y en los asuntos estatales internos. Al respecto, muchos estimamos que este argumento es infundado, debido esencialmente a la propia naturaleza del crimen sobre el que es ejercida la jurisdicción universal. Existen violaciones graves y crímenes que a pesar de ser cometidos en un lugar específico, afectan a toda la comunidad internacional, por lo que todos los Estados están jurídicamente capacitados jurídicamente para procesar y castigar a sus perpetradores.

Otra posible razón de la reluctancia de algunas entidades estatales para asumir y aplicar el principio de universalidad es que han llegado a similar la idea de que sus súbditos y nacionales puedan ser enjuiciados en el extranjero. De nueva cuenta, nos parece que el argumento es infundado y excesivamente territorialista. Consideremos que, la jurisdicción universal representa un ejercicio excepcional de jurisdicción que es ejercido generalmente cuando el Estado del que el criminal es nacional o donde el crimen fue cometido se muestra inactivo, apático o incapaz de perseguir y castigar al sospechoso. Más aún, el Estado que desea ejercer su jurisdicción sólo puede hacerlo si el criminal es arrestado dentro de su territorio. Además, el respeto a las reglas y principios relativos al derecho a un juicio justo vinculan a todos los Estados y deben ser aplicados no importando la atrocidad de los crímenes imputados.

Como lo trataremos de demostrar en el siguiente punto (la jurisdicción universal *moderna*), la existencia y puesta en marcha de la Corte Penal Internacional, junto con su Estatuto y Reglamentos derivados, no implica que desaparecerá el principio de jurisdicción universal. Esta afirmación puede comprobarse a la luz del artículo 1 del propio Estatuto de Roma –vinculante solamente para los Estados partes— que consigna claramente que el máximo tribunal penal internacional será complementario a las jurisdicciones criminales nacionales. Por otra parte, cabe observar que los crímenes sobre los cuales la CPI puede ejercitar su jurisdicción se limitan en número, mientras que el Estado puede aplicar su jurisdicción tanto a éstos como a todos los otros crímenes sujetos a jurisdicción universal. Además, hoy en día es evidente que cada vez son más los Estados que se inclinan por la habilitación de este principio.

ii) La Jurisdicción Universal en su enfoque moderno.

En nuestra opinión, el principio de jurisdicción se moderniza a partir de dos momentos claves de la época contemporánea: la constitución de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda en 1993 y 1994, y la puesta en marcha de la Corte Penal Internacional el primero de julio de 2002. Con el propósito de ser claros y precisos en esta parte de nuestra exposición, la dividiremos en dos partes: la primera (A), denominada los tipos modernos de jurisdicción universal solamente se abocará a definir –sin profundizar en la explicación— dichos tipos, a saber, la jurisdicción universal unilateral, la jurisdicción universal delegada y la jurisdicción universal absoluta; la segunda (B), que se denomina la jurisdicción universal en la Corte Penal Internacional, pretende rescatar algunas reflexiones propias en torno a la importancia que tiene la incorporación o no de dicho principio en el Estatuto de Roma y en la práctica jurisdiccional futura del tribunal internacional. Entremos en materia.

A. Los tipos modernos de jurisdicción universal.

a) La Jurisdicción Universal Unilateral.

En este primer tipo, un Estado tiene jurisdicción para, de forma unilateral, dictar, juzgar, y hacer cumplir el orden jurídico. Esto equivale, en primer lugar, a establecer sus leyes con respecto a las

personas, en segundo lugar, aplicar las leyes a los individuos en procesos penales, y finalmente, inducir o convencer para que se cumpla con esas leyes, o bien, castigar su incumplimiento. Así, cuando un Estado ejerce su jurisdicción unilateral en virtud del principio de universalidad, establece jurisdicción sobre un crimen con respecto al cual, no tiene vínculo alguno. El Estado en cuestión está actuando sin la delegación, por parte del Estado que sí está vinculado al crimen, de jurisdicción en la materia, y en ausencia de cualquier delegación (ficticia o verdadera) a nombre de la comunidad internacional en su conjunto.

b) La Jurisdicción Universal Delegada.

En este segundo tipo, la capacidad judicial original sobre un crimen o infracción grave pertenece a otro Estado, el cual puede discrecionalmente renunciar a ella, rendirse, declararse inactivo o delegar su jurisdicción en favor del Estado donde el perpetrador se encuentra. Esto principalmente ocurre con fundamento en un tratado bilateral o multilateral.

Tradicionalmente, el crimen de piratería era procesable en virtud de la jurisdicción universal bajo el derecho internacional consuetudinario (crimen también sujeto a la jurisdicción universal absoluta) dado el hecho de que ningún Estado tendría jurisdicción debido a que estos actos serían cometidos en alta mar. Actualmente, varias convenciones internacionales que dan cuerpo al derecho del mar, han codificado esta norma. Considérese también que la jurisdicción universal para los crímenes derivados del tráfico de seres humanos y a la esclavitud fue tradicionalmente favorecida, porque frecuentemente era difícil o imposible determinar el lugar dónde el crimen se cometió.

c) La Jurisdicción Universal Absoluta.

En este tercer tipo, un Estado ejerce jurisdicción sobre un crimen cuya naturaleza afecta los intereses de todos los Estados y justifica su represión como una cuestión de política internacional uniforme, en contra de los deseos del Estado que tiene un vínculo territorial o cualquier otra forma de jurisdicción.

Los crímenes que pueden ser caracterizados como *delicta juris gentium* pueden ser de universalidad absoluta. Estos crímenes constituyen actos que dañan intereses internacionales vitales, deterioran los cimientos y la seguridad de la comunidad internacional, y violan los valores morales universales y los principios humanitarios que se hallan inmersos en los sistemas de derecho penal adoptados por las naciones civilizadas. La piratería es un ejemplo clásico de un crimen de *jure gentium* y de derecho internacional consuetudinario. La esclavitud y el apartheid serían otros ejemplos de este tipo de crímenes internacionales.

B. La Jurisdicción Universal en la Corte Penal Internacional.

Habría que recordar que el debate en torno a este principio se intensificó cuando el proyecto de estatuto de la CPI fue examinado por el Comité de Justicia 2. Cuando se ejerció presión para conocer la razón por la que dicho proyecto no contenía el concepto de jurisdicción universal, algunos delegados y expertos mencionaron tres argumentos centrales de dicha omisión: (la cual por cierto, en claro contraste, no compartían otros enviados de un numeroso grupo de países participantes en las negociaciones).

- En primer lugar, el principio de jurisdicción territorial, opuesto al de jurisdicción universal, es un punto central para el procesamiento de crímenes en casi todos los países. Es un principio de la ley nacional. Los Miembros del comité, en el contexto de otras partes del debate, expresaron su deseo de que tales principios no fueran desechados del proyecto.
- En segundo lugar, se ha implementado jurisdicción extra-territorial, o universal, en varios casos, pero sólo cuando fue específicamente requerida por las obligaciones de un tratado, tales como la legislación sobre tortura y contravenciones serias a las convenciones de Ginebra.
- En tercer lugar, no se considera correcto o práctico para ningún país adoptar, unilateralmente, lo que podría ser visto como un papel de fiscal global –lo que no es el propósito del proyecto.

Desde esta perspectiva, lo correcto debería ser –se decía– que todas las partes actuaran de acuerdo con la clara voluntad de la comunidad internacional. Esa voluntad está codificada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional que fue el resultado de muchos años de discusión y negociación.

Sabemos bien que el Estatuto de Roma, deliberadamente, no especifica la jurisdicción universal, ya que se refiere al establecimiento de un enfoque internacional para ocuparse de casos donde tales crímenes terribles no puedan ser tratados por las cortes nacionales. La filosofía detrás del Estatuto es la de alentar a los países a que enfrenten sus responsabilidades con respecto a los crímenes de guerra y similares que son cometidos por sus ciudadanos. En los casos en que esto sea imposible o difícil, la CPI podrá involucrarse y terminar con la cultura de impunidad. Ya se ha señalado que el establecimiento de la CPI y de la jurisdicción universal para los países, representan enfoques diversos más que complementarios.

Otros estudiosos abordaron las preocupaciones acerca de la supuesta anomalía en el proyecto que permitiría a individuos visitar un país con impunidad si la jurisdicción universal no fuera adoptada. Al respecto, se dijo que los Estados deberían primeramente tomar acciones para fortalecer las leyes de inmigración, a fin de evitar la introducción de individuos en su territorio si se conoce que han estado involucrados en crímenes de guerra. Asimismo se expresó la necesidad de aplicar a dichas personas el elemento de la legislación de residencia (*aut dedere aut iudicare*), esto es, arrestarlos y extraditarlos a otro país que tuviera jurisdicción sobre ellos, o bien detenerlos y entregarlos a la CPI (*jurisdicción universal*). Algo que también llama la atención es que, han surgido preocupaciones de varias entidades en el sentido de que incluir la jurisdicción universal en la implementación del Estatuto de Roma “disminuirá la soberanía, generará arbitrariedad y una justicia altamente politizada, y llegará a convertirse en un leviatán jurisdiccional”.⁷³⁹

Como se ha destacado reiteradamente, en la actualidad se reconoce con amplitud la noción de que ciertos crímenes son altamente aborrecidos a nivel internacional, y que constituyen violaciones sumamente graves contra el derecho internacional. En su enfoque moderno, la jurisdicción universal sigue ganando impulso como principio de que es derecho o incluso obligación de los Estados llevar ante la justicia a aquellos responsables de crímenes internacionales cuando no sean procesados en sus propios países. Es un principio reforzado, con una Corte penal permanente, tribunales penales *ad hoc* y diversas disposiciones codificadas internacionalmente; que convalida otros tratados multilaterales que imponen a los Estados Parte la obligación de asegurar que los sospechosos que estén dentro de sus fronteras serán llevados ante la justicia, ya sea para procesarlos en sus propias cortes, extraditarlos para ser juzgados en otro sitio o entregarlos a alguna de las instancias jurisdiccionales competentes.

Por ejemplo, la guerra de Estados Unidos y Gran Bretaña contra Irak del 2003, actualiza esta obligación de procesar o extraditar preceptuada en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 aplicables a éste y otros conflictos. Los Estados Parte de las Convenciones de Ginebra están obligados a buscar y procesar o extraditar a aquellos sospechosos de haber cometido <graves violaciones> a dichas convenciones.

“Cada una de las Altas Partes Contratantes estarán bajo la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una infracción grave, y deberá hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Alta Parte Contratante interesada, si esta ha formulado contra ella cargos suficientes”.

El término “*Graves violaciones*”, según lo definido en las Convenciones, incluye el asesinato premeditado, la tortura o el tratamiento inhumano, causando gran sufrimiento o lesiones serias a la

⁷³⁹ Strapatsas, Nicolaos: *La Jurisdicción Universal y la Corte Penal Internacional*. Universidad de Québec en Montreal, Canadá, 2002, 35 pp. Actualmente, el autor está terminando un LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Centro Irlandés para los Derechos Humanos, Universidad Nacional de Irlanda, Galway.

integridad física o a la salud, y otras violaciones serias de las leyes de guerra. Una debilidad seria en las Convenciones es que solamente requieren el ejercicio de la jurisdicción universal para delitos cometidos en conflictos armados internacionales, y no en conflictos armados internos. Sin embargo, los Estatutos de la Corte Penal Internacional y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda dan, específicamente, jurisdicción a estas cortes sobre violaciones cometidas en un conflicto armado interno. Los Estados Parte de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura están igualmente obligados, ya sea a extraditar o procesar a los acusados de tortura que se encuentran dentro de sus fronteras. El artículo 7.1 dispone:

"El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento".

Además de estos tratados que imponen obligaciones a los Estados Parte en relación con delitos específicos, a partir del Estatuto de Roma se reconoce con mayor amplitud que el derecho consuetudinario internacional permite el ejercicio de la jurisdicción universal para el genocidio y los crímenes contra la humanidad, e incluso para violaciones serias a las leyes de guerra en conflictos armados internos. En realidad, todos los crímenes contra los derechos humanos fundamentales se encuentran plasmados en el Estatuto y son competencia de la Corte Penal Internacional, lo cual ya está animando notoriamente a los Estados a proveer la jurisdicción universal para estos delitos.

La moderna jurisdicción universal sigue siendo un ejemplo de jurisdicción extra-territorial, pero más cotidiana, y una excepción a la situación normal donde un Estado procesa los juicios cometidos dentro de su propio territorio. La jurisdicción extra-territorial se está volviendo cada vez más común, y comenzará a serlo más cuando comiencen las entregas de criminales e infractores a la CPI. Así al menos se desprende de la conducta de los Estados europeos que, normalmente, han legislado para proporcionar jurisdicción extra-territorial para delitos tales como el terrorismo, secuestro y la toma de rehenes y, más recientemente, para enfrentar a las redes internacionales de pedofilia.⁷⁴⁰ Hoy día otro tipo de jurisdicción universal aceptada por algunos Estados, es la jurisdicción basada en la *<personalidad pasiva>*, de acuerdo a la cual un Estado procesará a una persona por cometer un crimen en contra de sus propios nacionales, incluso si el crimen se cometió en el extranjero. Mientras que en estricto sentido el principio de la personalidad pasiva no es un ejemplo de jurisdicción universal, lo traemos aquí a colación, debido a su importancia a la luz del Estatuto de Roma y de la aplicación internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal imponen a los Estados la obligación de investigar y procesar las violaciones cometidas dentro de sus jurisdicciones. La principal obligación para terminar con la impunidad, descansa en las autoridades estatales donde se cometa la violación; en caso de su inacción, será ahora la CPI quien actuará en consecuencia. Y esta complementariedad toma su mayor cuota de utilidad contra la impunidad porque, frecuentemente, los infractores no son llevados ante la justicia en sus propios países o en las naciones donde el delito ocurrió (si este se llevó a cabo en un Estado diferente). La visión del sufrimiento humano a gran escala y de violaciones en masa a los derechos humanos y al derecho humanitario en años recientes, ha dado nuevos ímpetus a la determinación internacional para traer a los responsables ante la justicia. La responsabilidad por crímenes internacionales es vista cada vez más como una cuestión de preocupación por la comunidad internacional en su totalidad, y ha sido una tendencia hacia el establecimiento de mecanismos e instituciones internacionales de justicia penal. Como ya advertimos, los tribunales penales internacionales fueron establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en respuesta a los conflictos en la ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona, y el acuerdo para adoptar el Estatuto de Roma de 1998 continúa esta tendencia y acabará consolidándola.

⁷⁴⁰ Por ejemplo, la legislación en el Reino Unido que proporciona jurisdicción penal extra-territorial incluye: la Ley de Erradicación del Terrorismo de 1978, la Ley de Toma de Rehenes de 1982, la Ley de Delitos Sexuales de 1997.

A pesar de estos importantes movimientos para crear un sistema de justicia penal internacional, en el futuro próximo las cortes nacionales estatales continuarán teniendo un papel relevante en el procesamiento de sospechosos de cometer crímenes internacionales que se encuentren dentro de sus fronteras. Hay ya indicios de cómo funcionará este mecanismo. Un ejemplo actual lo constituyen los procesamientos entablados por Alemania contra supuestos criminales de guerra de la ex Yugoslavia. Desde 1992 los alemanes han aprehendido a cuatro individuos sospechosos de estar implicados en atrocidades en el conflicto de Los Balcanes. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en La Haya, solamente solicitó el traslado de uno —ya conocido por nosotros— de nombre *Tadic*, a quien se le trasladó debidamente y se le entabló juicio. Los procesamientos de los tres restantes, continuaron en Alemania. Hasta la fecha, dos de los tres, *Novislav Djajic* y *Nikola Jorgic*, han sido condenados y sentenciados.⁷⁴¹

Bajo el actual derecho internacional penal, todos los Estados pueden ejercer jurisdicción universal sobre el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, y otros más de alta gravedad, sin importar la nacionalidad del acusado, la nacionalidad de las víctimas y el lugar donde el delito se cometió. Esto significa que, por ejemplo, en un caso dado de genocidio, cada Estado puede ejercer su propia jurisdicción penal, sin importar si el Estado de la custodia, territorial o cualquier otro Estado ha consentido, de antemano, el ejercicio de tal jurisdicción. Al respecto, recientemente, el Comité Internacional de Abogados para los Derechos Humanos argumentó que no habría razón por la que la CPI, que ha sido establecida con base en un Tratado concluido por el mayor número posible de Estados —90 ratificaciones hasta el momento— no debería estar en la misma posición, para ejercer la jurisdicción universal sobre genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, que las otras Partes Contratantes.

Cuando los Estados procesan un crimen que no ha sido cometido en sus territorios, usualmente basan su jurisdicción en la vinculación de tantos principios como les sea posible. Esto es así porque la jurisdicción universal es aún raramente ejercida y por lo tanto no se ha desarrollado dentro de una práctica ampliamente aceptada. Este cuestionamiento también es utilizado para justificar el procesamiento en casos donde otro Estado afirma tener jurisdicción concurrente basada en, por ejemplo, criterios de territorialidad o de nacionalidad. Desafortunadamente, los Estados no han estado dispuestos o no han podido procesar los crímenes internacionales, incluso en el caso de crímenes de *jus cogens*. Esta realidad incitó la creación de la CPI, la cual tiene jurisdicción sobre los crímenes más graves en derecho internacional. Sin embargo, cuando los Estados se reunieron el verano de 1998 y adoptaron el *Estatuto de la CPI*, no hubo el suficiente apoyo para una Corte que tuviera jurisdicción universal, lo que dio como resultado un tribunal que tiene jurisdicción basado en la territorialidad y la personalidad pasiva. Aunque el *Estatuto de la CPI* es un reflejo de la *opinio juris* de los Estados al momento de su adopción, y una codificación, en muchas formas, de la ley existente, de varias maneras está facilitando la evolución del derecho internacional consuetudinario.

Un Estado puede ejercer universalidad delegada con respecto algunos de las crímenes medulares de la CPI, a saber: graves violaciones a las *Convenciones de Ginebra de 1949*, así como los crímenes de apartheid y de tortura. Un Estado que es Parte de la CPI y de tratados que reconocen la jurisdicción universal, no puede interpretar sus obligaciones internacionales como disminuidas porque éstas sean menos estrictas, o pretender excluir la universalidad o ejercer derecho de elección de actuar o no con respecto a los crímenes de guerra. De acuerdo con esto, un Estado puede ejercer jurisdicción universal unilateral y absoluta sobre la totalidad de estos crímenes. En el caso anterior, uno debe probar, basado en el precedente del caso *Lotus*, que hay una norma en derecho internacional que prohíbe tal acción para que la jurisdicción sea inválida. En el último caso, la jurisdicción universal absoluta se aplica dado el hecho de que los crímenes medulares constituyen *delicta juris gentium*.

Los actuales miembros de la Asamblea de Estados Partes de la CPI parecen estar determinados a poner fin a estos crímenes y contribuir a su prevención; han resuelto garantizar el respeto duradero por la aplicación de la justicia internacional. El procesamiento efectivo de estos crímenes requiere que

⁷⁴¹ Se recomienda consultar The Scottish Parliament. The Information Centre. “*The International Criminal Court and the concept of International Jurisdiction*”, Research Note, RN 01/83, 10 september 2001, 13 pp.

los Estados tomen medidas, tales como procesar, en el ámbito nacional y materializar la cooperación internacional con respecto al ejercicio de la jurisdicción universal por parte de la CPI. Así pues, una nueva tendencia está lentamente emergiendo a este respecto. Esta es la obligación de cada Estado Parte para ejercer su jurisdicción penal sobre aquellos infractores que son generalmente responsables de crímenes internacionales, no solamente de los crímenes medulares del Estatuto de Roma.

Sin embargo, uno debe reconocer que no hay una norma de derecho internacional consuetudinario con respecto a la aplicación del uso de la jurisdicción universal perteneciente a los crímenes esenciales de la CPI. No obstante, la "aplicación" debería estar diferenciada de la <aplicabilidad>. La CPI se creó para compensar las deficiencias de las jurisdicciones penales nacionales, basada en el principio de complementariedad en relación con un Estado que no esté dispuesto o que no pueda sancionar de forma efectiva los crímenes competencia del tribunal, debido a que no puede garantizar independencia, objetividad, y un adecuado procesamiento y/o sentencia. Debe haber cooperación entre las jurisdicciones nacionales y la CPI para hacer cumplir el derecho internacional penal. Esta sinergia implica que las jurisdicciones nacionales pueden aplicar el principio de universalidad a condición de que la comunidad internacional no tenga razón para interferir, y si hay tal razón, las decisiones recaerán en la CPI, para evitar la competición con la jurisdicción nacional.

La jurisdicción de la CPI, sin embargo, está absolutamente lejos de la jurisdicción universal y por lo tanto un Estado debe aplicar, alternadamente, el principio de universalidad para contrapesar los defectos de la Corte. Efectivamente, un Estado no puede permitir situaciones donde al no ejercer la jurisdicción universal, podría dar lugar a impunidad, lo que justificó esta aplicación, por ejemplo, en el *Juicio de los Rehenes* y en el caso *Eichmann*.

Un Estado puede actuar unilateralmente sobre sus intereses legales que deriven en obligaciones *erga omnes*. Tal ejercicio debe estar en una situación de último recurso, donde el Estado en cuestión cautelosamente ha tomado cada paso para asegurarse que el perpetrador sea castigado por un Estado que tiene un vínculo con la infracción, a fin de respetar el principio de territorialidad el cual, además, es un principio *jus cogens*. Este enfoque es políticamente realista y finalmente asegura que no se enseñoree la impunidad. Sin embargo, esto no implica que un Estado pueda recurrir a secuestrar a un individuo. Un Estado no debe sobre pasar los límites que el derecho internacional penal pone sobre su jurisdicción; dentro de estos límites, su título para ejercitar jurisdicción descansa en su soberanía.

6.1.3. El ejercicio de la jurisdicción universal en algunos países europeos.

La jurisdicción universal ha sido la base de varias investigaciones y juicios penales alrededor de Europa, la mayoría de ellos resultado de los conflictos en la ex Yugoslavia y Ruanda o de las dictaduras militares en América Latina. Desde 1993, ha habido en Europa seis juicios concluidos, resultando en cuatro condenas y dos absoluciones. En Alemania, dos Serbio Bosnios fueron condenados por crímenes cometidos en la ex Yugoslavia contra musulmanes.⁷⁴² En noviembre de 1994, una corte danesa condenó a un musulmán bosnio, *Refik Saric*, por torturar brutalmente a prisioneros de guerra en un campo de prisioneros croatas en Bosnia, y lo sentenció a ocho años en prisión. En abril de 1999 una corte militar de Suiza condenó a un ruandés de nombre no difundido, por cometer crímenes de guerra en Ruanda. Dos Serbio Bosnios, *Dusko Cvjetkovic* en Austria y *G.G.* en Suiza, han sido juzgados y absueltos.

Hay procedimientos penales en curso en por lo menos otros cuatro casos en Bélgica, Francia, Alemania y Holanda. Todos estos casos se relacionan con los conflictos de la ex Yugoslavia y Ruanda. En mayo de 1999, en un proceso penal seguido en el Reino Unido, los cargos fueron desechados. Un sudanés había sido acusado en septiembre de 1997 por supuesta tortura cometida en Sudán posterior

⁷⁴² Novislav Djajic fue condenado en mayo de 1997 y sentenciado a cinco años en prisión por crímenes de guerra, y Nikola Jorgic fue condenado en septiembre de 1997 y sentenciado a cadena perpetua por genocidio y asesinato.

al golpe de Estado que llevó al Frente Nacional Islámico al poder en ese país, en 1989. El presunto responsable aguardaba juicio en Escocia en conexión con la acusación de tortura de detenidos en un centro secreto de detención en Sudán, hasta que las autoridades escocesas que llevaban el caso decidieron suspender el procesamiento.

La información sobre las razones para la suspensión del juicio en cuestión están disponibles para la opinión pública. Por lo menos se conocen a diez sospechosos más que se encuentran, actualmente, sujetos a investigación en varios Estados europeos. Además, han sido abiertas investigaciones contra individuos no presentes físicamente en el país donde está ocurriendo el proceso, el ejemplo más notable por ahora, son los casos en curso en contra del genocida Augusto Pinochet en varios Estados europeos.⁷⁴³

Casi todos los casos en curso donde los sospechosos están bajo custodia se relacionan con los conflictos en la ex Yugoslavia y Ruanda. La entrada de olas de refugiados provenientes de todas partes de estos conflictos a Europa ha dado inevitablemente por resultado el encuentro entre víctima y perpetrador. Los sistemas legales europeos han sido desafiados a responder a esta situación mediante la implementación de principios que ellos mismos han presentado en el ámbito internacional. La mayoría de ellos se las han arreglado para vivir con este desafío, aun en los casos donde esta situación ha significado el irrumpir con nuevos campos del derecho internacional, como el *derecho internacional procesal penal*. Los casos muestran una interacción dinámica entre la existencia de tribunales penales internacionales (para la ex Yugoslavia y Ruanda) y las cortes nacionales. La mayoría de los Estados europeos promulgaron legislación con objeto de poder cooperar con los tribunales internacionales. Varios han entregado sospechosos a los tribunales internacionales. Por ejemplo, como ya lo señalamos, Alemania trasladó al sospechoso *Tadic* al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en 1994.

Algunos países, particularmente Suiza y Holanda, ven a sus tribunales militares como las cortes apropiadas para adjudicar los casos relacionados con crímenes de guerra. En el caso principal en el que se determinó que las cortes holandesas pueden ejercer jurisdicción universal sobre crímenes de guerra, la Corte Suprema holandesa manifestó que solamente un juez militar ordinario estaría preparado para manejar los aspectos técnicos militares involucrados con tales casos. Los problemas que se pueden causar por la ausencia de legislación adecuada fueron ilustrados en Francia. Las cortes francesas fueron disuadidas de investigar acusaciones sobre crímenes contra Serbio Bosnios por la ausencia de legislación francesa específica para dar efecto a las Convenciones de Ginebra. En marzo de 1996, la Suprema Corte de Francia, *le Cour de Cassation*, confirmó esta decisión.

Sin embargo, algunos de los casos muestran que las cortes nacionales tratan y superan algunos de los defectos del derecho internacional penal o implementan legislación. Un ejemplo es la voluntad de las cortes en Austria, Alemania y España para ejercer jurisdicción sobre el genocidio, a pesar de la ausencia de disposiciones explícitas, por parte de la Convención sobre Genocidio, para que las cortes de otro Estado ejerzan jurisdicción universal. El Artículo 6 de la Convención sobre Genocidio, únicamente prevé el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado territorial o por un tribunal internacional pertinente. En 1994, la Suprema Corte austriaca, expresó su satisfacción porque a las cortes de ese país se les dotó con el derecho para ejercer jurisdicción ya que no existía un sistema de justicia penal en funcionamiento, en el Estado donde el crimen se cometió, y no había tampoco, un tribunal penal internacional competente en ese entonces.

La corte alemana, en el caso de *Jorgic* en 1997, encontró que en el Artículo 6 de la Convención sobre Genocidio se contemplaba genéricamente la posibilidad de no excluir a las cortes nacionales de ejercer su jurisdicción. Encontró también jurisdicción sobre la base de la Ley Alemana de Cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Por su parte, la corte penal nacional de España, la Audiencia Nacional, oyendo una apelación en el caso Pinochet, también encontró que la falta de una disposición explícita en la Convención no excluía la posibilidad de que un Estado parte ejerciera jurisdicción, y manifestó que podría ser contrario al espíritu de la Convención sobre

⁷⁴³ The Scottish Parliament, op. cit., p. 6

Genocidio el considerar al Artículo 6 como un limitante de la libertad de las cortes nacionales para procesar por actos de genocidio cometidos en el extranjero.

En raras ocasiones, las cortes nacionales han encontrado una base para ejercer jurisdicción universal tomada directamente de los principios de derecho internacional. Por ejemplo, un juez belga investigando al ex Jefe de Estado chileno Augusto Pinochet decidió en noviembre de 1998 que el derecho internacional dotaba a su corte de jurisdicción sobre crímenes contra la humanidad cometidos en el extranjero.⁷⁴⁴ Varios de los casos que se encuentran en curso están relacionados con violaciones a los derechos humanos tales como desapariciones y tortura, cometidas durante las dictaduras militares en varios países de América Latina, principalmente Chile y Argentina. Mientras que estos regímenes fueron substituidos por democracias, la mayoría de los responsables de violaciones a los derechos humanos no han sido castigados. En Chile y Argentina, fueron aprobadas leyes de amnistía con el propósito de eliminar la posibilidad de que se entablaran procedimientos penales en contra de los anteriores líderes militares. Aun cuando algunos líderes fueron juzgados en Argentina, fueron posteriormente perdonados. Algunos de los casos europeos han surgido de fuertes vínculos entre los Estados en cuestión. Por ejemplo, un número de italianos y españoles fueron víctimas de los crueles regímenes en Argentina y Chile durante la década de los setenta y ochenta. Otros casos surgieron de las comunidades de refugiados que se formaron en la mayoría de los países de Europa durante la época de esos regímenes represivos.

La mayoría de estas investigaciones se han iniciado, y continúan su encaminamiento procesal, por la instigación de las víctimas o de sus familias, sin la presencia física del acusado. Por ejemplo, tenemos a los magistrados que se encuentran investigando en España, Francia, Suiza y otras partes donde se han iniciado averiguaciones penales por supuestas violaciones cometidas por el General Pinochet, aunque él no estaba físicamente dentro de su territorio, para posteriormente buscar su extradición. En algunos casos ha sido posible obtener la custodia del acusado en una etapa posterior en la investigación. Por ejemplo en España, el Oficial de la Marina argentina Adolfo Scilingo fue arrestado en octubre de 1997 luego de admitir estar involucrado en lanzar desde un avión a opositores del régimen militar.

Sin embargo, las cortes no siempre han demostrado voluntad de iniciar investigaciones con base en la jurisdicción universal en ausencia de la persona acusada. Por ejemplo, la Suprema Corte de Francia dispuso, en marzo de 1996, que las cortes francesas podían ejercer jurisdicción universal, solamente, sobre crímenes de guerra y otros crímenes donde Francia estuviera obligada a perseguir bajo tratados internacionales, y donde el acusado se encontrara presente en Francia. Fue únicamente ejerciendo jurisdicción con base en el principio de la personalidad pasiva –por violaciones contra nacionales franceses– que las cortes francesas han iniciado *procedimientos in absentia* del acusado. Sobre esta base fue abierta una investigación contra Augusto Pinochet en octubre de 1998 que condujo a pedir su extradición desde el Reino Unido y, en 1990, el Capitán argentino Alfredo Astiz fue condenado y sentenciado a cadena perpetua por su participación en la tortura y desaparición de dos monjas francesas en Argentina. Desde que Francia permite los juicios en ausencia del acusado, Alfredo Astiz fue juzgado, condenado y sentenciado bajo esta modalidad. No obstante, en agosto de 2001, el gobierno argentino rechazó extraditar a Astiz, y el Ministerio de Relaciones Exteriores argentino envió cartas a las embajadas de Italia y Francia en Buenos Aires afirmando que las cortes argentinas tienen poder absoluto para juzgar los crímenes cometidos en el territorio argentino. Argentina usó el mismo argumento el año pasado para rechazar las peticiones remitidas por el juez español Baltasar Garzón en el caso del General Pinochet.

Una importante lección que debe aprenderse de estos casos es que no sólo es importante la presencia o ausencia de legislación adecuada a implementar en la determinación de si un Estado podrá ejercer jurisdicción de manera eficiente, con base en el principio de jurisdicción universal. Otros aspectos del sistema legal de un país que también serán de importancia, incluyen la capacidad y voluntad de las

⁷⁴⁴ Decisión del magistrado de investigación Vandermeersch del Tribunal de Primera Instancia. Bruselas, 8 de noviembre de 1998.

autoridades encargadas de investigar y procesar los delitos penales en los casos relacionados con violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario cometidas en el extranjero. La mayoría de los Estados europeos utilizan un sistema de investigación por parte de un juez, por medio del cual los crímenes son investigados bajo la supervisión directa del mismo. Tales sistemas tienden a ser más abiertos para las víctimas del crimen, quienes pueden ejercer mayor influencia en la iniciación de una investigación y en la búsqueda de un procesamiento, que en un sistema como el del Reino Unido, donde los cuerpos no judiciales son los responsables de las investigaciones penales. En el caso del doctor sudanés acusado en Escocia de haber cometido tortura en Sudán, la decisión de la Oficina Escocesa de la Corona, en mayo de 1999, de no continuar con el procesamiento, fue tomada sin consultar a las víctimas, y sin posibilidad de una revisión judicial. Algunos comentaristas han discutido que a pesar de las dificultades encontradas, muchos de estos casos sirven para reforzar los argumentos a favor de la jurisdicción universal en su enfoque moderno porque demuestran que la justa y rápida condena de criminales de guerra es posible en las cortes nacionales.

6.2. Las reglas internacionales en materia de cooperación: la extradición de los autores de las infracciones internacionales.

6.2.1. Precisión conceptual de la extradición como regla internacional de cooperación en materia penal.

Dedicaremos este último apartado de nuestra investigación al estudio de lo que hoy se considera la más elaborada de las reglas internacionales en materia de cooperación penal: la *extradición de los autores de las infracciones internacionales*. Efectivamente, de todas las formas de cooperación internacional en el campo penal, la más típica y la más importante es la extradición. Se trata de una de las instituciones mayormente estudiadas en la doctrina universal, es una institución ampliamente juzgada y justificada en su fundamento y ahora susceptible de desarrollo y de nueva aplicación a pesar de las reservas que han suscitado, a pesar de la variedad de heterogeneidad de sus manifestaciones. La vitalidad de la institución se demuestra sobre todo por el hecho del número de convenciones colectivas que tienen por objeto y consideran delitos y crímenes internacionales. Como lo han asentado diferentes tratadistas, la extradición ha interesado a tres campos de derecho: el internacional, el penal y el procesal, restando por realizarse se estudio desde la perspectiva del derecho constitucional y del internacional privado. Sobre esta última rama ya hemos hecho algunos planteamientos analíticos en el Capítulo Segundo de nuestra tesis.

A continuación pasaremos a revisar algunos conceptos modernos de esta importante institución:

- Vincenzo Manzini considera que el acto de extradición es un acto administrativo, de mutua asistencia represiva, internacional, mediante el cual nuestro estado hace a un estado extranjero, previa intervención de la garantía jurisdiccional, o recibe del mismo, la entrega de un imputado o de un condenado para los fines del procedimiento penal o de la ejecución de la condena.
- Guisepe Gianzi dice que la extradición, desde el punto de vista procesal, comprende el complejo de normas que disciplinan el acto a través del cual se concede o se ofrece a otro estado la entrega de un imputado o de un condenado (extradición pasiva) o se obtiene de un estado extranjero un imputado o un condenado para someterlo a un procedimiento penal a la ejecución de una sentencia de condena (extradición activa o del extranjero).
- Carlos V. Gallino la define como un acto por el cual un Estado entrega por imperio de una ley expresa (tratado o ley) un individuo a otro Estado, que lo reclama con el objeto de someterlo a un proceso penal o al cumplimiento de una pena.
- Manuel J. Sierra dice que la palabra extradición es relativamente nueva y que los franceses la usaron por primera vez en un decreto de 1791.⁷⁴⁵

⁷⁴⁵ Entre otros antecedentes de la extradición, se señalan: el Tratado de Extradición convenido el 4 de marzo de 1376 entre Carlos V de Francia y el Conde de Saboya; el celebrado el 29 de septiembre de 1765 entre Carlos III de España y Luis XV de Francia, por el cual se acuerda la extradición de asesinos, atracadores, salteadores de

- Carlos Arellano García estima que la extradición “es una consecuencia del principio internacional de inmunidad de jurisdicción”. Define la extradición como “la institución jurídica que permite a un Estado denominado requirente solicitar de un estado requerido la entrega de un individuo que se encuentra fuera del territorio del Estado requirente y que se ha refugiado en el Estado requerido, para juzgarlo o para sancionarlo”.
- Guillermo Colín Sánchez⁷⁴⁶ dice que la extradición “es una institución de Derecho Internacional, implementada entre los signantes de un tratado para lograr auxilio o colaboración recíproca, en la entrega de un indiciado, procesado, acusado o sentenciado por una de las partes (requerida) o para que la otra parte (requirente) provea que la administración de justicia cumpla su objetivo y fines y se reprima la delincuencia”.
- Para Celestino Porte Petit,⁷⁴⁷ “la extradición consiste en la entrega que un estado hace a otro, de un acusado o sentenciado, que se encuentra en el territorio del primero y que el segundo le reclama, con el fin de juzgarlo o de que cumpla la sanción o medida de seguridad impuesta”.
- Eduardo López Betancourt señala que la extradición consiste en “la reintegración al territorio donde se ha cometido un delito, de un individuo que ha huido a otro país”; define la extradición como el acto por el cual un Estado hace entrega a otro, de una persona que éste reclama, por estar inculpada, procesada o sentenciada en la comisión de un delito.
- Alonso Gómez-Robledo⁷⁴⁸ a su vez dice que: “Es posible que una persona presuntamente responsable de la comisión de un hecho delictivo trate de encontrar refugio en un Estado que no posee jurisdicción sobre él, o en un Estado que no quiera o no pueda procesarla, en virtud de que las pruebas, evidencias y testigos se encuentran en el extranjero”. Para este problema el Derecho Internacional “ha desarrollado la institución de la extradición; un individuo es extraditado a otro Estado para que pueda ser juzgado en este último por delitos cometidos en violación de su ordenamiento jurídico”.
- El maestro Sergio García Ramírez,⁷⁴⁹ indica que la extradición “consiste en la entrega que un Estado hace a otro de un individuo que ha delinquir en el territorio de este último, para que se le someta a proceso o, en su caso, se aplique la pena”.
- Jiménez de Azúa la refiere como “la entrega del acusado o del condenado, para juzgarlo o ejecutar la pena mediante petición del Estado donde el delito perpetróse, hecha por aquel país donde buscó refugio”.
- Cuello Callón la expresa como “el acto por el cual un gobierno entrega un individuo refugiado en su territorio al gobierno de otro país que lo reclama por razón del delito, para que sea juzgado, y si ya fue condenado, para que se ejecute la pena o la medida de seguridad impuesta”.
- Lucinda Villarreal entiende a la extradición, particularmente en México, como el acto administrativo discrecional por el cual el poder ejecutivo federal entrega a un indiciado, procesado, acusado o sentenciado a otro Estado para ser juzgado o sancionado.⁷⁵⁰

En nuestra perspectiva la extradición es un instrumento de defensa de la sociedad internacional; una regla internacional de cooperación penal que busca la salvaguardia social contra la impunidad del delito y el crimen, configurando un esquema socio-jurídico que proporcione eficacia y eficiencia a la justicia punitiva, impidiendo que un delincuente que se refugia en un país extranjero quede sin penalización por la infracción que cometió. Por medio de este instituto jurídico un Estado denominado

camino, estupradores y falsificadores; el Tratado de Paz de Amiens, entre España, Francia e Inglaterra (1802), que estipula la entrega de delincuentes comunes. En el siglo XIX, a partir de los códigos francés y alemán se consideró necesario que el Derecho Penal interno se extendiera para abarcar conductas individuales que excedieran el ámbito jurisdiccional de los Estados, y surgieron normas y prácticas relativas a los conflictos de leyes penales, y nuevas formas de armonizar los intereses de los Estados para defender su competencia penal extraterritorial.

⁷⁴⁶ Colín Sánchez, Guillermo. Procedimientos para la extradición. Porrúa, México, 1993, pp.1-2

⁷⁴⁷ Porte Petit, C. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Porrúa, México, 1993, p.171.

⁷⁴⁸ Gómez Robledo, Alonso. Extradición en Derecho Internacional. IIJ-UNAM, México, 1999, p.70

⁷⁴⁹ García Ramírez, Sergio. Los Derechos Humanos y el Derecho Penal. Sepsetentas, México, 1979, p.174.

⁷⁵⁰ Villarreal Corrales, Lucinda. La Cooperación Internacional en Materia Penal. Porrúa, México, 1999.

requerente solicita de un Estado denominado requerido, la entrega de un presunto delincuente o convicto que se encuentra en su territorio para juzgarlo o para sancionarlo. La extradición es, en el derecho internacional, el único sistema legal que existe, para que un Estado entregue a otro Estado, a un individuo que se refugia en el territorio del primero, presuntamente delincuente o convicto, para ser juzgado o sancionado.

Específicamente en el campo del derecho internacional penal, la extradición constituye el mecanismo jurídico y político más adecuado e indispensable en la tarea que tienen los Estados y la sociedad internacional en su conjunto para combatir y prevenir el delito y evitar que éste quede sin tratamiento punitivo.

6.2.2. Naturaleza jurídica de la extradición.

En teoría, la extradición tiende a proteger dos tipos de valores. Por un lado, los de la sociedad en la que se ha cometido un hecho delictuoso y del que el presunto responsable se ha sustraído al huir de ella. Por el otro, respecto al presunto delincuente, busca proteger ciertos valores: la libertad que le asiste a fijar su domicilio dentro del territorio nacional o dentro del territorio de un Estado; el derecho a no salir de determinado territorio cuando no lo desea hacer; cuando se es perseguido político, a no ser devuelto a su lugar de origen; cuando se ha sido esclavo, no obstante ser delincuente, a no ser devuelto a su país de origen; tratándose de una extradición internacional, se niega a la autoridad administrativa el resolver lo relativo a una solicitud; aunque no con todo el rigor de un proceso penal ordinario, ha dispuesto que ella sea de la competencia exclusiva a las autoridades judiciales; se intenta hacer operante el principio *nulla traditio sine lege*.⁷⁵¹

Las precauciones adoptadas para su concesión tienden a evitar que mediante una solicitud de extradición se esté ocultando un real y efectivo deseo de venganza. La extradición procura fines de equidad y justicia, debido proceso y de seguridad jurídica.⁷⁵²

La extradición es una institución de asistencia jurídica que se desarrolla esencialmente en el plano internacional; confirma la soberanía estatal en el orden penal; confronta las pretensiones de diferentes soberanías estatales y en virtud de ella, se hace forzoso el reconocimiento del derecho de un Estado en detrimento del derecho de los demás. La normatividad de la extradición corresponde tanto al derecho internacional público, en virtud de tratarse de convenios entre Estados, como al derecho internacional privado porque se aplica a personas físicas. En la extradición se despliegan facultades políticas y diplomáticas, concurren autoridades de los respectivos gobiernos afectados, y es de gran significación en el plano del derecho administrativo.

El procedimiento de la extradición es complejo, porque involucra garantías jurídicas de diverso orden. Como institución es de gran interés para el derecho procesal. Su naturaleza jurídica es mixta y pluridimensional. Con la extradición se evita la "inoperancia normativa" del derecho penal, por el paso de las fronteras del delincuente que pretende eludir la acción de la justicia penal. La extradición cumple un valioso objetivo político-criminal, permite la observancia del ordenamiento punitivo nacional, que salvaguarda los bienes jurídicos y el reconocimiento de la necesidad de la sanción penal a la conducta antijurídica; y contribuye a la efectiva aplicación de la ley penal nacional y, por extensión, del orden jurídico internacional penal.

⁷⁵¹ Arteaga N. Elizur. "*Facultades en Materia de Extradición (Nuevo Marco Normativo)*", 1999, México, p.2

⁷⁵² Vincenzo Manzini considera que: "El acto de extradición es un acto administrativo (...) ello a pesar de que sea tramitada y concedida por una autoridad judicial; de conformidad con el sistema jurídico mexicano la naturaleza de las funciones encomendadas a los jueces en los procesos de extradición es administrativa y judicial". Lo anterior comprende los dos tipos en que la misma se presenta: la interestatal y la internacional; esta última requiere que el juzgador, al dictar su resolución, recurra al material legislativo y jurisprudencial, nacional y extranjero. Con vista a respetar la garantía individual a fijar una residencia, la libertad y seguridad jurídica y a los requerimientos de castigo y ejemplaridad, la ley ha establecido un procedimiento especial sumarísimo, del que no se obtiene una sentencia de condena, o absolucón, se limita a resolver si se obsequia o no la solicitud.

A lo largo de nuestra investigación puede convalidarse que el derecho internacional penal es inviable e inconcebible sin el reconocimiento específico y estricto de la extradición, ya que sin la presencia de ella, vería supeditada su propia naturaleza coactiva al árbitro subjetivo del autor de un delito. La extradición por tanto es una institución que se extenderá progresivamente a todos los Estados y otros actores territoriales de la sociedad global en base a postulados y expectativas jurídico-penales semejantes. Este hecho parece corroborarse fielmente con la existencia de convenios de extradición tanto a niveles bilateral como comunitario, regional y sub regional; tal es el caso del Convenio Europeo de Extradición.

La extradición está ligada a conceptos como la solidaridad interestatal, la colaboración jurídica internacional en materia penal, al principio de respeto de la soberanía de cada Estado, la exclusión de la intervención de los Estados no legitimados para la aplicación de la ley penal en determinados supuestos delictivos, la garantía de la justicia penal material para el enjuiciamiento de los delitos en el plano internacional, la superación de la dificultad de enjuiciar al delincuente que se refugia en otro país que carece de competencia jurídica para juzgarle y el reconocimiento de la extradición como única solución para la aplicación interestatal de la legislación punitiva, frente a la imposibilidad orgánica y práctica de la justicia penal universal.⁷⁵³

Por otra parte, la doctrina distingue las siguientes clases de extradición: activa, pasiva, voluntaria o sumaria, espontánea y de tránsito.

a) La extradición activa es la petición formal que el estado requirente dirige al Estado requerido, solicitándole la entrega de un delincuente refugiado en el territorio de éste, con el objeto de aplicar el ordenamiento penal vigente en aquél a la conducta delictiva del sujeto evadido, consignada en la solicitud de extradición. Es la solicitud de un Estado a otro pidiendo la entrega de un delincuente.

b) La extradición pasiva es la entrega de un delincuente que efectúa un Estado, en cuyo territorio el mismo se ha refugiado, a otro Estado, que conforme a Derecho le reclama. La decisión del Estado requerido, de entregar al Estado requirente, al delincuente por éste reclamado, constituye la esencia jurídico-penal de la extradición. La entrega que hace del delincuente el Estado requerido.

c) La extradición voluntaria cuando el delincuente se pone a disposición del país donde infringió la ley.⁷⁵⁴

d) La extradición es espontánea cuando el Estado en cuyo territorio se halla el inculpado, ofrece entregarlo a la nación en la cual delinquiró.

e) La extradición de tránsito o autorización de paso del delincuente, a cuya extradición se accede, por algún Estado, es el permiso concedido por terceros Estados para la conducción a través de su territorio del delincuente, que es trasladado desde el estado en que se refugió al Estado que le he requerido en extradición. El permiso dado por un Estado para que pase por su territorio el delincuente, a fin de ser enviado a otro país.⁷⁵⁵

⁷⁵³ Lucinda Villarreal, op. cit.

⁷⁵⁴ *Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 1980, en el artículo 18 recibe el nombre de extradición sumaria, cuando el reclamado manifiesta a las autoridades competentes de la Parte requerida que consiente en ser extraditado, dicha Parte podrá conceder su extradición sin mayores trámites y tomará todas las medidas permitidas por sus leyes para expedir la extradición.

⁷⁵⁵ Lucinda Villarreal hace referencia también a la denominada *extradición temporal*. Como parte del compromiso político asumido por los entonces presidentes de México, Ernesto Zedillo y de Estados Unidos, William Clinton, en la *Declaración de la Alianza México-Estados Unidos contra las drogas*, el 6 de mayo de 1997, los dos gobiernos “ (...) procurarán que los fugitivos sean procesados, de manera expedita, con apego al debido proceso legal, y que sean incapaces de evadir la justicia en un país huyendo al otro o permaneciendo en él. Con este fin, acordamos negociar un protocolo al tratado de extradición que, en apego al sistema legal de cada nación permita, bajo condiciones y circunstancias apropiadas, que los individuos sean juzgados en ambos países antes de completar sus sentencias en cualquiera de ellos”. La “extradición temporal” permitirá que una persona

6.2.3. La subjetividad y los requisitos positivos de la extradición.

i) La subjetividad.

El régimen de extradición se regula tanto por el derecho internacional como por el derecho interno de los Estados. Las personas sujetas a la extradición pueden invocar este último, frente a las autoridades penales de uno y otro Estado. El derecho convencional es el resultado de tratados bilaterales y multilaterales. A través de convenciones, pactos, tratados, contratos y otros instrumentos internacionales, los Estados se comprometen a conceder la extradición cuando es requerida por un Estado Parte, bajo las reservas previamente establecidas. El delito debe ser suficientemente grave para justificar la entrega de la persona.

Respecto a los sujetos que sufren las consecuencias de la extradición, el principio general es que ningún nacional debe ser entregado a un gobierno extranjero, pero en México, la ley de la materia,⁷⁵⁶ lo permite en casos excepcionales, como una facultad discrecional del Ejecutivo Federal. Tampoco la calidad de mexicano es obstáculo para la entrega del reclamado, cuando ésta haya sido adquirida con posterioridad a los hechos que motiven la extradición. Los juristas Manuel J. Sierra y Hans Kelsen consideran que un Estado no está obligado a entregar a sus propios nacionales; pero para que no quede impune el delito cometido por un nacional en el extranjero, el Estado debe juzgar y sancionar al delincuente si de acuerdo con sus leyes procede que se le sancione. Al respecto el artículo 4° del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, previene el castigo de los delitos cometidos por mexicanos en el extranjero.

Para que prospere la entrega de una persona requerida, debe existir una identidad entre el hecho y la norma, que exige que la conducta esté calificada como delito doloso o culposo en las leyes penales de ambos países. Por tanto, para que opere la extradición, es requisito admitido en forma unánime por todos los Estados del mundo, que el acto cometido por el individuo cuya extradición se solicita, tenga el carácter de delito doloso o culposo tanto en el Estado requirente como en el requerido, y que existan relaciones o un tratado sobre la materia entre esos Estados. Otro requisito para que la extradición opere es que el delito tenga cierta gravedad para que amerite realizar las molestias y gastos que origina el procedimiento involucrado.

Constituyen excepciones admitidas por los Estados para la obligación, de la institución de la extradición: los delitos políticos, los del fuero militar; o los delitos comunes cuando el reclamado haya tenido la condición de esclavo en el país donde se cometió el delito. Los delitos políticos o conexos de esta naturaleza y los de fuero militar son una excepción admitida por todos los Estados al deber de extraditar. La Constitución Federal de la República Mexicana no autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos. Sin embargo, la sola argumentación de un fin o motivo político en la comisión de un delito no lo califica como delito de carácter político, el delito político debe valorarse por el Estado requerido.

Actualmente, los Estados que tienen problemas con descontentos sociales, han encontrado una fórmula jurídica para extraditarlos, aunque en realidad sean perseguidos políticos y no delincuentes comunes; para ello han insertado en los tratados que celebran, conceptos como: facultad discrecional del Ejecutivo del país requerido para decidir sobre el carácter del delito; o, que no son delitos de carácter político, sino delitos comunes, el homicidio o delito intencional contra la vida o la integridad física de un Jefe de Estado o de Gobierno o de un miembro de su familia incluyendo la tentativa de cometer un delito de esa índole; y que tampoco son delitos políticos, aquellos que las Partes Contratantes tengan la obligación de perseguir en virtud de un convenio internacional multilateral.

acusada de cometer algún delito en ambos territorios, puedan ser juzgados en ambos países antes de completar sus sentencias en cualquiera de ellos. La “extradición temporal”, nos obliga a un replanteamiento de los principios personales y territoriales que hasta ahora han regido la institución de la extradición. La “extradición temporal” es un ejemplo más de la aplicación extraterritorial de las disposiciones jurídicas.

⁷⁵⁶Artículo 14, Ley de Extradición Internacional de México vigente.

Podríamos resumir que como las leyes penales de los Estados se rigen esencialmente por el principio de territorialidad, cuando la persona comete un delito cuyo juzgamiento corresponde a un Estado, o cuando el delincuente ha sido juzgado y condenado; y escapa, refugiándose en el territorio de otro Estado, para evadir la justicia; los sistemas jurídicos recurren a la institución de extradición. La extradición es el instrumento internacional que permite la entrega del individuo al Estado que lo solicita, a fin de evitar la impunidad. La esencia de esta institución consiste en la entrega que un Estado hace a otro, del individuo acusado o condenado, que se encuentra en su territorio, para que ese país se le enjuicie o ejecute la pena.

ii) Los requisitos positivos de la extradición.

La mayoría de los tratadistas nacionales y extranjeros en materia de extradición coinciden en señalar que los requisitos positivos de este instituto jurídico son los siguientes:

- La extradición se concede por delitos comunes, en sentido amplio, y por delitos federales, punibles conforme a las leyes de ambos Estados, con una pena de privación de la libertad cuyo término medio aritmético por lo menos sea de un año.⁷⁵⁷ Comprende la tentativa de cometer el delito, la asociación para prepararlo y ejecutarlo; o la participación en su ejecución, que se persiguen de oficio. Si la extradición se solicita para la ejecución de una sentencia, la parte de sentencia que falte por cumplir, no debe ser menor de seis meses. Si el reclamado hubiese sido condenado en rebeldía, la extradición sólo se concederá si la Parte requirente da seguridades de que será oído en defensa y que se le facilitarán los recursos legales pertinentes; si no ha prescrito la acción para perseguirlos y si las pruebas son suficientes conforme a las leyes de la Parte requerida.
- No se concede la extradición por delitos políticos o delitos militares, ni a reos comunes que hayan tenido condición de esclavos;⁷⁵⁸ tampoco si el Estado requerido tiene fundados motivos para suponer que la solicitud de extradición ha sido presentada con la finalidad de perseguir o castigar a un individuo a causa de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas; o, si la situación del individuo puede verse agravada por uno u otro de estos motivos; o, cuando la persona requerida ha sido juzgada en el Estado requirente por un tribunal de excepción o si fue solicitada para la ejecución de una pena impuesta por ese tribunal;⁷⁵⁹ o, cuando la acción penal o la pena por la cual se pide la extradición ha prescrito conforme a las leyes de la Parte requirente o la Parte requerida; o cuando conforme a sus propias leyes, corresponde al ámbito de la jurisdicción de los tribunales de la parte requerida conocer el delito, por el cual se solicita la extradición.
- Tampoco se concede la extradición, si el delito por el cual se solicita, es punible con la pena de muerte conforme a las leyes de la Parte requirente, y las leyes de la Parte requerida, no permiten tal pena. Se puede conceder, en estas circunstancias, si la parte requirente asegura que no impondrá la pena de muerte juzgado, o de que si es impuesta, no será ejecutada; ni si el reclamado ha sido sometido a proceso o ha sido condenado o absuelto por la Parte requerida, por el mismo delito en que se apoye la solicitud de extradición; o si la persona reclamada tiene la nacionalidad del estado requerido, pero en este caso, si por ese solo hecho se niega a la extradición, el Estado requerido se obliga, en base a la denuncia de hechos del Estado solicitante, a someter el asunto a sus autoridades competentes. La extradición también podrá ser rehusada por razones humanitarias, cuando la entrega de la persona requerida puede tener consecuencias de suma gravedad, en razón de su edad o de su estado de salud.

⁷⁵⁷ El artículo 2 del Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa, establece que dan lugar a la Extradición los delitos sancionados conforme a las leyes de ambos Estados, con una pena privativa de la libertad cuyo máximo no sea menor de dos años.

⁷⁵⁸ Artículo 15 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

⁷⁵⁹ Numeral 2 del artículo 5 del *Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa*.

iii) *Particularidades de la variable jurídica de la reextradición.*

El especialista Celestino Porte Petit acota que la reextradición tiene lugar cuando se hace entrega de un individuo a un tercer Estado, por el Estado que obtuvo la extradición, con el fin de que sea sometido a juicio o bien cumpla la pena o medida de seguridad por el delito anterior y diverso a aquél por el que fue extraditado. Si se observa con detenimiento la figura se trata en realidad de una doble extradición, al verificarse dos entregas sucesivas; primero al Estado requirente, después a un tercer Estado.⁷⁶⁰ Al respecto, Manzini afirma que la hipótesis de la llamada reextradición ocurre cuando la persona, de la cual se obtuvo la extradición del Estado de refugio, sea reclamada por un tercer país al Estado donde recayó la condena, por un delito anterior a aquél por el que se le concedió la extradición. En el mismo sentido, Pannain dice que existe reextradición cuando un individuo que ya fue extraditado es reclamado por un tercer Estado, por un delito diverso y anterior a aquél por el cual ha sido extraditado.

Como lo destaca Lucinda Villarreal, con la reextradición, el originario Estado requirente pasa a ser Estado requerido, por parte de un tercer Estado, que solicita al delincuente ya extraído, sobre el que el nuevo Estado considera tener prioridad jurídica de enjuiciamiento o aplicación del ordenamiento penal. La reextradición en beneficio de un tercer Estado no será otorgada sin el consentimiento de la parte que ha concedido la extradición, la cual podrá exigir el envío previo de la documentación necesaria, así como el acta que contenga la declaración razonada del reclamado sobre si acepta la reextradición o se opone a ella.⁷⁶¹

6.2.4. *Corpus de principios jurídicos que aplican en la extradición.*

El corpus de principios que rigen esta materia es cada vez más amplio y variado por la creciente convergencia de las principales tradiciones jurídicas que dominan el escenario actual de las relaciones penales internacionales, esto es, el derecho civil latino y el derecho común anglosajón. Revisemos someramente los más usuales.

- i) *Principio de legalidad.* Se basa en el principio de *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Expresión de los principios de estricta legalidad que garantiza a cualquier individuo la seguridad de no ser tratado como delincuente en tanto no infrinja una ley penal vigente. No es delito el acto u omisión no sancionado por las leyes. La extradición sólo procede en virtud de la consignación legal de la misma.
- ii) *Principio de especialidad.* Consiste en que el Estado requirente no puede enjuiciar ni aplicar la pena al sujeto sino exclusivamente en virtud de los hechos delictivos que específicamente determinaron la extradición. En todo proceso de extradición debe constar de manera inequívoca y precisa los conceptos delictivos motivadores de la misma.⁷⁶²

⁷⁶⁰ Al respecto la Ley de Extradición Internacional establece en el artículo 10, que el Estado mexicano exigirá para el trámite de la petición, que el Estado solicitante se comprometa, a no conceder la extradición del mismo individuo a un tercer Estado, salvo en los casos de excepción.

⁷⁶¹ La reextradición se establece en el artículo 18 del *Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en materia penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el reino de España*, Diario Oficial de la Federación del 21 de mayo de 1980, reformado por Protocolo publicado en Diario Oficial el 30 de diciembre de 1995, ratificado por el senado el 26 de julio, en vigor desde el 1º de septiembre de 1996.

⁷⁶² La Convención sobre Extradición (instrumento internacional multilateral, firmado en Montevideo el 26 de diciembre de 1993 y suscrito por México en la misma fecha. Diario Oficial de la Federación del 25 de abril de 1994) en el artículo 5 exige una relación precisa del acto imputado y en el artículo 17 obliga al Estado requirente a no proceder ni castigar al individuo por un delito común cometido con anterioridad al pedido de extradición y que no haya sido incluido en el; y de igual manera la Ley de Extradición Internacional (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1975, reformada por Decreto publicado el 10 de enero de 1994), exige en el artículo 16 Fracción 1, que la petición formal de extradición y los documentos en que se apoye el Estado solicitante contengan “la expresión del delito por lo que se pide la extradición”. Asimismo el artículo 17, que se refiere la solicitud de la adopción de medidas precautorias respecto a la intención de presentar solicitud

- iii) *Principio de la doble incriminación.* Exige que el hecho que motiva la extradición sea constitutivo de delito en los ordenamientos punitivos internos, tanto del Estado requirente como del Estado requerido, y se estará a lo que establezca la legislación interna y los tratados internacionales.
- iv) *Principio Nen bis in idem.* Se explica por el hecho de que el delincuente que ha sido condenado o absuelto, por el comportamiento delictivo que motivo la extradición en un determinado Estado; no puede ser ya entregado por vía de extradición para que de nuevo sea juzgado por el mismo acto delictivo. Resulta interesante revisar este principio a la luz del tratamiento que le da el Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional (CPI).
- v) *Principio de la gravedad criminal.* Consiste en que la duración de la pena o la medida de seguridad asignada al delito no debe ser inferior a un año de privación de libertad.
- vi) *Principio de la ejecución delictiva.* Reclama la exigencia de actos ejecutivos, no solamente preparatorios aunque sean punibles, como motivo de la extradición.
- vii) *Principio de delitos comunes.* Solamente los delitos del orden común pueden dar lugar al acto de extradición, es decir, quedan excluidos los delitos políticos.
- viii) *Principio de reciprocidad.* Este postulado resulta fundamental en la extradición, ya que garantiza la seguridad jurídica e implica la exigencia de igualdad de tratamiento en todos los supuestos y actores de extradición.
- ix) *Principio de prioridad jurídica.* Es el que atiende la concurrencia de demandas de extradición a criterios normativos: la gravedad del delito, el lugar de la comisión, la fecha de formulación de la petición, la nacionalidad del delincuente y la existencia o no de un tratado.
- x) *Principios relativos a los delincuentes.* La doctrina y práctica actuales hace referencia a una docena de estos principios, como por ejemplo: no entrega del nacional (con diferentes y variadas posturas estatales); no entrega del extranjero sometido a la jurisprudencia de los tribunales nacionales; no entrega del asilado; no entrega de delincuentes susceptibles de represalias (para frustrar ilegítimas preocupaciones de delincuentes, por razones políticas, ideológicas, religiosas, étnicas o raciales) que lesionan los fundamentos democráticos del estado de Derecho; no entrega de delincuentes juveniles; etc.
- xi) *Principios relativos a la penalidad.* La pena capital es automáticamente conmutada en virtud de la extradición del sujeto sobre el que recae. Se rechaza la extradición cuando el Estado requirente no diere garantías de que el extraído no será sometido a penas corporales e inhumanas. La no aplicación de pena superior a la propia del concurso de delitos. No procede la entrega del delincuente cuando haya prescrito la responsabilidad penal correspondiente al comportamiento objeto de la solicitud. Se condiciona la practica de la extradición a los términos específicos de los tratados.
- xii) *Principios relativos a las garantías procesales.* Son varios y se traducen en la exigencia de que el delincuente o infractor, obtenido en virtud de extradición, quede excluido de enjuiciamiento por órganos que no sean los tribunales de jurisdicción ordinaria del Estado requirente; así como en la asistencia jurídica del extraído y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana.

6.2.5. La extradición frente al derecho de asilo y el delito político.

Tradicionalmente los Estados se reservan el derecho de rehusar la extradición para aquellos autores de "delitos políticos", rebasándose en la práctica la dificultad que existe para definir con precisión esta noción. Conforme a la praxis general estatal, son los Estados quienes otorgan el asilo a las personas perseguidas por motivos de orden político; lo que significa que al decidir otorgar el asilo, en esa misma medida están rechazando la extradición.

formal de extradición, condiciona la aprobación de la misma a que (...) "la petición del Estado solicitante contenga la expresión del delito por el cual se solicitara la extradición (...)"

i) Relación entre extradición y asilo.

A falta de convención o acuerdo en contrario entre el Estado territorial y el Estado nacional del sujeto que lo solicita, nadie posee un derecho propio a la admisión dentro de un territorio determinado. Los conceptos de "extradición" y "asilo" están relacionados entre sí, en la medida en que la negativa de extraditar a una persona puede llegar a implicar el otorgamiento de asilo, y por otra parte, la extradición significa un rechazo a la concesión del asilo. Empero, esto no significa que la extradición y el asilo deban ser considerados meramente como dos aspectos del mismo problema, sino por el contrario, como dos diversas instituciones, las cuales se desarrollan una paralelamente a la otra, cada una de ellas con propósitos legítimos y legales propios. Además, consideremos que en nuestra óptica el derecho de asilo se inscribe en el ámbito del derecho internacional público, mientras que la extradición lo hace en el del derecho internacional privado y del derecho internacional penal (sin que a la fecha la doctrina haya precisado cuál es su más completa y correcta ubicación disciplinaria).

Al citar al internacionalista Atle Grahl-Madsen, el autor mexicano Alonso Gómez Robledo señala que el "derecho de asilo", en el sentido del derecho del Estado a conceder asilo, se compone de cuatro facetas principales, a saber: a) derecho a admitir a una persona en su territorio; b) derecho a permitirle permanecer en dicho territorio; c) derecho a negarse a extraditarlo hacia otro Estado; y d) derecho a no perseguir a la persona, castigarla o de alguna otra forma restringir su libertad.

Una vez que han sido concedidos la extradición o el asilo, deben ser respetados por los demás Estados, incluyendo claro está el Estado requerido o el Estado de cuyo territorio huyó la persona o personas asiladas, según sea el caso.⁷⁶³ Cualquier acto de intimidación, violencia, secuestro u otro llevado a cabo por personas actuando en calidad de, o con la connivencia, apoyo, o bajo el control del Estado en cuestión, en contra del sujeto asilado o extraditado, son actos claramente violatorios de la soberanía territorial, y por lo tanto hechos ilícitos que general responsabilidad internacional. Si se trata de un individuo que amenaza o lesiona al asilado, pero actuando en su calidad de "particular" única y exclusivamente, en ese caso la responsabilidad del Estado no se compromete, por no existir violación al derecho internacional, pero el Estado del cual es su nacional está en la obligación de extraditar al "particular" culpable.

Así, la competencia para conceder asilo se infiere directamente del principio de la soberanía territorial de los Estados, y la práctica internacional en materia de extradición refuerza esta tesis, ya que es generalmente reconocido que en ausencia de un tratado de extradición con el Estado requirente, no existe obligación jurídica de entregar al individuo acusado del acto delictivo. Por regla general, la extradición va a concederse por actos practicados fuera del estado requerido y dentro de la jurisdicción territorial del Estado requirente, y esto como consecuencia del principio de territorialidad, aceptado éste, las más de las veces, como base de la competencia jurisdiccional de los Estados.

Para cierta parte de la doctrina, la práctica de los Estados consistente en rechazar la extradición de víctimas potenciales de persecución política (ejemplo: artículo 15 de la Constitución Política de México) no permitiría llegar a la conclusión de que dicha práctica es evidencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional, en el sentido de que los Estados estarían jurídicamente obligados a rechazar la extradición por infracciones de carácter político.

ii) La extradición y el delito de orden político.

Coincidimos con Gómez Robledo al afirmar que si bien es discutible la existencia de una norma consuetudinaria bien establecida, habría que preguntarse como lo hacía Hersch Lauterpacht, si la adopción casi unánime del principio de no extradición por ofensas de naturaleza política no ha provocado que se genere un "principio general de derecho" en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁷⁶³ Gómez Robledo, Alonso, op. cit. p. 113. Aquí se cita a Grahl-Madsen, Atle. *Territorial Asylum*, Londres, Roma Nueva York, Oceanía Publications, 1980, pp. 12-13.

Al menos el derecho mexicano apunta en este sentido. Nuestra Constitución prohíbe la celebración de tratados para la extradición de reos políticos (artículo 15), amén que México ha suscrito convenciones multilaterales, como la Convención sobre Extradición firmada en Montevideo en 1933 y ratificada en 1936 y en la cual se asienta que el Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición cuando se trate de delito político, o de los que le son conexos (artículo 3, inciso e). Asimismo, que para que la extradición pueda llevarse a cabo se requiere como condición indispensable, que el estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso y que el delito por el cual se reclama la extradición sea punible por las leyes del estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de la libertad [artículo 1, incisos a) y b)].⁷⁶⁴

Centrándonos en el campo del derecho internacional penal, sin duda uno de los problemas de más difícil solución que se presentan en esta disciplina, es la delimitación y significación del concepto de "delito de carácter político". En el estado actual de las relaciones jurídicas internacionales, difícilmente podría pensarse en un eventual acuerdo general sobre lo que deba considerarse de delito de "contenido político"; amén de que los propios tratados de extradición, al ser generalmente bilaterales, tienden a caer por lo común en el espectro normativo "territorialista" propio del derecho internacional privado, esto es, del derecho penal internacional más que del derecho internacional penal.

De ahí que, conforme a la ubicación que más nos interesa de la extradición como regla internacional de cooperación penal y represión de las infracciones internacionales, se deriva la necesidad de que los Estados acepten, en la redacción de los tratados internacionales, una concepción del delito político lo más precisa y consensada posible, a fin de restringir la discrecionalidad en la aplicación de las diversas concepciones nacionales tanto en el plano judicial como del ejecutivo (aunque hay autores como Gómez Robledo que piensan contrariamente a nuestra postura).

Ciertamente, hasta ahora no puede afirmarse que alguna definición de lo que debe entenderse como "delito político" haya sido objeto de consenso dentro de la comunidad internacional (aunque ya el derecho comunitario europeo camina en este sentido), y todo deja entrever que el carácter político del delito seguirá siendo en la mayoría de los casos un asunto del contexto propio en que se realizó, y de las circunstancias de la época. Empero, en muchos países lo que se ha hecho es categorizar el concepto.

Así, una "ofensa política" podrá ser calificada como pura o relativa, y una ofensa relativa podrá ser un *délit complexe* o un *délite connexe*. Una ofensa o delito *puramente político* será aquel que se haya dirigido únicamente contra el orden político, como pueden ser traición, sedición o el espionaje.

El *délit complexe* viene a ser una categoría de ofensas políticas relativas, cubriendo así aquellos actos que son dirigidos tanto en contra del orden político como de los derechos privados. En esta categoría es donde se presenta con mayor detalle la cuestión de dilucidar el balance entre aquello que es *lo político*, y aquello que es mera actividad criminal.

En teoría, la extradición requerida en estos casos, puede ser por un delito común, como por ejemplo un homicidio, cuando en verdad el delito puede ser político en función de su objetivo, y del motivo del infractor. En el *délite connexe* se trata en realidad de un acto que en sí mismo no está dirigido en contra del orden político, pero el cual está estrechamente vinculado con otro acto del orden político. Como ejemplos más comunes de lo que se tipifica como "delitos conexos", tenemos el robo de armamento con objeto de preparar una rebelión armada, y el robo de bancos con objeto de proveer fondos para actividades políticas subversivas. En cualquiera de estos casos, los tribunales se encuentran ante el dilema de tratar de decidir si el caso objeto de la demanda es o no de carácter

⁷⁶⁴ Entre los tratados bilaterales que México ha suscrito en materia de extradición, destaca el polémico instrumento celebrado con los Estados Unidos del 4 de mayo de 1978, en vigor desde 1980, y por el cual no se concederá la extradición si el delito por el cual fue solicitada, es político o de carácter político, en cuyo caso corresponde decidir al Poder Ejecutivo de la parte requerida si llegare a surgir alguna controversia respecto de ese punto preciso. Llama también la atención la inclusión de la denominada *cláusula attentant*, conforme a la cual no se considera delito político los atentados contra un jefe de Estado o de gobierno.

<político>. En este sentido preciso, los tribunales se cuestionarán cuál de los dos componentes del delito es más grave: ¿el elemento político, o el elemento de ilícito común? ¿Qué es aquello que constituye mayor peligro para la sociedad, y, consecuentemente, el mayor interés para la represión?, ¿el elemento político o el elemento no político? Muchos de estos cuerpos jurisdiccionales se inclinarán, pero no siempre, en considerar que si el componente político es el más conspicuo, entonces el delito será declarado de orden político.⁷⁶⁵

6.2.6. La extradición como obligación y los requisitos comunes a nivel internacional para el trámite de petición de extradición.

i) La obligación de extraditar.

En la doctrina contemporánea se ha planteado un debate sobre la obligación que tiene el Estado requerido de entregar un individuo que le solicita el Estado requirente. Sobre esta discusión destacan tres corrientes más o menos definidas: a) la primera, que considera que no existe norma de derecho internacional que obligue a un Estado a entregar a otro el individuo solicitado, y que se basa en el principio de protección a la libertad humana y el derecho de asilo en su máxima expresión; b) la segunda, que estima que la obligación internacional de la extradición existe y que se funda en los principios de cooperación internacional y en la lucha para evitar la impunidad del crimen, y que corresponde más al espíritu del derecho internacional penal; y c) la tercera, basada en el pensamiento de Hugo Grocio, que considera que la extradición es un deber impuesto a los Estados por el derecho natural, y sobre la que, Alfred Verdross, desde un punto de vista positivista, concluye que el deber de extradición sólo puede fundarse en un convenio expreso.

Para una buena parte de la doctrina mexicana, como es el caso del maestro Carlos Arellano García, los Estados tienen el deber jurídico de extraditar cuando exista convenio expreso en este sentido; empero para la protección de la libertad humana y conforme al derecho de asilo, los Estados han pactado en los convenios internacionales, como excepciones al deber jurídico de extraditar, los delitos políticos y los delitos que no tienen el carácter de tales en ambas partes. Para otros iusprivatistas nacionales, el obsequio de la extradición puede obedecer no sólo al cumplimiento del deber jurídico, sino a la conveniencia de los Estados de no retener ni recibir en su territorio, extranjeros indeseables; o, al principio de reciprocidad o por participar en la cooperación internacional penal para combatir la impunidad del crimen.

En nuestra óptica, el instituto de la extradición constituye un acto jurídico complejo, en el que participan el derecho interno y el derecho internacional (público, privado y penal); y donde llegan a predominar muchas veces los criterios de los poderes ejecutivos sobre los de los poderes judiciales y jurisdiccionales (recuérdese por ejemplo, el caso *Pinochet* donde contra toda lógica jurídica se supeditó la sentencia del juez Bartlet a la decisión política del ministro Straw). Además, como ya lo advertimos en el punto anterior, en la extradición también confrontamos que los requeridos, no son siempre delincuentes, sino perseguidos políticos; que las conductas políticas de algunas personas y grupos se califican como conductas terroristas, para poder solicitar la extradición de los supuestos delincuentes, que la mayoría de las veces sólo son beligerantes, revolucionarios auténticos, independentistas o luchadores políticos. En otros casos, se trata de ex-servidores públicos, ahora viviendo en el extranjero, con fortunas inexplicables, depositadas en bancos europeos y norteamericanos, que son verdaderos delincuentes porque han mermado el patrimonio nacional.⁷⁶⁶

⁷⁶⁵ Gómez Robledo señala en op. cit. p. 118 que: “Por mucho tiempo (...) los Estados han apoyado la célebre jurisprudencia inglesa (...) en donde se sostuvo que poseía carácter político “el acto que se ha realizado en busca de, o con la intención de ayudar, como una especie de acto manifiesto, en el curso de una actuación en materia política, de un levantamiento político, o de una disputa entre dos partidos en el Estado” *In re castioni*, 1891 (...) La cláusula *attendant* es obviamente una excepción, ya que dispone que el asesinato de un jefe de Estado extranjero o de miembros de su familia, no debe considerarse como delito político, y que por lo tanto debe procederse a la extradición “.

⁷⁶⁶ El artículo 36 de la Ley de Extradición Internacional previene que es facultad del Ejecutivo de la Unión, acceder, cuando lo solicite un Estado extranjero, en la concesión de una extradición que no sea obligatoria en

ii) Requisitos para el trámite de petición de extradición.

Siguiendo la pauta marcada por la legislación de numerosos Estados de América Latina y Europa, la ley mexicana en la materia establece para el trámite de la petición de extradición, que:

1. Llegado el caso, el Estado requirente otorgará reciprocidad;
2. No serán materia del proceso, ni agravantes, los delitos cometidos con anterioridad a la extradición, omitidos en la demanda e inconexos con los especificados en ella (el Estado solicitante queda relevado de ese compromiso si el inculpado consiente libremente en ser juzgado por ello o si permaneciendo en su territorio más de dos meses continuos en libertad absoluta para abandonarlo, no lo hiciere;
3. El presunto extraditado será sometido a tribunal competente establecido por ley con anterioridad al delito computado en la demanda para ser juzgado y sentenciado con las formalidades de derecho;
4. Será oído en defensa y se le facilitaran los recursos legales, aun cuando hubiere sido condenado en rebeldía;
5. Si el delito es punible con la pena de muerte o las prohibida en México (mutilación, infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y todas las penas inusitadas y trascendentales), sólo se le impondrá la de prisión o cualquier otra de menor gravedad, que esa legislación fije para el caso, ya sea directamente o por substitución o conmutación;
6. No concederá la extradición del mismo individuo a un tercer Estado, salvo que el inculpado consienta en ello;
7. Proporcione al Estado mexicano una copia autentica de la resolución ejecutoriada que se pronuncie en el proceso;
8. Si el individuo reclamado tuviere una causa pendiente o hubiese sido condenado en la Republica por delito distinto al que motiva la petición formal de extradición, la entrega se diferirá hasta que haya sido decretada la libertad por resolución definitiva.

Igualmente, siguiendo las estipulaciones más comunes a nivel internacional, en nuestro país se observa que si la extradición fuere pedida por dos o más Estados, se entregara el acusado:

- al que lo reclame en virtud de un Tratado;
- si varios Estados invocan tratados, a aquel en cuyo territorio se hubiere cometido el delito;
- si concurren esas circunstancias, al Estado que lo reclame a causa del delito que merezca pena más grave, al que primero haya solicitado la extradición o a la detención provisional con fines de extradición.

El Estado que obtenga la preferencia de extradición, podrá declinarla a favor de un tercero.

6.2.7. El procedimiento de extradición.

En el moderno derecho internacional penal la institución de la extradición observa criterios cada vez más uniformes y homogéneos por parte de las legislaciones nacionales, lo cual también se está reflejando en el contenido de las estructuras legales regionales y sub-regionales en la materia, como es el caso sistema jurídico comunitario europeo y del aún inacabado y heterogéneo sistema jurídico americano. En esta tesitura, es válido afirmar que, por lo común y según se desprende del promedio de numerosas leyes y tratados de extradición revisados por quien esto escribe, el procedimiento de este importante instituto tiene dos fases: i) la intención de presentar la petición formal de extradición de una persona determinada; y, ii) la petición formal de extradición.

virtud de un tratado; y esta discrecionalidad se amplía, con lo pactado en el artículo 9º del Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, que acepta la extradición de nacionales si el Poder Ejecutivo de la Parte requerida discrecionalmente lo estima procedente y si no se lo impiden las leyes.

i) La intención de presentar la petición formal de extradición de una persona determinada.

Cuando un Estado manifiesta la intención de presentar una petición formal de extradición y solicita la adopción de medidas precautorias, éstas se acordarán si la petición contiene la expresión del delito y la manifestación de existir en contra del reclamado una orden de aprehensión emanada de autoridad competente. Si el ministerio del Exterior o Departamento de Estado (en México la Secretaría de Relaciones Exteriores) estima que la petición está fundamentada, la transmitirá al abogado o fiscal de Estado (en México el Procurador General de la República), quien promoverá ante la autoridad judicial (en México el juez de distrito), dicte las medidas apropiadas, las cuales pueden consistir, a petición del abogado o fiscal de Estado, en arraigo o lo que proceda de acuerdo con los tratados o leyes de la materia. Si transcurridos dos meses (en algunos países tres meses), a partir de que se hubieren cumplimentado las medidas precautorias, no fuere presentada la petición formal de extradición al ministerio del Exterior o de Estado, se levantarán de inmediato las medidas. El juez que conozca del asunto notificará a dicho ministerio, el inicio del plazo para que éste, lo haga del conocimiento del Estado solicitante.

ii) La petición formal de extradición.

La petición formal de extradición y los documentos en que se apoye deberán de contener:

- La expresión del delito motivo de la extradición;
- La prueba que acredite los elementos del tipo del delito y probable responsabilidad del reclamado; cuando ha sido condenado por los tribunales del Estado solicitante, la copia auténtica de la sentencia ejecutoriada;
- El compromiso del Estado solicitante, cuando no exista tratado de extradición entre el Estado requerido y el Estado requirente, de cumplir con lo establecido en la ley de la materia del estado requerido;
- La reproducción del texto de los preceptos de la ley del Estado solicitante que definan el delito y determinen la pena, y los que se refieran a la prescripción de la acción y de la pena así como la declaración autorizada de su vigencia en la época en que se cometió el delito;
- El texto auténtico de la orden de aprehensión, liberada contra el reclamado;
- Los datos y antecedentes del reclamado, que permitan su identificación, si es posible, lo relativo a su localización.

Si los documentos están redactados en el idioma del Estado requirente, deberán acompañar su traducción al idioma del Estado requerido y estar legalizados conforme al ordenamiento penal aplicable en este último; el cual, asimismo, al recibir la petición formal de extradición, la examinará, si la encontrara improcedente, no la recibirá y lo comunicará al solicitante; esto es, cuando la petición formal de extradición no cumpla los requisitos del tratado o de la ley, lo hará del conocimiento del Estado promovente para que subsane las omisiones o defectos señalados. Si el reclamado está sometido a medidas precautorias, deberá subsanar la petición en el término señalado.

Admitida la petición, el ministerio del Exterior del Estado requerido enviará la requisitoria al abogado o *attorney* de Estado acompañando el expediente, para que promueva ante el juez competente, el auto mandándola a cumplir y ordenando la detención del reclamado; y si procede, el secuestro de papeles, dinero u otros objetos en su poder, relacionadas con el delito imputado o que sean elementos de prueba, si así lo hubiere pedido el Estado solicitante.

La autoridad judicial competente es el juez de la jurisdicción donde se encuentre el reclamado. Si se desconoce el paradero de éste, será competente el juez que para el caso determine la legislación penal del Estado requerido. Por lo general, en la mayoría de los Estados que fueron estudiados el juez es irrecusable, lo actuado por el no admite recurso alguno, ni se admiten cuestiones de competencia.

Detenido el reclamado, comparecerá ante el juez de la causa, quien le hará conocer la petición de extradición y documentos que la acompañan. El reclamado nombrará al defensor. Si no lo tiene y desea hacerlo, se le presentará una lista de defensores de oficio. Si no lo designa, el juez lo hará en su lugar. El detenido podrá solicitar al juez el diferimiento de la audiencia, cuando el defensor, por no

estar presente no ha aceptado el cargo. El detenido será oído por sí o a través de su defensor y tendrá un número determinado de días (en México son tres) para oponer excepciones, que sólo podrán ser: 1. Que la petición no se apega al tratado o a las normas de ley aplicables; 2. Que la persona es distinta de aquella cuya extradición se pide. El detenido dispondrá de un plazo específico (en México veinte días) para probar sus excepciones, mismo que podrá ampliarse por el juez si así lo juzga conveniente (en nuestro país, previa vista al Ministerio Público, quien, en el mismo plazo, podrá rendir las pruebas que estime pertinentes).

Asimismo, atendiendo a la petición, las circunstancias personales y la gravedad del delito, el juez podrá, conceder al reclamado, si éste lo pide, libertad bajo fianza como si el delito se hubiere cometido en territorio del Estado requerido). Concluido el término para las excepciones, o antes, si las acusaciones ya fueron desahogadas, el juez dará a conocer en pocos días al ministerio del Exterior su opinión jurídica de lo actuado o probado ante él (el juez considerará de oficio las excepciones ya descritas, aun cuando no se hubieren alegado por el reclamado).

Con la opinión y el expediente del juez, el ministerio del Exterior dictará la resolución (el detenido permanecerá en el lugar donde se encuentra a disposición de la dependencia); disponiendo de no más de un mes hábil para resolver, si concede o rehúsa la extradición (en el mismo acuerdo, de proceder, se resolverá sobre la entrega de objetos relacionados con el delito imputado).

Si la autoridad rehúsa conceder la extradición, el reclamado será puesto inmediatamente en libertad; si la extradición se rehúsa porque el reclamado es nacional, el ministerio del Exterior notificará el acuerdo al detenido y al abogado o Fiscal de Estado, poniéndolo a su disposición y remitiéndole el expediente, para que se consigne el caso al tribunal competente. Por el contrario, si se concede la extradición, se notificará al reclamado, el cual tiene un plazo preciso (en México quince días) para impugnarla mediante el juicio de amparo o el habeas corpus según el sistema de derecho de que se trate; si no lo interpone o es negado en definitiva, el Estado requerido comunicará al Estado solicitante el acuerdo favorable a la extradición y ordenará la entrega del reclamado.

El abogado o attorney de Estado, previo aviso al ministerio del Interior o de Gobierno, entregará al reclamado al personal autorizado en el puerto fronterizo o a bordo de la aeronave que se designe al afecto. La intervención de las autoridades del estado requerido cesa en el momento en que la aeronave esté lista para emprender el vuelo. Si en sesenta días normales (Europa, Estados Unidos, Canadá y México) a partir del día siguiente en que el reclamado quede a disposición del Estado requirente, éste no se hace cargo de él, el reclamado recobrará su libertad y no podrá ser detenido ni entregado al mismo Estado, por el mismo delito que motivó la solicitud de extradición.

Coincidimos con Carlos Fontán Balestra⁷⁶⁷ al señalar que el principio fundamental de la reciprocidad internacional da carácter y confiere naturaleza jurídica a la extradición. Efectivamente, el argumento que se esgrime para sostener que es un acto de reciprocidad jurídica internacional, lo otorga el principio de la especialidad que gobierna esta institución. En base a este principio, el Estado que recibe al extraditado no puede extender su procesamiento a hechos distintos de aquel por el cual se concedió específicamente la extradición, ni someterlo a la ejecución de una condena diferente.

Como se ha demostrado a lo largo de la presente investigación, la extradición es una institución jurídica de derecho internacional penal y se encuentra incorporada a las legislaciones internas y a las prácticas internacionales de casi todos los países del mundo. Es un instrumento de cooperación entre los Estados para el control de la criminalidad interna e internacional. La justicia penal internacional se manifiesta y está vigente en la institución de la extradición que permite el reconocimiento de decisiones penales extranjeras; en el traslado de sentenciados que permite la ejecución de sentencias en un Estado extranjero; en la presentación de testimonio en países diferentes de aquel en el que tiene lugar el proceso penal; en los exhortos o cartas rogatorias; en fin en todos los actos de colaboración internacional en materia penal.

⁷⁶⁷ Fontán Balestra, Carlos. *Tratados de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina, 1980.

La extradición implica que sin perjudicar el ámbito de validez de la ley penal podremos trasladar el delincuente de un Estado a otro para aplicar al autor de un comportamiento delictivo las disposiciones de la justicia penal que elude al substraerse del ámbito territorial del país ante cuyo ordenamiento punitivo ha de responder refugiándose en otro.

Por otro lado, la institución de la extradición deja imperturbables los principios de la vigencia espacial de la ley penal, ya que confirma esos principios. También es de señalarse que se han desarrollado dispositivos de cooperación internacional penal a nivel administrativo, que se conocen, en los diferentes Estados, como cooperación formal e informal de <fuerzas de orden>, que colaboran en la persecución de la delincuencia en el ámbito internacional. Como ejemplo tenemos a la Organización Policiaca Internacional Criminal (INTERPOL), que es una estructura administrativa de cooperación internacional para el intercambio de información y asistencia mutua entre los Estados participantes.

En la aplicación de la ley penal en el plano internacional, la extradición es de gran valor en el orden político criminal; da singular valor a la aplicación especial de la ley penal, y el marco jurídico supranacional, ya que el sujeto aunque encuentra refugio en un Estado, debe de responder ante otro a través de la institución de la extradición. A partir de la segunda mitad del siglo XX, se ha visto favorecida porque las relaciones internacionales se han dinamizado, multiplicado y hecho más complejas; y porque el adelanto tecnológico en materia de comunicaciones facilita la información necesaria para que el delito no quede sin castigo.

Para concluir este apartado, advertimos que con la cooperación internacional penal, la soberanía estatal, relativa al *ius puniendi* está vinculada con las cuestiones y estructuras del derecho internacional penal y de las relaciones internacionales, en sus múltiples aspectos; por ejemplo, en la extradición se tienen que tomar en cuenta los principios de reciprocidad y legalidad, tanto como los principios de viabilidad práctica de los ordenamientos jurídico penales en el plano internacional, que surgen por la actuación delictiva del autor; por la actitud de evasión de la justicia penal del mismo cuando, comete infracciones en el territorio de uno o de varios Estados, y se refugia en el espacio territorial de otro.

Finalmente, constátase que un aspecto positivo de la extradición es que la readaptación y rehabilitación son mas efectivas cuando el individuo se encuentra en su ambiente geográfico natural y con la comunicación cultural y lingüística que le es propia; por ello, es muy importante la política que cada Estado sigue en materia de traslado de sentenciados.⁷⁶⁸

6.2.8. La extradición internacional en la perspectiva actual del sistema jurídico mexicano.

En todo Estado federal como el norteamericano, el canadiense o el mexicano, con sistemas jurídicos de consecuente corte constitucional federal, la institución de la extradición adquiere importancia y particularidades precisas que discurren en dos dimensiones complementarias, aunque diferentes: la extradición interestatal (entre entidades federativas), y la extradición internacional (entre Estados soberanos). En esta ocasión, en virtud de que nuestro tema principal apunta hacia el contenido de las reglas de cooperación y represión del derecho internacional penal, nos abocaremos a plantear algunas reflexiones en torno a la segunda de estas dimensiones.

⁷⁶⁸ Los sentenciados mexicanos que regresan a México para concluir aquí su pena obtienen los beneficios de la legislación nacional. El traslado de sentenciados a México beneficia a los nacionales porque el medio ambiente del país extranjero puede ser hostil, no está de acuerdo con su idiosincrasia; y la cultura, el clima, el idioma, la religión, pueden ser ajenos; sin descartar la importancia de los aspectos de salud y de familia. En relación al traslado de sentenciados, México tiene convenios con diferentes países para el traslado de condenados y cumplimiento de sentencias (Argentina, Bolivia, Canadá, España, Estados Unidos y Panamá). Conforme al Tratado Internacional de Intercambio de Reos, suscrito entre nuestro país y los Estados Unidos, se intercambiaron durante septiembre 1994 y septiembre 1995, 19 internos de nacionalidad mexicana y 56 de origen estadounidense (Consúltase el *Informe de Labores 1994-1995*, Secretaría de Gobernación, p. 54).

En efecto, en México la extradición, en sus dos modalidades, interestatal e internacional, está prevista en los párrafos segundo y tercero del artículo 119 constitucional. En el primer caso, cada estado y el Distrito Federal están obligados a entregar sin demora a los indiciados, procesados o sentenciados, así como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito, atendiendo a la autoridad de cualquiera otra entidad federativa que los requiera. Estas diligencias se practicarán, con intervención de las respectivas procuradurías generales de justicia, en los términos de los convenios de colaboración que, al efecto, celebren las entidades federativas. Para los mismos fines, éstas y el Distrito Federal podrán celebrar convenios de colaboración con el Gobierno Federal, quien actuará a través de la Procuraduría General de la República.

En el segundo caso, las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de nuestra Constitución, los Tratados Internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En estos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales. Entremos en materia.

i) La extradición internacional en el derecho constitucional mexicano.

El tema de la extradición internacional ha sido ampliamente tratado, abarcando tanto su regulación mediante tratados y convenciones, como su reglamentación a nivel nacional por diferentes países. En México han estado en vigor dos leyes de extradición, la de 19 de mayo de 1897 y la actualmente en vigor, que abrogó la anterior y que se publicó en el diario oficial correspondiente al 19 de diciembre de 1975. La doctrina extranjera es abundante y la nacional algo limitada; particularmente el aspecto constitucional solamente ha merecido breves referencias en obras preferentemente dedicadas al estudio del proceso penal. Por esta razón, procuraremos analizar en sus rasgos esenciales la extradición internacional en los rubros que tienen que ver con el derecho constitucional; no incursionaremos en el estudio del contenido de los tratados y convenciones que México ha suscrito.

El artículo 119 constitucional faculta al Congreso de la Unión para reglamentar la extradición internacional; implícitamente el Poder Legislativo, por virtud de dicho precepto, está facultado para dar una ley de extradición internacional.⁷⁶⁹ A partir de la reforma constitucional de 1993, toda solicitud de extradición que provenga del extranjero es competencia de los poderes federales; se eliminó la norma que daba injerencia a los jueces locales en las solicitudes de extradición que provienen del extranjero. Dada la diversidad de sistemas de gobierno que existen en el mundo, no podría tomarse como criterio para definir que una materia es federal porque lo fuera en el lugar en que fue emitida la solicitud de extradición.

La ley del fuero del lugar en que la extradición ha de obsequiarse proporcionaba un mejor criterio; esto es, será competente para conocer de una solicitud de extradición aquella autoridad, federal o local, que de conformidad con el sistema jurídico nacional sería la competente para conocer del mismo delito para el caso de que éste se hubiera cometido en el territorio nacional. Si se trata de delitos como los de piratería, tráfico de enervantes, contrabando, el competente para conocer de una solicitud de extradición será un juez federal; en caso de homicidio, robo, abuso de confianza, el conocimiento de la solicitud corresponderá a los jueces locales.

⁷⁶⁹ El artículo 119 constitucional fue modificado en 1993; en la reforma se tomaron en cuenta la experiencia, la jurisprudencia y la doctrina. Aunque fueron consideradas opiniones avanzadas, se conservaron ciertas deficiencias. Hay un cambio de forma: lo que era el artículo 122 pasó a ser la primera parte del nuevo 119. En lo sucesivo ya existe fundamento constitucional expreso para la entrega de indiciados y procesados al igual que personas condenadas por sentencia firme. Se prevé el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito. Esta era una ingente necesidad. En forma expresa se obliga a las autoridades del Distrito Federal a realizar la entrega. Se alude a una forma de intervención de las procuradurías de justicia y a convenios de colaboración entre las entidades federativas, el Distrito Federal y la federación.

El nuevo precepto constitucional ha venido a definir que toda extradición que provenga del extranjero es competencia de los poderes federales: debe ser tramitada por conducto del presidente de la república y resuelta por la autoridad judicial, en el caso los jueces federales. Para el ministerio público, autoridad encargada de acusar, la extradición internacional representa algunas dificultades. Es preciso ser cuidadoso en su tramitación. Dado el principio de especialidad, una vez que el presunto responsable se encuentra en territorio nacional las posibilidades de actuar están limitadas a lo que fue motivo de la solicitud de extradición.

En principio el agente del ministerio público no puede variar su solicitud ni hacerlo por diferentes delitos. Es factible, por lo general, que lo pueda hacer por lo que hace a delitos cometidos en territorio nacional, por la persona extraditada con posterioridad a su llegada. El ministerio público goza, dentro de su competencia, de una facultad general para acusar. En los casos de extradición la facultad pierde su generalidad y se convierte en específica y limitada al objeto de la extradición.

El juzgador sólo es competente para conocer de los delitos previstos en la resolución del juez que concedió la extradición. No goza de una facultad general para juzgar, no obstante que goce, al igual que el ministerio público, por lo que hace a otros casos, de una jurisdicción amplia. Conocer de otros delitos daría derecho al extraditado a recurrir fundadamente la resolución judicial. La extradición *constríñe la jurisdicción de los jueces*. En otras palabras, constituye una limitante a la jurisdicción de los jueces federales y que deriva de la Constitución.

Puede suceder que el ministerio público, una vez que el extraditado esté sujeto a proceso, tenga conocimiento de diversos delitos cometidos por el procesado con anterioridad a la solicitud de extradición y que precisamente por desconocerse no sean objeto de la solicitud. De conformidad con el artículo 10, fracción II de la *ley de extradición internacional*, el Estado que solicita la extradición no puede presentar nueva acusación contra el reo, excepto en dos casos, ambos presuponen un consentimiento por parte del extraditado: expreso cuando consiente libremente en ser juzgado, o tácito cuando habiendo quedado en libertad absoluta permanece en el territorio del país que lo extraditó. Éstas son seguridades que por ley los jueces nacionales están obligados a exigir cuando les es solicitada una extradición y que, asimismo, da México a los países que, a su vez, acuerdan favorablemente sus solicitudes.

El artículo establece una excepción expresa a la garantía individual establecida en el propio numeral 19 que prescribe que ninguna detención puede exceder del término de tres días; en los casos de extradición el término de detención puede llegar a ser de sesenta días naturales. Aunque la solicitud sea por un delito, no exista inconveniente en agregar en la acusación cuantos ilícitos proceda contra el extraditado. Lo anterior podría significar desvirtuar el asilo que los políticos buscan cuando huyen de su entidad por persecuciones de que son objeto por parte de sus enemigos en el poder. Conforme a lo dispuesto por las leyes, los tratados y la costumbre es común que se niegue también la extradición de nacionales, de reos de delitos militares o desertores y, por lo general, se obsequian solicitudes referentes a magnicidas. En la *ley de extradición internacional*, artículo 14, se dispone que: "Ningún mexicano podrá ser entregado a un Estado extranjero sino en casos excepcionales a juicio del Ejecutivo".

Las razones que han dado origen a un principio de esta naturaleza, que casi son de universal aceptación, son invocadas por varios doctrinarios mexicanos y latinoamericanos. En la práctica la norma es letra muerta; varios mexicanos han sido entregados a autoridades extranjeras sin mediar procedimiento de extradición, ante la complacencia de los jueces federales. Tal situación que ha venido constituyendo un tema de debate abierto por parte de la sociedad civil mexicana, se ha complicado a partir de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó (año 2000) el artículo 4º. del Código Penal Federal en el sentido de que sí es posible extraditar a nacionales mexicanos a petición de Estados extranjeros.

Por lo que se refiere a los servidores públicos a que hace referencia el artículo 111 constitucional, no pueden ser sujetos de un procedimiento de extradición, mientras tanto la Cámara de Diputados no emita la declaración de procedencia a que alude el mismo artículo. Hecho lo anterior y agotado el trámite judicial, el Presidente de la República, estará en posibilidad de resolver si entrega o no al

servidor público, a las autoridades del extranjero que lo soliciten; la discrecionalidad a que alude el artículo 14 de la *ley* no dispensa del trámite judicial: éste es *obligatorio en extradiciones internacionales*.

La extradición permitida en la *ley de extradición internacional* es definitiva en sus modalidades, la que se concede para que una persona sea juzgada y la que se concede para los efectos de que el extraditado compurgue su condena. No existe la extradición temporal. Ésta, a decir de Manzini, es aquella que se concede respecto de personas a las que en el país en donde se encuentra el presunto extraditado se encuentran sujetas a proceso y que, asimismo, es requerido para que responda de ilícitos cometidos en otros países y una vez que sean juzgados, si resultan culpables, es devuelto al primer país para que compurgue su primera condena y una vez concluida ésta sea de nueva cuenta remitido al segundo país para que haga lo mismo.

En la Constitución y en la *ley de extradición internacional* se contemplan varios supuestos por virtud de los cuales no se puede conceder una extradición, o que se exija preventivamente ciertos compromisos al Estado solicitante, como, por ejemplo:

- cuando se trata de reos políticos;
- personas que han tenido en el país requirente la calidad de esclavos;
- no se concede la extradición por delitos del orden militar;
- se concederá la extradición cuando el Estado solicitante se comprometa a no aplicar la pena de muerte; cuando sea factible hacerlo se debe conmutar esa pena por la prisión; pero ni la constitución ni la ley contemplan el caso en que por el delito por el que es requerido el delincuente proceda aplicar alguna de las penas prohibidas por el artículo 22 constitucional;
- no debe obsequiarse una solicitud cuando el delincuente puede ser condenado a ser mutilado, azotado, apaleado o infamado; para el caso de ser alternativa una de esas penas con la prisión, la extradición debe ser concedida siempre y cuando el Estado requirente se comprometa a aplicar solamente esta última.

Cuando el Estado mexicano da curso a una extradición y envía la solicitud correspondiente a la autoridad judicial y ésta acuerda favorablemente la misma, a la autoridad ejecutiva, en este caso el ministerio público y a la policía judicial, no le queda más alternativa que obedecer a la autoridad judicial y entregar al sujeto pasivo de ella a la autoridad que lo requiere, no es potestativo hacerlo. La facultad discrecional corresponde al juez. La expulsión de un extranjero a un tercer Estado, puede servir para eludir los inconvenientes que podría acarrear una negativa judicial de extradición formulada por un país que pueda ejercer actos de presión sobre el país en el que encontró refugio una persona.

ii) Algunos problemas que plantea la extradición en el derecho internacional privado mexicano.

Para concluir nuestro capítulo, consideramos conveniente hacer algunos comentarios respecto a los principales problemas que la figura plantea hoy en día en relación con el derecho internacional privado mexicano.

A. Orden Público.

Como se ha dicho anteriormente, cuando un juez conoce de una solicitud de extradición internacional está obligado a determinar si la figura delictiva por la que se acusa a una persona es delito tanto en México como en el país solicitante; ese esfuerzo lo compele a tomar en cuenta el derecho extranjero. Esta obligación que tiene compromete la institución del orden público; cuando una persona a extraditar es ya condenada, el juez requerido debe cerciorarse que en el procedimiento respectivo se le haya permitido el derecho de defensa, con todo lo que la institución significa.

También, y por razón de su sistema, está obligado a cerciorarse de que al presunto extraditado no le será aplicada ninguna de las penas a que hace referencia el artículo 22 constitucional; si de conformidad con la ley penal del Estado requirente, al delincuente cuya extradición se solicita procede

aplicarle la pena de mutilación, sin existir castigo alternativo, aunque la ley y la constitución no lo digan, por razón de orden público, debe negar la extradición; para el caso de ser la mutilación y la de prisión penas alternativas, debe conceder una extradición condicionada y obtener el compromiso de la autoridad requirente de que no aplicará la mutilación y sí la de prisión.

Por otra parte el juez que solicita la extradición debería estar obligado a reconocer ciertos derechos que para el extraditado derivan del derecho mexicano, como, por ejemplo, para el caso de haber una condena de prisión, debe computar el tiempo en que el extraditado estuvo en prisión en cárceles mexicanas durante el tiempo que duró su trámite de envío; el juez mexicano, por su parte, está obligado a consignar en el documento de envío el plazo que duró la detención para ser tomado en cuenta.

B. Fraude a la ley.

Generalmente se reconoce que el fraude a la ley puede derivar exclusivamente de actos de los particulares; pero no estaría de más examinar la posibilidad de que un Estado, en sus relaciones con otros, actúe dentro de campos en los que hasta ahora se ha estimado excluido. Un Estado, tomando en cuenta la legislación de otros Estados vecinos, a los que normalmente recurren sus nacionales en busca de asilo, podría convertir delitos políticos en comunes con el fin de tramitar y obtener la extradición de enemigos de un grupo en el poder. En un Estado represor, adecuar su legislación penal y hacer coincidir sus tipos delictivos a los que existen en otros países con el ánimo de obtener extradiciones, podría ser *actuar en fraude a la ley*. En estos casos la sutileza de los jueces y de los abogados defensores debe ser llevada al máximo grado.

Por su parte los presuntos extraditados pueden incurrir en fraude a la ley, cuando tratan de eludir su envío al país que los requiere. Una de las formas podría ser el cometer un delito en el país en el que se encuentra el individuo, para con ello caer bajo la jurisdicción de sus jueces y no ser expulsado mientras tanto no se dicte sentencia y, en su caso, compurgue su condena. Esto podría ser muy factible cuando se tiene conciencia de que el tiempo corre a su favor, ya sea por cuanto a que se espera un cambio en las relaciones de poder existentes en el Estado reclamante; ya sea por cuanto a que se espere que fallezcan o desaparezcan testigos de cargo esenciales para acreditar la acusación o, incluso, por cuanto a que por estar prófugo de la justicia esté en espera de la prescripción.

Por lo que hace a personas cuya extradición se solicite que compurgue una condena, recurrir a tal expediente pudiera significar ser recluso en un sistema penitenciario más benigno que el existente en el país requirente. En la docta opinión del jurista Elizur Arteaga Nava, en estos casos la función del juez es bastante delicada; no puede declinar el conocimiento de la causa sobre la que tiene jurisdicción. La autoridad administrativa no puede dejar de acatar la sentencia judicial que condena a un reo. La figura de la expulsión podría venir en auxilio de ambos. Para el caso de que se tema que testigos esenciales pudieran desaparecer, la figura de la extradición temporal y para los efectos del proceso, pudiera ser útil.

C. Institución desconocida.

Cuando en el artículo 6 de la ley de extradición nacional se dispone: <<Darán lugar a la extradición los delitos internacionales definidos en la ley penal mexicana si recurren los requisitos siguientes: I. Que sean punibles conforme a la ley penal mexicana y a la del Estado solicitante (...)>>; se está descartando solicitudes de extradición, basadas, entre otras razones, en el principio de institución desconocida.

Esto quiere decir que, tomando en cuenta que los legisladores de los diferentes países, aunque hacen referencia a hechos similares para considerarlos delictivos y, por lo mismo, sancionarlos, recurren a técnicas y fraseología diferentes, ello puede dar lugar a que las figuras delictivas no sean exactamente iguales en la legislación de dos países. Tal situación entonces, obliga al juez penal mexicano a recurrir a la técnica jurídica para que, sin violación de los derechos constitucionales del individuo, adapte la figura penal extranjera a su propia legislación; en tal tarea no debe deformar, forzar o violentar la

figura para hacerla entrar o encuadrar dentro de la legislación mexicana. Pero tal circunstancia no significa que debe haber exactitud total en ambos textos y que por presentarse minucias en la redacción se llegue a negar la extradición.

En todo caso la ley extranjera debe ser interpretada como una ley penal y que, por lo mismo, debe tomar en cuenta los principios que conforme a la legislación nacional regulen ese tipo de interpretación.

CONCLUSIONES GENERALES.

El derecho internacional penal hoy es una realidad disciplinaria patente e indiscutible. Existe como un campo diferente y constituye una rama específica del derecho internacional general, nueva y autónoma, cuyo fundamento, fuentes, objeto, sujetos y método se originan y desarrollan en el contexto internacional y corresponden a los procesos propios de la dinámica social actual, esto es, no se derivan del orden jurídico penal interno de los Estados proyectado al ámbito externo, como ocurre en el caso del denominado derecho penal internacional con el cual, ciertamente, comparte áreas e instituciones y establece relaciones de cooperación y complemento.

La actualidad y relevancia del tema del derecho internacional penal radica en el hecho fundamental de que una comunidad internacional anómica, anárquica y descentralizada requiere cada vez más de la existencia de un nuevo orden jurídico internacional, que necesariamente descansa en una concepción humanista y normativa del poder y del sistema de relaciones internacionales, y se exprese dentro de los verdaderos valores y alcances de la justicia universal como categoría histórica, en el marco del derecho internacional existente hasta ahora, pero con un considerable incremento de instrumentos y normas nuevas, con una racional adecuación de las estructuras tradicionales, y con una ampliación sustantiva del contenido de justicia, equidad y ética. Hoy se busca con mayor insistencia en los círculos progresistas del pensamiento jurídico y social y en los ámbitos de la toma de decisiones, la política y el derecho, replantear las avasalladoras tesis del positivismo, del realismo político y del neoliberalismo, que han sido tan demandadas para fundamentar las causas, las formas de regulación y los diferentes métodos de explicación de la realidad internacional, y tan proclives a un argumento cada vez más desgastado, riesgoso e insuficiente en términos de progreso compartido, tolerancia, igualdad, humanidad, paz y armonía, respeto a los derechos humanos, justicia social y desarrollo ético.

La ética internacional como crítica se funda en el convencimiento de que no es suficiente pensar globalmente o aun éticamente en términos globales, sino que es necesario razonar críticamente también. Hoy día, cada vez más mentes reflexivas comparten esta conclusión meta-ética, no como sitio de destino, sino como punto de arranque para el desarrollo de una *ética sustantiva*. Y sólo en este contexto, según nuestra apreciación, será posible una vinculación teórico-práctica del Derecho Internacional como ciencia prescriptiva y las Relaciones Internacionales como ciencia explicativa, al servicio del conocimiento desalienante y el bien común. Existe un asentimiento generalizado por demandar modelos de organización política y jurídica que sean prácticos y a la vez justos y éticos como el nuevo derecho internacional penal. A pesar de las diferencias culturales, muchos individuos percibimos vías para reconciliar nuestros intereses inmediatos con los de la colectividad; para anteponer la búsqueda del bien común al mero logro del beneficio personalizado. Mucha gente desea ser tratada éticamente y hacer lo mismo con los semejantes; deseo que comparten muchos actores y sujetos del escenario global. En diferentes campos y niveles de la actividad humana se presentan actitudes individuales y colectivas que, a contracorriente, propenden a la legitimidad política y jurídica que debe subyacer a toda autoridad gubernamental nacional e internacional.

Como juristas e internacionalistas, hemos expresado nuestra profunda convicción en los valores éticos y normativos universales, y en su recuperación crítica y dialéctica, para reafianzar el compromiso que tienen el derecho internacional y las relaciones internacionales para el logro del orden, el progreso y el bienestar de la comunidad humana, a contracorriente de una dinámica global desprovista de valores humanos y de principios naturales supremos. Con este razonamiento y en relación con nuestra disciplina del derecho internacional penal, que deja todavía a los Estados soberanos un amplio margen de maniobra en las relaciones internacionales, la actitud ética habrá de tener permanentemente el cometido de ofrecer criterios e imponer límites a este vasto margen de actuación política. El derecho internacional y las relaciones internacionales requieren de un fundamento ético-normativo. Un *nuevo orden mundial* no es excluyentemente jurídico, económico o político, sino integral y total, y no puede crearse ni estructurarse solamente con leyes, tratados, convenciones y reglamentos. Asimismo, el compromiso en favor de los derechos humanos presupone una conciencia de la responsabilidad y los deberes, y ello concierne por igual al pensamiento y al sentimiento de los hombres. En consecuencia,

a largo plazo, el derecho internacional y las relaciones internacionales no tienen ni tendrán consistencia alguna sin una actitud ética, por lo que difícilmente habrá un nuevo orden jurídico y político mundial sin una actitud ética mundial.

Nos desenvolvemos ostensiblemente una era en la que nuestro modo de vida se ve amenazado por nuevos e invisibles riesgos, que acechan a nuestras sociedades en todos niveles y espacios. Nos referimos a la transnacionalización del delito y la violación amplificada del orden social, el efecto más perverso del crimen organizado en todas sus manifestaciones. Con el crimen organizado transnacional y las violaciones graves a los derechos humanos, auténticas estructuras multinacionales del delito, que buscan el máximo beneficio y el mínimo riesgo, así como los *modus* más lucrativos de actividad ilegal, se está amplificando lo que denominamos un *estado anómico o patológico de la sociedad global*, esto es, una verdadera patología inscrita en el cuadro actual del derecho y las relaciones internacionales. En esta lógica, convendría reconfirmar que el derecho internacional penal cobra hoy enorme e inusitada relevancia porque vivimos en el contexto de una sociedad global de características conflictuales y patológicas, donde imperan la violencia, el caos y el desorden, la inseguridad, el demérito de los valores, el genocidio y la tortura, las conductas delictuosas, los crímenes, los delitos y las infracciones a la ley, así como la impunidad en todas sus amplias y variadas connotaciones.

El derecho internacional penal es un sistema legal cuyas normas e instituciones están a diario ensanchándose y renovándose a cada paso, conforme evoluciona y se transforman la sociedad internacional y las relaciones internacionales; pero que no existe una difusión adecuada en todos sus niveles, de sus méritos para mantener un orden entre los Estados dentro de un marco normativo, para evitar el delito, la violencia y el caos, y para lograr un grado de cooperación cada vez mayor. Empero, por encima de las dificultades, percibimos que la disciplina se va imponiendo por sí misma pues está fundamentada en la razón misma de las cosas y ha ido ganando más y más seguidores, aunque no todavía en el número necesario ni con el entusiasmo que esta materia requiere, ni tampoco en los países más necesitados de su acción: los *subdesarrollados*. Ante esta realidad, nos declaramos optimistas de este derecho, pues consideramos que en situaciones de desajuste, delito y caos como la que hoy vivimos, es precisamente cuando mejor se perciben los valores del orden legal internacional. Ciertamente, la controversia permanente sobre sus fuentes, su aplicación, su interpretación, su técnica, sus alcances, habrá de continuar en el futuro, pero eso no le resta significación ni disminuye su efectividad, ni su tendencia a mejorar. A fin de cuentas, no existe alternativa ni hay sustituto de ese derecho, porque es un factor probado que evita el caos, el conflicto, la violencia y la criminalidad.

El derecho internacional penal resulta de la convergencia de cuatro ramas del derecho, a saber, el derecho internacional, el penal, el humanitario y los derechos humanos, situación que al mismo tiempo ha sido la causa de su ambigüedad como género autónomo. Para efectos de un primer acercamiento a la precisión del concepto y del término en cuestión, se esbozaron los principales enfoques teóricos que han intentado delimitar el conjunto de normas legales que debieran ser agrupadas bajo esta disciplina. Lo cierto es que difícilmente podríamos arribar a un concepto único y universalmente válido, que englobe consensualmente lo que debemos entender por *derecho internacional penal*, tanto por lo que respecta a su naturaleza, contenido y fundamento, como por lo que concierne a las fuentes, la organización interna y la estructura-función de aplicación, más aún si consideramos que este nuevo campo disciplinario se encuentra en plena formación y evolución, y que se trata de cuestiones nada sencillas que nunca han quedado del todo aclaradas como también ocurre en el propio terreno epistemológico del derecho internacional general. Aunque esta realidad objetiva nos explicaría la razón de que proliferen tantas doctrinas y escuelas de pensamiento, y tan múltiples y variados enfoques teóricos, perspectivas analíticas y paradigmas explicativos, a lo largo de nuestra tesis fue tarea constante lograr un argumento original con una visión y aproximación teórica propias.

Un derecho *penal* internacional (arraigado territorialmente) es incapaz de hacer frente a las nuevas exigencias penales en el área internacional, precisándose, entonces, elaborar un verdadero derecho *internacional penal*, término que implica que es el derecho internacional el que debe determinar la elaboración de lo penal y no éste la de aquél. En realidad, no se pretende nada nuevo. De la misma

manera que los elementos nacionales, en cada Estado, modelan el derecho y por ende la ley penal, en el área internacional los elementos internacionales deben modelar el orden penal. Desde esta perspectiva sería erróneo pues, pretender que la técnica y sistema penal nacional, si cabe esta expresión como la que puede comprender todas las técnicas y sistemas penales nacionales, se aplique al ámbito internacional penal. Luego entonces, ante esta imposibilidad caben dos actitudes, una de renuncia que, curiosamente, se pronuncia por la exigencia de la responsabilidad penal en casos como los de Nüremberg y otra, de afirmación, es decir, que se pronuncia por la elaboración de un nuevo derecho internacional penal, que debe efectuarse desde 'arriba' y no desde 'abajo' y sin forzosamente servirse de la técnica y sistemas penales nacionales.

Hay criterios que no argumentan a favor de la existencia de un derecho internacional penal, como una disciplina evolutiva, autónoma y con naturaleza propia, pues amén de que se ubican en una posición radicalmente monista y cerrada, sólo le conceden un carácter adjetivo, secundario y colateral respecto del derecho penal interno de los Estados. Y esto no es así, más aún si se toman en cuenta el nuevo contexto de la sociedad global, la agudización del estado anómico que caracteriza a la sociedad internacional actual, la intensificación y diversidad de las instituciones y formas de cooperación penal internacional, así como la reciente instauración y puesta en operación de la Corte Penal Internacional, organismo supranacional de carácter permanente y autónomo, con una normativa propia y original en gran medida. Por ello, propusimos como contenido básico de nuestra disciplina, tres niveles sistemáticos, a saber: i) la *subjetividad* (sujetos), ii) la *objetividad* (objeto) y, iii) la *metodología* (método de aplicación) de la ciencia internacional penal. Esto mismo podría expresarse en otras palabras, como: los *autores de las infracciones internacionales* (sujetos), la *definición de las infracciones internacionales* (objeto) y la *represión de las infracciones internacionales* (método).

En general, las fuentes del derecho internacional penal son similares a las del derecho internacional general y comparten prácticamente la misma problemática, como la que representa un sistema limitado por el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que por su cerrazón obstaculiza la creación de normas jurídicas de carácter más justo y democrático. Además, la aplicación práctica de las fuentes tradicionales del derecho internacional general al derecho internacional penal presenta algunos otros problemas, como el hecho de que las fuentes del primero aplican a los Estados y no a los individuos mientras que en el segundo, rige la represión de las infracciones para estos últimos. Otra traba para el derecho consuetudinario, reposa en la existencia de pocos antecedentes en cuanto a la represión de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidios, con la excepción de crímenes de guerra nazis después de la segunda guerra mundial. Así que difícilmente puede esperarse la formación de una práctica requerida por el derecho de la costumbre. Idéntica situación, incluso más difícil aún, se presenta respecto del derecho internacional procesal antes de la creación de la Corte Penal Internacional, con sus Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba.

Por lo que respecta a las resoluciones de organismos internacionales en el derecho internacional penal, cabe reflexionar que este punto especial ha sido prácticamente ignorado por los tratadistas y publicistas del derecho internacional. No obstante, es inobjetable que el sistema de Naciones Unidas, a través de su Asamblea General, su Consejo de Seguridad, los organismos especializados y los regionales —en menor medida—, pueden funcionar como agentes de creación de normas jurídicas internacionales en materia penal. No es que trate de un proceso legislativo directo o estatuario como afirman algunos publicistas, sino que ante un vacío legal, y ante la insuficiencia y la lentitud del mecanismo legislativo internacional, este proceso de características políticas que se denomina *diplomacia penal parlamentaria*, tiene un considerable valor, por ejemplo, para: refinar conceptos jurídicos penales, a través de su examen general; introducir con precisión el elemento de la *opinio juris*; clarificar problemas jurídicos del orden punitivo transestatal; estimular la reglamentación de nuevas funciones internacionales penales; interpretar y aplicar la Carta de las Naciones Unidas o las cartas constitucionales de otros organismos, principalmente los de competencia criminal; así como, revelar o introducir nuevos principios de derecho internacional penal.

La criminalización internacional de ciertos comportamientos imputables a los individuos ha persistido por largo tiempo con un carácter meramente normativo, sin acompañarse de la institucionalización de mecanismos internacionales de represión. Sólo los tribunales nacionales han sido competentes para

juzgar a los autores. Se puede hablar tal vez de derecho penal internacional, más no se trata de derecho internacional penal, en el sentido exacto de la expresión: definida internacionalmente, la infracción permaneció, en todos los casos, exclusivamente sancionada en el plano nacional, en tanto que se requería de una competencia universal. Parece prevalecer todavía la célebre fórmula del Tribunal de Nüremberg, según la cual las infracciones en derecho internacional son cometidas por los hombres y no por las entidades abstractas, y que es sobre la punición de los autores de estas infracciones que pueden tener efecto las disposiciones del derecho internacional. Este criterio impone que, cuando ciertos principios fundamentales son violados, el encubrimiento estatal se materializa, de suerte tal que los verdaderos autores de los crímenes aseguran su impunidad. O sea que, en los casos en que los crímenes son cometidos por el Estado mismo, o en su nombre, o encubiertos por él, es vano esperar que las jurisdicciones internas habrán de sancionar a los culpables quedando abierta la puerta de la impunidad. En este sentido, es en tratándose de crímenes cometidos por los gobernantes y, de entrada, por el jefe de Estado, que debe enfocarse la acción del derecho internacional penal.

También hay que reconocer que en ausencia de textos explícitos y de precedentes jurídicos pertinentes, resulta difícil construir un escenario para la instauración de la responsabilidad penal de las organizaciones internacionales. A los obstáculos ya revelados a propósito de la responsabilidad de los Estados se añaden los específicos a las instituciones internacionales que son el producto de su voluntad colectiva, universal o regional, y cuya capacidad jurídica internacional resulta más limitada porque su personalidad jurídica es menos "autónoma" *de jure* y *de facto*. Asimismo, el orden jurídico internacional no se ocupa de la empresa sino de modo incidental, no la contempla sino en su forma transnacional, es decir no la considera sino en función de la dispersión transnacional de su patrimonio y de sus intereses. El establecimiento de la responsabilidad internacional penal de las personas morales se enfrenta inevitablemente a numerosas dificultades prácticas, como consecuencia ineluctable de su definición extremadamente amplia y la ausencia de unanimidad sobre su calidad de sujetos de derecho internacional. Además, sólo una parte de los derechos nacionales admite y organiza la responsabilidad penal de las personas morales. Frente a este predominio del derecho nacional, las aportaciones del derecho internacional penal son hoy extremadamente limitadas. Por su parte, las organizaciones criminales constituyen uno de los autores de las infracciones más importantes y quizá la parte más delicada, más difundida y, paradójicamente, menos tratada y conocida en su contenido actual. La noción de organización criminal no está plasmada como tal en el derecho internacional penal: de la ausencia de un reconocimiento de su personalidad jurídica deriva la imposibilidad de imputarles las conductas de sus miembros.

La agresión forma parte de esas violaciones particularmente graves de alcances internacionales que son en lo sucesivo reconocidas como crímenes, los cuales son cometidos no solamente por individuos, sino aun por los Estados. Si bien, el principio de una responsabilidad penal individual por un crimen internacional ya ha sido reconocido, su equivalente estatal no lo ha sido en consecuencia. El crimen de agresión, en tanto que crimen de Estado, requiere de un sistema de sanciones colectivas instituido por la Carta de las Naciones Unidas y de un régimen jurídico de la responsabilidad que permanece aun en definición en la CDI. La formulación del concepto de agresión en tanto que crimen internacional camina lentamente. Su connotación penal es de uso aparentemente difícil para un órgano que emprende decisiones de naturaleza esencialmente política. El Estado evade toda inculpación pues la puesta en marcha de una responsabilidad penal no ha podido todavía iniciarse en el nivel estatal. Son los individuos quienes serán condenados por acusación del crimen de agresión ante la CPI. Más será difícil continuar ocultando la persona estatal e irá disminuyendo el rol del Consejo de Seguridad si el crimen de agresión llega a tomar forma definida en el derecho internacional penal. Inversamente, la atribución a la CPI de la función consistente en constatar el acto de agresión, en contra de una decisión adoptada en la materia por el Consejo de Seguridad, sería difícilmente concebible. El sistema contemporáneo de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales sería profundamente trastocado.

Estando a favor de la justicia penal internacional, tenemos el deber de señalar que el ejercicio de esta justicia se ha tornado, ciertamente, más difícil que la administración de la justicia penal interna. Esto se explica por dos razones principales estrechamente vinculadas. En primer término, los tribunales penales internacionales no residen por principio en los países donde los crímenes que entran en su

competencia han sido cometidos. Se sitúan en un país lejano, como es el caso del TPIY, o en un país vecino, como en el del TPI para Ruanda. En todo caso, no están ubicados en los lugares del crimen. En suma, no constituyen el *forum delicti commisi*. Esta dificultad podría ser fácilmente superada si los tribunales internacionales estuvieran dotados de poderes normalmente atribuidos a las jurisdicciones penales internas, esto es, el poder de tomar los medios de prueba y de citar a los testigos a comparecer, el poder de hacer ejecutar los mandatos de la sentencia por las fuerzas del orden bajo la autoridad del tribunal, y otros poderes similares. Aunque ellos disponen de poder para deliberar los mandatos de la sentencia así como para citar a comparecer, no pueden ejecutar los actos derivados del ejercicio de tales poderes.

Resulta indispensable que la comunidad internacional instaure la justicia penal internacional y la consolide. Dando por hecho que la justicia, por definición, no debe ser selectiva, los actuales tribunales *ad hoc* deberían dar lugar a la CPI que además de ser permanente está dotada de una competencia general. La justicia internacional está exigida de imperativos éticos y morales. Más es igualmente en razón de imperativos prácticos que se impone el recurso a los tribunales penales internacionales. En tanto que no se obligue a los responsables de crímenes execrables que laceran la conciencia de la humanidad a rendir cuentas, el odio étnico y el resentimiento nacionalista, el deseo de venganza y los gérmenes de la violencia armada se perpetuarán y continuarán amenazando la paz tanto interna como internacional. Es en la búsqueda de una justicia verdaderamente internacional, imparcial y equitativa que podremos responder a todos los peligros de la manera más civilizada y constructiva. A diferencia de los tribunales *ad hoc*, la CPI podrá, por sus propias características técnicas y jurídicas, convertirse en un factor para aminorar y combatir las fuerzas políticas radicales o encubridoras, las limitaciones económicas y la desaparición de las condiciones que atenten contra la garantía de un juicio imparcial a los acusados por los crímenes más graves de trascendencia internacional. Además de brazo ejecutor de la justicia penal internacional, la CPI y sus instrumentos se han convertido en factores de apoyo a la evolución de los conceptos y las figuras jurídicas internacionales, tal es el caso de las definiciones de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, que definitivamente son reflejo de la codificación y desarrollo acumulado a lo largo del siglo XX.

El Estatuto de Roma se puede considerar el primer código internacional de derecho penal que, aunado a los Elementos de los Crímenes llegan a constituir lo que puede considerarse como la primera *Parte General* completa del Derecho internacional penal, pese a que pueda no tener la mejor técnica legislativa, lo cual queda salvado por el éxito de haber concatenado las muy diversas tradiciones jurídicas de la casi totalidad de Estados del orbe. Por tanto, será difícil que con la adopción del Estatuto de Roma, sus Reglas de Procedimiento y Prueba y la exhaustiva y clara definición de los Elementos de los Crímenes, se pueda cuestionar que la humanidad en su conjunto no se ha aproximado a un verdadero sistema de justicia penal internacional. El sistema que adoptará la Corte, aprehendido de sus antecesores inmediatos, está diseñado para mantener un sistema de justicia eficiente y efectivo que, al mismo tiempo, busca proteger a los individuos inocentes, de frivolidades y vejaciones políticamente motivadas para las investigaciones y el proceso. El desarrollo de la justicia penal internacional es ahora visto desde muy amplios sectores de opinión como una exigencia ética, una necesidad jurídica y un imperativo político.

Dependiendo de las disposiciones constitucionales en un Estado dado, cada uno puede requerir de una revisión y posibles cambios en su derecho interno. La medida en que un Estado dado tendrá que hacer cambios a su legislación nacional para equipararla con el sistema legal de la CPI, dependerá de la estructura constitucional y legal de ese Estado. Algunos podrán ratificar el Estatuto sin cambios en su derecho interno, cuando las obligaciones del Estado automáticamente se hacen parte de esa legislación. Otros necesitarán un orden legal muy elemental, declarando la ley sustantiva y los procedimientos de cooperación del Estatuto como parte del derecho endógeno, y haciendo caso omiso de cualquier ley con la que pueda haber incompatibilidad. En la mayoría de casos, empero, la implementación no es tan simple, y un Estado debe hacer cambios específicos para adecuar el derecho interno con sus obligaciones internacionales. En tales casos, los Estados querrán conducir una revisión de la legislación nacional para identificar los cambios que conllevan sus obligaciones de conformidad con el Estatuto. Ciertamente, la implementación de una legislación nacional efectiva se

preparará tanto para enjuiciamientos nacionales de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra como para la cooperación con la Corte, conforme a los términos del Estatuto.

Haciendo un balance objetivo de algunos de los principales argumentos de incompatibilidad que el Gobierno de México ha esgrimido en base al análisis comparativo constitucional frente al Estatuto de Roma, parece fuera de toda duda que será bastante difícil el camino hacia la aprobación del Estatuto y su ratificación, más aún si se pondera que la firma del instrumento se hizo dos años después de la Conferencia de Roma e, incluso, aprovechando la coyuntura de los tiempos políticos mexicanos, esto es, el final de un sexenio caótico y desangelado. Por el momento, el hito de la contracorriente a la aprobación se encuentra en el Congreso de la Unión, dominado por la oposición —desorientada, ignorante, coyunturista y “partidizada”— al régimen actual (principalmente el Senado). Y en esta tarea debe quedar claro sobremanera que la CPI sólo actuará en casos muy extremos como respuesta a la gravedad de los crímenes cometidos, según las características de determinada situación criminal individual y, tras verificar una serie de condiciones locales o estatales, debiendo cumplir con criterios de competencia y admisibilidad preestablecidos.

Las autoridades mexicanas deben considerar que para un Estado Parte, la obligación estatal asumida de juzgar debidamente a los nacionales acusados de crímenes de suma gravedad, como lo son los de competencia de la Corte, se traduce en un factor de estabilidad social interna y soporte estatal, pues ante las facultades que ostenta la Corte, los nacionales saben que existe un fiscal internacional que, en determinado momento, podría respaldar al Estado a través de la confirmación de parte de la CPI, de que las investigaciones y los procesos han sido correctamente llevados. Además de que, indudablemente, formar parte de la CPI y asegurarse de que existen una serie de reglamentos de cooperación y diligencia del derecho aplicable en el nivel interno, a su vez, se traducirá en la modernización de los sistemas penales nacionales. Además, esto ayudará a especificar las figuras penales existentes, ya que como es sabido, la Corte no ha codificado sobre nada nuevo, antes bien ha reunido y sistematizado la normatividad internacional penal asegurando la perpetuidad y operatividad del respeto a los derechos humanos.

Cualquiera podría pensar que el esfuerzo que aduce haber realizado el Senado fue demasiado para la conclusión simple y llana a la que arribó a principios del 2003. Sin embargo, podemos aducir que se ha logrado al menos una mayor toma de conciencia y mejor técnica jurídica por parte de estos legisladores de la Cámara alta que no se han distinguido precisamente por esas cualidades. Habrá que esperar un poco más para tener mejores resultados. Al adecuarse la Constitución de México a la normatividad de la CPI, por una parte, se salva el requisito de constitucionalidad que deben tener los tratados internacionales de que México sea parte y así, este instrumento al ser incorporado en el derecho interno, se situará exactamente por debajo de la Constitución pero por encima de la normatividad secundaria y los sistemas jurídicos estatales, los cuales posteriormente habrán también de reformarse o adherirse a lo que estipule la Constitución y el derecho aplicable del tribunal internacional, ya que por el hecho de reconocerse el Estatuto de Roma, éste será Ley Suprema de toda la Unión.

La jurisdicción universal es una base excepcional para que un Estado juzgue a un criminal extranjero por ofensas no cometidas ni dentro de su territorio ni contra sus nacionales. Actualmente, existe consenso respecto del carácter excepcional de este derecho, ya que pretende proteger los valores e intereses más fundamentales de la comunidad internacional, sin embargo debe distinguirse del principio *aut dedere aut judicare*. Además, un factor relevante para determinar si una conducta está sujeta a la jurisdicción excepcional es la doble *opinio juris* respecto tanto de su *status* como crimen internacional, como de que está de hecho circunscrita a jurisdicción universal. También hoy en día se considera que la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio están sujetos a jurisdicción universal. Asimismo, existe una creciente práctica de los Estados respecto del ejercicio de la jurisdicción universal, aunque se le critica el que supuestamente constituye un ataque a la soberanía de otros Estados. Lo cierto es que hay un consenso en la sociedad global de que ciertos crímenes son un golpe a la conciencia humana, los cuales no deberían quedar impunes, y que los perpetradores de esos crímenes son considerados enemigos de la humanidad.

En su parte final, nuestra investigación se dedicó al estudio de lo que hoy se considera la más elaborada de las reglas internacionales en materia de cooperación penal: la extradición de los autores de las infracciones internacionales. Se trata de la más típica e importante de todas las formas de cooperación internacional en el campo penal. Es una de las instituciones mayormente estudiadas en la doctrina universal, pero de las menos difundidas entre los no penalistas y el público no especializado. Ha sido ampliamente escrutada y justificada en su fundamento y ahora es susceptible de nuevos desarrollos y aplicaciones a pesar de las reservas que ha suscitado y de la variedad y heterogeneidad de sus manifestaciones. La vitalidad del instituto se demuestra sobre todo por el hecho del número de convenciones colectivas que tienen por objeto y consideran delitos y crímenes internacionales. Como lo han asentado diferentes tratadistas, la extradición ha interesado a tres campos de derecho: el internacional, el penal y el procesal, restando por realizarse su análisis desde la perspectiva del derecho constitucional y del internacional privado.

La extradición es un instrumento de defensa de la sociedad internacional; una regla internacional de cooperación penal que busca la salvaguardia social contra la impunidad del delito y el crimen, configurando un esquema socio-jurídico que proporciona eficacia y eficiencia a la justicia punitiva, impidiendo que un delincuente que se refugia en un país extranjero quede sin penalización por la infracción que cometió. Específicamente en el campo del derecho internacional penal, constituye el mecanismo jurídico y político más adecuado e indispensable en la tarea que tienen los Estados, los organismos y la sociedad internacional en su conjunto para combatir y prevenir el delito y evitar que éste quede sin tratamiento punitivo. Es una institución de asistencia jurídica que se desarrolla esencialmente en el plano internacional y cuya normatividad corresponde tanto al derecho internacional público, en virtud de tratarse de convenios entre Estados, como al derecho internacional privado porque se aplica a personas físicas. En la extradición se despliegan facultades políticas y diplomáticas, concurren autoridades de los respectivos gobiernos afectados, y es de gran significación en el plano del derecho internacional administrativo.

Finalmente, hoy que se discute intensamente en los foros nacionales y mundiales la aprobación e implementación del derecho constitucional sustantivo y del derecho reglamentario adjetivo de la Corte Penal Internacional, se convalida la justificación de incursionar y profundizar en el estudio, enseñanza, difusión y operación del derecho y la justicia internacional en materias del orden criminal. Ha quedado demostrada la necesidad social de incrementar el alcance de la ciencia jurídica internacional penal, abrir la discusión consensada y parlamentaria para su elaboración, acelerar la producción de normas penales en un proceso fluido y participativo, generar un cuerpo de sanciones efectivo y reglas jurídicas sanas, amén de deban restringirse razonablemente los efectos nocivos de las decisiones políticas y de las acciones globalizadoras, pues cuando éstas desbordan la norma jurídica, así sea ligeramente, afectan la naturaleza y funcionamiento del sistema legal en general y del orden penal en particular.

BIBLIOGRAFIA Y FUENTES DE INFORMACION BASICA

1. Antolisei, Francesco. **Manual de Derecho Penal**. Themis, Bogotá, 1988.
2. Acosta, Estévez, José B. **El Proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia**. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.
3. Aguiar, Asdrúbal. **Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado**. Monte Avila Editores Latinoamericana, C.A., Caracas, Venezuela, 1997.
4. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (coordinador). **Veinte Años de Evolución de los Derechos Humanos**. IJ-UNAM, México, 1974.
5. Ambos, Kai. **Impunidad y Derecho Penal Internacional**. Editorial Ad Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1997.
6. Ambos, Kai. **Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint**. Journal European de Droit International, Vol. 7, No. 4, Firenze Ferronia, Italia, 1996.
7. Ambos, Kai. **El Papel de la Fiscalía en un Tribunal Penal Internacional**. Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Nos. 58-59, Diciembre, 1997, Ginebra, Suiza.
8. Ambos, Kai. **Nuevo Derecho Penal Internacional**. INACIPE, México, 2002
9. Amnistía Internacional. **Desapariciones Forzadas y Homicidios Políticos. La Crisis de los Derechos Humanos en los Noventa**. EDAI, Madrid, España, 1994.
10. Amnistía Internacional. **Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional**. EDAI, Madrid, España, 1999.
11. Amnistía Internacional. **Tribunales Penales Internacionales. Manual sobre Cooperación de los Gobiernos**. EDAI, Madrid, España, 1997.
12. Andrade Sánchez, Eduardo. **Instrumentos Jurídicos contra el Crimen Organizado**. IJ-UNAM-Poder Judicial de la Federación, México, 1997.
13. Arasse, Daniel. **La Guillotine et L'imaginaire de la Terreur**. De Labor, París, Francia, 1987.
14. Arnaiz, Amigo, Aurora. **Soberanía y Potestad**. DGPFE-UNAM, México, 1999.
15. Arroyo, Pichardo, Graciela. **Metodología de las Relaciones Internacionales**. Oxford University Press, México, 1999.
16. Ascencio, Hervé, Decaux Emmanuel y Pellet, Alain. **Droit International Pénal**. Editions A. Pedone, CEDIN Paris X, Francia, 2000.
17. Baratta, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal**. Siglo XXI Editores, México,
18. Bassiouni, M.Chérif. **Derecho Penal Internacional. Proyecto de código penal internacional**. Tecnos, Madrid, España, 1984.
19. Baylis John y Smith Steve. **The Globalization of World Politics. An Introduction to International Relations**. Oxford university Press, New York, 1997.
20. Becerra Ramírez, Manuel. **Derecho Internacional Público**. McGraw-Hill, UNAM, México, 1997.
21. Becerra Ramírez, Manuel. **El factor jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la Comunidad de Estados Independientes**. IJ-UNAM, México, 1992.
22. Becerra Ramírez, Manuel. **Derecho Internacional Público**. Enciclopedia Jurídica del IJ-UNAM, México 2002.
23. Benavides, Luis. **"The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope"**. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. I, IJ-UNAM, México, 2001.
24. Bidart, Campos, Germán. **Teoría General de los Derechos Humanos**. UNAM, México, 1993.
25. Blanc, Altemir, Antonio. **La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional**. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1990.
26. Boggiano, Antonio. **Relaciones Judiciales Internacionales**. Abeledo-Perrot, SAE el, Buenos Aires, Argentina, 1990.
27. Burton, J.W. **Teoría General de las Relaciones Internacionales**. FCPSUNAM, México, 1986.

28. Cano, Ponce, Vicente Eduardo. **Nuestro Derecho Penal Internacional**. Tesis de Licenciatura en Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Ministerio de Educación, 1961.
29. Carnelotti, Francesco. **El Problema de la Pena**. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1976.
30. Carrancá y Rivas, Raúl. **El Drama Penal**. Editorial Porrúa, México, 1982.
31. Carrancá y Trujillo, Raúl. **Derecho Penal Mexicano**. Porrúa, México, 1980.
32. Carrara, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**. Themis, Bogotá, 1972.
33. Castellanos Tena, F. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**. Porrúa, México, 1992.
34. Colín Sánchez, Guillermo. **Procedimientos para la Extradición**. Porrúa, México, 1993.
35. Comisión Nacional de Derechos Humanos. **Compilación de Documentos Nacionales e Internacionales en Materia Penitenciaria**. CNDH, México, 1996.
36. Concha Malo, Miguel. **Los Derechos Políticos como Derechos Humanos**. La Jornada Ediciones-CIICH-UNAM, México, 1994.
37. Corcuera, Santiago y Guevara, José Antonio (compil.). **Justicia Penal Internacional**. Universidad Iberoamericana, México, 2001.
38. Cortés Ibarra, Miguel Angel. **Derecho Penal**. Cárdenas editor. México, 1987.
39. Cox Robert W. y Sinclair Timothy J. **Approaches to World Order**. Cambridge University Press, New York, 1995.
40. Cuello Calon, Eugenio. **Derecho Penal**. Bosch, Barcelona, España, 1975.
41. Chadwick, Elizabeth. **Self-determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict**. The Hayue, USA, 1996.
42. Chayes Abram y Handler Chayes, Antonia. **The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements**. Harvard University Press, Cambridge, EUA, 1995.
43. Cherif Bassiouni, M. **Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional**. Técno, Madrid, España, 1984.
44. Cherif Bassiouni, M. **Crimes Against Humanity in International Criminal Law**. Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1992.
45. Del Arenal, Celestino. **Introducción a las Relaciones Internacionales**. Red Editorial Iberoamericana-México, 1993.
46. De la Barreda Solórzano, Luis. **Justicia Penal y Derechos Humanos**. Porrúa, México, 1998.
47. Despouy, Leandro. **Los Derechos Humanos y los Estados de Excepción**. IIJ-UNAM, México, 1999.
48. De Albuquerque, Mello, Celso D. **Direito Penal e Direito Internacional**. Librería Freitas Bastos, S.A., Rio de Janeiro, Brasil, 1988.
49. Díez Sánchez, Juan José. **El Derecho Penal Internacional (Ámbito Espacial de la Ley Penal)**. Editorial COLEX, Madrid, España, 1990.
50. Drnas de Clément, Zlata. **Jurisdicción Internacional Penal**. Revista de la Facultad de Derecho, Nueva Serie, Vol. 4, No. 2, Universidad de Córdoba, Argentina, 1996.
51. Ebile Nsefum, Joaquín. **El Delito de Terrorismo. Su concepto**. Montecorvo, Madrid, 1985.
52. Fierro J., Guillermo. **La Ley Penal y el Derecho Internacional**. Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1977.
53. Fiore, Pascuale. **Tratado de Derecho Penal Internacional y de la Extradición**. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, España, 1880.
54. Fix-Zamudio, Héctor. **México y las declaraciones de derechos humanos**. CIADH-IIJ-UNAM, México, 1999.
55. Fix-Zamudio, Héctor. **México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999.
56. Frisch Philipp, Walter. **Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional**. Editorial Porrúa, México, 1998.
57. Galassi, Barbara. **La Giuridizioni Penale Internazionale ei Crimini Internazionali dell' Individuo alla luce dei Lavori della Comissione del Diritto Internazionale**. La Comunita Internazionale Press, Roma, Italia, 1995.
58. Garofalo, Rafael. **La Criminología Internacional**. Madrid, 1980.
59. García, Ramírez, Sergio. **Derecho Penal**. McGraw Hill-IIJ-UNAM, México, 1998.
60. García, Ramírez, Sergio. **Los Derechos Humanos y el Derecho Penal**. SEP, México, 1976.

62. García Ramírez, Sergio. **Estudios Jurídicos**. IJ-UNAM, México, 2000.
63. García Ramírez, Sergio. **Delincuencia Organizada. Antecedentes y Regulación Penal en México**. Porrúa, México, 2000.
64. García Ramírez, Sergio. **La Corte Penal Internacional**. INACIPE, México, 2002.
65. Giffard, Camile. **Guía para la Denuncia de Torturas**. Human Rights Centre-Universidad de Essex, Reino Unido, 2000.
66. Gil, Gil, Alicia. **El Derecho Penal Internacional. El caso especial del genocidio**. Tecnos, Madrid, España, 1999.
67. Giuseppe, Maggiore. **Derecho penal**. Themis, Bogotá, 1981.
68. Gómez-Robledo, Verduzco, Alonso. **Extradición en el Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes**. IJ, UNAM, México, 2000.
69. Gómez-Robledo, Verduzco, Alonso. **Temas Selectos de Derecho Internacional**. IJ-UNAM, México, 1999.
70. González Quintanilla, José Arturo. **Derecho Penal Mexicano**. Porrúa, México, 1997.
71. Gozaíni, Osvaldo Alfredo. **El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos (Vínculos y autonomías)**. IJ-UNAM, México, 1995.
72. Guevara, José A. y Valdés, Mariana (compil.) **La Corte Penal Internacional. Ensayos para la Ratificación e Implementación de su Estatuto**. UIA, ICC, SRE, México, 2002.
73. Heller, Hermann. **La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional**. FCE, México, 1995.
74. Huet, André y Koering-Joulin, Renée. **Droit Pénal International**. Thémis Press Universitaires de France, París, 1993.
75. Huntington, Samuel P. **La Tercera Ola. La democratización a finales del siglo XX**. Paidós, Argentina, 1995.
76. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Sistema Penales y Derechos Humanos en América Latina**. Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1984.
77. Instituto de Investigaciones Jurídicas. **La Ciencia del Derecho durante el Siglo XX**. IJ-UNAM, México, 1998.
78. International Criminal Court. **Manual for the Ratification and Implementation of the Rome Statute**. Rights & Democracy-ICCLRCJP, Vancouver, Canadá, 2000.
79. Jiménez de Asua, Luis. **La Ley y el Delito**. Hermes editorial, Sudamérica, 1986.
80. Karpets, Igor. **Delitos de Carácter Internacional**. Edit. Progreso, Moscú, URSS, 1983.
81. Keohane, Robert. **Neorealism and its Critics**. Columbia University Press, New York, 1986.
82. Krippendorff, Ekkehart. **Las Relaciones Internacionales como Ciencia. Introducción**. FCE, México, 1985 (reimpresión 1993).
83. La Rosa, Anne-Marie. **Dictionnaire de Droit International Pénal**. Presses Universitaires de France, París, 1998.
84. Lee, Roy, S. **The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues. Negotiations. Results**. Kluwer Law International, New York, USA, 1998.
85. Lerner, Natán. **Minorías y Grupos en el Derecho Internacional. Derechos y Discriminación**. CNDH, México, 1991.
86. Lombois, Claude. **Droit Pénal International**. Précis Dalloz, París, Francia, 1979.
87. López, Goldaracena, Oscar A. **Derecho Internacional y Crímenes contra la Humanidad**, Asociación Americana de Juristas, Montevideo, Uruguay, 1986.
88. López Rey, Manuel. **Nuevos Aspectos y Problemas del Derecho Internacional Penal**. Imprenta Universitaria, México, 1951.
89. Márquez Piñero, Rafael. **Derecho Penal y Globalización**. Porrúa, México, 2001.
90. Massé, Michel. **Droit Pénal International**. Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Compare, No. 4, Octubre-Diciembre, París, Francia, 1998.
91. Mattarollo, Rodolfo. **Responsabilidad por Violaciones a los Derechos Humanos y Obligación de Indemnizar según el Derecho Internacional**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1991.
92. McCormack, T.L.H. y Simpson, G.J. **A New International Criminal Law Regime?** Netherlands International Law Review, Vol. XLII, No. 2. La Haya, Países Bajos, 1995.

93. Melendez, Florentín. **La Suspensión de los Derechos Humanos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** Talleres de Imprenta Criterio, San Salvador, C.A., 1999.
94. Morineau, Marta. **Una Introducción al Common Law.** IIJ-UNAM, México, 1998.
95. Navarrete, Tarcisio, et.al. **Los Derechos Humanos al Alcance de Todos.** Editorial Diana-CDHDF, México, 2000.
96. Neufeld, Mark A. **The Restructuring of International Relations Theory.** Cambridge University Press, New York, 1995.
97. Ojeda Velázquez, Jorge. **Derecho Punitivo.** Edit. Trillas, México, 1993.
98. Ojeda Velázquez, Jorge. **Derecho de Ejecución de Penas.** Porrúa, México, 1985.
99. Ordoñez Cifuentes, José Emilio. **La Cuestión Étnico Nacional y Derechos Humanos: El Etnocidio. Los problemas de la definición conceptual.** IIJ-Corte Constitucionalidad de la República de Guatemala, México, 1996.
100. Orozco, José Luis. **Pragmatismo e Inteligencia Política Global.** Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2000.
101. Pallares, Eduardo. **Prontuario de Procedimientos Penales.** Porrúa, México, 1984.
102. Pavón Vasconcelos, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano.** Porrúa, México, 1982. Edición actual, 1990.
103. Pellegrini Grinover, Ada. **Cooperación Internacional en el Proceso Penal: Líneas Evolutivas y Garantías Procesales.** Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No. 2, Montevideo, Uruguay, 1996.
104. Plascencia, Villanueva, Raúl. **Teoría del Delito.** IIJ-UNAM, México, 1998.
105. Porte Petit Candaudap, Celestino. **Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal.** Porrúa, México, 1983.
106. Pralus, Michel. **Etude en Droit Pénal International et en Droit Communautaire d'un Aspect du Principe Non Bis in Idem: Non Bis.** Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Compare, No. 3, Juillet-Septembre, París, France, 1996.
107. Quintano Ripollés, Antonio. **Tratado de derecho penal internacional e internacional penal.** Tomos I y II. Instituto "Francisco de Vittoria", Madrid, 1957.
108. Ramella, Pablo, A. **Crímenes Contra a Humanidade.** Río de Janeiro, Brasil, 1987.
109. Ramírez, Delgado, Juan Manuel. **Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad.** Porrúa, México, 1997.
110. Ramón, Chornet, Consuelo. **La Intervención Humanitaria en Derecho Internacional.** Trotta Editorial, Madrid, España, 1995.
111. Ramón, Chornet, Consuelo. **Terrorismo y Respuesta de Fuerza en el Marco del Derecho Internacional.** Trotta Editorial, Madrid, España, 1994.
112. Remiro Brotóns, Antonio. **El Caso Pinochet. Los Límites de la Impunidad.** Editorial Biblioteca Nueva, S.L., Madrid, 1999.
113. Revue Internationale de Droit Pénal. **La Regionalización del Derecho Penal Internacional y la Protección de los Derechos Humanos en los Procesos de Cooperación Internacional en Materia Penal.** RIDP, Nouvelle Serie, Vol. 66, Nos. 1-2, Pau, Francia, 1995.
114. Rico, José María. **Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea.** Siglo XXI Editores, México, 1979.
115. Rico, José María. **Crimen y Justicia en América Latina.** Siglo XXI, México, 1998.
116. Ríos, Cabrera, Ana María. **El Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Crímenes Perpetrados en Ruanda.** Justicia, Nos. 3-4, Barcelona, España, 1996.
117. Saldaña, Javier. **Problemas Actuales sobre Derechos Humanos. Una Propuesta Filosófica.** IIJ-UNAM, México, 1997.
118. Serrano Migallón, Fernando. **El Asilo Político en México.** Porrúa, México, 1998.
119. Silva Sánchez, J.M., B.Shünemann y J. de Figueiredo Díaz (coordinadores). **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal.** J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 1995.
120. Sottile, Antoine. **Le Problème de la Création d'une Cour Pénale Internationale Permanente.** Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques, Gêneve, Suisse, 1951.

121. Strapatsas, Nicolaos. **La Jurisdicción Universal y la Corte Penal Internacional**. Universidad de Québec, Canadá, 2002.
122. Sunga, Lyal, S. **Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations**. Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
123. Taylor, Ián, Walton, P., et.al. **Criminología Crítica**. Siglo XXI Editores, México, 1985.
124. Tissot, J. **El derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo. Introducción filosófica e histórica al estudio del derecho penal**. Góngora y Compañía editores, Madrid, 1980.
125. Touraine, Alain. **Crítica de la Modernidad**. FCE, México, 2000.
126. Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos. **Hacia un Nuevo Orden Jurídico Internacional**. FCPS-Facultad de Derecho, UNAM, México, 1984.
127. Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos. **Temas Selectos del Nuevo Derecho Internacional. Reestructuración general del nuevo derecho internacional. Perspectivas al siglo XXI**. FCPS, UNAM, México, 1994.
128. Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos. **Derecho Internacional Ambiental. Política y régimen jurídico de las áreas naturales protegidas de México**. Instituto de Ecología-UNAM, SEP, CONACYT, México, 1992.
129. Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos. **"El Derecho Internacional Penal y la Justicia Penal Internacional en el Tercer Milenio"**. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000-2001, Vol. I, pp. 363-446.
130. Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos. **El derecho internacional frente al proceso globalizador**. CRI-FCPyS-UNAM, México, 1996.
131. Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos. **"El Derecho Internacional Penal y la Jurisdicción Universal en el Caso Slobodan Milosevic"**. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. III, IIJ, UNAM, México, 2003
132. Vieira, A.,Manuel. **El Delito en el Espacio. Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal**. Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1969.
133. Villarreal, Lucinda. **La Cooperación Internacional en Materia Penal**. Editorial PAC, S.A. de C.V., México, 1997.
134. Friedman, Wolfgang. **La Nueva Estructura del Derecho Internacional**. Trillas, México, 1967.
135. Villalobos, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. Porrúa, México, 1990.
136. Wallerstein, Immanuel. **Después del Liberalismo**. CIICH-UNAM-Siglo XXI Editores, México, 1996.