

La validez de los tribunales penales internacionales

Antonio Riva Palacio Lavín

No. cta. 4-0002651-2

Asesora: Dra. Carla Huerta Ochoa

Facultad de Derecho de la UNAM

Seminario de Filosofía del Derecho



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

Me gustaría agradecer a todos aquellos que me apoyaron durante la preparación de este trabajo, pero en particular,

a mi familia; a mis padres, hermanos y abuelos, que siempre me han alentado en los múltiples esfuerzos en que he participado;

Moni, Arrocha, y Cámara quienes me inspiraron a terminar la tesis; Ingmar, quien revisó mi español;

Aye, Leti y Pam; mis amigas con quienes compartí momentos únicos e inigualables;

Addy, que siempre estuvo ahí, y que sin saberlo, me apoyó en maneras que no puedo agradecer suficiente; Pato, que estuvo cuando más he necesitado a un amigo;

mis compañeros de equipo; Addy, Adrián, Angie, David, Irma, Linda, Magda, Mayan, Miguel, Moni, Nadine, Pablo, Rafita, Roberto, saben que con ustedes pasé los mejores momentos de mi carrera;

Hazael y Montoya, Chava e Iker, Jason, Fusco y Sim que llevamos una vida de conocernos;

mis amigos que conocí en la UNAM, Zeind y Abraham, Héctor, Chucho, Mariana, Checa, el Ché, Mauro, Paulina, Diana, Maraina, Beto, Óscar, Pavel, Cachó, Andrea, Mauricio, Jarvis, Leo y el Pavo;

Amparito, Elba, Erick, Valladares, Ligia y Andrea con quienes compartí grandes momentos en KSCA; Maricarmen, Adriana, Ana, y Benoit, que seguimos en KSA;

Mayan, quien tanto me apoyó al inicio de este trabajo;

los doctores Carlos Rodríguez Manzanera y Juan de Dios Gutiérrez Baylón, cuyas clases en gran medida fueron las que me inspiraron a concluir derecho; la doctora Carla Huerta, mi asesora, cuya visión y comentarios me ayudaron infinitamente a lo largo de la preparación de este trabajo;

*a todos los que compartieron conmigo,
de una u otra manera, el "Jessup".*

El derecho se considera obligatorio porque representa el sentido de lo bueno de la comunidad: es un instrumento del bien común. El derecho se considera obligatorio porque se aplica mediante el brazo fuerte de la autoridad: puede ser, y frecuentemente es, opresivo. Ambas respuestas son correctas; y ambas son tan solo medias verdades.

- Edward Hallett Carr

“En nombre de las millones de víctimas inocentes del terror fascista, en nombre del fortalecimiento de la paz en todo el mundo, en nombre de la paz en todo el mundo, en nombre de la seguridad de los pueblos en el futuro, presentamos en contra de los acusados un cargo completo y justo: es el cargo de toda la humanidad, de la voluntad y la conciencia de los pueblos amantes de la paz.”

- Gral. Roman Andreyevich Rudenko, Fiscal Ruso en Nuremberg

夏草や
兵どもが
夢の跡

・松尾 芭蕉

Índice

ÍNDICE.....	I
TABLA DE ABREVIATURAS	V
I.INTRODUCCIÓN	1
II.CUESTIONES PRELIMINARES.....	7
A. CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL	7
B. CONCEPTO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL	12
1. <i>Delitos internacionales</i>	15
2. <i>Delitos transnacionales</i>	23
3. <i>Delitos nacionales</i>	24
C. FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL	25
1. <i>Fuentes directas o principales</i>	28
a. Tratados internacionales	28
b. Costumbre internacional	29
c. Principios generales de derecho internacional	32
i. Principio de irretroactividad en derecho internacional general.....	37
d. Principios generales de derecho penal internacional.....	39
i. Principio de territorialidad.....	41
ii. Principio de nacionalidad	42
iii. Principio de irretroactividad en derecho penal internacional.....	44
2. <i>Fuentes indirectas o subsidiarias</i>	46
a. Decisiones judiciales.....	46
b. Doctrina	49
3. <i>Otras fuentes</i>	49
a. Resoluciones de organismos internacionales	49
b. Normas <i>erga omnes</i>	50
c. <i>Ius cogens</i>	51
D. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL NACIONAL Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	53
III.EL IUSNATURALISMO Y IUSPOSITIVISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL	56
A. LA TEORÍA IUSNATURALISTA Y LAS NORMAS INTERNACIONALES	57
1. <i>El iusnaturalismo en la antigüedad</i>	58
2. <i>Iusnaturalismo teológico</i>	61
a. Santo Tomás de Aquino.....	63
b. Crítica al iusnaturalismo teológico.....	68
3. <i>Iusnaturalismo empírico o realista</i>	69
a. Contractualismo o doctrina del contrato social	69

ii.

b.	La doctrina de los derechos fundamentales del Estado	73
c.	La doctrina de la necesidad del derecho.....	76
4.	<i>Iusnaturalismo racionalista</i>	78
a.	El iusnaturalismo racionalista de Finnis.....	79
i.	Concepto de derecho.....	80
ii.	La validez y obligatoriedad del derecho	82
b.	Crítica al pensamiento de Finnis	85
5.	<i>Los eclécticos iusnaturalistas: Hugo Grocio y Emerich de Vattel</i>	88
6.	<i>Crítica al iusnaturalismo en general</i>	90
7.	<i>La validez iusnaturalista en el ámbito internacional</i>	92
B.	LA TEORÍA IUSPOSITIVISTA Y LAS NORMAS INTERNACIONALES	93
1.	<i>Evolución del iuspositivismo</i>	96
2.	<i>El iuspositivismo normativista de Kelsen</i>	98
a.	Norma fundante básica y validez del derecho	99
b.	El derecho internacional bajo la teoría kelseniana	101
3.	<i>El iuspositivismo suave de Hart</i>	103
a.	Regla de reconocimiento.....	105
b.	Eficacia del sistema jurídico	108
c.	El derecho internacional bajo la teoría hartiana	109
i.	Los conceptos de obligación y sanción a nivel internacional.....	111
ii.	La sujeción del Estado a un orden normativo	114
iii.	La regla de reconocimiento a nivel internacional	115
4.	<i>Críticas al iuspositivismo como una teoría del derecho internacional</i>	117
5.	<i>Otras teorías relevantes</i>	121
a.	Escuelas voluntaristas	122
i.	Consensualistas.....	122
ii.	Auto-limitación.....	124
iii.	Críticas a las escuelas voluntaristas	125
b.	Escuelas realistas	129
i.	Política de poder (<i>power politics</i>).....	129
ii.	Teoría de orientación política (<i>policy oriented theory</i>).....	130
iii.	Convivencia pacífica	131
iv.	Críticas a estas teorías.....	132
c.	<i>Pacta sunt servanda</i> como fundamento del derecho internacional	134
IV.	LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES	137
A.	LOS PRECURSORES DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES DEL SIGLO XX	137
B.	LOS TRIBUNALES MILITARES INTERNACIONALES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	139
1.	<i>El Tribunal de Nuremberg</i>	142
a.	Antecedentes	142

b.	La derrota de Alemania y la Declaración de Berlín	145
c.	El establecimiento del Tribunal de Nuremberg.....	149
2.	<i>El Tribunal de Tokio</i>	152
a.	Antecedentes	153
b.	La derrota de Japón.....	158
c.	El establecimiento del Tribunal de Tokio y el juicio de los principales criminales de guerra.....	163
3.	<i>Críticas más relevantes en contra de los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial</i>	165
C.	LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES AD HOC PARA LA EX YUGOSLAVIA Y RWANDA.....	169
1.	<i>El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia</i>	170
a.	Antecedentes	171
b.	La disolución del Estado Yugoslavo y la crisis humanitaria en el territorio de la ex Yugoslavia	175
c.	Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia	180
2.	<i>El Tribunal Penal Internacional para Rwanda</i>	183
a.	Antecedentes	184
b.	El genocidio rwandés de 1994	189
c.	Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Rwanda	190
3.	<i>Jurisdicción y competencia de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc</i>	193
4.	<i>Crítica a los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc</i>	197
D.	LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	202
1.	<i>Antecedentes</i>	203
2.	<i>Establecimiento de la Corte</i>	206
3.	<i>El Estatuto de Roma</i>	210
a.	Jurisdicción y competencia	211
b.	Admisibilidad y complementariedad de la CPI.....	214
4.	<i>Críticas a la CPI</i>	216
E.	TRIBUNALES MIXTOS E INTERNACIONALIZADOS.....	219
F.	CONCEPTO DE TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	223
V.	LA VALIDEZ DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES	226
A.	VALIDEZ DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES EN LA TEORÍA IUSPOSITIVISTA DE Kelsen	227
1.	<i>Los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial</i>	230
2.	<i>Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc</i>	234
3.	<i>La Corte Penal Internacional</i>	239
B.	LA DOCTRINA DE HART Y LAS ESCUELAS REALISTAS.....	241
C.	EL IUSNATURALISMO DE SANTO TOMÁS Y DE FINNIS TAMBIÉN EXPLICAN LA VALIDEZ DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES.....	243
1.	<i>Los Tribunales Penales Internacionales fueron creados por las autoridades competentes correspondientes</i>	243

2.	<i>No obstante las sentencias de estas instituciones, los Tribunales Penales Internacionales no imponen cargas desiguales</i>	245
3.	<i>La creación de los Tribunales Penales Internacionales es una medida encaminada a obtener el bien común</i>	247
4.	<i>Los Tribunales Penales Internacionales son mecanismos para alcanzar la justicia</i>	254
D.	NO EXISTE NINGÚN IMPEDIMENTO PARA ENJUICIAR A LAS PERSONAS CULPABLES DE COMETER DELITOS INTERNACIONALES ANTE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES	257
1.	<i>El ejercicio de jurisdicción por parte de los Tribunales Penales Internacionales no viola el principio de irretroactividad</i>	258
a.	El derecho sustantivo aplicado ya formaba parte de la costumbre internacional previo al ejercicio de jurisdicción 260	
b.	En caso de que se haya aplicado derecho sustantivo retroactivamente, el principio de justicia material es preponderante en estos casos	264
2.	<i>El ejercicio de jurisdicción sobre los acusados por los tribunales penales internacionales es válido</i> ...	269
a.	No existe inmunidad sobre los delitos internacionales competencia de los tribunales penales internacionales ...	269
b.	La doctrina del acto de Estado no exime a los acusados de su responsabilidad penal individual.....	272
3.	<i>Los Tribunales Penales Internacionales son tribunales establecidos conforme a derecho</i>	273
4.	<i>Los Tribunales Penales Internacionales son independientes e imparciales</i>	275
5.	<i>Los Tribunales Penales Internacionales no violan la soberanía estatal de los Estados que gozan de jurisdicción en virtud de los principios de territorialidad y de nacionalidad</i>	277
E.	CONVENIENCIA DE JUZGAR LOS DELITOS INTERNACIONALES ANTE TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES 279	
1.	<i>Las leyes de amnistía y los Tribunales Penales Internacionales</i>	281
	VI.CONCLUSIONES	286
	BIBLIOGRAFÍA	291
A.	LIBROS Y COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS.....	291
B.	ARTÍCULOS.....	297
C.	RESOLUCIONES JUDICIALES Y DEMÁS DECISIONES RELEVANTES	299
1.	<i>Decisiones de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente Internacional de Justicia</i>	299
2.	<i>Decisiones de otros tribunales internacionales</i>	300
3.	<i>Decisiones de tribunales nacionales</i>	302
D.	LEGISLACIÓN, TRATADOS, CONVENIOS Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....	303
E.	DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS Y DEMÁS ORGANIZACIONES Y ORGANISMOS INTERNACIONALES.....	306
F.	OTROS	310

Tabla de abreviaturas

Capítulo VII	Capítulo VII de la Carta
Carta	Carta de San Francisco de la Organización de las Naciones Unidas
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Convenio de Londres	Convenio celebrado entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas para la prosecución y sanción de los grandes criminales de guerra del Eje Europeo
CPI	Corte Penal Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
Estatuto de Roma	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (adoptado el 17 de julio de 1998, entrada en vigor el 1 de julio de 2002), UN Doc A/CONF.183/9.
Estatuto del TMI	Charter of the International Military Tribunal (Estatuto del Tribunal Militar Internacional, adjunto al Convenio de Londres), <i>United Nations Treaty Series</i> , 1951, vol. 82 (Estatuto del TMI).
Estatuto del TMILO	Charter of the International Military Tribunal for the Far East (promulgado el 19 de enero de 1946, reformado el 26 de abril de 1946), <i>Treaties and Other International Acts Series</i> , No. 1589.
Estatuto del TPIR	UNSC “Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda” (8 de noviembre de 1994) UN Doc S/RES/955, enmendado y modificado mediante UNSC Res 1165 (30 de abril de 1998) UN Doc S/RES/1165, UNSC Res 1329 (30 de noviembre de 2000) UN Doc S/RES/1329, UNSC Res 1411 (17 de mayo de 2002) UN Doc S/RES/1411, UNSC Res 1431 (14 de agosto de 2002) UN Doc S/RES/1431, y UNSC Res 1512 (27 de octubre de 2003) UN Doc S/RES/1512.
Estatuto del TPIY	UNSC “Estatuto del Tribunal Internacional” (20 de mayo de 1993), UN Doc S/25704, Anexo, y UN Doc S/25704/Corr.1, enmendado y modificado mediante UNSC

Res 1166 (13 de mayo de 1998) UN Doc S/RES/1166, UNSC Res 1329 (30 de noviembre de 2000) UN Doc S/RES/1329, y UNSC Res 1411 (17 de mayo de 2002) UN Doc S/RES/1411.

ONU o Naciones Unidas	Organización de Naciones Unidas
para(s).	párrafo(s)
SCAP	<i>Supreme Commander for the Allied Powers</i> (Comandante Supremo de las Potencias Aliadas)
TMI o Tribunal de Nuremberg	Tribunal Militar Internacional
TMILO o Tribunal de Tokio	Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente
TO	<i>Teritorijalna odbrana</i> (Fuerzas de defensa territorial)
TPIR o Tribunal Penal Internacional para Rwanda	Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables del Genocidio y Otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el Territorio de Rwanda y de los Ciudadanos Rwandeses Presuntamente Responsables de Genocidio y otras Violaciones de esa Naturaleza cometidas en el Territorio de Estados Vecinos entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1994
TPIY o Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia	Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991
Tribunales Ad hoc o Tribunales Penales Internacionales Ad hoc	TPIY y el TPIR
Tribunales Militares Internacionales	Tribunal de Nuremberg y el Tribunal de Tokio
UN Doc	<i>United Nations Document</i> (Número de documento de las Naciones Unidas)
UNAMIR	<i>United Nations Assistance Mission for Rwanda</i> (Misión de Asistencia para Rwanda de las Naciones Unidas)
UNGA	<i>United Nations General Assembly</i> (Asamblea General de

	las Naciones Unidas)
UNGA Res	<i>United Nations General Assembly Resolution</i> (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas)
UNPROFOR	<i>United Nations Protective Force</i> (Fuerza de Protección de las Naciones Unidas)
UNSC	<i>United Nations Security Council</i> (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas)
UNSC Res	<i>United Nations Security Council Resolution</i> (Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas)
UNSG	<i>United Nations Secretary General</i> (Secretario General de las Naciones Unidas)
UNTAET	<i>United Nations Transitional Authority for East Timor</i> (Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental)

I. INTRODUCCIÓN

Esta tesis es sobre la validez de los tribunales penales internacionales que fueron creados después de la Segunda Guerra Mundial (el Tribunal de Nuremberg y el Tribunal de Tokio), los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc creados en relación con la disolución de la ex Yugoslavia y el genocidio en Rwanda, y la Corte Penal Internacional. Actualmente, la mayoría de juristas dedicados al estudio del derecho internacional acepta la validez de la creación y establecimiento de los tribunales penales internacionales, pero todavía existen algunos críticos que niegan la validez de los mismos, y difícilmente podríamos decir que el debate en torno a su validez haya sido resuelto de manera definitiva. Habría que reconocer desde este momento que nosotros consideramos que dichas instituciones son válidas y que en realidad, en esta tesis, buscamos averiguar si es posible justificar nuestra postura. Nosotros analizamos la validez de estas instituciones a través del pensamiento de ciertos juristas iuspositivistas y iusnaturalistas, en particular, de H. L. A. Hart, Hans Kelsen, Tomás de Aquino y John Finnis, y de su postura respecto de la validez del derecho. No pretendemos presentar una crítica exhaustiva ni mucho menos una visión completa del pensamiento de estos autores, sino que intentaremos limitarnos al tema de validez y de cómo han concebido al derecho internacional y la validez de éste. Analizar por qué fueron establecidos los tribunales penales internacionales es analizar un problema histórico, sociológico, ético, en fin, de otras disciplinas, sin embargo, haremos referencia a las mismas en la medida que sea estrictamente necesario para efectos de nuestra tesis. Nuestro propósito no es analizar estos fenómenos, sino argumentar qué se puede utilizar como un punto de partida para analizar si dichas instituciones pueden considerarse válidas dentro del marco de las teorías *iusnaturalistas* y *iuspositivistas*.

El término “validez” se refiere a un concepto que varía según la corriente de pensamiento a que nos refiramos y como en este trabajo comentamos dos corrientes distintas, el iuspositivismo y

2.

el iusnaturalismo, presentaremos dos conceptos de validez —uno según cada una de estas escuelas— y analizaremos la validez de los tribunales penales internacionales conforme a estos conceptos. Sin embargo, habría que mencionar que para poder analizar a fondo la validez de los tribunales penales internacionales resultaría necesario analizar primero la validez misma del derecho internacional general ya que estos tribunales son creados al amparo de este derecho y por lo tanto, tenemos también que cuestionarnos la validez de este sistema jurídico. Independientemente de que presentamos un comentario muy breve al respecto, un análisis de esta naturaleza está fuera del alcance de esta tesis, por lo que nosotros asumimos la validez del derecho internacional para efectos de esta tesis —presunción que no está en desacuerdo con el pensamiento de los autores que analizaremos.

Primero presentaremos los conceptos fundamentales que son necesarios para este trabajo. Entre ellos, presentaremos ciertos conceptos de manera preliminar, como hipótesis de trabajo: un concepto de derecho, diversos conceptos de derecho internacional y de derecho penal internacional, y de las fuentes del derecho internacional así como del derecho penal internacional. Posteriormente presentaremos las corrientes iuspositivistas y iusnaturalistas que utilizaremos en nuestro análisis. Enfatizamos que esta tesis no busca analizar o proponer una teoría iuspositivista o iusnaturalista de los tribunales penales internacionales ni mucho menos del derecho penal internacional o del derecho internacional; simplemente expondremos y utilizaremos dichas teorías para analizar la validez de los tribunales penales internacionales a la luz de las mismas. Debemos aclarar que nosotros no analizaremos a las teorías dualistas y monistas desde ese punto de vista. Hacemos referencia a estas teorías, pero exclusivamente en la medida de lo necesario a efecto de explicar las tesis de Kelsen y demás autores.

De ahí partiremos para continuar presentando una breve reseña de la evolución histórica de los tribunales penales internacionales, dentro de la cual nos referiremos a los tribunales penales internacionales objeto de esta tesis: el Tribunal de Nuremberg, el Tribunal de Tokio, el Tribunal para la ex Yugoslavia, el Tribunal para Rwanda y la Corte Penal Internacional. En este capítulo presentaremos brevemente las causas que llevaron a la creación de estas instituciones así como el establecimiento de las mismas. Habiendo presentado la historia de estas instituciones, así como una descripción de los tribunales penales internacionales que han existido y que se reconocen como tales, construimos nuestro concepto de lo que es efectivamente un tribunal penal internacional, concepto que podemos contrastar con los tribunales internacionalizados, especiales o mixtos que se han creado en la década de los noventas y al inicio del siglo XXI que fueron creados para lidiar con las situaciones de Kosovo, Timor Oriental, Camboya y Sierra Leona.

Después de presentar el marco teórico necesario y los hechos relevantes para nuestra tesis, nos enfocamos ya en la validez de los tribunales penales internacionales. Uno de nuestros principales propósitos es exponer y analizar los criterios de validez que se han utilizado para calificar a estas instituciones internacionales como válidas. Primero debemos definir qué quiere decir *validez* en este sentido. Como lo desarrollamos más adelante, cuando calificamos una norma como *válida* entendemos que dicha norma no solo es parte del sistema jurídico vigente sino que también genera obligaciones a cargo de sus destinatarios. En el caso de las normas de derecho internacional, encontramos que comúnmente, cuando se habla de su validez, se está hablando de una función de su legitimidad y legalidad. Como veremos al inicio de esta tesis, la legitimidad de la norma en el ámbito internacional se refiere al reconocimiento que de dicha norma hace la comunidad internacional como obligatoria, mientras que la legalidad de la misma se refiere a que dicha norma fue adoptada de conformidad con los procesos para la creación de derecho internacional y

4.

que la misma reviste la forma sancionada por el derecho internacional. Esto es, a diferencia de la legitimidad de una norma internacional —concepto que participa más de lo político y social que de lo jurídico— la legalidad de la misma depende completamente de lo jurídico.

Al analizar los problemas relacionados con la validez del derecho nos podemos plantear dos problemas distintos. El primero de ellos es cómo debe ser la conducta para que ésta sea jurídica y adecuada conforme a las normas vigentes. La validez de los tribunales penales internacionales cae dentro del alcance de este problema ya que para determinar su validez debemos cuestionarnos si su creación por parte de quienes los crearon es conforme las disposiciones jurídicas vigentes en el momento. Este problema es relevante para nuestra tesis ya que es un criterio de validez iuspositivista de la norma: cuando la norma que crea los tribunales penales internacionales sea adoptada de conformidad con el derecho vigente, dichos tribunales podrán considerarse como válidamente creados. El segundo problema se refiere al contenido regulado por las normas. En este caso debemos analizar si el contenido de las normas satisface los principios de la razón práctica y busca el bien común —o si esto debe ser reformado. Este problema es relevante para efectos de nuestra tesis porque se refiere a un criterio de validez iusnaturalista de la norma, criterio en virtud del cual, los tribunales penales internacionales serán válidos en la medida en que su creación o establecimiento pretenda alcanzar el bien común.

En esta tesis no pretendemos analizar quién sería el sujeto de derecho —qué tribunal o corte— facultado para determinar eventualmente la validez de estas instituciones en caso de ser necesario. Es posible que esta tarea pueda llevarse a cabo por la Corte Internacional de Justicia en ejercicio de su facultad consultiva o incluso dentro del contexto de un caso contencioso, sin embargo, este es un tema que excede los límites de esta tesis y por lo tanto, queda abierto a un análisis posterior.

Como se desprende de este trabajo, consideramos que los tribunales penales internacionales son instituciones jurídicas válidas de conformidad con el derecho internacional y más aún, que son instituciones exitosas y que han contribuido al desarrollo del derecho penal internacional aún cuando no pueda afirmarse que han ayudado el mantenimiento o restablecimiento de la paz y seguridad internacionales. Aclaremos que no pretendemos analizar todo el fenómeno tan complejo que son los Tribunales Penales Internacionales, sino que únicamente nos dedicamos a analizar si su creación y establecimiento es válida bajo el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Un análisis más completo respecto de la validez de estas instituciones requeriría que se analizara el proceso penal que se sigue ante las mismas y no solo su creación y establecimiento. En este escenario tendríamos que incluir ciertas otras corrientes de pensamiento, por ejemplo, corrientes iusnaturalistas adjetivas o procesales, como el iusnaturalismo adjetivo de Lon Fuller.

Finalmente, incluiremos un apartado en el que resumimos las conclusiones a las que hemos llegado como consecuencia de este estudio, mismas que, debido a la naturaleza del mismo, no pueden sino ser el punto de partida para un trabajo más extenso y profundo que tenga como su objetivo el desarrollar una teoría general de las instituciones adjudicativas en el derecho penal internacional. Consideramos que esta tesis es relevante ya que plantea la posibilidad de desarrollar dicha teoría y porque puede ser utilizada como una presentación a grandes rasgos de ciertos elementos que deberán ser tomados en cuenta por una teoría de esta naturaleza.

Un último comentario en cuanto a la forma, debido a la naturaleza de esta tesis, en ciertas ocasiones haremos referencia a nombres de diversas personas y ubicaciones geográficas y frases en idiomas diversos al español y en alfabetos no greco-latinos. En estos casos, intentaremos utilizar dichas referencias en su versión común en español excepto cuando por práctica se utilice en

6.

su idioma original, o cuando esto sea necesario —en cuyo caso, la traducción utilizada será nuestra excepto que notemos lo contrario.¹

¹ Sin embargo, dichas referencias son suficientemente importantes para aclarar que, excepto por los nombres propios y sus variantes —según especifiquemos en las notas correspondientes—, los nombres en chino se utilizan en español en su romanización según el método oficial de la República Popular China, el Hànyǔ pīnyīn (汉语拼音); los nombres en japonés son transcritos al español en su romanización según el método oficial de Japón, kunrei-shiki rōmaji (訓令式ローマ字); los nombres en ruso son transcritos al español en su romanización de conformidad con el estándar ISO 9:1995, adoptado como el estándar oficial por la Federación Rusa como GOST 7.79 (ГОСТ 7.79).

Las referencias geográficas son utilizadas en la forma en español de acuerdo con los lineamientos publicados por el Grupo de Expertos de Naciones Unidas para Nombres Geográficos ‘List of Country Names’, reporte de fecha 31 de mayo de 2002, presentado ante la Octava Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Estandarización de Nombres Geográficos, U.N. Doc. E/CONF.94/CRP.11 (2002).

II. CUESTIONES PRELIMINARES

A. Concepto de derecho internacional

El concepto de derecho internacional es el primer problema con que nos encontramos en esta tesis ya que difícilmente podríamos comenzar a analizar el tema de la validez de los tribunales penales internacionales sin antes presentar un concepto del mismo. Como una primera aproximación e hipótesis de trabajo, podemos decir que el derecho es un conjunto ordenado y coherente de normas relacionadas entre sí; esto es, podemos concebir al derecho como un sistema de normas. Ahora bien, las normas que forman parte de este sistema no son cualquier tipo de normas, sino que son de una naturaleza específica, son normas jurídicas. Por lo tanto, podemos partir de un primer concepto de derecho como un sistema de normas jurídicas. A partir de este punto, nuestro concepto de derecho diverge dependiendo de la corriente de pensamiento a que nos adscribamos.

Un concepto muy común del derecho, es que el derecho es un conjunto de estándares de conducta que reflejan la voluntad de las personas que toman las decisiones del Estado, en ciertos Estados en nombre de la población, y son jurídicamente obligatorios y que se aplican bajo la garantía de cierto mecanismo. Hart, por su parte, concibe al derecho como una serie de reglas que regula la conducta tanto de los funcionarios como de los ciudadanos y no es solamente una serie de órdenes o mandatos respaldados por amenazas de una sanción.²

Habiendo presentado esta idea tan sencilla del concepto de derecho, construimos nuestro concepto preliminar de derecho internacional partiendo de un concepto de derecho como un con-

² *Ver infra*, Capítulo III.B.3 “El iuspositivismo suave de Hart”.

junto de normas o estándares de conducta que deben ser acatados por sus destinatarios.³ La expresión “Derecho Internacional” se utiliza desde principios del siglo XVIII para referirse a una serie de normas y principios que regulan las relaciones interestatales. Sin embargo, la ausencia de un legislador internacional así como de tribunales obligatorios y la falta de sanciones coercibles hace que muchos filósofos del derecho consideren que el “derecho internacional” no es derecho como tal, sino un sistema de algún otro tipo de normas.⁴ Como consecuencia de estos problemas, ciertos filósofos del derecho consideran que el derecho internacional es simplemente una forma sencilla de estructura social, un conjunto de reglas primarias —reglas jurídicas que establecen derechos y obligaciones.⁵

El problema de la validez del derecho cobra dimensiones desproporcionadas en el derecho internacional en el momento en que nos cuestionamos ¿qué es el derecho internacional?, o tal y como lo ha planteado Hart, ¿el derecho internacional, es derecho?⁶ Esta situación no solo llega a plantearse desde la perspectiva académica, sino que también ocurre en la cultura popular; por ejemplo, Robin Williams, comediante estadounidense, ha llegado a burlarse del derecho internacional comparando a las Naciones Unidas con un policía de tránsito bajo la influencia de valium.⁷

³ Nosotros empleamos el término “derecho internacional” en el sentido kelseniano del mismo, como “el derecho internacional general y no el derecho internacional particular”, aplicable a la comunidad internacional en general y no a ciertos Estados en lo particular (Kelsen, Hans, “Théorie du droit international public”, *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, Leyden, Países Bajos, A.W. Sijthoff, 1955, vol. 84, t. III, pág. 28).

⁴ En este capítulo presentaremos varios conceptos de derecho internacional de diversos autores; sin embargo, el concepto de derecho internacional será desarrollado más a detalle *infra* en el Capítulo IV.F “Concepto de Tribunal Penal Internacional”.

⁵ Este es el concepto que guarda Hart sobre el derecho internacional. *Ver infra* Capítulo III.B.3.c “El derecho internacional bajo la teoría hartiana”.

⁶ Hart, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 2a ed., Nueva York, EE.UU., Oxford University Press, colección Clarendon Law Series, 1997, pág. 213.

⁷ Williams, Robin, “Live at the Met: comedy faster than a speeding bullet”, Mr. Happy Productions, HBO, 1986.

El problema de la definición del derecho internacional como derecho muchas veces es sorteado simplemente ampliando la definición del término “derecho” de tal suerte que dicha definición incluya al derecho internacional. Este argumento afirma que el derecho internacional se denomina derecho por uso o convención, sin que este sistema de conjunto de normas y principios sea “derecho” en sentido estricto. Sin embargo, para poder determinar si el derecho internacional es efectivamente “derecho”, debemos evaluar y analizar la naturaleza y las características específicas del derecho internacional y evitar resolver el problema simplemente ampliando el término “derecho” bajo argumentos semánticos o de uso o convencionalismo.

Hay quienes han afirmado que el derecho internacional es en realidad un sistema normativo de orden moral y no jurídico, en parte porque es un sistema normativo que carece de sanciones. Sin embargo, la existencia del derecho internacional es algo que en la actualidad pocos Estados estarían preparados para —o de hecho en posibilidad de— negar. Los argumentos de derecho internacional no se formulan con referencia a términos morales, sino que se construyen como argumentos verdaderamente jurídicos, con referencia a tratados, costumbre, principios generales, precedentes y doctrina, citándolos como verdaderas fuentes de obligaciones o al menos como fuente de interpretación de las mismas.

Uno de los principales problemas del derecho internacional es que frecuentemente lo comparamos con los sistemas jurídicos nacionales. El resultado de esta comparación invariablemente muestra un derecho que es mucho más difuso y cuyo fundamento teórico es más incierto que el de los órdenes jurídicos nacionales⁸ en el sentido de que, en el derecho internacional, el abogado internacionalista se enfrenta cotidianamente con ciertos problemas que en el ámbito del derecho

⁸ Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, 2a ed. (revisada y editada por Robert W. Tucker), Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, págs. 551–552.

nacional normalmente no encontramos. Así, el jurista internacionalista frecuentemente tiene que justificar por qué considera que un proceso particular es una fuente de derecho o por qué considera que una regla ha alcanzado ya el estatus de costumbre general, mientras que en el derecho nacional comúnmente es suficiente señalar a las disposiciones mismas de dicho sistema jurídico para justificar el empleo de ciertas fuentes de derecho. Lo anterior es, entre otras cosas, uno de los motivos por los cuales se encuentran muchos y frecuentes problemas al comparar el derecho internacional con el derecho nacional precisamente porque estos órdenes normativos son sistemas jurídicos diferentes. En efecto, en derecho internacional —al igual que en el derecho nacional— se hace referencia a lo bueno o lo deseable —y a lo malo e indeseable— de una conducta, y si bien se incluyen estas referencias como fundamento moral del argumento, definitivamente no se cita como la fuente de la obligación; ésta se funda en conceptos netamente jurídicos.⁹

No obstante lo anterior, el derecho internacional, mucho más que el derecho nacional, es un orden jurídico en el que los sujetos del mismo orden van determinando las normas jurídicas conforme van empleando el sistema.¹⁰ El derecho internacional establece estándares de comportamiento comunes para todos los Estados y en este sentido, “[e]l derecho internacional es tanto el producto como la fuerza reguladora de las relaciones internacionales.”¹¹ Es un orden jurídico en

⁹ En este sentido, ver la sentencia de la CIJ en relación con los casos del *Sudoeste Africano*, en donde la CIJ afirma que si bien las consideraciones morales son la base de muchas obligaciones, éstas no son exigibles en tanto que no han sido arropadas de forma jurídica y por lo tanto, que únicamente podrán ser invocadas una vez que han sido tuteladas por el derecho internacional (*South West Africa Cases, Second Phase (Etiopía v. Sudáfrica; Liberia v. Sudáfrica)*, I.C.J. Reports 1966, pág. 32, paras. 49–50). Esta decisión de la CIJ ha sido la base de mucha controversia y posteriormente nos volveremos a referir a esta sentencia.

¹⁰ Kelsen, Hans, *Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*, trad. de Ariel Peralta García, Cuernavaca, Universidad de Morelos, 1962, Colección Ensayos de la Universidad de Morelos, cuaderno 2, págs. 21–24.

¹¹ Shen, Jianming, “The Basis of International Law: why nations observe”, *Dickinson Journal of International Law*, EE.UU., 1999, 17, pág. 342.

el cual los sujetos del mismo van creando las normas conforme conducen sus relaciones cotidianas.

El derecho internacional, al igual que el caso del derecho nacional, contiene una serie de normas que son indiferentes a la moral. Esto es, existe una serie de normas cuya razón de ser es mera conveniencia o necesidad para determinar ciertas cuestiones o temas relacionados con la materia que regulan.¹² Sin embargo, esta norma puede ser solamente una de varias normas posibles, y no una norma necesaria —o incluso deseable—, esto es, dicha norma puede ser una de varias normas posibles, cualquiera de las cuales puede ser igual de buena.¹³ En este caso, algunos doctrinarios consideran que, dada la posibilidad de la existencia de diversas reglas, es necesario y deseable que las normas jurídicas regulen este tipo de cuestiones. Necesario porque solamente las normas jurídicas —y no las normas morales— pueden regular este tipo de cuestiones.¹⁴ Deseable porque una de las funciones del derecho es maximizar la certeza y facilitar la posibilidad de probar o resolver una disputa y estas reglas frecuentemente contienen referencias y distinciones arbitrarias que son moralmente ininteligibles.¹⁵

El derecho internacional puede incluso llegar a ir en contra de la moral y sin embargo continuar siendo derecho. Lo que se requiere para que el sistema jurídico internacional sea conside-

¹² Hart, *Concept*, nota 6, págs. 228–229.

¹³ En este sentido, ver la sentencia de la CIJ en los casos en relación con la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, en donde la CIJ analiza la regla de la equidistancia, que es una regla de derecho del mar que se puede utilizar para determinar hasta qué punto se traza la frontera de dos Estados ribereños, ya sean adyacentes u opuestos. En su sentencia, la CIJ determinó que la regla de la equidistancia era un método conveniente y deseable en ciertas situaciones, ciertamente no lo sería en todas, pero que definitivamente esta norma no era necesaria para el concepto o para el derecho del mar, sino que los Estados habían decidido, entre varios métodos de delimitación de frontera marítima, adoptar dicha regla (ver *North Sea Continental Shelf (República Federal Alemana v. Dinamarca; República Federal Alemana v. Países Bajos)*, I.C.J. Reports 1969, págs. 29–37, paras. 37–56).

¹⁴ Hart, *Concept*, nota 6, pág. 230. Este argumento encuentra eco, en parte, en las corrientes que consideran al derecho internacional como algo necesario para regular las relaciones internacionales (ver *infra*, Capítulos III.A.3.c “La doctrina de la necesidad del derecho” y III.B.5.b.iii “Convivencia pacífica”).

¹⁵ Hart, *ibidem*, pág. 229.

rado como “derecho” no es el que esté de acuerdo con todos los estándares morales, sino que el sistema jurídico internacional como un todo resida sobre una creencia de que existe una obligación moral de cumplir con las normas del sistema.

Los doctrinarios del derecho internacional han ofrecido una serie de conceptos del mismo, por ejemplo, Buergethal concibe al derecho internacional como el cuerpo de reglas jurídicas que se ocupa de la conducta de los Estados y de los organismos internacionales, así como de algunas relaciones con las personas ya sean naturales o jurídicas. Hambro lo define como las normas basadas en los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho aplicados internacionalmente por los Estados, los organismos internacionales y aquellas otras personas que se consideren sujetos de ese derecho, por los medios que determina el mismo Derecho. Schwarzenberger lo concibe como el cuerpo normativo legal aplicable entre Estados soberanos y otras entidades a las que se les ha otorgado personalidad internacional.

El concepto quizá más amplio que conocemos y que será del que partiremos nosotros para efectos de esta tesis es el del profesor Nguyen Quoc Dinh, quien escribe que el derecho internacional “se define como el derecho aplicable a la sociedad internacional”.¹⁶ Este concepto presupone la existencia de una sociedad internacional y delimita el ámbito de aplicación del derecho internacional —a la sociedad internacional.¹⁷

B. Concepto de derecho penal internacional

El derecho penal internacional ha evolucionado tropezadamente a lo largo del siglo XX, a pasos irregulares y en proporción con los conflictos que se fueron suscitando en este siglo, comenzando

¹⁶ Quoc Dinh, Nguyen, *Droit International Public*, 6a ed. (Patrick Daillier y Alain Pellet, eds.), Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, pág. 35.

¹⁷ *Idem*.

con la Primera Guerra Mundial y culminando con la creación de la Corte Penal Internacional. Todavía hace veinticinco años resultaba impensable la existencia de la CPI y mucho más, la serie de procesos penales que han venido suscitándose en contra de diversos jefes políticos y militares como en los casos de la ex Yugoslavia y de Rwanda y actualmente en los procesos iniciados en relación con la situación en Darfur, pero la necesidad que ha sentido la comunidad internacional para detener ciertos actos considerados atroces ha impulsado el desarrollo y fortalecimiento de esta disciplina.¹⁸

El derecho penal internacional, como una rama del derecho eminentemente penal, tutela ciertos bienes jurídicos a través de la prohibición, sanción y prescripción de diversas conductas que forman parte de su objeto de estudio. Así, si consideramos que el objeto de estudio del derecho penal internacional es los delitos y los ilícitos internacionales, podemos afirmar que, de manera general, los bienes jurídicos que tutela o que busca proteger el derecho penal internacional son bienes jurídicos que atañen a la comunidad intencional en su conjunto, entre los cuales destacan la paz y seguridad internacionales.¹⁹ Karpets, doctrinario ruso, define al derecho penal internacional como

un sistema de normas formadas como resultado de la cooperación entre Estados soberanos u órganos y organizaciones internacionales y tiene como objetivo defender la paz, la seguridad de los pueblos y el orden jurídico internacional, tanto de los crímenes internacionales más graves dirigidos contra la paz y la humanidad como de los delitos de carácter internacional previstos en los tratados y convenciones internacionales y en otros actos jurídicos de índole internacional castigados a tenor con estos

¹⁸ Para una referencia más completa de la evolución del derecho penal internacional, véase generalmente, Cherif Bassiouni, Mammoud, "An Appraisal of the Growth and Development of International Criminal Law", *Revue Internationale de Droit Pénal*, Francia, 1974, no. 45, y Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2001.

¹⁹ Ver la decisión sobre la apelación interlocutoria de la defensa en contra de la jurisdicción del TPIY en *Prosecutor v. Duško Tadić (Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction)* IT-94-1, App. Ch. (2 de octubre de 1995) (*Tadić (Apelación sobre la Jurisdicción)*).

reglamentos y convenciones especiales y con acuerdos concertados entre Estados según las normas del Derecho penal nacional.²⁰

Además, habría que mencionar que, comúnmente, varios comentaristas y doctrinarios consideran que el objeto de estudio del derecho penal internacional también incluye la extradición y la entrega (*surrender*),²¹ así como ciertos otros procesos penales que, no obstante que pertenecen al derecho nacional y caen dentro de dicho ámbito nacional, forman parte de los procesos de aplicación y ejecución del derecho penal internacional o bien, tienen tal impacto y relevancia a nivel internacional, que también forman parte del objeto de estudio del derecho penal internacional — incluyendo, entre otros, la aplicación del derecho penal nacional en el ámbito internacional o extra-nacional.²²

²⁰ Karpets, Igor, *Delitos de Carácter Internacional*, trad. de Pérez Castol, Moscú, Editorial Progreso, 1983, págs. 36–37.

²¹ Si bien los conceptos “extradición” y “entrega” son conceptualmente idénticos —ambos implican la transferencia o *entrega* de una persona acusada de haber cometido un delito del Estado en que se encuentra a una jurisdicción penal diferente—, dichos conceptos tienen consecuencias jurídicas diferentes.

La extradición es la transferencia de un probable responsable de un Estado a otro. Este concepto existe dentro del marco de la cooperación judicial entre Estados, implica paridad e igualdad soberana entre Estados: se regula mediante tratados, reciprocidad o cortesía y estas instituciones regulan las obligaciones jurídicas de las partes involucradas en un proceso de extradición; sin embargo, cuando la extradición se regula como tratado, puede darse el caso de que la extradición como tal tenga motivos más allá de la cooperación judicial —por ejemplo, beneficios económicos o de otro orden (Knoops, Geert-Jan Alexander, *Surrendering to International Criminal Courts: contemporary practice and procedures*, Nueva York, Transnational Publishers, 2002, colección International and Comparative Criminal Law Series, págs. 11–12).

La entrega es la transferencia de un probable responsable de un Estado a un tribunal penal internacional — específicamente, al Tribunal para la ex Yugoslavia, al Tribunal para Rwanda, o a la Corte Penal Internacional. Este concepto debe analizarse en torno al estatuto del tribunal que solicita la entrega, y si bien debería de implicar una forma de cooperación más “pura”, en la práctica puede implicar, mas bien, una obligación para el Estado de transferir al probable responsable a la jurisdicción del tribunal que así lo solicita (Knoops, *ibidem*, pág. 12–13).

La importancia de esta diferencia también se podrá apreciar más adelante cuando discutamos los principios de territorialidad y de nacionalidad: en la práctica, la institución de “entrega” se utiliza para eludir la disposición — frecuentemente de rango constitucional— vigente en varios Estados de tradición de derecho civil, que prohíbe la extradición de los nacionales de dichos Estados a una jurisdicción penal extranjera. *Ver infra*, Capítulos II.C.1.d.i “Principio de territorialidad” y II.C.1.d.ii “Principio de nacionalidad”.

²² Véase generalmente Cherif Bassiouni, Mammoud, *Enforcement*, 2a ed., Nueva York, Transnational Publishers, 1990, colección International Criminal Law, vol. 3.

De lo anterior se desprende que el derecho penal internacionales una disciplina cuyo objeto de estudio son los delitos internacionales, así como los procesos y procedimientos penales internacionales y que participa tanto del derecho internacional, como del derecho penal.²³ Para efectos de esta tesis, concebimos al derecho penal internacional como la conjunción de los aspectos penales del derecho internacional y de los aspectos internacionales del derecho penal nacional.²⁴ Es importante mencionar que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho internacional público en general, en el ámbito del derecho penal internacional se acepta que el individuo sea sujeto directo de las normas de esta disciplina.²⁵

Como ocurre frecuentemente en materia internacional, sería difícil obtener un consenso respecto del carácter internacional o no internacional de todos los delitos estudiados por el derecho penal internacional; sin embargo, dichos delitos se clasifican en tres grandes categorías desde la óptica del derecho penal internacional: delitos internacionales, delitos transnacionales y delitos nacionales.²⁶

1. Delitos internacionales

El problema del concepto de delito internacional es que los doctrinarios que se han enfocado al estudio del mismo lo han hecho desde la óptica del derecho internacional o del derecho penal

²³ García Ramírez, Sergio, “La Jurisdicción Penal Internacional y la Legislación Mexicana”, *La Corte Penal Internacional*, 2a ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, págs. 21–22.

²⁴ Esta concepción coincide con el concepto de derecho penal internacional más aceptado a nivel internacional (*ver* Paust, Jordan J. *et al.*, *International Criminal Law: cases and materials*, 3a ed., Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2006, pág. 3), mismo que también es recogido por los tratadistas mexicanos (*ver* García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 2a ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, págs. 14–15).

²⁵ El individuo como tal es sujeto de diversas normas del derecho penal internacional, sin embargo, los Estados continúan siendo destinatarios de la mayor parte de estas ya que son estos quienes deberían aplicar dicho sistema jurídico en primer lugar. *Ver*, Furuya, Shuichi, “Legal Effect of Rules of the International Criminal Tribunals and Courts upon Individuals: emerging international law of direct effect”, *Netherlands International Law Review*, Países Bajos, 2000, no. XLVII, págs. 143–145.

²⁶ Paust, *International Criminal Law*, nota 24, págs. 4–5.

internacional. Por lo tanto, la teoría del delito internacional es más bien un esfuerzo explicativo del fenómeno de los delitos internacionales. La postura predominante en la doctrina del derecho penal internacional concibe a los delitos internacionales como aquellos delitos que tutelan bienes jurídicos de la comunidad internacional en su conjunto y no bienes jurídicos que afecten a un Estado o un grupo limitado de Estados en lo particular. Por ejemplo, el profesor Cherif Bassiouni, uno de los internacionalistas más reconocidos en el campo del derecho penal internacional define a los delitos internacionales como “la conducta prescrita respecto de la cual, los Estados tienen un deber internacional de criminalizar dicha conducta, procesar o extraditar y eventualmente sancionar al trasgresor, y de cooperar internacionalmente para la instrumentación efectiva de dichos propósitos y deberes.”²⁷

La perspectiva del campo penal es radicalmente distinta. Marxen, penalista alemán, afirma que toda concepción del delito internacional debe incluir el *problema de gravedad* y el *problema de estructura*. El problema de gravedad establece que solamente conductas de cierta gravedad podrán ser consideradas como delitos internacionales.²⁸ La doctrina también le da gran énfasis al elemento de gravedad, al afirmar que los delitos internacionales deben incluir “sólo aquellos actos que constituyan un elevado peligro para la existencia de las relaciones pacíficas y la cooperación entre los Estados [...] Nos parece que los delitos que afectan a las relaciones internacionales y a los intereses interestatales deben diferenciarse por su grado de peligrosidad y gravedad”.²⁹

²⁷ Cherif Bassiouni, Mammoud, *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, 2a ed., Boston, Massachusetts, Brill Academic Publishers, 1987, pág. 55.

²⁸ Marxen, citado en Ambos, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*, 2a ed., trad. de Ezequiel Malarino, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2004, pág. 159.

²⁹ Karpets, *Delitos*, nota 20, pág. 38. Existe incluso una clasificación de los delitos internacionales en delitos internacionales, tal cual, y en delitos internacionales de mayor peligrosidad (*ver, ibidem*, págs. 58, y 367–368 cita al pie 21).

Esto parece estar de acuerdo con el esquema de los tribunales penales internacionales que están diseñados para enjuiciar a los criminales más peligrosos a nivel internacional.³⁰ En su sentencia en el caso de los *Rehenes*, un tribunal Estadounidense en Nuremberg definió a los delitos internacionales como

aquél acto universalmente reconocido como criminal, mismo que *se considera como un asunto grave de relevancia internacional* y que por alguna razón válida no puede dejarse dentro de la jurisdicción exclusiva del Estado que hubiera tenido control sobre el mismo bajo circunstancias ordinarias.³¹

El problema de estructura, por su parte, se refiere al hecho de que “la estructura tradicional del concepto de delito se orienta a la conducta individual y, por tal motivo, no sería apropiada para comprender la intervención al injusto sistemático.”³² Esto es, que la estructura del delito nacional es inadecuada para conceptualizar el delito internacional. Marxen propone una concepción del delito internacional que parte de la realidad para identificar tres elementos del delito y dos eslabones de comunicación: el primer elemento es la conducta concreta del acusado, el segundo el contexto criminal supraindividual, y el tercero el resultado del crimen. Los eslabones de comunicación serían la relación de imputación entre estos elementos: la intervención del individuo en el proyecto criminal total, la cual lo conduce al resultado del crimen.³³ Marxen afirma que

³⁰ *Ver infra*, texto a nota 31, por ejemplo, en donde el Tribunal afirma que el elemento clave es la gravedad del ilícito, mismo que “por alguna razón válida no puede dejarse dentro de la jurisdicción exclusiva del Estado”. Por su parte, el Tribunal para la ex Yugoslavia afirmó que los delitos internacionales son “de naturaleza universal [...] violaciones graves [...] afectan a la humanidad en su conjunto y estremecen la conciencia de todas las naciones del mundo” (*infra*, nota 57).

³¹ *Hostages Case (United States v. List et al.)* (Tribunal Militar de EE.UU. en Nuremberg) (19 de febrero de 1948), *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1953, no. 15, págs. 632 y 636 (énfasis añadido).

³² Ambos, *La Parte General*, pág. 159.

³³ *Ibidem*, págs. 159–160.

lo que se le imputa al delincuente internacional es “[su] intervención en un proyecto criminal total, el cual ha originado el resultado del crimen”.³⁴

En la práctica, el problema de estructura de los delitos internacionales se ha reconocido en varias ocasiones, incluso desde 1945, David James, el intérprete británico que visitó los complejos en donde los japoneses tenían encarcelados a los prisioneros de guerra de los Aliados escribió en su reporte que “si los vamos a juzgar [a los japoneses], tendremos que ofrecer pruebas en contra de individuos, pero fue el sistema quien produjo a los criminales.”³⁵ En su reporte, James implica que los crímenes cometidos por los japoneses están ligados necesariamente a lo que Marxen llama “el contexto criminal supraindividual” —en ese caso, las circunstancias de la Segunda Guerra Mundial y la política adoptada por el Imperio Japonés en contra de los prisioneros de guerra.³⁶

Independientemente de las diferencias y complicaciones respecto de cómo construir una teoría del delito internacional, los siguientes son los delitos internacionales generalmente aceptados como tales:³⁷ ofensas contra la paz —las violaciones a la neutralidad,³⁸ los mercenarios y su re-

³⁴ Marxen, citado en Ambos, *La Parte General*, pág. 160. Cfr. Saul, Ben, “Reasons for Defining and Criminalizing ‘Terrorism’ in International Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2006, VI, pág. 423 (quien argumenta que “Si bien estos delitos frecuentemente involucran actos de Estado debido a su escala o gravedad, dicho involucramiento no es esencial”).

³⁵ James, David H., *The Rise and Fall of the Japanese Empire*, Londres, Reino Unido, McMillan, 1951, pág. 260.

³⁶ *Ibidem*, pág. 259–260.

³⁷ El Código Penal Federal únicamente denomina a dos delitos como internacionales: la piratería y la violación de inmunidad y neutralidad (Código Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 1931 (última reforma publicada el 26 de junio de 2008), Libro Segundo, Título Segundo, “Delitos contra el Derecho Internacional”, Capítulos I “Piratería”, y II “Violación de inmunidad y de neutralidad”); sin embargo, también incluye la violación de deberes de humanidad y el delito de genocidio como crímenes de lesa humanidad (*ibidem*, Título Tercero, “Delitos contra la Humanidad”, Capítulos I “Violación de los deberes de humanidad”, y II “Genocidio”).

³⁸ Estas son cualquier violación al derecho de la neutralidad —actos de agresión, corzo, etc. en contra de un Estado neutral o sus nacionales, o trato desigual de parte de estos en contra de un Estado beligerante (Orakhelashvili, Alexander, “Overlap and Convergence: the interaction between jus ad bellum and jus in bello”, *Journal of Conflict & Security Law*, EE.UU., Primavera 2007, no. 12, pág. 188). En este sentido, lo que se requiere es que no se favorezca a un Estado beligerante en detrimento de otro, así como que el Estado neutral sea imparcial en relación con los beli-

clutamiento³⁹ y el delito de agresión⁴⁰—, crímenes de guerra,⁴¹ crímenes de lesa humanidad,⁴² genocidio,⁴³ esclavitud —incluyendo la trata de esclavos y de blancas, servidumbre forzosa y

gerantes (*Henfield Case*, Whart. St. Tr. 49 (1793), 11 F. Cas. 1099 (Corte de Circuito del Distrito de Pensilvania), págs. 1107–15).

³⁹ Los mercenarios son una institución propia del Medioevo pero resurgen con el fin de la era colonial en África y Asia y en las diversas revoluciones y movimientos armados alrededor del mundo. El mercenario es una persona que presta servicios, en particular, hace la guerra o toma las armas a cambio de un sueldo. Esta situación es relevante para el derecho penal internacional debido a que algunos reclutan a sus fuerzas mercenarias capturando personas a través de esclavistas y además, los mercenarios son empleados para cometer el delito de agresión por medio de terceros y para interferir en territorios extranjeros (*ver*, Karpets, *Delitos*, nota 20, págs. 47–54).

⁴⁰ Los Estados deliberadamente han evitado definir con precisión este delito porque una definición muy amplia puede causar que las grandes potencias se ubiquen dentro del mismo con facilidad (Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Nueva York, EE.UU., Oxford University Press, pág. 112), sin embargo, el Convenio de Londres prevé al crimen de agresión como una modalidad de los crímenes contra la paz (Convenio del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas para la prosecución y sanción de los grandes criminales de guerra del Eje Europeo (entrada en vigor el 8 de agosto de 1945), *United Nations Treaty Series*, 1951, vol. 82 (Convenio de Londres), artículo 6). La Asamblea General de las Naciones Unidas definió “agresión” en su la resolución 3314 (XXIX), del 14 de diciembre de 1974: “la agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas” (*ver*, Definición de la Agresión, UNGA Res 3314 (XXIX) (14 de diciembre de 1974), Anexo, artículo 1), definición que es considerada como costumbre internacional (Schwebel, Stephen Myron, *Justice in International Law*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 1994, pág. 143).

⁴¹ El concepto de crimen de guerra surge a partir del derecho de guerra (*ius in bello*), ahora derecho internacional humanitario. Los crímenes de guerra no son una conducta específica como tal, sino una categoría de conductas que, individual o colectivamente, constituyen una violación grave del derecho internacional humanitario.

En su sentencia respecto de la apelación interlocutoria en el caso de Tadić, la Sala de Apelación del TPIY, estableció que para que existiera un crimen de guerra, era necesario que hubiera (i) una violación grave de una norma internacional que “constituyera una violación de una norma que tutele valores importantes y dicha violación cause graves consecuencias para la víctima”; (ii) la norma violada debe ser parte del derecho consuetudinario o convencional aplicable; y (iii) “la violación debe traer aparejada como consecuencia la responsabilidad penal individual del sujeto que violó dicha norma, bajo derecho consuetudinario o convencional” (*Tadić (Apelación sobre la Jurisdicción)*, nota 19, para. 94). Entre los crímenes de guerra encontramos el empleo de armas químicas, destrucción de ciudades, pueblos o aldeas no justificadas por necesidades militares, bombardeo de sitios indefensos, y pillaje, entre otros.

⁴² El término “crímenes de lesa humanidad”, también llamados crímenes contra la humanidad, se refiere a una vasta categoría de conductas, por lo cual resulta difícil definirlos. Las definiciones de estos crímenes normalmente son descriptivas, enunciando todas las conductas consideradas crímenes de lesa humanidad.

No obstante lo anterior, como afirma el profesor Cassese, todas estas conductas tienen ciertas características comunes: (i) son crímenes particularmente graves, (ii) no son eventos aislados o esporádicos, (iii) son conductas que pueden ocurrir tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, (iv) las víctimas pueden ser civiles o no combatientes, y de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, también pueden ser combatientes enemigos —pero esta circunstancia no está prevista en el derecho del Estatuto de Roma o en los estatutos del TPIY y del TPIR (Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 65). Entre los crímenes de lesa humanidad encontramos el traslado forzoso de personas o poblaciones, tortura o tratos inhumanos (sin embargo, en relación con estas dos conductas, *ver infra*, notas 48 y 49), toma de civiles como rehenes, homicidio intencional, y el causar graves daños o padecimientos a la integridad física o a la salud de una persona, entre otros.

demás prácticas análogas o similares—,⁴⁴ y piratería en alta mar.⁴⁵ Actualmente, existe un consenso creciente en relación con la tipificación o creación de ciertos otros delitos internacionales⁴⁶ como lo serían el terrorismo aéreo —también llamado piratería aérea—,⁴⁷ ciertas violaciones a

⁴³ El crimen de genocidio es el homicidio, destrucción o exterminación intencional de un grupo, grupos o de miembros de un grupo en cuanto tales (Cassese, *ibidem*, pág. 96). Esto es, el genocidio requiere un acto externo encaminado a exterminar o destruir un grupo, y un dolo específico, la intención de erradicar dicho grupo.

Sin embargo, habría que recordar que el genocidio es una modalidad de crimen de lesa humanidad (*ver* Paust, *International Criminal Law*, nota 24), sin embargo, debido a la relevancia y a la importancia que le ha atribuido la comunidad internacional a dicho delito, a partir de 1948, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención de Genocidio, el genocidio se considera un delito en sí y no una modalidad de los crímenes de lesa humanidad (en este sentido, *ver* UNSC “Estatuto del Tribunal Internacional” (20 de mayo de 1993), UN Doc S/25704, Anexo, y UN Doc S/25704/Corr.1, enmendado y modificado mediante UNSC Res 1166 (13 de mayo de 1998) UN Doc S/RES/1166, UNSC Res 1329 (30 de noviembre de 2000) UN Doc S/RES/1329, y UNSC Res 1411 (17 de mayo de 2002) UN Doc S/RES/1411 (Estatuto del TPIY), art. 4; UNSC “Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda” (8 de noviembre de 1994) UN Doc S/RES/955, enmendado y modificado mediante UNSC Res 1165 (30 de abril de 1998) UN Doc S/RES/1165, UNSC Res 1329 (30 de noviembre de 2000) UN Doc S/RES/1329, UNSC Res 1411 (17 de mayo de 2002) UN Doc S/RES/1411, UNSC Res 1431 (14 de agosto de 2002) UN Doc S/RES/1431, y UNSC Res 1512 (27 de octubre de 2003) UN Doc S/RES/1512 (Estatuto del TPIR), art. 2; así como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (adoptado el 17 de julio de 1998, entrada en vigor el 1 de julio de 2002), UN Doc A/CONF.183/9 (Estatuto de Roma), arts. 5 y 6).

⁴⁴ Esclavitud es el estado o condición en el cual una persona tiene algún derecho de propiedad sobre otra persona. El comercio de esclavos incluye todos los actos relacionados con la captura, adquisición o comercio con la intención de colocar a una persona en posición de esclavitud. Convención sobre la Esclavitud de 1926, modificada por el Protocolo de 1953 (firmado el 7 de diciembre de 1953, entrada en vigor el 7 de julio de 1955), *United Nations Treaty Series*, vol. 212, pág. 17, artículo 1.

Las prácticas análogas a la esclavitud incluyen el trabajo y servidumbre forzada (por deudas o gleba), así como todas las instituciones o prácticas en virtud de las cuales se puedan ejercer derechos de propiedad sobre alguna persona. Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (firmado el 7 de septiembre de 1956, entrada en vigor el 30 de abril de 1957), *United Nations Treaty Series*, vol. 266, pág. 3, artículo 1.

⁴⁵ El delito de piratería fue codificado más recientemente en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, misma que lo define como “todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos [...] contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; [...] contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; [...] todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata; [...] todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos [anteriormente] o facilitarlos intencionalmente.” Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (adoptada el 10 de diciembre de 1982, entrada en vigor el 16 de noviembre de 1994), *United Nations Treaty Series*, vol. 1833 pág. 3, artículo 101.

⁴⁶ Esta postura es mucho más aceptada en los Estados Unidos de América, los países de la Comunidad Europea y los países de la Comunidad Británica (*Commonwealth*) que en países africanos (con la salvedad de Sudáfrica), asiáticos (exceptuando Singapur), centro y sudamericanos (con la salvedad de Argentina y Brasil) y del medio oriente. En este sentido, *ver* Paust, *International Criminal Law*, nota 24.

⁴⁷ Este delito se refiere a aquellas conductas que pongan en peligro la seguridad de una aeronave, o la destruyan o le cause daños, así como el colocar un artefacto o substancia capaz de destruirla o causarle daños a la aeronave o a las

los derechos humanos —tortura⁴⁸ y otros tratos o prácticas degradantes o inhumanas,⁴⁹ discriminación racial⁵⁰ y desaparición forzada⁵¹—, tráfico de drogas,⁵² falsificación de dinero⁵³ y terro-

instalaciones o servicios de navegación aérea o que comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo (Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (adoptada el 23 de septiembre de 1971, entrada en vigor el 26 de enero de 1973), *United Nations Treaty Series*, vol. 974, (Convención de Montreal), artículo 1).

⁴⁸ El crimen de tortura puede existir en varias modalidades, y puede cometerse tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra (*Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, et al. (Judgment)*, IT-96-23-T, T. Ch. I (22 de febrero de 2001), paras. 488–97), sin embargo, de conformidad con la Convención de la Tortura de las Naciones Unidas de 1984, siempre será necesario que participe “un funcionario público o cualquier otra persona que actúe con capacidad oficial” (Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (adoptada el 10 de diciembre de 1984) UNGA Res 39/46 (Convención contra la Tortura), artículo 1). Este requisito se estableció en el derecho internacional para distinguir la tortura como un crimen internacional de la tortura como un crimen nacional (Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 118).

El crimen de tortura como un crimen internacional puede concebirse de tres maneras: como una modalidad de los crímenes de guerra, como una modalidad de los crímenes de lesa humanidad, y como un crimen independiente. Los elementos del crimen de tortura son diferentes para cada una de estas tres modalidades, pero, como afirma el profesor Cassese (Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 117–18), todas tienen en común el hecho de que no es necesario que el propósito de la tortura sea la extracción de una confesión o admisión de la víctima. Bajo este concepto, para que la tortura sea un crimen internacional, es necesario que tenga como propósito: “(i) obtener información o una confesión; o (ii) castigar, intimidar, o humillar a una persona; o (iii) forzar a la víctima o a un tercero a que haga o deje de hacer algo; o (iv) discriminar a la víctima o un tercero por cualquier motivo” (Cassese *International Criminal Law*, nota 40, pág. 118–19).

⁴⁹ Las prácticas análogas a la esclavitud son el trabajo y servidumbre forzada (por deudas o gleba) y todas las instituciones o prácticas en virtud de las cuales se puedan ejercer derechos de propiedad sobre alguna persona. Convención contra la Tortura, nota 48, artículo 1.

⁵⁰ Discriminación racial se define como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (adoptada el 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor el 4 de enero de 1969) UNGA Res 2106 A(XX), art. 1(1).

⁵¹ El derecho internacional define la desaparición forzada como “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.” Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (adoptada el 20 de diciembre de 2006) UN Doc A/RES/61/177, artículo 2.

⁵² El delito de tráfico de drogas se define exhaustivamente en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, sin embargo, de manera simplista, podemos decir que este delito incluye la producción, oferta, distribución y transporte, de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica, el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes, la fabricación, transporte o distribución de equipos, materiales o de ciertas sustancias enumeradas en dicha Convención —sustancias controladas, sicotrópicas y otras—, y la organización o financiamiento de estas actividades, así como prácticas relacionadas con lo anterior (Convención de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (adoptada el 20 de diciembre de 1988, entrada en vigor el 11 de noviembre de 1990), UN Doc E/CONF.82/15 y Corr. 1, artículo 3).

rismo.⁵⁴ Sin embargo, a la fecha, estos delitos podrían más bien considerarse como delitos transnacionales.

Esto es, los delitos internacionales son violaciones del derecho internacional sancionables penalmente y tipificadas por la costumbre internacional; son prohibiciones del derecho internacional general.⁵⁵ Habría que mencionar que se acepta universalmente que los delitos internacionales son producto de la costumbre internacional, pero también existe una minoría que acepta que los delitos internacionales pueden surgir como una consecuencia de los principios generales de derecho.⁵⁶ En una de sus sentencias, el Tribunal para la ex Yugoslavia afirmó que los delitos internacionales son “de naturaleza universal, bien reconocidos en derecho internacional como violaciones graves del derecho internacional humanitario y trascienden el interés de los Estados en lo individual [...] afectan a la humanidad en su conjunto y estremecen la conciencia de todas las naciones del mundo.”⁵⁷ Naturalmente, todos los delitos internacionales que actualmente se acep-

⁵³ Todos los actos fraudulentos de fabricación o alteración de moneda, independientemente del medio empleado para producir el resultado, la emisión y circulación de dicha falsificada, la introducción a un país de dinero falsificado y el comercio de artículos adaptados para falsificar o alterar moneda. Convención internacional para la represión de la falsificación de dinero (firmado en Ginebra el 20 de abril de 1929, entrada en vigor el 22 de febrero de 1931), *League of Nations Treaty Series*, 1931, pág. 371, artículo 3.

⁵⁴ La definición más aceptada de terrorismo es la definición contenida en el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, págs. 120–24), en donde se define al terrorismo como cualquier acto “destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo” (Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (adoptada el 9 de diciembre de 1999, abierta a firma el 10 de enero de 2000), UNGA Res 54/109 (1999), artículo 2(1)(a)).

⁵⁵ Paust, *International Criminal Law*, nota 24, págs. 4–5. No obstante dicha afirmación, hay que tener presente que estos tipos son incorporados al derecho nacional con las particularidades de cada uno de los sistemas jurídicos nacionales aplicables y, si bien se rigen por derecho internacional, éste puede ser —y, como lo veremos más adelante, ciertamente es— modificado por la práctica nacional e internacional.

⁵⁶ Para una discusión respecto de la creación y tipificación de los delitos internacionales a partir de los principios generales de derecho, ver Cherif Bassiouni, Mammoud, “A Functional Approach to General Principles of International Law”, *Michigan Journal of International Law*, EE.UU., 1990, no. 11.

⁵⁷ *Prosecutor v. Duško Tadić (Decision on the Defence Motion on Jurisdiction)*, IT-94-1-T, T. Ch. II (10 de agosto de 1995) (*Tadić (Decisión sobre la Jurisdicción)*), para. 42.

tan como tales se han considerado en mayor o menor medida como delitos de *ius cogens* o como delitos que merecen la censura de la comunidad internacional en su conjunto.

2. Delitos transnacionales

Los delitos transnacionales son delitos que tutelan bienes jurídicos que afectan a un número relativamente reducido de Estados y que han sido elevados a nivel internacional en virtud de haberse proscrito mediante algún tratado internacional del que dichos Estados son parte. Dichos delitos no son producto de la costumbre internacional, por lo que si bien tienen efectos a nivel internacional que puede resentir la comunidad internacional indirectamente, estos no afectan a la comunidad internacional en su conjunto en virtud de afectar exclusivamente a los Estados parte de dicho tratado.⁵⁸

Karpets llama a estos delitos “delitos de carácter internacional” para reflejar el hecho de que los mismos tienen un impacto internacional, pero también para aclarar que no son delitos internacionales propiamente dichos, y los define de la siguiente manera:

Son delitos de carácter internacional los hechos delictivos previstos en acuerdos (convenciones) internacionales y no clasificados como crímenes contra la humanidad, pero que atentan contra las relaciones normales entre Estados, perjudican la cooperación internacional en diversas áreas de las relaciones (económicas, socioculturales, de propiedad, etc.) y también a organizaciones y ciudadanos, sancionable bien según normas establecidas en acuerdos (convenciones) internacionales, ratificados en la forma correspondiente, bien partiendo de normas de legislación penal nacional a tenor con estos acuerdos.⁵⁹

La definición transcrita anteriormente enfatiza el hecho de que estos delitos son producto de los tratados internacionales, no de la costumbre. Consecuentemente, los delitos transnaciona-

⁵⁸ Véase generalmente, Boister, Neil, ““Transnational criminal law?””, *European Journal of International Law*, Italia, 2003, vol. 14; págs. 953–976, y Meron, Theodor, “Is International Law Moving towards Criminalization?”, *European Journal of International Law*, Italia, 1998, vol. 9, págs. 18–31.

⁵⁹ Karpets, *Delitos*, nota 20, pág. 65.

les —delitos de carácter internacional, según Karpets— son delitos a nivel internacional sólo para algunos Estados y no para todos. Por otro lado, esta definición también aclara que estos delitos pueden ser perseguidos bajo derecho internacional convencional, y también bajo derecho nacional, cuando la legislación nacional sea producto de los tratados internacionales correspondientes. El problema de gravedad⁶⁰ también es relevante para Karpets, quien además distingue entre estos delitos y los delitos internacionales al afirmar que “no son homologables por el grado de peligrosidad y por su esencia.”⁶¹

Hay que mencionar que ocasionalmente se considera que algunos de estos delitos han adquirido el estatus de costumbre internacional, situación que haría que dichos delitos dejaran de ser delitos transnacionales y se volvieran delitos internacionales.⁶²

3. Delitos nacionales

Los delitos nacionales son aquellos que tutelan bienes jurídicos que afectan a un Estado en particular o a un número reducido de Estados, y que carecen de efectos sustanciales a nivel internacional y cuya comisión no resiente la comunidad internacional. Esto es, este tipo de delitos solamente son relevantes para los Estados en virtud de que no son costumbre internacional y no están prohibidos mediante tratados.

Una de las pocas excepciones en que estos delitos se vuelven relevantes para el derecho penal internacional —y por lo tanto parte de su objeto de estudio— es cuando la aplicación del de-

⁶⁰ *Ver supra*, texto a nota 28.

⁶¹ Karpets, *Delitos*, nota 20, pág. 65.

⁶² Hay que recordar, sin embargo, que todos estos delitos —y en efecto, casi todos los delitos no internacionales— pueden “internacionalizarse” cuando estos pongan en riesgo a la comunidad internacional y el Consejo de Seguridad así lo determine. En este escenario, podríamos imaginarnos un caso en el que el Consejo de Seguridad imponga un embargo de armas a un Estado y alguna persona trafique armas a dicho Estado, por ejemplo. En este mismo sentido, *ver infra* nota 63 y texto a dicha nota.

recho nacional se lleva a cabo a nivel internacional o cuando se da un proceso de extradición, rendición o entrega, por ejemplo. Además, es posible argumentar que un delito nacional permita accionar la jurisdicción internacional cuando, siendo una cuestión meramente nacional, ésta es suficientemente intrusiva o grave como para afectar a la comunidad internacional o a un número relevante de otros Estados. En estos casos, parece ser que existe un consenso cada vez mayor que afirma que cuando las consecuencias de los delitos nacionales se sientan a nivel internacional —por ejemplo, cuando como consecuencia de una serie de disturbios internos, ocurra un flujo de refugiados importante a Estados colindantes—, estos se considerarán “internacionalizados” y relevantes para la comunidad internacional.⁶³

C. Fuentes de derecho internacional público y de derecho penal internacional

El término “fuentes del derecho” se utiliza haciendo alusión al origen del derecho: a los procesos, procedimientos, hechos o situaciones que crean las diversas normas jurídicas. En el ámbito del derecho penal internacional, no existe una teoría definitiva y universalmente aceptada sobre las fuentes de derecho, como sí puede afirmarse que existe en el derecho internacional público.

La teoría de las fuentes del derecho internacional público más aceptada afirma la existencia de cinco fuentes: la costumbre internacional, los tratados internacionales y los principios generales de derecho internacional como fuentes primarias, y las decisiones judiciales y la doctrina como fuentes subsidiarias. Dicha teoría se encuentra codificada en el primer párrafo del artículo 38

⁶³ En este sentido, ver la Opinión Consultiva respecto de los Decretos de Nacionalidad de Túnez y Marruecos de la (*Décrets de Nationalité Promulgués en Tunisie et au Maroc (Avis Consultatif)*), P.C.I.J. Reports, Serie B, No. 4, págs. 24 y 30), en donde la CIJ argumenta que las cuestiones que caen enteramente dentro del ámbito de la jurisdicción nacional —la determinación de quién es nacional de un Estado en dicho análisis—, pueden estar sujetas a regulación internacional cuando éstas afecten los derechos de Estados terceros.

del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,⁶⁴ órgano judicial de las Naciones Unidas, que establece que la CIJ aplicará dichas fuentes, sin imponer una jerarquía específica más allá de su división en fuentes primarias o directas (los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho internacional) y subsidiarias o indirectas (las decisiones judiciales y la doctrina).⁶⁵

En el caso del derecho penal internacional, la teoría de fuentes presenta ciertas modificaciones derivadas de la naturaleza misma del sistema y de los principios generales de derecho penal. A diferencia de la teoría de fuentes del derecho internacional público, esta teoría no puede ser universal en alcance debido a la existencia de distintas jurisdicciones. Esto es, no podemos afirmar la existencia de una teoría general de fuentes del derecho penal internacional en relación con el derecho procesal más allá de ciertas disposiciones básicas derivadas de otras normas de derecho internacional⁶⁶ —el derecho que aplica tanto al TMI, como al TPIY o a la CPI es diferente—, pero sí podemos afirmar que existe una teoría de fuentes del derecho penal internacional en relación con el derecho penal internacional sustantivo.

⁶⁴ El artículo 38 del Estatuto de la CIJ expresamente establece lo siguiente:

“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 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 para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.”

⁶⁵ Comúnmente se discute si éstas últimas son “supletorias” o “subsidiarias” e incluso si existe una diferencia entre la supletoriedad o subsidiariedad de las fuentes. Para efectos del presente capítulo, sin embargo, utilizaremos dichos términos para referirnos a las fuentes que se mencionan en el Artículo 38, fracción 1 párrafo D, mismas que son los “medios auxiliares” para determinar la existencia de las normas jurídicas internacionales.

⁶⁶ Podemos afirmar que ciertos derechos procesales básicos son principios generales de derecho, o principios generales de derecho penal, o costumbre internacional. Para ejemplos en este sentido, *ver infra*, nota 121.

En el derecho de estos tribunales, se puede percibir la existencia de un cuerpo central de normas que los tribunales penales internacionales han compartido, aplicado y desarrollado, desde los Tribunales de Nuremberg y de Tokio hasta la CPI. Este cuerpo de normas incluye los tipos penales, que han evolucionado, pero que siguen siendo sustancialmente los mismos.⁶⁷ En su mayoría, estas normas son el producto de la costumbre, tal y como ésta ha evolucionado de la práctica de los Estados, de los tratados internacionales en la materia, la práctica de los tribunales penales internacionales y la doctrina. Sin embargo, cada tribunal penal internacional aplica el derecho que se encuentra previsto y al que lo refiere su instrumento constitutivo. El derecho sustantivo que se decidió codificar en dichos instrumentos era costumbre internacional, pero el derecho procesal era meramente convencional y se ceñía al establecido en dichos instrumentos. Los tribunales ad hoc, en cambio, aplicaron un derecho consuetudinario tal y como la existencia del mismo fue afirmada por el Secretario General de la ONU. Finalmente, la CPI aplicará un derecho consuetudinario que ha sido codificado en el Estatuto de Roma, pero, adicionalmente a dicho corpus, la CPI también tendrá jurisdicción y competencia sobre ciertos delitos internacionales cuya definición y existencia es reconocida como exclusivamente convencional.

⁶⁷ Por ejemplo, las normas sobre la atribución de responsabilidad y las excusas absolutorias son un cuerpo de normas que ha venido evolucionando desde Nuremberg y Tokio hasta nuestros días en la CPI, pero que, no obstante dicha evolución, continúa siendo un cuerpo de normas coherente e identificable.

1. Fuentes directas o principales

a. Tratados internacionales

Los tratados internacionales son los acuerdos internacionales celebrados por escrito entre sujetos de derecho internacional.⁶⁸ En derecho internacional general, los tratados han cobrado gran auge por la seguridad y certeza jurídica que brindan a las partes contratantes —aún cuando tradicionalmente la costumbre internacional ha sido la fuente más importante.⁶⁹ Esta situación, aunada al hecho de que los tratados internacionales pueden crear obligaciones internacionales nuevas, hace que los tratados sean la fuente preferente para crear los tribunales penales internacionales.

Los tratados internacionales como fuente del derecho penal internacional son fundamentales toda vez que los instrumentos constitutivos de los tribunales penales internacionales delimitan el actuar de dichos tribunales y hacen referencias expresas a ciertos tratados que deberán aplicar los mismos —las Convenciones de Ginebra y de la Haya, por ejemplo.⁷⁰ El Tribunal de Nuremberg y la Corte Penal Internacional fueron establecidos mediante tratado: el Convenio de Londres y el Estatuto de Roma, respectivamente.⁷¹ Si bien los tribunales penales internacionales ad hoc

⁶⁸ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (adoptada el 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980), *United Nations Treaty Series*, vol. 1155 (Convención de Viena de 1969), artículo 2.1(a); y Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (adoptada el 21 de marzo de 1986), UN Doc A/CONF.129/15 (Convención de Viena de 1986), art. 2.1(a).

⁶⁹ D'Amato, Anthony A., *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, EE.UU., Cornell University Press, 1971, pág. 4.

⁷⁰ Estatuto del TPIY, nota 43, art. 2; Estatuto del TPIR, nota 43, art. 4.

⁷¹ También es posible afirmar que los tribunales penales internacionales ad-hoc fueron establecidos en virtud de obligaciones derivadas de tratados; en particular, de obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas, que en su artículo 25 establece que los Estados deberán cumplir con las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad (Carta de las Naciones Unidas (firmada el 26 de junio de 1945, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945), “Carta de las Naciones Unidas”, <<<http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/index.htm>>> (última visita el 2 de junio de 2008), art. 25). Sin embargo, habría que dejar claro que la diferencia fundamental en estos casos es que mientras el Convenio de Londres y el Estatuto de Roma fueron negociados entre las partes, los estatutos para el TPIY y el TPIR

fueron establecidos mediante resoluciones del Consejo de Seguridad, también es cierto que sus estatutos se rigen por el derecho de los tratados.⁷² En este sentido, los instrumentos constitutivos de los tribunales penales internacionales son el punto de partida para determinar las fuentes de derecho que serán aplicables y que regularán el actuar y el proceso ante cada tribunal. Es por ello que resulta difícil discutir el tema de fuentes de derecho penal internacional, toda vez que cada tribunal podrá tener fuentes distintas, dependiendo de su instrumento constitutivo. El Estatuto de Roma, por ejemplo, establece una clara jerarquía entre las diversas fuentes de derecho que podrá aplicar la CPI,⁷³ pero esta circunstancia no se repite en todos los demás instrumentos.

b. Costumbre internacional

La costumbre internacional son los usos que los sujetos de derecho internacional consideran obligatorios. La definición de costumbre internacional como un uso considerado jurídicamente obligatorio, incluye dos elementos: el elemento objetivo —el uso mismo, la práctica reiterada o constante, constituida por el conjunto de actos o manifestaciones en un sentido uniforme y constante—, y el elemento subjetivo —el hecho de que dicho uso sea considerado jurídicamente obligatorio, la *opinio iuris*.⁷⁴

fueron adoptados unilateralmente por los miembros del Consejo de Seguridad. *Ver infra*, Capítulo IV.C “Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc para la Ex Yugoslavia y Rwanda”.

⁷² Schabas, *An Introduction*, nota 18, págs. 74–75; Convención de Viena de 1969, nota 68, arts. 31 y 32.

⁷³ En efecto, el artículo 21 del Estatuto de Roma (nota 43) establece que la CPI, primero, aplicará el Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba; segundo, cuando sea procedente, los tratados aplicables y los principios y normas de derecho internacional; y finalmente, los principios generales de derecho.

⁷⁴ El elemento objetivo de una costumbre pueden ser los tratados internacionales, y en este sentido, los tratados pueden devenir en normas de costumbre internacional. *Ver D’Amato, Concept of Custom*, nota 68, pág. 49; *North Sea Continental Shelf*, nota 13, pág. 42, párrafo 71. Sin embargo, la CIJ ha opinado que “es axiomático que la materia del derecho internacional consuetudinario debe buscarse principalmente en la práctica efectiva y la *opinio iuris* de los Estados, aún cuando las convenciones multilaterales jueguen un papel importante al codificar y definir las reglas derivadas de la costumbre o también en su desarrollo” (*Continental Shelf, Judgment (Libia v. Malta)*, I.C.J. Reports, 1985, págs. 29–30, para. 27.).

En el derecho internacional podemos hablar de la existencia de al menos tres tipos de costumbre según su alcance: la costumbre general —llamada simplemente costumbre internacional—, la costumbre regional, y la costumbre especial; y de la costumbre instantánea según el tiempo necesario para su creación. La costumbre general son las normas consuetudinarias que obligan a todos los Estados, a la comunidad internacional en su conjunto. Para que surja una norma de costumbre general, además de satisfacer los requisitos mencionados anteriormente, la práctica estatal y la *opinio iuris* debe ser representativa de la comunidad internacional en su conjunto.⁷⁵ La costumbre regional se refiere a aquellas normas que son reconocidas como costumbre dentro de una región geográfica determinada, por ejemplo, una norma consuetudinaria obligatoria para los Estados sudamericanos o para los Estados de cualquier otro continente.⁷⁶ La costumbre especial es una norma de costumbre que puede obligar a dos o más Estados, incluso de diversas regiones geográficas, pero que no es ni regional ni general.⁷⁷ Finalmente, la costumbre instantánea es aquella práctica que “aun sin el paso de un período considerable de tiempo”⁷⁸ se ha convertido en una norma de costumbre internacional.⁷⁹

Para una discusión sobre la *opinio iuris*, ver Byers, Michael, *Custom, Power and the Power of Rules: international relations and customary international law*, 1a reimpr., Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2001, págs. 18–20.

⁷⁵ Esta es la llamada costumbre internacional, sin mayores calificativos. Se denomina costumbre general debido a su alcance —obliga a todos los Estados—. También es llamada *derecho internacional general* y sus normas también llegan a ser llamadas normas generales o reglas generales de derecho internacional.

⁷⁶ Para que se forme una norma de costumbre regional, parece ser necesario que exista una práctica estatal y *opinio iuris* más uniforme y constante de un número de Estados en la región significativamente alto. *Affaire colombopéruvienne relative au droit d'asile, Arrêt du 20 novembre 1950 (Colombia v. Perú)*, I.C.J. Reports, 1950, págs. 276–278.

⁷⁷ Por ejemplo, en su sentencia en el *Asunto sobre el Derecho de Paso sobre Territorio Indio*, la CIJ estableció que existiría una norma de costumbre especial entre India y Portugal otorgando a éste el derecho de paso inocente sobre territorio Indio. *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960 (Portugal v. India)*, I.C.J. Reports, 1960, pág. 40).

⁷⁸ La CIJ explica que las disposiciones de los tratados pueden convertirse en costumbre y escribe que “una regla convencional [puede devenir] en una regla general de derecho internacional [...] aun sin el paso de un período considerable de tiempo, [si la] participación en la convención [es] suficientemente amplia y representativa en si misma [y]

En el derecho internacional general, la costumbre es la fuente de derecho más importante; sin embargo, en el campo del derecho penal internacional su importancia es más discutida, no obstante que la definición de la gran mayoría de los delitos internacionales derive de la costumbre. En el caso del derecho penal internacional, los usos más relevantes, y que comúnmente son los que se utilizan para determinar la existencia de un uso, es la conducta estatal y la práctica de los tribunales penales nacionales e internacional es en relación con los delitos internacionales. La *opinio iuris* en materia del derecho penal internacional se ha derivado de diversas ponencias por parte de las legaciones estatales en distintos foros internacionales, así como en su participación al redactar tratados, y recientemente, en sus diversas posturas en torno al Estatuto de Roma. La costumbre internacional en esta materia se considera como autoritativamente enunciada en los reportes del Secretario General de la ONU en relación con el establecimiento de los tribunales penales internacionales ad hoc.

En el caso del derecho penal internacional, habría que considerar una posible ampliación a la definición de costumbre y en particular en relación con la *opinio iuris*. La práctica estatal y varios de los tratados internacionales más relevantes para esta materia hacen referencia a que la

siempre que comprenda aquellos Estados particularmente interesados” (*North Sea Continental Shelf*, nota 13, pág. 42, para. 73).

⁷⁹ El ejemplo clásico de la costumbre instantánea es la libertad y uso pacífico de la exploración espacial, la cual derivó de una resolución de la Asamblea General y la que, hasta la fecha, se considera como un acto generador de costumbre. UNGA “Declaración de los Principios Jurídicos que se deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre” UNGA Res 1962 (XVIII) (13 de diciembre de 1963).

opinio iuris también puede ser formada por la humanidad,⁸⁰ el “sentido común del mundo”⁸¹ o por las exigencias de la conciencia pública⁸² y no solamente por los Estados.

c. Principios generales de derecho internacional

Los principios generales de derecho internacional pueden ser concebidos como normas o como enunciados sobre normas.⁸³ Cuando consideramos a los principios generales de derecho internacional como enunciados sobre las normas, en la medida en que estos no son normas, los principios generales de derecho internacional no generan obligaciones para los Estados.⁸⁴ En este caso, se habla de los principios generales de derecho internacional como una generalización de las reglas individuales y que, por lo tanto, deben concretarse en reglas individuales para poder encon-

⁸⁰ *The Scotia*, 81 U.S. (14 Wall.) 170, 187–88 (1871) (Suprema Corte de Justicia de EE.UU.); *Ware v. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.) 199, 227 (1796) (Suprema Corte de Justicia de EE.UU.).

⁸¹ *The Prize Cases*, 67 U.S. (2 Black) 635, 670 (1863) (Suprema Corte de Justicia de EE.UU.).

⁸² Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (firmada el 18 de octubre de 1907), en *Derecho Internacional relativo a la Conducción de las Hostilidades: compilación de Convenios de la Haya y de algunos otros instrumentos jurídicos*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1996 (Convención de la Haya no. IV), preámbulo. También véanse las Convenciones de Ginebra: Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (adoptado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950), *United Nations Treaty Series*, vol. 75, pág. 31 (Convenio de Ginebra I); Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (adoptado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950), *United Nations Treaty Series*, vol. 75, pág. 85 (Convenio de Ginebra II); Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (adoptado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950), *United Nations Treaty Series*, vol. 75, pág. 135 (Convenio de Ginebra III); Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (adoptado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950), *United Nations Treaty Series*, vol. 75, pág. 287 (Convenio de Ginebra IV).

⁸³ Koskenniemi, Marti, “General Principles: reflexions on constructivist thinking in international law”, *Oikustiede-Jurisprudentia*, 1985, no. 18, pág. 127. Sin embargo, existe gran discusión sobre la naturaleza de los principios generales de derecho. Ver, por ejemplo, el debate entre los profesores Hart (Hart, *Concept*, nota 6,) y Dworkin (Dworkin, Ronald M., “Is Law a System of Rules?”, *University of Chicago Law Review*, EE.UU., 1976, vol. 35, no. 14), así como la visión de Alexy sobre los principios generales de derecho como mandatos de optimización (Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

⁸⁴ Koskenniemi, *General Principles*, nota 83, pág. 126.

trar su fuerza normativa.⁸⁵ Desde esta perspectiva, los principios “describen y organizan el sistema de normas individuales y carecen de contenido normativo independiente.”⁸⁶

En cambio, cuando consideramos a los principios generales de derecho como normas, estos tienen “efectos normativos sobre la totalidad del sistema jurídico” y se refieren a normas jurídicas que pueden generar obligaciones para los Estados u otros sujetos del derecho internacional.⁸⁷ En este sentido, se habla de los principios generales de derecho internacional como normas que si bien “son distinguibles de las normas «ordinarias» mediante algún criterio, por ejemplo, la generalidad de su carácter, la naturaleza de su obligatoriedad o su posición en la jerarquía de normas [...] buscan orientar la conducta Estatal”.⁸⁸ Este es el sentido más utilizado por los tribunales internacionales.⁸⁹ Herczegh, doctrinario del derecho internacional, ha sugerido que los principios generales de derecho internacional son una “norma de validez general manifestada no mediante una sola disposición, sino mediante un grupo de reglas jurídicas mutuamente interdependientes o el sistema de dichas reglas.”⁹⁰ MacCormick, por su parte considera que los principios “son generalizaciones que permanecen en segundo plano y que solamente son aplicadas cuando otras nor-

⁸⁵ *Idem*. El ejemplo que utiliza Koskenniemi es el del principio de inmunidad diplomática, mismo que en si carece de contenido normativo hasta que lo analizamos a partir de las diversas reglas que lo componen, una de las cuales establece que un Estado no puede ejercer su jurisdicción respecto de los representantes de otro, por ejemplo.

⁸⁶ *Ibidem*, pág. 128.

⁸⁷ *Ibidem*, pág. 125.

⁸⁸ *Ibidem*, pág. 128.

⁸⁹ Varios jueces de la CIJ han equiparado a los principios de derecho con normas jurídicas. *Ver*, por ejemplo, la sentencia dictada por una Sala de la CIJ en el caso sobre el *Golfo de Maine*, en donde dicha Sala determinó cuales eran “los principios y las reglas de derecho internacional, o más precisamente, la norma fundamental de derecho internacional consuetudinario sobre la delimitación marítima” aplicables para delimitar dicho golfo (*Délimitation de la Frontière Maritime dans la Région du Golfe du Maine, Arrêt (Canada v. EE.UU.)*, I.C.J. Reports, 1984, pág. 300).

⁹⁰ Herczegh, Géza, citado en Koskenniemi, *General Principles*, nota 83, pág. 132.

mas no determinan una solución”, son “enunciados que dan expresión a los propósitos y valores detrás de las normas particulares.”⁹¹

El artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ se refiere a los principios generales de derecho internacional expresamente como fuentes del derecho internacional, circunstancia que también es compartida por un número importante de doctrinarios del derecho internacional.⁹² En este sentido, los principios generales de derecho internacional podrían aplicarse por la CIJ como una norma internacional para resolver una disputa sometida ante esta.⁹³ Sin embargo, si bien la CIJ ha utilizado los principios generales de derecho internacional como parte de su argumentación, hasta la fecha, la CIJ nunca ha aplicado un principio general de derecho como una norma.⁹⁴ Eso no quiere decir que los principios generales del derecho internacional carezcan de relevancia para el sistema internacional. Estos principios son invocados por los sujetos del derecho internacional y son relevantes para el mismo en la medida que se emplean como principios rectores del derecho internacional y son individualizados mediante normas particulares conforme los Estados van llevándolos a la práctica.

En el campo del derecho internacional se habla de la existencia de cinco categorías distintas de principios generales de derecho: los principios de derecho nacional reconocidos por las naciones civilizadas;⁹⁵ principios derivados de la naturaleza específica de la comunidad internacio-

⁹¹ MacCormick, Neil, citado en Koskenniemi, *General Principles*, nota 83, pág. 132.

⁹² Friedmann, Wolfgang, “The Uses of ‘General Principles’ in the Development of International Law”, *American Journal of International Law*, EE.UU., 1963, vol. 57, no. 2.

⁹³ En este caso estaríamos hablando de los principios generales de derecho internacional como normas y no como enunciados sobre las normas.

⁹⁴ Koskenniemi, *General Principles*, nota 83, págs. 122–123.

⁹⁵ Schachter, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, colección *Developments in International Law*, no. 13, págs. 50–55.

nal;⁹⁶ principios intrínsecos al concepto de derecho y básicos para todos los sistemas jurídicos;⁹⁷ principios válidos en todas las sociedades en donde existan relaciones de jerarquía y subordinación;⁹⁸ y principios de justicia cuyo fundamento yace en la naturaleza misma del hombre como ser racional y social.⁹⁹

La primera categoría proviene del texto del Estatuto de la CIJ en su artículo 38(1)(c), disposición que sigue el lenguaje del Estatuto de la Corte Permanente Internacional de Justicia. Este texto es de la época de potencias metropolitanas y colonias, de una época Imperial. La noción de “naciones civilizadas” implica que, al menos conceptualmente, existen naciones “no civilizadas”.¹⁰⁰ Esta categoría no tiene mayor impacto, excepto que, mediante su aplicación, la CIJ podría indirectamente calificar de “civilizado” o “no civilizado” a un Estado y a una práctica.

La segunda categoría de principios son aquellos que derivan de la naturaleza de la comunidad internacional y por lo tanto incluyen los principios necesarios para la coexistencia pacífica de los Estados; por ejemplo, el principio de igualdad soberana de los estados, de libre autodeterminación de los pueblos, la prohibición del uso de la fuerza en la conducción de relaciones interestatales, la libertad de navegación y la inmunidad diplomática.¹⁰¹

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ Esta categoría es una teoría que expone el Juez Tanaka de la CIJ en su opinión disidente en los casos del *Sudoeste Africano* (*South West Africa Cases, Second Phase*, nota 9, págs. 295–298). Véase también, Schachter, *International Law*, nota 95, págs. 50–55.

⁹⁹ *Affaire du Détroit de Corfú, Arrêt du 9 avril 1949 (Reino Unido v. Albania)*, I.C.J. Reports, 1949, pág. 22.

¹⁰⁰ El artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ expresamente menciona como fuente a “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones *civilizadas*” (énfasis añadido).

¹⁰¹ Koskenniemi, *General Principles*, nota 83, pág. 124.

La tercera categoría se refiere a los principios que son fundamentales y comunes a todos los sistemas jurídicos —o al menos, a *casi* todos—,¹⁰² e incluyen, entre otros, a los principios de debido proceso.¹⁰³ En su sentencia en el caso del *S.S. Lotus*, la CPJI define a los principios generales de derecho internacional como “el derecho internacional tal y como éste se encuentra en vigor entre todos los Estados parte de la comunidad internacional.”¹⁰⁴ La Corte continúa opinando que “no es posible —excepto en virtud de un texto expreso— interpretar el término «principios generales de derecho internacional» de manera que no se refieran a los principios en vigor entre todos los Estados independientes”.¹⁰⁵ Los doctrinarios están de acuerdo con esta interpretación y consideran que el texto del artículo 38(1)(c) se debe interpretar como refiriéndose a estos principios.¹⁰⁶

La cuarta categoría se refiere a ciertos estándares aplicables a las relaciones interestatales, incluyendo muchos principios de derechos humanos tales como el principio de respeto de la vida humana o de la no discriminación en virtud de la raza.¹⁰⁷ El Juez Tanaka de la CIJ hace referencia a esta clasificación en su opinión disidente en los casos del *Sudoeste Africano*.¹⁰⁸ En dicha opinión, el Juez Tanaka escribe que los principios generales de derecho internacional deben incluir no solo los principios generales de las diversas ramas del derecho, sino que también deben incluir la definición de los “conceptos jurídicos fundamentales que integran las normas jurídicas, tales como persona, derecho, obligación, propiedad, acto jurídico, contrato, responsabilidad, sucesión,

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal (Advisory Opinion)*, I.C.J. Reports, 1982, pág. 356.

¹⁰⁴ *Affaire du “Lotus” (Francia v. Turquía)*, C.P.I.J. Reports, Serie A, No. 10, págs. 16–17.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág. 17.

¹⁰⁶ Koskenniemi, *General Principles*, nota 83, pág. 124.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 125.

¹⁰⁸ Opinión Disidente del Juez Tanaka en *South West Africa Cases, Second Phase*, nota 9, págs. 294–298.

etc.”¹⁰⁹ Estos principios, continúa, deben incluir las normas de protección de los derechos humanos como principios generales de derecho en la medida en que éstas derivan del concepto de persona y la relación que guarda una persona con la sociedad.¹¹⁰

La quinta categoría también se refiere a ciertos estándares básicos o fundamentales de derecho internacional e incluye, cuando menos, ciertos principios de *ius cogens*. En su sentencia de fondo en el caso *Estrecho de Corfú*, la CIJ establece que los Estados tienen obligaciones internacionales que encuentran su fundamento en “ciertos principios generales y extensamente reconocidos, a saber: consideraciones elementales de humanidad”.¹¹¹ La CIJ también menciona varios otros principios en este mismo sentido, por ejemplo, la prohibición de actos de agresión o genocidio.¹¹²

i. Principio de irretroactividad en derecho internacional general

El principio de irretroactividad es un principio general de derecho internacional que establece que, como regla general, las normas no serán aplicables de manera retroactiva. Este principio es un principio de costumbre que para efectos del derecho se los tratados ha sido codificado en la Convención de Viena de la siguiente manera:

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 trata-

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 296.

¹¹⁰ *Ibidem*, págs. 297–298.

¹¹¹ *Affaire du Détroit de Corfú, Arrêt du 9 avril 1949* nota 99, pág. 22. En este caso, ciertos buques de la marina del Reino Unido fueron dañados al explotar varias minas submarinas mientras cruzaban el estrecho de Corfú. La CIJ determinó que Albania era responsable por dichos daños en virtud de que Albania había incumplido con su obligación de notificar a la comunidad internacional de la existencia de dichas minas, añadiendo, además que el cumplimiento con dichas obligaciones por parte de los Estados “es aún más estricto en tiempos de paz que en tiempos de guerra”.

¹¹² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt (Belgica v. España)*, I.C.J. Reports, 1970, pág. 32.

do para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.¹¹³

Esta regla está de acuerdo con la opinión de la Comisión de Derecho Internacional, que en sus comentarios al proyecto de la Convención de Viena, expresamente opinó que “nada impide que las partes le concedan efectos retroactivos a un tratado, o a algunas de sus disposiciones”.¹¹⁴ Esta regla también ha sido aplicada por la CIJ en su sentencia sobre el caso *Ambatielos*, en donde la CIJ opinó que no podía aplicar retroactivamente un tratado en virtud de que el texto expreso del tratado establecía que “[entraría] en vigor inmediatamente después de su ratificación”.¹¹⁵ La CIJ opina que

[dicha] conclusión podría haberse refutado en caso de que hubiera habido alguna cláusula especial o algún objeto especial que necesitara que se interpretara retroactivamente [el tratado]. En el presente caso, no hay dicha cláusula u objeto. Por lo tanto, es imposible considerar que alguna de sus disposiciones pudo haber entrado en vigor previamente.¹¹⁶

En el caso de las *Concesiones Palestinas*, en cambio, la C.P.J.I. sí aplicó retroactivamente un tratado internacional, sin embargo lo hizo porque en ese caso había una “cláusula especial” u “objeto especial” de esta naturaleza. En dicho caso, la C.P.J.I. consideró que en virtud de que el protocolo a un tratado había sido celebrado precisamente para proteger la existencia de ciertos derechos —derechos que habían sido violados previo a la entrada en vigor del mismo—, dicho protocolo necesariamente tuvo que haber sido celebrado precisamente para que tuviera efectos retroactivos.¹¹⁷

¹¹³ Convención de Viena de 1969, nota 68, art. 28.

¹¹⁴ Comisión de Derecho Internacional, “Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, pág. 211, art. 24, comentario 1.

¹¹⁵ *Ambatielos case (Jurisdiction)*, *Judgment of 1 July 1952 (Grecia v. Reino Unido)*, I.C.J. Reports, 1952, pág. 40.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grecia v. Reino Unido)*, P.C.I.J. Reports, Serie A, No. 4, pág. 34.

d. Principios generales de derecho penal internacional

En el ámbito de la materia penal, existe un sistema de principios generales con un alto nivel de desarrollo y encontramos tanto principios con contenido normativo, como principios que se refieren a un sistema de normas. El derecho penal internacional ha incorporado dentro de sus normas casi todos los principios generales de derecho penal generalmente reconocidos en el derecho penal nacional de los diversos Estados, sin embargo, derivado de la naturaleza de los procesos internacionales y de los tribunales penales internacionales, el ámbito de aplicación y el alcance de los principios generales de derecho penal ha variado sustancialmente. En el caso de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio y en los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda, sus instrumentos constitutivos le otorgaban al juzgador una gran discreción para invocar y aplicar principios generales de derecho penal internacional.¹¹⁸ En cambio, en la CPI, el Estatuto de Roma delimita expresamente los principios generales de derecho penal a que pueden recurrir los jueces.¹¹⁹

Como regla general, los tribunales penales internacionales sólo recurren y aplican los principios generales de derecho penal internacional cuando sus instrumentos constitutivos o fuentes

¹¹⁸ Ver, Charter of the International Military Tribunal (Estatuto del Tribunal Militar Internacional, adjunto al Convenio de Londres), *United Nations Treaty Series*, 1951, vol. 82 (Estatuto del TMI), pág. 284; Charter of the International Military Tribunal for the Far East (promulgado el 19 de enero de 1946, reformado el 26 de abril de 1946), *Treaties and Other International Acts Series*, No. 1589 (Estatuto del TMILO); Estatuto del TPIY (nota 43) y Estatuto del TPIR (nota 43) y las Reglas de Procedimiento correspondientes a cada tribunal.

¹¹⁹ El Estatuto de Roma regula los principios generales de derecho penal en su Parte III “De los principios generales de derecho penal”, del artículo 22 al 33, y para efectos del estatuto son: *nullum crimen sine lege, in dubio pro reo, nulla poena sine lege*, irretroactividad *ratione personae*, principios relacionados con la responsabilidad penal individual, incompetencia sobre menores, improcedencia de fuero, principios con la responsabilidad en razón de jerarquía, imprescriptibilidad, dolo e intencionalidad, circunstancias eximentes de responsabilidad penal, error de hecho o de derecho, cumplimiento de órdenes superiores y disposiciones legales. También existen otros principios generales de derecho penal en otras partes del estatuto, por ejemplo la presunción de inocencia (artículo 66) y ciertos principios relacionados con los derechos del acusado (artículo 67), entre otros.

El Dr. García Ramírez identifica una serie de principios generales adicionales en relación con la Corte Penal Internacional (ver García Ramírez, *Jurisdicción Penal Internacional*, nota 23, págs. 47–52).

primarias no resuelven una situación específica.¹²⁰ Esto es, en la práctica, los tribunales penales internacionales aplican los principios generales de derecho penal internacional como fuente supletoria. No obstante lo anterior, se ha mantenido que dichos tribunales deberán cumplir con ciertos principios, por ejemplo, el principio *in dubio pro reo* (presunción de inocencia), el principio que establece que los jueces deben ser imparciales e independientes, el principio de un juicio justo y expedito, y el principio que establece que el acusado debe estar presente en su propio juicio.¹²¹

No obstante lo anterior, existe un principio que resulta fundamental para el derecho penal internacional y es el principio de la responsabilidad penal individual. Este principio se refiere al hecho de que el individuo será responsable por los delitos que cometa y podrá ser procesado y sancionado de acuerdo con las prescripciones del derecho penal internacional. En el derecho internacional clásico, el individuo nunca había sido sujeto del mismo, excepto indirectamente. Sin embargo, éste es uno de los pilares del derecho penal internacional. México ha reconocido esta situación al afirmar que el individuo tiene personalidad ante el derecho internacional:

con la consolidación del denominado Derecho Internacional de los derechos humanos, *el ciudadano ha sido investido de personalidad jurídica internacional*, al constituir el eje sobre el cual gira la preocupación de los tratados y pactos internacionales, quedando los estados colocados como sujetos pasivos de la relación internacional, obligados a vigilar el cumplimiento de la normativa interna.¹²²

¹²⁰ No es posible afirmar la existencia de una regla universal respecto de la aplicación de los principios generales de derecho penal internacional por parte de los tribunales penales internacionales debido a que cada tribunal tiene una serie de reglas específicas, como mencionamos anteriormente (*ver supra*, nota 118 y texto).

¹²¹ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, Capítulo 21 “The General Principles governing International Criminal Trials”, págs. 389–405.

¹²² Senado de la República, “Declaración que formula el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo como fundamento el artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, adoptada el 22 de noviembre de 1969”, *Gaceta Parlamentaria del Senado de la República*, 24 de noviembre de 1998, no. 35 (Dictamen aprobado en primera lectura).

A continuación presentaremos brevemente ciertos principios generales del derecho penal internacional que son relevantes para efectos de esta tesis.

i. Principio de territorialidad

El principio de territorialidad establece que los Estados tienen facultades para ejercer su jurisdicción penal sobre aquellas personas que cometan algún delito en su territorio, independientemente de la nacionalidad del criminal. Este principio fue desarrollado intensamente por Beccaria. Éste insistía en que este principio debía aceptarse por dos motivos: primero, porque el derecho varía de lugar en lugar —y uno únicamente debería ser castigado cuando en el lugar en que realizó la conducta, infringe la ley—; y segundo, porque es justo que un delito, acto que viola el contrato social, sea sancionado en el lugar donde se violó dicho pacto. En efecto, Beccaria afirma que:

[e]l lugar de la pena es el lugar del delito; porque allí sólo se ven precisados los hombres a ofender un particular para evitar la ofensa pública. Un malvado, pero que no ha roto los pactos de una sociedad de que no era miembro, puede ser temido, y por tanto desterrado y excluido, en virtud de la fuerza superior de la sociedad; pero no castigado con la formalidad de las leyes, que son vengadoras de los pactos, no de la malicia intrínseca de las acciones¹²³

En su sentencia en relación con el *S.S. Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó la existencia de dicho principio y afirmó que “el de la territorialidad del derecho penal es fundamental en todos los sistemas jurídicos”.¹²⁴

Sin embargo, esto podría interpretarse estrictamente y en ese caso, podría afirmarse que México reconoció la personalidad del individuo a nivel internacional para efectos del derecho internacional de los derechos humanos y no para todo el derecho internacional en general.

¹²³ Beccaria, César, *De los Delitos y de las Penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, colección Sección de Obras de Política y Derecho, pág. 286.

¹²⁴ *Affaire du “Lotus”*, nota 104, pág. 20. Sin embargo, la Corte también afirmó que “[l]a territorialidad del derecho penal no es por lo tanto un principio absoluto del derecho internacional y no se confunde de ninguna manera con la soberanía territorial [de los Estados]” (*idem*).

Existen dos variantes de este principio, el principio de territorialidad objetiva y el principio de territorialidad subjetiva. El principio de territorialidad objetiva afirma que podrá ejercer su jurisdicción penal el Estado dentro de cuyo territorio se resientan los efectos del delito, independientemente de que el delincuente no se encuentre dentro del territorio del mismo.¹²⁵ Por su parte, el principio de territorialidad subjetiva afirma que podrá ejercer su jurisdicción penal el Estado dentro de cuyo territorio se realice la conducta o se encuentre el inculpado, aún cuando no se resientan los efectos del delito dentro de su territorio.¹²⁶

ii. Principio de nacionalidad

El principio de nacionalidad le permite a los Estados ejercer su jurisdicción penal sobre sus nacionales que hubieran cometido algún delito —independientemente del lugar en donde lo hubieran cometido.¹²⁷ Tradicionalmente, los Estados se han rehusado a extraditar a sus nacionales a otros Estados para que se enfrenten a un proceso penal en el extranjero —incluso cuando han

¹²⁵ Este principio se encuentra codificado en el Código Penal Federal, artículo 2, fracción I, que establece que “[Este código se aplicará] Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República” y ha sido reconocido por los tribunales mexicanos. Esta situación es análoga en los códigos penales de los Estados de la República. Además, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que México puede ejercer su jurisdicción penal con base en el principio de territorialidad sobre (i) “todos los hechos delictivos cometidos en el territorio nacional”, (ii) “el delito [que] se inicie o prepare en el extranjero y se cometa materialmente en el suelo nacional”, y (iii) “el delito [que] se consume materialmente en el extranjero, pero se agote en sus efectos y finalidades, dentro del territorio mexicano” (*Competencia Federal. Delitos cometidos en el Extranjero*, tesis aislada, registro no. 262723, de la Primera Sala, Sexta Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, segunda parte XXIV, pág. 196).

¹²⁶ México reconoce este principio en el artículo 1 del Código Penal Federal, en virtud del cual podrá ejercer su jurisdicción penal respecto de toda persona que cometa un delito federal en la República Mexicana. El artículo 5 extiende la aplicación de este principio a ciertos otros casos —embarcaciones, aeronaves y embajadas y legaciones— y los códigos penales de los Estados de la República a los delitos cometidos en sus respectivos territorios.

¹²⁷ Tradicionalmente, el “principio de nacionalidad” se refiere al principio de nacionalidad activa, en virtud del cual, el Estado tiene jurisdicción sobre los delitos cometidos en el extranjero por sus nacionales. Aclaremos lo anterior porque el principio de nacionalidad pasiva, que otorga al Estado jurisdicción sobre delitos cometidos en el extranjero en contra de sus nacionales, se acepta cada vez más —y actualmente, hay quien utiliza el término “principio de nacionalidad” para incluir ambos principios. Shaw, Malcolm N., *International law*, 5a ed., Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003, págs. 584–591. Nosotros empleamos el término en el sentido tradicional, refiriéndonos exclusivamente al principio de nacionalidad activa.

cometido crímenes en dichos Estados—,¹²⁸ situación que puede causar que muchos delitos queden impunes, particularmente cuando el criminal se refugia en el Estado de su nacionalidad.

La existencia de este principio se justifica “porque no es posible concebir que un Estado se transforme en seguro refugio para sus nacionales autores de crímenes fuera de su frontera, o sea porque esta regla de persecución es la justa contrapartida de la no extradición de nacionales, práctica indudable de la mayor parte de los países.”¹²⁹ Esta situación —la posibilidad de que un Estado se vuelva un “seguro refugio”— ha dado pie a que evolucione la regla *aut dedere aut judicare* (o juzgar o extraditar), misma que se acepta como una obligación consuetudinaria respecto de los crímenes de *ius cogens*;¹³⁰ sin embargo, para todos los demás casos, se considera una obligación convencional derivada de algún tratado internacional aplicable, por lo que resulta necesario analizar el caso concreto para determinar su existencia y aplicabilidad.¹³¹ Así, el Estado de nacionalidad tiene derecho a ejercer su jurisdicción penal sobre sus nacionales que cometan delitos en el extranjero, de tal suerte que los demás Estados tengan la garantía de que dichas personas efectivamente serán sujetas a un proceso penal.¹³²

¹²⁸ Véase también, *supra*, nota al pie 21.

¹²⁹ *Delitos cometidos en el Extranjero, por Mexicanos*, tesis aislada, registro no. 264657, de la Primera Sala, Sexta Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, segunda parte IV, pág. 56. Este principio se encuentra codificado en el artículo 2 en relación con el artículo 4 del Código Penal Federal y en los códigos penales de los Estados de la República.

¹³⁰ Knoops, *Surrendering*, nota 21, págs. 12, 313. Hay quien afirma que esta obligación es una obligación derivada del hecho de que, al ser los delitos internacionales delitos en contra de la comunidad internacional en su conjunto y delitos que ponen en peligro la paz y seguridad internacionales, los Estados tienen que reprimirlos como una consecuencia de su obligación de mantener la paz y seguridad internacionales (*ver*, Karpets, *Delitos*, nota 20, pág. 68).

¹³¹ Knoops, *Surrendering*, nota 21, págs. 12, 313.

¹³² Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 281.

iii. Principio de irretroactividad en derecho penal internacional

A diferencia del principio de irretroactividad en materia de derecho internacional general,¹³³ en materia de derecho penal internacional, el principio de irretroactividad es un principio que establece que las normas del derecho penal no pueden aplicarse respecto de actos que se hayan llevado a cabo previo a la entrada en vigor de dichas normas. Difiere del principio de irretroactividad de derecho internacional general en virtud de que en materia penal, los Estados carecen de libertad para aplicar retroactivamente el derecho según consideren prudente. Este principio es correlativo al principio de especificidad o estricta aplicación del derecho penal¹³⁴ en virtud de que si no se ha especificado el tipo penal a la fecha en que se cometió el delito, lógicamente resulta imposible aplicar el derecho penal a dicha conducta.¹³⁵ El principio de irretroactividad es parte clave del principio de legalidad¹³⁶ El principio de irretroactividad de la norma penal es “una máxima fundamental de todo sistema de justicia penal que afirme respetar el estado de derecho”¹³⁷ que tiene como propósito evitar que la autoridad pueda sancionar arbitrariamente a una persona por llevar a cabo actos, que en el momento de su comisión eran legales, mediante la promulgación de leyes

¹³³ *Ver supra*, Capítulo II.C.1.c.i “Principio de irretroactividad en derecho internacional general”.

¹³⁴ El principio de irretroactividad del derecho penal y el principio de especificidad son dos principios derivados del principio de legalidad, frecuentemente enunciado como *nullum crimen sine lege*. El principio de especificidad o estricta aplicación del derecho penal establece que el derecho penal se interpretará de manera estricta y que éste deberá aplicar estrictamente lo dispuesto por sus normas. *Ver*, Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 147.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ Parece que los doctrinarios mexicanos en materia de derecho penal internacional están de acuerdo con esta afirmación, sin embargo, su texto no lo manifiesta de manera expresa (*ver*, García Ramírez, Sergio, “El Principio de Complementariedad y otros Temas”, *La Corte Penal Internacional*, 2a ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, págs. 234–242).

¹³⁷ Broomhall, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court: between sovereignty and the rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, pág. 26.

que sancionen dichos actos con posterioridad,¹³⁸ prohibiendo la aplicación del derecho *ex post facto*, impidiendo que algún tribunal pueda así sancionar penalmente conductas que el legislador no haya querido criminalizar.¹³⁹

El principio de irretroactividad, tal y como éste se encuentra enunciado en el derecho internacional, es producto del derecho nacional, sin embargo, el mismo cristaliza en el derecho internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial.¹⁴⁰ Este principio cristaliza en la Sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg¹⁴¹ y en la Declaración Universal de Derechos del Hombre.¹⁴² Posteriormente, podemos encontrar que este principio se consolida como una norma internacional consuetudinaria derivada de la práctica internacional con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁴³ y ciertos otros instrumentos regionales —el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,¹⁴⁴ la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁴⁵ y la Convención Africana sobre

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ *Ibidem*, págs. 26–27.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pág. 27.

¹⁴¹ *Sentencia del Tribunal Militar Internacional (Nuremberg)* (1 de octubre de 1946), *American Journal of International Law*, EE.UU., 1947, no. 41 (*Sentencia del Tribunal de Nuremberg*), pág. 217.

¹⁴² Declaración Universal de Derechos del Hombre (adoptada el 10 de diciembre de 1948), UNGA Res 217(III)A, art. 11(2).

¹⁴³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976) *United Nations Treaty Series*, vol. 999, art. 15.

¹⁴⁴ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (entrada en vigor el 3 de septiembre de 1953), *United Nations Treaty Series*, vol. 213, art. 7.

¹⁴⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (adoptada el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978), *United Nations Treaty Series*, vol. 1144 (Pacto de San José), art. 9.

Derechos Humanos y de las Gentes.¹⁴⁶ Por lo tanto, hoy día éste principio forma parte del orden jurídico internacional.¹⁴⁷

2. Fuentes indirectas o subsidiarias

En el caso del derecho penal internacional, excepto por las decisiones judiciales y la doctrina, es muy poco frecuente que encuentren aplicación directa otras fuentes del derecho internacional — excepcionalmente podemos encontrar referencias a resoluciones y pronunciamientos de organismos internacionales y otros documentos para definir el alcance de un texto o una definición. Esta situación es un poco menos notoria en el derecho internacional general, porque en éste, normalmente se aplican o invocan como evidencia de la existencia de una regla de costumbre o como desarrollo o interpretación de una regla primaria existente. A continuación nos referimos brevemente a algunas de las otras fuentes más utilizadas en derecho internacional.

a. Decisiones judiciales

Las decisiones judiciales son una fuente auxiliar del derecho internacional general y son las resoluciones emitidas tanto por tribunales nacionales como por los tribunales internacionales. Al ser una fuente auxiliar, no aplica ante la existencia de una fuente primaria, pero sí se utiliza con gran frecuencia para delimitar e interpretar a dichas fuentes primarias.¹⁴⁸ Esto es, su carácter subsidiario impide que se aplique en contravención de lo establecido o dispuesto por una fuente primaria.

¹⁴⁶ Convención Africana sobre Derechos Humanos y de las Gentes, (adoptado el 27 de junio de 1981, entrada en vigor el 21 de octubre de 1986), *International Legal Materials*, 1982, no. 21, art. 7, para. 2.

¹⁴⁷ En este apartado presentamos el concepto general del principio de irretroactividad, sin embargo, más adelante abundaremos más sobre este tema, en particular sobre la manera en que este principio podría afectar la creación de los tribunales penales internacionales (*ver infra*, Capítulo V.D.1 “El ejercicio de jurisdicción por parte de los Tribunales Penales Internacionales no viola el principio de irretroactividad”).

¹⁴⁸ Riva Palacio Lavín, Antonio “Fuentes del Derecho Internacional”, Lara Patrón, Rubén e Icaza Hernández, Gerardo de (coords.), *Derecho Internacional Público*, México, Iure Editores, 2006, págs. 121–122.

En la práctica de los tribunales penales internacionales, las decisiones judiciales se utilizan como una fuente secundaria que les permite analizar el alcance de la norma primaria, pero que se utiliza con mucho cuidado para evitar introducir conceptos ajenos al sistema específico de que se trate en cada instancia.¹⁴⁹

En el ámbito del derecho internacional general, las resoluciones más importantes son las de la Corte Internacional de Justicia y las de su antecesora, la Corte Permanente Internacional de Justicia, pero también se consideran relevantes las resoluciones de los demás tribunales internacionales y también las de los tribunales locales.¹⁵⁰ Respecto del derecho penal internacional, las decisiones judiciales más relevantes son las decisiones de los Tribunales Penales Internacionales de la Segunda Guerra Mundial y de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc¹⁵¹ —habría que mencionar que ciertas decisiones de la Corte Internacional de Justicia también tienen gran peso y los tribunales penales internacionales llegan a recurrir a las mismas.¹⁵²

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, la discusión que se da en la Sala de Apelación del TPIY en el caso Tadić (*Prosecutor v. Duško Tadić (Appeals Judgment)*), IT-94-1-A, App. Ch. (15 de julio de 1999), paras. 99–145), en donde la Sala analizó las reglas de atribución de conducta aplicadas por la CIJ en su sentencia en el caso *Nicaragua* y las reglas de atribución de conducta aplicables en materia de responsabilidad penal individual. La Sala de Apelación concluyó finalmente que la regla de atribución enunciada por la CIJ en el caso *Nicaragua* para determinar la imputabilidad de los actos de los Contras a los Estados Unidos no era aplicable para determinar la imputabilidad de la conducta de las fuerzas armadas serbio-bosnias a la República Federal Yugoslava (para. 145). En este mismo sentido, ver también la Revisión de la Confirmación de los Cargos de Conformidad con la Regla 61 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, *Prosecutor v. Ivica Rajić (Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence)*, IT-95-12-R61, T. Ch. II (13 de septiembre de 1996), para. 25.

¹⁵⁰ En la práctica, el peso específico que tienen las decisiones judiciales depende del tribunal que las emita. Como regla general, los tribunales internacionales le dan más relevancia a la sentencia de una Suprema Corte que a la de un tribunal de distrito o algún otro tribunal local; asimismo, la sentencia de un tribunal especializado en algún tema será más relevante para dichos temas que la de algún tribunal no especializado —por ejemplo, una sentencia de algún tribunal de derechos humanos se considerará como un mejor lineamiento en esa materia que la sentencia de algún otro tipo de tribunal pronunciada en materia de derechos humanos.

¹⁵¹ Varios autores están de acuerdo con esta propuesta y de hecho sus libros giran en torno a esta idea y utilizan estas decisiones para desarrollar sus teorías. En este sentido, ver, por ejemplo, Knoops, Geert-Jan Alexander, *Introduction to the Law of the International Criminal Tribunals: a comparative study*, Boston, Massachusetts, Brill Academic Publishers, 2003, colección International and Comparative Criminal Law Series.

¹⁵² Sin embargo, hay que tener en cuenta la diferencia entre ordenamientos jurídicos, que puede implicar que una decisión sea aplicable sólo de manera parcial, o en su caso, que sea completamente inaplicable. En este sentido, co-

Además de las decisiones judiciales de los diversos tribunales penales internacionales, en la práctica se llega a dar que estos tribunales se refieran a, o citen decisiones de, tribunales o cortes nacionales, en particular en relación con casos que tienen gran impacto a nivel internacional, por ejemplo: las decisiones de los tribunales ingleses y de la Cámara de Lords en relación con el caso Pinochet,¹⁵³ la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Cavallo,¹⁵⁴ y ciertos otros tribunales locales en relación con criminales de la Segunda Guerra Mundial —la Corte de Casación francesa en su sentencia sobre el caso de Klaus Barbie,¹⁵⁵ la Corte de Apelación del Sexto Circuito de los Estados Unidos en su sentencia sobre el caso Demjanjuk,¹⁵⁶ y las cortes israelíes en sus decisiones respecto de Adolf Eichmann,¹⁵⁷ entre otros.

mo ya lo hemos mencionado, en su sentencia del 15 de julio de 1999, la Sala de Apelación del TPIY distinguió entre el estándar para determinar la responsabilidad estatal empleado por la CIJ del estándar para determinar la responsabilidad criminal individual que debía aplicar el TPIY y concluyó que aquél era inaplicable (*ver supra*, nota 149). Sin embargo, aún en esta circunstancia, el análisis que hizo la CIJ fue utilizado para desarrollar el propio.

¹⁵³ *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, Eng. H.L. 1998, [1998] 3 W.L.R. 1456 (25 de noviembre de 1998) (Pinochet No. 1); *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, [1999] 2 W.L.R. 272 (H.L.) (15 de enero de 1999) (Pinochet No. 2); y *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, [1999] 2 All ER 97 (24 de marzo de 1999) (Pinochet No. 3).

¹⁵⁴ *Ricardo Miguel Cavallo*, Amparo en Revisión 140/2002, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10 de junio de 2003, <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/1E5C9300-BAD2-46C5-ADBD-199EDB9068E1/0/Amparoenrevisión1402002dePleno.pdf> (última visita el 15 de mayo de 2008).

¹⁵⁵ *Fédération Nationale des Déportés et Internes Résistants et Patriotes v. Barbie*, (1985) International Law Reports, vol. 78, pág. 125 (Corte de Casación de Francia); *Fédération Nationale des Déportés et Internes Résistants et Patriotes v. Barbie*, (1988) International Law Reports, vol. 100, págs. 330 (Corte de Casación de Francia).

¹⁵⁶ *Demjanjuk v. Petrovsky* (1985) 603 F. Supp. 1468; 776 F. 2d. 571.

¹⁵⁷ *Attorney General v. Eichmann* (1961) International Law Reports, vol. 36, pág. 5 (Corte de Distrito de Jerusalén) y *Attorney General v. Eichmann* (1962) International Law Reports, vol. 36, pág. 277 (Suprema Corte de Israel).

b. Doctrina

La doctrina es una fuente auxiliar del derecho internacional general consistente en las opiniones de los “publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”.¹⁵⁸ En virtud de su estatus como fuente auxiliar, la doctrina no puede invocarse en contra de las fuentes primarias.

La doctrina se utiliza para delimitar e interpretar las fuentes primarias, pero en la práctica los tribunales recurren a ella con mucha menor frecuencia que las decisiones judiciales.¹⁵⁹ A diferencia de los tribunales locales en donde la doctrina llega a tener un papel importante en las decisiones de dichos tribunales, en las pocas ocasiones en que se cita la doctrina como una fuente de derecho por los tribunales penales internacionales, ésta se invoca para ayudar a interpretar o desentrañar el sentido de la norma primaria y nunca como una fuente primaria en si misma.

3. Otras fuentes

Además de las fuentes que ya hemos mencionado anteriormente, algunas de las teorías de fuentes en derecho internacional aceptan la existencia de otras fuentes no enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. En esta sección únicamente mencionaremos algunas de las otras fuentes más discutidas por los doctrinarios y las cortes y tribunales internacionales.

a. Resoluciones de organismos internacionales

Las resoluciones de ciertos órganos internacionales comúnmente se consideran como indicios o evidencia de la existencia de normas internacionales —o en ciertos casos, meramente como evi-

¹⁵⁸ Estatuto de la CIJ, art. 38(1)(d).

¹⁵⁹ Riva Palacio Lavín, *Fuentes del Derecho Internacional*, nota 148, págs. 124–125.

dencia de la existencia de *opinio iuris*—¹⁶⁰ dependiendo de la diversidad y representatividad de sus miembros.¹⁶¹ El ejemplo por excelencia es la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya membresía es casi universal y abarca todas las tradiciones culturales y jurídicas existentes. En relación con esto, la CIJ se ha pronunciado en varias ocasiones afirmando que dichas resoluciones pueden considerarse como enunciando el derecho internacional sobre el tema que discuten,¹⁶² afirmando que “aún y cuando [las resoluciones de la Asamblea General] no son obligatorias, pueden tener valor normativo. Éstas pueden, en ciertas circunstancias, proporcionar evidencia fundamental para establecer la existencia de una regla o el nacimiento de una *opinio juris*.”¹⁶³

b. Normas *erga omnes*

El carácter *erga omnes* de una norma de derecho internacional se refiere al hecho de que, en virtud de la importancia de dicha norma, se considera que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección.¹⁶⁴ Esta circunstancia es diferente a la generalidad de las normas de derecho internacional, que generan derechos y obligaciones *vis-à-vis* los Estados y no por parte de un Estado frente a la comunidad internacional en su conjunto. En este sentido, las normas *erga omnes* son fuentes de derecho internacional ya que, cuando una norma adquiere el carácter *erga omnes*, dicha norma se convierte en una fuente de derechos y obligaciones para todos los Estados.

¹⁶⁰ *Military and Paramilitary Activities in and around Nicaragua, Merits, Judgment (Nicaragua v. EE.UU.)*, I.C.J. Reports, 1986, págs. 99–100; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, I.C.J. Reports, 1996, para. 70.

¹⁶¹ Shaw, *International law*, nota 127, págs. 107–112.

¹⁶² *Military and Paramilitary Activities, Merits*, nota 160, págs. 14, 102; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, nota 160, para. 70.

¹⁶³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, nota 160, para. 70.

¹⁶⁴ *Barcelona Traction*, nota 112, pág. 32, para. 33.

Las normas *erga omnes* son normas que la comunidad internacional considera tan relevantes como para arrogarse el derecho de intervenir en su protección, y por lo tanto, en el campo de derecho penal internacional, encuentran gran relevancia. Encontramos varias normas con este carácter, como por ejemplo, “la prohibición de actos de agresión y de genocidio, pero también de los principios y reglas en relación con los derechos fundamentales del ser humano que comprenden la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”,¹⁶⁵ la prohibición en contra de la tortura,¹⁶⁶ y el derecho de autodeterminación de los pueblos.¹⁶⁷

c. *Ius cogens*

Las normas de *ius cogens* son normas de derecho internacional que jerárquicamente se encuentran por encima de todas las demás normas de derecho internacional cuyo cumplimiento obliga a todos los Estados y contra cuya observancia solamente puede alegarse la existencia de otra norma de *ius cogens*.¹⁶⁸ Las normas de *ius cogens* son creadas por los Estados y las obligaciones que éstas imponen afectan necesariamente los intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto¹⁶⁹ ya que regulan cuestiones “cuyo respeto y vigilancia se estima como algo absolutamente necesario a la vida y subsistencia de la comunidad.”¹⁷⁰ El derecho internacional ha acep-

¹⁶⁵ *Ibidem*, para. 34; *Military and Paramilitary Activities, Merits*, nota 160, págs. 14, 100; y *Affaire relative à l'Application de la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, Exceptions Préliminaires (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)*, I.C.J. Reports, 1996, pág. 595.

¹⁶⁶ *Prosecutor v. Anto Furundžija (Judgment)*, IT-95-17/1-T, T. Ch. II (10 de diciembre de 1998) (*Furundžija (Sentencia)*), págs. 58–61.

¹⁶⁷ *East Timor, Judgment (Portugal v. Australia)*, I.C.J. Reports, 1995, págs. 90, 102.

¹⁶⁸ Convención de Viena de 1969, nota 68, art. 53.

¹⁶⁹ Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003, págs. 127–28.

¹⁷⁰ Gómez Robledo, Antonio, *El Ius Cogens Internacional: un estudio histórico-crítico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1982, pág. 78.

tado la posición jerárquica que se le ha dado al *ius cogens* y los Estados reconocen y afirman que el derecho internacional no permite que se realicen actos en sentido contrario.¹⁷¹

Resulta difícil proponer un catálogo de normas de *ius cogens* debido a que existe poco consenso sobre cuáles normas internacionales se ubican dentro de esta categoría y debido a que, por lo tanto, existen considerablemente pocas normas de *ius cogens* generalmente reconocidas como tales —pero entre dichas normas comúnmente se aceptan la prohibición del uso de la fuerza, del genocidio, esclavitud, discriminación racial, crímenes de lesa humanidad y tortura, y el derecho de libre autodeterminación de los pueblos.¹⁷²

Derivado de lo anterior, en la práctica no es común encontrar una resolución de algún órgano judicial internacional que califique o reconozca alguna norma internacional como *ius cogens*. Como lo mencionamos anteriormente, la CIJ lo ha hecho en referencia a normas prohibitivas muy particulares y específicas —prohibición del uso de la fuerza, genocidio, esclavitud, etc.¹⁷³ Resulta relativamente más común que los Estados presenten argumentos afirmando la violación de alguna norma de *ius cogens*, y en particular, que asociaciones civiles y organizaciones no gubernamentales afirmen la existencia de una gran variedad de normas de *ius cogens* dentro de su área de actividades.¹⁷⁴

¹⁷¹ Hannikainen, Lauri, *Peremptory norms (Jus Cogens) in International Law: historical development, criteria, present status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988, págs. 6–10.

¹⁷² *Réserves à la Convention sur le Génocide (Avis consultatif)*, I.C.J. Reports 1953, pág. 22; Lauterpacht, Elihu, “Separate Opinion”, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993 (Bosnia-Herzegovina v. Serbia y Montenegro)*, I.C.J. Reports 1993, pág. 441; Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, nota 114, pág. 247; y Knoops, Geert-Jan Alexander, *The Prosecution and Defense of Peacekeepers under International Criminal Law*, Nueva York, Transnational Publishers, 2003, colección International and Comparative Criminal Law Series, pág. 53.

¹⁷³ Ver supra, nota 172 y texto a dicha nota.

¹⁷⁴ Resulta relativamente común que las asociaciones civiles y las organizaciones no gubernamentales relacionadas con la protección y difusión de los derechos humanos afirmen que un gran número de estos derechos han alcanzado el nivel de normas de *ius cogens* dentro del derecho internacional, aún cuando no exista consenso en este sentido

Las normas de *ius cogens* encuentran relevancia dentro del campo de esta tesis en la medida en que algunas de las prescripciones más relevantes del derecho penal internacional —desde este punto de vista— derivan de normas de *ius cogens*. El genocidio, por ejemplo, un delito internacional que definimos anteriormente,¹⁷⁵ es una conducta proscrita a nivel *ius cogens*. Posteriormente nos referiremos a este tema toda vez que la mayor parte de los delitos sobre los cuales los tribunales penales internacionales han ejercido su jurisdicción son considerados como delitos de *ius cogens* —la agresión, el genocidio, crímenes de lesa humanidad y ciertos crímenes de guerra.

D. Relación entre el derecho penal nacional y el derecho penal internacional

Partiendo de nuestra concepción del derecho penal internacional como la conjunción de los aspectos penales del derecho internacional¹⁷⁶ y de los aspectos internacionales del derecho penal nacional,¹⁷⁶ resulta necesario afirmar que el derecho penal internacional guarda una estrecha relación con el derecho penal nacional. Para efectos de esta tesis, la naturaleza exacta de esta relación es irrelevante, pero hay que mantener presente que el derecho penal internacional y el derecho penal nacional se retroalimentan mutuamente. Esto es, la práctica nacional genera nuevos conceptos y tipos penales que se incorporan al derecho penal internacional —por ejemplo, los tipos penales correspondientes al delito de trata de esclavos tienen sus orígenes en el derecho nacional, cuando el Reino Unido prohibió dicha práctica en sus colonias,¹⁷⁷ pero el impacto que ha tenido en el plano internacional es evidente en las diversas convenciones internacionales que han existi-

entre los Estados, e incluso entre los doctrinarios mismos. Similarmente, diversas organizaciones e instituciones hacen este tipo de pronunciamientos en el campo del derecho ambiental internacional.

¹⁷⁵ *Ver supra*, nota 43.

¹⁷⁶ *Ver supra*, nota 24 y texto a dicha nota.

¹⁷⁷ Jennings, Robert y Watts, Arthur, *Oppenheim's International Law*, 9a ed., Londres y Nueva York, Longman, 1996, vol. I, tt. 2–4, págs. 978–979.

do en la materia.¹⁷⁸ Al elevarse al plano internacional, dichos conceptos son, a su vez, modificados por la práctica internacional, afectando su definición y alcance a nivel nacional. Este ciclo también opera en dirección opuesta: existen delitos que desde su inicio se encontraron regidos por el derecho internacional y que fueron incorporados al derecho nacional —por ejemplo, la violación a la inmunidad de las legaciones extranjeras—,¹⁷⁹ y que al adaptarse a los diversos sistemas penales nacionales fueron modificados para impactar su definición en el derecho internacional. En este sentido, el derecho penal internacional se encuentra en una relación de igualdad al derecho nacional, no en una relación de supra o subordinación.

Además de la relación que guardan ambos ámbitos penales respecto de la tipificación de delitos, también se encuentran relacionados en cuanto a su aplicación. El derecho nacional es la primera instancia de aplicación del derecho penal internacional y solamente en casos excepcionales se aplica el derecho internacional directamente por instancias internacionales. Estas excepciones son aquellas instituciones cuya validez es analizada en la presente tesis: el Tribunal de Nuremberg, el Tribunal de Tokio, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda. Sin embargo, la gran mayoría de ocasiones en que se aplica el derecho internacional, éste es aplicado por instancias nacionales: Eichmann y Demjanjuk fueron enjuiciados ante tribunales israelíes, Barbie ante tribunales franceses, y la vasta mayoría de responsables por crímenes en Rwanda fueron enjuiciados ante tribunales nacionales.

Actualmente, la comunidad internacional considera que primero debe actuar la jurisdicción nacional y las instancias internacionales deberán limitar su actuar a aquellas situaciones en que la jurisdicción nacional sea incapaz o no tenga intención de actuar, esto es, que el actuar internacio-

¹⁷⁸ *Ver supra*, nota 44.

¹⁷⁹ Jennings, *Oppenheim's International Law*, nota 177, págs. 1072–1074.

nal sea complementario al nacional —la Corte Penal Internacional está fundada en esta percepción.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Estatuto de Roma, nota 43, preámbulo.

III. EL IUSNATURALISMO Y IUSPOSITIVISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El problema de la validez del derecho es uno de los problemas fundamentales de la ciencia jurídica y es uno de los primeros problemas que lógicamente deberíamos enfrentar al pretender analizar la validez de ciertas instituciones jurídicas, en este caso, de los tribunales penales internacionales. Esta interrogante se la han planteado la Corte Internacional de Justicia y su predecesora en varias decisiones.¹⁸¹ El problema de la validez del derecho cobra dimensiones desproporcionadas en el derecho internacional desde que tenemos que cuestionarnos si, como lo ha planteado Hart, el derecho internacional, efectivamente es derecho. Hart considera que el derecho internacional es un orden normativo primitivo, esto es, un conjunto de normas primarias —de derechos y obligaciones—, pero sin normas secundarias —reglas de adjudicación, cambio y reconocimiento.¹⁸²

Cuestionar cuál es la validez de las normas internacionales es una pregunta diferente a cuestionar cuál es el fundamento de validez del sistema jurídico internacional. La primera pregunta implica un examen sobre el origen de la norma —desde la perspectiva iuspositivista—, o sobre el contenido de la misma —desde la perspectiva iusnaturalista. La segunda pregunta en realidad cuestiona el fundamento mismo del sistema jurídico internacional en su conjunto. Para efectos de esta tesis, como ya lo mencionamos previamente, nosotros asumimos la validez del sistema jurídico internacional y partimos de esa suposición para analizar si los tribunales penales internacionales pueden considerarse válidos de conformidad con el orden jurídico internacional, tal y como éste existía en el momento histórico correspondiente.

¹⁸¹ *Status of Eastern Carelia (Advisory Opinion)*, P.C.I.J. Reports, Serie B, No. 5; *Affaire du Vapeur Wimbledon, Arrêt de 17 août 1923 (Reino Unido, Francia, Italia y Japón v. Alemania, con la intervención de Polonia)*, P.C.I.J. Reports, Serie A, No. 1; *Affaire du "Lotus"*, nota 104; *Affaire Relative à l'incident Aérien du 27 juillet 1955, Exceptions Préliminaires, Arrêt du 26 mai 1959 (Israel v. Bulgaria)*, I.C.J. Reports, 1959, pág. 127.

¹⁸² Más adelante desarrollaremos cómo Hart considera que el derecho internacional no es más que un caso de un orden normativo primitivo (*ver infra*, Capítulo III.B.3.c "El derecho internacional bajo la teoría hartiana").

En el derecho internacional existen varias normas cuya existencia es aceptada universalmente —por ejemplo, en el contexto del derecho de los tratados—, pero por cada norma universalmente aceptada, existe un sinnúmero de normas cuya existencia es disputada por los diversos Estados. Encontramos entonces, que existe un cuerpo vasto de normas internacionales que, al menos en la práctica, es invocado y aplicado por la comunidad internacional. En este sentido, podemos afirmar que existe un gran número de normas internacionales que son reconocidas y aplicadas por los Estados. Sin embargo, también existen múltiples normas internacionales cuya existencia misma se disputa por los Estados.¹⁸³ Es por esto que el internacionalista frecuentemente se enfrenta con un problema que el abogado practicante del derecho nacional enfrenta tan solo de manera excepcional: el problema de ¿cómo identificar a las normas del derecho internacional?

Como hemos comentado anteriormente, el criterio de validez de las normas jurídicas depende de la corriente de filosofía del derecho a que nos adscribamos. A lo largo de este capítulo, analizaremos brevemente las dos escuelas más conocidas, el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*,¹⁸⁴ y dentro de nuestro análisis estudiaremos las corrientes que consideramos más relevantes para el derecho internacional dentro de cada una de dichas posturas. Será a partir de este punto que analizaremos la validez de los tribunales penales internacionales.

A. La teoría iusnaturalista y las normas internacionales

De manera general, podemos comentar que el iusnaturalismo es una escuela de la filosofía del derecho que considera que la validez del derecho depende del contenido del mismo y no de la

¹⁸³ Relevante para este caso, por ejemplo, es la regla de la inmunidad de los jefes de Estado que comentamos brevemente (*ver*, texto a notas 179 y 507).

¹⁸⁴ Existen otras escuelas, como por ejemplo, la escuela ecléctica de Grocio, sin embargo, *ver, infra*, Capítulo III.A.5 “Los eclécticos iusnaturalistas: Hugo Grocio y Emerich de Vattel“, para una breve discusión respecto de por qué es difícil considerarlas como escuelas verdaderamente independientes.

voluntad o aceptación humana. Esto es, para el iusnaturalismo, el derecho es válido en la medida en que persigue o satisface ciertos valores o criterios más o menos objetivos, dependiendo de la corriente a que nos refiramos. Michel Villey, autor iusnaturalista, escribe que “los fines de la justicia coinciden idénticamente con los del derecho”,¹⁸⁵ afirmando el pensamiento iusnaturalista: el derecho debe tener cierto contenido valioso, para Villey, la justicia.

La máxima clásica del pensamiento iusnaturalista la encontramos reflejada en el pensamiento de Santo Tomás —*lex iniusta non est lex* (el derecho injusto no es derecho)—¹⁸⁶ y en el pensamiento de San Agustín —*lex esse non videtur quae iusta non fuerit* (parece que una ley injusta no es derecho).¹⁸⁷ Sin embargo, sería un error considerar que el iusnaturalismo es una corriente que necesariamente esté relacionada con el catolicismo, o incluso con alguna otra religión;¹⁸⁸ existen diversas corrientes *iusnaturalistas* que construyen su teoría con base en argumentos lógicos y sociológicos, como veremos a continuación.

1. El iusnaturalismo en la antigüedad

Comúnmente se acepta que podemos encontrar una de las primeras expresiones del iusnaturalismo en el mito de Antígona,¹⁸⁹ parte de la mitología griega. En dicho mito, Polinices, hermano de Antígona, muere a manos de Eteocles, su hermano. Creonte, Rey de Tebas, decreta que como

¹⁸⁵ Villey, Michel, *El pensamiento jusfilosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Buenos Aires, Ghersi Editor, 1981, pág. 38.

¹⁸⁶ Terán, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 2005, pág. 189.

¹⁸⁷ Hipona, Agustín de, *De libero arbitrio*, I, v, 11.

¹⁸⁸ Schauer, Frederick F. y Sinnott-Armstrong, Walter, *Philosophy of Law: classic and contemporary readings with commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, pág. 11.

¹⁸⁹ Existen varias versiones del mito —quizá las más populares son las de Sófocles y la de Cayo Julio Higino—, sin embargo, para efectos de esta tesis, es irrelevante qué versión se considere más “original” debido a que los hechos relevantes para el discurso iusnaturalista no varían entre las distintas versiones. Nosotros nos referiremos a la versión que recoge Sófocles al escribir su *Antígona* en aproximadamente 442 A.C., misma que también es la versión del mito de Antígona a la que se refieren los historiadores del derecho al referirse a la aparición del iusnaturalismo.

Polinices cometió el delito de traición, no podrá gozar de entierro digno, sino que se le deberá dejar afuera de la ciudad para que lo consuman los animales. Sin embargo, Antígona encuentra el cuerpo de su hermano y decide rendirle los honores funerarios correspondientes para que su alma descansa en paz. En la tragedia de Sófocles, cuando Creonte pregunta a Antígona por qué se atrevió a violar su decreto de no enterrar a Polinices, Antígona le contesta que:

no era Júpiter quien me las había promulgado [las leyes de Creonte], ni tampoco Justicia, la compañera de los dioses infernales, ha impuesto esas leyes a los hombres, ni creí yo que tus decretos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes divinas, de manera que un mortal pudiese quebrantarlas. Pues no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron. Por esto no debía yo, por temor al castigo de ningún hombre, violarlas para exponerme a sufrir el castigo de los dioses. Sabía que tenía que morir, ¿cómo no?, aunque tú no lo hubieses pregonado.¹⁹⁰

Dentro de esta cita encontramos la premisa fundamental del iusnaturalismo clásico: existe un derecho universal, inmutable y absoluto que se encuentra por encima de las normas y las conductas humanas. Dicho de otra manera, existe en el universo un derecho que es válido precisamente por los fines que persigue y los valores que encierra y tutela —por su mérito—, independientemente de los designios del hombre: el derecho natural. Para que el derecho humano tenga valor, éste debe seguir o recoger este derecho universal y no puede contradecirlo —o no será derecho.

El mito de Antígona encierra un iusnaturalismo de inspiración teológica, sin embargo, como ya mencionamos brevemente, si bien el iusnaturalismo frecuentemente está ligado a lo sacro o lo divino, existen otras vertientes del iusnaturalismo que no encuentran su fundamento en esto. Posteriormente, podemos encontrar rastros del pensamiento iusnaturalista en el pensamiento de

¹⁹⁰ Sófocles, “Antígona”, en *Antología de Textos Clásicos Grecolatinos*, Correa, Heredia et al. (eds.), trad. de F. Alemany, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, colección Lecturas Universitarias, vol. 27, pág. 157.

los estoicos, alrededor del siglo III A.C., quienes concebían la existencia del *ius naturae*, y afirmaban que el fundamento del derecho natural era la razón del hombre.¹⁹¹ Sin embargo, el iusnaturalismo que hoy conocemos encuentra sus raíces en el pensamiento de Marco Tulio Cicerón (106–43 A.C.) en su tratado *De Legibus* (Sobre las leyes). Cicerón escribe que:

El derecho es la máxima razón implantada en la naturaleza que ordena lo que debe hacerse y prohíbe lo opuesto. Esta razón, cuando se fija firmemente y se desarrolla completamente en la mente humana es el Derecho [...] El Derecho es inteligencia, cuya función natural es mandar la conducta correcta y prohibir las fechorías [...] El Derecho es una fuerza natural, es la mente y razón del hombre prudente, el estándar con el cual se mide la Justicia y la Injusticia [...] Pero para determinar lo que es la Justicia, es necesario comenzar con el Derecho supremo que tiene su origen eras antes de que existiera cualquier ley escrita o se hubiera establecido el Estado.¹⁹²

El Derecho era producto de Dios y se encontraba, por definición en el mejor razonamiento del ser humano. Para Cicerón, el derecho humano tenía como finalidad reflejar las normas morales superiores que son el derecho verdadero. El concepto de *ius gentium* de los romanos, era un sistema de derecho fundado en el concepto de derecho natural y era “aquel conjunto supranacional de prácticas e ideas jurídicas que se habían impuesto, en la vida mediterránea, por la fuerza de la necesidad y de la razón”.¹⁹³

De manera muy general, desde este punto de vista, es posible clasificar las doctrinas iusnaturalistas en tres grandes categorías o corrientes, dependiendo del fundamento de las mismas: iusnaturalismo de carácter teológico, iusnaturalismo de carácter empírico o realista y iusnaturalismo de carácter racional. Sin embargo, todas las corrientes iusnaturalistas afirman que la validez

¹⁹¹ Shen, *Basis*, nota 11, pág. 292.

¹⁹² Cicerón, Marco Tulio, *De Legibus*, I, 6.

¹⁹³ Margadant S., Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, 25a ed., México, Editorial Esfinge, 2000, pág. 101.

y obligatoriedad del derecho deriva de “la bondad o justicia intrínsecas de su contenido”¹⁹⁴ y tienen “la convicción de que la validez de las normas jurídicas no debe hacerse depender de requisitos *extrínsecos* de su proceso de creación, sino del valor *intrínseco* de su contenido.”¹⁹⁵

2. Iusnaturalismo teológico

El iusnaturalismo de carácter teológico —como el que encontramos en el mito de Antígona y en las obras de ciertos doctrinarios del medioevo, como San Agustín y Santo Tomás de Aquino, autor de la *Summa Theologiae*— encuentra el fundamento del derecho natural en lo divino, en la existencia de una ley divina proveniente de un Dios o ente superior de quien deriva todo lo justo. En este sentido, esta corriente considera que será derecho aquél que siga las prescripciones de lo divino. La universalidad de la validez del derecho reside entonces en la universalidad e inmutabilidad de la justicia divina —o a falta de justicia, en su omnipotencia. Antígona, por ejemplo, afirma que el derecho humano dictado por Creonte únicamente es válido cuando no viole los designios de los Dioses.

Tomás de Aquino es considerado como el máximo exponente del iusnaturalismo teológico en el medioevo. Llegó a afirmar que todo el derecho deriva de y está subordinado a la ley divina, misma que es revelada a través de las Escrituras.¹⁹⁶ Posteriormente a Tomás de Aquino, esta co-

¹⁹⁴ García Maynez, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, 4a reimp., México, Distribuciones Fontamara, 2004, colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, págs. 111–112.

¹⁹⁵ *Ibidem*, pág. 124.

¹⁹⁶ Varios doctrinarios intentan catalogar a Santo Tomás como un iusnaturalista racionalista —o como un iusnaturalista gnoseológico, ver por ejemplo, Vigo, Rodolfo Luis, *El Iusnaturalismo Actual: de M. Villey a J. Finnis*, México, Distribuciones Fontamara, 2003, colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, págs. 25–26— y afirman que catalogarlo como iusnaturalista teológico es incorrecto. Este punto de vista tiene cierto mérito porque la teoría de Santo Tomás es, efectivamente, una doctrina que busca racionalizar el fenómeno de lo jurídico, sin embargo, el fundamento último de validez de lo jurídico para Santo Tomás es la voluntad divina, por lo que para efectos de esta tesis, nosotros lo consideramos parte de la corriente del iusnaturalismo teológico. Ver *infra*, Capítulo III.A.2.a “Santo Tomás”.

rriente fue desarrollada durante los siglos XVI, XVII y XVIII, en particular por Francisco de Vitoria y Francisco Suárez. De hecho fue la corriente más importante durante los siglos XVII y XVIII.¹⁹⁷

Los iusnaturalistas clásicos afirmaban que el fundamento de validez del sistema internacional es la voluntad de Dios y que los soberanos se encuentran sujetos al derecho divino y a las leyes de la naturaleza establecidas por Dios.¹⁹⁸ Suárez, uno de los grandes doctrinarios del derecho internacional, por ejemplo, creía que el derecho natural derivaba o era una extensión del derecho natural y que éste era el fundamento del derecho internacional.¹⁹⁹ Esta corriente de pensamiento también influyó fuertemente a Christian Thomasius, Thomas Hobbes y John Locke.²⁰⁰

El iusnaturalismo teológico llegó a la cúspide de su popularidad en los siglos XVII y XVIII, con Samuel von Pufendorf, su autor más importante y representativo en el siglo XVII. Pufendorf afirmó, no solo que el fundamento del derecho internacional era el derecho natural, sino que el derecho internacional y el derecho natural eran una y la misma cosa²⁰¹ y de hecho se propuso demostrar que todas las normas acatadas y aplicadas por los Estados en realidad no eran otra cosa que normas de derecho natural. Todavía hoy existen varios autores que pertenecen a esta corriente y que afirman que si una ley es contraria a la razón y a la ley de Dios, entonces dicha ley — cuando menos —, será inmoral.²⁰²

¹⁹⁷ Shen, *Basis*, nota 11, pág. 291.

¹⁹⁸ *Idem*, pág. 291.

¹⁹⁹ Shaw, *International law*, nota 127, pág. 23.

²⁰⁰ Frecuentemente se afirma que Hobbes y Locke son los fundadores del iuspositivismo. Para efectos de esta tesis, este punto no es relevante, nosotros solamente nos referimos a esto para argumentar que ambos tienen una fuerte influencia naturalista. En este sentido, *ver infra*, Capítulo III.A.3.a “Contractualismo o doctrina del contrato social”.

²⁰¹ Shen, *Basis*, nota 11, págs. 293–294.

²⁰² *Ver*, por ejemplo, Maritain, Jacques, *Man and the State*, Chicago, University of Chicago Press, 1951; Dabin, Jean, “General Theory of Law”, en *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, trad. de Kurt Wilk, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1950, colección 20th Century Legal Philosophy Series, no. IV. Esta corriente también participa en parte del iusnaturalismo racional, mismo que se explica brevemente a continuación.

a. Santo Tomás de Aquino

Santo Tomás de Aquino (1225–1274), teólogo dominico, es considerado como el máximo exponente de la tradición escolástica y del iusnaturalismo teológico medieval.²⁰³ En sus escritos, Santo Tomás escribe que “todo el derecho humano deriva, y se encuentra subordinado, a la ley de Dios. Esta ley se refleja parcialmente en las leyes de la naturaleza, un cuerpo de principios permanentes que tienen su fundamento en el Orden Divino, y parcialmente en las Escrituras”,²⁰⁴ y que, por lo tanto, cuando el derecho humano violenta un bien eterno (no temporal), no debe acatarse el derecho humano, sino el derecho divino.²⁰⁵ Este derecho, por su universalidad, es accesible a cualquier persona mediante el uso de la razón²⁰⁶ porque “los principios de la ley natural [...] son evidentes por si mismos”.²⁰⁷

Santo Tomás concibe la ley como una razón práctica para la acción, siendo la ley la regla y medida de todos los actos humanos²⁰⁸ y la define como “una ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad.”²⁰⁹ Esto es, dentro del pensamiento

²⁰³ Barker, Ernest “Introduction” en von Gierke, Otto Friedrich, *Natural Law and the Theory of Society, 1500–1800*, trad. de Ernest Barker, Cambridge, Cambridge University Press, 1934. La postura de Santo Tomás en relación con lo jurídico es interesante debido a que Santo Tomás construye un argumento que puede entenderse sin recurrir al concepto de lo divino sino hasta llegar al punto último de validez del derecho, el cual afirma que es Dios y la voluntad divina. Es precisamente por esto que consideramos que Santo Tomás es un iusnaturalista teológico y no racionalista. Además, a lo largo de su discusión sobre la validez del derecho, Santo Tomás hace frecuentes referencias a su visión de que el derecho es válido en virtud de su justicia pero que la obligatoriedad de esta norma deriva, precisamente, de la ley eterna y en particular, de los designios del Dios judeocristiano (Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II, preguntas 90–96).

²⁰⁴ Henkin, Louis, *et al.*, *International Law: cases and materials*, 3a ed., Saint Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1993, pág. xxiv.

²⁰⁵ Tomás de Aquino, *Summa*, I-II, pregunta 96, art. 5.

²⁰⁶ En efecto, Santo Tomás escribe que “la ley natural, en cuanto a los primeros principios universales, es la misma para todos los hombres, tanto en el contenido como en el grado de conocimiento” Tomás de Aquino, *Summa*, I-II, pregunta 94, art. 4.

²⁰⁷ *Ibidem*, I-II, pregunta 94, art. 2.

²⁰⁸ *Ibidem*, I-II, pregunta 90, art. 1.

²⁰⁹ *Ibidem*, I-II, pregunta 90, art. 4.

de Santo Tomás, la ley no es solo una serie de mandatos u órdenes respaldadas por sanciones, sino que la ley consiste en una serie de reglas y determinaciones que hace el gobernante temporal —quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad—, mismo que, a su vez, deriva su autoridad para emitir la ley de Dios.²¹⁰ En este sentido, la ley temporal deriva su validez *prima facie* del hecho de que la emite el soberano, a quien Dios ha investido de facultades para gobernar y en razón de la obligación que tienen sus súbditos de obedecerle.²¹¹

La ley como razón práctica, dice Santo Tomás, debe tener como fin último el bien común y por lo tanto, toda ley debe perseguir el orden y la obtención de dicho bien común de la comunidad. Como consecuencia, Santo Tomás considera que “cualquier otro precepto sobre actos particulares no tiene razón de ley sino en cuanto se ordena al bien común”,²¹² afirmando que el primer principio de la razón práctica es el bien, mismo que “es lo que todos apetecen”.²¹³ Así, Santo Tomás afirma la máxima que cotidianamente se identifica con su postura: “El bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse”.²¹⁴ En el pensamiento de Santo Tomás, todos los demás preceptos de la ley natural se fundan en lo anterior, toda ley debe estar encaminada a obtener el bien común.²¹⁵ En relación con la validez del derecho, Santo Tomás escribe que el derecho es válido en la medida en que se ajusta a la recta razón y que, por lo tanto, deriva de la ley eterna. Existe una obligación de acatar la ley válida.

²¹⁰ *Ibidem*, I-II, pregunta 93, art. 3.

²¹¹ Esta obligación deriva de la Biblia católica, que establece que los hombres tienen la obligación de obedecer a los gobernantes temporales (Tomás de Aquino, *Summa*, I-II, pregunta 96, art. 4); “Per me reges regnant, et principes iusta decernunt” (*Biblia*, Nova Vulgata, Bibliorum Sacrorum Editio, Vetus Testamentum, Proverbiorum, 8:15).

²¹² Tomás de Aquino, *Summa*, I-II, pregunta 90, art. 2.

²¹³ *Ibidem*, I-II, pregunta 94, art. 2.

²¹⁴ *Idem*.

²¹⁵ *Idem*.

Una de las conclusiones a que llega Santo Tomás al formular su teoría, es que los preceptos de la ley natural pueden ser tan generales, que en ciertos casos es posible que no resuelvan cuestiones específicas de la vida humana. Para subsanar estas deficiencias jurídicas, resulta necesario que la razón humana lleve a cabo una determinación —*determinatio*—, con base en los preceptos de la ley natural, siendo ésta una disposición más particularizada.²¹⁶ Las determinaciones son la concretización que hace el hombre de la ley natural y están fundadas en ésta. Las determinaciones frecuentemente son una de varias posibilidades y es por ello que la ley humana es tan variada de sociedad en sociedad, explicando este fenómeno también la diferencia de opiniones que de hecho ocurre en la vida humana respecto de si una norma particular tiene mérito o no.

Ahora bien, también afirma que el hecho de que una ley no satisfaga completamente los requerimientos de la razón pura no implica *ipso facto* que dicha ley no deba ser acatada, sino que ésta subsiste como ley debido a que está dictada por el gobernante y que por lo tanto, departe de la ley eterna, ya que ésta ordena que se debe obedecer a los gobernantes²¹⁷ —y cita la Biblia para justificar la autoridad de los gobernantes para dictar el derecho: toda potestad procede de Dios nuestro Señor.²¹⁸ Santo Tomás acoge la máxima agustiniana *lex iniusta non est lex* y afirma que es por eso que la ley tiene fuerza “en la medida en que sea justa”²¹⁹ y si la ley humana está en desacuerdo con la ley natural, “ya no es ley, sino corrupción de la ley.”²²⁰ En este sentido, Santo

²¹⁶ *Ibidem*, I-II, pregunta 91, art. 3.

²¹⁷ *Ibidem*, I-II, pregunta 93, art. 3.

²¹⁸ “*Omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit. Non est enim potestas nisi a Deo; quae autem sunt, a Deo ordinatae sunt*” (Biblia, nota 211, Romanos 13:1).

²¹⁹ Tomás de Aquino, *Summa*, I-II, pregunta 95, art. 2. Véase también *ibidem*, pregunta 96, art. 4.

²²⁰ *Ibidem*, I-II, pregunta 95, art. 2. Finnis utiliza esta última frase como fundamento para su argumento semántico, con el cual Finnis pretende argumentar que aquí Santo Tomás lo que buscaba era establecer que la ley injusta no era ley *simpliciter*, sino ley *secundum quid*. Este argumento será analizado brevemente cuando discutamos el pensamiento de Finnis *infra*, Capítulo III.A.4.a.ii “La validez y obligatoriedad del derecho”.

Tomás escribe que cuando la ley se aparta de la razón, “se convierte en ley inicua y, como tal, ya no es ley, sino más bien violencia.”²²¹

Entonces, bajo esta teoría la ley es válida en la medida en que es justa y es justa cuando se encamina a obtener y lograr el bien común “por razón del autor, esto es, porque no exceden los poderes de quien las instituye, y por razón de la forma, o sea, porque distribuyen las cargas entre los súbditos con igualdad proporcional y en función del bien común.”²²² Santo Tomás parte de la noción de que, al ser el individuo parte del todo, el bien común de los individuos es un reflejo del bien común de la comunidad, pero que, por lo mismo, es posible que una persona sufra una carga en lo individual, incluso que éste sea sacrificado, en aras del bien común de la comunidad —una ley en este sentido, también obliga en conciencia y será verdaderamente legal bajo su postura.²²³

Una ley puede ser injusta de dos maneras: porque se opone al bien divino o porque se opone al bien humano.²²⁴ Las leyes se oponen al bien divino cuando quebrantan las leyes establecidas por Dios y Santo Tomás llega a afirmar que nunca será lícito cumplir con éstas²²⁵ ya que hay que obedecer a Dios antes que a los hombres.²²⁶ En relación con el bien humano, las leyes se oponen a dicho bien cuando violen cualquiera de tres condiciones: la del fin, la del autor o la de la forma. La ley se opone a la condición del fin cuando ésta es una ley onerosa que no promueve el bien común, sino el bien y prestigio propio del gobernante. Se opone a la condición del autor cuando la ley se emite *ultra vires*, excediendo las facultades de quien la emite. Finalmente, se

²²¹ Tomás de Aquino, *Summa*, I-II, pregunta 93, art. 3.

²²² Tomás de Aquino, *Summa*, I-II, pregunta 96, art. 4.

²²³ *Idem*.

²²⁴ *Idem*.

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ “*Oboedire oportet Deo magis quam hominibus*” (*Biblia*, nota 211, Actus 5:29).

opone a la condición de la forma cuando impone cargas desiguales a sus destinatarios, independientemente de que ésta busque el bien común.²²⁷

Cuando la ley es injusta, es más violencia que ley y no obliga a sus destinatarios, excepto cuando no seguirlas genere un escándalo o el desorden. Cuando la desobediencia de la ley provoque un verdadero desorden social, ésta debe acatarse, incluso cuando injusta porque el sistema en general es valioso en la medida en que persigue el bien común y desafortunadamente, en este caso, el ciudadano que resiente en su persona la aplicación de una ley injusta debe ceder su derecho, incluso sufrir una injusticia, en aras del beneficio de la comunidad en general.²²⁸ Santo Tomás afirma que un ciudadano debe cumplir con una ley corrupta para evitar dar un mal ejemplo o para evitar la desobediencia civil, pero siempre deberá obedecer primero a Dios.

Como mencionamos anteriormente,²²⁹ la filosofía del derecho de Santo Tomás parece ser una visión racionalista que, sin embargo, debe ser clasificada como teológica debido al hecho de que, para Santo Tomás, el fundamento último del derecho es Dios, la voluntad divina, misma que es revelada al hombre mediante las escrituras. El hombre toma esta verdad y la codifica en el derecho, sin las normas morales que el hombre encuentra mediante la razón.

El derecho tiene límites bajo la teoría de Santo Tomás y escribe que el derecho humano llega a enfrentarse a situaciones que es incapaz de someterlas a norma. Esto no implica que el derecho apruebe dichas situaciones, sino que no las regula porque es incapaz de hacerlo.²³⁰

²²⁷ Tomás de Aquino, *Summa*, I-II, pregunta 96, art. 4.

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ *Ver supra* nota 203.

²³⁰ Tomás de Aquino, *Summa*, I-II, pregunta 93, art. 3.

b. Crítica al iusnaturalismo teológico

Esta doctrina encuentra muchas dificultades en el derecho internacional, partiendo desde su premisa fundamental: la concepción de Dios. Los doctrinarios del derecho internacional más populares que adoptan esta visión conciben a Dios bajo un concepto judeocristiano. Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional, la necesidad de dialogar entre diversas culturas y religiones resulta evidente. Esta concepción, que le atribuye la validez del derecho internacional a un mandato divino, carece de todo fundamento en pueblos cuya religión no incluye a un Dios todopoderoso que establezca reglas imperativas o estándares de conducta humana —y en aquellos sistemas seculares que separan a Dios del orden jurídico.

Ahora bien, la mayor parte de los doctrinarios del derecho internacional que pertenecen a esta escuela se encuentran influenciados por la tradición cultural occidental judeocristiana, sin embargo, no hay que perder de vista que existen varias vertientes de esta escuela de pensamiento y que en el ámbito del derecho internacional, esto resulta de particular relevancia debido precisamente al hecho de que éste regula a todos los Estados, incluyendo a aquellos Estados que no han sido influenciados por esta tradición. Por ejemplo, en el caso del derecho musulmán existe la Sharia (شريعة), que es un ejemplo de un cuerpo normativo que se ubica casi completamente en de una filosofía iusnaturalista teológica debido a que este aspecto del derecho musulmán deriva casi totalmente del Corán.²³¹

²³¹ Esta situación no refleja la totalidad de los Estados árabes, pero sí a la mayoría de los Estados cuya religión oficial es la musulmana y que han adoptado este sistema jurídico. Ver, Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1983.

3. Iusnaturalismo empírico o realista

Esta corriente del iusnaturalismo considera que las normas jurídicas serán válidas en la medida en que éstas reflejen la naturaleza humana o la realidad, independiente de cualquier divinidad o razón. Propone definir e interpretar el derecho natural mediante elementos físicos, sociales, históricos y culturales, entre otros. Las corrientes iusnaturalistas de carácter empírico o realista conciben a lo justo como “lo que los hombres sienten y quieren como tal.”²³² Hobbes, cuya teoría del derecho internacional podemos clasificar bajo esta categoría, considera que “no existe derecho entre las naciones excepto por el derecho natural.”²³³ Existen tres variantes de esta corriente iusnaturalista: el contractualismo, la doctrina de los derechos fundamentales de los Estados y la doctrina de la necesidad del derecho, mismas que explicaremos brevemente.

a. Contractualismo o doctrina del contrato social

Esta corriente de pensamiento iusnaturalista surge en los siglos XVII y XIX y fue desarrollada por Thomas Hobbes (1588–1679),²³⁴ John Locke (1632–1704)²³⁵ y encontró su máximo exponente en Jean Jacques Rousseau (1712–1778).²³⁶ Los sofistas sirven de inspiración a esta corriente al afirmar que el derecho y la sociedad están basados en un contrato celebrado entre los interesados

²³² Terán, *Filosofía*, nota 186, pág. 233.

²³³ Nussbaum, Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, Nueva York, The Macmillan Company, 1947, pág. 148.

²³⁴ Hobbes desarrolla su teoría del contrato social (*common-wealth*) en la Parte II de su *Leviatán* (Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Londres, Penguin Books, 1985, colección Penguin Classics).

²³⁵ En este sentido, Locke desarrolló toda una serie de ideas respecto de los derechos naturales, el estado de la naturaleza, el contrato social y el derecho de la naturaleza (Locke, John, *Two Treatises of Government*, Thomas Hollis (ed.), Londres, A. Millar *et al.*, 1764).

²³⁶ Rousseau, Jean-Jaques, *Du Contrat Social*, Paris, Éditions du Seuil, 1977.

Otros autores significativos de esta corriente son Roscoe Pound (“Philosophical Theory and International Law”, *Bibliotheca Visseiana*, 1923, vol. I, págs. 1–90), H. Krabbe (“L’idée moderne de l’Etat”, *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, Leyden, Países Bajos, A.W. Sijthoff, 1926, vol. 13), y Léon Duguit (*Traité de Droit Constitutionnel*, 2a ed., Paris, E. de Boccard, 1921–1923).

—el “contrato social”.²³⁷ Es una corriente individualista debido a que le da un gran énfasis al Estado en lo individual, colocándolo por encima de la comunidad internacional.²³⁸

El contractualismo parte de la base de que los individuos nacen libres e iguales y que únicamente pueden ser limitados por su propia voluntad y no por alguna fuerza externa.²³⁹ Sin embargo, debido a que el individuo no existe en un vacío sino que coexiste con otros individuos y, por lo tanto, tiene un sinnúmero de vínculos e interacciones sociales, resulta necesario regular la conducta del individuo así como sus relaciones mutuas para que exista cierto orden social. La única forma de hacer esto, afirman los contractualistas, es mediante la celebración de un contrato social, mismo que obligará a todos los individuos debido a que estos han otorgado su libre consentimiento para obligarse por el mismo.²⁴⁰ Así, los individuos limitan su propia autonomía y libertad y ceden parte de sus derechos naturales para lograr construir una estructura social mediante el establecimiento de un sistema jurídico, y es precisamente esta estructura social la que le da validez a dicho sistema jurídico.²⁴¹

Aplicada al sistema jurídico internacional, esta teoría hace una analogía entre Estados e individuos y afirma que el Estado es soberano y titular de ciertos derechos fundamentales que le confiere la naturaleza y por lo mismo, al igual que el individuo, el Estado únicamente se encuentra limitado por su propia voluntad y no está sujeto a ninguna autoridad superior. Sin embargo, al igual que el individuo, continúa la analogía, el Estado no existe en un “vacío”, sino que el Estado

²³⁷ Stromholm, Stig, *A Short History of Legal Thinking in the West*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pág. 28.

²³⁸ Visscher, Charles de, *Theory and Reality in Public International Law*, ed. revisada, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1968, pág. 18.

²³⁹ Kelsen, *Principles*, nota 8, pág. 446.

²⁴⁰ *Ibidem*, pág. 247–248.

²⁴¹ Brierly, James Leslie, *The Law of Nations*, 6a ed. (Humphrey Waldock, ed.), Nueva York, Oxford University Press, 1963, pág. 50.

convive con otros Estados en su vida cotidiana y mantiene una relación con los mismos; relación que da origen a un vínculo social, dando así vida a la comunidad internacional.²⁴² En consecuencia, para que exista la comunidad internacional, es necesario cierto orden y para que exista dicho orden —y para que el Estado participe en esa comunidad internacional—, es necesario que el Estado voluntariamente limite su soberanía y algunos de sus derechos naturales. Este aspecto social del Estado es el fundamento del derecho internacional y por lo tanto, son los hechos sociales —los factores religiosos, morales, materiales y económicos— los eventos que crean las normas sin las cuales la sociedad no puede existir.²⁴³ Esta corriente afirma que “el derecho no es una creación del Estado”²⁴⁴ sino que “existe afuera del Estado”²⁴⁵ y que “la idea del derecho es completamente independiente a la idea del Estado y [...] obliga al Estado al igual que a los individuos.”²⁴⁶

Esta teoría es criticada por varios motivos. Primero, porque si bien es cierto que el Estado, al igual que el individuo, no existe en un “vacío”, también es cierto que el Estado establece relaciones internacionales porque tiene la voluntad de hacerlo y no porque tenga un derecho natural o inherente para hacerlo. Las relaciones interestatales no son una manifestación de derechos naturales o inherentes sino una manifestación de la voluntad estatal de participar en la comunidad internacional.²⁴⁷ Segundo, sus críticos argumentan que no es cierto que el Estado primero sea titular de derechos y obligaciones y después se una a la comunidad internacional, sino por el contrario,

²⁴² Kelsen, *Principles*, nota 8, págs. 147–148.

²⁴³ Duguit, *Traité*, nota 236, págs. 17 y 67.

²⁴⁴ Duguit, Léon “Objective law”, *Columbia Law Review*, EE.UU., 1920, no. 20, y “Objective law”, *Columbia Law Review*, EE.UU., 1921, no. 21, pág. 21.

²⁴⁵ *Idem*.

²⁴⁶ *Idem*.

²⁴⁷ Shen, *Basis*, nota 11, pág. 301.

es precisamente porque los Estados forman parte de la comunidad internacional y celebran transacciones con otros sujetos de derecho internacional, que son titulares de derechos y obligaciones.²⁴⁸ Tercero, esta doctrina condiciona la entrada del Estado a la comunidad internacional a que éste celebre el pacto social e implica que el Estado puede formar parte de la misma o no. Sin embargo, esto tampoco parece ser cierto: el Estado existe en una comunidad internacional y en gran medida existe debido a la existencia de esa comunidad internacional, circunstancia que está más allá de la voluntad de los Estados.²⁴⁹ El Estado surge a la vida en medio de la comunidad internacional, rodeado por ella, y sus derechos y obligaciones surgen en el momento en que el derecho y la comunidad internacional reconocen la existencia de dichos Estados.²⁵⁰ El Estado inevitablemente debe participar en relaciones internacionales.²⁵¹ Finalmente, sus críticos también afirman que el hecho de que los Estados sean seres sociales no es suficiente por sí mismo como para darle validez al sistema jurídico internacional. Es cierto que los Estados no pueden existir sin relacionarse con otros, sin embargo, esto no es suficiente debido a que son los Estados conjuntamente quienes (a) participan en la creación, formación, desarrollo y aceptación del derecho internacional, y (b) le reconocen o conceden validez y obligatoriedad jurídica al derecho internacional.²⁵²

²⁴⁸ *Idem.*

²⁴⁹ *Idem.*

²⁵⁰ Aquí se hace referencia a la doctrina del reconocimiento de Estados. En derecho internacional, el reconocimiento de la comunidad internacional es un elemento importante para determinar la existencia de un Estado. Esto es, difícilmente podría considerarse como un Estado, una entidad —en vías de convertirse en un Estado— que no ha sido reconocida como tal por la comunidad internacional. Similarmente, en caso de dudas respecto de la existencia de un Estado, el reconocimiento de la comunidad internacional puede ser evidencia persuasiva de la existencia de dicho Estado (*ver*, Shaw, *International law*, nota 127, págs. 367–376).

²⁵¹ En este sentido, la doctrina contractualista es similar a la doctrina de la necesidad del derecho internacional debido a que afirma que el derecho existe porque es necesario. *Ver infra*, Capítulo III.A.3.c “La doctrina de la necesidad del derecho”.

²⁵² Shen, *Basis*, nota 11, pág., 302.

b. La doctrina de los derechos fundamentales del Estado

Esta teoría expresa la misma idea que el contractualismo, pero desde una perspectiva un poco diferente —algunos autores de hecho han afirmado que son complementarias.²⁵³ También surge en los siglos XVII y XIX, sin embargo, todavía a mediados del siglo XX, Fenwick se adhiere a esta corriente. Al igual que el contractualismo, esta es una teoría eminentemente individualista debido al énfasis que le da al Estado en lo individual.²⁵⁴

Esta corriente iusnaturalista considera que los principios del derecho internacional pueden deducirse de la naturaleza esencial del Estado, en particular de los derechos fundamentales, inherentes o naturales de cada Estado y que derivan de su calidad de Estado y de su capacidad como miembro de la familia de las naciones.²⁵⁵ Esto es, afirma que los derechos no se crean mediante la costumbre general o el derecho internacional convencional, sino que tienen su origen en la naturaleza misma del Estado:

Los Estados no son abstracciones jurídicas sino corporaciones formadas por seres humanos individuales con intereses morales y materiales comunes que trascienden sus fronteras territoriales. De ahí que las mismas fuerzas que han llevado al ser humano a unirse en una sociedad civil, a organizar grupos nacionales distintos, han llevado a los Estados a reconocer la necesidad de desarrollar un derecho que regule sus relaciones mutuas. [...] Entonces, el fundamento último del derecho internacional es el hecho de que los Estados se han dado cuenta de que no obstante sus diferencias nacionales, tienen ciertos ideales afines y ciertos intereses morales y materiales comunes que hacen que su colectividad tenga el carácter de una comunidad.²⁵⁶

Brierly considera a esta corriente como una variante más de las teorías del “estado de la naturaleza” porque según la entiende, esta corriente afirma que antes de formar comunidades políti-

²⁵³ Visscher, *Theory and Reality*, nota 238, págs. 17–18.

²⁵⁴ Visscher, *Theory and Reality*, nota 238, pág. 18.

²⁵⁵ Fenwick, Charles G., *International Law*, 4a ed., Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1965, pág. 49.

²⁵⁶ *Ibidem*, págs. 32–33.

cas y Estados, el individuo vivía en un “estado de la naturaleza”, al igual que los Estados.²⁵⁷ Los individuos establecieron al Estado como una institución supra-individual para imponer la ley y el orden al caos de la condición natural en que se encontraba la sociedad humana previo a su establecimiento. Esta corriente entonces implica que el Estado es una condición pre-política de la raza humana, y que eventualmente, los Estados formarán una organización política supra-estatal para imponer la ley y el orden al caos de la condición natural en que se encuentra la comunidad internacional actualmente. Por lo tanto, debido a que los Estados no han formado esta organización, los Estados continúan viviendo en un estado de la naturaleza —y por lo tanto, en el estadio actual de desarrollo político de la humanidad, todavía prevalecen los derechos naturales de los Estados.

Esta corriente es criticada porque parece carecer de justificación tanto histórica como teórica. Primero, Brierly critica a esta corriente argumentando que contradice la historia al considerar al Estado como una institución estática y no como el producto de un proceso histórico que puede analizarse en los diversos registros históricos que existen.²⁵⁸ Esta corriente ignora el hecho de que el Estado ha evolucionado y que ciertos atributos que hoy son considerados como “fundamentales”, “inherentes” o naturales” solamente son diversas etapas del proceso histórico de evolución del Estado.²⁵⁹ Segundo, sus detractores escriben que no existe un Estado modelo o típico como

²⁵⁷ Lauterpacht, Hersch y Waldock, C. H. M. (eds.), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Brierly*, Oxford, Clarendon Press, 1958, págs. 3–4.

²⁵⁸ *Ibidem*, pág. 5.

²⁵⁹ Brierly, *The Law of Nations*, nota 241, pág. 51. Brierly usa, entre otros ejemplos, el concepto de soberanía, de independencia y el de igualdad soberana de los Estados. Todos estos conceptos fueron desconocidos hasta la edad moderna —incluso todavía a mediados del siglo XX, el Estatuto de la CIJ, órgano judicial principal de las Naciones Unidas, en su artículo 38(1)(c), establece que la CIJ aplicará los principios generales de derecho reconocidos por los sistemas jurídicos de las “naciones civilizadas”, implicando la existencia de naciones no civilizadas, desconociendo así el concepto de igual soberana de los Estados.

parece implicar esta teoría, sino que en la realidad, existe una multitud de formas de Estado;²⁶⁰ sin embargo, esta teoría concibe al Estado como un producto terminado —la cúspide evolutiva de esta forma de asociación política. Tercero, se critica que esta teoría está imbuida de influencias individualistas que desconocen la influencia que tiene la comunidad internacional en la formación del derecho internacional.²⁶¹ Cuarto, también se critica esta teoría porque aparenta enfatizar la naturaleza de la realidad y la sociedad, sin embargo, desestima el hecho de que la comunidad internacional está conformada por Estados soberanos cuya obediencia del derecho internacional no solamente está basada en derechos fundamentales “inherentes” sino que también toma en cuenta la voluntad y consentimiento del Estado.²⁶² Quinto, Shen afirma que no es posible hacer la analogía que pretende hacer esta corriente entre individuos y Estados, o entre una comunidad de seres humanos (un Estado) y una comunidad de Estados (la comunidad internacional) debido a que son sujetos fundamentalmente diferentes y de una naturaleza distinta.²⁶³ Finalmente, Kelsen la critica porque afirma que el concepto de “un derecho” —inherente o no— carece de todo sustento a menos que se presuponga la existencia de un sistema jurídico del cual éste pueda derivar su validez, circunstancia que rechaza esta teoría.²⁶⁴

²⁶⁰ Shen, *Basis*, nota 11, pág. 305.

²⁶¹ “[Esta teoría] es el reflejo directo de su lucha [de los Estados] para obtener su independencia” y es “un producto del dogma del individualismo aplicado al terreno internacional”, Visscher, *Theory and Reality*, nota 238, pág. 18, citando a Brierly, James Leslie, “Le Fondement de la Force Obligatoire du Droit International”, *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, Leyden, Países Bajos, A.W. Sijthoff, 1928, vol. 23.

²⁶² Shen, *Basis*, nota 11, pág. 306.

²⁶³ *Idem*. Esta crítica también se le hace a la teoría contractualista.

²⁶⁴ Kelsen, *Principles*, nota 8, págs. 243–244.

c. La doctrina de la necesidad del derecho

La doctrina de la necesidad del derecho, afirma que el Estado requiere del derecho internacional para poder vivir en la comunidad internacional, al igual que el ser humano requiere de derecho para vivir en sociedad. Esta corriente deriva de la máxima romana *ubi societas, ibi jus*, y también está íntimamente relacionada con la doctrina contractualista. Aristóteles señaló que el hombre era un ser social y que debido a su propia naturaleza, el hombre necesita del derecho para poder vivir en sociedad y que el Estado es la sociedad natural perfecta dentro de la cual el ser humano puede satisfacer todas sus necesidades.²⁶⁵

De acuerdo con esta corriente, el derecho no es un mero accidente histórico, sino que es un elemento esencial de la condición humana y afirma que, por lo tanto, éste es un elemento necesario y esencial para las relaciones entre los Estados y, consecuentemente, el derecho internacional existirá mientras exista una comunidad internacional.²⁶⁶ “Toda sociedad necesita del derecho y todo derecho es un producto social.”²⁶⁷ Esta corriente busca equiparar a los Estados con el ser humano afirmando que el Estado se ha convertido en un ser social y que vive en comunidad con otros Estados ya que considera que la interdependencia de los Estados es un hecho y que, al igual que con los seres humanos, entre Estados existe una comunidad de intereses entre los mismos, formándose así la comunidad internacional.

²⁶⁵ Pasquazi, Josephus, *Ius Internationale Publicum*, Roma, Pontificium Institutum Utriusque Iuris, vol. I, *De Iure Pacis*, pág. 43.

²⁶⁶ Quoc Dinh, *Droit International Public*, nota 16, pág. 35.

²⁶⁷ *Idem*.

Robert Joseph Phillimore (1810–1885)²⁶⁸ escribe que la costumbre y la práctica estatal son la expresión del consentimiento de los Estados a las normas jurídicas que naturalmente son obligatorias para los mismos:

El moverse, el vivir y el formar parte de la gran comunidad de las naciones, es tan parte de la condición normal de un solo Estado, como el vivir en una sociedad es parte de la condición normal de un hombre en lo individual. Ciertos derechos y obligaciones recíprocos derivan tanto de la naturaleza de los Estados, como de la naturaleza de los individuos, y dichos derechos y obligaciones están definidos y regulados por ciertas leyes.²⁶⁹

Christian von Wolff (1679–1754), otro doctrinario, considera que existen dos conceptos relacionados que son relevantes para esta discusión: el *ius necessarium* (derecho necesario) y el *ius gentium necessarium* (derecho internacional necesario). Von Wolff afirma que el derecho internacional concibe al derecho internacional natural, al derecho internacional voluntario, al derecho internacional convencional y al derecho internacional consuetudinario como fuentes del derecho, pero que finalmente, todo este derecho es necesario y que por lo tanto, todo derecho internacional es derecho internacional necesario.²⁷⁰

Así, tenemos que de conformidad con esta corriente del iusnaturalismo, el fundamento del derecho internacional lo constituye la necesidad que tienen los Estados de que exista el derecho internacional para regular sus relaciones y el constante contacto entre Estados.

²⁶⁸ Phillimore podría ser considerado como un iusnaturalista teológico porque considera que el motivo por el cual el derecho internacional obliga a los Estados es la ley de Dios (*ver*, Phillimore, Robert, *Commentaries upon International Law*, 2a ed., Londres, Butterworths, 1871, vol. 1, pág. 3), sin embargo, su doctrina de la necesidad del derecho internacional como tal es una doctrina empiricista debido a que intenta describir el derecho internacional en términos sociológicos y partiendo de la descripción de la realidad desde su punto de vista.

²⁶⁹ *Idem*. Phillimore llega incluso a escribir que “la aplicación del derecho internacional no está confinada a las naciones cristianas, como se ha afirmado respecto de las naciones europeas, sino que subsiste entre cristianos e infieles e incluso entre dos naciones infieles, aun cuando lo haga de una manera más vaga y menos perfecta que entre dos comunidades cristianas [...] Pero si los preceptos del Derecho Natural son obligatorios para los Estados infieles [y rigen] las relaciones entre ellos, con mucho mayor razón son obligatorios para los Gobiernos cristianos [y rigen] sus relaciones con los Estados infieles” (*Ibidem*, pág. 20).

²⁷⁰ Wolff, Christian, *Jus Naturae Metodo Scientifica Pertractatum*, citado en Shen, *Basis*, nota 11, págs. 307–308.

El principal defecto de esta corriente para sus críticos es que explica el fenómeno del derecho internacional de una manera muy limitada y su explicación es más bien una explicación sociológica del mismo, no jurídica.²⁷¹ En última instancia, esta corriente nos describe el fenómeno mediante el cual los Estados crean el derecho internacional mas no explica el fundamento de validez del mismo.

4. Iusnaturalismo racionalista

El iusnaturalismo de carácter racional —corriente dentro de la cual podemos ubicar a Aristóteles— concibe que tanto lo jurídico como lo justo son universales precisamente porque encuentran su fundamento en una estructura racional universal.²⁷² Esta corriente afirma la existencia de un orden universal que también existe respecto de la vida social y su concepción de la justicia implica que ésta no está al arbitrio del hombre, sino que es producto de una estructura racional, constante y universal. Dicho de otra manera, que “[u]n principio justo tiene que ser pensado así por los hombres”,²⁷³ y por lo tanto, los principios de justicia serán evidentes y podrán ser derivados mediante el uso de la razón.

Actualmente, la escuela tomista se ha planteado como una corriente neoiusnaturalista inspirada en el iusnaturalismo teológico de Santo Tomás de Aquino y por lo tanto, ha vuelto a poner en boga su filosofía jurídica, y actualmente es la corriente predominante en el pensamiento iusnaturalista occidental.²⁷⁴ Esta corriente enfatiza la importancia del ser humano y la supremacía de la

²⁷¹ Shen, *Basis*, nota 11, págs. 308–309.

²⁷² Terán, *Filosofía*, nota 186, pág. 231.

²⁷³ *Ibidem*, pág. 232.

²⁷⁴ MacIntyre, Alasdair, *After Virtue: a study in moral theory*, 2a ed., Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1984, págs. 50–51.

razón y pretende construir un iusnaturalismo cuya validez no derive del concepto de lo divino sino exclusivamente de la razón. La concepción tomista del derecho internacional considera que el fundamento último de las obligaciones bajo derecho internacional son las normas éticas y que “[d]ichas normas jurídicas derivan su fuerza coercitiva de una obligación moral general (con algunas excepciones) de obedecer la ley.”²⁷⁵ Vitoria, por su parte, consideraba que “[e]l derecho internacional está basado en el derecho universal de la naturaleza”²⁷⁶ y concibe al Estado soberano como una comunidad perfecta que no se encuentra sujeto a ninguna otra autoridad temporal superior.²⁷⁷ El tomismo también le reconoce un valor intrínseco a la comunidad humana y no un valor derivado indirectamente del individuo.²⁷⁸ Vitoria incluso afirmó que la interacción social y la vida comunitaria son una característica inherente a la buena vida humana.²⁷⁹

a. El iusnaturalismo racionalista de Finnis

John Finnis (1940) considera que el derecho debe ser el producto de juicios morales objetivos y racionales²⁸⁰ y pretende construir una teoría iusnaturalista cuyo fundamento sea racional y no teológico. Finnis es criticado por no lograr separar completamente el aspecto teológico en su pensamiento y porque, en respuesta a la pregunta sobre la validez última del derecho, Finnis es incapaz de señalar un fundamento racional para la misma sin recurrir al argumento del iusnaturalismo

²⁷⁵ Peñalver, Eduardo Moisés, “The Persistent Problem of Obligation in International Law”, *Stanford Journal of International Law*, EE.UU., 2000, no. 36, pág. 272, nota 5.

²⁷⁶ Shaw, *International law*, nota 127, pág. 22.

²⁷⁷ Titos Lomas, Francisco, *La Filosofía Política y Jurídica de Francisco de Vitoria*, Córdoba, España, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1993.

²⁷⁸ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, reimp., Oxford, Clarendon Press, 2005, colección Clarendon Law Series, págs. 81–92.

²⁷⁹ Coleman, Janet, “MacIntyre and Aquinas”, en Horton, John y Mendus, Susan (eds.), *After MacIntyre: critical perspectives on the works of Alasdair MacIntyre*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1994, pág. 87; MacIntyre, *After Virtue*, nota 274, págs. 181–182.

²⁸⁰ Finnis, *Natural law*, nota 278, pág. 290.

teológico. Sin embargo, en virtud de que —excepto por este punto— la teoría de Finnis es en realidad racionalista, nosotros la catalogamos como tal.

El punto de partida para el pensamiento de Finnis es la reconstrucción de una teoría iusnaturalista que ha sido criticada por múltiples frentes y autores iuspositivistas. Finnis considera que muchas de estas críticas en realidad no son justas porque no se refieren al pensamiento iusnaturalista como tal, sino a malas interpretaciones del mismo. Finnis escribe que

el interés de la tradición [iusnaturalista] ha sido demostrar que el acto de ‘crear’ (*positing*) el derecho [...] es un acto que puede y debe guiarse por principios y reglas ‘morales’; que dichas normas morales son el resultado de un razonamiento objetivo, no de un capricho, convencionalismo o mera ‘decisión’; y que dichas normas morales justifican (a) la institución del derecho positivo, (b) las instituciones, técnicas y modalidades principales dentro de dicha institución (e.g. separación de poderes), y (c) las instituciones principales reguladas y establecidas por el derecho (e.g. gobierno, contratos, propiedad, matrimonio y responsabilidad penal). Lo que verdaderamente caracteriza a la tradición [iusnaturalista] es el que no esté contenta simplemente observando el hecho histórico o sociológico de que la ‘moral’ afecta al ‘derecho’, sino que busca determinar cuales son los verdaderos requisitos de la razón práctica para proporcionarle un fundamento racional a las actividades de los legisladores, los jueces y los ciudadanos.²⁸¹

i. Concepto de derecho

Finnis propone que nosotros debemos concentrarnos en el caso central y no en los casos periféricos del derecho y que por lo tanto debemos definirlo focalmente.²⁸² Los casos periféricos, esto es, aquellos casos dudosos del derecho, podrán definirse con relación al caso central, pero uno debe enfocarse en dicho caso central y definir los casos periféricos señalando las “similitudes y distinciones, las analogías y diferencias [...] entre estos y los casos centrales”.²⁸³ Sin embargo, Finnis

²⁸¹ Finnis, *Natural law*, nota 278, pág. 290.

²⁸² Finnis utiliza los términos central o *simpliciter* —por oposición a periférico o *secundum quid*— y focal —por oposición a secundario— en un sentido aristotélico de dichos términos. *Ibidem*, págs. 9–11.

²⁸³ *Ibidem*, pág. 11.

aclara que la “descripción explicativa de los casos centrales debe ser tan conceptualmente rica y compleja como sea necesario para contestar todas las preguntas adecuadas sobre dichos casos centrales.”²⁸⁴

Teniendo en mente lo anterior, la definición de Finnis no es una definición unívoca — exclusiva o excluyente—, sino que es una definición del caso central del derecho,

con un significado focal para referirse primariamente a las reglas creadas por una autoridad determinada y efectiva (misma que es identificada y comúnmente constituida como una institución mediante reglas jurídicas) sobre una comunidad ‘completa’, de conformidad con las reglas jurídicas vigentes, y aparejadas de sanciones de conformidad con las estipulaciones emitidas por las instituciones de adjudicación, estipulaciones que se encuentran regidas por reglas, estando encaminado, todo este conjunto de reglas e instituciones, a resolver razonablemente todos los problemas de coordinación de la comunidad (y a ratificar, tolerar, regular o revocar soluciones de coordinación de cualquier otra institución o fuente normativa) para el bien común de dicha comunidad, de conformidad con una manera y forma adaptada, a su vez, a dicho bien común mediante características de especificidad, minimización de arbitrariedad y mantenimiento de una cualidad de reciprocidad entre los sujetos del derecho tanto entre ellos mismos como en sus relaciones con las autoridades legales.²⁸⁵

La consecuencia que tiene el hecho de que la definición de Finnis no sea unívoca es que todos los términos empleados en la misma tienen un significado focal y una referencia primaria y que por lo tanto, esta definición se extiende a los casos análogos e instancias secundarias.²⁸⁶ El ejemplo que utiliza Finnis para demostrar lo anterior es la costumbre —ejemplo que es bastante relevante para esta tesis en la medida en que la costumbre internacional ha sido tradicionalmente la fuente principal del derecho internacional. Finnis argumenta que la costumbre no se ‘crea’ como tal debido a que el acto de crear algo implica que alguien se propuso hacerlo, “pero uno [...] no se propone crear una costumbre. Sin embargo, la costumbre se ‘crea’ en el sentido de que los

²⁸⁴ *Idem.*

²⁸⁵ *Ibidem*, págs. 276–277.

²⁸⁶ *Ibidem*, pág. 277.

requerimientos de la razón práctica no son creados sino descubiertos.”²⁸⁷ En la práctica, la consecuencia de la definición de derecho de Finnis es que considera derecho a una ley que esta completamente de acuerdo con el bien común pero también permite considerar como derecho a una ley injusta.

ii. La validez y obligatoriedad del derecho

Los iuspositivistas comúnmente consideran que para el iusnaturalismo, el derecho es válido exclusivamente cuando la norma es justa “esto es, validez moral.”²⁸⁸ Finnis contesta que él desconoce algún iusnaturalista que efectivamente adopte la concepción “iusnaturalista” de Kelsen y Raz²⁸⁹ y de hecho, bajo el pensamiento de Finnis, es posible que exista una norma que no obstante es inmoral, es válida jurídicamente hablando.

Finnis argumenta que el afirmar la máxima *lex injusta non est lex* solamente es afirmar que es necesario que exista una conexión entre el derecho y la moral cuando estamos discutiendo del caso central del derecho y el sentido focal del concepto de validez jurídica²⁹⁰ —por lo tanto, bajo su concepto de derecho, es posible que existan leyes que no están completamente de acuerdo con la moral y que sin embargo, sean válidas. Finnis intenta probar su argumento de que en los casos periféricos del derecho, la conexión entre el derecho y la moral no es una condición necesaria

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ Raz, haciendo propia la concepción de Kelsen, escribe que “de acuerdo con las teorías de derecho natural no existe una concepto específico de validez jurídica. El único concepto de validez es la validez conforme al derecho natural, esto es, validez moral. Los iusnaturalistas solamente pueden calificar a una ley como moralmente válida, esto es, justa o moralmente inválida —o sea, no buena. Ellos no pueden decir que una ley es jurídicamente válida pero que moralmente no sea buena. Si no es buena y es injusta, también es inválida en el único sentido de validez que reconocen” (Raz, Joseph, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, *American Journal of Jurisprudence*, EE.UU., 1974, no. 19, pág. 100).

²⁸⁹ Finnis, *Natural law*, nota 278, pág. 26.

²⁹⁰ *Ibidem*, pág. 27.

para su validez, entendiendo ‘validez’ en su sentido focal —o que incluso, la conexión entre el derecho *simpliciter* y la moral, no es una condición necesaria para la validez de éste, entendiendo ‘validez’ en un sentido secundario—, transponiendo la teoría de Santo Tomás a terminología kelseniana:

La validez jurídica (entendida en su sentido focal, moral o de ‘validez jurídica’) del derecho positivo deriva de su conexión racional con [...] el derecho natural, y esta conexión se mantiene, normalmente, si y sólo si, (i) el derecho se origina de una manera que es jurídicamente válida (en el sentido jurídico específico y restringido de lo que quiere decir ‘validez jurídica’) y (ii) el derecho no es materialmente injusto ni en cuanto a su contenido ni en cuanto a las circunstancias relevantes de su creación.²⁹¹

Esto quiere decir que, a su criterio, una norma solamente puede ser obligatoria cuando es “consistente con los requerimientos básicos de la razón práctica, pero no tiene que ser la *determinatio* que [su destinatario] hubiera adoptado necesaria, o siquiera, usualmente; ni siquiera tiene que ser una que él hubiera considerado ‘sensible’.”²⁹²

El fundamento de la obligatoriedad del derecho es la consecución del bien común —Finnis escribe que existe una obligación moral muy fuerte para cumplir con la ley.²⁹³ Finnis considera que todo sujeto de derecho tiene que cumplir con sus obligaciones para lograr el bien común.²⁹⁴ Esta es, en realidad, una mezcla de dos explicaciones. La primera es una explicación absoluta invocando el bien común; esto es, Finnis argumenta que cumplir con las obligaciones es bueno, *ipso facto*, para el bien común, debido al hecho de que las obligaciones existen para lograr dicho bien común. La segunda es una explicación invocando la obligación de buena fe (*fair play*); esto

²⁹¹ *Idem.*

²⁹² *Ibidem*, págs. 289–290.

²⁹³ *Ibidem*, pág. 319.

²⁹⁴ *Ibidem*, pág. 305.

es, Finnis argumenta que la buena fe requiere que una persona que ha aceptado los beneficios otorgados por ciertas reglas debe cumplir con las mismas.²⁹⁵

Al igual que Santo Tomás, Finnis reconoce que puede haber circunstancias en que lo conveniente sea no acatar ciertas normas —en virtud de su injusticia—, pero Finnis afirma que “es mejor cumplir con las reglas de la estructura de coordinación que permitir que cada individuo juzgue dichas reglas.”²⁹⁶ Por lo tanto, resulta necesario determinar hasta qué punto de injusticia retiene la norma jurídica su validez. Finnis argumenta que, en caso de que se aplique la máxima *lex injusta non est lex*, ésta debe ser aplicada por el juez y por lo tanto, será éste quien determinará la justicia de la norma y en caso de considerarla justa, la aplicará, y en su defecto, la derogará por no ser derecho.²⁹⁷ Así, la norma pierde su juridicidad en el momento en que el juez determinar que no debe acatarse dicha norma o que ésta no tiene el carácter de norma propiamente dicha.

En este mismo sentido, Finnis escribe que “objetar la vigencia del derecho negándole la obligatoriedad jurídica *en sentido jurídico o intra sistémico* a una regla que la institución más alta del ‘sistema jurídico’ recientemente afirmó como válida y obligatoria jurídicamente, impide pensar claramente y carece de cualquier sentido práctico.”²⁹⁸ Por lo tanto, Finnis considera que una vez que la “institución jurídica más alta del sistema jurídico” ha confirmado el carácter jurídico de una norma, ya no hay nada más que hacer —excepto acatarla debido a que trae aparejada la obligación jurídica de hacerlo. Una vez que la máxima autoridad de adjudicación de un sistema ha decidido que algo es derecho, independientemente de su grado de injusticia, es derecho.

²⁹⁵ Seow, Hon Tan, “Validity and Obligation in Natural Law Theory: does Finnis come too close to positivism”, *Regent University Law Review*, EE.UU., 2003–2003, no. 15, pág. 211.

²⁹⁶ *Idem*.

²⁹⁷ *Ibidem*, pág. 216.

²⁹⁸ Finnis, *Natural law*, nota 278, pág. 357.

Finnis comenta que una norma es “válida jurídicamente” o “jurídicamente obligatoria” en la medida en que dicha norma “(i) emana de una fuente jurídicamente autorizada [para crearla], (ii) será efectivamente aplicada por los tribunales y/o otros funcionarios, y/o (iii) que al igual que en el caso de otras normas, comúnmente se hace referencia a ella como derecho.”²⁹⁹ No obstante estas afirmaciones, Finnis intenta permanecer dentro del campo del iusnaturalismo clásico argumentando que cuando una norma es injusta, dicha norma no genera una obligación moral de acatarla.³⁰⁰ Finnis argumenta que el derecho injusto no genera ninguna obligación moral de acatarlo porque carecen de la justificación necesaria en relación con el bien común cuando: (a) la norma se creó para beneficiar al grupo que la emite (sin que medie algún caso excepcional), (b) se emitió *ultra vires*, o (c) instruye que se lleve a cabo algo que nunca debe hacerse.³⁰¹ Estos son los mismos tres criterios aceptados por Santo Tomás.³⁰² Sin embargo, estas normas, para Finnis continuarán siendo jurídicamente obligatorias.

b. Crítica al pensamiento de Finnis

La crítica más importante que se le hace a la teoría de Finnis es que, Finnis niega la postura iusnaturalista clásica al negar la existencia de una conexión necesaria entre la validez jurídica de la norma y el estatus moral de la misma al argumentar que aún cuando la norma es injusta es derecho a menos que el tribunal más alto determine lo contrario.³⁰³

²⁹⁹ *Ibidem*, págs. 360–361.

³⁰⁰ En este sentido, Finnis parece adoptar la Fórmula Radbruch (*ver infra*, nota 972).

³⁰¹ *Ibidem*, págs. 357–359.

³⁰² *Ver supra*, texto a nota 227.

³⁰³ Seow, *Validity and Obligation*, nota 295, págs. 201–202.

Finnis pretende basar su teoría en el pensamiento de Santo Tomás, sin embargo, pareciera ser que Finnis argumenta que Santo Tomás acepta el derecho injusto como derecho —aunque como una corrupción del mismo o como derecho *secundum quid*—,³⁰⁴ y que Santo Tomás también acepta que es necesario obedecer algunas leyes injustas para evitar escándalos o causar mayores daños —cuando estas normas lesionen bienes temporales, no divinos.³⁰⁵ Ahora, si bien es cierto que Santo Tomás escribe que una norma injusta no es moralmente obligatoria, también sugiere que éstas parecen no ser derecho³⁰⁶ y sin embargo, podría argumentarse también que a lo que Santo Tomás se refería es que las leyes injustas no son derecho y que el hecho de que una persona tenga que cumplir con una ley injusta no impide la aplicación de la máxima *lex injusta non est lex*, sino mas bien, que ésta máxima será aplicada por los tribunales —pero continúa siendo un pilar fundamental del iusnaturalismo clásico.³⁰⁷ También hay que recordar que Santo Tomás escribe que uno puede tener la obligación de cumplir con una ley injusta para evitar dar un mal ejemplo o la desobediencia civil, pero que existe un límite a esta obligación y que este límite es el derecho divino.³⁰⁸ Además, mientras que Finnis pretende ser completamente racionalista, se detiene antes de llegar a preguntarse cuál es el fundamento último de validez del derecho. De conformidad con su teoría, el derecho es válido en la medida en que se encamina a la obtención del bien común, sin embargo, Finnis no explica por qué es necesario o deseable perseguir el bien común. Finnis no presenta argumentos seculares que justifiquen esta afirmación, sino que recurre

³⁰⁴ Finnis, *Natural law*, nota 278, pág. 363–364.

³⁰⁵ *Ibidem*, pág. 360–361, cita al pie 6. También *ver supra* texto a nota 228.

³⁰⁶ *Supra* texto a notas 219–221; y Seow, *Validity and Obligation*, nota 295, pág. 208.

³⁰⁷ *Ibidem*, págs. 201–202.

³⁰⁸ *Ibidem*, pág. 213. *Ver también supra*, texto a nota 225.

a argumentos católicos.³⁰⁹ Independientemente de que su teoría pueda entenderse hasta este punto sin introducir elementos religiosos o dogmáticos, en última instancia, parece carecer de sustento racional en la medida en que el fundamento último es en realidad su apelación a la doctrina católica. Para formular una teoría completamente racionalista, Finnis debería ofrecer un argumento ateo afirmando que el derecho debe estar encaminado a la obtención del bien común.

Por otro lado, Finnis no separa el problema de la validez del problema de la obligatoriedad del derecho y por lo tanto, es incapaz de reconocer que puede existir una obligación de obedecer una ley injusta, y por el contrario, que el derecho no es necesariamente válido solamente porque existe una obligación de obedecerlo.³¹⁰ En relación con el problema de la obligatoriedad del derecho, habría que recordar que Finnis argumenta que uno tiene la obligación de cumplir con el derecho en virtud de (i) la obligación de lograr el bien común, y (ii) la obligación de de buena fe.³¹¹ Sin embargo, debemos preguntarnos: (a) de dónde deriva la obligación de actuar para obtener el bien común, y (b) si fundar la obligatoriedad del derecho sobre la buena fe no equivale a fundarla sobre la voluntad de las partes.³¹² Parece ser que la obligación de beneficiar el bien común, tal y como la entiende Finnis, es una obligación moral, no jurídica.³¹³

Soper también critica la teoría de Finnis argumentando que lo único que hizo Finnis fue proponer una teoría moral³¹⁴ debido al hecho de que cuando se encuentra con una norma que no está de acuerdo con la razón práctica, Finnis niega la obligatoriedad moral de dicha norma, sin

³⁰⁹ Esta es la última parte del libro de Finnis, *ver* Finnis, *Natural law*, nota 278, Part Three “Nature, Reason, God”.

³¹⁰ Seow, *Validity and Obligation*, nota 295, pág. 196.

³¹¹ *Ver supra*, texto a notas 294 y 295.

³¹² Seow, *Validity and Obligation*, nota 295, pág. 211.

³¹³ *Ibidem*, pág. 212.

³¹⁴ Soper, Philip, “Legal Theory and the Problem of Definition”, *University of Chicago Law Review*, EE.UU., 1983, no. 50, págs. 1181–1182.

embargo, no afirma que ésta no sea derecho o que no exista una obligación jurídica en sentido estrictamente jurídico.³¹⁵

Finalmente, otra crítica que se le opone, es que pareciera que la perspectiva de Finnis es en realidad positivista en la medida en que Finnis reconoce que el derecho injusto puede ser derecho.³¹⁶ Por ejemplo, Finnis escribe que carece de sentido argumentar que una norma injusta no genera obligación jurídica después de que la Suprema Corte correspondiente ha decidido que dicha norma —no obstante su grado de injusticia— es derecho.³¹⁷ “Seguramente esto lo coloca en el campo iuspositivista, o al menos en uno en el que son las cortes quienes reinan, y no la legislatura.”³¹⁸ Se critica porque se considera que Finnis crea una teoría iusnaturalista que se enfoca al proceso de creación y reforma del derecho, mas no al derecho en sí. Para Finnis, “el punto del iusnaturalismo es determinar el grado y la manera en que la moral se incorpora al derecho”,³¹⁹ mas no el tema de la validez jurídica.³²⁰ Lo más irónico del pensamiento de Finnis, es que pareciera que él, iusnaturalista, afirma que el derecho injusto pueda ser derecho, mientras que iuspositivistas como Hart y Raz rechazan precisamente esa idea.³²¹

5. Los eclécticos iusnaturalistas: Hugo Grocio y Emerich de Vattel

En el derecho internacional se habla de la escuela ecléctica o grociana (de Hugo van Grott, castellanizado como Grocio), misma que intenta reconciliar la postura iusnaturalista con la iuspositi-

³¹⁵ Seow, *Validity and Obligation*, nota 295, pág. 204.

³¹⁶ *Cfr. supra*, texto a notas 219–221.

³¹⁷ *Ver supra*, texto a notas 299 y 301.

³¹⁸ Seow, *Validity and Obligation*, nota 295, pág. 208.

³¹⁹ *Ibidem*, pág. 200.

³²⁰ *Idem*.

³²¹ *Ibidem*, pág. 203.

vista. Sin embargo, los autores que frecuentemente son clasificados como eclécticos en realidad tienen tendencias iusnaturalistas o iuspositivistas en un sentido u otro, por lo que resulta complicado afirmar que esta escuela sea una escuela independiente al iusnaturalismo o al iuspositivismo.

Hugo Grocio (1583–1645), generalmente es reconocido como el fundador del derecho de las naciones³²² y dio origen a la escuela “ecléctica”. La escuela ecléctica fundada por Grocio intentaba reconciliar el iusnaturalismo con el iuspositivismo. Sin embargo, Grocio mismo fue influenciado fuertemente por el concepto de derecho natural.³²³ En su pensamiento, el fundamento del derecho internacional es independiente de la noción de Dios; esto es, el derecho natural no depende del derecho divino. Grocio consideró al derecho natural como un código moral y una fuente superior e independiente del derecho. El derecho natural era el guardián de la justicia —no del *status quo*— y ciertamente no era un impedimento para la evolución del *ius voluntarium* (el derecho que era el producto de la voluntad de los Estados). Dentro de esta evolución del derecho, era posible que surgieran nuevas normas producto de la voluntad del Estado, mismas que no serían impuestas a los mismos por el derecho natural, sino que estos las aplicarían en virtud de su consentimiento.³²⁴ Estas normas serían las que regularían los problemas internacionales de manera progresiva. La doctrina de Grocio ha sido utilizada como un punto de partida tanto por iusnaturalistas como por iuspositivistas, mismos que han desarrollado la filosofía del derecho internacional partiendo de conceptos postulados por Grocio por primera ocasión.

³²² Shaw, *International law*, nota 127, pág. 23.

³²³ Nussbaum, *A Concise History*, nota 233, pág. 135.

³²⁴ Lachs, Manfred, *The Teacher in International Law (Teachings and Teaching)*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1982, pág. 53, citando a Grocio, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis*, párrafos 40–41.

Emerich de Vattel (1714–1767) era un seguidor del pensamiento de Grocio que, al igual que Grocio, intentó combinar el iusnaturalismo con el iuspositivismo, pero también era más iusnaturalista que iuspositivista. Vattel escribió que el derecho de las naciones era el derecho natural que obligaba a los Estados y que el fundamento de su obligatoriedad era el hecho de que, los Estados, finalmente “están compuestos por hombres y sus deliberaciones son llevadas a cabo por hombres, y la Ley de la Naturaleza obliga a todos los hombres, en toda relación que entablen”.³²⁵

6. Crítica al iusnaturalismo en general

El iusnaturalismo es una corriente que ha sido fuertemente criticada desde múltiples frentes por diversos motivos. Uno de los principales es porque todavía, a la fecha, se considera como una escuela que exclusivamente considera al derecho natural como derivado de la voluntad de un Ser Supremo. En este caso, se está atacando exclusivamente a la corriente del iusnaturalismo teológico, pero no así a las corrientes racionalistas o empiricistas.

Starke mantiene que uno de los problemas principales del iusnaturalismo es que cada iusnaturalista utiliza el término “derecho natural” como una metáfora para representar un concepto propio de la razón, la justicia, la utilidad, los intereses generales de la comunidad, la necesidad o los preceptos divinos,³²⁶ por lo que no existe un discurso uniforme o coherente en este sentido. Cada iusnaturalista se refiere a algo distinto al discutir estos conceptos.

Otra crítica afirma que, al negar la existencia del derecho positivo, el iusnaturalismo no refleja adecuadamente la realidad y que por lo tanto, no describe la realidad de la vida internacional

³²⁵ Vattel, Emerich de, *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la Conduite et aux Affaires de Nations et de Souverains*, Washington, D.C., The Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. I, colección The Classics of International Law, Préliminaires, para. 7.

³²⁶ Starke, Joseph Gabriel, *An Introduction to International Law*, 10a ed., Londres, Butterworths, 1989, pág. 22.

y no reconoce el impacto que tiene la práctica en el sistema internacional —práctica mediante la cual los Estados crean y aplican normas internacionales.³²⁷ Sin embargo, esta postura únicamente es adoptada por los iusnaturalistas extremistas y no es una postura representativa del iusnaturalismo en general.

También se cuestiona la existencia del derecho natural en si. Los iusnaturalistas afirman que el derecho natural impone obligaciones a los sujetos de derecho internacional *vis-à-vis* otros sujetos de derecho internacional. Los críticos del iusnaturalismo afirman que esto es “absurdo” debido a que, en todo caso, los derechos naturales son conceptos teóricos que sirven como inspiración para las normas jurídicas, pero que los derechos naturales en si no existen en ausencia de un derecho positivo que lo convierta en justiciable.³²⁸ En este sentido, Kelsen argumenta que el goce de derechos y obligaciones presupone la existencia de un sistema jurídico que establezca precisamente esta circunstancia, y que dicho sistema jurídico únicamente puede establecerse mediante actos humanos.³²⁹ Esta postura encuentra apoyo en la sentencia de la CIJ en relación con los *Casos sobre el Sudoeste Africano*, en donde la CIJ afirmó que “las consideraciones humanitarias pueden inspirar las reglas jurídicas [...] Sin embargo, dichas consideraciones no constituyen reglas jurídicas en si mismas”.³³⁰ Esto es, que

la Corte juzga el derecho y no puede tener en cuenta a los principios morales mas que en la medida en que los mismos han sido revestidos de forma jurídica suficiente. El derecho, se dice, responde a una necesidad social, pero es precisamente por esta razón que no puede responder sino mediante y dentro de los límites de la disciplina que lo

³²⁷ Jennings, *Oppenheim's International Law*, nota 177, vol. I, págs. 14–16.

³²⁸ Uno de los ejemplos que se puede citar en relación con esta crítica es la Declaración Universal de Derechos del Hombre, misma que reconoce ciertos derechos “inherentes” al ser humano y los reviste de forma exigible jurídicamente (*ver*, Declaración Universal de Derechos del Hombre, nota 142).

³²⁹ Kelsen, *Principles*, nota 8, págs. 243–244.

³³⁰ *South West Africa Cases, Second Phase*, nota 9, pág. 34, párrafo 50.

constituye. De otra manera, no sería una contribución jurídica la que se estaría aportando.³³¹

7. La validez iusnaturalista en el ámbito internacional

Como lo hemos mencionado, en el derecho internacional encontramos varias expresiones del iusnaturalismo. Quizá una de las ocasiones más famosas en las que encontramos un pronunciamiento en este sentido es en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en relación con el fondo del *Asunto del Estrecho de Corfú*.³³² En esta sentencia, la CIJ hace referencia a las “consideraciones elementales de humanidad”³³³ como principios generales de derecho que obligan a los Estados a falta de derecho estrictamente aplicable al caso concreto. De la sentencia de la CIJ se desprende que estas “consideraciones elementales de humanidad” son normas tan fundamentales y básicas que no necesitan estar expresadas o haber sido codificadas en normas positivas. En, al menos, esta ocasión la CIJ ha establecido que existen ciertas normas fundamentales que deben respetarse aún en ausencia de derecho positivo al respecto. Es importante notar, sin embargo, que la CIJ no hace referencia a un Ser Supremo, pacto social, necesidades, utilidad o razón, sino que apela a la decencia y a la caridad y bondad de los Estados.

Pareciera ser que los autores de tradiciones judeocristianas, occidentales y liberales tienden a ser más receptivos de esta teoría, mientras que autores de tradición soviética y de regímenes totalitarios tienden a negarle todo valor e incluso a reconocerla como una teoría con valor científico.³³⁴

³³¹ *Idem*.

³³² *Affaire du Déroit de Corfú, Arrêt du 9 avril 1949* nota 99.

³³³ *Ibidem*, pág. 22.

³³⁴ Tunkin, G. I., “The Contemporary Soviet Theory of International Law”, *Current Legal Problems*, Reino Unido 1978, no. 31.

Los criterios de validez bajo las corrientes iusnaturalistas que mencionamos anteriormente podemos clasificarlos en dos vertientes. En relación con el iusnaturalismo empírico o realista, será válido el derecho que efectivamente se vea reflejado en la sociedad y el que se aplique y acate, el criterio de validez es en realidad un criterio de efectividad.³³⁵ En relación con el iusnaturalismo teológico de Tomás de Aquino, el iusnaturalismo racionalista de Finnis y el iusnaturalismo ecléctico de Grocio y Vattel, será válido el derecho que busque obtener el bien común³³⁶ y que no actualice los supuestos de invalidez de Finnis o Santo Tomás.

B. La teoría iuspositivista y las normas internacionales

El *iuspositivismo*, o positivismo jurídico, es la doctrina jurídica más aceptada en México. Los postulantes de esta doctrina afirman, en mayor o menor grado, que no existe más derecho que aquél derecho creado de conformidad con los procesos de creación previamente establecidos en el sistema jurídico correspondiente —el derecho reconocido y aplicado por los órganos del poder público.³³⁷

Los iuspositivistas consideran que la validez del derecho deriva de una serie de hechos o procesos, y no de si dicho derecho es valioso o encierra valores. De conformidad con esta teoría, es posible excluir todo tipo de consideraciones morales, éticas o teleológicas de su análisis de las normas jurídicas ya que para esta corriente, el proceso de creación de las mismas tiene gran preeminencia. En este sentido, el fundamento de la versión clásica del iuspositivismo es la tesis de la separación, que sostiene que no existe una relación necesaria entre el derecho y la moral, al grado

³³⁵ *Ver supra*, III.A.3 “Iusnaturalismo empírico o realista”.

³³⁶ *Ver supra*, III.A.4 “Iusnaturalismo racionalista”. Grocio y Vattel hablan de que el derecho internacional debe buscar la justicia, no mantener un *status quo* (*ver supra*, texto a nota 324), pero para efectos de esta tesis, la ecuación que se hace entre justicia y bien común es suficientemente sencilla para asumirla.

³³⁷ García Maynez, *Positivismo*, nota 194, pág. 20.

que los positivistas opinan que “la norma no puede pretender que se le atribuyan la bondad o la justicia, sino sólo que se le considere como legalmente establecida, en relación con otra de grado superior.”³³⁸ Sin embargo, sí reconocen que lo deseable es que las normas jurídicas se conformen a un orden moral.³³⁹

A partir de Hart se plantea la existencia de otra vertiente iuspositivista: el iuspositivismo incluyente o suave —que Hart llama *soft positivism*. Esta propuesta se cuestiona si el “positivismo jurídico [puede] admitir la presencia de principios morales dentro del derecho.”³⁴⁰ En el iuspositivismo incluyente, se acepta que exista una conexión entre el derecho y la moral, pero aún esta vertiente mantiene que dicha conexión no es necesaria para la existencia —y por lo tanto la validez— del derecho. Por lo tanto, actualmente sería difícil afirmar que la tesis de la separación es una premisa fundamental de todas las corrientes iuspositivistas. Insistimos que la diferencia entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo es que para el primero, la validez del derecho depende de ciertos hechos,³⁴¹ mientras que para el segundo, la validez del derecho depende el mérito del mismo.³⁴²

Podemos afirmar, de manera preliminar, que para el iuspositivismo, será derecho aquél que derive de las fuentes del derecho, entendiendo por fuente del derecho a los procesos de creación

³³⁸ Ebenstein, William, *Die Rechtsphilosophische Schule der reinen Rechtslehre*, Praga, Taussig und Taussig, 1938, pág. 85.

³³⁹ En efecto, varios autores escriben en este sentido, afirmando que el hecho de que exista una separación entre el derecho y la moral “no implica que los iuspositivistas sean amorales o que no les interese la calidad moral del derecho positivo” (MacCormick, Neil y Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law: new approaches to legal positivism*, Boston, D. Reidel Publishing, 1986, pág. 107).

³⁴⁰ Bautista Etcheverry, Juan, *El Debate sobre el Positivismo Jurídico Incluyente: un estado de la cuestión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, colección Doctrina Jurídica, vol. 351, pág. 395.

³⁴¹ “El que algo sea derecho es una cuestión de hechos sociales, no de su valor moral” (MacCormick, *Institutional Theory of Law*, nota 339, pág. 108).

³⁴² Villey, como mencionamos anteriormente, escribe que “los fines de la justicia coinciden idénticamente con los del derecho” (*ver supra*, nota 185).

de las normas jurídicas. En este sentido, es posible identificar el concepto de derecho con el de validez. Para el iuspositivismo, no hay más derecho que el derecho válido y por lo tanto, toda norma jurídica que sea producto de un proceso de creación de normas, será, a la vez, válida *prima facie*, como derecho. Encontramos muchas diferencias entre las corrientes iuspositivistas, pero todas las vertientes de esta postura tienen en común el hecho de que aceptan que la validez de las normas jurídicas deriva de ciertos hechos y no del valor de las mismas.

Alberico Gentilis (1552–1608) y Richard Zouche (c. 1590–1661) son considerados como los fundadores de la escuela iuspositivista en el campo del derecho internacional.³⁴³ En el ámbito de la filosofía del derecho internacional, el iuspositivismo reemplazó al iusnaturalismo en el siglo XIX, cuando la escuela iuspositivista propuso que la voluntad estatal era la fuente última del derecho internacional y que la validez y obligatoriedad del derecho internacional únicamente podía derivar del hecho de que los Estados consienten a obligarse por dicho derecho internacional.³⁴⁴ Esta teoría establece que el derecho internacional no es más que la suma de todas las normas jurídicas respecto de las cuales los Estados han consentido obligarse —nada puede ser derecho sin consentimiento estatal— y que la voluntad del Estado es el aspecto más fundamental y a su vez la fuente de validez del derecho internacional.³⁴⁵ Zouche llegó a negar completamente la existencia del derecho natural³⁴⁶ y concibió al derecho internacional como el derecho reconocido por los Estados soberanos y que deberá obedecerse tanto en tiempos de paz como de guerra.³⁴⁷

³⁴³ Shen, *Basis*, nota 11, págs. 291 y 309.

³⁴⁴ *Idem*.

³⁴⁵ *Ibidem*, pág. 309.

³⁴⁶ Shaw, *International law*, nota 127, págs. 24–25.

³⁴⁷ Zouche, Richard, *Juris et Judicii Feialis, sive, Juris inter Gentes, et Quaestionum de Eodem Explicatio*, Washington, D.C., The Carnegie Institution, 1911, vol. 1.

Nosotros nos enfocamos principalmente en dos teorías: la teoría de Hart y la teoría de Kelsen; sin embargo, presentaremos un breve bosquejo de otras teorías del derecho internacional a efecto de presentar un panorama más completo del iuspositivismo en el derecho internacional.

1. Evolución del iuspositivismo

El término iuspositivismo existe desde tiempos remotos, siendo producto del pensamiento de la Edad Media. Sin embargo, podríamos considerar que el iuspositivismo moderno comienza a partir del pensamiento de Bentham.

Jeremy Bentham (1749–1832) concibe al derecho como una norma emitida por la autoridad que, por lo tanto, no tiene que estar necesariamente vinculada a la moral para considerarse válida.³⁴⁸ En este sentido, Bentham sienta el principio que seguiría la tradición iuspositivista moderna: el derecho es el resultado de un proceso de creación por parte de la autoridad que está facultada para emitir dicho derecho.

John Austin (1790–1859), iuspositivista influenciado por Bentham, concibe al derecho como un conjunto de órdenes (*commands*) respaldadas por sanciones y emitidas por un comandante (*commander*) —el soberano—, quien habitualmente es obedecido.³⁴⁹

Bentham y Austin mantienen que el derecho es un producto de las sociedades en que existe un soberano, que las normas jurídicas en estas sociedades son el producto de la voluntad de dicho soberano y que están respaldadas por sanciones. La naturaleza positivista de estas teorías la po-

³⁴⁸ Sin embargo, Bentham —quien también era utilitarista—, argumentaba que la norma tenía que tener cierto propósito. Bentham escribió que “[e]l propósito general que tienen todas las leyes en común, o que deben tener, es el incrementar la felicidad total de la comunidad; y por lo tanto, en primer lugar, excluir, tanto como sea posible, todo lo que sustraiga de dicha felicidad” (Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, nueva ed., Londres, W. Pickering, et al., 1823, vol. II, pág. 1).

³⁴⁹ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2a ed., Londres, John Murray, 1861, pág. 10.

demos encontrar en el hecho de que para Bentham y Austin, no importa el contenido de las normas, lo que es fundamental es que sean producto de la voluntad soberana —no que las normas sean morales, buenas o valiosas. Sin embargo, ambos consideraban que el derecho debía tener, cuando menos, buenos propósitos.³⁵⁰ Austin llega incluso a escribir que “decir que el derecho humano que contraviene el derecho Divino no es *obligatorio*, o no *válido*, es decir tonterías.”³⁵¹ Esta perspectiva implica que el soberano debe, necesariamente, carecer de limitaciones excepto por aquellas que se imponga él mismo o que se deriven de consideraciones extrajurídicas. Estas doctrinas consideran que el sistema jurídico es una unidad cuyo fundamento yace en el hecho de que todo el derecho proviene de un soberano y que la voluntad de dicho soberano es suficiente para que el derecho que éste emita sea válido. Austin resume su postura en la que quizá es la cita más famosa de su libro:

La existencia del derecho es una cosa: su *mérito* o *demérito* es otra. El que el derecho *exista*: es una pregunta; el que *deba ser*, o que cumpla con un estándar o no, es otra pregunta diferente. [Esta] verdad, cuando se anuncia formalmente como una proposición abstracta, es tan simple y obvia que parece ocioso redundar en esta cuestión.³⁵²

Esta postura se refleja en el pensamiento de otros autores iuspositivistas, por ejemplo, en el pensamiento de Bobbio. Norberto Bobbio (1909–2004) afirma que “el derecho que los tribunales aplican es un conjunto de reglas de conducta cuya validez no proviene de un derecho ideal, sino de que tales reglas son “puestas” por cierta autoridad y efectivamente observadas por quienes deben aplicarlas”.³⁵³

³⁵⁰ *Ver supra*, nota 348.

³⁵¹ Austin, *Jurisprudence*, nota 349, pág. 234.

³⁵² Austin, *Jurisprudence*, nota 349, pág. 233–234.

³⁵³ Citado en García Maynez, *Positivismo*, nota 194, pág. 13.

2. El iuspositivismo normativista de Kelsen

Hans Kelsen (1881–1973), escribe una serie de libros a lo largo de su vida que reflejan cómo va evolucionando su pensamiento jurídico. Independientemente de dicha evolución, podemos afirmar que Kelsen consideraba que la ciencia jurídica, tal y como la misma se ha desarrollado en los siglos XIX y XX, se encontraba confundida con la psicología, la sociología, la ética y la teoría política, y por lo tanto, decide construir una teoría jurídica *pura*, “[excluyendo] de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico”.³⁵⁴ Kelsen argumenta que la ciencia jurídica debe enfocarse al estudio del derecho, no a los motivos por los cuales el derecho puede imponer obligaciones a sus destinatarios, afirmando que lo segundo pertenece al campo de la filosofía del derecho, propiamente hablando.

Tomando como un punto de partida la separación kantiana del mundo del “ser” del mundo del “deber ser”, Kelsen afirma que los convencionalismos sociales —parte del mundo del ser—, no pueden determinar lo que deba ser. Al aceptar la división entre el mundo del “ser” y del “deber ser”, Kelsen acepta que es imposible derivar el “deber ser” de una serie de hechos. Esto es, “de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de algo deba ser, no puede seguirse que algo sea.”³⁵⁵ El derecho, según Kelsen, pertenece al mundo del deber ser, por lo que el derecho no necesariamente tiene que conformarse a los convencionalismos sociales. Por lo tanto, en la visión kelseniana, el derecho —compuesto por una serie de normas o enunciados normativos que pertenecen al mundo del “deber ser”— no puede deducirse de hechos simplemente, sino que debe de derivarse de otras normas. Así, Kelsen concibe al derecho como un

³⁵⁴ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 3a reimp., trad. de la 2a ed. en alemán por Roberto J. Vernego, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1983, Colección Estudios Doctrinales, no. 20, pág. 15.

³⁵⁵ *Ibidem*, págs. 19–20.

sistema de normas jurídicas, a las cuales concibe como órdenes condicionales cuyos destinatarios son los tribunales, a los cuales les impone la obligación de aplicar ciertas sanciones en caso de que se lleve a cabo la conducta prescrita por dichas órdenes.³⁵⁶ Esto nos coloca en una situación en la cual no podemos afirmar que la validez del derecho deriva de una situación fáctica; por lo tanto, para resolver esta situación, Kelsen presupone la existencia de una norma de la cual deriva la validez del derecho: la norma fundante básica o *Grundnorm*.³⁵⁷ Para Kelsen, el derecho no es una norma, ni tampoco es un conjunto de normas jurídicas, sino que es un sistema de normas jurídicas cuya unidad consiste en el hecho de que todas las normas derivan de una misma fuente de validez, la norma fundante básica.³⁵⁸

a. Norma fundante básica y validez del derecho

En la teoría de Kelsen, la legalidad de una norma jurídica deriva

de su correspondencia con la que le está supraordenada, hasta que frente al problema del porqué valen las normas constitucionales no encontramos ni podemos encontrar ya ninguna norma positiva, sino que tenemos que admitir una norma fundamental, según la cual debe ser derecho lo que de acuerdo con un determinado procedimiento de creación se establezca como tal.³⁵⁹

Kelsen concibe —en efecto, presupone— la existencia de dicha norma, la norma fundante básica, como la norma que unifica el sistema jurídico y por lo tanto, es la fuente de validez del mismo.³⁶⁰ De lo anterior, pareciera que Kelsen identifica el concepto de validez con el concepto de derecho: una norma jurídica es válida en la medida en que dicha norma está adoptada o ha

³⁵⁶ *Ibidem*, págs. 44 *et seq.*

³⁵⁷ *Ibidem*, pág. 202.

³⁵⁸ *Idem.*

³⁵⁹ Ebenstein, *Rechtsphilosophische*, nota 338, pág. 85.

³⁶⁰ Kelsen, *Teoría Pura*, nota 354, pág. 202.

sido creada de conformidad con las disposiciones mismas de dicho sistema jurídico —esto es, una norma jurídica que pertenece al sistema jurídico es válida por ese solo hecho, y viceversa.³⁶¹

Así, Kelsen explica la validez de los sistemas jurídicos como un fenómeno que —a diferencia de otras teorías jurídicas—,³⁶² no requiere que se recurra a explicaciones o fenómenos externos. Es en este sentido que la teoría de Kelsen es una teoría *pura* del derecho.³⁶³

Kelsen afirma que, como lo mencionamos anteriormente, la validez de la norma jurídica no depende de su mérito o de su justicia o de los fines que ésta persiga, sino que dependerá de que dicha norma satisfaga lo mandado por la norma fundante básica —esto es, que dicha norma sea creada de conformidad con lo dispuesto por dicha norma fundante básica. En efecto, Kelsen mismo llega a afirmar que

[u]na norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por la norma fundante básica presupuesta.³⁶⁴

Independientemente de que la validez de las normas jurídicas dependa de su proceso de creación, Kelsen también considera que debemos analizar la eficacia³⁶⁵ de un sistema jurídico como un elemento esencial para su validez,³⁶⁶ y que por lo tanto, el contenido de la norma fun-

³⁶¹ *Idem.*

³⁶² Esta circunstancia particular de la teoría de Kelsen la distingue el resto de las teorías iuspositivistas contemporáneas —iuspositivistas incluyentes—, las cuales mantienen que la validez del derecho deriva de ciertos convencionalismos sociales. Por ejemplo, la teoría de Hart, establece que la validez del derecho deriva de una regla de reconocimiento, la cual es un enunciado de hecho, externo al sistema, que determina qué normas pertenecen al sistema. En su teoría, Hart afirma que la validez del derecho reside en ésta construcción social (*ver infra*, Capítulo III.B.3.a “Regla de reconocimiento”).

³⁶³ Raz, *Kelsen’s Theory*, nota 288.

³⁶⁴ Kelsen, *Teoría Pura*, nota 354, pág. 205.

³⁶⁵ Definiendo “eficacia” como el hecho de que dichas normas sean “fácticamente acatadas y aplicadas” —aplicadas por los tribunales y acatadas por sus destinatarios (*ibidem*, pág. 224).

³⁶⁶ *Idem.*

damental dependerá de la eficacia de la misma. Esto es, que la norma fundante básica debe construirse a partir de la realidad.³⁶⁷

b. El derecho internacional bajo la teoría kelseniana

Kelsen concibe al derecho como un orden normativo aparejado de una sanción³⁶⁸ y escribe que el criterio decisivo para identificar al derecho es la coacción “porque el derecho es un orden coactivo”.³⁶⁹ Por ello, Kelsen tuvo problemas para calificar al derecho internacional como derecho de conformidad con un esquema similar al que utiliza para el derecho nacional. Kelsen analiza si existen sanciones en el derecho internacional y en su caso, cuáles son estas sanciones. Kelsen concluye que “las principales sanciones establecidas por el derecho internacional son las represalias y la guerra”.³⁷⁰

Al crear su teoría del derecho internacional, Kelsen importa su noción de la pirámide normativa³⁷¹ al nivel internacional y escribe que la norma fundante básica debe ser una norma que reconozca que la costumbre es un hecho que genera derechos y que tiene la fuerza para crear

³⁶⁷ Kelsen escribe que lo que tenemos que encontrar es un balance entre la validez y la eficacia de la norma (*ibidem*, págs. 219–225).

³⁶⁸ Kelsen llega a afirmar que “[debe] rechazarse una definición del derecho que no lo determine como un orden coactivo [...] porque sólo adoptando el momento coactivo como elemento del concepto de derecho se distingue a éste nitidamente de otros sistemas sociales; el elemento coactivo es un factor [...] elevado a criterio distintivo de los sistemas sociales designados como “derecho”” (*ibidem*, pág. 66). Kelsen acepta que existan “normas jurídicas no independientes”, mismas que no tendrán aparejada una sanción, pero que el sistema jurídico como tal es un orden coactivo (*ibidem*, pág. 67).

³⁶⁹ Kelsen, *Principles*, nota 8, pág. 4.

³⁷⁰ *Ibidem*, pág. 551.

³⁷¹ La pirámide normativa de Kelsen se refiere al esquema de validez de las normas que hace, mismo que es un orden vertical. Una norma deriva su validez de una norma superior, misma que a su vez debe derivar su validez de otra norma todavía superior, y así sucesivamente. Finalmente debemos encontrar un fundamento último de validez o este esquema seguiría al infinito. Kelsen ofrece la norma fundante básica como la norma en virtud de la cual deriva la validez del sistema, norma cuya validez debemos suponer a efecto de poder explicar el fenómeno jurídico (Kelsen, *Teoría Pura*, nota 354, págs. 232 *et seq.*).

normas jurídicas.³⁷² Kelsen adopta una postura monista, afirmando la unidad del sistema jurídico y por lo tanto, que el derecho nacional y el derecho internacional forman parte de un mismo sistema.

En el plano internacional, Kelsen considera que la norma fundante básica es una norma que da validez a la costumbre internacional y que dicha norma fundante básica establece que “los Estados deben actuar como cotidianamente lo hacen.”³⁷³ En términos de su pirámide normativa, para Kelsen el orden internacional debe ser: la costumbre y por tanto, las normas consuetudinarias —incluyendo a la regla *pacta sunt servanda*— como normas de primer orden,³⁷⁴ después a los tratados internacionales —cuya obligatoriedad deriva de la regla consuetudinaria *pacta sunt servanda*— como normas de segundo orden, y finalmente a las normas creadas por autoridades establecidas bajo un tratado —cuya obligatoriedad deriva, naturalmente, del tratado correspondiente— como normas de tercer orden.³⁷⁵ Las normas de tercer orden son, por ejemplo, las resoluciones y decisiones de organizaciones y tribunales internacionales³⁷⁶ —incluyendo las decisiones de los tribunales penales internacionales.

Para Kelsen, la validez del derecho internacional deriva de la costumbre, siendo ésta el fundamento de todo el derecho internacional. Bajo esta óptica, los tratados derivan su validez de la costumbre y obligan a los Estados porque existe una regla de costumbre que establece que los

³⁷² Kelsen, *Principles*, nota 8, págs. 441–442.

³⁷³ *Ibidem*, pág. 564.

³⁷⁴ Habría que mencionar que, parece ser que de conformidad con la doctrina kelseniana, los principios generales de derecho son incorporados al derecho internacional mediante la costumbre.

³⁷⁵ Kelsen, *Principles*, nota 8, págs. 556–562, 564. *Ver también*, Kelsen, Hans, *Law and peace in international relations*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1942.

³⁷⁶ Kelsen, *Principles*, nota 8, pág. 564.

Estados parte a un tratado deben cumplir con lo previsto en dicho tratado, *pacta sunt servanda*.

La costumbre, a su vez, deriva su validez de una norma superior:

La obligatoriedad del derecho internacional consuetudinario encuentra su fundamento último en una presunción fundamental: en la hipótesis de que la costumbre internacional es un hecho que genera derecho. Esta hipótesis puede ser llamada la norma básica. No es una norma de derecho positivo; no es creada por actos de la voluntad del ser humano. Es una suposición de los juristas que interpretan jurídicamente la conducta de los Estados.³⁷⁷

3. El iuspositivismo suave de Hart

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907–1992), consideraba que los sistemas jurídicos pueden ser explicados a través de los convencionalismos sociales de las sociedades que rigen dichos sistemas jurídicos y es de la opinión que si bien el derecho no necesariamente debe estar ligado a la moral, es posible, e incluso deseable, que el derecho incorpore elementos morales dentro de su estructura de tal forma que pueda encontrar inspiración en ésta.

Actualmente, uno de los grandes debates en torno del pensamiento iuspositivista es si es posible que el derecho incluya principios morales bajo la óptica iuspositivista. Hart opina que en efecto, el derecho debe incluir cierto contenido moral debido a que su propuesta, que él considera que pertenece al positivismo suave (*soft positivism*) es una teoría que busca incorporar valores al derecho dentro del marco de la teoría iuspositivista.³⁷⁸ Este positivismo jurídico incluyente iniciado por Hart ha evolucionado al grado que hoy existen diversas corrientes del mismo, sin embargo, todas ellas consideran como premisa central el que “es conceptualmente viable que existan sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyan normas morales sustantivas”.³⁷⁹ Sin embar-

³⁷⁷ *Ibidem*, pág. 446.

³⁷⁸ Bautista Etcheverry, *Positivismo Jurídico Incluyente*, nota 340, pág. 8.

³⁷⁹ *Ibidem*, pág. 387.

go, para Hart, el iuspositivismo puede caracterizarse por “la afirmación simple de que de ninguna manera es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproduzcan o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque en la práctica frecuentemente lo hayan hecho”.³⁸⁰ Esto es, la conexión entre el derecho y la moral es posible, mas no necesaria.

En el pensamiento de Hart existen dos tipos de reglas dentro de un sistema jurídico: las reglas primarias³⁸¹ y las reglas secundarias.³⁸² El sistema jurídico según Hart, es el resultado de la unión de reglas primarias y de reglas secundarias.³⁸³ Es posible, sin embargo, que exista un derecho sin reglas secundarias —situación que Hart denomina “sistema jurídico primitivo”, ya que no tenemos el beneficio de poder referirnos fácilmente a dichas reglas secundarias para determinar qué normas forman parte de dicho sistema jurídico.³⁸⁴

Hart afirma que es posible analizar un sistema jurídico interna y externamente, pero propone que uno debe aproximarse al derecho desde el punto de vista interno del mismo, como la unión de reglas primarias y secundarias, capaces de orientar la conducta humana sin que resulte necesario aceptar el derecho por razones morales.³⁸⁵

³⁸⁰ Hart *Concept*, nota 6, pág. 185–186.

³⁸¹ Las reglas primarias son aquellas reglas que imponen obligaciones o conceden derechos a sus destinatarios. Estas reglas definen lo que se debe hacer o dejar de hacer dentro de un orden jurídico (*ibidem*, págs. 92 y 117).

³⁸² Las reglas secundarias son las “reglas acerca de las reglas” y Hart distingue tres tipos: reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación. Estas reglas determinan lo que se puede hacer con las reglas primarias y la forma en que se crean, modifican o aplican las reglas primarias (*ibidem*, págs. 92 y 119–120).

³⁸³ *Ibidem*, págs. 79–99.

³⁸⁴ Hart considera a las reglas secundarias como características de los sistemas jurídicos avanzados ya que no son necesarias, pero demuestran un grado de sofisticación y seguridad que no encontramos en los sistemas jurídicos primitivos. *Ver infra*, texto a nota 423.

³⁸⁵ Hart *Concept*, nota 6, pág. 117.

a. Regla de reconocimiento

La regla de reconocimiento es una regla secundaria que establece cuáles son los elementos y las condiciones con que debe cumplir una determinada norma para pertenecer al sistema jurídico correspondiente.³⁸⁶ Esto es, la regla de reconocimiento determina qué normas tienen el carácter de norma jurídica por ser una norma del sistema jurídico. Bajo la óptica hartiana, una norma es jurídica en la medida en que la regla de reconocimiento determine que pertenece al sistema jurídico.³⁸⁷ Dicho de otra manera, para que una norma sea válida —y por lo tanto parte del orden jurídico—, dicha norma deberá satisfacer todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento de dicho sistema.³⁸⁸ En este sentido, la regla de reconocimiento es la regla que establece cuáles son las fuentes del derecho de un orden jurídico determinado.

Hart propone su regla de reconocimiento como una afirmación externa al sistema que determina cuáles son las normas jurídicas que pertenecen a dicho sistema.³⁸⁹ Hart afirma que la validez del sistema jurídico reside en un hecho social, la regla de reconocimiento, y, por lo tanto, en la doctrina hartiana son válidas todas las normas que satisfacen los requisitos impuestos por la regla de reconocimiento.³⁹⁰

Ahora, si bien la regla de reconocimiento establece el criterio para determinar la validez de las normas jurídicas, esta regla difiere de dichas normas debido a que no existe una regla como

³⁸⁶ Hart, *Concept*, nota 6, págs. 103.

³⁸⁷ *Ibidem*, págs. 100–01.

³⁸⁸ *Ibidem*, págs. 103.

³⁸⁹ *Ibidem*, págs. 111–12.

³⁹⁰ Sin embargo, habría que recordar que Hart mismo afirma que se le coloca demasiada importancia al hecho de que se determine que una norma es válida, “como si una vez que se declarara ésta [la validez de una norma] se diera la respuesta final de la pregunta moral última: ‘¿Debe cumplirse con esta norma?’ ” (Hart, Herbert Lionel Adolphus, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, EE.UU., 1958, no. 71, pág. 618).

tal que determine la validez de la misma.³⁹¹ Hart mantiene que la regla de reconocimiento es aplicable hacia adentro del sistema jurídico y que por lo tanto, cuando determinamos la validez de una norma mediante la aplicación de dicha regla de reconocimiento, estamos haciéndolo desde un punto de vista interno, dentro de este sistema. Sin embargo, al ubicarnos dentro del sistema y aplicar la regla de reconocimiento, partimos de dos premisas que se asumen como ciertas: (i) que el sistema jurídico es válido, y (ii) que la regla de reconocimiento existe. Esto es, la determinación de la validez de una norma es un juicio intrasistémico que depende de la existencia y contenido de la regla de reconocimiento.

Al ubicar a la regla de reconocimiento fuera del orden jurídico cuya validez determina, se debe de recurrir a elementos externos al sistema para determinar su existencia. Esto es, para determinar la existencia de la regla de reconocimiento se parte de un análisis de hechos para confirmar si ésta se aplica —y por lo tanto existe—, o no se aplica —y por lo tanto, no existe. Hart sugiere que para confirmar la existencia de la regla de reconocimiento podemos analizar la práctica de los tribunales y la aceptación general o aquiescencia de dicha práctica.³⁹² La regla de reconocimiento existe cuando dicha regla (i) es aplicada por quien tiene facultades para dictar y aplicar el derecho, y (ii) es reconocida por los sujetos de derecho que son los destinatarios de la norma. Esta determinación debe realizarse de manera externa al sistema, y debe ser sociológica en el sentido de que lo que debemos analizar son casos concretos en que dicha regla sea aplicada y reconocida. Así, una regla de reconocimiento existirá cuando la misma sea aplicada por los sujetos facultados dentro del orden jurídico para hacer determinaciones de derecho y cuyas determinaciones sean generalmente acatadas. Esto es, la existencia de la regla de reconocimiento se

³⁹¹ Hart, *Concept*, nota 6, págs. 107–108.

³⁹² *Ibidem*, págs. 108–10 y 112.

determina desde un análisis fáctico externo al sistema —en el cual analizaremos si dicha regla de reconocimiento efectivamente es aplicada y acatada—, pero la validez de las normas se determina desde un análisis interno al sistema —analizando si la norma efectivamente cumple con los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento.

En esta teoría, la regla de reconocimiento es un estándar de conducta oficial y Hart considera que existe en la medida en que los funcionarios del Estado efectivamente la aceptan y por lo tanto la aplican.³⁹³ Esto es, una consecuencia de la teoría de Hart es que la regla de reconocimiento está dirigida, o tiene como destinatarios, a los órganos del Estado facultados para determinar y aplicar el derecho, y es relevante para los demás sujetos jurídicos del orden jurídico correspondiente de manera indirecta, al determinar las disposiciones jurídicas de dicho orden.³⁹⁴

La regla de reconocimiento es la regla máxima del sistema (*ultimate rule of recognition*) toda vez que la validez del sistema jurídico deriva de la aplicación de esta regla.³⁹⁵ Sin embargo, frecuentemente existe más de un criterio de validez en los diversos sistemas jurídicos. En estos casos, se habla de la existencia de un criterio de validez supremo (*supreme criterion of validity*), mismo que será el criterio de validez que se ubica por encima de todos los demás criterios del sistema. Hart afirma que un criterio de validez será supremo cuando, en caso de una contradicción de normas, las normas identificadas como válidas en virtud de dicho criterio sean reconoci-

³⁹³ *Ibidem*, pág. 116.

³⁹⁴ En efecto, Hart plantea que es posible que las determinaciones de lo que es derecho se limiten solamente al mundo oficial y que tengamos un orden jurídico en el cual únicamente los funcionarios públicos acepten y utilicen los criterios de validez de dicho orden jurídico. Hart considera que esto sería un caso extremo, pero que, en dicho caso extremo, es una posibilidad y que —independientemente de las consecuencias—, esto no implica que dicho sistema no fuera un sistema jurídico (*Ibidem*, pág. 117).

³⁹⁵ *Ibidem*, págs. 105.

das como parte del sistema jurídico y las normas en contradicción sean descartadas precisamente por contradecir las normas identificadas en virtud del criterio supremo.³⁹⁶

La regla de reconocimiento unifica un conjunto de normas, le dota de sistematización y facilidad de identificación —es, en efecto, un criterio de identificación de normas. La existencia de una regla de reconocimiento nos permite preguntarnos qué regla dota de validez a tal o cual norma, así como cuál es la razón de su validez. La regla de reconocimiento responde estas dos interrogantes.³⁹⁷

Sin embargo, aún cuando no exista una regla de reconocimiento, es posible demostrar la validez y obligatoriedad de una norma jurídica, sin embargo, en este caso debemos ofrecer una respuesta sociológica (o descriptiva) y que en realidad se refiere a la efectividad de la norma —tal o cual norma jurídica es válida porque es reconocida y aplicada como tal.

Tenemos entonces que en el fondo, para Hart el fundamento de validez del derecho es una cuestión sociológica: un sistema jurídico es válido en virtud de la existencia de una regla de reconocimiento que es aplicada por los tribunales y que es acatada por los sujetos de dicho sistema.

b. Eficacia del sistema jurídico

Hart considera que la eficacia³⁹⁸ de una norma jurídica no es una condición necesaria para su validez. No existe bajo esta teoría una conexión necesaria entre la validez de una norma jurídica en particular y su eficacia excepto cuando la regla de reconocimiento establece que la validez de

³⁹⁶ *Ibidem*, págs. 106.

³⁹⁷ *Ibidem*, pág. 234.

³⁹⁸ Definiendo “eficacia” como el hecho de que una norma jurídica que requiere la realización de cierta conducta sea generalmente aplicada por los órganos del Estado facultados para ello, y acatada por sus destinatarios (*Ibidem*, págs. 103).

dicha norma depende de su eficacia.³⁹⁹ Por lo tanto, para Hart una regla no pierde su carácter de jurídica solamente porque no sea eficaz, el único momento en que esto ocurre es cuando la regla de reconocimiento establece que para ser jurídica, dicha norma debe ser eficaz.

Sin embargo, Hart diferencia esta situación —la ineficacia de una norma jurídica en particular, o de unas cuantas—, de aquella situación en que el sistema jurídico en su conjunto no sea eficaz. En esta última circunstancia, la falta de eficacia en el sistema puede ser tan generalizada, que la regla de reconocimiento misma no es aplicada o no existe un consenso respecto de cuales normas son válidas y cuales no lo son.⁴⁰⁰ En virtud de esto, al no haber una regla de reconocimiento claramente establecida, aceptada y aplicada —o un sistema jurídico como tal—, no existe un método para calificar la juridicidad de las demás normas, por lo que, en este extremo, la falta de eficacia del sistema jurídico sí la afecta del mismo. Esta circunstancia es una que debe tenerse en cuenta al analizar el sistema jurídico internacional en particular debido a la constante crítica que se formula en contra de éste en el sentido de que es aplicado y acatado con poca frecuencia y como regla general es violado.

c. El derecho internacional bajo la teoría hartiana

Hart afirma que el problema del derecho internacional deriva del hecho de que comúnmente se le compara con el derecho nacional —asumiendo que el derecho nacional es el estándar de lo que debe ser el ideal de lo que es el derecho. Por lo tanto, Hart identifica dos problemas para el dere-

³⁹⁹ *Idem.*

⁴⁰⁰ Esta circunstancia puede darse, por ejemplo, cuando un sistema jurídico está en gestación y por lo tanto, existe todavía discusión respecto de cuales normas serán aplicables y cuales no. También puede presentarse cuando un sistema jurídico es remplazado por otro. En este último escenario, habrá un momento en que ambos sistemas jurídicos coexistan el uno con el otro, causando confusión respecto de cuáles normas están en vigor. Como puede evidenciarse de la breve descripción de estos dos ejemplos, los mismos se presentan en situaciones anormales —mismas que Hart llama “patológicas” o “patologías” (Hart, *Concept*, nota 6, págs. 103–4).

cho internacional: (i) la concepción de que el derecho es fundamentalmente una serie de órdenes respaldadas por amenazas y sanciones; y (ii) la creencia de que los Estados son fundamentalmente incapaces de ser sujetos de obligaciones jurídicas.⁴⁰¹

No obstante lo anterior, sí es posible concebir al derecho internacional como “derecho” en el sentido hartiano del término. El argumento hartiano —que es eminentemente sociológico— afirma que el derecho internacional existe y es válido porque es aceptado como obligatorio y opera como tal. No obstante lo anterior, Hart señaló la inexistencia de una legislatura internacional, la debilidad de los órganos judiciales existentes y la falta de un sistema central organizado de sanciones como razones para describir al derecho internacional como un caso dudoso de derecho.⁴⁰² Hart, sin embargo, califica al derecho internacional como un sistema jurídico primitivo porque posee reglas primarias pero carece de reglas secundarias —reglas de cambio, reconocimiento y adjudicación.⁴⁰³

⁴⁰¹ *Ibidem*, pág. 216.

⁴⁰² *Ibidem*, pág. 3.

⁴⁰³ Hart, *Concept*, nota 6, pág. 235. No obstante la afirmación de Hart, nosotros no estamos de acuerdo con esta afirmación porque consideramos que a nivel internacional sí existe una regla de reconocimiento y una regla de cambio. Sin embargo, para efectos de esta tesis, excepto por la breve explicación a continuación, no hablaremos de la regla de cambio ni de la regla de adjudicación a nivel internacional, excepto para decir que es posible concebir la existencia de dichas reglas secundarias en el sistema jurídico internacional.

La regla de cambio también existe en el plano internacional. En el caso de tratados o normas convencionales de cualquier otra naturaleza, existen reglas de cambio establecidas que regulan la manera en que se modificarán dichas normas. En el caso de la costumbre, la regla establece que una costumbre puede derogar a otra. Incluso, es posible argumentar la existencia de una regla de cambio para las normas de *ius cogens* —las normas de *ius cogens* solamente podrán ser modificadas mediante otra norma de *ius cogens*.

La regla de adjudicación, en cambio, es una regla fundamentalmente diferente debido a que, en gran medida, esta regla establece que serán los Estados quienes decidirán qué foro tendrá jurisdicción y competencia para dirimir sus disputas —siendo posible, incluso, la no elección de un foro, dejando, por lo tanto, una disputa sobre la cual no podrá haber un juzgador. Esta regla, a nivel internacional, depende de lo que quieran las partes.

i. Los conceptos de obligación y sanción a nivel internacional

La concepción tradicional del derecho como un sistema de normas jurídicas implica el concepto de sanción. Hart no está de acuerdo con la afirmación de que el derecho debe estar respaldado por la amenaza de una sanción y por lo tanto rechazaría la tesis de que el concepto de sanción es fundamental para construir una teoría jurídica.⁴⁰⁴ Hart escribe que en la medida en que consideramos que para que una norma sea obligatoria, es necesario que exista una sanción, entonces resulta difícil concebir al derecho internacional como derecho.⁴⁰⁵ Entonces, Hart concluye que afirmar que el derecho internacional no es obligatorio porque carece de sanciones organizadas es aceptar tácitamente que las obligaciones jurídicas no son nada más que órdenes respaldadas por una sanción.⁴⁰⁶

Hart considera que las normas deben actuar como guías de la conducta del individuo e intenta distinguir entre el enunciado predictivo externo, “es probable que uno sufra como consecuencia de su desobediencia” y el enunciado normativo interno, “uno tiene la obligación de actuar de tal manera”.⁴⁰⁷ Una vez que nos separamos del análisis predictivo del derecho y de la visión del derecho como una orden respaldada por amenazas, no es plausible concebir a las normas jurídicas como reglas respaldadas por sanciones organizadas.⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ “[L]as normas no son necesariamente coactivas; es decir, cómo existe derecho sin sanción.” Hart, *Concept*, nota 6, pág. 61.

⁴⁰⁵ *Idem*.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, págs. 217–218.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, pág. 218.

⁴⁰⁸ *Idem*.

En un derecho nacional sin represión y castigo para los criminales podríamos esperar crímenes a diario,⁴⁰⁹ pero en el caso de los Estados, como ha mantenido Henkin, “la mayoría de los Estados cumplen con la mayoría de sus obligaciones la mayoría del tiempo”.⁴¹⁰ Por lo tanto, en el caso del derecho internacional, no es indispensable regular estas cuestiones o establecer un sistema centralizado de sanciones.⁴¹¹ No obstante esta circunstancia, las normas internacionales se

⁴⁰⁹ En los sistemas jurídicos nacionales existen reglas primarias que son “necesarias”, incluyendo reglas primarias que establecen obligaciones, prohíben la violencia y regulan el uso oficial de la fuerza como sanción. Hart pregunta si estas reglas, necesarias para el derecho nacional, son también necesarias para el derecho internacional y argumenta que este problema lo podemos resolver si analizamos la naturaleza del ser humano y su ambiente en el contexto del derecho nacional (Hart, *Concept*, nota 6, pág. 218). Hart afirma que en las comunidades de individuos con una fuerza y vulnerabilidad física relativamente igual, las sanciones físicas son tanto necesarias como posibles —se requieren para que quienes cumplan voluntariamente con las normas jurídicas no sean víctimas de malhechores que, a falta de sanciones, se aprovecharían del respeto al derecho por parte de otros. En estos casos, ninguna combinación de malhechores podrá ser más fuerte que los que voluntariamente cumplen con el mantenimiento del orden jurídico. En estas circunstancias es posible aplicar sanciones a dichos malhechores con relativamente pocos riesgos y la amenaza es algo mucho más fuerte que se suma a los disuasivos naturales que ya existen —entre los cuales encontramos el hábito de obediencia, conveniencia, interés, la deshonra, crítica pública, la reputación, etc. (Shen, *Basis*, nota 11, págs. 340 *et seq.*). Sin embargo, esta situación es diferente en el caso de los Estados ya que no existe la misma necesidad de que existan sanciones —aún cuando esto sea deseable—, y tampoco pueden aplicarse segura y efectivamente (Hart, *Concept*, nota 6, págs. 218–219).

⁴¹⁰ Henkin, *International Law*, nota 204, pág. 35.

⁴¹¹ Hart asume, mas no afirma, que ni el artículo 16 del Tratado de la Sociedad de Naciones ni el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas pueden considerarse como sanciones en derecho internacional “porque estas disposiciones solamente existen en papel” (Hart, *Concept*, nota 6, pág. 217). El artículo 16 del Tratado de Versalles —cuya primera parte se refiere a la Sociedad de Naciones— establecía que en caso de que algún miembro de la Sociedad de Naciones recurriera a la guerra en contra de algún otro miembro, los miembros de la Liga aplicarían sanciones en contra de aquél Estado y que el Consejo de la Sociedad estaría facultado para formular recomendaciones a los demás Estados respecto de qué medidas tomar (Tratado de Paz entre los Aliados y las Potencias Asociadas y Alemania (firmado el 28 de junio de 1919, entrada en vigor el 10 de enero de 1920), *United Kingdom Treaty Series*, 1919, pág. 4 (Tratado de Versalles)). Por su parte, el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas establece las facultades del Consejo de Seguridad en caso de amenazas a o quebrantamiento de la paz actos de agresión y faculta al Consejo de Seguridad a adoptar las medidas que fueren necesarias, mismas que podrán incluir o no el uso de la fuerza (Carta de las Naciones Unidas, nota 71, Capítulo VII, “Acción en caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamientos de la Paz o Actos de Agresión”).

Además, la agresión entre Estados es fundamentalmente diferente a la agresión entre individuos. El uso de la violencia entre Estados es público y debido a la falta de una fuerza policial internacional, es primordialmente, una situación entre agresor y agredido. Las guerras involucran un riesgo incalculable, incluso para las grandes potencias —por ejemplo la situación actual respecto de la intervención de EE.UU. en Irak, en donde los funcionarios mismos del gobierno estadounidense reconocen que nunca imaginaron que su acción armada fuera tan prolongada, costosa o problemática como ha resultado en la actualidad (Gordon, Michael R., “Army Buried Study Faulting Iraq Planning”, *The New York Times*, EE.UU., 11 de febrero de 2008, <http://www.nytimes.com/2008/02/11/washington/11army.html?ref=middleeast> (última visita el 3 de junio de 2008)).

Finalmente, debido a la falta de igualdad entre Estados, no es necesariamente cierto que los Estados que voluntariamente cumplan con el derecho internacional prevalezcan sobre aquellos que no lo hagan. Por lo tanto, la organiza-

conciben y enuncian como obligatorias, existe una presión generalizada para cumplir con dichas normas, las demandas, reclamaciones y reconocimiento de derechos se fundan en las mismas, e incluso se invoca la violación o incumplimiento con dichas normas como fundamento para demandar el pago de compensación o para justificar el uso de represalias o medidas retaliatorias. Cuando se llega a incumplir con dichas normas, no se argumenta que las mismas no fueran obligatorias⁴¹² sino que se realizan grandes esfuerzos para ocultar la violación o para justificar su incumplimiento en términos de otras normas.⁴¹³

Finalmente, Hart escribe que incluso si afirmáramos que el sistema internacional solamente es eficaz respecto de aquellos aspectos sobre los cuales no quieren pelear los Estados, esto únicamente hablaría de la importancia del sistema jurídico internacional o de su valor para la humanidad, mas no de la necesidad de que existan sanciones como una característica esencial de su validez.⁴¹⁴

ción y uso de sanciones involucra grandes riesgos y la amenaza de dichas sanciones añade poco a los disuasivos naturales, situación que ha llevado al derecho internacional a evolucionar de manera diferente al derecho nacional (Hart, *Concept*, nota 6, pág. 219).

⁴¹² Excepto cuando se argumenta, por ejemplo, que la obligación no existe porque se pretende fundar su existencia en una norma consuetudinaria que (a) no ha alcanzado el status de obligatoria —todavía no existe, es una mera tendencia—, o (b) ha dejado de existir —en virtud de haber sido reemplazada por otra norma, por mencionar un caso.

⁴¹³ *Ver*, por ejemplo, la sentencia de la CIJ en el *Asunto del Estrecho de Corfú*, en donde buques de la marina inglesa entran en aguas territoriales albanas para asegurar unas minas marítimas y reconociendo la violación a la soberanía de Albania, el Reino Unido argumenta que tenía derecho a entrar a dichas aguas territoriales en virtud de un tratado previo —la CIJ desestima este argumento con base en las disposiciones del mismo tratado— y porque debía asegurar las minas tan pronto como fuera posible ya que eran evidencia en contra de Albania —la CIJ desestima este argumento porque considera que esto es equivalente a afirmar la existencia de un “derecho de intervención”, misma que está prohibida de conformidad con el derecho internacional (*Affaire du Détroit de Corfú, Arrêt du 9 avril 1949* nota 99, págs. 32–35).

Las circunstancias excluyentes de responsabilidad incluso son parte de la costumbre general internacional, tal y como esta ha sido codificada por la Comisión de Derecho Internacional (*ver*, Comisión de Derecho Internacional “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, art. 17).

⁴¹⁴ Hart, *Concept*, nota 6, pág. 220.

ii. La sujeción del Estado a un orden normativo

Uno de los problemas clásicos del derecho internacional es la relación entre el Estado y el concepto de soberanía estatal por un lado, y la obligatoriedad del derecho internacional por el otro — la postura clásica afirma que si el Estado es soberano, no puede estar sujeto a ninguna limitación⁴¹⁵ y sin embargo, el derecho internacional obliga al Estado. Hart no concibe al Estado como a una persona o ente que inherentemente o “por su naturaleza” se encuentre fuera de la ley, sino que el Estado implica (i) una población estable y permanente que vive dentro de un territorio bajo una forma ordenada de gobierno con un sistema jurídico propio y su estructura característica de legislatura, tribunales y reglas primarias, y (ii) que su gobierno disfruta de cierto grado de libertad que no está definido estrictamente.⁴¹⁶

Tradicionalmente se ha considerado que la soberanía no tiene límite jurídico. Sin embargo, Hart considera que esto prejuzga la pregunta que debemos formularnos al analizar el contenido de las reglas jurídicas en derecho nacional —¿cuál es el alcance de la autoridad legislativa máxima reconocida en este sistema?— y en derecho internacional —¿cuál es el área máxima de autonomía que las reglas le permiten a los Estados?⁴¹⁷ En el plano internacional, es posible imaginar diversas formas de autoridad y como consecuencia, diferentes límites a la independencia de los Estados.⁴¹⁸ En la teoría de Hart —a diferencia de la visión tradicional— no existe forma de saber

⁴¹⁵ En este sentido, las corrientes voluntaristas, por ejemplo, afirman que el Estado, al ser soberano, solamente puede obligarse en virtud de su voluntad y no por elementos externos y que, por lo tanto afirman —en diversos matices y variantes— que el derecho internacional es el resultado de la voluntad estatal (*ver infra*, Capítulo III.B.5.a “Escuelas voluntaristas”).

⁴¹⁶ Hart, *Concept*, nota 6, pág. 221.

⁴¹⁷ *Ibidem*, págs. 223–224.

⁴¹⁸ Hart explica esto mediante una analogía a diversos tipos de legislaturas nacionales: (a) el Parlamento Británico, con facultades ilimitadas para legislar; (b) una legislatura federal, con competencia sobre ciertas materias expresas o limitada por facultades reservadas por sus partes constitutivas; (c) un régimen en donde el único control legal sean

cuál es el alcance de la soberanía estatal a menos de que primero se sepa cuál es el alcance del derecho internacional.

iii. La regla de reconocimiento a nivel internacional

Frecuentemente se insiste que el derecho internacional debe encontrar su fundamento en una regla de reconocimiento de tipo hartiano o en una norma fundante básica kelseniana.⁴¹⁹ Hart se pregunta si es necesario que exista una regla de reconocimiento para que el derecho internacional sea derecho y si no es posible que exista una sociedad con reglas obligatorias aún cuando dichas reglas sean reglas diversas, separadas, no unificadas o cuya validez no derive de una misma norma básica.⁴²⁰ La respuesta de Hart es que no; que sí es posible que exista un sistema jurídico de esta naturaleza pero que, en un caso como éste, no podemos preguntarnos “de qué disposición máxima del sistema deriva su validez y obligatoriedad ésta o aquella norma”.⁴²¹ Hart considera a su regla de reconocimiento como una característica particular de de los sistemas jurídicos avanzados, misma que es conveniente porque nos evita tener que constatar la validez de las normas contra los hechos —esto es, si dichas normas son efectivamente aplicadas y acatadas.⁴²² La regla de reconocimiento nos evita hacer esta comprobación: lo único que tenemos que analizar es si la

las reglas generalmente aceptadas como aplicables por y para todos; y (d) un régimen en donde la única forma de obligación sea contractual o auto-impuesta (*Ibidem*, pág. 222).

⁴¹⁹ De hecho, como veremos a lo largo de este capítulo, existen diversas respuestas a esta insistencia, desde aquellas que buscan encontrar una u otra en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, hasta la Carta de las Naciones Unidas, el principio *pacta sunt servanda*, e incluso el enunciado “los Estados deben comportarse de la manera que habitualmente lo hacen”. *Ver ibidem*, págs. 233–234 y *supra*, texto a nota 373.

⁴²⁰ Hart, *Concept*, nota 6, pág. 234.

⁴²¹ Podemos, sin embargo, preguntarnos cuál es el origen histórico de una norma o las influencias que le dieron origen, incluso podemos preguntarnos cuál es valor de una regla y si sus destinatarios se sienten obligados a cumplirla, mas no podemos preguntarnos cuál es la norma de la cuál deriva la validez de otra.

⁴²² Si bien no es claro, pareciera que para Hart, la validez de la norma jurídica en un sistema primitivo es equivalente a su concepto de eficacia (*ver supra*, nota 398)

regla de reconocimiento existe y una vez constatado esto, si la norma cuya validez queremos determinar cumple con los requisitos de la regla de reconocimiento.⁴²³

Hart escribe que en derecho internacional —al ser un orden jurídico primitivo— no existe una regla de reconocimiento unificada que establezca cuáles son las fuentes del derecho y que establezca los criterios generales para identificar las normas de derecho internacional.⁴²⁴ Por lo tanto, en el derecho internacional nos enfrentamos con el problema de (i) cómo identificamos a las normas del sistema, y (ii) cómo aplicamos dichas normas.

Una de las consecuencias que derivan de la postura hartiana es que la regla de reconocimiento es una forma de costumbre oficial. Esto es, bajo la teoría hartiana, la regla de reconocimiento tiene que ser aplicada por los tribunales con poca o nula participación de sus destinatarios. Esto genera una situación interesante en el orden internacional en el cual la regla de reconocimiento necesariamente es consecuencia de la práctica de los Estados.⁴²⁵ Así, tenemos que en el caso particular del derecho internacional, podemos discernir que los Estados son quienes efectivamente determinan quién dictará y aplicará el derecho —y en múltiples instancias son los Estados mismos quienes lo hacen—, Estados que también son los destinatarios de las normas del derecho internacional.⁴²⁶

⁴²³ Hart, *Concept*, nota 6, pág. 235.

⁴²⁴ *Ibidem*, pág. 214.

⁴²⁵ Es posible considerar que en su estado actual, el derecho internacional esté alcanzando este estadio como sistema jurídico —como una unión de reglas primarias y secundarias. Esto es, podemos considerar que el artículo 38 del Estatuto de la CIJ codifique autoritativamente la regla de reconocimiento para el derecho internacional, afirmando la existencia de tres fuentes primarias de derecho internacional —la costumbre internacional, los tratados internacionales y los principios generales de derecho— y dos fuentes secundarias —la doctrina y los precedentes judiciales (*ver supra*, notas 64 y 403 y texto a dichas notas). Sin embargo, esta discusión está fuera del alcance de esta tesis y no resulta necesario desarrollarla para efectos de la misma.

⁴²⁶ El profesor Shen, por ejemplo, escribe que el Estado “no solo es sujeto de derechos y obligaciones bajo derecho internacional, sino que también participa en la formación, aceptación y ejecución de las reglas, principios, regulacio-

4. Críticas al iuspositivismo como una teoría del derecho internacional

La doctrina iuspositivista es criticada por diversos motivos, pero una de sus mayores críticas es precisamente debido a la naturaleza misma del iuspositivismo: la tesis de la separación. Los críticos del iuspositivismo afirman que el problema más importante del iuspositivismo es que no incluye nociones de moralidad en su formulación del derecho.⁴²⁷ Hart, por ejemplo, correctamente menciona que el derecho es influenciado por consideraciones morales y políticas y por lo tanto no podemos distanciar completamente el derecho de la moral —o política. Esta circunstancia —la relación entre el derecho y la moral—, es mucho más evidente en el derecho internacional.

La primera crítica que se le formula a las teorías iuspositivistas es que estas teorías son incapaces de identificar el contenido del derecho internacional correctamente en todos los casos. Esto es, en el derecho internacional existe una serie de normas que no derivan de la voluntad estatal y que de hecho, son obligatorias, incluso en contra de dicha voluntad estatal⁴²⁸ —por ejemplo, el *ius cogens*⁴²⁹ o la costumbre general internacional.⁴³⁰ El iuspositivismo tampoco describe adecuadamente el fenómeno de los derechos humanos en el plano internacional, mismos que implican que todo ser humano, por el solo hecho de serlo, goza de ellos. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están fundados en esta suposición.⁴³¹

nes e instituciones del derecho internacional y también dirimiendo las disputas internacionales” (Shen, *Basis*, nota 11, pág. 302, cita al pie 54).

⁴²⁷ Esta crítica puede afirmarse sin mayor calificativo a las vertientes clásicas del iuspositivismo. Actualmente, varios autores aceptan que exista un punto de contacto entre el derecho y la moral, pero que si bien dicha relación es deseable, ésta no es necesaria para determinar la validez del derecho. *Ver*, por ejemplo, *supra*, texto a nota 380.

⁴²⁸ Peñalver, *The Problem of Obligation*, nota 275, pág. 282–283.

⁴²⁹ *Ver supra*, Capítulo II.C.3.c “*Ius cogens*”.

⁴³⁰ *Ver supra*, Capítulo II.C.1.b “Costumbre internacional”.

⁴³¹ Por ejemplo, La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, establece:

La segunda crítica que se presenta en contra del iuspositivismo, es que el iuspositivismo tampoco nos explica cómo es que los Estados únicamente pueden obligarse mediante obligaciones impuestas por si mismos.⁴³² Este argumento presupone la existencia de una regla que establezca que los Estados tienen el deber de cumplir con las obligaciones que se impongan a si mismos.⁴³³ Sin embargo, esta regla no podría derivar su obligatoriedad de una obligación autoimpuesta por los Estados que establezca que “los Estados deben cumplir con las obligaciones que ellos se impongan a si mismos” porque estaríamos ante un argumento circular que no nos proporciona una explicación adecuada del fenómeno.⁴³⁴ Esto es, los críticos de esta teoría argumentan que primero tendríamos que establecer la existencia de una regla que afirmara que los Estados deberán cumplir con las obligaciones que estos se impongan.

La tercera crítica que se le formula al iuspositivismo argumenta que éste pretende llegar a una premisa normativa exclusivamente a partir de un conjunto de premisas descriptivas, en contravención de la máxima que establece que, “de que algo sea, no se sigue que deba ser”.⁴³⁵ Tomando en cuenta tal proposición, queda claro que el fundamento de validez de la norma internacional lo debemos encontrar en una teoría normativa del sistema jurídico internacional y no en una teoría descriptiva que intente describir las características del derecho internacional.

Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas [...] tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre [...];

Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre *no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana* (Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 145, “Considerando”) (énfasis añadido).

⁴³² En este mismo sentido, ver la crítica a las escuelas voluntaristas, *supra*, Capítulo III.B.5.a.iii “Críticas a las escuelas voluntaristas”).

⁴³³ Hart, *Concept*, nota 6, págs. 224–225.

⁴³⁴ La segunda y tercera crítica pueden formularse a cualquier teoría descriptiva del derecho.

⁴³⁵ Peñalver, *The Problem of Obligation*, nota 275, pág. 283. Ver también *supra*, texto a nota 355.

Finalmente, la realidad de la vida internacional parece destruir esta teoría. En la realidad encontramos que los Estados mismos —así como los tribunales y jueces internacionales, las instituciones internacionales y los doctrinarios— afirman la existencia de ciertas obligaciones internacionales independientemente de que dichos Estados hayan o no aceptado la obligatoriedad de las mismas.⁴³⁶

La doctrina kelseniana se critica específicamente bajo el argumento de que para que realmente exista la norma fundante básica, se necesita que ésta haya sido creada por algo o alguien. La segunda crítica a la norma fundante tiene que ver con su estructura en si y se refiere al hecho de que ésta no es una norma como tal porque obliga a sus destinatarios, no regula conductas y por lo tanto es más bien un postulado científico. La norma fundante puede describir y explicar al derecho pero no darle validez ni suponerlo. A estas críticas, Kelsen contesta que la norma fundante no existe como tal, sino que es un supuesto que debe asumir el jurista si quiere explicar la validez del sistema jurídico.⁴³⁷ También se le critica porque al no estar sujeta a comprobación, la norma fundante básica es tan metafísica como el derecho natural. Finalmente, también se le critica porque en el derecho no puede separarse de la práctica en una comunidad debido a que son las convenciones sociales las que determinan lo que será derecho.

⁴³⁶ Esto lo encontramos en múltiples ocasiones en el derecho internacional, pero resulta fácil demostrarlo en el campo del derecho de los tratados y el derecho del mar. En el ámbito del derecho de los tratados, un nuevo Estado nace ya con obligaciones. Similarmente, un Estado cuyo territorio cambie, puede encontrarse con nuevas obligaciones independientemente de su asentimiento o voluntad; por ejemplo, el caso de un Estado que carezca de costa y cuyas fronteras cambian y repentinamente se convierte en un Estado ribereño —este Estado adquirirá todas las obligaciones derivadas de su nueva situación, independientemente de su aceptación de las mismas.

En el caso del derecho del mar, por ejemplo, podemos citar el caso de la Convención del Mar de las Naciones Unidas, misma que no ha sido ratificada por los Estados Unidos, porque no están de acuerdo con ciertas disposiciones contenidas en la misma. Sin embargo, EE.UU. ha reconocido en diversas ocasiones que esta convención codifica el derecho del mar y que por lo tanto, su firma es innecesaria.

⁴³⁷ Kelsen, *Teoría Pura*, nota 354, págs. 202 *et seq.*

La doctrina hartiana es criticada en varios frentes, por un lado se critica su concepción del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias y por otro, su concepto de regla de reconocimiento. La crítica de Dworkin, por ejemplo, se centra en su visión de que los sistemas jurídicos no están integrados solamente por reglas jurídicas, sino que también están integrados por principios y según Dworkin, si se aplicara la regla de reconocimiento hartiana, se excluiría a los principios de los sistemas jurídicos.⁴³⁸

También se critica la afirmación de Hart en el sentido de que el concepto de sanción no es esencial para concebir el orden jurídico mediante varios argumentos. El primero de estos, amplía la definición del término “sanción” para incluir dentro de su definición la nulidad que ordena la ley de ciertos actos en caso de que no se satisfagan los requisitos legales dentro de su definición. Hart refuta esta crítica mediante dos argumentos. Hart considera que la nulidad del acto no puede ser una sanción. Para Hart, el motivo de la sanción es instar a que se cumplan las órdenes, y en estos casos, lo que busca la nulidad es simplemente que, *cuando se realicen* ciertos actos, se cumpla con los formalismos previstos por la norma, pero que la sanción en sí, no tiene como finalidad que las personas celebren esos actos.⁴³⁹ El otro argumento de Hart tiene que ver con la naturaleza de dichas normas; Hart mantiene que las normas prohibitivas —Hart cita expresamente las normas de derecho penal— pueden existir sin sanción, independientemente de que en este caso no las consideremos como jurídicas; esto es, sin sanción, dichas normas prohibitivas establecen un estándar inteligible de conducta.⁴⁴⁰ Sin embargo, afirma, la naturaleza de las normas cuyo incumplimiento está sancionado con nulidad —Hart menciona la regla que establece el número de

⁴³⁸ Bautista Etcheverry, *Positivismo Jurídico Incluyente*, nota 340, págs. 11–13.

⁴³⁹ Hart, *Concept*, nota 6, págs. 33–34.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, pág. 34.

testigos necesarios en un testamento— implica que dichas normas carecen de todo sentido si éstas carecieran de esta sanción. Esto es, sin la disposición de nulidad, dichas normas no tendrían razón de ser, la nulidad es parte de la norma misma.⁴⁴¹

Una de las críticas que se formula en relación con la regla de reconocimiento es similar a la crítica de la norma fundante básica de Kelsen. La crítica consiste en que en ambas teorías, en la base de la pirámide de validez de las normas jurídicas existe un enunciado que no es jurídico. Hart sortea esta crítica afirmando simplemente que la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho, que existe o no existe, que es valiosa o no valiosa; a diferencia de las normas jurídicas que pueden ser válidas o no válidas, dependiendo de si cumplen con esta regla o no.⁴⁴²

Finalmente, al concebir Hart al derecho internacional como un conjunto de normas jurídicas carente de relaciones y jerarquías relativamente estrictas, puede haber incoherencias y contradicciones dentro de este sistema. Esto es, el concepto de derecho implica que existe una relación entre las normas que forman el sistema jurídico: relaciones de coordinación y de supra y subordinación. Si se construye un sistema jurídico internacional que carece de reglas que establezcan estas relaciones, podríamos encontrarnos con un sistema jurídico en el que las normas se contradijeran y que no hubiera un criterio claro para su aplicación.

5. Otras teorías relevantes

Existen una serie de teorías del derecho internacional de corte iuspositivista diferentes, sin embargo, para efectos de esta tesis, solamente presentaremos —muy brevemente— dos corrientes adicionales: el voluntarismo y el realismo.

⁴⁴¹ *Ibidem*, págs. 34–35.

⁴⁴² *Ibidem*, págs. 111–12.

a. Escuelas voluntaristas

i. Consensualistas

La teoría de la voluntad del Estado establece que el Estado mantiene poder absoluto sobre sus súbditos y que no se encuentra limitado por ninguna norma: el Estado puede emitir normas sin verse limitado por las mismas.⁴⁴³ Esta teoría reduce el derecho a órdenes del soberano.⁴⁴⁴ El voluntarismo es una de las posturas clásicas de la filosofía del derecho internacional y parece ser a la que recurren los tribunales internacionales con mayor frecuencia. La Corte Permanente Internacional de Justicia, por ejemplo, en su sentencia en relación con el *S.S. Lotus*, afirmó que “[l]as reglas jurídicas obligatorias para los Estados [...] emanan de su propia libre voluntad.”⁴⁴⁵ En la doctrina, Louis Henkin, uno de los doctrinarios contemporáneos más populares del derecho internacional, escribe que el fundamento de la obligatoriedad del derecho internacional es la voluntad estatal.⁴⁴⁶

Esta teoría fue fundada por Alberico Gentilis (1552–1608),⁴⁴⁷ pero fue Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831) quien la desarrolló a su máxima expresión.⁴⁴⁸ Gentilis consideró que el fundamento del derecho internacional era la voluntad estatal, tal y como la misma se refleja en la práctica del Estado —esto es, en los tratados internacionales, en las obligaciones que

⁴⁴³ Bodino, quien pertenecería a esta corriente, concebía a la soberanía estatal como “el poder absoluto y perpetuo de la república”. Stromholm, *A Short History*, nota 237, pág. 151.

⁴⁴⁴ *Idem. Cfr.*, el concepto de derecho de Austin, quien concebía al derecho como un mandato respaldado por sanciones, *supra*, Capítulo III.B.1 “Evolución del iuspositivismo”.

⁴⁴⁵ *Affaire du “Lotus”*, nota 104, pág. 18.

⁴⁴⁶ Henkin, Louis, *International law: politics and values*, Boston, Massachusetts, Brill Academic Publishers, 1995, págs. 132–133.

⁴⁴⁷ Gentilis ocasionalmente es considerado como iusnaturalista, sin embargo, él se oponía a identificar el derecho internacional con el derecho natural argumentando que el derecho internacional debía interpretarse a la luz de la realidad (Lachs, *The Teacher*, nota 324, págs. 50–51).

⁴⁴⁸ Shen, *Basis*, nota 11, pág. 311.

asumiera voluntariamente, en la costumbre y en la historia.⁴⁴⁹ Cornelis van Bynkershoek (1673–1743), también considera que el derecho internacional es el producto de la práctica de los Estados modernos y que se establece mediante el consentimiento de los Estados.⁴⁵⁰ Al desarrollar esta teoría, Hegel escribe que la voluntad estatal es el fundamento del derecho internacional debido a que la esencia y contenido del derecho internacional es determinado por dicha voluntad.⁴⁵¹

Lassa Francis Lawrence Oppenheim (1858–1919) aclara que por consentimiento estatal debemos entender “no el consentimiento con [ciertas] reglas en particular [...] sino el consentimiento expreso o tácito de los Estados al cuerpo de reglas que es el derecho internacional como tal en cualquier momento determinado”.⁴⁵² Esto es, el consentimiento estatal a una norma puede ser expreso, mediante un tratado, o tácito e implícito en la aquiescencia a una norma consuetudinaria. Sin embargo, también existen vertientes extremistas del voluntarismo, mismas que afirman que el consentimiento de los Estados debe otorgarse expresamente.⁴⁵³

Oppenheim además opina que lo que dota de validez al derecho internacional no es el consentimiento o la voluntad de un solo Estado o de los Estados en lo individual, sino el “consentimiento común”⁴⁵⁴ de los Estados. Esta circunstancia implica que una vez que se ha formado una norma de derecho internacional, ésta solamente puede ser modificada de común acuerdo, no me-

⁴⁴⁹ Sorensen, Max (ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*, s. trad., 7a reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2000, págs. 64–65.

⁴⁵⁰ Bynkershoek citado en Shen, *Basis*, nota 11, pág. 313.

⁴⁵¹ Friedmann, W., *Legal Theory*, 5a ed., Nueva York, Columbia University Press, 1967, pág. 170.

⁴⁵² Jennings, *Oppenheim's International Law*, nota 177, pág. 14.

⁴⁵³ *Cfr.* por ejemplo, Alf Niels Christian Ross (1899–1979), quien pone énfasis en el elemento “convencional” del derecho internacional —para Ross, éste quiere decir el consentimiento expreso. Ross incluso afirma que “[l]as teorías iuspositivistas presuponen que todo el derecho internacional es derecho convencional [...] y que, en última instancia, toda la validez del derecho internacional deriva de la voluntad de los Estados soberanos” (Ross, Alf, *A Textbook of International Law: general part*, Londres, Longmans, Green and Co., 1947, pág. 94).

⁴⁵⁴ Entendiendo por “común acuerdo” el acuerdo de la mayoría de los Estados relevantes.

diante la voluntad unilateral de un Estado. En efecto, en este sentido, Oppenheim escribe que ningún Estado puede declarar unilateralmente que no se sujetará a cierta norma de derecho internacional. “El cuerpo de normas de este derecho solamente puede ser modificado mediante los procedimientos generalmente aceptados, no mediante una declaración unilateral de parte de un Estado.”⁴⁵⁵

ii. Auto-limitación

Esta corriente del iuspositivismo afirma que el derecho internacional es el conjunto de las obligaciones que los Estados se han impuesto a sí mismos y que su validez deriva de la promesa del Estado de actuar dentro de los límites que éste se ha impuesto. Es la respuesta iuspositivista a la corriente contractualista del iusnaturalismo y tiene como premisa fundamental el concepto de autonomía de la voluntad.

Esta teoría parte del pensamiento de Hegel, pero fue Georg Jellinek (1851–1911) quien en realidad desarrolló esta teoría, misma que mantiene que el derecho internacional consiste en aquellas normas que los diversos Estados han aceptado mediante las limitaciones que estos mismos se han impuesto. Así, el derecho internacional es el resultado de estas limitaciones y el fundamento de su validez es la voluntad estatal misma —o dicho de otra manera, su voluntad de limitarse a sí mismos. Entonces, en aquellas áreas en que el Estado no haya querido limitarse, no existe derecho internacional. Esta teoría afirma que al ser soberanos los Estados, estos no pueden ser limitados por elementos externos y consecuentemente, para limitar su soberanía, es necesario

⁴⁵⁵ Jennings, *Oppenheim's International Law*, nota 177, págs. 18–19.

El “Tratado General para la Renuncia a la Guerra de 1928” es el Pacto Kellogg-Briand de 1928, oficialmente llamado el Tratado entre los Estados Unidos y otras Potencias renunciando a la Guerra como un instrumento de política nacional (firmado el 27 de agosto de 1928, entrada en vigor el 24 de julio de 1929), *United States Statutes at Large*, vol. 46, pt. 2, pág. 2343 (*Pacto Kellogg-Briand*). Este tratado se convierte en costumbre internacional en virtud de la adhesión de una multitud de otros Estados y la subsecuente práctica y *opinio iuris* de los mismos.

que sea el Estado mismo quien lo haga mediante la expresión de su voluntad.⁴⁵⁶ Reconoce la existencia de normas del derecho internacional pero no consideran a dichas normas como absolutas debido a que las mismas dependen de la autolimitación de los Estados. Entonces, bajo esta teoría cuando las normas internacionales chocan con la soberanía estatal, la norma internacional debe ceder en favor de la soberanía estatal.⁴⁵⁷

Jellinek parte de la idea de que el Estado se obliga por las normas convencionales y consuetudinarias del derecho internacional debido a su voluntad de limitar el ejercicio de su soberanía. Así, considera que el fundamento de la obligatoriedad del derecho internacional es la voluntad suprema del Estado de limitar el ejercicio de su soberanía.⁴⁵⁸

iii. Críticas a las escuelas voluntaristas

Las teorías voluntaristas parecen describir la evolución y la realidad del derecho internacional mejor que otras, pero estas teorías buscan explicar el fenómeno del derecho internacional partiendo de lo político. Estas teorías reconocen la relación que existe entre el derecho internacional y la voluntad del Estado, sin embargo, implican que la obligatoriedad del derecho internacional depende solamente de dicha voluntad estatal. Habría que considerar que si la obligatoriedad del derecho internacional únicamente dependiera de la voluntad del Estado, el Estado podría renunciar a cualquier norma internacional con el simple argumento de que —ya— no es voluntad del Estado obligarse bajo la misma. En efecto, es claro que la obligación asumida mediante un tratado internacional deriva del consentimiento expreso del Estado, sin embargo, difícilmente podríamos afirmar lo mismo acerca de la validez del derecho internacional en su conjunto: por ejemplo,

⁴⁵⁶ Shen, *Basis*, nota 11, pág. 321.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, pág. 322.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, pág. 321.

la costumbre general internacional y los principios generales de derecho internacional son normas de derecho internacional que obligan al Estado independientemente de su voluntad y aún en contra de la misma.⁴⁵⁹

Una segunda crítica tiene que ver con el concepto de consentimiento. Goldsmith y Posner consideran que el concepto de consentimiento no es apropiado cuando discutimos a los Estados de reciente creación ya que ellos no participaron en el proceso de creación de las normas existentes del derecho internacional y surgen a la vida internacional con derechos y obligaciones independientemente de que hayan consentido a las mismas.⁴⁶⁰ Estos autores escriben que no podemos afirmar que la aceptación de dichas reglas por estos Estados se deba verdaderamente a que hayan consentido a las mismas —en particular, puesto que no existían cuando fueron creadas.⁴⁶¹

Fenwick critica fuertemente a estas teorías afirmando que son incorrectas partiendo de la idea de que los gobiernos consideran —e históricamente han considerado— al derecho internacional como un fenómeno objetivo; esto es, como un sistema normativo obligatorio precisamente porque es “derecho”, no porque los Estados consideren conveniente obedecerlo y que, por lo tanto, esta corriente es “inadecuada para explicar la presunción sobre la cual han actuado los gobiernos desde el comienzo del derecho internacional”.⁴⁶² Visscher formula una crítica similar. Visscher escribe que Jellinek, quien queda, “atrapado entre la búsqueda de un orden objetivo superior y el respeto de las soberanías [...] finalmente se rinde ante éstas. La soberanía, mantiene Jellinek,

⁴⁵⁹ Sin embargo, en respuesta a esta crítica, sus proponentes afirman que la validez del derecho internacional depende del consentimiento generalizado de los Estados y no de la voluntad de un Estado o de un grupo de Estados o de la suma de las voluntades de los Estados (Shen, *Basis*, nota 11, pág. 302, cita al pie 54). Oppenheim también comparte esta opinión (*ver supra*, texto a notas 452–455).

⁴⁶⁰ Goldsmith, Jack L. y Posner, Eric A., *The Limits of International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, págs. 189–190.

⁴⁶¹ *Idem*.

⁴⁶² Fenwick, *International Law*, nota 255, págs. 35–36.

implica la ausencia de subordinación alguna, excepto por aquella creada por la capacidad del Estado de obligarse a si mismo.”⁴⁶³

Además, en relación con el “consentimiento común”,⁴⁶⁴ es verdad que una vez que se ha obtenido, solamente puede cambiarse, retirarse o reemplazarse mediante el consentimiento común de los Estados. Sin embargo, el consentimiento común de los Estados no es el fundamento último de la validez del derecho; es un factor importante en la formación de las normas internacionales pero no es el único factor y en ciertas instancias no es ni siquiera un factor decisivo. Además, puede haber situaciones en que nunca llegue a haber “consentimiento común”. Muchas de las nuevas reglas han sido preparadas por expertos de los principales sistemas jurídicos bajo auspicios de organismos internacionales —por ejemplo, bajo los auspicios de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Este proceso es más bien un proceso de compromiso y negociación más que un otorgamiento de consentimiento.

Brierly critica el concepto de autolimitación como fundamento de validez del derecho internacional, argumentando que una autolimitación no es una limitación como tal.⁴⁶⁵ Brierly argumenta que cuando un Estado se autolimita, dicho Estado es capaz de modificar esa limitación. Brierly también opina que esta corriente describe inadecuadamente el fenómeno de la costumbre

⁴⁶³ Visscher, *Theory and Reality*, nota 238, págs. 51–52.

Los voluntaristas contestan que un Estado puede celebrar tratados y aceptar normas consuetudinarias que le impongan limitaciones porque el hecho de que un Estado “asuma obligaciones bajo un tratado voluntariamente no debe considerarse como una limitación a, sino como una expresión de la soberanía de [dicho] Estado” (Pérez, Antonio F., “Who Killed Sovereignty? or: changing norms concerning sovereignty in international law”, *Wisconsin International Law Journal*, EE.UU., 1996, vol. 14, no. 20, pág. 467).

⁴⁶⁴ Por consentimiento común, estas teorías se refieren al consentimiento de una mayoría representativa de Estados, expresada por sus órganos competentes —según estos han sido reconocidos por el derecho internacional— en los foros adecuados, tanto nacionales como internacionales, o que puede inferirse de su conducta o de su aquiescencia.

⁴⁶⁵ Brierly, *The Law of Nations*, nota 241, pág. 53.

internacional porque los Estados no obedecen las normas consuetudinarias porque el Estado consienta a la misma, sino porque se considera que dicha norma ya es obligatoria.⁴⁶⁶

Esta teoría tampoco explica qué sucedería si un Estado cambiara de parecer.⁴⁶⁷ De conformidad con esta teoría, si un Estado cambia de parecer, es posible que deje de cumplir con una norma de derecho internacional, no porque no estaría violando dicha norma, sino porque la misma no tendría la naturaleza jurídica precisamente porque el Estado no la considera como tal. La consecuencia de esto sería que nunca se violaría el derecho internacional. Más bien, cuando un Estado no estuviera de acuerdo con una norma internacional, esta norma no lo obligaría —en virtud de no haber consentimiento estatal—, por lo que resultaría ocioso analizar la conducta de los Estados para determinar si efectivamente violaron o incumplieron con el derecho internacional. Esto equivale a afirmar que los actos unilaterales de los Estados —el que un Estado unilateralmente deje de consentir a la norma— son suficientes para que los mismos se liberen de una obligación.⁴⁶⁸

Finalmente, estas teorías argumentan que un hecho —en este caso, el que los Estados otorguen su consentimiento— genera un deber jurídico, rompiendo con el principio de la separación del mundo del ser del mundo del deber ser.⁴⁶⁹ Entonces, para que esta teoría respete dicho princi-

⁴⁶⁶ Lauterpacht, *The Basis of Obligation*, nota 257, págs. 51-52.

⁴⁶⁷ Peñalver, *The Problem of Obligation*, nota 275, págs. 283-284.

⁴⁶⁸ En relación con este punto, habría que recordar, sin embargo, que debido a la naturaleza de la costumbre internacional puede darse el caso en que uno o más Estados incumplan con una norma consuetudinaria —violando en ese momento el derecho internacional— y que ésta práctica que se desvía de lo dispuesto por la norma consuetudinaria se convierta en una nueva norma consuetudinaria que reemplace a la anterior en virtud de modificar la costumbre. *Ver supra*, Capítulo II.C.1.b “Costumbre internacional”.

⁴⁶⁹ *Ver supra*, texto a nota 355.

pio, debemos aceptar o presuponer la existencia de una norma que establezca que el consentimiento de los Estados generará las normas de derecho internacional.⁴⁷⁰

b. Escuelas realistas

Estas escuelas son el reflejo jurídico de las teorías de la política de poder (*power politics*) y la teoría de orientación política (*policy oriented theory*). Estas dos teorías combinan el derecho con la política o con las políticas del Estado (*State policy*) y desestiman el valor del derecho internacional, reemplazándolo por la política. Estas corrientes interpretan el derecho internacional con base en la política y niegan, ya sea subjetiva como objetivamente, la validez del derecho internacional.⁴⁷¹

i. Política de poder (*power politics*)

Esta corriente es una forma extrema de las doctrinas positivistas voluntaristas y establece que el derecho internacional debe servir a la política —lo político es lo más importante, el derecho es secundario. La obligatoriedad del derecho internacional depende de la política internacional.⁴⁷²

Esta escuela afirma como una máxima que “si una obligación convencional colisiona con los intereses del Estado, el Estado tiene derecho a renunciar dicho tratado.”⁴⁷³

Hans Joachim Morgenthau (1904–1980), el mayor exponente de esta teoría, afirmó que el derecho internacional no es obligatorio completa y uniformemente, sino que es obligatorio sujeto

⁴⁷⁰ “En efecto, el principio de que los convenios son obligatorios (*pacta sunt servanda*), sobre el cual se funda todo el derecho de los tratados, no puede encontrar su fundamento en el concepto de consentimiento”. Shaw, *International Law*, nota 127, pág. 10.

⁴⁷¹ Shen, *Basis*, nota 11, pág. 326.

⁴⁷² *Ibidem*, págs. 335–336.

⁴⁷³ Kaufmann, Erich, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula Rebus sic Stantibus*, citado en *ibidem*, pág. 335.

a la influencia de la política⁴⁷⁴ —esto es, que el fundamento de la validez del derecho no puede afirmarse fuera de un análisis político.

ii. Teoría de orientación política (*policy oriented theory*)

Esta corriente, también denominada como la Escuela de New Haven, es una teoría descriptiva y amoral que analiza e interpreta al derecho internacional desde la perspectiva del poder y la política. Para ésta, el derecho internacional “no es un cuerpo establecido de reglas, sino un proceso comprensivo y complejo de toma de decisiones.”⁴⁷⁵ El derecho internacional es el cúmulo de las prescripciones de la comunidad que ésta efectivamente formula, aplica y deroga.⁴⁷⁶ Esta corriente concibe a la política (*policy*) como derecho y el proceso de toma de decisiones como el proceso de creación y aplicación del derecho. El derecho internacional “es la expresión de la política exterior del Estado y su validez depende en la política exterior nacional y, ultimadamente, en el estado mental y en la decisión de aquellas instituciones e individuos que controlan y formulan la política exterior del Estado.”⁴⁷⁷ El derecho internacional,

no es el producto de una “regla de reconocimiento” aceptada sino el “resultado final de un proceso autoritativo de toma de decisiones”. Bajo este concepto, el derecho internacional es tan solo lo que emerge del mecanismo autoritativo a través del cual el derecho internacional se vuelve obligatorio. Por lo tanto, la efectividad es el criterio fundamental para identificar a las normas jurídicas internacionales. Una norma se

⁴⁷⁴ Morgenthau, Hans Joachim, “Positivism, Functionalism, and International Law”, *American Journal of International Law*, EE.UU., 1940, no. 34, pág. 188.

⁴⁷⁵ Shen, *Basis*, nota 11, pág. 337.

⁴⁷⁶ McDougal, Myres S., “International Law, Power and Policy: a contemporary conception”, *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, Leyden, Países Bajos, A. W. Sijthoff, 1953, vol. 82, pág. 181.

⁴⁷⁷ Shen, *Basis*, nota 11, pág. 337–338. Esta teoría parecida a la teoría de la política de poder (*power politics*), pero la diferencia entre estas corrientes yace en que ésta pretende que el fundamento del derecho internacional no es la política (*politics*) como un fenómeno, sino que yace en las políticas en sí (*policies*) o la toma de decisiones (*decision making*) que determinan el contenido de las normas internacionales (McDougal, *International Law*, nota 476).

vuelve derecho internacional precisamente porque se crea para obligar efectivamente a su destinatario.⁴⁷⁸

Oscar Schachter (1915–2003) reafirma esta postura y escribe que para determinar si una norma es derecho internacional, ésta debe satisfacer dos criterios: uno de legitimidad y otro de eficacia.⁴⁷⁹ Esta corriente opina que no resulta necesario analizar el origen de la obligatoriedad del derecho internacional ya que “el derecho internacional es, por definición, aquello que se obedece, ya que si no se obedeciera, no sería efectivo y por lo tanto, por extensión, no podría ser derecho internacional.”⁴⁸⁰

iii. Convivencia pacífica

La teoría de la convivencia pacífica enfatiza la relevancia de la convivencia pacífica entre los Estados. Esta teoría es una teoría interesante, más que nada porque es un producto de la Guerra Fría y fue la doctrina del derecho internacional imperante en los países de influencia soviética durante este período. El derecho internacional, afirma, es el derecho de la convivencia pacífica y ésta presupone la posibilidad y la necesidad de la cooperación económica, política y cultural entre naciones. Esta cooperación solamente es posible si los Estados observan consistentemente los principios generales y las reglas de derecho internacional.⁴⁸¹

⁴⁷⁸ Peñalver, *The Problem of Obligation*, nota 275, pág. 276 (citas removidas).

⁴⁷⁹ Schachter, *International Law*, nota 95, págs. 34–37.

⁴⁸⁰ Peñalver, *The Problem of Obligation*, nota 275, pág. 276.

⁴⁸¹ Korovin, Y. A., *International Law: a textbook for use in law schools*, Fyodor Ivanovich Kozhevnikov (ed.), trad. de Dennis Ogden, Moscú, Foreign Languages Publishing House, 1960, págs. 15–17. Es interesante que Korovin escriba que Grocio no es el padre del derecho internacional sino que éste surgió en la antigua China.

iv. Críticas a estas teorías

Si bien es cierto que la política internacional ha influenciado sustancialmente la formación y observancia del derecho internacional, también es cierto que una vez que se ha establecido una norma de derecho internacional, dicha norma prevalece sobre la política⁴⁸² —como mencionamos anteriormente, casi todos los Estados cumplen con casi todas las normas del derecho internacional casi todo el tiempo.⁴⁸³

Rosalyn Higgins, juez de la CIJ, critica estas teorías afirmando que ignoran la importancia del contenido del derecho internacional. Primero, esta escuela desconoce el hecho de que el contenido mismo del derecho internacional está relacionado con la obligatoriedad del mismo. Higgins argumenta que existe una interdependencia conceptual ineludible entre lo que uno identifica como el fundamento del derecho internacional y su contenido:

“Obviamente, si uno considera que la justicia natural es el fundamento de la obligación, uno “verá” derecho internacional en todo tipo de circunstancias en que no será visible para el marxista o el positivista, o para todos aquellos abogados occidentales que creen que el consentimiento es el fundamento del derecho internacional.”⁴⁸⁴

Segundo, se critica estas teorías porque aceptan como válido el surgimiento de legislación que no necesariamente persiga o encierre ciertos valores que la comunidad internacional ha determinado como valiosos, por ejemplo, el derecho del nacionalsocialismo alemán, el régimen de Apartheid en Sudáfrica, las diversas leyes de pureza y limpieza étnica que han existido en diversos Estados, etc. El solo hecho de que una norma sea aplicada y acatada la convierte en derecho

⁴⁸² Shen, *Basis*, nota 11, pág. 336.

⁴⁸³ *Ver, supra*, texto a nota 410.

⁴⁸⁴ Higgins, Rosalyn, “The Identity of International Law”, en Cheng, Bin (ed.), *International Law: theory and practice*, Londres, Stevens, 1982, pág. 31.

según esta teoría, y el que una de estas normas goce de la misma legitimidad con que cuentan otras normas perfectamente aceptadas parece algo indeseable.

Tercero, de conformidad con esta corriente, no es posible preguntarse si una norma es obligatoria porque, por definición, al ser derecho dicha norma se aplica. En caso de que sea posible cuestionarse la obligatoriedad o validez de una norma, dicha norma no podría, por definición, ser derecho.⁴⁸⁵ Cuarto, esta teoría minimiza al derecho internacional y desconoce el hecho de que los Estados generalmente obedecen las reglas del derecho internacional que ya han sido establecidas.⁴⁸⁶ Si esta teoría fuera cierta y el derecho internacional fuera un proceso de toma de decisiones, entonces nunca podría existir un cuerpo permanente de reglas de derecho internacional relativamente estable y permanente debido a que en cada ocasión en que se tomara una decisión se crearía una nueva regla y “el resultado sería una comunidad internacional en la cual el fuerte y el poderoso mandarían y dominarían al débil e impotente, y las grandes potencias estarían intentando dominarse la una a la otra.”⁴⁸⁷ Quinto, si bien el derecho internacional se encuentra íntimamente relacionado con la política y la política exterior de los Estados, también es cierto que la validez del derecho internacional depende de las personas que toman las decisiones solamente cuando éstas cambian o modifican al derecho internacional en conjunto con la generalidad de los Estados. Esto es, esta teoría delega la validez del derecho internacional a las personas que toman las decisiones. En resumen, esta teoría no solo minimiza, sino que niega, el derecho internacional debido a que lo supedita a la política —las reglas no existen si la política no las considera reglas.

⁴⁸⁵ Peñalver, *The Problem of Obligation*, nota 275, pág. 278.

⁴⁸⁶ Allott, Philip, “Language, Method and the Nature of International Law”, citado en Shen, *Basis*, nota 11, pág. 338.

⁴⁸⁷ Shen, *Basis*, nota 11, págs. 338–339.

Myres McDougal (1906–1998), un seguidor de la teoría de la orientación política (*policy oriented theory*), contesta a la crítica afirmando no es cierto que las normas dependan de la política de manera ilimitada, sino que el proceso de creación de normas está supeditado a un fin último que es la dignidad humana.⁴⁸⁸ Sin embargo, esta contestación no carece de crítica. La primera que podría hacerse es la dificultad de definir la dignidad humana. Si consideramos la dignidad humana como un fin valioso o moralmente necesario con el cual debe cumplir el proceso de creación de normas, entonces esta escuela debe conceder necesariamente que el derecho internacional tiene un fundamento que no es la política, sino un valor —y el fundamento último del derecho internacional ya no serían las decisiones, sino una consideración diferente. Entonces, el concebir a la dignidad humana como el fundamento de validez del derecho internacional, nos coloca en presencia de una escuela iusnaturalista.⁴⁸⁹

c. *Pacta sunt servanda* como fundamento del derecho internacional

Esta doctrina es presentada originalmente por Dionisio Anzilotti (1869–1950). La máxima *pacta sunt servanda* puede traducirse al español como “los acuerdos son cumplidos”. La teoría del *pacta sunt servanda* mantiene que el fundamento de validez del derecho internacional es el principio *pacta sunt servanda* y que es en virtud de éste que el derecho internacional es obligatorio. Evidentemente, al momento de celebrar tratados, los Estados están celebrando acuerdos entre sí mismos —un pacto que debe acatarse y respetarse. En este sentido, la costumbre obliga a los Estados porque existe un pacto implícito entre los Estados, mismo que causa que la costumbre se

⁴⁸⁸ McDougal, Myres S., *Studies in World Public Order*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1960, pág. 987.

⁴⁸⁹ Purvis, Nigel, “Critical Legal Studies in Public International Law”, *Harvard International Law Journal*, EE.UU., 1991, no. 32, pág. 86.

vuelva obligatoria. Esto es, los Estados tienen la obligación de obedecer el derecho internacional debido a la existencia de este pacto, tanto expreso como implícito.⁴⁹⁰

Anzilotti consideraba que las normas de derecho internacional son las reglas de costumbre o las que derivan de los tratados o acuerdos entre Estados y que el principio *pacta sunt servanda* es “un postulado absoluto del sistema jurídico internacional”.⁴⁹¹ Por lo tanto, Anzilotti “enfaticó el carácter convencional abierto o tácito del derecho internacional, el cuál consideró que se fundaba en el principio *pacta sunt servanda*”.⁴⁹²

Alfred Verdross (1890–1980) también considera que el fundamento de la validez del derecho internacional es el principio *pacta sunt servanda* y también considera que ésta es la norma fundamental del sistema jurídico internacional.⁴⁹³

Esta teoría presenta dos problemas principales. Primero, solamente ofrece una explicación parcial de la validez del derecho internacional. Esta corriente explica por qué los tratados son obligatorios, pero en realidad es difícil aceptar que exista un pacto implícito entre Estados para acatar la costumbre internacional.⁴⁹⁴ Tampoco explica el fenómeno de los Estados disidentes, mismos que pueden estar en contra de la norma de costumbre y sin embargo se encuentran obligados por la misma. Segundo, esta teoría no ofrece ningún fundamento para el principio *pacta sunt servanda*, mismo que debe estar fundado en cierto sistema jurídico que explique por qué es

⁴⁹⁰ En este sentido, la teoría del *pacta sunt servanda* es análoga a la teoría kelseniana ya que ambas establecen una premisa que es la que dota de unidad y validez al sistema jurídico internacional, mismo que se construye a partir de dicho enunciado, en este caso, del principio *pacta sunt servanda*, en el caso de Kelsen, su norma fundante básica.

⁴⁹¹ Starke, *An Introduction*, nota 326, pág. 24.

⁴⁹² Lachs, *The Teacher*, nota 324, pág. 97.

⁴⁹³ *Ibidem*, pág. 94.

⁴⁹⁴ Además que también existe el mismo problema de los nuevos Estados que ya hemos mencionado en otros apartados, Estados que surgen a la vida internacional ya con derechos y obligaciones y resultaría difícil afirmar que estos han celebrado un pacto —aunque implícito— con los demás Estados y que por lo tanto respetarán el cúmulo de obligaciones de derecho internacional consuetudinario.

que los pactos obligan a los Estados. Dicho de otra manera, debe fundarse en un sistema que explique por qué dicho principio es válido.

Kelsen, por su parte, critica a esta teoría porque considera que “afirma el dogma de la soberanía del Estado”:

El principio *pacta sunt servanda*, como regla de derecho natural, funge como la norma básica del total del sistema jurídico que llamamos derecho internacional. La función esencial de esta teoría es establecer el principio de que un Estado únicamente puede obligarse jurídicamente por su propia voluntad y por lo tanto, mediante su consentimiento con las normas que regulan su comportamiento. De esta manera, la teoría afirma el dogma de la soberanía del Estado.⁴⁹⁵

⁴⁹⁵ Kelsen, *Principles*, nota 8, pág. 447.

IV. LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

A. Los precursores de los Tribunales Penales Internacionales del siglo XX

Los tribunales penales internacionales son instituciones relativamente recientes. Es posible argumentar que han existido diversos juicios o procesos penales internacionales previos a la Segunda Guerra Mundial, pero estos han sido intentos aislados para castigar a los criminales internacionales y difícilmente podríamos considerar a dichos intentos como tribunales penales internacionales. Entre estos, uno de los primeros procesos penales internacionales que se llevó a cabo y que vale la pena mencionar fue el proceso en contra de Peter von Hagenbach, quien fue decapitado en 1474 después de ser acusado por haber cometido crímenes de guerra al ocupar Breisach, en el valle del Rin, al sur de Alemania.⁴⁹⁶

El motivo por el cual no existían estas instituciones era el concepto en que se tenía la soberanía estatal⁴⁹⁷ y de cómo estas instituciones podrían violentar los derechos soberanos de los Estados. Por ejemplo, en 1872, Gustavo Moynier, cofundador de la Cruz Roja, presentó una de las primeras propuestas serias para establecer un tribunal penal internacional, mismo que conocería sobre las violaciones a la Convención de Ginebra del 22 de agosto de 1864.⁴⁹⁸ Sin embargo, esta propuesta no rindió frutos precisamente porque los Estados consideraron que resultaría violatorio de su soberanía y porque además se perdió interés en el tema.

La postura prevaleciente de no juzgar a los criminales de guerra cambia a partir de la Primera Guerra Mundial, en donde los vencedores se embarcan en el primer intento en la época mo-

⁴⁹⁶ Schabas, *An Introduction*, nota 18, pág. 1.

⁴⁹⁷ En aquella época, la soberanía estatal se consideraba absoluta y se estimaba que el soberano no podría someterse a ninguna jurisdicción, mucho menos a la jurisdicción de otros Estados.

⁴⁹⁸ García Ramírez, *Principio de Complementariedad*, nota 136, pág. 173.

derna para imponer una sanción penal a un individuo por infringir el derecho penal internacional a gran escala, cuando los vencedores intentaron llevar al Káiser Wilhelm II Hohenzollern ante la justicia. En este sentido, el Tratado de Versalles establecía que el Káiser estaría sujeto a un proceso penal por los crímenes que había cometido.⁴⁹⁹ Los vencedores consideraron que el Káiser Wilhelm II había infringido ciertas normas de derecho penal internacional y que debía ser enjuiciado por la comisión del delito supremo contra la moral internacional y “la autoridad sagrada” de los tratados,⁵⁰⁰ sin embargo, esto se vio frustrado ya que el Káiser logró escapar a Países Bajos, donde se le proporcionó asilo y se rehusó a extraditarlo en varias ocasiones argumentando que el delito imputado al Káiser “no figuraba en la relación de crímenes determinantes de extradición por parte de Holanda, conforme a los tratados suscritos por ese país con las naciones aliadas” y debido al “carácter político que entrañaba la persecución penal del ex monarca”.⁵⁰¹

El problema del Tratado de Versalles no se limitó al juicio del Káiser, sin embargo, sino que también se extendió a los demás inculpados. De conformidad con el Tratado de Versalles, los Aliados le solicitaron al gobierno alemán que les entregara a cierto número de inculpados.⁵⁰² No obstante el Tratado de Versalles y esta solicitud, el gobierno alemán negó esta solicitud y enjuició a dichos inculpados en los llamados “Juicios de Leipzig”, mismos que han sido considerados como un intento fallido de la justicia y como una burla de la justicia internacional por parte del Es-

⁴⁹⁹ Tratado de Versalles, nota 411, art. 227.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, art. 227.

⁵⁰¹ García Ramírez, *Jurisdicción Penal Internacional*, nota 23, pág. 26.

⁵⁰² Los artículos 228 a 230 del Tratado de Versalles establecían que el gobierno alemán reconocía el derecho de los Aliados de enjuiciar a aquellas personas que hubieran cometido actos que violaran el derecho de la guerra y que le entregaría a dichas personas al Estado Aliado que se lo solicitara, además, también establecían que le proporcionarían la información que se considerara necesaria para el proceso de dichos inculpados (Tratado de Versalles, nota 411).

tado Alemán en la medida que pretendieron justificar los actos de los acusados y de imponerles sanciones menores.⁵⁰³

Después del Tratado de Versalles y hasta la Segunda Guerra Mundial, hubo dos intentos adicionales por establecer algún tipo de tribunal penal internacional: el de la Liga de las Naciones y el del señor Deschamps, presidente de la comisión consultiva de juristas, quien participó en la redacción del Estatuto de la Corte Permanente Internacional de Justicia. En 1920, el señor Deschamps propuso la constitución de una corte penal internacional; sin embargo, esta propuesta tampoco prosperó y fue abandonada. El interés en este proyecto resurgió con el atentado terrorista que causó la muerte del Rey de Yugoslavia, en el cuál también murió el ministro Barthou, francés. Este intento tuvo como consecuencia la preparación de dos convenios en este sentido, mismos que nunca obtuvieron el número necesario de ratificaciones para entrar en vigor. El primero de dichos convenios tenía como propósito el combate contra el terrorismo y el segundo el establecimiento de un tribunal penal internacional para conocer sobre actos terroristas.⁵⁰⁴

Después de estos intentos fallidos, ocurre la Segunda Guerra Mundial, a cuyo término se llevan a cabo diversos procesos penales ante instancias multinacionales, siendo estas instancias instituciones que podemos ya considerar como los primeros tribunales penales internacionales.

B. Los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial

Como ya lo comentamos en el capítulo anterior, previo a los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial también se ha castigado a quienes han cometido atrocidades en

⁵⁰³ García Ramírez, *Jurisdicción Penal Internacional*, nota 23, págs. 26–27. Sin embargo, las sentencias de este tribunal sentaron precedentes muy importantes debido a la excelente calidad de las mismas (Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 328).

⁵⁰⁴ García Ramírez, *Jurisdicción Penal Internacional*, nota 23, pág. 27.

contra de otros pueblos, sin embargo, difícilmente podemos considerar que en esos casos se ha creado una jurisdicción penal internacional propia, como lo fue en el caso de estos tribunales. En dichas otras ocasiones encontramos más bien el ejercicio del imperio de las grandes potencias triunfadoras frente a los vencidos. Claro, también hay quien insistiría que esto fue precisamente lo que sucedió en Nuremberg y Tokio: la imposición del poder de los Aliados sobre los vencidos; es por ello que resulta necesario analizar si estos tribunales son válidos conforme al derecho internacional de su época.

Los Aliados establecieron el Tribunal Militar Internacional (el Tribunal de Nuremberg) y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (el Tribunal de Tokio) al término de la Segunda Guerra Mundial para enjuiciar a aquellos que hubieran cometido delitos de agresión, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, en el teatro europeo de operaciones y en el teatro de operaciones del pacífico sur, respectivamente. Estos tribunales fueron el resultado de las exigencias de justicia de las potencias aliadas y son el resultado de las lecciones aprendidas por los Aliados para evitar el problema de efectividad del derecho internacional que presentó el Tratado de Versalles.⁵⁰⁵ En este caso, el Convenio de Londres generó un mecanismo para que los responsables fueran efectivamente enjuiciados: el Tribunal de Nuremberg. Por su parte, en el lejano oriente, el General MacArthur estableció el Tribunal de Tokio, de conformidad con las declaraciones de los Aliados.

La creación de estos dos tribunales afirmó un cambio de concepción que ya venía gestándose en el derecho penal internacional. Primero, al término de una guerra o conflicto, los vencidos eran considerados enemigos; ahora eran considerados criminales, con todas las consecuencias

⁵⁰⁵ Nos referimos al incidente del Káiser Wilhelm de Hohenzollern, quien debía ser enjuiciado de conformidad con el Tratado de Versalles, pero logró huir a Países Bajos, donde le otorgaron asilo y se rehusaron a extraditarlo, efectivamente sustrayéndolo de la justicia internacional (*ver supra*, texto a nota 501).

jurídicas que esto implicaba. Después de Nuremberg y Tokio, comienza a argumentarse que los criminales de guerra debían enfrentar un proceso jurídico o juicio ante alguna institución. Derivado de lo anterior, ahora los vencedores tienen ciertas obligaciones frente a los vencidos: de juzgarlos dentro del marco de un proceso justo que cumpliera con las formalidades esenciales de un proceso judicial —saber qué cargos se le imputan, controvertir dichos cargos, defenderse, oponer pruebas y presentar testigos.⁵⁰⁶ El segundo gran cambio que se presenta es respecto de los privilegios e inmunidades. Previo a estos tribunales, se consideraba que ciertos altos funcionarios del gobierno gozaban de inmunidad o fuero —esta corriente continúa teniendo gran fuerza en varios sistemas jurídicos, incluyendo el mexicano; sin embargo, en el derecho internacional ha quedado establecido que existen ciertas conductas están más allá de la inmunidad— actualmente, éste ya no es el caso.⁵⁰⁷ El tercer gran cambio es que se crea una categoría de crímenes internacionales, denominados crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad — previo a los Tribunales Militares Internacionales, no existía una categoría de crímenes de lesa humanidad, ésta se concibe por primera vez en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Ésta categoría de crímenes se convierte en el fundamento para todos los argumentos de jurisdicción universal que surgirán a lo largo del siglo XX y los que se han intentado ahora en el siglo XXI.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ *Ver supra*, Capítulo II.C.1.d “Principios generales de derecho penal internacional”.

⁵⁰⁷ Estatuto del TPIY, nota 43, artículo 7(2), Estatuto del TPIR, nota 43, artículo 6(2), y Estatuto de Roma, nota 43, art. 27 (los cuales prohíben la existencia de inmunidades sobre los delitos internacionales respecto de los cuales establecen su jurisdicción los tribunales correspondientes).

⁵⁰⁸ El concepto de jurisdicción universal es ampliamente discutido en el derecho penal internacional, pero esencialmente afirma que existen ciertos crímenes respecto de los cuales todos los Estados tienen un interés en su prevención y sanción y que por lo tanto, todos los Estados pueden ejercer su jurisdicción penal respecto de los mismos, independientemente del lugar de su comisión y la nacionalidad del delincuente o de la víctima. Estos crímenes se definen de una manera muy limitativa y no existe un consenso respecto de todos los crímenes, ni del alcance de los derechos y obligaciones que derivan de esta jurisdicción. En este sentido, *ver* Benavides, Luis, “The Universal Jurisdiction Principle”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2001, vol. I.

1. El Tribunal de Nuremberg

El establecimiento del Tribunal de Nuremberg fue el resultado de un proceso de negociación difícil y complejo que culminó con la adopción del Convenio de Londres el 8 de agosto de 1945 por parte de Francia, los EE.UU., el Reino Unido y la U.R.S.S.⁵⁰⁹ El Convenio de Londres establecía que se crearía el TMI para juzgar a los miembros del Partido Nacional Socialista Obrero Alemán y del ejército alemán responsables de la comisión de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y de guerra de agresión,⁵¹⁰ de conformidad con el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, adjunto a dicho Convenio.⁵¹¹

a. Antecedentes

Durante la Segunda Guerra Mundial, los gobiernos de las potencias Aliadas discutieron ampliamente respecto de qué hacer con los líderes nazis en caso de ser capturados. Estas discusiones concluyeron el 30 de octubre de 1943, cuando los Aliados firmaron la Declaración de las Cuatro Naciones sobre la Seguridad General (comúnmente llamada la “Declaración de Moscú”), la cual fue producto de la Conferencia de Moscú celebrada a finales de octubre de 1943.⁵¹² La Declara-

⁵⁰⁹ Convenio de Londres, nota 40.

⁵¹⁰ *Ibidem*, art. 1. También se juzgaría a los miembros de las organizaciones “criminales” que se mencionan. *Ver infra*, nota 543.

⁵¹¹ Estatuto del TMI, nota 118.

⁵¹² Declaration of the Four Nations on General Security (adoptada el 30 de octubre de 1943), impreso en Goodrich, Leland M. y Hambro, Edvard, *Charter of the United Nations: commentary and documents*, Boston, Massachusetts, World Peace Foundation, 1946, pág. 307, “Statement on Atrocities”. Quizá la aportación más importante de la Declaración de Moscú es la Declaración 4, en la cual los Aliados se comprometen a establecer una organización internacional basada en el principio de igualdad soberana de los Estados pacíficos y cuya membresía estaría abierta a todos los Estados con el fin de salvaguardar la paz y seguridad internacionales.

La Declaración de Moscú fue un documento que incluía ciertas declaraciones generales —entre otras cosas, que los Aliados se comprometían a continuar la guerra en contra de sus enemigos hasta desarmarlos, garantizar la paz y seguridad y a tomar todas las medidas que fueran necesarias para lograr estos fines—, declaraciones en cuanto a Italia, declaraciones en cuanto a Austria y una declaración sobre las atrocidades.

ción de Moscú, en su sección “Declaración sobre las atrocidades”, estableció que los Aliados estaban recibiendo informes de las atrocidades cometidas por el régimen nazi en los territorios que iban liberando. Los Aliados afirmaron en dicho instrumento que cuando fueran capturados, los criminales de guerra alemanes serían enviados de vuelta a los lugares en donde cometieron sus crímenes para ser enjuiciados —excepto por aquellos cuyas atrocidades no tuvieran una ubicación geográfica particular, mismos que serían enjuiciados según lo determinaran los Aliados.

En noviembre de 1943, Roosevelt, Churchill y Stalin se reunieron en la Conferencia de Teherán.⁵¹³ En la cena diplomática que se llevó a cabo en la Embajada de la U.R.S.S., Stalin argumentó que Alemania podría volver a llevar al mundo al borde de otra guerra mundial en 15 ó 20 años a menos que se ejecutara de 50,000 a 100,00 oficiales del ejército alemán y los Aliados retuvieran control de varias posiciones estratégicas en el mundo para poder frenar a Alemania tan pronto se movilizara.⁵¹⁴ Winston Churchill se opuso a la idea de ejecutar a soldados cuyo crimen había sido pelear por su país; sin embargo, Churchill afirmó que los criminales de guerra pagarían por sus crímenes tal y como se había pactado en la Declaración de Moscú.⁵¹⁵

Las declaraciones en cuanto a Italia giraban en torno a la idea de que debía terminarse con la filosofía fascista: que se democratizara el gobierno italiano —expresamente establecía que debían abolirse todas las instituciones y organizaciones fascistas—, se respetara la libertad de expresión, de credo, de ideología política y las libertades de reunión y asociación, debía concederse una amnistía total a los presos políticos del régimen fascista y que los líderes fascistas y generales que fueran criminales de guerra deberían ser arrestados y entregados a la justicia.

Los Aliados declararon que Austria “el primer Estado libre en ser víctima de la agresión hitleriana, será liberado de la dominación Alemana.” Los Aliados también afirmaron que consideraban la anexión de Austria por parte de Alemania como nula y que era su deseo ver una Austria libre e independiente.

⁵¹³ La Conferencia de Teherán fue la primera de las tres conferencias que celebraron los líderes de EE.UU., el Reino Unido y la U.R.S.S. durante la Segunda Guerra Mundial. Esta conferencia se llevó a cabo del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 1943, en Teherán, Irán.

⁵¹⁴ Bohlen, Charles E., “Tehran Conference: tripartite dinner meeting”, del 29 de noviembre de 1943, celebrada en la Embajada Soviética a las 20:30 en *Documents on the Grand Alliance, 1942–1943*, <http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?document=906#4> (última visita el 9 de julio de 2007). El Presidente Roosevelt, pensando que Stalin estaba bromeando, bromeó que quizá la cifra era un poco elevada y que quizá solamente deberían ejecutarse 49,000 oficiales.

⁵¹⁵ *Idem.*

Posteriormente, el Secretario del Tesoro de los EE.UU., Henry Morgenthau, propuso el Plan Morgenthau al Presidente Roosevelt y éste lo discutió con Churchill en la Conferencia de Québec. La versión original del Plan Morgenthau establecía que Alemania sería dividida en una zona internacional y en dos Estados independientes, Alemania del Norte y Alemania del Sur — además de la anexión de sus centros industriales y ciertos territorios (Saar, Ruhr y Silesia Superior y Prusia Oriental) a los Estados colindantes (Francia, Polonia y la U.R.S.S., respectivamente)—, y desmantelar o destruir su industria pesada.⁵¹⁶ Churchill estaba en contra del plan en su versión original, por lo que éste fue redactado nuevamente y en su versión aprobada por Churchill, el Plan Morgenthau buscaba reducir a Alemania a un Estado cuyas actividades principales serían la agricultura y el pastoreo.⁵¹⁷ Eventualmente, los detalles del Plan Morgenthau fueron filtrados a la prensa⁵¹⁸ y la oposición al mismo —así como la preferencia de Stalin de llevar a cabo un proceso judicial— fue tan fuerte que el Plan Morgenthau fue abandonado.⁵¹⁹

La preferencia de Stalin de llevar a los acusados ante un proceso judicial y la accesión de Harry S. Truman —quien también favorecía el proceso judicial— a la presidencia de los EE.UU. después de la muerte del Presidente Roosevelt, logró que avanzaran las negociaciones para llevar

⁵¹⁶ Chase, John L., “The Development of the Morgenthau Plan through the Quebec Conference”, *The Journal of Politics*, EE.UU., 1954, vol. 16, no. 2.

⁵¹⁷ *Idem*.

⁵¹⁸ TIME Magazine, “The policy of hate”, TIME Magazine, 2 de octubre de 1944, <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,933072-1,00.html> (última visita el 9 de julio de 2007).

⁵¹⁹ Gimbel, John, “On the Implementation of the Potsdam Agreement: an essay on U.S. Postwar German Policy”, *Political Science Quarterly*, EE.UU., 1972, vol. 87, no. 2.

Sin embargo, durante la ocupación de Alemania, el Plan Morgenthau fue instrumentado parcialmente por EE.UU. mediante la Directiva del Gabinete Americano 1067 —llamada JCS1067 por sus siglas en inglés (*Joint Chiefs of Staff directive 1067*)—, la cual fijó “niveles de industria” y de producción, determinando también qué podría exportarse y producirse (ver Balabkins, Nicholas, *Germany under Direct Controls: economic aspects of industrial disarmament 1945–1948*, New Brunswick, Nueva Jersey, Rutgers University Press, 1964; Beschloss, Michael R., *The Conquerors: Roosevelt, Truman and the Destruction of Hitler's Germany*, Nueva York, Simon & Schuster, 2003; y Dietrich, John, *The Morgenthau Plan: Soviet influence on American postwar policy*, Nueva York, Algora Publishing, 2002).

a cabo dichos procesos en las conferencias de Yalta⁵²⁰ y de Potsdam.⁵²¹ En el Convenio de Potsdam,⁵²² los Aliados reafirman su intención de llevar a los criminales de guerra ante la justicia, así como su esperanza de que prosperaran rápidamente sus negociaciones en Londres —en las cuales se estaba negociando el Convenio de Londres, mismo que fue firmado seis días después, el 8 de agosto de 1945— para determinar cómo llevar a cabo los juicios de los criminales de guerra y hacerlo tan pronto fuera posible. El Convenio de Londres incluyó como anexo el Estatuto del Tribunal Militar Internacional y fue de conformidad con estos dos instrumentos que se constituyó el Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg),⁵²³ para enjuiciar a los grandes criminales de guerra.⁵²⁴

b. La derrota de Alemania y la Declaración de Berlín

El final —jurídicamente hablando— de la Segunda Guerra Mundial podemos fijarlo el 30 de abril de 1945, fecha en que Hitler se suicida al ver que la guerra estaba perdida, causando que su testamento comience a surtir efectos. El testamento de Hitler designa Presidente —Jefe de Estado— de Alemania al Almirante Karl Dönitz y Canciller —Jefe de Gobierno— al Dr. Paul Joseph Goebbels. A partir de esta fecha, las fuerzas alemanas comienzan a rendirse: las fuerzas alemanas

⁵²⁰ Esta conferencia también es llamada la “Conferencia de Crimea”. Esta conferencia se llevó a cabo del 4 al 11 de febrero de 1945, en Yalta, en la península de Crimea, y fue la segunda de las tres conferencias celebradas por los líderes de EE.UU., el Reino Unido y la U.R.S.S. durante la Segunda Guerra Mundial.

⁵²¹ La Conferencia de Potsdam se llevó a cabo del 17 de julio al 2 de agosto de 1945 en el Palacio de Cecilienhof — el palacio del Príncipe Wilhelm de Hohenzollern—, en Potsdam, Alemania.

⁵²² El Convenio de Potsdam es un instrumento distinto a la Declaración de Potsdam. El Convenio de Potsdam fue firmado por EE.UU., el Reino Unido y la U.R.S.S., y este convenio estableció ciertos lineamientos para la paz y seguridad europeas. La Declaración de Potsdam, en cambio, es un documento emitido el 26 de julio de 1945, por el Presidente Truman, el Ministro Churchill y el Generalísimo Chiang Kai-shek, y establecía las intenciones de estas potencias hacia Japón y el teatro de operaciones del Pacífico Sur (más adelante nos referiremos a la Declaración de Potsdam en mayor detalle al analizar el Tribunal de Tokio, *ver infra* Capítulo IV.B.2 “El Tribunal de Tokio”).

⁵²³ Convenio de Londres, nota 40, art. 1; Estatuto del TMI, nota 118, art. 1.

⁵²⁴ El TMI se limitó a enjuiciar a los “grandes criminales” por motivos políticos ya que se consideró que estos criminales deberían estar sujetos a un proceso mucho más publicado y documentado que los criminales “menores”.

en Italia se rinden incondicionalmente ante los Aliados el 1 de mayo; Berlín se rinde el 2 de mayo; las fuerzas alemanas del oeste y el norte —ubicadas en Holanda, el noroeste de Alemania y Dinamarca— se rinden el 4 de mayo. Finalmente, el almirante Dönitz ordena a los submarinos alemanes cesar hostilidades y retornar a sus bases el 5 de mayo.

La capitulación formal de Alemania, sin embargo, se lleva a cabo mediante la firma de dos instrumentos; primero, el 7 de mayo el Coronel General Alfred Jodl se rinde incondicionalmente en nombre de las fuerzas alemanas bajo su mando ante los Aliados en Reims. Sin embargo, esta capitulación enfurece a Stalin porque se firma ante el General Ivan Susloparov, cuando Stalin creía firmemente que ésta solamente podía ser aceptada por el Mariscal Zhukov, representante del Mando Supremo de la U.R.S.S., quien se encontraba en Berlín —entre otras cosas, es por ello que se firma un segundo instrumento de capitulación. El segundo instrumento de capitulación se firmó el 8 de mayo en las afueras de Berlín. En esta ceremonia, el Mariscal de Campo Wilhelm Keitel firmó la renuncia incondicional de las fuerzas militares alemanas ante el Mariscal Georgy Zhukov, representante de la U.R.S.S., el Mariscal Arthur William Tander, representante del Reino Unido, el General Carl Spaatz, representante de los EE.UU., y el General Jean de Lattre de Tassigny, representante de Francia.⁵²⁵

Hay que mencionar que los Aliados estuvieron discutiendo arduamente durante varios meses sobre la redacción de los instrumentos de rendición que deberían de ser firmados por Alemania. El motivo detrás de esta discusión es que en la Primera Guerra Mundial, el texto del instrumento mediante el cual se rindió el Imperio Alemán parecía implicar que había sido la parte civil

⁵²⁵ Ziemke, Earl Frederick, *The U.S. Army in the Occupation of Germany*, ed. en línea, Washington, D.C., Center of Military History, United States Army, colección Army Historical Series, 1990, <http://www.history.army.mil/books/wwii/Occ-GY/> (última visita el 2 de junio de 2008), Capítulo XV “The Victory Sealed”.

—mas no la parte militar— del Estado la que se había rendido mediante la firma de este instrumento por el gobierno civil. Se ha considerado que esta circunstancia es lo que permitió que Hitler desarrollara el llamado argumento de la *Dolchstoßlegende* (la “leyenda de la puñalada por la espalda”),⁵²⁶ la cual afirma que la rama civil del gobierno se rindió aún cuando las fuerzas armadas alemanas todavía podían continuar con la guerra —en la Primera Guerra Mundial. Los Aliados querían evitar cualquier confusión en esta ocasión y prepararon un instrumento de rendición sencillo, claro y sucinto, el cual no dejaba lugar a dudas de que Alemania se rendía debido a que ya no podía continuar con la guerra, y, más importante, que se rendía *incondicionalmente*⁵²⁷ precisamente para evitar —al menos desde un punto de vista semántico— que en un futuro Alemania pudiera utilizar un argumento similar al de Hitler para rearmarse.⁵²⁸

Desafortunadamente, por diversos motivos, el instrumento de rendición que fue firmado no fue el documento que había redactado tan meticulosamente la Comisión Consultiva Europea,⁵²⁹ sino un instrumento que fue preparado en el campo de operaciones con base en el instrumento de rendición de las fuerzas armadas alemanas en Italia.⁵³⁰ Los Aliados estaban preocupados por esta circunstancia que, en una interpretación estricta y legalista, implicaba que se habían rendido las fuerzas armadas alemanas mas no el gobierno civil alemán. Esta circunstancia preocupaba a los

⁵²⁶ Este argumento, aunado al principio *Gesetz ist Gesetz* (la ley es la ley), frecuentemente repetido por los abogados alemanes, ayudó a que Hitler llevara a cabo sus actos y reformas legislativas necesarias para encaminar a Alemania hacia la Segunda Guerra Mundial.

⁵²⁷ En una plática privada entre Stalin y Churchill, estos discutieron el tema de la rendición incondicional de Alemania. Stalin literalmente afirmó que “Alemania no estaba en ningún lugar” haciendo alusión a que Alemania no existía. Ver, Foreign & Commonwealth Office “Record of private talk between the Prime Minister and Generalissimo Stalin after the Plenary Session on July 17th 1945 at Potsdam”, http://www.fco.gov.uk/Files/kfile/churchillstalin_70-1.pdf (última visita el 4 de enero de 2008), pág. 2.

⁵²⁸ Véase generalmente, Ziemke, *Occupation of Germany*, nota 525, Capítulo XV “The Victory Sealed”.

⁵²⁹ La Comisión Consultiva Europea (*European Advisory Commission*) fue una comisión tripartita establecida por EE.UU., el Reino Unido y la U.R.S.S., para analizar el tema de Europa después de la derrota del Eje. Entre sus propósitos, esta comisión tenía la misión de analizar la cuestión de la rendición de los Estados del Eje.

⁵³⁰ Ziemke, *Occupation of Germany*, nota 525, Capítulo XV “The Victory Sealed”.

Aliados porque dejaba la puerta abierta para que en un futuro se volviera a utilizar el argumento de la “puñalada por la espalda” —ahora a la inversa de su versión original—, argumentando que habían sido las fuerzas armadas quienes se habían rendido mas no el gobierno civil y que, por lo tanto, éste continuaba ejerciendo sus facultades como gobierno de Alemania. Para evitar esta circunstancia, los Aliados emiten la Declaración en Relación con la Derrota de Alemania y la Toma de Autoridad Suprema por las Potencias Aliadas,⁵³¹ comúnmente llamada la “Declaración de Berlín”. Esta Declaración establecía que, en virtud de que (i) las fuerzas armadas alemanas habían sido derrotadas completamente, se habían rendido incondicionalmente y que Alemania era incapaz de resistir la voluntad de los vencedores; (ii) no existía un gobierno o autoridad capaz de mantener el orden o administrar el país de conformidad con la voluntad de los vencedores; y (iii) resultaba necesario garantizar el cese de hostilidades, mantener el orden y administrar Alemania,⁵³²

[e]n este acto, los Gobiernos de los Estados Unidos de América, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Reino Unido, y el Gobierno Provisional de la República Francesa, asumen la autoridad suprema respecto de Alemania, incluyendo todos los poderes del Gobierno Alemán, el Alto Mando y cualquier gobierno o autoridad estatal, municipal o local.⁵³³

Los Aliados no estuvieron satisfechos con los instrumentos de rendición firmados por los oficiales alemanes y, como se desprende de la cita anterior, mediante la Declaración de Berlín, declararon que asumían control total *de iure* sobre Alemania —efectivamente asumiendo para si

⁵³¹ Declaration Regarding the Defeat of Germany and the Assumption of Supreme Authority with respect to Germany by the Governments of the United States of America, the Union of Soviet Socialist Republics, and the United Kingdom, and the Provisional Government of the French Republic (emitida el 5 de junio de 1945), impreso en *Surrender of Italy, Germany and Japan, World War II: instruments of surrender, public papers and addresses of the President and of the Supreme Commanders*, Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1946, págs. 58–67 (Declaration Regarding the Defeat of Germany).

⁵³² *Ibidem*, Preámbulo.

⁵³³ *Idem*.

la soberanía alemana—, y advirtiendo que en caso de que las autoridades o la población alemana incumpliera con sus obligaciones bajo dicha Declaración, los Aliados tomarían cualquier acción que consideraran apropiada bajo las circunstancias.⁵³⁴ La Declaración de Berlín también incluyó varias disposiciones respecto de quiénes deberían ser arrestados y tratados como prisioneros de guerra y en particular que el Comandante en Jefe de las Fuerzas Aliadas del Estado Aliado correspondiente podía declarar prisionero de guerra a los miembros de las fuerzas armadas alemanas, o bajo control alemán.⁵³⁵ También establecía que se debería de arrestar y entregar a los Aliados a los principales líderes nazis y las demás personas que se sospechara que hubieran cometido, ordenado o incitado la comisión de crímenes de guerra u otros crímenes análogos y que las autoridades alemanas deberían cumplir con las instrucciones de los Aliados respecto de este tema⁵³⁶ —esta disposición también establecía que serían arrestados los nacionales de las Naciones Unidas⁵³⁷ que hubieran cometido algún crimen de conformidad con su derecho nacional.

c. El establecimiento del Tribunal de Nuremberg

Como una consecuencia de la derrota alemana y su rendición, el Estado alemán efectivamente fue disuelto. Así, los Aliados se encontraron ante una situación muy poco común en el plano internacional. La guerra contra Alemania no había sido concebida como una guerra de ocupación y la disolución del gobierno solamente resaltó los diversos problemas ideológicos entre los Aliados y entre la visión que tenían respecto de lo que se debía hacer al término de este conflicto. Sin em-

⁵³⁴ *Ibidem*, art. 14.

⁵³⁵ *Ibidem*, art. 1.

⁵³⁶ *Ibidem* (la Declaración está redacta de tal suerte que esta obligación deriva de la misma).

⁵³⁷ En este contexto, el término “Naciones Unidas” se usa para referirse a los Aliados.

bargo, para ese momento, los Aliados sí estaban de acuerdo en algo: quien hubiera cometido crímenes de guerra debía ser enjuiciado.

Desde finales de 1943, en la Declaración de Moscú, los Aliados ya habían anunciado que los criminales de guerra serían enjuiciados por las atrocidades que cometieran.⁵³⁸ Posteriormente, en las Conferencias de Teherán, Yalta y Potsdam, se retomó el tema de qué hacer con los criminales de guerra y la voluntad de los Aliados terminó siendo unánime: enjuiciarlos. Los Aliados estaban convencidos —a la luz de la experiencia por lo ocurrido al término de la Primera Guerra Mundial— de que el método que más favorecería que se llevara a cabo su voluntad sería mediante la creación de un tribunal internacional y el sometimiento de los acusados a su jurisdicción. Los Aliados finalmente formalizan su decisión de crear este tribunal mediante la adopción del Convenio de Londres el 8 de agosto de 1945.⁵³⁹

El Convenio de Londres estableció que se creaba el Tribunal Militar Internacional para juzgar a todos los nazis responsables de (1) la planeación y conspiración para cometer cualquiera de los crímenes competencia del tribunal, (2) cometer crímenes contra la paz, (3) cometer crímenes de guerra, y (4) cometer crímenes de lesa humanidad. El proceso ante el TMI se regulaba por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, adjunto al Convenio de Londres.⁵⁴⁰

Habría que mencionar que el Tribunal de Nuremberg solamente llevó a cabo un juicio: el juicio de los Principales Criminales de Guerra.⁵⁴¹ Este juicio se llevó a cabo en contra de los 24

⁵³⁸ *Ver supra*, nota 512 y texto a dicha nota.

⁵³⁹ Convenio de Londres, nota 40, pág. 280.

⁵⁴⁰ Estatuto del TMI, nota 118.

⁵⁴¹ En la literatura sobre este tema, a este juicio también se le llama “el Juicio Principal de Nuremberg” o simplemente, “el Juicio de Nuremberg”, sin embargo, ambos términos se refieren al proceso judicial llevado en contra de los 24 principales criminales de guerra y las seis organizaciones que se mencionan más adelante.

principales criminales de guerra⁵⁴² y de seis organizaciones nazis o afiliadas al NSDAP.⁵⁴³ El Tribunal de Nuremberg emitió su sentencia el 30 de septiembre de 1946, en la cual encontró culpables a 19 de los 24 acusados⁵⁴⁴ —doce fueron condenados a muerte,⁵⁴⁵ tres fueron sentenciados a prisión vitalicia,⁵⁴⁶ y cuatro recibieron condenas por tiempo limitado.⁵⁴⁷ Sin embargo, habría que recordar que no obstante el hecho de que este tribunal solamente llevó a cabo el juicio en contra de los Principales Criminales de Guerra, no hay que perder de vista que además de este juicio, hubo una serie de procesos judiciales en contra de criminales “menores” en diversos tribunales nacionales.⁵⁴⁸

⁵⁴² Los 24 acusados fueron: Martin Bormann, Karl Dönitz, Hans Frank, Wilhelm Frick, Hans Fritzsche, Walther Funk, Hermann Wilhelm Göring, Rudolf Hess, Alfred Jodl, Ernst Kaltenbrunner, Wilhelm Keitel, Gustav Krupp von Bohlen und Halbach, Robert Ley, Baron Konstantin von Neurath, Franz von Papen, Erich Raeder, Joachim von Ribbentrop, Alfred Rosenberg, Fritz Sauckel, Dr. Hjalmar Schacht, Baldur von Schirach, Arthur Seyss-Inquart, Albert Speer y Julius Streicher.

⁵⁴³ Las seis organizaciones enjuiciadas fueron: la directiva del Partido Nazi (Nacionalsocialista), la *Schutzstaffel* (la “SS”, el Escuadrón de Protección del Partido Nazi), la *Sicherheitsdienst* (la “SD”, el servicio de inteligencia de la SS), la *Gestapo*, la *Sturmabteilung* (la “SA”, las tropas de asalto o comúnmente, las “camisas pardas”), y el *Oberkommando der Wehrmacht* (el Alto Mando de las Fuerzas Armadas Alemanas).

⁵⁴⁴ Gustav Krupp von Bohlen und Halbach fue declarado incapaz de comparecer en juicio por motivos médicos. Robert Ley se suicidó el 25 de octubre de 1945, antes de que comenzara el juicio. En relación con los otros tres inculpados que fueron declarados inocentes, estos fueron Hans Fritzsche, Franz von Papen y al Dr. Hjalmar Schacht.

⁵⁴⁵ Estos fueron Herman Wilhelm Göring, Joachim von Ribbentrop, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Arthur Seyss-Inquart y Martin Bormann.

⁵⁴⁶ Estos fueron Rudolf Hess, Walther Funk y Erich Raeder.

⁵⁴⁷ Baldur von Schirach y Albert Speer fueron sentenciados a veinte años, el Baron Konstantin von Neurath fue sentenciado a quince años y Karl Dönitz a diez años.

⁵⁴⁸ Estos “criminales menores” fueron definidos por exclusión: todos aquellos que cometieron crímenes de guerra y que no serían procesados por el TMI. Lo que ocurrió fue que los tribunales alemanes enjuiciaron a los alemanes que cometieron delitos en contra de otros alemanes y los tribunales de los Aliados enjuiciaron a los alemanes que cometieron delitos en contra de extranjeros —no alemanes. Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, págs. 353–354.

Entre estos juicios están el Juicio de los Doctores, el Juicio de los Rehenes, el Juicio del Alto Mando, los Juicios de Dachau, los Juicios de los Tribunales Populares de Rumania, los *Sotasyllisysoikeudenkäynti* en Finlandia, y el Segundo Juicio de Auschwitz (el *zweite Auschwitz-Prozess*).

2. El Tribunal de Tokio

En el Lejano Oriente, en cambio, para finales de 1945 todavía no había concluido la Segunda Guerra Mundial, por lo que el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (el “TMI-LO”) no se creó sino hasta 1946. MacArthur ordenó la creación de este tribunal mediante su orden ejecutiva emitida el 19 de enero de 1946 y el TMILO estuvo en funciones del 3 de mayo de 1946 al 12 de noviembre de 1948. Comparativamente, el Tribunal de Tokio fue un fracaso a diferencia del TMI.⁵⁴⁹

El Tribunal de Tokio se considera un fracaso entre otras cosas, porque ningún miembro de la familia real japonesa fue acusado o procesado por su participación durante la comisión de ningún crimen y porque en 1947 y en 1948 un número significativo de los principales criminales de guerra de este teatro de operaciones fueron liberados sin haber sido enjuiciados. Actualmente, se han reavivado varios problemas en relación con los crímenes cometidos por los japoneses durante la Segunda Guerra Mundial. El Santuario Yasukuni,⁵⁵⁰ por ejemplo, ilustra varios de estos problemas. Catorce criminales de guerra acusados de cometer crímenes contra la paz se encuentran enterrados en dicho santuario.⁵⁵¹ El centro de esta controversia es que altos funcionarios del go-

⁵⁴⁹ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 332.

⁵⁵⁰ El Santuario Yasukuni o Yasukuni Jinja. (靖国神社), es un santuario sintoísta construido en 1869 por ordenes del Emperador Meiji en honor de las víctimas de la guerra Boshin y se ha convertido en uno de los recintos sintoístas más importante. Yasukuni Shrine, “History”, About Yasukuni Shrine | Yasukuni Shrine, <http://www.yasukuni.or.jp/english/about/index.html> (última visita 2 de junio de 2008). De acuerdo con la doctrina sintoísta, el Santuario es un sitio en donde residen los espíritus de aquellas personas que han peleado en nombre del Emperador, mismos que al fallecer se convierten en espíritus heroicos (英霊, *eirei*) y reposan en el santuario.

⁵⁵¹ En el Libro de las Ánimas de este santuario incluye un total de 1,068 personas acusadas de haber cometido crímenes de guerra durante la Segunda Guerra Mundial. De este total, catorce criminales de guerra Clase A (crímenes contra la paz) están inscritos en dicho libro: el Barón Hiranuma Kiichiro, el General Koiso Kuniaki, Shiratori Toshio, el General Doihara Kenji, el Barón Hirota Koki, el General Kimura Heitaro, el General Matsui Iwane, el General Muto Akira, el General Itagaki Seishiro, el General Tojo Hideki, el General Umezumi Yoshijiro, Matsuoka Yosuke, Nagano Osami, y Togo Shigenori. Ver Kyodo News, “Yasukuni, state in ‘69 OK’d war criminal inclusion”, The Japan Times Online, 29 de marzo de 2007, <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20070329a5.html> (última visita el 4 de noviembre de 2007).

bierno japonés visitan este santuario con relativa frecuencia para honrar a las personas que han muerto en defensa del Emperador.⁵⁵² Además, oficialmente todavía se niegan muchas de las “supuestas” atrocidades cometidas por los soldados japoneses⁵⁵³ y también circulan versiones revisionistas de la historia de la Segunda Guerra Mundial en las cuales se presenta a Japón como un Estado que únicamente participó en este conflicto en defensa propia.⁵⁵⁴

a. Antecedentes

En el teatro de operaciones del Pacífico y de Asia durante la Segunda Guerra Mundial, Japón había logrado grandes avances, conquistando regiones de China (Manchuria), Corea, Filipinas, Malasia, Vietnam, Singapur, y una serie de islas y territorios. Durante sus avances, varias unidades del ejército japonés habían cometido una serie de atrocidades y crímenes de guerra y de lesa humanidad que posteriormente serían la materia de los juicios que se llevaron a cabo ante el Tribunal Militar para el Lejano Oriente, el Tribunal de Tokio. A lo largo del conflicto en este teatro de operaciones, los japoneses llevaron a cabo prácticas deplorables en los campos en donde detuvieron a los prisioneros de guerra, matando a los prisioneros no aptos para trabajar y forzando al

⁵⁵² Las visitas más controversiales en este sentido han sido las del primer ministro Junichiro Koizumi, quien visitaba el santuario con bastante frecuencia. Sin embargo, después de que Koizumi dejara de ser primer ministro, Shinzo Abe, el nuevo primer ministro, redujo las visitas a dicho santuario para aliviar tensiones regionales. *Ver* BBC News “Japan’s Abe shuns Yasukuni visit”, BBC News | Asia Pacific, 15 de agosto de 2007, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/6947304.stm> (última visita 2 de noviembre de 2007).

⁵⁵³ Entre otras cosas, podemos hacer referencia a los libros de texto oficiales en Japón aprobados en 2005. Estos libros omiten el tema de la prostitución forzada a que sometió el ejército japonés a las mujeres de los territorios conquistados y solamente mencionan que hubo ciertas conductas que se llevaron a cabo como una necesidad de la guerra. *Ver* Horsley, William, “The row over Japan’s past and future”, BBC News | Programmes | From our Own Correspondent, 16 de abril de 2005, http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/from_our_own_correspondent/4449005.stm (última visita el 2 de noviembre de 2007).

⁵⁵⁴ *Ver*, entre otros, la presentación del museo del Santuario Yasukuni, misma que, haciendo referencia a su exhibición permanente, dice textualmente que “[l]a verdad de la historia militar japonesa moderna ha sido recuperada” (War Memorial Museum Yushukan, “Chronology of Japanese Military History”, Yasukuni Jinja, http://www.yasukuni.or.jp/english/yasuhtml_english/yusyuu.html (última visita 4 de noviembre de 2007)).

resto a trabajar hasta morir. Además de esto, cometieron actos de canibalismo y otra serie de atrocidades.

La Conferencia de Cairo se celebró en El Cairo, Egipto, el 27 de noviembre de 1943. Ésta fue una de las conferencias de la Segunda Guerra Mundial a las cuales se presentaron los líderes de los Aliados que estaban peleando en el teatro de operaciones asiático y pacífico. La Declaración de Cairo fue un comunicado transmitido vía radio el 1 de diciembre de 1943 y es el instrumento mediante el cual los Aliados publican su intención de continuar el esfuerzo bélico en contra de Japón hasta que (i) Japón se rinda incondicionalmente, (ii) regrese los territorios ocupados de la República China, y (iii) permita a Corea ser libre.⁵⁵⁵

Para 1945, Japón ya tenía amplios problemas de abasto y la falta de combustible había causado que las fuerzas japonesas se limitaran a prepararse para defender el territorio japonés ante la invasión de los Aliados.⁵⁵⁶ El Marqués Kōichi Kido preparó un plan para controlar la crisis que enfrentaba Japón derivada del problema de abasto y la situación de la guerra. El Marqués recomendó al Emperador que éste se involucrara directamente y ofreciera la paz a los Aliados en términos benéficos para ambos bandos.⁵⁵⁷

El motivo fundamental por el cual Japón no se rindió aún frente a los problemas que enfrentaba es que bajo la óptica del mando japonés, las fuerzas armadas de Japón debían obtener una victoria en contra de los EE.UU. para entonces poder negociar la paz desde una mejor posición y así obtener términos más favorables para Japón. Sin embargo, para junio de 1945, el Em-

⁵⁵⁵ Esta demanda es modificada posteriormente para aceptar un Japón que se rinde y con el cual los Aliados pactan respetar la institución del Emperador. *Ver infra*, Capítulo IV.B.2.b “La derrota de Japón”.

⁵⁵⁶ Pape, Robert A., “Why Japan Surrendered”, *International Security*, EE.UU., Otoño 1993, vol. 18, no. 2, págs. 154-201.

⁵⁵⁷ *The Diary of Marquis Kido*, citado en Frank, Richard B., *Downfall: the End of the Imperial Japanese Empire*, Nueva York, Random House Publishing Group, 1999, pág. 97.

perador ya no confiaba en que esto fuera a ocurrir y el 22 de junio le solicitó al gabinete de guerra japonés que preparara planes concretos para terminar la guerra.⁵⁵⁸ El Emperador tenía planeado enviar al Príncipe Konoye a Moscú para informar a los soviéticos que Japón tenía plenas intenciones de negociar un cese a las hostilidades pero que no lo haría mientras EE.UU. y Reino Unido insistieran en una rendición total.⁵⁵⁹ Este mensaje se transmitió para que el representante soviético ante la Conferencia de Potsdam tuviera pleno conocimiento de la situación, en el entendido de que el Príncipe Konoe se reuniría con las autoridades soviéticas a su retorno de Potsdam.⁵⁶⁰ El Embajador Sato —embajador de Japón ante la U.R.S.S.— respondió que Japón solamente podía esperar que los Aliados aceptaran una oferta de rendición incondicional o una rendición en términos sustancialmente similares;⁵⁶¹ pero en correspondencia posterior, el Embajador aclaró que por supuesto que intercedería por Japón en el entendido de que siempre se deberá preservar la Casa Imperial.⁵⁶² Posteriormente, en julio de 1945, el Ministro de relaciones exteriores japonés, Shigenori Toró, fue enviado a la U.R.S.S. para intentar negociar que ésta mantuviera su neutralidad y Japón tuviera oportunidad de negociar la paz con los Aliados en términos más favorables.

Stalin le informó a Churchill acerca del mensaje del Embajador Sato, transmitiéndole que el Emperador de Japón afirmaba que no aceptarían la rendición incondicional, pero que “si no se

⁵⁵⁸ *Ibidem*, pág. 102.

⁵⁵⁹ El 12 de julio, el Ministro Togo envió una comunicación al Embajador Sato, el Embajador Japonés en Moscú en relación con este punto, misma que fue interceptada por fuerzas estadounidenses. War Department, Office of A.C. of S., G-2, “Magic—Diplomatic summary”, no. 1205, 13 de julio de 1945, <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB162/31.pdf> (última visita el 4 de noviembre de 2007), pág. 2.

⁵⁶⁰ *Idem*. Como ya lo mencionamos anteriormente, la Conferencia de Potsdam se llevó a cabo del 17 de julio al 2 de agosto de 1945 en Potsdam, Alemania, y en esta conferencia, los Aliados (EE.UU., Reino Unido y la U.R.S.S.) acordaron cómo tratar a los criminales de guerra alemanes y ciertas otras cuestiones relacionadas con el término de la guerra en el teatro de operaciones europeo.

⁵⁶¹ Magic—Diplomatic summary, no. 1208, citado en Frank, *Downfall*, nota 557, pág. 226.

⁵⁶² Magic—Diplomatic summary, no. 1212, citado en *ibidem*, pág. 229.

insistía en ello, Japón podría estar preparado para llegar a un acuerdo respecto a otros términos [de rendición].”⁵⁶³ En esta plática también se mencionó el hecho de que el pueblo americano estaba dudando respecto de la necesidad de que Japón se rindiera incondicionalmente, afirmando que no valía la vida de un millón de estadounidenses o de ingleses, que los japoneses ya se habían dado cuenta de la fuerza de los Aliados y que estaban temerosos.⁵⁶⁴

El 26 de julio de 1945, el Presidente Truman, el Primer Ministro Churchill y el Presidente Chiang Kai-shek emitieron una Proclamación Estableciendo las Condiciones para la Rendición de Japón (comúnmente conocida como “la Declaración de Potsdam”).⁵⁶⁵ En esta declaración, los Aliados afirmaban que utilizarían el poder de sus fuerzas armadas en forma conjunta en contra de Japón⁵⁶⁶ e “[instan] al gobierno de Japón a que rinda incondicionalmente a sus fuerzas armadas y que ofrezca garantías apropiadas y adecuadas de su buena fe en relación con dicho acto.”⁵⁶⁷ Advertiendo que “[l]a alternativa que tiene Japón es su pronta y total destrucción.”⁵⁶⁸ Sin embargo, a diferencia del caso alemán, los Aliados estaban dispuestos a permitir que el gobierno japonés continuara en funciones siempre que éste cumpliera con ciertas condiciones —limitación de su

⁵⁶³ Foreign & Commonwealth Office, *Private talk between the Prime Minister and Generalissimo Stalin*, nota 527, página 1.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, página 2.

⁵⁶⁵ La Declaración de Potsdam se emite en el marco de la Convención de Potsdam, en la cual se discutieron diversas cuestiones en relación con el teatro de guerra europeo y que, como ya mencionamos, se llevó a cabo en Potsdam, del 17 de julio al 2 de agosto de 1945, en el Palacio de Cecilienhof, en Potsdam, Alemania. *Ver supra*, nota 521, y texto a dicha nota.

⁵⁶⁶ Potsdam Declaration, signed by President Truman, Prime Minister Churchill, and concurred in by Chiang Kai-shek, President of the National Government of China, calling on the Japanese to surrender unconditionally (firmada el 26 de Julio de 1945), impreso en *Surrender of Italy, Germany and Japan, World War II: instruments of surrender, public papers and addresses of the President and of the Supreme Commanders*, Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1946, para. 2.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, para. 13.

⁵⁶⁸ *Idem*.

soberanía a las islas de Honshu, Hokkaido, Kyushu y Shikoku,⁵⁶⁹ desmilitarización y desmantelación de su industria bélica⁵⁷⁰ y ocupación de ciertas partes del territorio japonés, entre otras.⁵⁷¹ El Embajador de Japón en Suiza, Shunichi Kase, le insistió al gobierno japonés que la rendición incondicional que solicitaban los Aliados solamente se refería a las fuerzas armadas, no al gobierno civil y que, además, parecía que los Aliados habían redactado el texto de la Declaración con sumo cuidado, procurando que Japón pudiera rendirse sin perder toda honra.⁵⁷²

El Ministro Togo logró que el gobierno japonés no rechazara la Declaración de Potsdam sino hasta consultar el tema de la capitulación japonesa con los soviéticos; sin embargo, el Primer Ministro Suzuki declaró ante la prensa que él consideraba que

la Proclamación Conjunta [la Declaración de Potsdam] es una paráfrasis de la Declaración de la Conferencia de Cairo. En cuanto al Gobierno, no le damos ningún valor a la misma. Lo único que podemos hacer en relación con ella es no decir nada al respecto (*mokusatsu*). No haremos nada sino continuar luchando hasta el amargo final para alcanzar un triunfal final de la guerra.⁵⁷³

Este rechazo, que no obstante implicaba la inminente aceptación de la Declaración de Potsdam por parte de Japón, fue uno de los factores fundamentales que causaron que Estados Unidos

⁵⁶⁹ También se le otorgaría soberanía a dicho gobierno sobre otras islas menores de conformidad con la voluntad de los Aliados. *Ver ibidem*, para. 8.

⁵⁷⁰ La Declaración de Potsdam establecía que los miembros de las fuerzas armadas japonesas podrían regresar a Japón para conducir vidas pacíficas y productivas y expresamente establecía que la intención de los Aliados no era esclavizar o destruir la nación japonesa, pero que sí tenían la intención de enjuiciar a los criminales de guerra. *Ver ibidem*, paras. 9 y 10.

⁵⁷¹ *Ibidem*, para. 7. Sin embargo, la Declaración también establecía que las fuerzas de ocupación de los Aliados deberían retirarse tan pronto como se obtuvieran los objetivos de dicha Declaración (*ibidem*, para. 12).

⁵⁷² En relación con este punto, los Aliados reconocieron que para la cultura japonesa, la rendición implicaba una pérdida de honra que era impensable, y que en todo caso, debía pagarse con la vida. En su afán de convencer al gobierno japonés de que se rindiera, los Aliados procuraron proporcionarle elementos que le facilitaran esta tarea de una manera que lo aceptaran tanto los civiles como los militares.

⁵⁷³ Schoenberger, Walter Smith, *Decision of Destiny*, Athens, Ohio, EE.UU., Ohio University Press, 1969, págs. 250–251.

utilizara la bomba atómica.⁵⁷⁴ Este es un problema de traducción que escapa el alcance de esta tesis, pero podemos decir brevemente que la mala traducción —o más bien, la traducción directa y con poco estilo— del japonés al inglés implicaba que Japón rechazaba vehementemente la Declaración de Potsdam, cuando en realidad quería decir que sabía que eventualmente tendría que aceptarla, pero que las condiciones en ese momento implicaban que no podían aceptarla expresamente, sino que tendrían que hacerlo implícita o posteriormente.⁵⁷⁵

b. La derrota de Japón

El Emperador Hiroito había sido aconsejado que la derrota era inevitable desde febrero de 1942 y para 1943, la marina japonesa compartía esta opinión.⁵⁷⁶ Sin embargo, la cultura política japonesa forzó a los líderes a continuar con la guerra, más que nada, por miedo de ser asesinados.⁵⁷⁷ La derrota japonesa se formaliza en forma dramática el 6 de agosto de 1945, cuando EE.UU. tira la primera bomba nuclear, “Little Boy”, sobre Hiroshima, después de haber distribuido panfletos dos días antes, anunciando que la ciudad sería destruida —advertencia que no fue tomada en

⁵⁷⁴ *Ver infra*, nota 580 y texto a dicha nota.

⁵⁷⁵ El término “mokusatsu” (黙殺) tradicionalmente se traduce como “ignorar, desdeñar, dejar pasar, sin comentarios” e implica el dejar que la discusión en torno a un tema concluya simplemente dejando de hablar sobre el mismo. Sin embargo, de nuestra experiencia, entendemos que el concepto de *mokusatsu* es mucho más complicado. Primero tenemos que partir de la idea de que en occidente se precia el lenguaje preciso; esto es, nuestra cultura nos enseña a hablar de manera relativamente directa y a no ser deliberadamente ambiguos —excepto en ciertos casos específicos, como por ejemplo, en la poesía. Sin embargo, en las culturas orientales —al menos en la cultura china y japonesa—, una respuesta ambigua es incluso señal de un dominio del idioma y denota cierta elegancia. *Mokusatsu* es una respuesta ambigua y es la respuesta que se da en situaciones en que se hace una oferta a una persona y dicha persona sabe que tiene que aceptar —o que eventualmente terminará aceptando— dicha propuesta, pero que por motivos de honra no puede aceptarla —o al menos, todavía no puede hacerlo. *Mokusatsu* describe esta situación en que tanto la persona que realiza la oferta como la persona a quien se le formula saben que en este momento se va a declinar —para salvaguardar la honra de quien recibe la oferta— pero que eventualmente se va a aceptar dicha propuesta. *Ver* Kawai, Kazuo, “Japan’s Response to the Potsdam Declaration”, *The Pacific Historical Review*, EE.UU., 1950, vol. 19, no. 4, págs. 409 *et seq.*; y Coughlin, William J., “The Great *Mokusatsu* Mistake: was this the deadliest error of our time?”, *Harper’s Magazine*, EE.UU., 1953, vol. 206, no. 1234, págs. 31 *et seq.*

⁵⁷⁶ Johnson, Paul, *Modern Times: the world from the twenties to the nineties*, ed. revisada, Nueva York, Harper Perennial Modern Classics, 2001, pág. 425.

⁵⁷⁷ *Idem.*

cuenta.⁵⁷⁸ En esa fecha, el alto mando japonés mandó llamar a Nishina, el director del programa atómico japonés para investigar si el artefacto detonado sobre Hiroshima era efectivamente una bomba atómica y si era posible reproducirla en un plazo de seis meses.⁵⁷⁹

El Presidente Truman, en su discurso emitido después de que Estados Unidos utilizó la bomba atómica anunció al pueblo estadounidense y a las fuerzas aliadas que “[e]l ultimátum emitido en Potsdam el 26 de julio fue para evitar la destrucción total del pueblo japonés. Sus líderes lo rechazaron rápidamente.”⁵⁸⁰ En virtud de lo anterior, él había decidido utilizar todos los medios a su alcance, incluyendo el uso de las bombas atómicas con el único propósito de forzar al gobierno japonés a capitular y rendirse incondicionalmente ante los Aliados.⁵⁸¹ Actualmente sabemos que este era un escenario que se había planeado con anterioridad al uso de la bomba atómica.

El 9 de agosto de 1945, ante el silencio del gobierno japonés, Nagasaki fue el blanco de una segunda bomba atómica, “Fat Boy”. Esa noche se reunió el Emperador con el alto mando Japonés y le recomendó aceptar la Declaración de Potsdam. El Alto Mando decidió aceptar la recomendación del Emperador.⁵⁸² El Ministro Togo envió un telegrama a los Aliados, comunicándoles que Japón aceptaría la Declaración de Potsdam pero que no aceptaría que se afectaran las prerrogati-

⁵⁷⁸ *Idem.*

⁵⁷⁹ *Ibidem*, pág. 328.

⁵⁸⁰ Truman, Harry S., “Draft statement on the dropping of the bomb”, 30 de julio de 1945, President’s Secretary’s File, Truman Papers, http://www.trumanlibrary.org/whistlestop/study_collections/bomb/large/documents/pdfs/9-15.pdf#zoom=100 (última visita el 5 de noviembre de 2007), pág. 4.

⁵⁸¹ *Idem.*

⁵⁸² Yoshida, *Nihonjin no sensookan*, citado en Bix, Herbert P., *Hirohito and the Making of Modern Japan*, Nueva York, Harper Collins Publishers, 2000, pág. 517.

vas del Emperador.⁵⁸³ Al día siguiente, el Embajador Sato recibió la declaración de guerra de la U.R.S.S. y ese mismo día, invadió Manchuria —para esa fecha, la U.R.S.S. tenía a 1'600,000 soldados en su frontera con Manchuria. Esta noticia la reciben los líderes militares japoneses con gran preocupación y comienzan a prepararse para repeler una invasión; sin embargo, el Emperador ya había decidido que era imposible continuar la guerra. Así, el Primer Ministro Togo anunció en una reunión con el Mando Japonés que aceptarían la Declaración de Potsdam, pero que necesitaban garantías de que el Emperador no se vería comprometido.

El 12 de agosto, los Aliados respondieron a la comunicación japonesa, y en relación con el tema del Emperador, los Aliados afirmaron que

Desde el momento de su rendición, la autoridad del Emperador y el gobierno japonés para gobernar el Estado estará sujeta al Mando Supremo de las Potencias Aliadas, quien tomará los pasos que considere adecuados para instrumentar los términos de la rendición.

[...]

De conformidad con la Declaración de Potsdam, la forma de gobierno de Japón será determinada por la voluntad libre y expresa del pueblo japonés.⁵⁸⁴

El 14 de agosto, el gobierno japonés decidió destruir gran cantidad de documentos y reportes relacionados con crímenes de guerra y la responsabilidad criminal de altos funcionarios del gobierno japonés.⁵⁸⁵

⁵⁸³ Byrnes, James F. y Grässli, Max, “Japanese offer of surrender, exchange of correspondence between the Secretary of State, James f. Byrnes, and Max Grässli, Charge d’Affaires ad interim of Switzerland, August 10 through the 14th, 1945”, reimpresa en *Surrender of Italy, Germany and Japan, World War II: instruments of surrender, public papers and addresses of the President and of the Supreme Commanders*, Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1946, pág. 75.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, págs. 76–77.

⁵⁸⁵ Bix, *Hirohito*, nota 582, pág. 528.

A mediodía del 15 de agosto de 1945,⁵⁸⁶ el Emperador Hiroito anunció que Japón aceptaba los términos de la Declaración de Potsdam,⁵⁸⁷ efectivamente reconociendo la rendición de Japón.⁵⁸⁸

Todavía existe controversia en relación con la decisión de Japón de rendirse, pero públicamente se ha aceptado que dos de los motivos que incitaron al Emperador Hiroito a rendirse fueron la invasión de Manchuria por la U.R.S.S. —con sus 1'600,000 hombres en el frente— y el hecho de que EE.UU. estuviera en posesión de la bomba atómica.⁵⁸⁹ En su discurso difundido por radio a la nación, el Emperador reafirmó que el propósito de la guerra había sido buscar la protección del pueblo japonés y para traer paz y estabilidad a la región asiática, y continuó afirmando que debido a que “recientemente, el enemigo ha utilizado un explosivo extremadamente cruel [y que la] matanza tan frecuente de inocentes y los efectos de la destrucción que implica son incalculables”,⁵⁹⁰ Japón aceptaría los términos de la Declaración de Potsdam.⁵⁹¹ En Japón, la parte más famosa de su discurso es cuando el Emperador afirma que “el Imperio tolerará penas irresis-

⁵⁸⁶ La noche del 14 de agosto de 1945, algunos oficiales se rebelaron en contra del Emperador debido a que consideraban que su decisión de rendirse violaba el código de honor del pueblo y del ejército japonés y que la deshonra que implicaba no podía soportarla el pueblo. El mayor Kenji Hatanaka esperaba que, ocupando el Palacio Imperial, podría inspirar al ejército japonés y rebelarse para evitar que Japón se rindiera. Durante la noche, las fuerzas del Mayor ocuparon el Palacio e intentaron impedir que se difundiera el discurso de rendición grabado por el Emperador. Sin embargo, nunca encontraron la grabación del discurso y no pudieron destruirla. Aproximadamente a las 3:00 de la mañana, el Mayor Hatanaka fue informado de que la División del Este del Ejército iba camino al Palacio a detenerlo y que lo mejor era rendirse. Para la mañana siguiente, la rebelión había sido completamente desarmada y el Mayor Hatanaka se suicidó.

⁵⁸⁷ Debido a que el Emperador anunció la rendición a las 12:00, hora de Tokio, para México y la mayor parte de Occidente esto ocurrió el 14 de agosto de 1945, un día antes.

⁵⁸⁸ Sin embargo, como Japón seguía en guerra en contra de China y la U.R.S.S., hubo que negociar esta paz de manera separada a la paz con los Aliados.

⁵⁸⁹ Johnson, *Modern Times*, págs. 425–427.

⁵⁹⁰ Imperial Rescript of the Termination of the War (emitido el 14 de agosto de 1945), Birth of the Constitution of Japan, <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/shiryō/01/017shoshi.html> (última visita el 2 de junio de 2008) (Rescripto Imperial sobre la Rendición).

⁵⁹¹ Una nota curiosa es el hecho de que el Emperador nunca emplea el verbo “rendir” o “capitular” porque en la cultura japonesa el rendirse era considerado deshonoroso, normalmente requiriendo el suicidio.

tibles. Estoy plenamente conciente de los sentimientos de mis súbditos, pero de acuerdo con los designios del destino, estoy dispuesto a soportar lo insoportable para que la paz dure miles de generaciones.”⁵⁹² Hay que mencionar que el Emperador emitió otro discurso para las fuerzas armadas en el cual omitió su referencia a las armas atómicas y en cambio enfatizó la invasión de Manchuria por la U.R.S.S. como el motivo determinante por el cual Japón se veía forzado a aceptar las disposiciones de la Declaración de Potsdam.⁵⁹³

El 28 de agosto las tropas aliadas comenzaron a ocupar Japón pero el instrumento de rendición se firmó en la cubierta del buque estadounidense U.S.S. Missouri hasta la mañana del 2 de septiembre de 1945.⁵⁹⁴ El texto de este instrumento establecía, entre otras cosas, que Japón aceptaba las disposiciones de la Declaración de Potsdam.⁵⁹⁵ Sin embargo, no obstante la rendición formal de Japón, hubo algunas tropas que continuaron peleando por años pensando que esto era una trampa de los Aliados para convencerlos de rendirse o porque consideraban que rendirse iba en contra de su código de honor.⁵⁹⁶ Habría que mencionar que si bien el texto de este documento

⁵⁹² Rescripto Imperial sobre la Rendición, nota 590.

⁵⁹³ Esto es radicalmente diferente al discurso que se difundió por radio para el público en general en el cual se enfatizó el uso de las bombas atómicas por EE.UU.

⁵⁹⁴ The National Archives, “Japanese Surrender Document”, Featured Documents, http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/japanese_surrender_document/index.html (última visita el 5 de noviembre de 2007).

⁵⁹⁵ The National Archives, “Instrument of Surrender First Page”, Featured Documents: Japanese Surrender Document, http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/japanese_surrender_document/images/instrument_of_surrender_01.jpg (última visita el 5 de noviembre de 2007).

⁵⁹⁶ Hubo algunos miembros y unidades de las fuerzas armadas japonesas que continuaron peleando incluso después de la rendición formal de Japón. Incluso varios soldados japoneses, debido a su estricto código de honor continuaron escondidos y “peleando” por Japón años después de terminada la Segunda Guerra Mundial. El soldado japonés que más tiempo duró en esta situación —hasta ahora— es el teniente segundo Hiroo Onoda, quien se rindió y entregó a las autoridades Filipinas en 1974, 29 años después de terminada la Segunda Guerra Mundial, todavía en uniforme con su espada y rifle —en perfecto estado de funcionamiento—, múltiples municiones y granadas explosivas. *Ver* (Onoda, Hiroo, *No Surrender: my thirty year war*, Anápolis, Maryland, U.S. Naval Institute Press, 1999, págs. 219).

establece que las fuerzas armadas de Japón se rindieron incondicionalmente,⁵⁹⁷ también es cierto que los Aliados le ofrecieron ciertas garantías a Japón previo a su rendición —entre las que se incluía el respeto al Emperador y la Casa Imperial— así como el hecho de que el gobierno civil cedió todas sus facultades a los Aliados.⁵⁹⁸

Posterior a su rendición y hasta 1951, Japón fue gobernado por el Mando Supremo de las Potencias Aliadas (SCAP por sus siglas en inglés: *Supreme Commander for the Allied Powers*), mismo que estaba encabezado por el General MacArthur, designado por el Presidente de EE.UU. precisamente el día en que el Emperador aceptó rendirse ante los Aliados.⁵⁹⁹

c. El establecimiento del Tribunal de Tokio y el juicio de los principales criminales de guerra

Después de la rendición de Japón, el SCAP comenzó a instrumentar la política de los Aliados al asumir sus funciones, política que incluía el juicio de los criminales de guerra más importantes del teatro de operaciones del Pacífico. Para llevar a cabo estos juicios, el SCAP creó el Tribunal de Tokio mediante el decreto del General MacArthur del 19 de enero de 1946, en el cuál emitió el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.⁶⁰⁰ Al igual que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, el Estatuto del Tribunal de Tokio estableció la ley sustantiva aplicable así como el derecho adjetivo que aplicaría el Tribunal.

⁵⁹⁷ Instrument of Surrender First Page, nota 595.

⁵⁹⁸ “En este acto ordenamos a todos los funcionarios civiles [...] que acaten y apliquen todas las proclamas, y ordenes y directivas que el Comandante Supremo de las Potencias Aliadas considere adecuadas [...] En este acto el Emperador, el Gobierno Japonés y sus sucesores se obligan a cumplir en buena fe con las disposiciones de la Declaración de Potsdam [...] La autoridad del Emperador y del Gobierno Japonés para gobernar estará sujeta al Comandante Supremo de las Potencias Aliadas” (*idem*).

⁵⁹⁹ Whitney Hall, John, *El Imperio Japonés*, 9 ed., trad. de Marcial Suárez, México, Siglo Veintiuno Editores, 1988, colección Historia Universal Siglo Veintiuno, no. 20, págs. 323 y 326. Sin embargo, habría que mencionar que, a diferencia del Tribunal de Nuremberg, el Tribunal de Tokio tuvo mucho menos apoyo.

⁶⁰⁰ Estatuto del TMILO, nota 118.

El TMILO fue creado para enjuiciar a los líderes del Imperio Japonés —sin embargo, el Emperador y la Familiar Imperial no fueron enjuiciados o inculcados,⁶⁰¹ situación que se ha criticado y se ha llegado a afirmar incluso que el TMILO no fue nada más que una maniobra del General MacArthur para proteger al Emperador y la Familia Imperial. El Tribunal de Tokio también contó con un juez designado por cada Aliado que participó en la guerra, por lo que este Tribunal se constituyó con once jueces.⁶⁰²

El Tribunal de Tokio —al igual que el Tribunal de Nuremberg— solamente llevó un juicio: el juicio en contra de los Principales Criminales de Guerra del teatro de operaciones del Pacífico. En este juicio hubo 28 inculcados,⁶⁰³ y en su sentencia el 12 de noviembre de 1946, el Tribunal declaró culpables a 25 de ellos⁶⁰⁴ —siete fueron condenados a muerte y fueron ejecutados en 1948,⁶⁰⁵ dieciséis fueron sentenciados a prisión vitalicia,⁶⁰⁶ y dos recibieron condenas por tiempo

⁶⁰¹ De hecho, MacArthur y oficiales del gobierno japonés laboraron fuertemente para impedir que la familia imperial se viera inmiscuida en el proceso (Dower, John W., *Embracing Defeat: Japan in the wake of World War II*, Nueva York, W. W. Norton & Co., 1999, pág. 325).

⁶⁰² El Presidente del Tribunal de Tokio fue Sir William Webb (Australia, Juez de la Suprema Corte), y los demás jueces fueron Edward Stuart McDougall (Canadá), Mei Ju-ao (梅汝璈) (China), Henri Bernard (Francia), Radhabinod Pal (India Británica, Profesor de la Universidad de Calcuta), Bert Röling (Países Bajos), Harvey Northcroft (Nueva Zelanda), el Delfin Jaranilla (Filipinas.), Lord Patrick (Reino Unido), John P. Higgins, posteriormente reemplazado por Myron C. Cramer (EE.UU.), e I. M. Zarayanov (U.R.S.S.).

⁶⁰³ El General Araki Sadao, el Coronel Hashimoto Kingoro, el Mariscal de Campo Hata Shunroku, el Barón Hiranuma Kiichiro, Hoshino Naoki, Kaya Okinori, el Marqués Kido Kōichi, el General Koiso Kuniaki, el General Minami Jiro, el Almirante Oka Takasumi, el General Oshima Hiroshi, el General Sato Kenryo, el Almirante Shimada Shigetaro, Shiratori Toshio, el General Suzuki Teiichi, el General Doihara Kenji, el Barón Hirota Kaki, el General Itagaki Seishiro, el General Kimura Heitaro, el General Matsui Iwane, el General Muto Akira, el General Tojo Hideki y el General Umezū Yoshijiro.

⁶⁰⁴ Matsuoka Yosuke y Nagano Osami murieron por causas naturales durante el juicio. Okawa Shumei tuvo una crisis nerviosa y tuvo que ser trasladado a una instalación médica.

⁶⁰⁵ Estos fueron el General Doihara Kenji, el Barón Hirota Kaki, el General Itagaki Seishiro, el General Kimura Heitaro, el General Matsui Iwane, el General Muto Akira y el General Tojo Hideki.

⁶⁰⁶ El General Araki Sadao, el Coronel Hashimoto Kingoro, el Mariscal de Campo Hata Shunroku, el Barón Hiranuma Kiichiro, Hoshino Naoki, Kaya Okinori, el Marqués Kido Kōichi, el General Koiso Kuniaki, el General Minami Jiro, el Almirante Oka Takasumi, el General Oshima Hiroshi, el General Sato Kenryo, el Almirante Shimada Shigetaro, Shiratori Toshio, el General Suzuki Teiichi

limitado.⁶⁰⁷ Sin embargo, excepto por los ejecutados y otros tres que murieron mientras estaban en prisión,⁶⁰⁸ estos criminales fueron liberados en 1955.

Al igual que el Tribunal de Nuremberg, el Tribunal de Tokio conoció de tres tipos de crímenes: “Clase A” (crímenes contra la paz), “Clase B” (crímenes de guerra) y “Clase C” (crímenes de lesa humanidad). El juicio ante éste comenzó el 3 de mayo de 1946 y duró aproximadamente dos años y medio.

No obstante el hecho de que este tribunal solamente llevó a cabo el juicio en contra de los Principales Criminales de Guerra del teatro de operaciones del Pacífico, no hay que perder de vista que al igual que en Europa, además de este juicio, hubo una serie de procesos judiciales en contra de criminales “menores” en diversos tribunales nacionales.⁶⁰⁹

3. Críticas más relevantes en contra de los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial

El Tribunal de Nuremberg y el Tribunal de Tokio fueron fuertemente criticados por diversos motivos. Una de las críticas principales se centra en el argumento de que dichos tribunales no respe-

⁶⁰⁷ Togo Shigenori y Shigemitso Mamoru, quienes fueron Ministro de Relaciones Exteriores y que recibieron una condena de 20 y 7 años de prisión, respectivamente. Shigemitso Mamoru fue liberado en 1950 y volvió a fungir como Secretario de Relaciones Exteriores posteriormente.

⁶⁰⁸ El General Koiso Kuniaki, Shiratori Toshio y el General Umezu Yoshijiro.

⁶⁰⁹ El personal menos importante fue enjuiciado en diversos procesos a lo largo del Pacífico Sur y China. China, por ejemplo, enjuició a varios inculpados en trece tribunales chinos y como resultado se dictaron 504 sentencias condenatorias, de las cuales 149 resultaron en ejecuciones.

Rusia, por su parte, llevó a cabo una serie de juicios del 25 al 31 de diciembre de 1949 en contra de doce miembros del ejército japonés por la manufactura y uso de armas biológicas. Estos son los Juicios para los Criminales de Guerra de Khabarovsk así llamados por la ciudad rusa en donde se llevaron a cabo. Los doce fueron declarados culpables por la comisión de crímenes de guerra y sentenciados a trabajar en campamentos de trabajo forzoso. Eventualmente los doce prisioneros fueron extraditados a Japón en 1956.

El gobierno japonés calcula que aproximadamente 5,700 japoneses fueron enjuiciados por cometer crímenes de guerra y de lesa humanidad, 948 de estos inculpados fueron sentenciados a muerte, 475 sentenciados a prisión vitalicia, 2,944 a prisión con término limitado, 1,018 fueron declarados inocentes y 279 nunca fueron enjuiciados o no fueron sentenciados.

taron el principio de legalidad, “ampliamente establecido a partir del Derecho penal de la Ilustración”,⁶¹⁰ debido a que los tipos penales, las sanciones, los procedimientos y los tribunales mismos habían surgido *ex post facto*, además de ser específicos para casos concretos correspondientes.⁶¹¹ La crítica se resume a que esto fue la aplicación de derecho penal de manera retroactiva.

A primera vista, pareciera ser que el Tribunal de Nuremberg juzgó a los acusados por la comisión de dos delitos nuevos —los crímenes contra la paz y de lesa humanidad—, esto es, que el Tribunal de Nuremberg aplicó derecho penal internacional *ex post facto* o retroactivamente porque dichas conductas no habían sido tipificadas como delitos en la fecha en que fueron llevadas a cabo.⁶¹² En respuesta a esta crítica, el Tribunal simplemente evade el argumento de retroactividad afirmando que para la fecha en que se cometieron los delitos, estos ya habían sido prohibidos por el derecho internacional general, que eran producto de la costumbre internacional general.⁶¹³

Estos tribunales también son criticados porque no se juzgó a los Aliados por los crímenes de guerra que estos cometieron, incluyendo la destrucción de ciudades y objetivos sin relevancia militar, propiedad civil y no combatientes, así como por el uso de las bombas nucleares sobre Hiroshima y Nagasaki. El Tribunal de Tokio es particularmente criticado debido a que se excluyó a la familia imperial de los procedimientos, afirmando que fue una construcción legal para excusar a la familia imperial de toda responsabilidad por los crímenes cometidos por el Imperio Japonés durante la Segunda Guerra Mundial. En relación con esta crítica, habría que mencionar que se

⁶¹⁰ García Ramírez, *Jurisdicción Penal Internacional*, nota 23, pág. 28.

⁶¹¹ *Ibidem*, págs. 28–29.

⁶¹² Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 147.

⁶¹³ *Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, pág. 217. Posteriormente desarrollaremos esta crítica más a detalle (ver *infra*, Capítulo V.D.1 “El ejercicio de jurisdicción por parte de los Tribunales Penales Internacionales no viola el principio de irretroactividad”).

ha argumentado que —a diferencia con el caso de Alemania— la rendición de Japón solamente fue militar y no se rindió incondicionalmente.⁶¹⁴ En este sentido, al no haberse rendido el gobierno japonés, el Emperador, como Jefe de Estado de Japón no se había rendido y por lo tanto, los Aliados carecían de poderes sobre el mismo. No obstante lo anterior, la crítica subsiste y es válida al menos en la medida en que siguiendo una estricta aplicación de los principios establecidos por ambos tribunales, el Emperador debió de haber comparecido en virtud de la teoría de la responsabilidad de mando.⁶¹⁵ Incluso jueces mismos del Tribunal de Tokio han formalizado esta crítica. En su opinión, el Juez Webb, Presidente del Tribunal de Tokio, escribió que “ningún gobernante puede cometer el crimen de lanzar una guerra de agresión y posteriormente argumentar válidamente que se le debe disculpar por haberlo hecho debido a que si hubiera actuado de otra manera, su vida hubiera estado en peligro [...] Resultará que los hombres que aconsejaron que se cometiera el delito, en caso de serlo, están en la misma posición que el hombre que instruyó que se llevara a cabo dicho delito.”⁶¹⁶ El Juez Henri Bernard escribió que la declaración de guerra de

⁶¹⁴ Preux, Jean de, *The Geneva Conventions of 12 August 1949: commentary*, Pictet, Jean S. (ed.), trad. de A. P. de Heney, Ginebra, Suiza, International Committee of the Red Cross, 1960, vol. III, *III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, pág. 75.

Este argumento puede encontrar fundamento adicional en el hecho de que para la redacción del instrumento de rendición de Alemania, los Aliados dejaron claro que se rendía tanto el gobierno civil como las fuerzas armadas alemanas —para evitar que posteriormente alguien pudiera volver a utilizar el argumento hitleriano de la *Dolchstoßlegende* (la “leyenda de la puñalada por la espalda”). *Ver supra*, Capítulo IV.B.1.b “La derrota de Alemania y la Declaración de Berlín”. A diferencia del caso alemán, en el caso de Japón, los Aliados permitieron que sobreviviera la institución del Emperador con gran parte de sus prerrogativas.

⁶¹⁵ Uno de los motivos que ha hecho que esta crítica se presente en contra del Tribunal de Tokio es el hecho de que desde antes del final de la Segunda Guerra Mundial, el General MacArthur le había confirmado al Almirante Mitsumasa Yonai que no sería necesario que el Emperador abdicara. Además, antes de que se constituyera el Tribunal, varios miembros del ejército de EE.UU. y del ejército japonés negociaron cómo evitar que se inculpara a la familia imperial. Similarmente, los testimonios y confesiones fueron coordinados y arreglados para evitar que el Emperador se viera implicado —los inculpados incluso llegaron al extremo de jurar proteger a su Emperador en contra de que éste se viera implicado por la comisión de cualquier crimen.

⁶¹⁶ *Sentencia del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tokio)* (12 de noviembre de 1948), International Military Tribunal for the Far East, *The Tokyo Judgment: the International Military Tribunal for the Far East (I.M.T.F.E.)*, 29 April 1946–12 November 1948, B. V. A. Röling y C. F. Rüter (eds.), Amsterdam, APA–University Press Amsterdam, 1977, vol. I (*Sentencia del Tribunal de Tokio*), pág. 478.

Japón “tenía un autor principal que escapó todo juicio y con quien los hoy Inculpados solamente podrían considerarse como sus cómplices.”⁶¹⁷ Sin embargo, el Juez Röling declaró que él no encontraba objeción alguna en contra de la inmunidad del Emperador. En cambio, en su opinión disidente, el juez indio Radhabinod Pal, afirmó que si se juzgaba a Japón, los Aliados debían igualmente ser juzgados, argumentando que Japón solamente actuó en defensa propia.⁶¹⁸

Finalmente, se critica a estos tribunales por haber sido instituciones multinacionales y no internacionales, afirmando que no representaban a la comunidad internacional en su conjunto, sino solamente a parte de ella.⁶¹⁹ En principio, esta crítica parece ser acertada, sin embargo, para cuando se dictó la Sentencia de Nuremberg, un número significativo de Estados se habían adherido al Convenio de Londres, además,⁶²⁰ el hecho de que la comunidad internacional haya ratificado los procesos judiciales ante el TMI y el TMILO implica que estos procesos fueron aceptados por la comunidad internacional en su conjunto y que si bien, al inicio fueron un esfuerzo de un grupo reducido de Estados, por la adhesión y ratificación posterior, debemos considerar que dichos Estados actuaron en representación del sentir de la comunidad internacional y no solo para lograr obtener sus intereses.⁶²¹

⁶¹⁷ *Ibidem*, pág. 496.

⁶¹⁸ Johnson, *Modern Times*, pág. 428.

⁶¹⁹ *Prosecutor v. Duško Tadić (Opinion and Judgment)*, IT-91-1-T, T. Ch. II (15 de julio de 1999) (*Tadić (Opinión y Sentencia)*), pág. 1.

⁶²⁰ Estos Estados fueron: Grecia, Dinamarca, Yugoslavia, Países Bajos, Checoslovaquia, Polonia, Bélgica, Etiopía, Australia, Honduras, Noruega, Panamá, Luxemburgo, Haití, Nueva Zelanda, India, Venezuela, Uruguay y Paraguay (ver, *Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, pág. 172).

⁶²¹ Además, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó “los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Nuremberg” (UNGA “Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg” UNGA Res 95 (I) (11 de diciembre de 1946)) y tomó nota “del hecho de que principios similares han sido adoptados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente” (*idem*).

C. Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc para la Ex Yugoslavia y Rwanda

Estos tribunales fueron creados por el Consejo de Seguridad en la década de los noventa como una respuesta a las atrocidades cometidas en los territorios de la ex Yugoslavia y Rwanda. El Consejo de Seguridad creó estos tribunales al amparo de sus facultades bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas como medidas para restaurar y salvaguardar la paz y seguridad internacionales y mitigar la amenaza que presentaban esas situaciones en contra de las mismas.

El hecho de que estos tribunales fueran creados para lidiar con situaciones específicas ha causado que comúnmente se les refiera como los tribunales penales internacionales ad hoc —para la ex Yugoslavia y para Rwanda, respectivamente— en virtud del significado latino del término. El término ad hoc quiere decir “lo que se dice o hace sólo para un fin determinado; para un solo acto o una oportunidad especial”.⁶²² Esto es, que dichos tribunales fueron creados exclusiva y específicamente para resolver cuestiones sobre las situaciones de la ex Yugoslavia y de Rwanda exclusivamente —a diferencia de la CPI, misma que conocerá sobre cualquier situación que sea admisible y se ubique dentro del alcance de su competencia.

Comúnmente se acepta que estos tribunales no se hubieran creado si no hubiera concluido la Guerra Fría. El modelo geopolítico de la Guerra Fría había impuesto en el mundo un orden internacional en el cual las superpotencias mantenían el orden dentro de sus respectivas esferas de influencia. El colapso de este modelo causó “el que se fragmentara la comunidad internacional y el que se generara un gran desorden que, aunado con el creciente nacionalismo y fundamentalismo, tuvo como consecuencia el que los conflictos armados que eran principalmente internos se

⁶²² Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, 26a ed., actualizada por Juan Pablo de Pina García, México, Editorial Porrúa, 1998, pág. 58, “Ad hoc”.

salieran de control con un exceso de sangre y crueldad.”⁶²³ Esto también causó que la fibra social en los Estados multiétnicos que vivían en un balance ya en sí precario, se desquebrajara y se llevara a cabo una serie de atrocidades en dichos Estados que solamente podía compararse a lo ocurrido en la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el gran conflicto ideológico entre el bloque occidental y el soviético ya no era un impedimento para que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad llegaran a un acuerdo respecto de la creación de estas instituciones.⁶²⁴

La creciente popularidad de la doctrina de los derechos humanos y el énfasis que da esta doctrina a la necesidad de respetar la dignidad humana y de la obligación que consecuentemente impone al Estado para que éste castigue a quienes atenten contra la misma también fue un factor importante.⁶²⁵ En este contexto, la comunidad internacional —a través del Consejo de Seguridad— reevaluó el concepto de soberanía estatal frente al concepto de los derechos humanos y determinó que éste tenía más peso que aquél y por lo tanto, que habría situaciones en las que el principio de soberanía debía ceder para hacer que se respetaran los derechos humanos, como ocurrió por primera ocasión en el caso de la ex Yugoslavia.

1. El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

En 1991, las atrocidades cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia provocaron que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas utilizara sus poderes para crear el Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el Territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 (el nombre oficial del “Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia” o simplemente “TPIY”). Este

⁶²³ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 335.

⁶²⁴ *Ibidem*, págs. 334–335.

⁶²⁵ *Ibidem*, pág. 335.

tribunal tiene el mandato de juzgar a toda persona que hubiera cometido algún delito internacional dentro del territorio de la ex Yugoslavia del 1 de enero de 1991 al término del conflicto. El TPIY continúa en funciones y se considera que ha faltado cooperación internacional para el debido cumplimiento de su mandato, pero en general ha recibido buenas críticas.

a. Antecedentes

El territorio de la ex Yugoslavia es una región que desde hace varios siglos ha sido ocupado por diversos grupos étnicos y religiosos, que en esa región se clasifican en serbios, musulmanes y croatas.⁶²⁶ Esta situación causó que siempre hubiera tensiones entre dichos grupos, sin embargo, habían logrado coexistir con cierto grado de paz a lo largo de la historia. Durante el siglo diecinueve, comenzó a gestarse la idea de un Estado Serbio independiente y uno Croata, situación que, al desintegrarse el Imperio Otomano y el Imperio Austrohúngaro, al término de Primera Guerra Mundial, llevó a que se creara Yugoslavia como un Estado independiente. La composición multiétnica de dicho Estado, así como el concepto de un Estado Serbio generó grandes conflictos étnicos y nacionales.⁶²⁷

Durante la Segunda Guerra Mundial, Yugoslavia fue invadida en 1941 por Italia y Alemania y fue distribuida entre Italia, Bulgaria y Hungría, dejando una pequeña parte como el Estado Independiente de Croacia —mismo que en la práctica estaba bajo control del Eje. Serbia se convirtió en un protectorado alemán.⁶²⁸ Durante la Segunda Guerra Mundial, la población yugoslava se enfrentó a una situación muy difícil, en un marco de una represión y un maltrato brutal de las minorías, una guerra civil y una lucha en contra de la invasión y ocupación del Eje —un ministro

⁶²⁶ *Tadić (Opinión y Sentencia)*, nota 619, pág. 20–21.

⁶²⁷ *Ibidem*, pág. 21–22.

⁶²⁸ *Ibidem*, pág. 22.

del gobierno croata prometió matar a un tercio de los serbios que vivieran en el territorio de Croacia, deportar a otro tercio y convertir a los demás al catolicismo, por ejemplo. En este contexto, se llevaron a cabo diversas masacres de serbios.⁶²⁹ Uno de los grupos armados en este conflicto, los Partisanos, que se encontraban al mando de Josip Broz —el Mariscal Tito— tuvo un papel predominante en la guerra en Yugoslavia⁶³⁰ y al término de la Segunda Guerra Mundial, los serbios buscaron vengarse de las atrocidades cometidas por los croatas y los Partisanos y es así que los Partisanos, que resultaron victoriosos, ejecutaron sumariamente a 100,000 croatas.⁶³¹ En este contexto, en 1945 se proclamó la República Democrática Federal de Yugoslavia, posteriormente la República Federal Popular de Yugoslavia —que en 1963 nuevamente cambiaría su nombre por la República Federal Socialista de Yugoslavia—, misma que estaba constituida por seis repúblicas —Serbia, Croacia, Eslovenia, Bosnia Herzegovina, Macedonia y Montenegro— y dos regiones autónomas —Vojvodina y Kosovo.

El régimen del Mariscal Tito suprimió todas las tendencias nacionalistas de los diversos grupos que vivían en la región de tal forma que desde de la Segunda Guerra Mundial y hasta 1990, no obstante lo ocurrido durante e inmediatamente después de la misma, Yugoslavia vivió tranquilamente y los diversos grupos que conformaban su población interactuaban entre ellos y mantenían lazos de amistad, cordialidad e incluso había matrimonios entre los mismos.⁶³²

⁶²⁹ *Ibidem*, pág. 22–23.

⁶³⁰ En esa época hubo tres grupos predominantes: los Ustaše, los Četnici y los Partisanos. Los Ustaše contaban con el apoyo del Eje y eran una fuerza que apoyaba un Estado Croata nacionalista. Los Četnici eran fuerzas nacionalistas serbias y monárquicas. Los Partisanos eran un grupo de serbios comunistas. En relación con grupos religiosos, hubo una participación fuerte de musulmanes en los Ustaše y con los Partisanos. *Ibidem*, pág. 22.

⁶³¹ *Ibidem*, pág. 23.

⁶³² *Idem*.

Después de la muerte del Mariscal Tito en mayo de 1980, Yugoslavia empezó a sufrir una serie de conflictos étnicos, cuyo inicio puede trazarse a las medidas adoptadas por Serbia para incorporar a Vojvodina y Kosovo a la República Serbia. Para estas fechas, Kosovo contaba con una población de albanos —otro grupo étnico de la región— mucho mayor que de serbios, y el gobierno de Belgrado quería extender su alcance a Kosovo debido a que ésta es una región importante para los serbios, entre otros motivos, porque ahí se llevó a cabo la batalla de Kosovo⁶³³ y porque históricamente, los serbios la han considerado como parte de su patria. Además, existía una corriente de pensamiento nacionalista serbio que concebía la creación de una Gran Serbia, efectivamente un Estado bastante más extenso que la República Serbia —y naturalmente consideraban que debía incluir a Kosovo y a Vojvodina. La ambición del gobierno de Belgrado logró que la región de Kosovo demandara que se le reconociera como una república dentro de la constitución yugoslava —y ya no como una región independiente. Esto llevó a que hubiera varias manifestaciones de albanos en Kosovo.

Además de lo anterior, a finales de la década de los ochenta, Yugoslavia se enfrentó a una fuerte crisis económica que aunado al régimen de comunismo de mercado, gobierno de un partido único y el declive del comunismo a nivel mundial, hizo que en 1988 se llevara a cabo una serie de reformas políticas y constitucionales. Estas reformas abolieron la estructura comunista y abrió la puerta para que entraran fuerzas nacionalistas a gobernar el país. Los actos serbios para incorporar a Kosovo a la República Serbia fueron llevados a cabo con tal brutalidad que los demás grupos étnicos lo consideraron como un augurio de lo que podrían sufrir a manos de Serbia en un futuro. Esta visión fue fomentada por los delegados serbios en el Congreso de la Liga Comunista

⁶³³ Esta batalla se da en el marco de la invasión del Imperio Otomano del siglo XIV, y es importante porque durante la invasión, el pueblo serbio resistió para ser derrotados en la Batalla de Kosovo en 1389, en la cual mueren el Príncipe Lazar —príncipe serbio— y el Sultán Murad I.

de 1989, que intentaron remplazar la regla de un voto por entidad federativa —que imponía una igualdad a las entidades constitutivas de Yugoslavia— por un voto ponderado por población —efectivamente, una persona, un voto. Esto le hubiera dado una gran mayoría de la votación a Serbia.⁶³⁴

Así, en 1989, se llevaron a cabo diversas manifestaciones en el 600 aniversario de la Batalla de Kosovo,⁶³⁵ mismas que alimentaron el ánimo nacionalista de los serbios. Slobodan Milošević, quien era el representante serbio ante el gobierno federal fue enviado a calmar la situación pero en lugar de apoyar a la federación, Milošević tomó el lado de los serbios y anunció que él sería el protector de los serbios y que no permitiría que se abusara de ellos. Milošević obtuvo tanto apoyo que logró ganar la presidencia de Serbia y desde ahí removió a los burócratas “neutrales” y los remplazó por sus partisanos. Esto le permitió controlar Yugoslavia, lo que generó una serie de conflictos étnicos que causó que en diciembre de 1990, Eslovenia llevara a cabo un plebiscito, en el cual se decidió independizarse de Yugoslavia por una gran mayoría.⁶³⁶ El gobierno federal, en preparación de un conflicto separatista, decidió erradicar las fuerzas territoriales de defensa yugoslavas⁶³⁷ para evitar que las diversas repúblicas tuvieran fuerzas armadas con qué responder a una incursión del ejército federal —sin embargo, esto fue demasiado tarde para el caso de Eslovenia. Esto también favoreció que se repitiera la situación de Eslovenia en

⁶³⁴ *Tadić (Opinión y Sentencia)*, nota 619, pág. 26.

⁶³⁵ *Ver supra*, nota 633.

⁶³⁶ *Tadić (Opinión y Sentencia)*, nota 619, pág. 26.

⁶³⁷ Las fuerzas de defensa territorial (TO por su nombre en serbocroata *Teritorijalna odbrana*) fueron concebidas por el Mariscal Tito como una reserva militar o milicia y su función era mantener o restaurar el gobierno yugoslavo en caso de que existiera alguna invasión y bajo esta doctrina, cualquier ciudadano que resistiera al agresor sería considerado como miembro de estas fuerzas. Estos reservistas se encontraban bajo el mando de los Ministros de Defensa de cada una de las repúblicas constitutivas de Yugoslavia, mismas que las incorporaban y mantenían. *Tadić (Opinión y Sentencia)*, nota 619, pág. 37.

Croacia en mayo de 1991, que también decidió declarar su independencia.⁶³⁸ El gobierno federal desplegó al ejército federal a las regiones ocupadas por serbios en Croacia —en Krajina y al este—, y para el 25 de junio de 1991, cuando Eslovenia y Croacia declararon su independencia, éstas fueron atacadas por el ejército federal⁶³⁹

b. La disolución del Estado Yugoslavo y la crisis humanitaria en el territorio de la ex Yugoslavia

Cuando Eslovenia y Croacia declararon su independencia, el gobierno federal ordenó al Ejército Popular Yugoslavo que asegurara las fronteras internacionales de Yugoslavia en Eslovenia, sin embargo, Eslovenia movilizó a su policía y a sus fuerzas de defensa territorial (TO),⁶⁴⁰ lo cual llevó a que hubiera ciertos conflictos e intercambio de fuego entre estos grupos. Este conflicto culminó relativamente rápido con los acuerdos de Brioni del 9 de julio de 1991 —es por ello que se le conoce como la Guerra de los Diez Días—, cuando se acordó que el ejército federal se retiraría de Eslovenia, con muy pocas pérdidas de vida humana y sin grandes pérdidas materiales. El motivo por el cual a Eslovenia se le permitió independizarse sin mayor intervención armada es el hecho de que no tenía una población serbia importante y por lo tanto no caía dentro del concepto de la Gran Serbia.⁶⁴¹ Además, debido a la intención de formar la Gran Serbia el ejército yugoslavo estaba más preocupado por retirarse de Eslovenia cuando fue evidente que las fuerzas de defensa territorial de Eslovenia estaban bien equipadas y no sucumbirían fácilmente.⁶⁴²

⁶³⁸ *Ibidem*, pág. 27.

⁶³⁹ *Idem*.

⁶⁴⁰ *Ver supra*, nota 637.

⁶⁴¹ *Tadić (Opinión y Sentencia)*, nota 619, pág. 39.

⁶⁴² *Idem*.

En el caso de Croacia, sin embargo, la situación fue completamente diferente. Eslovenia no era tan importante para el gobierno de Milošević porque tenía poca población serbia. Croacia, sin embargo, tenía una gran población serbia y es por ello que se utilizó la Guerra de los Diez Días como una excusa para encubrir movimientos de tropas hacia Croacia, particularmente a regiones fuertemente pobladas por serbios. En el momento en que Croacia declaró su independencia de Yugoslavia, las regiones mayoritariamente serbias —ocupadas por el ejército federal— declararon su independencia de Croacia y se proclamaron la República Serbia de Krajina.⁶⁴³ El gobierno federal ordenó al ejército que retomara el control de Croacia y para septiembre de 1991, el ejército federal controlaba casi una tercera parte de Croacia y fue en esas fechas que comenzaron a llevarse a cabo las políticas de depuración étnica y se cometieron una gran cantidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad por parte del ejército federal yugoslavo —que para estas fechas era básicamente un ejército compuesto por serbios— en territorio croata, y posteriormente, algunos crímenes de guerra y de lesa humanidad por fuerzas croatas.

El 8 de septiembre de 1991, Macedonia declaró su independencia y se desplegaron 500 soldados bajo el amparo de las Naciones Unidas para monitorear la frontera norte de Macedonia. Es interesante que Macedonia mantiene buenas relaciones con los demás Estados de la ex Yugoslavia y que no hubo ninguna resistencia en contra de su independencia por parte del gobierno federal. En el caso de Macedonia no hubo mayores incidentes hasta 2001, con la aparición del Ejército de Liberación Nacional macedonio, cuyas operaciones duraron hasta 2002, cuando este grupo

⁶⁴³ *Ibidem*, pág. 27.

se disolvió después de lograr sus objetivos —obtener ciertos derechos para la población albana en Macedonia— y entregar sus armas a una fuerza de la OTAN.⁶⁴⁴

Para finales de septiembre de 1991, el Consejo de Seguridad comienza a reaccionar debido a que, por su escala, los combates en Yugoslavia —mismos que estaban causando graves pérdidas de vida humana y daños materiales—, estaban afectando ya a los países vecinos, constituyendo una amenaza a la paz y seguridad internacionales.⁶⁴⁵ En este sentido, el Consejo de Seguridad impuso un embargo general por un plazo indefinido para la entrega de armamentos y pertrechos militares a Yugoslavia, instó a las partes a que respetaran los acuerdos para el cese al fuego y llamó a todas las partes involucradas a que resolvieran sus disputas pacíficamente.⁶⁴⁶

Bosnia Herzegovina era una región multiétnica, compuesta por serbios y croatas. En enero de 1992, el gobierno de coalición entre los diversos grupos étnicos se desintegró y estos grupos comenzaron a llevar a cabo pasos para independizarse.⁶⁴⁷ El 5 de marzo de 1992, Bosnia Herzegovina declaró su independencia de Yugoslavia. En respuesta a esto, dentro de su mismo territorio, se autoproclamó existente la *Republika Srpska*, que no es más que una entidad de serbios dentro de territorio bosnio y cuya intención era preservar la federación yugoslava.⁶⁴⁸ El ejército federal entró al territorio de Bosnia y ocupó la mayor parte del mismo y de manera similar a la situación en Croacia, se avocó a la depuración étnica de la región y también se cometieron una gran cantidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad —con la intención de incorporar a Yu-

⁶⁴⁴ Esta operación comenzó el 27 de agosto de 2001 y para el 25 de septiembre había logrado sus objetivos. Ver, Organización del Tratado del Atlántico Norte, “Operation Essential Harvest”, <http://www.afsouth.nato.int/operations/skopje/harvest.htm> (última visita el 4 de enero de 2008).

⁶⁴⁵ UNSC Res 713 (25 de septiembre de 1991) UN Doc S/RES/713, preámbulo.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, párrafos 4–7.

⁶⁴⁷ *Tadić (Opinión y Sentencia)*, nota 619, pág. 29.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, pág. 34–35.

goslavia (Serbia y Montenegro) el territorio de Bosnia Herzegovina ocupado por los serbios.⁶⁴⁹ Debido a la naturaleza multiétnica de Bosnia y el apoyo con que contaban los serbios bosnios de Milošević y el concepto de la Gran Serbia,⁶⁵⁰ la situación se complicó y el conflicto se intensificó al grado de que parecía imposible detenerlo sin una acción internacional concertada.

El 21 de febrero de 1992, el Consejo de Seguridad decide establecer la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (UNPROFOR, por sus siglas en inglés *United Nations Protective Force*)⁶⁵¹ y el 7 de abril de 1992 autorizó su despliegue a la región de Bosnia Herzegovina.⁶⁵² La misión de la UNPROFOR fue asegurar ciertas “zonas de seguridad” y abrir el aeropuerto de Sarajevo para que pudiera distribuirse ayuda humanitaria en la región de Bosnia Herzegovina y Croacia. Durante 1992, el Consejo de Seguridad continuó ampliando el mandato de la UNPROFOR en virtud del incumplimiento de los acuerdos celebrados entre las partes, y en particular por su violación del acuerdo sobre la reapertura del aeropuerto de Sarajevo para fines humanitarios.⁶⁵³

Para estas fechas, el ejército Croata también ya había entrado a Bosnia Herzegovina —para crear una Gran Croacia— y ya estaba participando en las hostilidades contra los serbios. En múltiples ocasiones, la comunidad internacional demandó a los ejércitos extranjeros —de Croacia y Serbia y Montenegro— que se retiraran del territorio Bosnio,⁶⁵⁴ cosa que no ocurrió sino hasta 1994, cuando la OTAN envió una fuerza de creación de la paz al territorio de Bosnia Herzegovi-

⁶⁴⁹ *Ibidem*, pág. 29.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, pág. 29–30.

⁶⁵¹ UNSC Res 743 (21 de febrero de 1992) UN Doc S/RES/743, párrafo 2.

⁶⁵² UNSC Res 749 (7 de abril de 1992) UN Doc S/RES/749, párrafo 2.

⁶⁵³ UNSC Res 758 (8 de julio de 1992) UN Doc S/RES/758; UNSC Res 761 (29 de junio de 1992) UN Doc S/RES/761; UNSC Res 764 (13 de julio de 1992) UN Doc S/RES/764.

⁶⁵⁴ UNSC Res 757 (30 de mayo de 1992) UN Doc S/RES/757, párrafo 2.

na cuya misión era hacer cumplir las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad.⁶⁵⁵ Ese mismo año, EE.UU. logra mediar un cese al fuego en Bosnia Herzegovina entre los croatas y los bosnios, pero el conflicto continúa hasta finales de 1995 —ahora por parte de este frente unido en contra de los serbios de Serbia y Montenegro.

Ahora bien, desde el 13 de agosto de 1992, el Consejo de Seguridad exigió que se pusiera fin a las violaciones del derecho humanitario internacional⁶⁵⁶ y afirmó que la práctica de depuración étnica era considerada como una violación del derecho humanitario internacional.⁶⁵⁷ El Consejo de Seguridad también solicitó a los Estados y a las organizaciones internacionales correspondientes que reunieran la información que tuvieran a su alcance respecto de las violaciones del derecho humanitario internacional que se estuvieran perpetrando en el territorio de la ex Yugoslavia para que el Secretario General le presentara un informe de la misma, recomendando las medidas que considerara pertinentes.⁶⁵⁸ Esta última tarea recayó en una Comisión de Expertos, misma que tuvo además la facultad para llevar a cabo sus propias investigaciones en relación con las violaciones del derecho humanitario internacional.⁶⁵⁹

El conflicto en la región continuó hasta el 14 de diciembre de 1995, cuando se firmó el Acuerdo-marco General para la Paz en Bosnia y Herzegovina (Acuerdo de Dayton o Protocolo de

⁶⁵⁵ Incluyendo las obligaciones derivadas de la resolución 757 en la cual el Consejo estableció que Serbia y Montenegro eran una zona libre de vuelo, prohibiendo el vuelo de cualquier aeronave por la región, así como de los embarcos de armas a la región.

⁶⁵⁶ UNSC Res 771 (13 de agosto de 1992) UN Doc S/RES/771, párrafo 3.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 2.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, párrafos 5 y 6.

⁶⁵⁹ UNSC Res 780 (6 de octubre de 1992) UN Doc S/RES/780, párrafo 2. La Comisión de Expertos emitió su reporte preliminar el 26 de enero de 1993 (Comisión de Expertos Establecida en Virtud de la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad, “Informe Provisional de la Comisión de Expertos Establecida en Virtud de la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad” (10 de febrero de 1993) UN Doc S/25274, Anexo I).

París),⁶⁶⁰ acuerdo que, no obstante una serie de incidentes posteriores, ha sido cumplido hasta la fecha y actualmente la región se encuentra en paz.

c. Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Originalmente, la idea de crear un tribunal penal internacional fue rechazada por la Comunidad Europea y por EE.UU. y no fue sino por las acciones dentro de las Naciones Unidas que se constituyó este tribunal. Robert Badinter, Presidente de la Comisión de Arbitraje para la ex Yugoslavia, argumentó que era necesario establecer un tribunal internacional para enjuiciar a las personas que hubieran cometido delitos internacionales dentro del territorio que ocupaba dicho Estado. Posteriormente, el 16 de agosto de 1992, el Ministro de Relaciones Exteriores de Alemania, Klaus Kinkel también propuso que se estableciera un tribunal penal para juzgar a dichas personas, propuesta que fue adoptada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, Roland Dumas⁶⁶¹ y posteriormente presentada ante la Asamblea General.⁶⁶²

La propuesta de crear un tribunal penal internacional continuó obteniendo apoyo, por ejemplo, los copresidentes de la Conferencia Internacional sobre la ex Yugoslavia reafirmaron en varias ocasiones su opinión de que era necesario establecer un tribunal internacional para conocer de los crímenes cometidos en dicho territorio.⁶⁶³ De igual manera, la Comunidad Europea co-

⁶⁶⁰ US State Department “Dayton Peace Accords on Bosnia” <http://www.state.gov/www/regions/eur/bosnia/bosagree.html> (última visita el 4 de enero de 2008).

⁶⁶¹ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 336, cita al pie 24.

⁶⁶² El informe del Comité de juristas franceses fue presentado al Consejo de Seguridad por el Secretario General el 10 de febrero de 1993. UNSC “Carta de fecha 10 de febrero de 1993 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante permanente de Francia ante las Naciones Unidas” (10 de febrero de 1993) UN Doc S/25266, Anexo I.

⁶⁶³ UNSC, “Informe del Secretario General Relativo a las Actividades de la Conferencia Internacional de Paz sobre la ex Yugoslavia” (8 de febrero de 1993) UN Doc S/25221, Anexo I, pág. 8, para. 9.

menzó a cambiar de parecer y en el “Informe de la misión de investigación de la Comunidad Europea sobre el trato infligido a las mujeres musulmanas en la ex Yugoslavia”, se le informó a los Ministros de Relaciones Exteriores que parecía haber pruebas suficientes para concluir que se habían cometido crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.⁶⁶⁴ Esto culmina el 18 de febrero de 1993, cuando la Presidenta de la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación Europea remite al Consejo de Seguridad la propuesta de dicha conferencia en relación con el establecimiento de un tribunal internacional.⁶⁶⁵

Finalmente, el 22 de febrero de 1993, mediante su resolución 808, el Consejo de Seguridad determinó que las “violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia, con inclusión de [los] asesinatos en masa y [...] la práctica de la depuración étnica” constituía una amenaza a la paz y seguridad internacionales.⁶⁶⁶ En virtud de lo anterior, el Consejo de Seguridad decidió establecer un tribunal internacional —el TPIY— para enjuiciar a las personas que hubieran cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 y solicitó al Secretario General que le presentara una propuesta concreta para crear dicho tribunal internacional.⁶⁶⁷ El Secretario General presentó su re-

⁶⁶⁴ Misión de Investigación de la Comunidad Europea sobre el Trato Infligido a las Mujeres Musulmanas en la ex Yugoslavia, “Informe presentado a los Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Europea”, adjunto a Representante Permanente de Dinamarca ante las Naciones Unidas, “Carta de fecha 2 de febrero de 1993 dirigida al Secretario General por el representante permanente de Dinamarca ante las Naciones Unidas” (3 de febrero de 1993) UN Doc S/25240, Anexo I.

⁶⁶⁵ Relatores en el Marco del Mecanismo de Moscú de la CSCE para la Dimensión Humana en Bosnia y Herzegovina y Croacia, “Propuesta relativa a un tribunal internacional para los crímenes de guerra en la ex Yugoslavia”, adjunta a Representante Permanente de Suecia ante las Naciones Unidas “Carta de fecha 18 de febrero de 1993 dirigida al Secretario General por el representante permanente de Suecia ante las Naciones Unidas” (18 de febrero de 1993) UN Doc S/25307, Anexo II.

⁶⁶⁶ UNSC Res 808 (22 de febrero de 1993) UN Doc S/RES/808, preámbulo.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, párrafos 1 y 2.

porte ante el Consejo de Seguridad el 3 de mayo de 1993,⁶⁶⁸ al cual adjuntó un proyecto de estatuto para el TPIY.⁶⁶⁹

El 25 de mayo de 1993, con la adopción de su resolución 827, el Consejo de Seguridad invocó sus poderes bajo Capítulo VII de la Carta —obligando así a todos los Estados a cumplir con las resoluciones adoptadas en dicho documento— y decidió establecer el TPIY a la luz del reporte de la Comisión de Expertos y bajo recomendación del Secretario General en virtud de que el Consejo consideraba que la comisión de estos delitos internacionales constituía una amenaza a la paz y seguridad internacionales de conformidad con el Capítulo VII de la Carta. En efecto, al crear el TPIY en su resolución 827, el Consejo de Seguridad:

Decide establecer un tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometida en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1° de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz y, con ese fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Internacional anexo al informe [del Secretario General].⁶⁷⁰

El TPIY tiene competencia para juzgar a quienes hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario —violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, las leyes o usos de la guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad—⁶⁷¹ en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991.⁶⁷²

⁶⁶⁸ UNSC “Informe Presentado por el Secretario General de Conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad” (3 de mayo de 1993) UN Doc S/25704.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, Anexo. Este proyecto fue aceptado íntegramente por el Consejo de Seguridad como el estatuto del tribunal el 25 de mayo de 1993. Posteriormente, éste ha sido reformado en varias ocasiones a la luz de la práctica y los problemas con que se ha enfrentado este tribunal (*ver supra*, Estatuto del TPIY, nota 43).

⁶⁷⁰ UNSC Res 827 (25 de mayo de 1993) UN Doc S/RES/827, párrafo 2.

⁶⁷¹ Estatuto del TPIY, nota 43, arts. 2–5.

⁶⁷² *Ibidem*, art. 1.

Es importante mencionar que el Consejo de Seguridad reafirmó que existía una obligación de cumplir con el derecho humanitario internacional y que la persona que violara u ordenara que se violara dicho derecho sería personalmente responsable de dicha violación.⁶⁷³

Lo interesante de este tribunal es la promesa que le vio la comunidad internacional en su momento. En su primera sentencia —en la cuál determinó que Duško Tadić era responsable por cometer delitos competencia del TPIY—, el mismo TPIY afirmó que:

[Esta] es la primera determinación de culpabilidad o inocencia individual en relación con violaciones graves del derecho internacional humanitario por un tribunal verdaderamente internacional ya que el Tribunal Internacional [para la ex Yugoslavia] es el primer tribunal de esta naturaleza establecido por las Naciones Unidas. Los tribunales militares internacionales de Nürnberg y Tokio, sus predecesores, eran de naturaleza multinacional, representando solamente una parte de la comunidad mundial.⁶⁷⁴

2. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda

En 1994, a solicitud del Gobierno de Rwanda,⁶⁷⁵ el Consejo de Seguridad utilizó nuevamente sus facultades bajo Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y creó el Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables del Genocidio y Otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el Territorio de Rwanda y de los Ciudadanos Rwandeses Presuntamente Responsables de Genocidio y otras Violaciones de esa Naturaleza cometidas en el Territorio de Estados Vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994 (el nombre oficial del “Tribunal Penal Internacional para Rwanda” o simplemente “TPIR”). Dicho tribunal conoce de los crímenes cometidos en el territorio de Rwanda y en el

⁶⁷³ UNSC Res 764, nota 653, párrafo 10. El Consejo reafirmó esta obligación y su consecuencia en varias ocasiones (*ver*, UNSC Res 771, nota 656, párrafo 1; UNSC Res 780, nota 659, preámbulo).

⁶⁷⁴ *Tadić (Opinión y Sentencia)*, nota 619, pág. 1. Sin embargo, para una respuesta a esta crítica, *cfr. supra*, nota 621 y texto a dicha nota.

⁶⁷⁵ Sin embargo, como mencionaremos más adelante (*ver infra*, Capítulo IV.C.2.c “Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Rwanda”), Rwanda no estuvo de acuerdo con el TPIR tal y como éste fue diseñado por el Consejo de Seguridad, por lo que no firmó la resolución correspondiente.

territorio de los Estados colindantes del 1 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1994, así como los preparativos para los crímenes que se llevaron a cabo en dicho periodo. Al igual que el TPIY, el TPIR continúa en funciones y ha recibido buena crítica, en general, por la comunidad internacional.

a. Antecedentes

Rwanda era un Estado monárquico desde antes de la era colonial. Rwanda fue una colonia alemana desde 1897, aproximadamente, y después de la Primera Guerra Mundial, fue un territorio administrado por Bélgica bajo un mandato de la Liga de Naciones. El Rey de Rwanda gobernaba a través de representantes que eran cooptados de la nobleza tutsi.⁶⁷⁶ En esas fechas, los términos “hutu” y “tutsi” se referían a linajes y no a grupos étnicos y por lo tanto, había movilidad entre estos grupos.⁶⁷⁷ Esta división se formalizó a principio de la década de los treinta, cuando las autoridades belgas dividieron a la población en hutus (aproximadamente el 84% de la población), tutsi (aproximadamente el 15% de la población) y twa (aproximadamente el 1% de la población). Para llevar a cabo esta división, todo rwandés tenía obligación de portar una identificación que mencionaba a qué grupo étnico pertenecía —situación que continuó después de que Rwanda obtuvo su independencia y no se abolió sino hasta el genocidio de 1994.⁶⁷⁸

Durante la monarquía, la mayoría hutu estaba gobernada por la elite tutsi, misma que fue favorecida por los belgas y por la iglesia católica hasta finales de la década de los cuarenta, cuan-

⁶⁷⁶ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Judgment)*, ICTR-96-4-T, T. Ch. I (2 de septiembre de 1998) (*Akayesu (Sentencia)*), para. 80.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, para. 81.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, paras. 82–83.

do los tutsi empezaron a buscar emanciparse de Bélgica.⁶⁷⁹ Esto causó que Bélgica y la iglesia católica comenzaran a favorecer a la mayoría hutu. Bélgica comenzó a proporcionarle mayores oportunidades de educación y en el gobierno a la mayoría hutu.⁶⁸⁰ Finalmente, en 1956, Bélgica organizó elecciones bajo un sistema de sufragio universal para elegir a los nuevos órganos de gobierno locales y los hutu obtuvieron una mayoría abrumadora que les demostró la fuerza política que poseían.⁶⁸¹ Alrededor de 1957 se crearon los primeros partidos políticos, mismos que se formaron principalmente por grupos étnicos y no por ideologías, con el resultado de que los partidos principales eran los partidos hutu —el Mouvement Démocratique Républicain, Parmehutu (MDR Parmehutu) y el Aprosoma—, el partido tutsi —la Union Nationale Rwandaise (UNAR)— y un cuarto partido que reunía a hutus y tutsi —la Rassemblement Démocratique Rwandais (RADER).⁶⁸² Esta circunstancia causó que el conflicto político rwandés fomentara todavía más el círculo de problemas étnicos que enfrentaba este país. Bajo estas condiciones, en noviembre de 1959 comenzaron a haber confrontaciones políticas y el ciclo de violencia entre las diversas étnicas se fue incrementando hasta que Bélgica estableció un gobierno provisional, encabezado por Grégoire Kayibanda, hutu y presidente del partido MDR Parmehutu.⁶⁸³ Finalmente, el 6 de febrero de 1961, Bélgica le otorgó la independencia a Rwanda, que se proclamó independiente el 1 de julio de 1962, con Grégoire Kayibanda como su presidente.⁶⁸⁴

⁶⁷⁹ *Ibidem*, paras. 84–85.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, paras. 85–86.

⁶⁸¹ *Ibidem*, para. 87.

⁶⁸² *Ibidem*, para. 88.

⁶⁸³ *Ibidem*, para. 89.

⁶⁸⁴ *Idem*.

Ante un gobierno hutu hostil, los tutsi comenzaron a exiliarse en los países vecinos, y para 1963 había de 200,000 a 300,000 tutsi exiliados en los países vecinos.⁶⁸⁵ Los tutsi exiliados llevaban a cabo incursiones en Rwanda, mismas que eran seguidas por represalias por parte del gobierno en contra de los tutsi que continuaban viviendo en Rwanda —en 1963 murieron al menos diez mil tutsi por estos actos.⁶⁸⁶ Esta situación incrementaba el número de tutsi que se exiliaban, y la desolación que se dio en el territorio causó que el gobierno hutu redistribuyera la tierra abandonada en favor de hutus —así como la implantación de un sistema de cuotas para la asignación de puestos en el gobierno, lo que causó un incremento de hutus en el mismo.⁶⁸⁷

Eventualmente, las políticas del presidente Kayibanda lo aislaron y causaron que perdiera su base de poder. Esto llevó a que el 5 de julio de 1973, el General Juvénal Habyarimana, Jefe del Ejército, tomara el poder mediante un golpe de estado, arrestando y ejecutando a los miembros del gobierno —o permitiendo que murieran de hambre.⁶⁸⁸ El presidente Habyarimana reformó el sistema político rwandés y creó un sistema de partido de Estado. El partido oficial creado fue el *Mouvement révolutionnaire national pour le développement* (MRND), mismo que reemplazó al MDR Parmehutu.⁶⁸⁹ Si bien al inicio de su gobierno, el presidente Habyarimana no mantuvo una política discriminatoria en contra de los tutsi, conforme pasó el tiempo comenzó a seguir los pasos del presidente Kayibanda y reestableció el sistema de cuotas.⁶⁹⁰ El presidente Habyarimana —al igual que el presidente Kayibanda— favoreció a los hutu de su región de origen, lo cual de-

⁶⁸⁵ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (Judgment)*, ICTR-95-1-T, T. Ch. II (21 de mayo de 1999) (*Kayishema (Sentencia)*), pág. 23, para. 38.

⁶⁸⁶ *Akayesu (Sentencia)*, nota 676, para. 90.

⁶⁸⁷ *Idem*.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, para. 91.

⁶⁸⁹ *Kayishema (Sentencia)*, nota 685, pág. 24, para. 41,

⁶⁹⁰ *Akayesu (Sentencia)*, nota 676, para. 93.

bilitó su poder político y fomentó el crecimiento de la oposición⁶⁹¹ al grado que el presidente Habyarimana se vio forzado a reformar la constitución en 1991, ahora adoptando un régimen pluripartidista y se crearon cuatro nuevos partidos: el *Mouvement Démocratique Républicain* (MDR), —el partido más grande y con lazos históricos al MDR Parmehutu del ex presidente Kayibanda—, el *Parti Social Démocrate* (PSD), el *Parti Libéral* (PL) y el *Parti Démocrate Chrétien* (PDC).⁶⁹²

Los exiliados tutsi en Uganda aprovecharon para formar el Frente Patriótico Rwandés con el propósito de regresar a Rwanda, pero estos se enfrentaron a la objeción del gobierno de Rwanda —lo que causó que los exiliados añadieran como uno de sus objetivos el destituir al presidente Habyarimana.⁶⁹³ El 1 de octubre de 1990, el Frente Patriótico Rwandés lanzó un ataque en contra del gobierno, ataque que logró que los demás partidos de oposición se unieran en contra del gobierno del presidente Habyarimana, forzando la creación de un gobierno de coalición entre hutu y tutsi.⁶⁹⁴ No obstante la creación de este gobierno, el Frente Patriótico incrementó sus ataques, lo cual favoreció la creación de un bloque hutu, mismo que formó un nuevo partido radical que era mucho más extremista que el presidente Habyarimana.⁶⁹⁵ El presidente Habyarimana lanzó una campaña mediática para desacreditar a los tutsi y poder consolidar su poder con base en la agrupación de los hutu —como parte de esta campaña, los hutu llevaron a cabo una serie de ataques contra la población tutsi y crearon condiciones que lograron que la población hutu también ataca-

⁶⁹¹ *Idem.*

⁶⁹² *Ibidem*, para. 94.

⁶⁹³ *Ibidem*, para. 95.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, para. 96.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, paras. 97–98.

ra a dicho grupo.⁶⁹⁶ El conflicto étnico escaló hasta el grado de que se pactó el despliegue de una fuerza de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas (UNAMIR por sus siglas en inglés, *United Nations Assistance Mission for Rwanda*).⁶⁹⁷

El 23 de octubre de 1993, el presidente de Burundi, hutu, fue asesinado en el transcurso de un intento de golpe de estado por parte de soldados tutsi. Esto fue explotado en Rwanda por los extremistas hutu, mismos que argumentaban que era imposible negociar con los tutsi debido a que siempre traicionarían a los hutu y les dio la fuerza política para denunciar los acuerdos alcanzados entre los tutsi y los hutu.⁶⁹⁸ Una vez más, el conflicto escaló al grado que en febrero de 1994, fueron asesinados los líderes de los partidos de extremistas e intelectuales hutu así como varios tutsi y opositores a las políticas del presidente Habyarimana.⁶⁹⁹ Para marzo de ese mismo año, todavía no se había instalado el gobierno de coalición y a principios de abril se reunieron los jefes de Estado de la región, incluyendo al presidente Habyarimana, en Tanzania para discutir la instrumentación de los acuerdos entre los hutu y los tutsi.⁷⁰⁰ El 6 de abril de 1994, el avión que transportaba al Presidente Habyarimana, y al Presidente de Burundi, Cyprien Ntaryamira, de regreso de dicha reunión, se accidentó en el aeropuerto de Kigali, muriendo ambos presidentes, situación que parece ser la causa inmediata del genocidio ocurrido días después.⁷⁰¹

⁶⁹⁶ *Ibidem*, paras. 99–100.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, para. 102.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, paras. 103–104.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, para. 105.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, paras. 105–106.

⁷⁰¹ Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Situación de los derechos humanos en Rwanda, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Rwanda preparado por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de conformidad con la Resolución S-3/1 de la Comisión y con la Decisión 1994/223 del Consejo Económico y Social” incluido en “Cuestiones Relativas a los Derechos Humanos: situaciones relativas a los derechos humanos e informes de relatores y representantes especiales” (13 de octubre de 1994) UN Doc A/49/508 y S/1994/1157, Anexo I.

b. El genocidio rwandés de 1994

Inmediatamente después del fallecimiento del Presidente Habyarimana, se erigió una serie de retenes alrededor de Kigali y alrededor del país, la Guardia Presidencial y el ejército comenzó a matar a todo tutsi y hutu que estuviera en favor de los acuerdos —los líderes de los partidos políticos de oposición y los miembros del gobierno que no fueran simpatizantes del presidente Habyarimana fueron los primeros en ser asesinados.⁷⁰² En este contexto, el ejército rwandés ejecutó a diez soldados belgas que eran parte del UNAMIR, lo que causó que Bélgica retirara a su contingente del país y que el Consejo de Seguridad redujera el número de tropas a 450.⁷⁰³

Al día siguiente, las fuerzas del Frente Patriótico reanudaron su lucha en contra del ejército rwandés, lo que forzó que el gobierno se trasladara a Gitarama.⁷⁰⁴ La estación de radio más importante de Rwanda, *Radio Télévision Libre des Mille Collines* (RTLM) y sus diversos radiodifusores comenzaron a fomentar la creencia de que los tutsi eran el enemigo y que era necesario que los hutu se unieran en contra del enemigo tutsi que quería restaurar la monarquía feudal que existía antes de la independencia.⁷⁰⁵ Esto desató una ola de violencia en contra de los tutsi, y del 14 al 21 de abril de 1994 fue la cúspide de esta masacre en la cuál los hutu mataron a miles de tutsi, muchas veces bajo la incitación de funcionarios públicos, después de haberlos engañados para que tomaran refugio en iglesias, escuelas, hospitales y edificios de gobierno.⁷⁰⁶ La matanza

⁷⁰² *Akayesu (Sentencia)*, nota 676, para. 107.

⁷⁰³ *Ibidem*, para. 108.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, para. 109.

⁷⁰⁵ *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze (Judgment and Sentence)*, ICTR-99-52-T, T. Ch. I (3 de diciembre de 2003) (*Nahimana (Sentencia y Condena)*), págs. 133 *et seq.*

RTLM incluso era denominada “la radio que mata” por su doble discurso y la violencia del mismo (*ver*, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Rwanda, nota 701, Anexo, pág. 16, para. 59).

⁷⁰⁶ *Akayesu (Sentencia)*, nota 676, para. 109.

de tutsi continuó hasta el 18 de julio de 1994 cuando el Frente Patriótico entró a Kigali. Se estima que el total de víctimas es de 500,000 a 1'000,000 de tutsi o más.⁷⁰⁷

El análisis de las víctimas y el contexto generalizado de la situación no deja duda de que la masacre se llevó a cabo en contra de los tutsi con plena intención de erradicar al grupo total o parcialmente, así como del hecho de que las víctimas fueron seleccionadas en virtud de su pertenencia a dicho grupo étnico —o excepcionalmente, por el hecho de apoyar a dicho grupo.⁷⁰⁸ El gobierno rwandés incitó a los hutu a que llevaran a cabo la masacre y en algunos lugares repartió machetes de manera gratuita para que estos dieran muerte a los tutsi.

c. Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Rwanda

A diferencia del TPIY, la creación del TPIR fue originalmente solicitado por el gobierno de Rwanda⁷⁰⁹ como una respuesta para enjuiciar a las personas que hubieran cometido el delito de genocidio u otras violaciones graves al derecho humanitario internacional en su territorio ya que esta medida podría ayudar a reconstruir su país y reconciliar a su población —además del hecho de que el gobierno consideraba que una medida de esta naturaleza la ayudaría a consolidar su posición a nivel internacional.⁷¹⁰ Esta circunstancia quizá colaboró a que, a diferencia del establecimiento del TPIY, el establecimiento del TPIR no fuera tan controvertido.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, para. 111.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, paras. 112–129.

⁷⁰⁹ Rwanda presenta su solicitud en la “Declaración de fecha 28 de septiembre de 1994 sobre la cuestión de los refugiados y la seguridad en Rwanda”, adjunta a UNSC “Carta de fecha 28 de septiembre de 1994 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el representante permanente de Rwanda ante las Naciones Unidas” (29 de septiembre de 1993) UN Doc S/1994/1115, Anexo (*Solicitud de Rwanda*), pág. 4.

⁷¹⁰ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 339. Sin embargo, Rwanda finalmente no firmó la resolución en la que se adoptaba el TPIR, como se mencionará más adelante.

En julio de 1994, el Consejo de Seguridad adoptó su Resolución 935, de conformidad con la cual —al igual que en el caso de la ex Yugoslavia—, solicitó al Secretario General que creara una Comisión de Expertos para que investigara los delitos cometidos en Rwanda.⁷¹¹ Esta Comisión ejerció sus funciones durante cuatro meses —lo cual no fue considerado suficiente para que ésta llevara a cabo su tarea de manera adecuada—,⁷¹² sin embargo, la Comisión presentó la versión preliminar de su reporte ante el Secretario General el 1 de octubre de 1994⁷¹³ y la versión final el 9 de diciembre de 1994.⁷¹⁴ Este informe concluía, entre otras cosas, “que personas de ambas partes del conflicto armado de Rwanda cometieron [...] trasgresiones graves del derecho internacional humanitario, en particular de las obligaciones establecidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”⁷¹⁵ y “que personas de ambas partes en ese conflicto armado cometieron crímenes de lesa humanidad”.⁷¹⁶ La Comisión de Expertos incluso recomendó que el Fiscal “del recientemente establecido Tribunal Internacional para Rwanda continuara la investigación”⁷¹⁷ —el Informe Preliminar establecía conclusiones y presunciones en este mismo sentido.⁷¹⁸

⁷¹¹ UNSC Res 935 (1 de julio de 1994) UN Doc S/Res/935, para. 1. Asimismo, el Consejo de Seguridad también solicitó a los Estados y organismos y organizaciones internacionales que aportaran la información que tuvieran a su disposición en relación con este asunto (*ibidem*, para. 2).

⁷¹² Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 339.

⁷¹³ “Informe Preliminar de la Comisión de Expertos Independientes establecida de conformidad con la Resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad”, incluida en UNSC “Carta de fecha 1° de octubre de 1994 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General” (4 de octubre de 1994) UN Doc S/1994/1125, Anexo.

⁷¹⁴ “Informe Definitivo de la Comisión de Expertos establecida de conformidad con la Resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad” incluido en “Carta de fecha 9 de diciembre de 1994 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General” (9 de diciembre de 1994) UN Doc S/1994/1405, Anexo.

⁷¹⁵ *Ibidem*, pág. 37, para. 181.

⁷¹⁶ *Ibidem*, para. 182.

⁷¹⁷ Este informe fue presentado un mes después de la creación del TPIR. *Ibidem*, pág. 1

⁷¹⁸ Informe Preliminar de la Comisión de Expertos Independientes establecida de conformidad con la Resolución 935, nota 713, págs. 31–32.

El 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad adoptó su Resolución 955 bajo el Capítulo VII, determinando que esta situación constituía una amenaza para la paz y seguridad internacionales y que establecía el TPIR como una respuesta a esta situación.⁷¹⁹ Es curioso que Rwanda —después de haber solicitado la creación del TPIR—, votara en contra de esta resolución. Esta circunstancia no fue del todo inesperada ya que el gobierno de Rwanda pretendía que se estableciera un tribunal internacional, pero para juzgar a sus enemigos y no a sus aliados y correligionarios⁷²⁰ y el Estatuto del TPIR faculta al TPIR para investigar a quien sea responsable —independientemente de que se haya opuesto al gobierno o no.⁷²¹

El TPIR tiene competencia para juzgar a quienes hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario —genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios—⁷²² en el territorio de Rwanda y a los ciudadanos de Rwanda que hayan cometido dichas violaciones en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.⁷²³

⁷¹⁹ UNSC Res 955 (8 de noviembre de 1994) UN Doc S/RES/955.

⁷²⁰ Solicitud de Rwanda, nota 709, págs. 4–5.

⁷²¹ Estatuto del TPIR, nota 43, art. 1.

⁷²² *Ibidem*, nota 43, arts. 2–4.

⁷²³ *Ibidem*, art. 1.

3. Jurisdicción y competencia de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc

Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc fueron dotados de jurisdicción primaria.⁷²⁴ Esto quiere decir que estos tribunales tendrán primacía sobre los tribunales nacionales,⁷²⁵ incluso de los Estados que pudieran ejercer su jurisdicción con base en el principio de territorialidad —clásicamente aceptado como el principio que otorga primacía para ejercer jurisdicción penal—⁷²⁶ independientemente de que estos deseen ejercerla. En el caso del TPIY, el motivo detrás de esta decisión es que la animosidad entre los Estados de la ex Yugoslavia —Bosnia Herzegovina, Croacia, Macedonia, Montenegro, Serbia— hubiera dificultado el que se llevaran a cabo procesos imparciales y justos en contra de los acusados extranjeros y que fuera difícil que se llevaran a cabo procesos en contra de sus nacionales.⁷²⁷ En el caso del TPIR, el motivo es que el colapso del sistema judicial hacía parecer que éste sería incapaz de impartir justicia.⁷²⁸

En la realidad, sin embargo, estos tribunales practican cierta forma de jurisdicción concurrente en el sentido de que pueden ventilarse casos ante los tribunales nacionales e incluso pueden

⁷²⁴ La primacía de la “jurisdicción primaria” se refiere al hecho de que los Tribunales Penales Internacionales Ad-hoc podrán ejercer su jurisdicción cuando así lo consideren prudente y de conformidad con sus estatutos y reglas de procedimiento aún frente al ejercicio de jurisdicción por parte de los tribunales nacionales de los diversos Estados. Esto es, que los Tribunales Penales Internacionales Ad-hoc tienen facultades para juzgar a cualquier inculcado que caiga dentro del alcance de su competencia antes que cualquier tribunal nacional o en su caso, que pueden atraer dicho caso.

⁷²⁵ El artículo 9 del Estatuto del TPIY y el artículo 8 del Estatuto del TPIR se titulan “Jurisdicción Concurrente” y de hecho el párrafo 1 de dichas disposiciones (idénticas excepto por las referencia a los tribunales y su competencia territorial y temporal) establece que el tribunal internacional “y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario”. Sin embargo, el párrafo 2 de dichas disposiciones (también idénticas, con las mismas excepciones) establece que “El [tribunal internacional] tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales”, disposiciones que se han interpretado y aplicado para significar que los tribunales internacionales podrán ejercer su jurisdicción independientemente en lugar de los tribunales nacionales (*ver* Estatuto del TPIY, nota 43, art. 9 y Estatuto del TPIR, nota 43, art. 8).

⁷²⁶ *Ver supra*, Capítulo II.C.1.d.i “Principio de territorialidad”.

⁷²⁷ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 349.

⁷²⁸ *Idem*.

remitir algunos casos a los tribunales nacionales en situaciones en que sea conveniente que se juzguen ante esta instancia.⁷²⁹ No obstante lo anterior, puede ocurrir que el Fiscal solicite a estos tribunales que afirmen su primacía cuando considere que el tribunal internacional deba conocer de un caso en particular.⁷³⁰ Actualmente, estos tribunales han enfatizado la importancia del actuar de los tribunales nacionales para impartir justicia,⁷³¹ sin embargo, también han afirmado la necesidad de su primacía:

cuando se crea un tribunal internacional como este, éste debe contar con primacía sobre los tribunales nacionales. De otra manera, siendo la naturaleza humana como lo es, existiría el peligro permanente de que los delitos internacionales se caracterizaran como “delitos ordinarios” [...] o ante procesos “diseñados para proteger al acusado”, o que no fueran perseguidos con la diligencia debida [...] Si no se contara con el principio de primacía, cualquiera de dichas estrategias podría ser utilizada para derrotar el propósito mismo de la creación de una jurisdicción penal internacional, beneficiando a aquellas personas que ésta fue diseñada para enjuiciar.⁷³²

Recientemente, el TPIR rehusó una solicitud del Fiscal para remitir el caso en contra de *Yussuf Munyakasi*, acusado de haber cometido el delito de genocidio —o complicidad en el mismo— y crímenes de lesa humanidad en su modalidad de exterminio.⁷³³ El TPIR razona que si bien la importancia, participación y los delitos cometidos por Munyakasi no son de tal gravedad como para que el TPIR afirme su primacía, no puede garantizar los derechos humanos del acusado en caso de que se transfiera a los tribunales nacionales,⁷³⁴ por lo que el TPIR establece que si

⁷²⁹ Reglas de Procedimiento y Evidencia del TPIY, Regla 11 *bis*; Reglas de Procedimiento y Evidencia del TPIY, Regla 11 *bis*. En efecto, estos tribunales han invocado su primacía en muy pocos casos. En este sentido, *ver Tadić (Decisión sobre la Jurisdicción)*, nota 57, paras. 41–44.

⁷³⁰ Reglas de Procedimiento y Evidencia del TPIY, Regla 9; Reglas de Procedimiento y Evidencia del TPIY, Regla 9.

⁷³¹ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 351.

⁷³² *Tadić (Apelación sobre la Jurisdicción)*, nota 19, para. 58.

⁷³³ *Prosecutor v. Yussuf Munyakasi (Amended Indictment)*, ICTR-97-36-I (27 de noviembre de 2002), pág. 1.

⁷³⁴ *Prosecutor v. Yussuf Munyakasi (Decision on the Prosecutor’s Request for Referral of Case to the Republic of Rwanda, Rule 11bis of the Rules of Procedure and Evidence)*, ICTR-97-36-R11bis, T. Ch. III (28 de mayo de 2008), pág. 18, para. 48.

bien podría reenviar el caso a Rwanda, debido a la falta de respeto al principio de independencia del poder judicial, el TPIR podría crear una circunstancia en que se violarían los derechos del acusado —en particular su derecho a ser juzgado por un tribunal independiente y su derecho a un juicio justo.⁷³⁵

De conformidad con sus estatutos, el TPIY y el TPIR tienen jurisdicción para juzgar a quien haya violado gravemente el derecho humanitario de conformidad con sus respectivas esferas de competencia material —competencia *ratione materiae*.⁷³⁶ El TPIY tiene competencia *ratione materiae* respecto de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, las leyes o usos de la guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad.⁷³⁷ Por su parte, el TPIR tiene competencia *ratione materiae* respecto de genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de dichos Convenios.⁷³⁸

El ámbito de la competencia territorial —competencia *ratione loci*— de los tribunales internacionales también fue delimitado en razón de la zona geográfica dentro de la cual se cometieron los delitos internacionales correspondientes.⁷³⁹ En el caso del TPIY, éste cuenta con competencia *ratione loci* respecto de los delitos cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia.⁷⁴⁰ En el caso del TPIR la situación es un poco más interesante. Debido a que los delitos se cometieron tanto en territorio rwandés como en el territorio de los Estados vecinos de Rwanda, el Consejo de Seguridad decidió otorgarle competencia *ratione loci* expresamente de conformidad con los prin-

⁷³⁵ *Ibidem*, págs. 18–19, para. 49.

⁷³⁶ Esta se refiere a los delitos y conductas respecto de los cuales tendrán competencia los tribunales internacionales.

⁷³⁷ Estatuto del TPIY, nota 43, arts. 2–5.

⁷³⁸ Estatuto del TPIR, nota 43, arts. 2–4.

⁷³⁹ Esta se refiere al territorio o espacio geográfico dentro del cual debió de haberse cometido el delito o la conducta, o dentro del cual debió de haberse encontrado la persona al momento de cometer dicho delito o conducta.

⁷⁴⁰ Estatuto del TPIY, nota 43, art. 1.

cipios de territorialidad objetiva y subjetiva,⁷⁴¹ por lo que tiene competencia *ratione loci* sobre los delitos cometidos en el territorio de Rwanda —territorialidad objetiva— y sobre los ciudadanos de Rwanda que hayan cometido dichos delitos en el territorio de los Estados vecinos de Rwanda⁷⁴² —territorialidad subjetiva.

La competencia temporal —competencia *ratione temporis*— de los tribunales está definida de manera interesante.⁷⁴³ El TPIY tiene competencia *ratione temporis* sobre todos los delitos cometidos a partir de 1991.⁷⁴⁴ Esto es, el Consejo de Seguridad no le impuso una fecha límite para el ejercicio de su competencia. El motivo detrás de eso parece ser el hecho de que cuando se estableció el TPIY todavía había violencia en la región y era plausible que volviera a ocurrir alguna violación de los diversos acuerdos de paz y cese al fuego. En el caso del TPIR, sin embargo, el Consejo de Seguridad estableció un período muy estricto, pero habría que recordar que la situación de Rwanda era diferente en el sentido de que los actos se llevaron a cabo dentro de un lapso de tiempo extremadamente corto —aproximadamente dos a cuatro meses. El TPIR tiene competencia *ratione temporis* sobre los delitos cometidos entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1994.⁷⁴⁵ Sin embargo, el TPIR se ha pronunciado sobre su competencia *ratione temporis* y, si bien es discutida su conclusión, parece ser que determinó que tiene competencia sobre delitos que

⁷⁴¹ El principio de territorialidad objetiva otorga competencia al tribunal que normalmente ejerza su jurisdicción sobre el territorio en el cual se cometió el delito. El principio de territorialidad subjetiva otorga competencia al tribunal que normalmente ejerce su jurisdicción sobre el territorio en el cual se encontraba el sujeto activo cuando cometió el delito. *Ver supra*, Capítulo II.C.1.d.i “Principio de territorialidad”, en particular las notas 125 y 126 y el texto a dichas notas.

⁷⁴² Estatuto del TPIR, nota 43, art. 1.

⁷⁴³ La competencia temporal del tribunal le otorga competencia para conocer sobre los delitos o las conductas que se hayan llevado a cabo dentro de un plazo de tiempo determinado.

⁷⁴⁴ Estatuto del TPIY, nota 43, art. 1.

⁷⁴⁵ Estatuto del TPIR, nota 43, art. 1.

hayan comenzado previo al 1° de enero de 1994, y sobre conductas que hayan causado que se haya cometido un delito con posterioridad al 1° de enero de 1994.⁷⁴⁶

Finalmente, la competencia personal —competencia *ratione personae*—⁷⁴⁷ de los tribunales es muy clara: el TPIY y el TPIR tienen competencia sobre el nacional de cualquier Estado que hubiera cometido algún delito competencia de estos tribunales.⁷⁴⁸ La única salvedad que habría que hacer notar en este caso se refiere al TPIR, mismo que tendrá competencia *ratione personae* sobre los nacionales rwandeses que hubieran cometido delitos competencia del TPIR dentro del territorio de los Estados vecinos, pero *a contrario sensu*, no podríamos afirmar que tendría competencia sobre nacionales de otros Estados que hubieran cometido las mismas conductas en el territorio de dichos Estados vecinos.⁷⁴⁹

4. Crítica a los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc

No obstante las defensas tan alentadoras que han recibido los tribunales ad hoc, la práctica de crear tales tribunales, se ha considerado poco sana por la comunidad internacional, debido a que presenta un elemento de inseguridad jurídica para los individuos y hace impredecibles ciertos

⁷⁴⁶ *Nahimana (Sentencia y Condena)*, nota 705, págs. 26–28, paras. 100–104.

⁷⁴⁷ La competencia personal del tribunal otorga competencia al tribunal para juzgar a los acusados en razón de su nacionalidad. Por ejemplo, el principio de nacionalidad activa otorga competencia a los tribunales para juzgar a los sujetos activos del delito de cierta nacionalidad —en el caso de México, los tribunales penales mexicanos podrán ejercer su jurisdicción sobre los mexicanos que hayan cometido un delito independientemente del lugar en que lo hubieran cometido (*ver supra*, Capítulo II.C.1.d.ii “Principio de nacionalidad”).

⁷⁴⁸ Estatuto del TPIY, nota 43, art. 1; Estatuto del TPIR, nota 43, art. 1.

⁷⁴⁹ Estatuto del TPIR, nota 43, art. 1. Este caso, sin embargo, no parece haber preocupado al Consejo de Seguridad debido a la tan baja probabilidad de que hubiera ocurrido —aunado al hecho de que los informes que tenía el Consejo a su disposición hablaban de la crisis como un asunto completamente entre nacionales rwandeses (*ver*, Informe Preliminar de la Comisión de Expertos Independientes establecida de conformidad con la Resolución 935, nota 713; e Informe Definitivo de la Comisión de Expertos establecida de conformidad con la Resolución 935, nota 714).

aspectos de las relaciones internacionales que los Estados tradicionalmente rehúyen.⁷⁵⁰ México, por ejemplo, presentó varias objeciones en relación con la constitución de estos tribunales,

por considerar que su creación obedecía a un enfoque político y selectivo en este campo, que el Consejo de Seguridad había ido más allá de sus atribuciones expresas —que no comprenden la constitución de tribunales internacionales— y que la regulación de éstos carecía de rigor jurídico en lo que concierne a normas, procedimientos y sanciones.⁷⁵¹

Prueba de que la política fue un factor decisivo en el establecimiento de estos tribunales es el hecho de que el término de la Guerra Fría permitió que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad pudieran llevar a un acuerdo respecto de su establecimiento. Medidas de esta naturaleza difícilmente hubieran sido necesarias o posibles durante el transcurso de la misma.⁷⁵² Habría que comentar que cuando el Consejo de Seguridad actúa al amparo del Capítulo VII de la Carta para el mantenimiento y restauración de la paz y seguridad internacionales, éste lo hace en nombre y representación de la comunidad internacional en su conjunto —específicamente en nombre de los Estados miembros de las Naciones Unidas— y al crear dichos tribunales, el Consejo de Seguridad procuró que la composición del panel de jueces reflejara a la comunidad internacional y las diversas tradiciones jurídicas existentes.⁷⁵³

Las principales críticas en contra de estos tribunales se pueden resumir en cinco argumentos generales. La primera crítica que se les formula a los tribunales ad hoc es que estos se establecieron para subsanar la impotencia de la diplomacia y la política internacional y demostraron que

⁷⁵⁰ Esta es la misma circunstancia por la cual los Estados prefieren de sobremanera el celebrar tratados para aclarar sus obligaciones internacionales y el alcance de las mismas que depender de la costumbre internacional. *Ver supra*, Capítulo II.C.1.a “Tratados internacionales”.

⁷⁵¹ García Ramírez, *Jurisdicción Penal Internacional*, nota 23, pág. 33.

⁷⁵² Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, págs. 334–335.

⁷⁵³ *Ver supra*, Capítulos IV.C.1.c “Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia” y IV.C.2.c “Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Rwanda”.

la comunidad internacional fue incapaz de resolver rápida y adecuadamente los conflictos en la ex Yugoslavia y en Rwanda. Estos críticos argumentan que lo que pretendieron los diplomáticos fue “tapar el sol con un dedo”.⁷⁵⁴ Esta crítica es completamente acertada, sin embargo, no se refiere en nada a la validez de estas instituciones sino únicamente a la geopolítica del momento histórico en el cual sucedieron estos trágicos eventos. Además, el establecimiento de estos tribunales finalmente demuestra la censura de estos actos por parte de la comunidad internacional.

Segundo, se critica que con el establecimiento de estos tribunales, el Consejo de Seguridad actuó *ultra vires* y que por lo tanto, estos tribunales no pueden considerarse válidos.⁷⁵⁵ Esta crítica está equivocada tal y como lo determinó la Sala de Apelación del TPIY en su sentencia del caso *Tadić* y el TPIR en su sentencias de los casos *Kanyabashi* y *Karemera, et al.*⁷⁵⁶ En virtud de que el Consejo de Seguridad había determinado la existencia de una amenaza en contra de la paz y seguridad internacionales, el TPIY afirmó que el Consejo podía legalmente adoptar cualesquiera medidas que determinara necesarias o convenientes de conformidad con el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas⁷⁵⁷ y que “el establecimiento del Tribunal Internacional se ubica perfectamente dentro de las facultades del Consejo de Seguridad bajo el Artículo 41.”⁷⁵⁸ El TPIR

⁷⁵⁴ *Ibidem*, 337.

⁷⁵⁵ La defensa de Tadić incluso presentó esta crítica como un motivo de apelación en contra de la jurisdicción del TPIY (ver *Tadić (Apelación sobre la Jurisdicción)*, nota 19, para. 32). Esta defensa se ha presentado también por diversos acusados, sin embargo, la discusión más importante en torno de esta crítica se da en el marco del caso Tadić debido a que fue en esa instancia cuando estos tribunales desarrollaron por primera vez sus argumentos en contra de esta crítica y por lo tanto, en donde desarrollaron su respuesta a dicha crítica con mayor detalle.

⁷⁵⁶ Posteriormente desarrollaremos a mucho mayor detalle esta respuesta cuando analicemos la validez de los tribunales internacionales. Ver *infra*, Capítulo V.A.2 “Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc”.

⁷⁵⁷ *Tadić (Apelación sobre la Jurisdicción)*, nota 19, para. 35.

⁷⁵⁸ *Ibidem*, para. 36.

también resolvió que el Consejo de Seguridad está facultado para establecer tribunales penales internacionales de conformidad con el artículo 41.⁷⁵⁹

La tercera crítica es que al crear tribunales penales internacionales solamente para dos situaciones, el Consejo de Seguridad está aplicando “justicia selectiva” creando tribunales para que conozcan exclusivamente de ciertos delitos dentro de un territorio en particular en lugar de otorgarle a los mismos una jurisdicción o competencia mundial.⁷⁶⁰ Esta crítica es parcialmente cierta en la medida en que ha habido otras circunstancias en que el Consejo de Seguridad hubiera podido haber creado tribunales para impartir la justicia internacional,⁷⁶¹ sin embargo, los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda no fueron establecidos por un capricho del Consejo de Seguridad, sino que ambos fueron discutidos ampliamente. En el caso del TPIY, el Consejo de Seguridad mismo era renuente a crear esta institución⁷⁶² y en el caso del TPIR, los esfuerzos para su creación fueron el resultado de la solicitud de Rwanda.⁷⁶³ El proceso para el establecimiento de estos tribunales presentó amplias y suficientes oportunidades para que la comunidad internacional presentara sus propuestas, objeciones y comentarios —cosa que en efecto, hicieron. El hecho de que se haya llevado a cabo el esfuerzo por crear estos tribunales para esas dos situaciones específicas tiene más que ver con el momento histórico en que se presentaron las mismas que con una arbitrariedad real por parte del Consejo de Seguridad.⁷⁶⁴ Ade-

⁷⁵⁹ *Prosecutor v. Joseph Kanyabashi (Decision on the Defence motion on Jurisdiction)*, ICTR-96-15-T, T. Ch. II (18 de junio de 1997) (*Kanyabashi (Decisión sobre la Jurisdicción)*), pág. 7, para. 27.

⁷⁶⁰ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 337.

⁷⁶¹ *Ver infra*, Capítulo IV.D.4 “Críticas a la CPI”, en donde presentamos situaciones en las cuales se llegó a crear instituciones híbridas para impartir justicia en situaciones en las cuales se cometieron delitos internacionales.

⁷⁶² *Ver supra*, Capítulo IV.C.1.c “Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”.

⁷⁶³ *Ver supra*, nota 709.

⁷⁶⁴ Para otras situaciones graves y amenazas a la paz y seguridad internacionales se han tomado otra serie de medidas, entre las cuales también se han creado tribunales penales especiales para conocer de los delitos cometidos dentro

más, actualmente ya no resulta necesario crear tribunales especiales debido a la entrada en funciones de la Corte Penal Internacional.

La cuarta crítica es que los tribunales ad hoc están concebidos de tal suerte que son parciales en contra de alguno de los grupos que formaron parte del conflicto —o al menos dan la apariencia de parcialidad. En el caso del TPIY se argumenta que éste se estableció claramente en contra de los serbios,⁷⁶⁵ resaltando el hecho de que nunca se han enjuiciado a los miembros de las fuerzas armadas de la OTAN o a sus líderes por los ataques en contra de Serbia.⁷⁶⁶ En el caso del TPIR, se argumentó que éste solamente enjuiciaba a hutus y no a tutsi.⁷⁶⁷ Sin embargo, tenemos que reconocer que el Fiscal está facultado para elegir a quién va a investigar y en contra de quién va a presentar cargos y los Fiscales siempre han argumentado que esto depende de la evidencia que está a su disposición.⁷⁶⁸ Asimismo, la independencia del Fiscal que se establece en los estatutos de ambos tribunales quiere decir que los jueces no pueden interferir en la decisión del Fiscal y que por lo tanto, sería difícil que realmente existiera esta parcialidad.

del contexto de dichas situaciones. Para ejemplos de otros tribunales del tipo a que nos referimos en esta nota, *ver infra*, Capítulo IV.D.4 “Críticas a la CPI”.

⁷⁶⁵ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 337.

⁷⁶⁶ *Ver* por ejemplo los casos presentados por Yugoslavia (Serbia y Montenegro) en contra de los Estados miembros de la OTAN ante la CIJ, los cuales fueron desechados por la CIJ: *Licéité de l’emploi de la force, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999 (Yugoslavia v. EE.UU.)*, I.C.J. Reports, 1999, pág. 916; *Licéité de l’emploi de la force, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999 (Yugoslavia v. España)*, I.C.J. Reports, 1999, pág. 761; *Licéité de l’emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt (Serbia y Montenegro v. Portugal)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 1160; *Licéité de l’emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt (Serbia y Montenegro v. Países Bajos)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 1011; *Licéité de l’emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt (Serbia y Montenegro v. Italia)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 865; *Legality of the Use of Force, Preliminary Objections, Judgment (Serbia y Montenegro v. Alemania)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 720; *Licéité de l’emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt (Serbia y Montenegro v. Francia)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 575; *Legality of the Use of Force, Preliminary Objections, Judgment (Serbia y Montenegro v. Canadá)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 429; *Licéité de l’emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt (Serbia y Montenegro v. Bélgica)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 279.

⁷⁶⁷ *Kanyabashi (Decisión sobre la Jurisdicción)*, nota 759, pág. 11, para. 47.

⁷⁶⁸ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 338.

Finalmente, la quinta crítica es que no existe una completa separación entre el fiscal y el tribunal en virtud de que la fiscalía y los jueces trabajaban en el mismo edificio y el mismo personal administrativo les prestaba servicios a ambos.⁷⁶⁹ Sin embargo, el hecho de que las fiscalías y los tribunales se encuentren en el mismo edificio no quiere decir que no sean independientes. Además, hay que recordar que las fiscalías son independientes de los tribunales de conformidad con sus estatutos.

D. La Corte Penal Internacional

Como ya lo comentamos previamente, la idea de establecer una corte penal internacional permanente no es una idea nueva,⁷⁷⁰ sin embargo, no rindió frutos hasta 1998 con la adopción del Estatuto de Roma. La Corte Penal Internacional (la “CPI”) representa la culminación de los esfuerzos realizados por la comunidad internacional para establecer un tribunal internacional que esté facultado para enjuiciar a las personas que cometan delitos internacionales. La CPI cuenta con una membresía muy amplia y representativa de la comunidad internacional en la cual, desafortunadamente, solamente falta la participación de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad —hasta la fecha, solamente son partes el Reino Unido y Francia, falta que adopten el Estatuto de Roma, China, EE.UU. y Rusia.

A la fecha, la CPI no ha resuelto ningún caso, sin embargo, ya se encuentra conociendo sobre cuatro situaciones, todas ellas conflictos armados en África: el conflicto creado por el Ejército de Resistencia del Señor (*Lord's Resistance Army*) en el norte de Uganda, el conflicto entre milicias y grupos paramilitares la República Democrática del Congo, el conflicto entre fuerzas rebel-

⁷⁶⁹ *Idem.*

⁷⁷⁰ *Ver supra*, Capítulo IV.A “Los precursores de los Tribunales Penales Internacionales del siglo XX”.

des y estatales en la República Central Africana y el conflicto en Darfur. Excepto por la situación en Darfur, las otras tres situaciones han sido referidas a la CPI por los gobiernos correspondientes. La situación en Darfur fue referida a la CPI por el Consejo de Seguridad en ejercicio de sus facultades bajo Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y el artículo 13(b) del Estatuto de Roma.⁷⁷¹

1. Antecedentes

A finales de la década de los cuarenta, Naciones Unidas decidió aprovechar la inercia generada por los Tribunales Militares Internacionales y el 9 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió remitir la cuestión sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional a la Comisión de Derecho Internacional para su análisis y la invitó “a examinar si [era] conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueren competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales”.⁷⁷² La intención que tenían los Estados de crear un tribunal penal internacional permanente se refleja en la Convención de Genocidio, la cual prevé que cualquier persona que cometa el delito de genocidio será enjuiciado por un tribunal penal internacional que será establecido en el futuro.⁷⁷³ La Comisión de Derecho Internacional discutió este proyecto en múltiples ocasiones, y en marzo de 1950, Ricardo J. Alfaro y A. E. F. Sandströmel, relatores es-

⁷⁷¹ El artículo 13(b) del Estatuto de Roma (nota 43) establece que “[e]l Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, [podrá remitir] al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes”.

⁷⁷² UNGA “Estudio por la Comisión de Derecho Internacional de la Cuestión de una Jurisdicción Internacional”, UNGA Res 260 B (III) (9 de diciembre de 1948), UN Doc A/RES/260(III).

⁷⁷³ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (adoptada el 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951), *United Nations Treaty Series*, vol. 78, pág. 277 (Convención de Genocidio), art. VI.

peciales de la Comisión, presentaron su primer reporte.⁷⁷⁴ Ese mismo año, la Asamblea General invitó a diversos Estados para que se reunieran en Ginebra para discutir la posibilidad de establecer una corte penal internacional permanente así como para analizar las propuestas que debería presentar el Secretario General.⁷⁷⁵

El primer proyecto de estatuto para este tribunal fue preparado por la Comisión en 1951 y fue modificado en 1953.⁷⁷⁶ Uno de los problemas que tuvo este proyecto fue el hecho de que el trabajo estaba distribuido en distintos comités y diversas oficinas, por lo que el trabajo en este proyecto se retrasaba inmensamente. Finalmente, con el advenimiento de la Guerra Fría, se frenó toda posibilidad de continuar con la creación de un tribunal penal internacional permanente⁷⁷⁷ y así, en 1954, la Asamblea General decidió posponer los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre esta materia hasta lograr definir el concepto de “agresión”.⁷⁷⁸

El análisis de la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional permanente no era la única cuestión que interesaba a las Naciones Unidas, también analizaba la posibilidad de crear un código de delitos internacionales. A diferencia del establecimiento del tribunal penal internacional permanente, sí se logró avanzar en este último tema. El primer paso que tomó la Asamblea General fue solicitar a la Comisión de Derecho Internacional que formulara los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg para preparar “un proyecto de código en mate-

⁷⁷⁴ Comisión de Derecho Internacional, “Question of International Criminal Jurisdiction”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, UN Doc A/1316, págs. 1–23.

⁷⁷⁵ UNGA “Jurisdicción penal internacional” UNGA Res 489 (V) (12 de diciembre de 1950).

⁷⁷⁶ UNGA “Report of the Committee on International Criminal Jurisdiction”, *Official Records of the General Assembly*, 9th Session, Supplement No. 12, UN Doc A/2645 (1954).

⁷⁷⁷ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 334.

⁷⁷⁸ UNGA “Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad” UNGA Res 897 (IX) (4 de diciembre de 1954); y UNGA “Jurisdicción penal internacional” UNGA Res 898 (IX) (14 de diciembre de 1954).

ria de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”.⁷⁷⁹ La Comisión de Derecho Internacional deliberó sobre el tema y en 1950 presentó su proyecto definitivo a la Asamblea General para su aprobación.⁷⁸⁰ La Asamblea General remitió el proyecto a los Estados miembros para su comentario pero solicitó a la Comisión que utilizara dicho documento —y los comentarios que presentaran los Estados— en la preparación del código de delitos internacionales.⁷⁸¹ La preparación de este código se vio retrasada por diversos motivos, sin embargo, sí se continuó con el trabajo en el mismo.

En 1981, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que reanudara su trabajo en el código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad e invitó a los Estados a que presentaran sus comentarios y observaciones al mismo.⁷⁸² La Comisión trabajó en la preparación del código durante varias sesiones y en su 43ª sesión, la Comisión adoptó el proyecto del Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad,⁷⁸³ mismo que presentó a la Asamblea General. A partir de este momento, los Estados comenzaron a involucrarse en el tema y presentaron sus comentarios, mismos que fueron tomados a consideración por la Comi-

⁷⁷⁹ UNGA “Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg” UNGA Res 177(II) (21 de noviembre de 1947).

⁷⁸⁰ Comisión de Derecho Internacional “Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, UN Doc A/CN.4/22, págs. 181–195.

⁷⁸¹ UNGA “Formulación de los principios de Nuremberg” UNGA Res 488 (V) (12 de diciembre de 1950).

⁷⁸² UNGA “Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad” UNGA Res 36/106 (10 de diciembre de 1981).

⁷⁸³ Comisión de Derecho Internacional “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II, pt. 2, págs. 79–107.

sión en los proyectos posteriores. El proyecto final fue preparado en 1996⁷⁸⁴ y fue presentado ante la Asamblea General ese mismo año.

Como ya comentamos anteriormente, los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc se crearon como una solución ad hoc —o “caso por caso”—, precisamente, y no como una respuesta a todas las situaciones análogas o similares, con limitantes geográficas y temporales muy estrictas. Sin embargo, para mediados de la década de los noventa, al término de la Guerra Fría, los sucesos en la ex Yugoslavia y Rwanda y las críticas buenas y malas de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc, así como diversos eventos a nivel internacional —entre los cuales se encuentran los conflictos en Sierra Leona y Timor Oriental—, y la postura de los Estados en torno al código preparado por la Comisión de Derecho Internacional,⁷⁸⁵ fomentaron la creencia de que sería conveniente establecer un tribunal penal internacional permanente para evitar volver a incurrir en la práctica de los tribunales ad hoc.

2. Establecimiento de la Corte

El establecimiento de un tribunal penal internacional permanente siguió un camino más complicado que el de la preparación del Código de Crímenes en contra de la Paz y Seguridad de la Humanidad. La Comisión de Derecho Internacional consideraba que un tribunal de esta naturaleza estaría encargado de aplicar el código y por lo tanto se referiría a los aspectos procesales del mismo —mientras que el código en sí se referiría a los aspectos sustantivos del derecho penal internacional. Por lo tanto, en 1983, la Comisión solicitó a la Asamblea General que le “indicara

⁷⁸⁴ Comisión de Derecho Internacional “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, pt. 2, págs. 15–56.

⁷⁸⁵ Este código codificaba los delitos internacionales que posteriormente serían incluidos en el Estatuto de Roma —la agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra (*ibidem*, págs. 42–56)— por lo que la parte sustantiva del Estatuto de Roma ya había sido relativamente acordada por la comunidad internacional.

si, en relación con la implementación del código, el mandato de la Comisión cubría la preparación del estatuto de una jurisdicción penal internacional competente”⁷⁸⁶ en virtud de que consideraba que “un código que carezca de sanciones y una jurisdicción penal competente carecería de efectividad”.⁷⁸⁷

El proyecto para establecer la CPI vuelve a retomar ímpetu cuando la Asamblea General nuevamente solicita a la Comisión de Derecho Internacional que retome la cuestión del establecimiento de un tribunal penal internacional el 4 de diciembre de 1989, solicitud que surge de la propuesta presentada por Trinidad y Tobago para establecer un tribunal penal internacional para juzgar a los traficantes de droga.⁷⁸⁸ La Comisión de Derecho Internacional retomó el tema del establecimiento de un tribunal penal internacional y lo analizó a lo largo de varias sesiones y en 1993 presentó otro reporte ante la Asamblea General,⁷⁸⁹ mismo que fue modificado y presentado nuevamente ante la Asamblea General en 1994.⁷⁹⁰ El reporte de 1994 de la Comisión, el cual incluía el proyecto de estatuto adoptado por la Comisión, proyectaba el establecimiento de una institución internacional que gozaba de las siguientes características principales: (i) la Corte ten-

⁷⁸⁶ Comisión de Derecho Internacional “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1983, vol. II, pt. 2, pág. 16, para. 69(c)(i).

⁷⁸⁷ *Idem*.

⁷⁸⁸ UNGA “Responsabilidad penal Internacional de las personas y entidades que participan en el tráfico ilícito transfronterizo de estupefacientes y en otras actividades delictivas transnacionales: creación de un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre esos delitos” UNGA Res 44/89 (4 de diciembre de 1989).

Es interesante que la propuesta original, que fue la transmitida por la Asamblea General, se refería a “un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional que tenga jurisdicción sobre las personas que presuntamente hayan cometido crímenes que puedan ser tipificados en dicho código, *incluidas las personas que participan en el tráfico ilícito transfronterizo de estupefacientes*” (énfasis añadido) (*ibidem*, para. 1).

⁷⁸⁹ Comisión de Derecho Internacional “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1993, vol. II, pt. 2, págs. 12–20.

⁷⁹⁰ Comisión de Derecho Internacional “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1994, vol. II, pt. 2, págs. 18–87.

dría “jurisdicción inherente” sobre genocidio, pero no para los demás crímenes;⁷⁹¹ (ii) el Fiscal no tendría facultades para iniciar investigaciones o procesos —solamente las tendrían los Estados parte o el Consejo de Seguridad;⁷⁹² (iii) el Consejo de Seguridad tendría amplias facultades en relación con casos que cayeran dentro del Capítulo VII de la Carta —por ejemplo, en una de estas situaciones no se podría iniciar un caso sin la aprobación del Consejo de Seguridad.⁷⁹³

La Asamblea General decidió aceptar la recomendación de la Comisión y procedió a analizar este reporte en su 50ª sesión y para ello estableció un Comité Especial para convocar a una conferencia internacional para debatir el proyecto de estatuto presentado por la Comisión.⁷⁹⁴ Posteriormente, la Asamblea General estableció un Comité Preparatorio para analizar el “Establecimiento de una corte penal internacional”,⁷⁹⁵ el cual estaba encargado de preparar la convención de plenipotenciarios que discutiría el proyecto del estatuto de la corte. En este Comité fue donde se llevó a cabo la mayor parte de la discusión sobre el estatuto así como varias reuniones, y se preparó una serie de proyectos de estatuto para la Corte Penal Internacional.

Durante las negociaciones del estatuto hubo tres grandes facciones: los Estados alineados (*like-minded States*) que proponían una CPI fuerte, con jurisdicción automática y una Fiscalía independiente con facultad para iniciar investigaciones y una definición de crímenes de guerra que debía extenderse a los conflictos armados no internacionales. El segundo grupo eran China,

⁷⁹¹ El término de “jurisdicción inherente” quiere decir que la Corte hubiera poseído facultades para ejercer su jurisdicción por el solo hecho de que los Estados ratifiquen su Estatuto, esto es, sin necesidad de una aceptación posterior. Para los demás crímenes, sobre los cuales —según este proyecto— la Corte no tendría jurisdicción inherente, los Estados tendrían que aceptar la jurisdicción de la Corte antes de que ésta pudiera ejercerla (*ibidem*, págs. 36–37, comentario 7, y págs. 41–42, art. 21 y comentarios a dicho artículo).

⁷⁹² *Ibidem*, arts. 23 y 25 y comentarios a dichos artículos.

⁷⁹³ *Ibidem*, art. 23(3) y comentarios 10–15.

⁷⁹⁴ UNGA “Establecimiento de una corte penal internacional” UNGA Res 49/53 (9 de diciembre de 1994).

⁷⁹⁵ UNGA “Establecimiento de una corte penal internacional” UNGA Res 50/46 (11 de diciembre de 1995) UN Doc A/RES/56/46.

EE.UU. y Rusia,⁷⁹⁶ mismos que se oponían a una corte con jurisdicción automática y que consideraban que el Fiscal no debería contar con facultades para iniciar investigaciones, que el Consejo de Seguridad debía tener amplias facultades respecto de la Corte y sus procesos,⁷⁹⁷ y también querían evitar que la CPI tuviera competencia sobre el delito de agresión —además de que no se mencionaran las armas nucleares dentro de la definición de los tipos penales. El tercer grupo incluía a los miembros del grupo de los Estados No Alineados, los cuales insistían que se incluyera el delito de agresión dentro de la competencia de la Corte,⁷⁹⁸ que el Consejo de Seguridad no debería de tener facultades en relación con el actuar de la Corte, que la definición de crímenes de guerra no debía extenderse a los conflictos armados no internacionales y que debía tener facultades para imponer la pena de muerte.

La etapa final del proceso de negociación del Estatuto de Roma la encontramos en Roma en 1998, en una conferencia celebrada por representantes de ciento sesenta Estados, y observadores de diversas organizaciones y organismos internacionales en respuesta a la convocatoria de la Asamblea General.⁷⁹⁹ La Conferencia de Roma se llevó a cabo del 15 de junio de 1998 al 17 de julio de 1998, fecha en que fue adoptado el Estatuto de Roma.

⁷⁹⁶ Dentro de este grupo también podríamos incluir al Reino Unido y a Francia, sin embargo, durante las negociaciones el Reino Unido se unió a los Estados alineados (*like-minded States*). Francia, por su parte, se unió a los Estados alineados (*like-minded States*) en la conferencia en Roma.

⁷⁹⁷ *Ver supra*, texto a nota 792.

⁷⁹⁸ Algunos Estados de este grupo, particularmente caribeños, insistían que el tráfico de drogas debía incluirse dentro de la competencia de la Corte. Otros Estados —India, Sri Lanka, Argelia y Turquía— insistían que se incluyera terrorismo como un delito internacional también competencia de la Corte.

⁷⁹⁹ UNGA “Establecimiento de una corte penal internacional” UNGA Res 52/160 (15 de diciembre d 1997) UN Doc A/RES/52/160, para. 3.

3. El Estatuto de Roma

El 17 de julio de 1998 se adoptó el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional mediante el voto favorable de ciento veinte países.⁸⁰⁰ Mediante la adopción de este tratado, la comunidad internacional decidió crear una institución internacional permanente con jurisdicción propia para enjuiciar y conocer de aquellos delitos internacionales cometidos por nacionales de los Estados parte o dentro del territorio de los Estados parte a dicho estatuto⁸⁰¹ y es el primer paso definitivo tomado por la comunidad internacional en su conjunto para prevenir y sancionar la comisión de los delitos internacionales más graves: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión.⁸⁰²

A partir de ese momento, comenzó una ardua lucha para obtener las 60 ratificaciones necesarias para que el Estatuto de Roma entrara en vigor y se constituyera la CPI, lo cual se logró eventualmente. El Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002. Durante este lapso, de la adopción del Estatuto a su entrada en vigor, la Comisión Preparatoria⁸⁰³ llevó a cabo diez reuniones en las cuales preparó diversos proyectos de documentos necesarios para el funcionamiento de

⁸⁰⁰ Siete otros países —China, Israel, Irak, EE.UU., Libia, Siria, Sudán— votaron en contra de la adopción del Estatuto y veinte países se abstuvieron. México se abstuvo de votar.

La delegación mexicana argumenta que el motivo principal por el cual México se abstuvo fue porque (a) no podría crear un tribunal penal internacional independiente que sin embargo dependiera del actuar del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y (b) por “la no inclusión de las armas de destrucción masiva como crimen de guerra” (González Gálvez, Sergio, “La Soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional”, *Memoria del Foro Internacional: La Soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2002, pág. 88).

⁸⁰¹ Estatuto de Roma, nota 43, art. 12.

⁸⁰² *Ibidem*, art. 5.

⁸⁰³ La Comisión Preparatoria era un órgano creado de conformidad con los acuerdos adoptados en la Conferencia de Roma que estaba encargado de fomentar la adopción del estatuto pero también de llevar a cabo los actos administrativos y preparatorios que fueran necesarios a efecto de que la Corte pudiera entrar en funciones en el momento que entrara en vigor el Estatuto de Roma.

la CPI —las Reglas de Procedimiento y Evidencia, y los Elementos de los Crímenes. La Asamblea de Estados Parte del Estatuto adoptó estos documentos en su primera sesión.⁸⁰⁴

México firmó el Estatuto del Roma el 7 de septiembre de 2000 y depositó su instrumento de ratificación el 28 de octubre de 2005. Al 1 de junio de 2008, 106 Estados eran parte del Estatuto de Roma.⁸⁰⁵

a. Jurisdicción y competencia

La CPI tiene jurisdicción en la medida en que es una institución internacional facultada de conformidad con el Estatuto de Roma para aplicar el derecho penal internacional de acuerdo con dicho instrumento directamente a los individuos que comparezcan ante la misma. Es cierto que la CPI carece de órganos que puedan aplicar las sanciones que imponga o que lleven a cabo sus órdenes directamente, pero en este punto, los Estados parte y los demás Estados con quien la CPI ha celebrado acuerdos, tienen obligaciones entre las que se encuentra el cooperar con la CPI.⁸⁰⁶

La CPI tiene competencia *ratione materiae*⁸⁰⁷ para conocer de los delitos internacionales que se encuentran establecidos en el artículo 5 del Estatuto de Roma —genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión.⁸⁰⁸ La competencia material de la corte se cir-

⁸⁰⁴ Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First Session, Nueva York, 3–10 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3, págs. 4–6, paras. 16-23.

⁸⁰⁵ CPI “International Criminal Court: The States Parties to the Rome Statute” <http://www.icc-cpi.int/statesparties.html> (última visita el 6 de junio de 2008).

⁸⁰⁶ Ver Estatuto de Roma, nota 43, Partes IX “De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial” y X “De la Ejecución de la Pena”.

⁸⁰⁷ Ver *supra*, nota 736.

⁸⁰⁸ Respecto del delito de agresión, sin embargo, hay que mencionar que la CPI no podrá ejercer su jurisdicción hasta que éste sea adecuadamente definido por la Asamblea de los Estados Parte (ver Estatuto de Roma, nota 43, art. 5(2)).

cunscribe a los delitos que se consideran los delitos “centrales” (*core crimes*) del derecho penal internacional y son los delitos que se acepta que forman la costumbre internacional.⁸⁰⁹

La competencia *ratione loci* de la CPI⁸¹⁰ está íntimamente ligada a la competencia *ratione personae*.⁸¹¹ La CPI tiene competencia para conocer de los delitos que se cometan en el territorio de un Estado parte, o que sean cometidos por el nacional de algún Estado parte.⁸¹² Es en este sentido que la CPI está facultada para ejercer su jurisdicción en virtud del principio de territorialidad y el principio de nacionalidad activa. Derivado de lo dispuesto en el Estatuto de Roma, debemos entender que los Estados parte que normalmente podrían ejercer su jurisdicción penal en virtud de estos principios, autorizan a la CPI a que ejerza su jurisdicción en lugar de la jurisdicción de los tribunales de los Estados parte de conformidad con dichos principios.⁸¹³ Por lo tanto, la CPI tiene competencia *ratione loci* sobre el territorio de todos los Estados parte: la CPI puede conocer de los delitos que se cometan dentro del territorio de cualquier Estado parte. Además, cuando el sujeto activo del delito es nacional de un Estado parte, debemos considerar que la competencia *ratione loci* de la CPI es ilimitada: la CPI será competente independientemente del lugar en el cual se cometa el delito.

⁸⁰⁹ *Ver supra*, Capítulo II.B.1 “Delitos internacionales”.

Existe discusión respecto de si ciertas modalidades de los crímenes de guerra forman parte de la costumbre internacional, por ejemplo, ciertos actos en contra de las fuerzas de mantenimiento de la paz y el personal de Naciones Unidas. Sin embargo, aún y cuando esta modalidad de los crímenes de guerra no sea costumbre internacional, se puede considerar que cristaliza en el Estatuto de Roma o que al menos, la desarrolla y no es inconcebible que en poco tiempo sea considerada como costumbre internacional.

⁸¹⁰ *Ver supra*, nota 739.

⁸¹¹ *Ver supra*, nota 747.

⁸¹² Estatuto de Roma, nota 43, art. 12(2).

⁸¹³ Sujeto, por supuesto a los límites establecidos por el artículo 17 del Estatuto de Roma y demás disposiciones relacionadas con la admisibilidad de las situaciones (*ver infra*, IV.D.3.b “Admisibilidad y complementariedad de la CPI”).

En relación con la competencia *ratione temporis* de la CPI,⁸¹⁴ debemos comentar que ésta fue un tema ampliamente discutido durante la negociación del Estatuto de Roma y que causó varios conflictos. Generalmente podemos afirmar que el Estatuto de Roma respeta el principio de irretroactividad: “La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.”⁸¹⁵ Sin embargo, el Estatuto de Roma aplica el principio de retroactividad de la ley penal en beneficio del reo: “De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.”⁸¹⁶ Ahora bien, en virtud de que cualquier Estado puede ratificar o adherirse al Estatuto de Roma después de su entrada en vigor, el Estatuto aclara que “la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado”, pero establece una excepción: “a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12 [autorizando el ejercicio de la competencia de la CPI aún sin ser parte].”⁸¹⁷ La discusión a que hicimos referencia gira en torno de los delitos continuados debido a la falta de claridad del Estatuto de Roma. En relación con estos delitos, parece ser que la CPI podría ejercer su competencia respecto de la parte del delito que ocurra a partir de la fecha en que entró en vigor el Estatuto de Roma y otra que afirma que los delitos continuados caen fuera de la competencia temporal de la CPI,⁸¹⁸ sin embargo, con el paso del tiempo se vuel-

⁸¹⁴ *Ver supra*, nota 743.

⁸¹⁵ Estatuto de Roma, nota 43, art. 1(1).

El Estatuto de Roma incluso reafirma este principio posteriormente al disponer que “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor” (*ibidem*, art. 24(1)).

⁸¹⁶ *Ibidem*, art. 24(2).

⁸¹⁷ *Ibidem*, art. 12(2).

ve cada vez más difícil que exista alguna situación que se ubique dentro de este supuesto — habría que recordar que ya son seis años de que entró en vigor el Estatuto.

b. Admisibilidad y complementariedad de la CPI

La CPI está diseñada para ser una institución que no reemplaza a las instancias nacionales. Uno de los propósitos de la CPI es fomentar que sean precisamente dichas instituciones nacionales quienes persigan a las personas que cometan delitos internacionales y que sean traídos ante la justicia de manera rápida, justa y eficaz —preferiblemente ante tribunales nacionales. Es por ello que, a diferencia de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc, la CPI se diseñó con el principio de complementariedad en mente.⁸¹⁹ La CPI no tiene primacía sobre los Estados nacionales, sino que actúa cuando los tribunales nacionales son incapaces de ejercer su jurisdicción o no tienen voluntad para hacerlo.⁸²⁰

El principio de complementariedad busca inducir a los Estados para que sean estos quienes ejerzan su jurisdicción penal sobre las situaciones respecto de las cuales posean jurisdicción. En efecto, el preámbulo del Estatuto de Roma recuerda a los Estados que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.⁸²¹ El principio de complementariedad no obliga —en sentido jurídico— a los Estados a ejercer su jurisdicción,

⁸¹⁸ Existen diversas modalidades de los delitos competencia de la CPI que es frecuente que existan como delitos continuados. El único elemento interpretativo que podríamos utilizar parece ser la cita al pie 24 de los Elementos de los Crímenes, misma que se refiere al crimen de lesa humanidad en su modalidad de desaparición forzada de personas. Esta cita establece que la CPI será competente para conocer de este delito solo cuando el contexto dentro del cual se presenta comienza después de la entrada en vigor del Estatuto.

El TPIR se enfrentó en una situación de este tipo en relación con

⁸¹⁹ El Estatuto de Roma (nota 43), en su preámbulo afirma que “la Corte Penal Internacional [...] será complementaria de las jurisdicciones nacionales.”

⁸²⁰ *Ver supra*, notas 724–728 y texto a dichas notas.

⁸²¹ Estatuto de Roma, nota 43, preámbulo.

pero sí establece que la CPI ejercerá la suya en caso de que los Estados no lo hagan, implicando la obligación jurídica que tienen los Estados bajo derecho internacional consuetudinario — codificada en el preámbulo— para enjuiciar a quien cometa un delito internacional.⁸²²

Los motivos detrás del principio de complementariedad son tanto políticos como prácticos. Políticos porque los Estados deseaban retener cierto control respecto de los acusados y esto les da oportunidad de poder enjuiciarlos ellos mismos antes de activar todo el aparato que implica la CPI. También les da la oportunidad de impedir que se ventilen estos procesos a nivel internacional y evitar que se enjuicien internacionalmente a una serie de personas que quizá prefieran enjuiciar a nivel nacional. Además, así se pretende respetar el principio de soberanía estatal tanto como sea posible.⁸²³

Entre los motivos prácticos destaca el hecho de que así se evita que la CPI se vea “inundada por casos de todo el mundo.”⁸²⁴ Esto es fundamental ya que la CPI tiene recursos muy limitados y tiene como finalidad enfocarse a los delitos internacionales más relevantes para la comunidad internacional —de manera similar a lo que se hizo en los tribunales penales internacionales discutidos anteriormente, excepto que como esta es una institución permanente, obviamente no puede mandarse desde su estatuto que solamente conocerá respecto de ciertos casos para una situación específica y un territorio determinado. Otro motivo es el hecho de que los tribunales nacionales —los del territorio en donde se cometieron los delitos, por ejemplo— tendrán un mejor y más fácil acceso a la evidencia de un caso.

⁸²² Esta obligación también fue reconocida por el Consejo de Seguridad a lo largo del proceso de creación del TPIY (*ver supra*, Capítulo IV.C.1.c “Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”).

⁸²³ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 351.

⁸²⁴ *Idem*.

En virtud de lo anterior, la CPI solamente ejercerá su jurisdicción respecto de casos en los que el Estado que tiene jurisdicción “no esté dispuesto a llevar a cabo [una] investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”⁸²⁵ y el asunto “sea de gravedad suficiente”.⁸²⁶ La redacción del Estatuto se preparó en sentido negativo —al contrario de lo que hacemos en este párrafo— para permitir a los Estados una amplia latitud en su actuar y que efectivamente intenten llevar a los inculpados ante la justicia.

4. Críticas a la CPI

Ha habido una fuerte oposición a la CPI después de su constitución, principalmente por las grandes potencias. EE.UU. ha sido el Estado que más se ha opuesto a la CPI y ha llevado a cabo una fuerte campaña para que el Estatuto de Roma sea enmendado o renegociado⁸²⁷ —sin embargo, la necesidad de mantener cierta buena fe en sus relaciones internacionales ha causado que haya aceptado la posibilidad de que la CPI ejerza su jurisdicción sobre sus nacionales cuando estos estén involucrados en misiones de mantenimiento de la paz.

La crítica más importante en contra de la CPI es la crítica central de las grandes potencias: de conformidad con el esquema actual establecido en el Estatuto de Roma, la CPI puede ejercer su jurisdicción sobre los nacionales de Estados no parte del Estatuto cuando estos cometan un delito competencia de la CPI: (i) dentro del territorio de un Estado parte, (ii) o dentro del contexto de una situación que el Consejo de Seguridad refiera a la CPI. El ejercicio de la jurisdicción de la CPI deriva, en el primer caso, del principio de territorialidad y en el segundo, de las facultades

⁸²⁵ Estatuto de Roma, nota 43, art. 17(1)(a); o cuando el Estado haya llevado a cabo una investigación y haya decidido no proceder en virtud de que “no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo” (*ibidem*, art. 17(1)(b)).

⁸²⁶ *Ibidem*, art. 17(1)(d).

⁸²⁷ En este sentido, véase García Ramírez, *Principio de Complementariedad*, nota 136, págs. 290–304.

del Consejo de Seguridad en virtud de lo dispuesto por el artículo 13(b) del Estatuto de Roma y el Capítulo VII de la Carta. La respuesta que se presenta a esta crítica es bastante acertada: los Estados parte han cedido a la CPI facultades para ejercer su jurisdicción de conformidad con el principio de territorialidad —facultades de los Estados que derivan de costumbre inmemorial.⁸²⁸ En relación con la remisión de una situación a la CPI por parte del Consejo de Seguridad, la respuesta es igualmente clara: de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad está facultado para adoptar las medidas que considere necesarias para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales⁸²⁹ —facultades que de cualquier manera incluyen el establecer mecanismos para enjuiciar a quienes cometan delitos competencia de la CPI.⁸³⁰ El hecho de que el Consejo de Seguridad tenga facultades para establecer tribunales ad hoc y el que el Estatuto de Roma le permita referir situaciones, solamente podemos entenderlo como un mejor método para traer a estas personas ante la justicia en la medida en que, a diferencia de los demás tribunales penales internacionales, en el caso de la CPI hay certeza sobre la definición de los delitos y el proceso —además del hecho de que ya están establecidos.

Otra crítica importante tiene que ver con el impacto que pudiera tener la CPI en las operaciones de mantenimiento de paz de Naciones Unidas. Por ejemplo, en 2002, Estados Unidos amenazó con utilizar su poder de veto para evitar que se renovara el mandato de varias operaciones de mantenimiento de paz a menos que se le concediera inmunidad de la CPI a sus fuerzas armadas participando en dichas operaciones. Esta amenaza resultó en una resolución del Consejo

⁸²⁸ *Ver supra*, Capítulo II.C.1.d.i “Principio de territorialidad”.

⁸²⁹ Carta de las Naciones Unidas, nota 71, arts. 41 y 42.

⁸³⁰ *Ver supra*, notas 755–759.

de Seguridad en virtud de la cual se otorgó dicha inmunidad.⁸³¹ La inmunidad a las fuerzas de mantenimiento de paz fue renovada en 2003⁸³² —solamente se otorga por intervalos de un año—, sin embargo en 2004, siguiendo el escándalo del maltrato de varios prisioneros afganos e iraqués por miembros de las fuerzas armadas de EE.UU., ya no fue renovada. En efecto, en respuesta a la presión mundial, EE.UU. se vio forzado a retirar su proyecto de resolución.⁸³³ Esta crítica continúa vigente en la medida en que el Consejo de Seguridad puede volver a solicitar inmunidad en cualquier momento, sin embargo, como podemos ver, ésta es una crítica política, no jurídica, e igualmente que en 2004, estas crisis pueden resolverse mediante medios políticos.

Las demás críticas sustanciales en contra de la CPI también giran en torno a las facultades del Consejo de Seguridad. Se critica el hecho de que de conformidad con el Estatuto de Roma, el Consejo de Seguridad puede solicitarle a la CPI que se abstenga de conocer sobre una situación particular⁸³⁴ y que pueda remitir situaciones a la CPI.⁸³⁵ El fundamento de estas críticas es que consideran que la CPI debería ser una institución completamente independiente y que no debería tener nexos con las Naciones Unidas —en resumen, que pone en riesgo la independencia de la

⁸³¹ UNSC Res 1422 (12 de julio de 2002) UN Doc S/RES/1422, para. 1. Hay que mencionar que podemos criticar la forma en que el Consejo de Seguridad suspendió a futuro el ejercicio de jurisdicción por parte de la CPI en virtud de que el Estatuto de Roma establece que el Consejo de Seguridad podrá suspender por doce meses “la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado” (Estatuto de Roma, nota 43, art. 16), lo cual implica que la suspensión solamente puede solicitarla el Consejo de Seguridad una vez que ya se está llevando a cabo la investigación o el proceso, pero que no puede solicitarla a futuro, como lo hizo en estos casos.

⁸³² UNSC Res 1487 (12 de julio de 2003) UN Doc S/RES/1487, para. 1.

⁸³³ UN Non-Governmental Liaison Service, “US Withdraws Resolution on ICC Immunity”, Go Between - no. 103 - April-May-June 2004, <http://www.un-ngls.org/documents/text/go.between/gb103.htm#7> (última visita el 9 de junio de 2008).

⁸³⁴ Estatuto de Roma, nota 43, art. 16. *Ver también* la crítica que se presentó en contra de las suspensiones que ya ha adoptado el Consejo de Seguridad previo a esta fecha, *supra*, nota 831.

⁸³⁵ Estatuto de Roma, nota 43, art. 13(b).

CPI.⁸³⁶ Como consecuencia de estas facultades del Consejo de Seguridad, los Estados argumentan que los miembros permanentes del mismo tendrán un peso excepcional ante cualquier situación que pudiera referirse a la CPI —como EE.UU. en el caso mencionado anteriormente. Sin embargo, una vez más, estas críticas se refieren al elemento político de la CPI y no a la validez de la misma. En este caso, además, la composición de la CPI, la redacción de su Estatuto —que no implica ninguna relación de dependencia y que de hecho le otorga plena autonomía e inmunidad diplomática a los jueces—⁸³⁷ y la inmunidad diplomática y autonomía de la fiscalía,⁸³⁸ nos permiten confiar en que la CPI actuará con independencia e imparcialidad no obstante el actuar del Consejo de Seguridad.

E. Tribunales mixtos e internacionalizados

Los cinco tribunales penales internacionales que discutimos anteriormente son los cinco tribunales penales internacionales que han existido, pero hay que mencionar que a la fecha han existido otras instituciones similares. En Kosovo, Timor Oriental, Camboya, Sierra Leona e Irak, la comunidad internacional y los Estados interesados han optado por no crear tribunales penales internacionales propiamente hablando. Ante los problemas que enfrentó el Consejo de Seguridad al establecer los tribunales penales internacionales ad hoc, el Consejo ya no consideró conveniente o necesario establecer otros tribunales de esta naturaleza para otras situaciones. Para llevar a cabo los juicios en contra de los criminales en estas situaciones, la respuesta ha sido crear tribunales

⁸³⁶ México expresó precisamente que esta crítica era uno de los motivos por los cuales se abstenía de votar a favor de la adopción del Estatuto de Roma (*ver supra*, nota 800).

⁸³⁷ Estatuto de Roma, nota 43, arts. 36, 40, 46 y 48.

⁸³⁸ *Ibidem*, arts. 42 y 48.

mixtos o especiales para llevarlos ante la justicia, sin embargo, hay que aclarar que estos tribunales no son tribunales penales internacionales.⁸³⁹

La provincia de Kosovo vio grandes conflictos étnicos y raciales derivados de la disolución de Yugoslavia.⁸⁴⁰ En virtud de dichos conflictos, el Consejo de Seguridad asumió la administración de Kosovo para las Naciones Unidas, autorizando el despliegue de fuerzas de las Naciones Unidas.⁸⁴¹ La Administración Provisional de Kosovo de las Naciones Unidas, decidió adoptar legislación nombrando a varios jueces internacionales como jueces en tribunales kosovares, mismos que entraron en funciones en enero de 2000 a efecto de poder implementar un sistema judicial imparcial y efectivo que pudiera impartir justicia.⁸⁴²

Timor Oriental era una colonia portuguesa la cual declaró su independencia el 28 de noviembre de 1975, solo para ser invadido por Indonesia días después. Los timorenses mantuvieron una guerra de guerrillas en contra de las fuerzas indonesias y en 1999 se llegó a un acuerdo de cese al fuego y las Naciones Unidas organizaron un referéndum para que la población decidiera si se unían a Indonesia o si se independizaban. El voto por la independencia ganó abrumadoramente pero después de esto se volvió a suscitar un conflicto entre guerrillas. Como respuesta a este conflicto, el 15 de septiembre de 1999, el Consejo de Seguridad decidió enviar una fuerza multinacional a Timor Oriental para restaurar el orden y apoyar a la administración de las Naciones Uni-

⁸³⁹ La comunidad internacional está de acuerdo en que las instituciones que comentamos en este Capítulo no son tribunales penales internacionales, situación que también se deriva de nuestro concepto de “tribunal penal internacional” (*ver infra*, Capítulo IV.F “Concepto de Tribunal Penal Internacional”).

Presentamos esta breve explicación de estos tribunales solamente para aclarar que existen otras instituciones similares a los tribunales penales internacionales y para mejor distinguirlos a unos de otros, pero no entraremos en detalle sobre los motivos detrás de porqué se establecieron o cómo fueron establecidos.

⁸⁴⁰ *Ver supra*, Capítulo IV.C.1.b “La disolución del Estado Yugoslavo y la crisis humanitaria en el territorio de la ex Yugoslavia”.

⁸⁴¹ UNSC Res 1244 (10 de junio de 1999) UN Doc S/RES/1244.

⁸⁴² Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 343, cita al pie 37.

das.⁸⁴³ Un mes después, estableció la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET),⁸⁴⁴ la cual, en 2000, creó paneles mixtos dentro del Tribunal de Distrito de Dili⁸⁴⁵ y también creó paneles con jurisdicción exclusiva sobre “delitos graves”.⁸⁴⁶

En el caso de Camboya, el régimen del Khmer Rouge cometió una serie de delitos internacionales durante la segunda mitad del siglo XX. Se discutió ampliamente la creación de un tribunal internacional y el Secretario General de las Naciones Unidas fue uno de los agentes que intervino para que éste se creara.⁸⁴⁷ El 2 de enero de 2001, la Asamblea Nacional de Camboya adoptó una Ley para el Establecimiento de Salas Especiales en los Tribunales de Camboya para los Delitos cometidos durante el Período de la Kampuchea Democrática. Esta ley establece la creación de tribunales mixtos —con jueces camboyanos y jueces internacionales— para juzgar los delitos cometidos por dicho régimen.⁸⁴⁸

En Sierra Leona, se cometieron una serie de delitos internacionales y otras atrocidades en el marco de la rebelión liderada por el Frente Revolucionario Unido durante la década de los noventa. En este caso particular, el Consejo de Seguridad le solicitó al Consejo de Seguridad que preparara un proyecto de estatuto para un tribunal internacional.⁸⁴⁹ El Secretario General preparó este

⁸⁴³ UNSC Res 1264 (15 de septiembre de 1999) UN Doc S/RES/1264.

⁸⁴⁴ UNSC Res 1272 (25 de octubre de 1999) UN Doc S/RES/1272.

⁸⁴⁵ UNTAET “On the Organization of Courts in East Timor” (6 de marzo de 2000) UNTAET/REG/2000/11.

⁸⁴⁶ UNTAET “On the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences” (6 de junio de 2000) UNTAET/REG/2000/15.

⁸⁴⁷ Este tribunal se creó finalmente en virtud del acuerdo ratificado por Camboya el 19 de octubre de 2004 (UNSG “Informe del Secretario General sobre los procesos contra el Khmer Rouge” (29 de noviembre de 2004) UN Doc A/59/432/Add.1), pág. 1, para. 2.

⁸⁴⁸ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 340 y 343, cita al pie 37.

⁸⁴⁹ UNSC Res 1315 (14 de agosto de 2000) UN Doc S/RES/1315.

proyecto de estatuto,⁸⁵⁰ pero nunca se llegó a crear dicho tribunal internacional porque el 16 de enero de 2001, el gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas firmaron un tratado internacional estableciendo un tribunal mixto.⁸⁵¹

Finalmente, después de la reciente invasión de Irak por EE.UU., la Autoridad Provisional de la Coalición —quien ejercía funciones de gobierno— emitió una orden ejecutiva en virtud de la cual creaba un Tribunal Especial a efecto de juzgar a quien hubiera cometido algún delito durante el antiguo régimen.⁸⁵² El estatuto del tribunal establecía que los jueces deberían de ser de reconocida solvencia moral y cumplir con los requisitos para ser designados en “los puestos judiciales más altos” y establecía el derecho aplicable, mismo que incorporaba derecho internacional humanitario.⁸⁵³

Al inicio de este Capítulo comentamos que estas instituciones no son tribunales penales internacionales, sino que eran considerados como tribunales mixtos o internacionalizados.⁸⁵⁴ El nombre de estos tribunales penales busca describir la manera en que han sido compuestos, con una composición mixta o internacionalizada en el sentido de que incluyen jueces internacionales como parte de los mismos, así como jueces de los Estados dentro de los cuales ejercen su jurisdicción.⁸⁵⁵ Existen dos variantes de estas instituciones, aquellas que son órganos del Estado correspondiente —como en Camboya y en Kosovo, en donde se incorporaron jueces internacionales

⁸⁵⁰ UNSG “Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona” (4 de octubre de 2000) UN Doc S/2000/915.

⁸⁵¹ Para más detalles sobre este tribunal, *ver generalmente*, Frulli, M., “The Special Court for Sierra Leone: some preliminary comments”, *European Journal of International Law*, Italia, 2000, no. 11, pág. 857 *et seq.*

⁸⁵² Order 48 “Delegation of Authority Regarding Establishment of an Iraqi Special Tribunal with Appendix A”, disponible en The Coalition Provisional Authority, “CPA Official Documents”; CPA Iraq, <http://www.cpa-iraq.org/regulations/> (última visita el 5 de junio de 2008).

⁸⁵³ *Ibidem*, Apéndice A.

⁸⁵⁴ *Ver supra*, nota 839 y texto a dicha nota.

⁸⁵⁵ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 343.

a tribunales que forman parte de su poder judicial, y en Timor Oriental con la creación de los Paneles Especiales—, y en donde son creados en virtud de un convenio internacional y pueden no ser parte del poder judicial del Estado —como el Tribunal Especial para Sierra Leona.⁸⁵⁶

F. Concepto de Tribunal Penal Internacional

Un tribunal penal internacional es una institución⁸⁵⁷ internacional con jurisdicción y competencia propia, creado en virtud de un instrumento constitutivo adoptado por dos o más Estados o algún órgano internacional en representación de la comunidad internacional en su conjunto y que aplica derecho penal internacional directamente a los individuos que se ubican dentro del ámbito de su jurisdicción y competencia y que se encuentra integrado por un panel de jueces representativo de la comunidad internacional o, cuando menos, de los Estados que lo constituyeron.

Los tribunales penales internacionales son instituciones jurídicas con jurisdicción y competencia propia. Como mencionamos, cada tribunal penal internacional tiene jurisdicción ya que se encuentra facultado para dictar el derecho dentro del ámbito de su competencia. Similarmente, cada tribunal penal internacional tiene un ámbito de competencia delimitado expresamente por su instrumento constitutivo.

Es claro que los tribunales penales internacionales son creados de conformidad con un instrumento constitutivo adoptado por Estados —los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial y la Corte Penal Internacional—, o por órganos internacionales en representación de la comunidad internacional —tribunales penales internacionales ad hoc.

⁸⁵⁶ *Idem.*

⁸⁵⁷ Utilizamos el término para decir que los tribunales penales internacionales son instituciones jurídicas, entendiendo por institución jurídica a una estructura independiente, a una unidad de derechos y obligaciones que persigue un fin específico (Huerta Ochoa, Carla, “Constitución y diseño institucional”, *Boletín de Derecho Comparado*, México, 2000, vol. 99, pág. 1108).

Los tribunales penales internacionales aplican derecho penal internacional directamente a los individuos que se ubican dentro del ámbito de su jurisdicción y competencia. Esta fue una innovación en su momento, sin embargo, a la fecha ya no existe mucha discusión sobre este tema en virtud de que se reconoce —y en efecto, la costumbre internacional así lo dispone ya— que el individuo es sujeto de obligaciones del derecho penal internacional y puede ser destinatario de sanciones aplicadas por estas instituciones.⁸⁵⁸

Finalmente, los tribunales penales internacionales se encuentran integrados por un panel de jueces representativo de la comunidad internacional o los Estados que lo constituyeron. Esto se demuestra si analizamos la composición de cada tribunal en la vida real. El Tribunal de Nuremberg se constituyó por un juez estadounidense, uno inglés, otro francés y uno ruso. El Tribunal de Tokio se integró por once jueces, de nacionalidades de los Estados Aliados que participaron en el teatro de operaciones del Pacífico Sur. El TPIY y el TPIR se han constituido con jueces de diversas nacionalidades de acuerdo con un procedimiento que intenta garantizar la representatividad de los jueces así como asegurar su imparcialidad. Finalmente, la composición de la CPI debe ser representativa de las diversas tradiciones jurídicas de los Estados parte del Estatuto de Roma.

Aplicando este concepto a la realidad para comprobar si en efecto es correcto, encontramos que efectivamente contiene a los tribunales penales internacionales reconocidos como tales, excluyendo a otras instituciones similares que regularmente no son considerados como tales, por lo que consideramos que nuestro concepto es adecuado para el propósito de esta tesis.

Finalmente, habría que mencionar que podemos apreciar que existen dos esquemas generales que ha utilizado la comunidad internacional al construir los tribunales penales internacionales.

⁸⁵⁸ Furuya, *Legal Effect*, nota 25 y texto a dicha nota.

Un primer diseño en el cual se pretende sustituir a los tribunales nacionales —como en el caso del TPIY y el TPIR—, y un segundo diseño en el cual se pretende enjuiciar a los delincuentes dependiendo en la gravedad del delito y del grado de su responsabilidad —como en el caso del Tribunal de Nuremberg, el de Tokio y la CPI. Es importante aclarar, sin embargo, que existe una clara tendencia en el sentido de que el primer esquema ya no se utilizará a la luz del Estatuto de Roma y de la práctica del TPIY —el cual reformó sus Reglas de Procedimiento y Evidencia para poder deferir un caso a los tribunales nacionales en ciertas circunstancias, tomando en cuenta estas cuestiones— y el TPIR —que desde un inicio persiguió a los líderes civiles y militares.⁸⁵⁹

⁸⁵⁹ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, págs. 353–354.

V. LA VALIDEZ DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

¿Qué significa que un tribunal penal internacional sea válido? ¿Qué queremos decir cuando afirmamos que una institución jurídica es válida? El concepto de “validez” es uno de los conceptos jurídicos que varía en gran medida dependiendo de qué corriente estemos estudiando. Incluso cuando nuestra exposición de las diversas corrientes iusnaturalistas y iuspositivistas fue tan breve, es evidente que el concepto de validez varía dentro de cada una de las mismas. El concepto de validez se ha empleado con múltiples acepciones, en un sentido descriptivo como un enunciado externo al sistema, refiriéndose al hecho de que la norma existe y es acatada por sus destinatarios y aplicada por las instituciones adjudicativas.⁸⁶⁰ En un sentido normativo interno al sistema, validez se refiere a que la norma haya sido introducida al sistema jurídico de conformidad con las disposiciones del mismo sistema⁸⁶¹ y que el contenido de dicha norma cumple con lo dispuesto por el sistema.⁸⁶² Alf Ross, por ejemplo, considera que existen tres diferentes significados.⁸⁶³ El primer significado de “validez” considera que afirmar que una norma es válida es un enunciado interno al sistema jurídico e implica que la norma calificada como válida genera los efectos jurídicos previstos en dicha norma.⁸⁶⁴ El segundo significado para Ross se refiere al hecho de que la norma exista en la realidad.⁸⁶⁵ El tercer significado del término validez para Ross se refiere al

⁸⁶⁰ Nosotros nos referimos a esta situación como “eficacia” (*supra*, notas 365 y 398).

⁸⁶¹ Esta es la validez formal de la norma y se refiere al hecho de que haya sido adoptada de conformidad con los procesos de creación de normas establecidos en el sistema.

⁸⁶² Esta es la validez material de la norma y se refiere al hecho de que el contenido regulado de la norma satisface las demás disposiciones del sistema jurídico.

⁸⁶³ Ver, Ross, Alf, “El Concepto de Validez y el Conflicto ente el Positivismo Jurídico y el Derecho Natural”, en *El Concepto de Validez y otros Ensayos*, 3a ed., México, Distribuciones Fontamara, 1997, colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, págs. 7–29.

⁸⁶⁴ *Ibidem*, pág. 23.

⁸⁶⁵ *Idem*.

hecho de que la norma tenga un contenido moral deseable y por lo tanto genere una obligación moral.⁸⁶⁶

Nosotros empleamos el concepto de validez en sentido normativo, lo cual “implica que la aceptación, aplicación y acatamiento de la norma son obligatorios”.⁸⁶⁷ Esto se refiere a que una norma goza de la presunción de validez cuando ésta ha sido incorporada al sistema jurídico y es susceptible de generar consecuencias jurídicas. Cada una de las corrientes que hemos analizado tiene criterios más o menos diferentes para determinar cuándo una norma efectivamente será válida.⁸⁶⁸ Podemos distinguir dos tipos de validez de la norma que son relevantes para nuestra tesis: la validez formal —que “depende de la regularidad del proceso de creación de las normas”—,⁸⁶⁹ y la validez material —que depende del contenido regulado.

A lo largo de este capítulo presentaremos nuestra opinión respecto de la validez de los Tribunales Penales Internacionales de conformidad con las teorías iusnaturalistas y iuspositivistas a que hemos hecho referencia anteriormente, por lo que haremos referencia a la validez de dichas instituciones según cada una de las teorías correspondientes conciben este término.

A. Validez de los Tribunales Penales Internacionales en la teoría iuspositivista de Kelsen

En el pensamiento iuspositivista, de manera general, la validez de las normas jurídicas depende de la manera en que dicha norma ha sido adoptada o que ésta haya sido creada de conformidad

⁸⁶⁶ *Ibidem*, pág. 24.

⁸⁶⁷ Huerta Ochoa, Carla, “Sobre la Validez Temporal de las Normas. La Retroactividad y Ultraactividad de las Normas en el Sistema Jurídico”, *Problema: anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, 2007, no. 1, pág. 275.

⁸⁶⁸ En este punto, habría que mencionar que el que una norma goce de la presunción de validez se refiere al hecho de que la norma se considera válida, pero que —todavía— no existe ningún mandato de aplicación —en el primer caso estamos hablando de la validez *prima facie* y en el segundo, de la validez definitiva de una norma (*ibidem*, pág. 284).

⁸⁶⁹ *Ibidem*, pág. 277.

con un método preestablecido y reconocido como la manera de adoptar y crear normas del sistema jurídico. En la óptica de Kelsen, la norma es válida siempre que sea creada de conformidad con lo prescrito por las normas jerárquicamente superiores que determinen el proceso de creación de la misma. Entonces, validez se refiere al hecho de que una norma sea adoptada y promulgada de conformidad con lo dispuesto por las normas que regulan la creación de otras normas.⁸⁷⁰ Como ya lo hemos comentado, para Kelsen, la validez del derecho internacional deriva de la costumbre, la cual otorga validez a los tratados celebrados de conformidad con las normas consuetudinarias que establecen la forma de hacerlo. Asimismo, los principios generales de derecho internacional derivan su obligatoriedad de la norma consuetudinaria que establece que los mismos forman parte del derecho internacional general.⁸⁷¹ Por lo tanto, de conformidad con la doctrina kelseniana, será válida toda norma que derive de alguno de estos tres procesos, los cuales podemos efectivamente considerar como las fuentes del derecho internacional.

La validez de los tribunales penales internacionales en la óptica kelseniana, entonces, dependerá del proceso que se siguió para su creación. En la medida en que la creación de estos tribunales se haya llevado a cabo de conformidad con las prescripciones establecidas por la costumbre internacional, los tratados internacionales o los principios generales de derecho, dicho acto deberá considerarse como válido en derecho internacional de acuerdo con esta postura. En el caso de los Tribunales Penales Internacionales estamos frente a una situación particular: la creación de instituciones internacionales facultadas para ejercer su jurisdicción. Por lo tanto, no es suficiente que dichas instituciones sean válidas, sino que también debe existir una norma internacional que permita que éstas ejerzan su jurisdicción dentro del ámbito de su competencia.

⁸⁷⁰ *Ver supra*, III.B.2.a “Norma fundante básica y validez del derecho”.

⁸⁷¹ *Ver supra*, Capítulo III.B.2.b “El derecho internacional bajo la teoría kelseniana”.

La postura de la CPJI en su sentencia sobre el *S.S. Lotus* es ilustrativa de este punto de vista. En esta sentencia, la CPJI opina que “la jurisdicción es ciertamente territorial; no se puede ejercer fuera del territorio sino en virtud de una regla permisiva derivada del derecho internacional consuetudinario o una convención.”⁸⁷² En derecho internacional, los Estados son libres para ejercer su jurisdicción dentro de su territorio con plena libertad —incluso sobre actos que ocurran fuera de dicho territorio—, siempre y cuando no exista una limitación al respecto en derecho internacional. En la sentencia del caso *S.S. Lotus*, la CPJI opina que:

[el derecho internacional,] lejos de prohibir de manera general que los Estados extiendan sus leyes y su jurisdicción a personas, bienes y actos fuera de su territorio, les permite, en este sentido, una amplia libertad, la cual no está limitada mas que en ciertos casos por reglas prohibitivas; para los otros casos, cada Estado es libre de adoptar los principios que juzgue mejores y más adecuados [...]

En estas condiciones, lo único que se le puede exigir a un Estado es que no exceda los límites de su competencia trazados por el derecho internacional; dentro de esos límites, el título a la jurisdicción que ejerce lo encontramos dentro de su soberanía.⁸⁷³

La CPJI afirma la existencia de un principio de derecho internacional: los Estados son libres de ejercer su jurisdicción dentro de los límites establecidos por el derecho internacional en la manera que consideren conveniente en la medida en que no exista una norma prohibitiva en contrario. Además, también enfatiza que esto es un derecho que deriva de la soberanía estatal.

Por lo tanto, de acuerdo con la postura kelseniana, los Tribunales Penales Internacionales serán válidos cuando hayan sido creados de conformidad con una norma vigente de derecho internacional y ejerzan su jurisdicción en virtud de una norma permisiva de derecho internacional.

⁸⁷² *Affaire du “Lotus”*, nota 104, págs. 18–19.

⁸⁷³ *Ibidem*, pág. 19.

1. Los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial

¿Existía una norma consuetudinaria que permitiera a los Estados crear tribunales penales internacionales en el territorio de los Estados derrotados en 1945, cuando se crearon los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial? Nosotros consideramos que no obstante la poca práctica estatal en este sentido, en 1945 existía una norma consuetudinaria que facultaba a los Aliados para crear los Tribunales Militares Internacionales; cuando menos, tenemos el ejemplo del Tratado de Versalles.⁸⁷⁴ En su defecto, es posible afirmar que como consecuencia del actuar de los Aliados y de la respuesta de la comunidad internacional en su conjunto surgió una norma de costumbre instantánea⁸⁷⁵ que facultaba a los Estados para crear estas instituciones, en particular porque dichos actos fueron posteriormente ratificados y aceptados por la comunidad internacional en su conjunto mediante la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁸⁷⁶

En el caso de los Tribunales Militares Internacionales discutimos sobre el ejercicio de jurisdicción por parte de los Aliados no sólo fuera de su territorio, sino dentro del territorio de otros Estados, incluso por actos cometidos dentro de dichos territorios en contra de personas que no eran nacionales de ningún Aliado. En estas circunstancias, ni el principio de territorialidad ni el principio de nacionalidad pasiva⁸⁷⁷ —reglas permisivas en derecho internacional— facultan a los Aliados para ejercer su jurisdicción de la manera en que lo hicieron. Por lo tanto, la respuesta tenemos que buscarla en otro fundamento, y la encontramos en la rendición de Alemania y Japón.

⁸⁷⁴ *Ver supra*, Capítulo IV.A “Los precursores de los Tribunales Penales Internacionales del siglo XX”.

⁸⁷⁵ *Ver supra*, Capítulo II.C.1.b “Costumbre internacional”, en particular notas 78–79, y texto a dichas notas.

⁸⁷⁶ *Ver nota* 621. No obstante esta ratificación y aceptación, sigue siendo cierto que sería difícil afirmar que previo al momento de su creación ya existía una norma permisiva que facultara expresamente a los Estados para crear estas instituciones —claro, también es cierto que no es necesario la existencia de dicha norma como lo veremos a continuación.

⁸⁷⁷ *Ver supra*, Capítulos II.C.1.d.i “Principio de territorialidad” y II.C.1.d.ii “Principio de nacionalidad”.

En el caso de Alemania debemos considerar la rendición incondicional así como la Declaración de Berlín. En el caso de Japón debemos considerar la rendición del gobierno japonés así como la Declaración de Potsdam. Tanto la Declaración de Berlín como la Declaración de Potsdam establecen que los Aliados tendrán el derecho para juzgar a las personas que resulten responsables por cometer delitos internacionales durante la Segunda Guerra Mundial. Podemos interpretar que dichos instrumentos internacionales codificaban normas permisivas de derecho internacional —aceptadas por los Estados relevantes para efectos de estos procesos penales— en virtud de las cuales, los Aliados pudieron establecer los Tribunales Militares Internacionales válidamente toda vez que en los instrumentos de rendición alemanes y japoneses, estos Estados aceptaron expresamente dichas declaraciones.

Es interesante que no obstante esta postura, al igual que en el caso de la CPJI en su sentencia sobre el caso del *S.S. Lotus*, el Tribunal de Tokio reconoció que los Aliados podían ejercer su jurisdicción, pero que cualquier juicio debía llevarse a cabo dentro de los límites del derecho internacional.⁸⁷⁸ El Tribunal de Tokio expresamente opinó que “[e]n el ejercicio de su derecho para crear tribunales para dicho propósito y al conferirle facultades a dichos tribunales, las potencias beligerantes únicamente pueden actuar dentro de los límites del derecho internacional.”⁸⁷⁹ El Tribunal de Nuremberg, por su parte, afirma el derecho de los Aliados de crear estos tribunales opinando que los mismos se encuentran dentro de los límites establecidos por el derecho internacional. En su sentencia, el Tribunal de Nuremberg escribe que

⁸⁷⁸ El Tribunal de Tokio escribe que “No puede considerarse que la opinión [del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas] apoya la noción, si ésta se llegara aceptar, de que las Potencias Aliadas o cualquier otra nación victoriosa tendrá el derecho de conformidad con el derecho internacional de adoptar o promulgar leyes o facultar a sus tribunales con los poderes para juzgar y sancionar a los criminales de guerra que contradigan las reglas o los principios reconocidos por el derecho internacional” (*Sentencia del Tribunal de Tokio*, nota 616, Capítulo II(a)).

⁸⁷⁹ *Idem*.

La preparación del Estatuto [del TMI] fue el ejercicio del poder legislativo soberano de los estados frente a los cuales se rindió incondicionalmente el Reich Alemán, y el derecho indudable que tienen dichos países para legislar sobre los territorios ocupados ha sido reconocido por el mundo civilizado. El Tribunal no es un ejercicio arbitrario del poder de las Naciones victoriosas, sino, en la opinión del Tribunal y como se demostrará, es la expresión del derecho internacional tal y como dicho derecho existía en el momento de su creación, y en este sentido es en sí una aportación al derecho internacional.

Las Potencias Firmantes crearon este Tribunal, definieron el derecho que aplicaría y emitieron reglamentos para la debida conducta del Tribunal. Al hacerlo, han hecho conjuntamente lo que cualquiera de ellos hubiera podido hacer individualmente, porque no puede dudarse que toda nación tiene el derecho de crear tribunales especiales para aplicar el derecho. En relación con el establecimiento del Tribunal, lo único que tienen derecho a solicitar los acusados es recibir un juicio justo sobre los hechos y el derecho.⁸⁸⁰

De lo anterior se desprende que el Tribunal de Nuremberg acepta la opinión de la CPJI en cuanto al límite de las facultades de los Estados para ejercer su jurisdicción: los Aliados no pueden enjuiciar a los acusados sin la existencia de una norma permisiva en derecho internacional y los juicios deben ser justos. No obstante esta aceptación, el Tribunal de Nuremberg afirma que los Aliados sí tienen derecho a ejercer su jurisdicción sobre Alemania en virtud de la existencia de una norma permisiva, en este caso, una norma consuetudinaria que ya “existía en el momento de su creación [del Tribunal de Nuremberg]”⁸⁸¹ y en virtud de la cual, los Estados que triunfan en una guerra de ocupación están facultados para legislar sobre los territorios ocupados.⁸⁸²

Existe también un segundo argumento muy interesante que consideramos que debemos explorar brevemente y está relacionado con el ejercicio de soberanía por parte de los Aliados. Como lo afirmó la CPJI, “el título a la jurisdicción que ejerce [el Estado] lo encontramos dentro de su

⁸⁸⁰ *Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, pág. 216–217.

⁸⁸¹ *Idem*.

⁸⁸² *Ver también infra*, Capítulo V.D.1.a “El derecho sustantivo aplicado ya formaba parte de la costumbre internacional previo al ejercicio de jurisdicción”, donde comentamos cómo el Tribunal de Nuremberg afirma que el ejercicio de su jurisdicción sobre los acusados no violó el principio de irretroactividad en virtud de que los tipos penales correspondientes ya se encontraban codificados por el derecho internacional.

soberanía.”⁸⁸³ En el caso de la Segunda Guerra Mundial, hay que recordar que en términos de los instrumentos de rendición firmados por Alemania y la Declaración de Berlín, Alemania se rindió incondicionalmente,⁸⁸⁴ y que Japón, en sus términos de rendición, cede la soberanía japonesa a los Aliados estableciendo que el gobierno japonés se obligaba a obedecer y hacer cumplir todas las instrucciones de los Aliados, aceptando expresamente la Declaración de Potsdam.⁸⁸⁵ En términos de estas rendiciones nos encontramos con una situación ciertamente inusual en derecho internacional, pero en virtud de la cual, los Aliados ejercían soberanía respecto de Alemania y Japón.

En la medida en que los Aliados ejercían soberanía y funciones de gobierno sobre Alemania y Japón, los Aliados tenían plenas facultades para ejercer su jurisdicción sobre los territorios de dichos Estados y sobre sus nacionales en virtud del principio de territorialidad y nacionalidad, por lo cual, los Aliados podían llevar a cabo los juicios de Nuremberg y de Tokio como parte del simple ejercicio cotidiano de sus funciones.⁸⁸⁶ Entonces, podemos argumentar que los Aliados ejercieron su jurisdicción respecto de Alemania y de Japón con base en la soberanía que ejercían sobre estos Estados vencidos y pareciera ser que este argumento es también suficiente para afirmar que el establecimiento de los Tribunales Militares Internacionales fue un ejercicio válido de jurisdicción por parte de los Aliados.

⁸⁸³ *Affaire du “Lotus”*, nota 104, pág. 19.

⁸⁸⁴ *Ver supra*, Capítulo IV.B.1.b “La derrota de Alemania y la Declaración de Berlín”.

⁸⁸⁵ *Supra*, nota 598.

⁸⁸⁶ Una consecuencia interesante de esto es que nos obliga a considerar qué es más acertado: que los Aliados actuaron en nombre y representación de Alemania y Japón —efectivamente eran su gobierno—, o que los Aliados actuaron en nombre propio y en representación de la comunidad internacional, imponiendo el derecho internacional y la voluntad de la comunidad internacional en los territorios ocupados.

Entonces, podemos concluir de que el establecimiento de los Tribunales Militares Internacionales fue válido en virtud de que existía una norma internacional permisiva que facultaba expresamente a los Aliados para crear instituciones internacionales para juzgar a quienes hubieran cometido delitos internacionales dentro del contexto de la Segunda Guerra Mundial y además, fue un ejercicio válido de soberanía por parte de los Aliados.⁸⁸⁷

2. Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc

Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc para la ex Yugoslavia y para Rwanda difieren de los Tribunales Militares Internacionales ya que no fueron creados por Estados directamente, sino que fueron creados por el Consejo de Seguridad en representación de la comunidad internacional como medidas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales bajo el Capítulo VII, al amparo de los artículo 41 o el artículo 42.⁸⁸⁸ Sin embargo, la creación de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc para la ex Yugoslavia y para Rwanda es una medida sin precedentes y que no está prevista expresamente en el texto de la Carta. Por lo tanto, primero resulta necesario

⁸⁸⁷ Ahora bien, como menciona la Sentencia de Tokio, habría que discutir dos últimas cuestiones. Primero, debemos analizar cuáles eran los límites establecidos por el derecho internacional en 1945 del derecho de los Aliados para juzgar a los criminales de guerra de las potencias vencidas. Nosotros consideramos que los límites establecidos por el derecho internacional son el derecho internacional de los derechos humanos, tan limitado como se encontraba en ese momento —básicamente reducido al derecho a recibir un juicio justo tanto en los hechos como en el derecho, tal y como lo reconoce el Tribunal de Nuremberg (ver cita a la *Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, en el texto a la nota 880).

La segunda cuestión es secundaria, pero habría que analizar si los Aliados tenían alguna obligación de enjuiciar a estas personas. Nosotros consideramos que en aquellas fechas no existía esta obligación. La práctica internacional nos demuestra que previo a 1945, los Aliados hubieran tenido plena libertad para juzgar, exiliar, ejecutar o en términos sencillos, dejar a la suerte el destino de los criminales del Eje. Existe el llamado “precedente napoleónico” a que hace referencia Churchill en las discusiones en torno al establecimiento del Tribunal de Nuremberg, el cual se refiere al hecho de que Napoleón fuera exiliado a Santa Elena en lugar de ser enjuiciado. Como tal, no existe práctica que demuestra la existencia de una norma de costumbre en virtud de la cual los Aliados hubieran estado obligados a enjuiciar a los acusados —no obstante que, después de 1945, esta situación cambió en virtud de diversos instrumentos internacionales y los juicios de Nuremberg y Tokio mismos.

Sin embargo, un análisis detallado de estas dos cuestiones exceden el alcance de esta tesis.

⁸⁸⁸ *Supra*, notas 757–759 y texto a dichas notas.

interpretar la Carta a fin de determinar si el Consejo de Seguridad está facultado para adoptar medidas innominadas, esto es, medidas que no estén expresamente previstas bajo los artículos 41 y 42. Segundo, es necesario determinar si las facultades para establecer tribunales penales internacionales ad hoc es una de dichas medidas.

El Consejo de Seguridad es el órgano principal de las Naciones Unidas y tiene la función primordial de salvaguardar la paz y seguridad internacionales.⁸⁸⁹ Para tal fin, los Capítulos VI “Arreglo Pacífico de Controversias” y VII “Acción en Caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamientos de la Paz o Actos de Agresión” de la Carta facultan al Consejo de Seguridad para adoptar las medidas que considere necesarias o convenientes para desempeñar dicha función. Como consecuencia de lo anterior y para poder cumplir con su misión, este órgano es el único facultado bajo derecho internacional para ordenar el uso de la fuerza o amenazar con el uso de la fuerza.⁸⁹⁰

El primer problema que nos encontramos en este caso es que, al crear los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc, el Consejo de Seguridad no menciona en qué artículo funda su decisión, por lo que resulta necesario analizar al amparo de qué artículo fueron creados.⁸⁹¹ El artículo 41 de la Carta faculta al Consejo de Seguridad para ordenar medidas pacíficas que estén encami-

⁸⁸⁹ Carta de las Naciones Unidas, nota 71, art. 24.

⁸⁹⁰ Carta de las Naciones Unidas, nota 71, arts. 2(4) y 42. El lenguaje de la Carta no distingue entre Estados parte y Estados no parte, sin embargo, se ha interpretado que la prohibición al uso de la fuerza es una norma de *ius cogens*, por lo que obliga a todos los Estados sin excepción (en este sentido, *ver supra*, texto a nota 172).

La autorización que da la Carta al Consejo para adoptar medidas que impliquen el uso de la fuerza tampoco distingue entre Estados parte y no parte, por lo que se ha interpretado como una obligación incluso para terceros derivada de la naturaleza tan fundamental de la misión del Consejo de Seguridad y del hecho de que la práctica internacional se ha dado en este sentido. Así, el Consejo de Seguridad estaría facultado para adoptar resoluciones obligatorias para todos los Estados. No obstante lo anterior, sería posible objetar dicha interpretación bajo el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, mismo que limitaría el alcance de las obligaciones derivadas de las resoluciones adoptadas bajo Capítulo VII a los Estados parte de la Carta.

⁸⁹¹ En las resoluciones correspondientes, el Consejo de Seguridad decide establecer el TPIY “[a]ctuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas” (UNSC Res 827, nota 670, pág. 2), y el TPIR “[a]ctuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas” (UNSC Res 955, nota 719, pág. 2). Sin embargo, nunca cita expresamente al artículo en el cual funda su decisión.

nadas a lograr que los Estados miembros de las Naciones Unidas cumplan con sus resoluciones.

Dicho artículo establece que:

El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.⁸⁹²

El artículo 42, en cambio, faculta al Consejo de Seguridad para autorizar u ordenar el uso de la fuerza o acciones que impliquen el uso o amenaza del uso de la fuerza para mantener o reestablecer la paz y seguridad internacionales. El texto del artículo 42 es el siguiente:

Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.⁸⁹³

En relación con este punto, la Sala de Apelación del TPIY concluye que “el establecimiento del Tribunal Internacional se ubica perfectamente dentro de las facultades del Consejo de Seguridad bajo el Artículo 41”.⁸⁹⁴ Esto se confirma de la simple lectura de los artículos transcritos ya que de ésta podríamos concluir que los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc son medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad al amparo del artículo 41 en virtud de que no son medidas que impliquen el uso de la fuerza de ninguna manera —excepto en caso de que consideremos la coerción derivada de las sanciones de los mismos como uso de la fuerza.

⁸⁹² Carta de las Naciones Unidas, nota 71, art. 41.

⁸⁹³ *Ibidem*, art. 42. Para que el Consejo de Seguridad pueda ordenar o autorizar el uso o amenaza de uso de la fuerza, primero es necesario que determine que existe una amenaza o quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales (*ibidem*, art. 39), sin embargo, el Consejo de Seguridad puede determinar la existencia de una amenaza o quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales en el mismo acto mediante el cual autorice el uso o amenaza del uso de la fuerza.

⁸⁹⁴ *Tadić (Apelación sobre la Jurisdicción)*, nota 19, para. 36.

Ahora bien, el texto del artículo 41 establece que las medidas “*podrán comprender*” (énfasis añadido). Este artículo continúa enumerando varios ejemplos de dichas medidas. Como podemos ver, los términos empleados en la redacción del artículo 41 no son limitativos. Al contrario, el término “*podrán*” implica que la lista de medidas incluidas dentro de dicha disposición es ilustrativa y sirve meramente para ejemplificar el tipo de medidas que podrá adoptar el Consejo de Seguridad, pero de ninguna manera establece o implica que dicha lista sea limitativa.⁸⁹⁵ Esta es la consecuencia de la aplicación de la regla general de interpretación —interpretando estas disposiciones en el sentido literal y ordinario de sus términos.⁸⁹⁶

La interpretación anterior se puede confirmar analizando la Carta en sus otros idiomas auténticos.⁸⁹⁷ La Carta es un instrumento internacional redactado en los cinco idiomas oficiales ori-

⁸⁹⁵ El artículo 42 también refleja esta situación ya que establece que la acción del Consejo de Seguridad “*podrá comprender*” (énfasis añadido).

⁸⁹⁶ Las reglas de interpretación de tratados forman parte del corpus del derecho internacional consuetudinario y se encuentran codificadas, entre otros, en los artículos 31–33 de la Convención de Viena de 1969 (nota 68), y los artículos 31–33 de la Convención de Viena de 1986 (nota 68).

Para interpretar las normas internacionales debe aplicarse la regla general de interpretación, misma que establece que los tratados deberán “interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (Convención de Viena de 1969, nota 68, art. 31.1). El contexto bajo el cual debe interpretarse un tratado “comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado” (*ibidem*, art. 31.2). Además, también deberá tenerse en cuenta “a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (*ibidem*, art. 31.3). Finalmente, “si consta que tal fue la intención de las partes”, un término podrá tener un sentido especial, el que le hayan atribuido las partes (*ibidem*, art. 31.4).

En caso de que la interpretación bajo la regla general sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda o irrazonable, podemos recurrir a métodos secundarios de interpretación, “en particular los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración” (*ibidem*, art. 32.2), sin embargo, hay que tener presente que únicamente podemos recurrir a dichos métodos secundarios cuando la aplicación de la regla general no resulte en una correcta interpretación o para confirmar el sentido de dicha interpretación (*idem*).

⁸⁹⁷ La regla para interpretación de tratados internacionales autenticados en dos o más idiomas establece que, a menos de que las partes hayan acordado que algún idioma prevalecerá sobre otros, el texto del tratado será igualmente válido en todos los idiomas —y por lo tanto, los términos tendrán el mismo significado en cada idioma— y que en caso de que haya una diferencia de sentido entre los idiomas en que se haya preparado dicho tratado, ésta deberá resolver-

ginales de las Naciones Unidas: chino, español, francés, inglés y ruso, y la versión en cada idioma es igualmente auténtica.⁸⁹⁸ En las cinco versiones de la Carta, la frase relevante del artículo 41 es “此项办法得包括”, “podrán comprender”, “Celles-ci peuvent comprendre”, “These may include” y “Эти меры могут включать” —la traducción literal al español de esta frase desde los otros cuatro idiomas oficiales es idéntica: “*éstas podrán comprender*”. La aplicación de la regla de interpretación para tratados autenticados en varios idiomas confirma nuestras conclusiones anteriores, la lista de medidas prevista en el artículos 41 es enunciativa, no limitativa.⁸⁹⁹

Entonces, de la interpretación de los artículos 41 y 42 de la Carta podemos concluir que el Consejo de Seguridad no está limitado a adoptar exclusivamente las medidas expresamente listadas en dichas disposiciones y por lo tanto, es posible que el Consejo de Seguridad adopte medidas como el establecimiento de tribunales penales internacionales ad hoc mientras satisfaga los requisitos establecidos en el Capítulo VII. Nuestra interpretación encuentra además apoyo en el criterio de la Sala de Apelación del TPIY. En su sentencia sobre la *Apelación sobre la Jurisdicción* en relación con el caso *Tadić*, la Sala de Apelación del TPIY también interpretó el artículo 41 para significar que las medidas enunciadas en el mismo eran ilustrativas, ejemplos, no limitativas, siendo el único límite establecido por dicho artículo que las medidas no involucren el uso de la fuerza.⁹⁰⁰ Similarmente, el TPIR en su sentencia en el caso *Kanyabashi* afirmó que, si bien

se de conformidad con la regla general de interpretación y a falta de esto, deberá adoptarse el sentido que mejor concilie los textos teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado (*Ibidem*, art. 33).

⁸⁹⁸ Carta de las Naciones Unidas, nota 71, art. 111. Nótese sin embargo, que no obstante que el árabe ya también es un idioma oficial, la Carta únicamente es auténtica en los cinco idiomas oficiales originales.

⁸⁹⁹ Respecto del artículo 42, esta situación también es cierta. En dicha disposición, la frase relevante es “此项行动得包括”, “Tal acción podrá comprender”, “Cette action peut comprendre”, “Such action may include” y “Такие действия могут включать” —la traducción literal al español de esta frase desde los otros cuatro idiomas oficiales también es idéntica: “*dicha acción podrá comprender*”.

⁹⁰⁰ *Tadić (Apelación sobre la Jurisdicción)*, nota 19, para. 35.

el establecimiento de los tribunales no está previsto expresamente en el artículo 41 de la Carta, también es cierto que la lista es meramente ilustrativa.⁹⁰¹

En conclusión, el Consejo de Seguridad está facultado para ordenar las medidas que considere necesarias para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales siempre que éstas (i) estén encaminadas para hacer efectivas sus resoluciones al amparo de dichas disposiciones, (ii) satisfagan los requisitos del Capítulo VII, y (iii) no violen normas de *ius cogens*. Por lo tanto, la creación de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc para la ex Yugoslavia y Rwanda por parte del Consejo de Seguridad debe considerarse válida bajo derecho internacional.

3. La Corte Penal Internacional

De acuerdo con el derecho internacional, los Estados están plenamente facultados para crear organismos internacionales, con personalidad jurídica y patrimonio propios mediante tratados.⁹⁰² Esta es una facultad que no se disputa a la luz de la práctica internacional de crear organismos internacionales.⁹⁰³ Por lo tanto, la creación en si de un organismo internacional por los Estados parte del Estatuto de Roma, es válida bajo derecho internacional y la pregunta es si los Estados pueden crear un organismo internacional de la naturaleza de la CPI, con jurisdicción propia.

En este sentido, habría que recordar la naturaleza tan particular de este organismo. La CPI está diseñada para ejercer jurisdicción en materia penal sobre (i) aquellas personas que cometan algún crimen previsto en su Estatuto en el territorio de un Estado parte, y (ii) los nacionales de un

⁹⁰¹ *Kanyabashi (Decisión sobre la Jurisdicción)*, nota 759, pág. 7, para. 27.

⁹⁰² Convención de Viena de 1986, nota 68.

⁹⁰³ Actualmente existe un sinnúmero de instituciones internacionales creadas en virtud de tratados internacionales — la Organización de Aviación Civil, la Organización de Estados Americanos, la Organización del Tratado del Atlántico Norte, la Unión Europea y las Naciones Unidas y sus organismos internacionales relacionados o subsidiarios son tan solo unos cuantos ejemplos.

Estado parte que comentan algún delito previsto en su Estatuto, independientemente del lugar en donde lo cometan.⁹⁰⁴ Esto coincide con el derecho que tienen los Estados para ejercer su jurisdicción sobre situaciones que ocurran en su territorio —el principio de territorialidad—⁹⁰⁵ y sobre sus nacionales que hayan cometido algún delito según su legislación —el principio de nacionalidad—⁹⁰⁶ independientemente del lugar en donde se encuentre la persona. Estos dos principios son normas permisivas que facultan al Estado para ejercer su jurisdicción más allá de sus fronteras.⁹⁰⁷

Entendemos que, al ejercer su soberanía mediante la celebración del Estatuto de Roma, los Estados convinieron ceder a la CPI el derecho para ejercer su jurisdicción en virtud de dicha soberanía dentro del ámbito respecto del cual los Estados tienen ya ese derecho. En otras ocasiones, los Estados ya han facultado a tribunales para que ejerzan su jurisdicción en lugar de los tribunales regulares de dichos Estados —en esta tesis hemos mencionado a los Tribunales Militares Internacionales, mismos que fueron facultados por los Aliados para ejercer su jurisdicción y los tribunales especiales de Camboya, los cuales fueron establecidos por el gobierno camboyano,⁹⁰⁸ pero también existen diversos otros ejemplos, como los tribunales de Lockerbie.⁹⁰⁹

En este caso, debemos considerar que la Corte Penal Internacional es válida en la medida en que los Estados (a) pueden establecer un organismo internacional con personalidad jurídica y

⁹⁰⁴ Estatuto de Roma, nota 43, art. 12(2).

⁹⁰⁵ *Ver supra*, Capítulo II.C.1.d.ii “Principio de territorialidad”.

⁹⁰⁶ *Ver supra*, Capítulo II.C.1.d.i “Principio de nacionalidad”.

⁹⁰⁷ *Ver supra*, texto a nota 872.

⁹⁰⁸ *Ver supra*, texto a notas 847–848.

⁹⁰⁹ El Tribunal de Lockerbie es el nombre común que se utiliza para referirse al tribunal establecido para juzgar a ciudadanos libios que fueron declarados responsables por derribar un avión civil sobre Escocia en un acto terrorista. Este tribunal se constituyó en el Campo Zeist, una antigua base aérea de EE.UU. en Países Bajos. Países Bajos y Reino Unido celebraron un tratado en virtud del cual los primeros cedieron su soberanía sobre el sitio del tribunal y sus demás instalaciones a Reino Unido para que éste llevara a cabo el juicio sin mayores impedimentos. El juicio se rigió por derecho escocés. Los documentos del juicio se encuentran publicados en: Scottish Courts, “Lockerbie Trial”, <http://www.scotcourts.gov.uk/library/lockerbie/> (última visita el 19 de junio de 2008).

patrimonio propio mediante un tratado internacional, y (b) pueden ceder a dicho organismo su facultad para ejercer su jurisdicción penal derivada de los principios de territorialidad y de nacionalidad. La opinión del Tribunal de Nuremberg ilustra esta discusión cuando afirma que los Aliados, al establecer el TMI, “han hecho conjuntamente lo que cualquiera de ellos hubiera podido hacer individualmente, porque no puede dudarse que toda nación tiene el derecho de crear tribunales especiales para aplicar el derecho.”⁹¹⁰

B. La doctrina de Hart y las escuelas realistas

Para Hart, la norma es válida por el hecho de pertenecer al sistema y dicha norma pertenecerá al sistema cuando satisfaga los requisitos de la regla de reconocimiento —situación que Hart considera que es diferente en el caso del derecho internacional ya que en éste, según Hart, no existe una regla de reconocimiento. Por lo tanto, en éste, las normas jurídicas existirán y serán válidas en la medida en que sean aceptadas como obligatorias y operen como tal, por lo cual, la validez de las normas que crean y regulan a los tribunales penales internacionales es un tema eminentemente sociológico y ligado a su eficacia.⁹¹¹ Esto es, una norma internacional es válida en la medida en que es aceptada como obligatoria, sus destinatarios la acatan y sus violaciones se consideran eso precisamente, actos violatorios de un deber jurídico. Esta postura es similar al iusnaturalismo y iuspositivismo realista, de los cuales podríamos decir —corriendo el riesgo de sobre simplificar—, que consideran que la validez del derecho reside en el hecho de que corresponde con

⁹¹⁰ *Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, pág. 216–217.

⁹¹¹ *Ver supra*, Capítulo III.B.3.c “El derecho internacional bajo la teoría hartiana”.

la realidad: es válido el derecho eficaz, el derecho que efectivamente se aplica y se acata por sus destinatarios.⁹¹²

El Tribunal de Nuremberg dictó su sentencia, misma que fue acatada por sus destinatarios, los cuales cumplieron con gran parte de la misma. El Tribunal de Tokio dictó su sentencia y, en principio, fue acatada —si bien posteriormente no fue obedecida al pie de la letra.⁹¹³ Además, deben considerarse válidos en virtud de que efectivamente fueron creados, los Estados reconocieron su existencia, jurisdicción y sentencias y, todavía, posteriormente ratificaron sus actos a través de la Asamblea General.⁹¹⁴ Por parte de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc, hay que reconocer que son aceptados por la comunidad internacional y ésta efectivamente cumple con sus resoluciones —por ejemplo, diversos Estados han arrestado a personas solicitadas por los tribunales y los han entregado a los mismos— y los culpables actualmente continúan sirviendo sus condenas. Finalmente, en el caso de la CPI, independientemente de su crítica, actualmente incluso EE.UU. se ha visto forzado a cooperar —o al menos a no interferir— con sus actos y la comunidad internacional en su conjunto —independientemente de que no toda dicha comunidad sea parte del Estatuto de Roma— reconoce y acepta la existencia y operación de esta institución.

Por lo tanto, podríamos considerar que los Tribunales Penales Internacionales son instituciones cuya validez sería aceptada por estas corrientes sin necesidad de llevar a cabo un mayor análisis, por lo que no discutiremos el tema con mayor profundidad.

⁹¹² *Ver supra*, Capítulos III.A.3 “Iusnaturalismo empírico o realista”, III.B.5.a “Escuelas voluntaristas” y III.B.5.b “Escuelas realistas”.

⁹¹³ Sin embargo, en este caso e independientemente de que hasta muy recientemente Japón haya sido renuente a reconocer los delitos internacionales cometidos por sus nacionales, la comunidad internacional siempre se ha mostrado, cuando menos, indignada en virtud del desacato con la sentencia del Tribunal de Tokio, afirmando que esta situación es una violación del derecho internacional y las obligaciones internacionales de Japón.

⁹¹⁴ *Supra*, notas 620–621 y texto a dichas notas.

C. El iusnaturalismo de Santo Tomás y de Finnis también explican la validez de los Tribunales Penales Internacionales

Dentro del pensamiento de Santo Tomás y de Finnis, como ya lo comentamos, la norma jurídica debe orientarse al bien común limitado por la máxima agustiniana *lex esse non videtur quae iusta non fuerit*.⁹¹⁵ De manera general, en la doctrina de estos dos autores, el derecho es válido cuando (i) es emitido por una autoridad competente dentro del ámbito de su competencia, (ii) no impone cargas desiguales a sus destinatarios ni instruye que se lleve a cabo algo que nunca debe hacerse, y (iii) busca el bien común y no el beneficio del grupo que lo emite.⁹¹⁶

Dentro de la teoría de Santo Tomás de Aquino, una norma jurídica emitida por el gobernante, que cumpla con los dictámenes de la razón pura y se ordene al bien común será considerada como válida, a menos que se haya promulgado en beneficio de quien la adoptó, imponga cargas desiguales, u ordene algo que no deba hacerse nunca.⁹¹⁷ En el pensamiento de Santo Tomás y de Finnis, las normas de derecho internacional serán válidas cuando mediante dichas normas se obtenga, o se busque obtener, el bien común. En este sentido, la creación de los tribunales penales internacionales será considerada válida para estas corrientes cuando la creación de dichos tribunales persiga obtener el bien común.

1. Los Tribunales Penales Internacionales fueron creados por las autoridades competentes correspondientes

La autoridad es la única facultada para dictar el derecho penal, juzgar e imponer sanciones⁹¹⁸ en virtud de que tiene la obligación de fomentar el bien común.⁹¹⁹ En este contexto, si bien no lo

⁹¹⁵ Agustín de Hipona, *De libero arbitrio*, nota 187, I, v, 11.

⁹¹⁶ *Ver supra*, Capítulos III.A.2.a “Santo Tomás de Aquino” y III.A.4.a.ii “La validez y obligatoriedad del derecho”.

⁹¹⁷ *Ver supra*, texto a notas 212 a 221.

⁹¹⁸ Tomás de Aquino, *Summa*, II-II, pregunta 60, art. 6.

mencionan expresamente, tanto Santo Tomás como Finnis se están refiriendo a una autoridad nacional.⁹²⁰ Nosotros argumentamos que podemos considerar como autoridad a la comunidad internacional en el contexto que hemos venido analizando en relación con Tribunales Penales Internacionales, por lo que consideramos que todos los Tribunales Penales Internacionales objeto de esta tesis han sido establecidos por autoridades competentes —en la medida en que estos han sido creados por sujetos de derecho internacional investidos de facultades suficientes para establecerlos.⁹²¹ Los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial fueron creados de conformidad con la costumbre internacional y en ejercicio de la soberanía de los Aliados, en nombre propio y en representación de Alemania y Japón⁹²² para aplicar “el justo castigo a los criminales internacionales”⁹²³ en “nombre de los pueblos”.⁹²⁴ Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc fueron establecidos por el Consejo de Seguridad en representación de la comunidad internacional y en ejercicio de las facultades conferidas a dicho órgano por los Estados parte de la Carta de las Naciones Unidas.⁹²⁵ Finalmente, la CPI fue establecida de conformidad con el derecho que tienen los Estados para crear instituciones de esta naturaleza según el derecho internacional.⁹²⁶ Por lo tanto, los Tribunales Penales Internacionales han sido creados por la autoridad competente según lo consideran necesario las doctrinas de Santo Tomás y Finnis.

⁹¹⁹ Finnis, *Natural law*, nota 278, pág. 263.

⁹²⁰ Tomás de Aquino, *Summa*, I-II, pregunta 90, art. 3; Finnis, *Natural law*, nota 278, págs. 231, *et seq.*

⁹²¹ Este párrafo encuentra sustento en nuestros argumentos presentados en relación con la validez de estas instituciones en la doctrina iuspositivista (*ver supra*, Capítulo V.A “Validez de los Tribunales Penales Internacionales en la teoría iuspositivista de Kelsen”).

⁹²² *Ver supra*, Capítulo V.A.1 “Los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial”.

⁹²³ Karpets, *Delitos*, nota 20, pág. 54.

⁹²⁴ *Idem.*

⁹²⁵ *Ver supra*, Capítulo V.A.2 “Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc”.

⁹²⁶ *Ver supra*, Capítulo V.A.3 “La Corte Penal Internacional”.

2. No obstante las sentencias de estas instituciones, los Tribunales Penales Internacionales no imponen cargas desiguales

Las normas que emita la autoridad no deben imponer cargas desiguales ya que en este caso, no se podrían considerar válidas. En este sentido, el derecho penal, así como el proceso penal y las sanciones penales son facultad exclusiva de la autoridad⁹²⁷ en virtud de la obligación de ésta de fomentar el bien común, el cual comprende “el justo balance de beneficios y cargas dentro de una comunidad [como] un aspecto importante de dicho bien común.”⁹²⁸ En este sentido, la sanción que se le impone a una persona como resultado de un proceso penal en el que se le encuentre culpable impide que ésta realice su potencial —limitando su libertad y sus posibilidades de alcanzar su propio bien—⁹²⁹ y parece ser que impone cargas desiguales en la medida en que los acusados se enfrentan con la necesidad de defenderse y con una posibilidad real de ser encarcelados.

Para Finnis, las sanciones penales son castigos necesarios “porque son necesarias razonablemente para evitar la injusticia, para mantener un orden racional de equidad o justicia proporcional entre todos los miembros de la comunidad”.⁹³⁰ La justificación del derecho penal es que pretende “restaurar distributivamente el justo balance de las ventajas entre el criminal y el hombre que acata las leyes”.⁹³¹ La sanción restaura el bien común en la medida en que se le priva al delincuente de lo que obtuvo mediante su delito, ya que mediante la aplicación de sanciones se busca restaurar el balance de ventajas y desventajas que tienen los sujetos en una comunidad.

⁹²⁷ Tomás de Aquino, *Summa*, II-II, pregunta 60, art. 6.

⁹²⁸ Finnis, *Natural law*, nota 278, pág. 263.

⁹²⁹ *Ibidem*, pág. 264.

⁹³⁰ *Ibidem*, pág. 262.

⁹³¹ *Ibidem*, pág. 263.

La Sala de Apelación del TPIY está de acuerdo con lo anterior e incluso ha afirmado que la retribución es uno de los dos factores fundamentales en los procesos penales internacionales⁹³² — el otro factor es el efecto preventivo de los mismos—,⁹³³ entendiendo la “retribución” no como “la satisfacción del deseo de venganza, sino como la debida expresión de la indignación de la comunidad internacional frente a estos delitos”.⁹³⁴ En relación con este mismo punto —la aparente relación y similitud entre la retribución y la venganza—, la Suprema Corte de Justicia de Canadá, en una sentencia a la cuál se adhiere la Segunda Sala de Primera Instancia del TPIY,⁹³⁵ escribió que:

Frecuentemente se ha cuestionado la legitimidad de la retribución como un principio de la sanción como resultado de su infortunada asociación con la “venganza” en el

⁹³² *Prosecutor v. Duško Tadić (Judgment in Sentencing Appeals)*, IT-94-1-A e IT-94-1-Abis, App. Ch. (26 de enero de 2000), pág. 22, para. 48.

⁹³³ *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski (Judgment)*, IT-95-14/1-A, App. Ch. (24 de marzo de 2000) (*Aleksovski (Sentencia)*), pág. 76, para. 185. Habría que mencionar que si bien la Primera Sala de Primera Instancia del TPIY, ha reconocido a la retribución, la prevención general y la prevención especial, como los fines esenciales de la pena, también añadió que existen otros dos fines: la rehabilitación, y la protección de la sociedad (*Prosecutor v. Drazen Erdemović (Sentencing Judgment)*, IT-96-22-T, T. Ch. I (29 de noviembre de 1996) (*Erdemović (Sentencia Condenatoria)*), para. 60).

La función de rehabilitación de la pena se refiere a la posibilidad de reintegrar al delincuente a la sociedad de tal suerte que sea un miembro útil de la misma (*Prosecutor v. Zdravko Mucić, et al. (Judgment)*, IT-96-21-T, T. Ch. II *quater* (16 de noviembre de 1998) (*Čelebici (Mucić (Sentencia))*), pág. 422, para. 1233). En relación con la rehabilitación de los destinatarios de las penas, el TPIY ha determinado que “pareciera que las particularidades de los delitos que se ubican dentro de la jurisdicción del Tribunal Internacional descartan la consideración de la función rehabilitativa de la pena, no obstante que el apriamiento del acusado [...] pueda tener dicho fin. Sin negar ninguna de las funciones rehabilitativas y correctivas de la pena [...] la Sala de Primera Instancia considera que [...] dicha función de la pena debe ser subordinada al intento de estigmatizar las violaciones más serias del derecho internacional humanitario, y en particular al intento de impedir su reincidencia” (*Erdemović (Sentencia Condenatoria)*, nota 933, para. 66).

La pena como un factor de protección de la sociedad se refiere al hecho de que una persona peligrosa, el delincuente, es remitido a una prisión por un plazo de tiempo considerable para “proteger a la sociedad de la conducta hostil y predatoria del acusado culpable” (*Mucić (Sentencia)*, nota 933, pág. 422, para. 1232). En este mismo sentido, el TPIY escribió que “[n]o obstante que sentencias de encarcelamiento de larga duración no son ideales, puede haber situaciones que requieran sentenciar a un acusado a plazos largos para asegurar la continuidad de la estabilidad del área” (*ibidem*, para. 1234), haciendo referencia al hecho de que el encarcelamiento de funcionarios de alto nivel, tanto civiles y militares, podría ser necesario para satisfacer este fin del proceso penal internacional.

⁹³⁴ *Aleksovski (Sentencia)*, nota 933, pág. 76, para. 185.

⁹³⁵ *Prosecutor v. Dragan Nikolić (Sentencing Judgment)*, IT-94-2-S, T. Ch. II (18 de diciembre de 2003) (*Nikolić (Sentencia Condenatoria)*), pág. 35, para 140.

habla común. [...] Pero debe quedar claro [...] que la retribución tiene poca relación con la venganza y le atribuyo mucho del criticismo de la retribución como un principio a esta confusión. Como lo hacen notar comentaristas tanto académicos como judiciales, la venganza no tiene ningún papel que jugar en un sistema civilizado de sanciones [...] La venganza, según la entiendo, representa un acto no calibrado de daño causado a otro, frecuentemente motivado por emoción e ira, como una represalia por daño causado a uno por dicha persona. La retribución en el contexto penal, en contraste, representa una determinación objetiva, razonada y mesurada de un castigo adecuado que refleja propiamente la culpabilidad moral del delincuente, teniendo en cuenta el riesgo intencionalmente asumido por el delincuente, el daño consecencial causado por el delincuente y el carácter normativo de la conducta del delincuente. Además, a diferencia de la venganza, la retribución incorpora un principio de moderación; la retribución requiere la imposición de una sanción justa y apropiada, y nada más.⁹³⁶

Lo que se busca en los Tribunales Penales Internacionales mediante la retribución es “[reflejar] un enfoque justo y balanceado a la aplicación de la pena por el delito. Esto quiere decir que la pena impuesta debe ser proporcional al delito, en otras palabras, la pena debe ser del tamaño del crimen”.⁹³⁷ Esta es la justificación más importante de los procesos penales internacionales: “estigmatizar las violaciones más serias del derecho internacional humanitario”.⁹³⁸

3. La creación de los Tribunales Penales Internacionales es una medida encaminada a obtener el bien común

Los procesos y sanciones penales deben pretender obtener el bien común, o al menos restaurar el bien común. A este respecto, se pretende justificar la validez de estas instituciones apelando al “bien común” y en particular a las “exigencias de la justicia”, afirmando que dichas instituciones son necesarias para satisfacer éstas últimas y alcanzar aquél. En relación con la creación del TPIY, el Consejo de Seguridad escribe que éste será establecido para contribuir a asegurar que se

⁹³⁶ (Énfasis en el original) *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500 (21 de marzo de 1996) (Suprema Corte de Justicia de Canadá), para. 80.

⁹³⁷ *Prosecutor v. Stevan Todorović (Sentencing Judgment)*, IT-95-9/1-S, T. Ch. I (31 de julio de 2001), pág. 11, para. 29.

⁹³⁸ *Erdemović (Sentencia Condenatoria)*, nota 933, para. 66.

ponga fin a las violaciones de derecho internacional humanitario y que éstas sean eficazmente remediadas.⁹³⁹ Finnis mismo escribe que

La autoridad del derecho depende [...] de su justicia, o al menos, *de su habilidad para obtener la justicia*. Y en este mundo, tal y como es actualmente, puede ser necesario que la justicia se tenga que obtener mediante la fuerza; el que no se intente resistir mediante la fuerza las depredaciones de los invasores, piratas y recalcitrantes, normalmente será una falla de la justicia.⁹⁴⁰

El derecho penal, para Finnis también requiere tener cierto efecto preventivo. En este sentido, el derecho penal y la sanción pretenden “que ciertas formas de conducta, incluyendo ciertas omisiones, ocurran menos frecuentemente que como de otra manera [sin la existencia de dichas sanciones] lo harían”⁹⁴¹ fomentado el bien común al estar encaminados a que se acate el sistema jurídico correspondiente. Finnis escribe que la sanción tiene una función preventiva y debe intentar enseñar a los destinatarios del sistema penal, los individuos, cuáles son las conductas permitidas y cuáles las prohibidas por la ley —“el camino común para perseguir el bien común”—,⁹⁴² las cuales “se enseñan, no por sermones, o páginas llenas de letras pequeñas, sino por el drama público y vívido [...] de la aprehensión, enjuiciamiento y castigo de aquellos que se desvían del camino común establecido.”⁹⁴³ Podemos considerar el *ius cogens* como el límite del derecho internacional en un nivel similar al derecho divino como límite al derecho en el pensamiento de Santo Tomás. En este sentido, nada podrá cruzar ese límite y por lo tanto, quien sea que lo quebrante deberá ser sancionado. El TPIY ha analizado esta circunstancia en diversas decisiones y ha

⁹³⁹ UNSC Res 827, nota 670, pag. 1.

⁹⁴⁰ (énfasis añadido) Finnis, *Natural law*, nota 278, pág. 260.

⁹⁴¹ Finnis, *Natural law*, nota 278, pág. 261.

⁹⁴² *Ibidem*, pág. 262.

⁹⁴³ *Idem*.

afirmado que los Tribunales Penales Internacionales “[contribuyen a la reconciliación] previniendo dichos delitos [los delitos internacionales] y combatiendo la impunidad.”⁹⁴⁴

Este principio ha sido acogido por todos los Estados en su legislación interna. Tal y como lo han afirmado los tribunales penales nacionales:

Debe dejarse claro, tanto para el delincuente como para los demás que tengan impulsos similares, que si ceden ante estos, se enfrentarán con una sanción severa: “en todos los países civilizados, en todas las eras, ese ha sido el propósito principal de la sanción y continúa siendo el mismo”⁹⁴⁵

Esto se refiere a la función preventiva de la pena, misma que los Tribunales Penales Internacionales aceptan y reconocen como una parte importante de las sanciones que estos deben aplicar y han enunciado como *punitur ne peccatur* —castigar al delincuente para que ni él ni otros vuelvan a violar la ley.⁹⁴⁶ En su sentencia en relación con el caso en contra de *Dragan Nikolić*, el TPIY, expresamente reconoció que la prevención general⁹⁴⁷ y especial⁹⁴⁸ de la pena son parte importante de las sanciones que los Tribunales Penales Internacionales deben aplicar. El TPIR, por su parte, ha opinado en varias ocasiones que uno de sus propósitos es el “disuadir para siempre a aquellos que en un futuro intentaran perpetrar dichas atrocidades demostrándoles que la

⁹⁴⁴ *Furundžija (Sentencia)*, nota 166, pág. 108, para. 288.

⁹⁴⁵ *R. v. Bloomfield* [1999] NTCAA 137 (9 de diciembre de 1999) (Corte de Apelación en Materia Penal del Territorio del Norte de Australia), para. 19.

⁹⁴⁶ *Furundžija (Sentencia)*, nota 166, pág. 108, para. 288.

⁹⁴⁷ La prevención general se refiere al efecto que tiene una sentencia, el cual “debe ser suficiente para disuadir a otros [más allá de su destinatario] de cometer el mismo delito [que el acusado]” (*Nikolić (Sentencia Condenatoria)*, nota 935, pág. 34, para. 136).

⁹⁴⁸ La prevención especial “se refiere al efecto específico de una sentencia sobre el acusado, el cual debe ser adecuada para disuadirlo de volver a cometer una ofensa una vez que ha cumplido con su sentencia y ha sido liberado” (*Ibidem.*, para. 135).

comunidad internacional no está lista para tolerar las violaciones graves del derecho internacional humanitario y los derechos humanos”.⁹⁴⁹

En el caso particular de los Tribunales Penales Internacionales, debemos considerar que las circunstancias particulares de los delitos que son materia de su competencia hacen que el enfoque de la prevención general sea ligeramente diferente. En este sentido, la Segunda Sala de Primera Instancia del TPIY ha afirmado que

En el contexto del combate en contra de los delitos internacionales, la prevención se refiere al intento de integrar o para reintegrar a aquellas personas que consideran que se encuentran más allá del alcance del derecho penal internacional. Se le debe advertir a dichas personas que tienen obligación de respetar las normas globales fundamentales sustantivas del derecho penal o enfrentarse no sólo con su enjuiciamiento sino con las sanciones impuestas por los tribunales internacionales. En el derecho penal moderno, este enfoque de la prevención general se describe más acertadamente como prevención encaminada al reintegrar a los posibles delincuentes a la sociedad global.⁹⁵⁰

Ahora bien, frecuentemente se critica que la prevención justifique la existencia del derecho penal en la medida en que la sanción como tal no es un disuasivo suficientemente fuerte,⁹⁵¹ sin embargo, la prevención en el caso de los Tribunales Penales Internacionales es mucho más importante que en el caso de los tribunales nacionales porque pretenden —y en efecto logran—, prevenir la comisión de atrocidades en un futuro mediante la aplicación una sanción penal “frecuentemente en relación con personas respecto de las cuales nunca se hubiera esperado que fue-

⁹⁴⁹ *Prosecutor v. Jean Kambanda (Judgment and Sentence)*, ICTR-97-23-S, T. Ch. I. (4 de septiembre de 1998), para. 28; *Prosecutor v. Omar Serushago (Sentence)*, ICTR-98-39-S, T. Ch. I. (5 de febrero de 1999), para. 20; *Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda (Judgment and Sentence)*, ICTR-96-3-T, T. Ch. I. (6 de diciembre de 1999), para. 456; y *Prosecutor v. Alfred Musema (Judgment and Sentence)*, ICTR-96-13-A, T. Ch. I. (27 de enero de 2000), para. 986.

⁹⁵⁰ *Prosecutor v. Milomir Stakić (Judgment)*, IT-97-24-T, T. Ch. II (31 de julio de 2003) (*Stakić (Sentencia)*), pág. 244, para. 902.

⁹⁵¹ La Suprema Corte de Justicia de Canadá escribió que: “[f]recuentemente se ha dudado de la utilidad de la sanción como un preventivo general en contra de la conducta criminal, sin embargo, permanece el hecho de que el sistema de justicia penal siempre ha actuado con base en el supuesto de que la sanción disuade, al menos a ciertas personas.” (*R. v. Bloomfield*, nota 945, para. 20).

ran llevadas a juicio. Mientras que una de las metas de las sentencias es la implementación del principio de igualdad ante la ley, otra es prevenir que personas que se encuentren en situaciones similares en el futuro cometan delitos.”⁹⁵²

No obstante lo anterior, hay que recordar que “[l]os casos que se ventilan ante el [TPIY] difieren en muchos aspectos de aquellos que ordinariamente se ventilan ante las jurisdicciones nacionales, principalmente en virtud de la naturaleza tan seria de los delitos perseguidos, esto es, las ‘violaciones graves del derecho internacional humanitario’.”⁹⁵³ Por lo tanto, en relación con los casos que se ventilan ante Tribunales Penales Internacionales, “la prevención general es sustancialmente relevante”⁹⁵⁴ y

probablemente es el factor más importante para determinar las sentencias apropiadas para las violaciones del derecho internacional humanitario. Además del hecho de que debe prevenirse suficientemente mediante una sentencia apropiada que el acusado vuelva a contemplar participar en la comisión de dichos crímenes en otra ocasión, debe prevenirse que en un futuro, personas en situaciones similares recurran a la comisión de dichos delitos. La disuasión de funcionarios de alto nivel, tanto militares como civiles, en el contexto de la antigua Yugoslavia mediante sentencias de encarcelamiento apropiadas, es una medida útil para que el área vuelva a estar en paz [...] La sanción de altos funcionarios políticos y militares demostrará que dichos funcionarios no pueden pasar por alto los designios y prohibiciones de la comunidad internacional con impunidad.⁹⁵⁵

Las sanciones satisfacen “la necesidad de brindar al hombre que cumple con la ley la satisfacción de saber que no está siendo abandonado a la merced de criminales, que no se le permitirá a los criminales que disfruten pacíficamente de su enriquecimiento ilegal, y que el cumplimiento

⁹⁵² *Stakić (Sentencia)*, nota 950, pág. 244, para. 901.

⁹⁵³ *Prosecutor v. Zdravko Mucić, et al. (Judgment on Appeal)*, IT-96-21-A, App. Ch. (20 de febrero de 2001) (*Čelebici*), pág. 288, para. 806.

⁹⁵⁴ *Stakić (Sentencia)*, nota 950, pág. 244, para. 901.

⁹⁵⁵ *Mucić (Sentencia)*, nota 933, pág. 422, para. 1234.

con la ley no es tan solo para bobos.”⁹⁵⁶ En este sentido, los Tribunales Penales Internacionales buscan reforzar la confianza general de la comunidad internacional y de la humanidad en el derecho internacional. Como lo afirma el TPIY,

[u]no de los principales propósitos de una sentencia impuesta por un tribunal internacional es el influenciar la conciencia legal del acusado, las víctimas sobrevivientes, sus familiares, los testigos y el público en general para asegurarles que el sistema jurídico es implementado y aplicado. Adicionalmente, el proceso de sentenciado tiene la intención de transmitir el mensaje de que las leyes y reglas globalmente aceptadas deben ser obedecidas por todos. “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.” Esta regla fundamental fomenta la interiorización de estas leyes y reglas en las mentes de los legisladores y el público general.⁹⁵⁷

El TPIY mismo lo afirmó: “es importante que se haga y se vea que se está haciendo justicia.”⁹⁵⁸ Esto fomenta la confianza en el sistema jurídico y demuestra que el mismo es válido para todos sus destinatarios, lo cual fomenta el bien común al darle confianza a la persona de que cumplir con el sistema jurídico beneficia a todos sus destinatarios. Pareciera ser que el Tribunal de Nuremberg recoge estas ideas en su sentencia al escribir que “[l]os delitos en contra del derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo mediante el castigo de los individuos que cometen dichos delitos puede hacerse que se cumplan las disposiciones del derecho internacional”,⁹⁵⁹ situación análoga en el caso del Tribunal de Tokio.

Habría que mencionar, sin embargo, que en el caso de los Tribunales Penales Internacionales, parece ser que la retribución y a la prevención general son el fundamento de su justificación. El TPIY está de acuerdo con esta interpretación⁹⁶⁰ y escribe que el uso tan frecuente de la pena de muerte es indicador de que esta también era la posición de los Tribunales Militares Internaciona-

⁹⁵⁶ Finnis, *Natural law*, nota 278, pág. 262.

⁹⁵⁷ (citas omitidas) *Nikolić (Sentencia Condenatoria)*, nota 935, pág. 35, para 139.

⁹⁵⁸ *Ibidem*, pág. 31, para 122.

⁹⁵⁹ *Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, pág. 221.

⁹⁶⁰ *Erdemović (Sentencia Condenatoria)*, nota 933, paras. 59 y 65.

les,⁹⁶¹ situación que se repitió en los diversos procesos derivados de la Segunda Guerra Mundial.⁹⁶² La Sala del TPIY opina que este parece ser el fin de los Tribunales Penales Internacionales en general y escribe que

el Tribunal Internacional percibe que la reprobación y estigmatización pública por parte de la comunidad internacional, en virtud de la cual expresa su indignación respecto de los crímenes tan horribles y denuncia a los responsables [es] una de las funciones esenciales de una sentencia a prisión [...] Además, frustrar la impunidad aunque fuera de manera limitada contribuiría para apaciguar y darle una oportunidad al pueblo que fue tan gravemente afligido para velar a aquellos de sus miembros que hubieran sido matados injustamente.⁹⁶³

En el caso de los Tribunales Penales Internacionales esto es tanto más importante que en el caso de los tribunales nacionales porque en aquellos, lo que se logra, es aplicar una sanción penal “frecuentemente en relación con personas respecto de las cuales nunca se hubiera esperado que fueran llevadas a juicio [...] una de las metas de las sentencias es la implementación del principio de igual ante la ley”.⁹⁶⁴ De manera similar, el TPIY afirmó que uno de los propósitos del mismo era “brindar justicia tanto a las víctimas y sus familiares como a los perpetradores” de los delitos internacionales.⁹⁶⁵

⁹⁶¹ *Ibidem*, para. 62.

⁹⁶² *Ibidem*, paras. 63–64.

⁹⁶³ *Ibidem*, para. 65. En esta sentencia, el TPIY está refiriéndose expresamente a crímenes de lesa humanidad, sin embargo, en otro caso, el TPIY expresamente afirma que este razonamiento también es extensivo a los crímenes de guerra y a las demás violaciones graves del derecho internacional humanitario (*Furundžija (Sentencia)*, nota 166, pág. 109, para. 289).

⁹⁶⁴ *Stakić (Sentencia)*, nota 950, pág. 244, para. 901.

⁹⁶⁵ *Nikolić (Sentencia Condenatoria)*, nota 935, pág. 31, para. 120. Esta idea encuentra eco en el pensamiento de diversos personajes internacionales. Lawrence Eagleburger, Presidente de la Comisión Internacional para las Reclamaciones de Indemnizaciones de Seguros de la Era del Holocausto incluso llegó a afirmar que el juicio ante el Tribunal de Nuremberg fue una respuesta obvia ya que estos “actos en contra de la humanidad no podían y no serían ignorados” (Lawrence Eagleburger, citado en Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 335, cita al pie 21). Elie Wiesel, activista político judío, sobreviviente del Holocausto y ganador del Premio Nobel de la Paz en 1986, entre otros, opinó que “no enjuiciar a los criminales sería equivalente a condonar sus crímenes. En situaciones extremas, acusarlos públicamente es una obligación moral” (Elie Wiesel, citado en *idem*).

4. Los Tribunales Penales Internacionales son mecanismos para alcanzar la justicia

Las teorías iusnaturalistas de Santo Tomás y de Finnis acogen la máxima *lex iniusta non est lex*,⁹⁶⁶ por lo que resulta necesario argumentar que los Tribunales Penales Internacionales son instituciones cuyo fin es precisamente eso: la justicia material.⁹⁶⁷ En virtud de dicha máxima, los Tribunales Penales Internacionales no podrían considerarse derecho en la medida en que su establecimiento y ejercicio de jurisdicción fuera injusto.⁹⁶⁸ Esta postura refleja los argumentos morales que se han presentado en múltiples ocasiones en apoyo de estos tribunales argumentando que en aras de la justicia, resulta necesario enjuiciar a las personas que hayan cometido delitos de tal magnitud dentro de los regímenes de la Alemania Nacionalsocialista y el Japón Imperial de la Segunda Guerra Mundial, la ex Yugoslavia y Rwanda y, actualmente, con las diversos conflictos existentes, algunos de los cuales tomaron medidas que llegaron a justificar, e incluso premiar, la comisión de delitos internacionales y otras atrocidades en los mismos. En un eco evidente del pensamiento iuspositivista, durante el juicio de Nuremberg, Hans Frank, el Gobernador General Nazi de Polonia afirmó que él “[consideraba] a este juicio como un tribunal voluntad de Dios para examinar y poner fin a la terrible era de sufrimiento bajo Adolfo Hitler”.

Parece ser que Seow, por ejemplo, considera que el fenómeno de los tribunales penales internacionales nos permitiría determinar qué es derecho desde una perspectiva internacional obje-

⁹⁶⁶ Terán, *Filosofía*, nota 186, pág. 189.

⁹⁶⁷ Santo Tomás considera a la justicia como la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo (*Summa*, II-II, pregunta 58, art. 1).

⁹⁶⁸ Para ser un “acto de justicia” una sentencia penal debe satisfacer tres requisitos (*ibidem*, pregunta 60, art. 2): primero, debe participar de la justicia; segundo, debe ser emitida por una autoridad; y tercero, debe dictarse según la recta razón de la prudencia. Definiendo “prudencia” como una virtud especial (*ibidem*, pregunta 47, art. 5) que se refiere a la recta razón en el obrar (*ibidem*, pregunta 47, art. 2).

tiva y que por lo tanto, estas instancias deberán calificar las normas nacionales como jurídicas o no jurídicas.⁹⁶⁹ En este sentido, Seow escribe que

en una era en que se están estableciendo tribunales internacionales, existen mecanismos adicionales para adjudicar los actos de las autoridades de los regímenes malvados (*evil*). Desde una perspectiva teórica, la referencia a tribunales internacionales ruega la pregunta de qué deben hacer estos tribunales internacionales acerca de las leyes injustas. Nosotros proponemos que deben considerar la máxima *lex injusta non est lex*.⁹⁷⁰

Nosotros entendemos que Seow concibe a los tribunales penales internacionales como instancias supranacionales que analizarán el mérito del derecho nacional así como la justicia material del mismo y se podrían pronunciar sobre la validez del mismo, pudiendo enjuiciar y sancionar a aquellas personas que llevaran a cabo conductas delictivas aún cuando estas estuvieran permitidas o no sancionadas en el derecho nacional correspondiente.⁹⁷¹ Pareciera ser que Seow argumenta que los Tribunales Penales Internacionales deberían aplicar la Fórmula Radbruch,⁹⁷²

⁹⁶⁹ Seow, *Validity and Obligation*, nota 295, pág. 217.

⁹⁷⁰ *Ibidem*, pág. 216–217.

⁹⁷¹ Es posible que Francisco de Vitoria hubiera estado de acuerdo con esta postura ya que Vitoria afirma que un Estado tendrá la obligación de intervenir en otro cuando observa que este segundo Estado está violando gravemente los derechos naturales de seres humanos bajo su control o dentro de su territorio aún cuando dichas personas no sean nacionales del primero (Hernández Martín, Ramón, *Francisco de Vitoria: vida y pensamiento internacionalista*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1995, págs. 180–181).

⁹⁷² Alexy enuncia la Fórmula Radbruch como “[e]l derecho extremadamente injusto no es derecho” (Alexy, Robert, “Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa*, España, 2000, no. 23, pág. 205).

La Fórmula Radbruch considera que la validez del derecho no depende únicamente del hecho de que éste haya sido adoptado de conformidad con el proceso establecido en el sistema y su eficacia social, sino también de su contenido de justicia material, y “postula una conexión necesaria entre derecho y moral, pero sin pretender un solapamiento total entre ambos” (*idem*).

Según Radbruch, el derecho pierde su validez: “allí donde la injusticia del Derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia.” (Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 4a reimp., trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pág. 44). El derecho busca garantizar la seguridad jurídica, sin embargo, cuando una ley presenta un grado de injusticia tal que la seguridad jurídica garantizada por dicho derecho pierde todo sentido, dicho derecho no puede considerarse como válido (*ibidem*, pág. 51).

reemplazando el derecho nacional extremadamente injusto por el derecho internacional; sin embargo, en la práctica, los Tribunales Penales Internacionales no reemplazan el derecho nacional, sino que aplican estándares internacionales en contra de actos que violan el derecho penal internacional mediante el juicio penal que llevan en contra de individuos y no se pronuncian respecto de la validez o justicia material del derecho nacional.

Podemos afirmar la obligatoriedad de los Tribunales Penales Internacionales —si ya no su validez— incluso en caso de que estos sufrieran de algún vicio en su creación de conformidad con las teorías de Santo Tomás y de Finnis. En estas doctrinas, recordemos que la obligación de cumplir con la norma deriva del hecho de que dicha norma sea emitida por la autoridad correspondiente —la comunidad internacional en este caso—y continuará aún en caso de que la norma sea injusta si el incumplimiento con la misma traería aparejada el quebrantamiento del orden social. Es por ello que, incluso en caso de que los Tribunales Penales Internacionales no pudieran considerarse válidos, en este esquema existiría la obligación por parte de los Estados de cumplir con sus dictados y respetar las obligaciones derivadas de la creación de los mismos a efecto de cumplir con el derecho internacional y con la Carta de las Naciones Unidas.

Finalmente habría que recordar que toda persona tiene derecho a un debido proceso judicial; incluyendo a los combatientes enemigos, por lo que no se puede violar uno de los principios fundamentales del derecho penal: nadie puede ser considerado culpable sino hasta que sus crímenes se hayan demostrado mediante un proceso justo.⁹⁷³ La autoridad tiene obligación de encontrar el balance adecuado entre el proceso en contra de los criminales internacionales y el respeto a los principios de justicia procesal o debido proceso y la justicia material, “principios como *nulla*

⁹⁷³ Cassese incluso escribe que renunciar a dicho principio hubiera colocado a los Aliados en el mismo nivel que los Nazis (Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 330).

poena sine lege [...] y los principios que prohíben la prescripción retroactiva de conductas (con el costo sabido de permitir que algunas personas sospechosas se escapen de la ley) y que limitan el proceso de investigación, interrogación y enjuiciamiento”.⁹⁷⁴ Santo Tomás opina que los procesos penales —y en particular las sentencias en materia de responsabilidad penal— son válidas en la medida en que son actos de justicia. El límite al proceso de estos tribunales lo encontramos en ciertos principios de derecho procesal de los cuales el principio de irretroactividad, por mencionar tan solo uno de ellos. Difícilmente podríamos considerar válidos a los Tribunales Penales Internacionales si violaran dichos límites.

El TPIY reconoce esta situación cuando opina que “el Tribunal Internacional se estableció para contrarrestar la impunidad y para asegurarse que a los delincuentes sujetos a su jurisdicción serían sometidos a un juicio justo.”⁹⁷⁵ Sin embargo, los Tribunales Penales Internacionales, no violan —ni violaron— estos principios, como lo veremos a continuación.

D. No existe ningún impedimento para enjuiciar a las personas culpables de cometer delitos internacionales ante los tribunales penales internacionales

Una vez que determinamos que los Tribunales Penales Internacionales son instituciones creados válidamente según el derecho internacional, tenemos que analizar si existe alguna limitante al ejercicio de su jurisdicción que impidiera que consideráramos ésta como válida, no obstante la validez de dichas instituciones. En este sentido, existen cuatro argumentos principales en contra de la validez del ejercicio de jurisdicción por estas instituciones: primero, que estas instituciones violan el principio de irretroactividad y que por lo tanto, no puede considerarse válidas. El segundo argumento es que el ejercicio de jurisdicción por parte de los Tribunales Penales Internaciona-

⁹⁷⁴ Finnis, *Natural law*, nota 278, págs. 261–262.

⁹⁷⁵ *Stakić (Sentencia)*, nota 950, pág. 244, para. 901.

les no es válido porque (a) viola el principio de inmunidad en diversos casos, y (b) ciertos acusados actuaron en nombre y representación de sus Estados, por lo que no pueden ser considerados responsables penalmente de conformidad con la doctrina del acto de Estado. El tercer argumento critica el establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales, afirmando que en virtud de que no son tribunales constituidos conforme a derecho, no pueden ejercer jurisdicción válidamente de conformidad con el derecho internacional. Finalmente, el cuarto argumento es que el ejercicio de jurisdicción por parte de estas instituciones internacionales viola el principio de soberanía estatal, por lo que no pueden considerarse válidos. A continuación analizaremos estos argumentos de manera general.

1. El ejercicio de jurisdicción por parte de los Tribunales Penales Internacionales no viola el principio de irretroactividad

Como ya lo hemos mencionado brevemente, el principio de irretroactividad es un principio general de derecho que establece que las normas no podrán surtir efectos retroactivamente, esto es, una norma no podrá tener consecuencias jurídicas respecto de actos que se llevaron a cabo previo a su entrada en vigor.⁹⁷⁶ Este principio forma parte de la costumbre internacional y ha sido reconocido como “una máxima fundamental de todo sistema de justicia penal que afirme respetar el estado de derecho”⁹⁷⁷ que tiene como propósito evitar el ejercicio arbitrario del poder de sancionar *ex post facto* de la comunidad internacional. En este sentido, todo tribunal penal internacional debe respetar este principio a efecto de que sus actos se consideren legales. Sin embargo, en el

⁹⁷⁶ Previamente presentamos un concepto preliminar de este principio, en el cual desarrollamos brevemente este tema (*ver supra*, Capítulo II.C.1.d.iii “Principio de irretroactividad”).

⁹⁷⁷ Broomhall, *International Justice*, nota 137, pág. 26.

ámbito del derecho penal internacional, parece ser que el mismo derecho internacional ha establecido ciertos límites en cuanto a las circunstancias en que será aplicable.

Cuando los Tribunales Militares Internacionales y los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc ejercieron su jurisdicción, estos argumentaron que no violaron el principio de irretroactividad presentando dos argumentos. El primer argumento era que las conductas respecto de las cuales ejercieron su jurisdicción ya se encontraban prohibidas en el derecho internacional, por lo que no aplicaron derecho penal sustantivo de manera retroactiva. El segundo argumento era que aún en caso de colisión entre el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia material, el principio de irretroactividad no es aplicable cuando ocurren circunstancias como las que existían cuando se cometieron las conductas respecto de las cuales ejercieron su jurisdicción previo a, y durante la Segunda Guerra Mundial.⁹⁷⁸

La discusión en torno a este punto se centra en el caso de los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial y los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc, los cuales fueron creados *ex post facto*, para juzgar conductas previas a su existencia, por la comunidad internacional, a diferencia de la Corte Penal Internacional. La CPI fue producto de un texto —el Estatuto de Roma— que establece cuál será el derecho aplicable, así como una fecha cierta a partir de la cual la CPI podrá ejercer su jurisdicción respecto del derecho sustantivo contenido en su estatuto.⁹⁷⁹ En virtud de esta circunstancia, el ejercicio de jurisdicción por parte de la Corte Penal

⁹⁷⁸ Existe un tercer argumento, el cual sería que el principio de irretroactividad no se viola ya que se respeta el derecho tal y como éste existía en el momento en que se cometió el delito, pero que existe una práctica interpretativa, misma que faculta al Estado para interpretar el derecho de manera retroactiva (*ver*, Alexy, *Derecho Injusto*, nota 972, pág. 214, cita al pie 67).

⁹⁷⁹ El Estatuto de Roma codifica el principio de retroactividad como una de las reglas cardinales de la CPI, por lo que la CPI no podrá conocer de ningún delito internacional, no obstante que las conductas y las situaciones relevantes caigan dentro de los supuestos de su jurisdicción y competencia porque se ubicarían fuera de su competencia *ratione temporis*.

Internacional no debe presentar ningún conflicto con el principio de irretroactividad con la única excepción siendo el caso de los delitos continuados, conflicto que parece estar resuelto con el texto del Estatuto de Roma.⁹⁸⁰ El caso de los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial y los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc nos presenta una situación diferente: fueron establecidos y ejercieron su jurisdicción respecto de situaciones que ocurrieron previo a la existencia tanto de dichas instituciones, como de sus instrumentos constitutivos. Hasta la fecha se discute sobre la validez de estos tribunales argumentando que en virtud de que violaron el principio de irretroactividad de la ley penal, el ejercicio de su jurisdicción de manera retroactiva no puede considerarse válida.

a. El derecho sustantivo aplicado ya formaba parte de la costumbre internacional previo al ejercicio de jurisdicción

Este es el argumento principal presentado por los Tribunales Militares Internacionales y los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc en sus decisiones y por sus defensores. Este argumento afirma que no se viola el principio de irretroactividad de la ley penal en virtud de que las conductas sancionadas por estas instituciones ya se encontraban prohibidas en el momento en que sus autores las llevaron a cabo.

La regla general de irretroactividad en materia de derecho penal internacional la encontramos codificada en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece 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 posterior-

⁹⁸⁰ *Ver supra* texto a notas 814–818.

ridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delinciente se beneficiará de ello.⁹⁸¹

Esta disposición codifica las máximas *nullum crimen sine lege*, y *nullum poena sine lege*, así como la retroactividad de las normas que establecen sanciones en beneficio del delinciente. Entonces, en virtud del principio de irretroactividad, para determinar que una persona es responsable penalmente será necesario que su conducta ya haya estado prohibida de conformidad con el derecho existente en el momento en que la llevó a cabo. Similarmente, para aplicarle alguna sanción, dicha sanción deberá de haber estado prevista en el derecho existente en el momento en que llevó a cabo la conducta prohibida. Sin embargo, el mismo artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la siguiente excepción en su párrafo 2:

Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.⁹⁸²

Esta disposición significa que el principio general de irretroactividad del derecho penal internacional encuentra una limitante: el derecho internacional mismo. Los Estados, y la comunidad internacional, podrán sancionar una conducta si en el momento en que se llevó a cabo, dicha conducta estaba prohibida por “los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”⁹⁸³ Este artículo ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas —el órgano internacional encargado de monitorear la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— en relación con el caso de los guardias fronterizos alemanes⁹⁸⁴ y si bien no lo establece expresamente en su opinión, de la misma se sigue que cuan-

⁹⁸¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 143, art. 15(1).

⁹⁸² *Ibidem*, art. 15(2).

⁹⁸³ *Idem*.

⁹⁸⁴ Comité de Derechos Humanos, “Communication No 960/2000: Germany. 19/09/2003. CCPR/C/78/D/960/2000. (Jurisprudence)”, 19 de septiembre de 2003, UN Doc CCPR/C/78/D/960/2000.

do una conducta está prohibida por el derecho internacional, los tribunales —nacionales, en relación con ese caso— podrán sancionarla, aún en presencia de normas permisivas que eximan de responsabilidad a dichos guardias.⁹⁸⁵

La defensa de los acusados ante el Tribunal de Nuremberg intentó argumentar que no podían ser juzgados en virtud del principio de irretroactividad, argumentando que:

es un principio fundamental de todo derecho —internacional y nacional— que no se puede castigar un delito sin una ley preexistente. “*Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege.*” [...] el derecho de las naciones civilizadas aborrece las sanciones *ex post facto*, [...] para cuando se llevaron a cabo los actos supuestamente delictivos, ningún poder soberano había tipificado el delito de guerra de agresión, [...] ninguna ley había definido la guerra de agresión, [...] no se había fijado ninguna pena por su comisión, y [...] no se había creado ningún tribunal para juzgar y sancionar a los delincuentes.⁹⁸⁶

En el caso de los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial encontramos que esta circunstancia fue tomada en cuenta y analizada por dichas instituciones. En sus sentencias, tanto el Tribunal de Nuremberg como el Tribunal de Tokio consideraron que los delitos respecto de los cuales ejercerían su jurisdicción ya se encontraban tipificados suficientemente en derecho internacional tanto consuetudinario como convencional como para que existiera la expectativa por parte de quien realizara la conducta correspondiente de ser sancionado.⁹⁸⁷ El

⁹⁸⁵ *Ibidem*, paras. 9.3 *et seq.* La opinión del Comité de Derechos Humanos es relevante para nuestro análisis ya que ratifica a nivel internacional la decisión de los tribunales federales alemanes de sancionar a los guardias fronterizos. Sin embargo, *ver infra*, nota 1003 y texto a dicha nota.

⁹⁸⁶ *Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, pág. 217.

⁹⁸⁷ Entre los tratados analizados por los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial como evidencia de la existencia de una regla de costumbre en este sentido se encuentran las Convenciones de la Haya de 1899, el Tratado de Versalles, el Convenio de Locarno, y el Pacto Kellogg-Briand, entre otros (*Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, págs. 214–216 y 221 *et seq.*). El Tribunal de Tokio incluyó una serie de tratados regionales y bilaterales celebrados entre Japón y las potencias del Pacífico, incluyendo el Tratado de las Nueve Potencias de 1922, las Convenciones de Opio, el Pacto de la Sociedad de Naciones y las Convenciones de la Haya, entre otros (*Sentencia del Tribunal de Tokio*, nota 616, Capítulo III).

Además, en su sentencia, el Tribunal de Nuremberg opina que en virtud de sus posiciones dentro del gobierno Alemán, “[los acusados] tenían que haber sabido que estaban actuando en contravención de todo el derecho internacional cuando con plena deliberación llevaron a cabo sus planes de invasión y agresión. Desde este punto de vista del

Tribunal de Nuremberg incluso afirmó que el Estatuto del mismo —que incluía los tipos penales— era “la expresión del derecho internacional tal y como dicho derecho existía en el momento de su creación, y en este sentido [el Estatuto] en si es una aportación al derecho internacional”.⁹⁸⁸

Por su parte, el Tribunal de Tokio se adhiere a la opinión expresada por el Tribunal de Nuremberg.⁹⁸⁹ El Tribunal de Nuremberg también responde a ésta crítica cuando opina que,

[e]n primer lugar, debe observarse que la máxima *nullum crimen sine lege* no es una limitación de la soberanía, sino que, de manera general, es un principio de justicia. Obviamente no es cierta la afirmación de que es injusto castigar a aquellos que atacaron a sus Estados vecinos sin advertencia, en violación de tratados y promesas. Es más, no solo no es injusto sancionarlos, sino que sería más injusto permitir que sus males no fueran sancionados. [Los acusados] tenían que haber sabido que estaban actuando en contravención de todo el derecho internacional cuando con plena deliberación llevaron a cabo sus planes de invasión y agresión. Desde este punto de vista del caso, pareciera ser que la máxima no tiene aplicación frente estos hechos.⁹⁹⁰

El Tribunal de Nuremberg considera que, ya en 1945, el principio de irretroactividad del derecho penal era un principio de derecho internacional, parte de la costumbre internacional general y que debía respetar. El Tribunal evade la limitación establecida por este principio afirmando que las conductas que llevaron a cabo los acusados presentados frente a dicho Tribunal sabían que estaban actuando en contra del derecho internacional vigente.⁹⁹¹

caso, pareciera ser que la máxima no tiene aplicación frente estos hechos” (*Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, pág. 217).

⁹⁸⁸ *Ibidem*, nota 141, pág. 218.

⁹⁸⁹ *Sentencia del Tribunal de Tokio*, nota 616, Capítulo II(a).

⁹⁹⁰ *Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, pág. 217. El Tribunal de Nuremberg considera que el principio de irretroactividad es “de manera general” un principio de justicia, sin embargo, nosotros consideramos que es parte del principio de legalidad y del principio de seguridad jurídica (*ver supra*, Capítulo II.C.1.d.iii “Principio de irretroactividad en derecho penal internacional”).

⁹⁹¹ Si bien no es claro el texto de la sentencia, esta cita también parece implicar que el Tribunal de Nuremberg considera que aún en caso de que hubiera un conflicto entre el principio de irretroactividad y el principio de justicia material, debemos dar preferencia al principio de justicia material, juzgando y sancionando a los delincuentes internacionales sometidos a su jurisdicción (*ver infra*, nota 1000).

En relación con los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc, debemos también mencionar que estos fueron dotados de competencia *ratione materiae* únicamente sobre delitos internacionales que ya se encontraban tipificados en la costumbre internacional previo a que se llevaran a cabo los delitos correspondientes. En el caso particular del TPIY, el Secretario General, en su reporte en relación con su establecimiento, opinó que el derecho sustantivo que debía aplicar este tribunal era el derecho que “fuera de toda duda ha pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario [...] Convenios de Ginebra, [...] Cuarta Convención de la Haya [...] Convención para la Prevención y la Sanción del Delito que Genocidio [...] y Estatuto del Tribunal Militar Internacional”⁹⁹² con intención de respetar el principio de irretroactividad de la ley penal⁹⁹³ —situación que ratificó posteriormente el Secretario General en su reporte en relación con el TPIR.⁹⁹⁴ Esta circunstancia no ha sido disputada en relación con estos tribunales.

b. En caso de que se haya aplicado derecho sustantivo retroactivamente, el principio de justicia material es preponderante en estos casos

El segundo argumento que se presentó para justificar el ejercicio de jurisdicción por parte de los Tribunales Militares Internacionales y los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc sobre conductas que se llevaron a cabo previo a su establecimiento presupone que el principio de irretroactividad es “condicionalmente absoluto o estricto”.⁹⁹⁵ Esto es, que habrá circunstancias en las cua-

⁹⁹² Informe Presentado por el Secretario General de Conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, nota 668, pág. 10, para. 35.

⁹⁹³ *Ibidem*, para. 34.

⁹⁹⁴ Informe Definitivo de la Comisión de Expertos establecida de conformidad con la Resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad, nota 714, págs. 22 *et seq.*

⁹⁹⁵ En este sentido, *ver* Alexy, *Derecho Injusto*, nota 972, pág. 215, quien discute el alcance de la irretroactividad como una regla incondicionalmente absoluta o estricta en torno al caso en contra de los guardias fronterizos de la República Democrática Alemana.

les el principio de irretroactividad no podrá aplicarse en virtud de que colisiona con algún otro principio y la ponderación que se hace de dichos principios resulta en que se siga éste otro principio en lugar del principio de irretroactividad.⁹⁹⁶

Cuando concebimos al principio de irretroactividad como condicionalmente absoluto o estricto, estamos discutiendo que éste no es aplicable en toda ocasión, por lo que Alexy considera que la irretroactividad de la norma no es un principio como tal propiamente dicho,⁹⁹⁷ sino una regla.⁹⁹⁸ Es posible considerar que la postura que han adoptado los Tribunales Penales Internacionales es similar a la del Tribunal Constitucional Federal alemán y la interpretación de Alexy: la irretroactividad de la norma penal es una “regla general con una cláusula de excepción claramente definida: la de la causa de justificación especial de un Estado injusto que ampara derecho extremadamente injusto.”⁹⁹⁹

Como ya lo citamos anteriormente, en su sentencia, el Tribunal de Nuremberg escribe que:

Obviamente no es cierta la afirmación de que es injusto castigar a aquellos que atacaron a sus Estados vecinos sin advertencia, en violación de tratados y promesas. Es más, no solo no es injusto sancionarlos, sino que sería más injusto permitir que sus males no fueran sancionados [...] Desde este punto de vista del caso, pareciera ser que la máxima [el principio de irretroactividad] no tiene aplicación frente estos hechos.¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁶ *Idem*.

⁹⁹⁷ Utilizando el término “principio” en el sentido en que lo hace Alexy (*ibidem*, págs. 215–216). Sin embargo, como lo hemos mencionado anteriormente, nosotros nos referiremos a la irretroactividad de la norma penal como el *principio de irretroactividad* siguiendo el uso común del término en éste campo.

⁹⁹⁸ Alexy considera que, de la manera en que se ha interpretado el principio de irretroactividad —escribiendo en relación con el Tribunal Constitucional Federal alemán—, hace que éste no sea un principio sino una regla ya que acepta una excepción, por lo que no puede ser un principio. Como consecuencia de esto, Alexy considera que la aplicación retroactiva de la ley penal se permite cuando nos ubicamos en ese supuesto excepcional sin que exista una colisión de principios como tal. En este sentido, *ver, ibidem*, pág. 215 *et seq.*

⁹⁹⁹ *Ibidem*, pág. 215.

¹⁰⁰⁰ *Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, pág. 217. Hay que mencionar que el Tribunal de Tokio está completamente de acuerdo con estas conclusiones, mismas que cita textualmente en su propia sentencia y hace propias. *Sentencia del Tribunal de Tokio*, nota 616, Capítulo II(a).

En el fondo de estas afirmaciones, el Tribunal de Nuremberg está ponderando el peso relativo de dos principios: el de irretroactividad —como parte del principio de seguridad jurídica—, con el de justicia material. Pareciera ser que el Tribunal de Nuremberg considera que en caso de colisión entre estos dos principios, el principio de seguridad jurídica debe ceder ante el principio de justicia material. Sería peligroso considerar este pronunciamiento como una opinión general, sin mayores calificativos. Tanto el Tribunal de Nuremberg como el Tribunal de Tokio estaban actuando dentro de un contexto muy específico en casos excepcionales en los cuales los Estados correspondientes —Alemania y Japón— adoptaron como derecho y política exterior principios extremadamente injustos que, sin embargo, pretendieron justificar mediante su promulgación como derecho. La competencia de estos tribunales internacionales se circunscribía expresamente a estas situaciones y contexto, por lo que no era necesario que aclararan que cuando opinaban lo hacían expresamente respecto de este contexto.

Los casos que se llevaron a cabo en Alemania en contra de los guardias fronterizos nos ayudan a analizar la colisión de estos dos principios. Estos procesos penales fueron instaurados en contra de los guardias fronterizos y en contra de las personas a cargo de dichos guardias y las políticas correspondientes después de la unificación de Alemania.¹⁰⁰¹ Como resultado de esos procesos, se fincó responsabilidad penal a dichas personas por concepto de diversos delitos, incluyendo el de homicidio. Sin embargo, los acusados apelaron hasta el máximo tribunal alemán y frente a diversas instancias internacionales. En su resolución, el Tribunal Constitucional Federal analiza la posibilidad de juzgar y sancionar a los acusados cuando sus actos estaban justificados

¹⁰⁰¹ Durante la existencia de la República Democrática Alemana, los guardias fronterizos de ésta estaban encargados de asegurarse de que nadie saliera de la República Democrática Alemana de manera ilegal —sin autorización oficial. Para llevar a cabo sus funciones, dichos guardias estaban facultados para utilizar fuerza letal, cosa que hacían frecuentemente, resultando en la muerte de varias personas que intentaban “escapar” de la República Democrática Alemana.

de conformidad con el derecho de la República Democrática Alemana a la luz del derecho alemán posterior a la unificación.¹⁰⁰² Esta decisión ha sido aceptada por la comunidad internacional e incluso el Comité de Derechos Humanos ratificó la decisión de los tribunales federales alemanes de sancionar a los guardias fronterizos a nivel internacional.¹⁰⁰³ Al analizar la regla de irretroactividad codificada en la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*), el Tribunal Constitucional Federal resolvió que el propósito de la prohibición en contra de la retroactividad de la ley penal es el proteger al individuo del abuso de la autoridad, cumpliendo así con el principio del “Estado de Derecho” —del cual forman parte los principios de seguridad jurídica y justicia material.¹⁰⁰⁴ Alexy escribe que “[c]uando se trata de una sanción penal, la ponderación conduce, siendo razonable, a una estricta prioridad del principio de protección de la confianza”,¹⁰⁰⁵ esto es, del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, en una situación como en el caso del derecho de la República Democrática Alemana, en el cual “[existían] causas especiales de justificación que encubren derecho extremadamente injusto”¹⁰⁰⁶ —de los actos de los guardias fronterizos, por ejemplo—, “ha de invertirse esta relación de prioridad [...] dado que la confianza no disfruta de ninguna protección”.¹⁰⁰⁷ Por lo tanto, a criterio del Tribunal Constitucional Federal, el principio de la seguridad jurídica debe ceder frente al principio de justicia material siempre que los actos sometidos

¹⁰⁰² Bundesverfassungsgericht, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1996, pág. 538 (Tribunal Constitucional Federal alemán) (*Guardias Fronterizos*).

¹⁰⁰³ Communication No 960/2000, nota 984. Sin embargo, habría que mencionar que lo que el Comité analizó y ratificó es la aplicación de derecho en virtud de haber existido una prohibición de los actos de los guardias fronterizos en derecho internacional en el momento de la comisión de dichos actos y no la ponderación que hace el Tribunal Constitucional Federal sobre la importancia de los principios de seguridad jurídica y de justicia material, así como el hecho de que en el contexto de un Estado como la República Democrática Alemana, tiene que ceder el principio de seguridad jurídica ante el principio de justicia material.

¹⁰⁰⁴ Alexy, *Derecho Injusto*, nota 972, págs. 215–216.

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*, pág. 216.

¹⁰⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁰⁷ *Idem*.

ante la jurisdicción de un tribunal, el cual aplica o interpreta derecho *ex post facto*, se hayan cometido dentro del contexto en el que previamente estos hubieran sido permitidos por un Estado que no respetara el Estado de Derecho.

Este razonamiento es aplicable a los casos de los juicios ante los Tribunales de Nuremberg y Tokio y el TPIY y el TPIR. En el caso de la Segunda Guerra Mundial, Alemania y Japón permitieron una serie de atrocidades dentro de sus marcos jurídicos correspondientes —el genocidio en contra del grupo judío y el maltrato de los prisioneros de guerra, solo por mencionar dos de ellas. En el caso del TPIY, los crímenes de lesa humanidad cometidos en contra de civiles también llegaron a escalas inimaginables, sin embargo, siempre fueron llevados a cabo al amparo de instrucciones o políticas oficiales, o cuando menos con la aquiescencia de los gobiernos involucrados. En el caso del TPIR, el genocidio tutsi no se hubiera podido llevar a cabo sin la aquiescencia de las fuerzas políticas de Rwanda y sin las políticas de medios del gobierno. En estos cuatro casos tenemos un gran número de atrocidades que los Estados correspondientes justificaron —o cuando menos se mostraron aquiescentes— y no fue sino hasta posteriormente, que la comunidad internacional restauró cierta semblanza del Estado de Derecho que se pudo considerar proceder penalmente en contra de los culpables.

Esta postura presupone la Fórmula Radbruch, la cual establece que “el derecho extremadamente injusto no es derecho”¹⁰⁰⁸ al considerar que el principio de irretroactividad no será oponible en caso de situaciones en que haya existido un Estado que haya promulgado derecho “extremadamente injusto”.¹⁰⁰⁹ En este sentido, parece ser cierta la opinión de Seow cuando escribe que

¹⁰⁰⁸ Alexy, *Derecho Injusto*, nota 972, pág. 205. También *ver supra*, nota 972.

¹⁰⁰⁹ Alexy considera que esto es lo que hace el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso de los *Guardias Fronterizos*. *Ver, ibidem*, pág. 218 *et seq.*

los tribunales penales internacionales “mecanismos adicionales para adjudicar los actos de las autoridades de los regímenes malvados (*evil*)”¹⁰¹⁰ y que aplicar la máxima *lex injusta non est lex* cuando se encuentren con algún derecho injusto.¹⁰¹¹ Sin embargo, si bien los Tribunales Penales Internacionales han hecho referencia a la Fórmula Radbruch, también es cierto que han justificado la legalidad de su ejercicio de jurisdicción con base en el argumento de que no violan el principio de irretroactividad en virtud de la previa tipificación de las conductas respecto de las cuales ejercen dicha jurisdicción.

2. El ejercicio de jurisdicción sobre los acusados por los tribunales penales internacionales es válido

De conformidad con el derecho internacional existen una serie de doctrinas y prerrogativas del Estado y sus funcionarios que podrían limitar las facultades de un tribunal para ejercer su jurisdicción sobre ciertas personas. En este apartado nos referiremos brevemente al principio de inmunidad y a la doctrina del acto de Estado analizaremos como ninguna de estas dos puede limitar el ejercicio de jurisdicción por parte de un tribunal internacional.

a. No existe inmunidad sobre los delitos internacionales competencia de los tribunales penales internacionales

La inmunidad es un principio de derecho internacional que limita el derecho del Estado para ejercer su jurisdicción sobre una persona determinada en virtud de ciertas normas consuetudinarias que establecen dicha excepción.¹⁰¹² Una manera muy sencilla de desechar esta crítica sería argu-

¹⁰¹⁰ Seow, *Validity and Obligation*, nota 295, pág. 216.

¹⁰¹¹ *Ibidem*, pág. 217.

¹⁰¹² Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 264–274. El tema de la inmunidad en derecho internacional es increíblemente complejo y vasto y por lo tanto una discusión profunda del mismo se encuentra completamente fuera del alcance de esta tesis. Sin embargo, para efectos de esta tesis, el concepto es suficientemente amplio y lo

mentando que la manera en que se ha construido el principio de inmunidad ha sido limitando las facultades de los tribunales nacionales. Esta crítica no necesariamente está equivocada. En efecto, la práctica internacional que existe en relación con este principio se refiere exclusivamente —con la infame excepción del Káiser Wilhelm II y su exilio en los Países Bajos frente al Tratado de Versalles— al ejercicio de jurisdicción por parte de tribunales penales nacionales. Al no existir práctica en torno al principio de inmunidad y tribunales penales internacionales, podemos considerar que el principio de inmunidad no se extiende a los tribunales penales internacionales. Podríamos incluso formular otro argumento —que desarrollaremos a continuación— desde una óptica iuspositivista: todos los tribunales penales internacionales que han existido, así como sus instrumentos constitutivos, rechazan expresamente que exista inmunidad respecto de los delitos internacionales que se ubican dentro del ámbito de su competencia *ratione materiae*, por lo cual, podríamos considerar la existencia de una regla de costumbre internacional que establece que no existe inmunidad respecto de los delitos de agresión, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio.

Los instrumentos constitutivos de los tribunales penales internacionales establecen expresamente que no reconocen la inmunidad respecto de los crímenes sobre los cuales tienen jurisdicción y competencia¹⁰¹³ —situación que, por cierto, es poco relevante para efectos de esta conclusión porque es una cuestión que se referiría ya a una etapa posterior, la aplicación del derecho, y no a la validez inherente de dichas instituciones. Sin embargo, la inmunidad es un concepto producto del desarrollo de una teoría que establece que la misma es una consecuencia del actuar po-

relevante del mismo es el hecho de que, en virtud de la inmunidad, un tribunal nacional no puede ejercer su jurisdicción penal sobre la persona que la goza.

¹⁰¹³ Ver, Estatuto del TMI, nota 118, art. 7; Estatuto del TMILO, nota 118, art. 6; Estatuto del TPIY, nota 43, art. 7(2); Estatuto del TPIR, nota 43, art. 6(2); y el Estatuto de Roma, nota 43, arts. 25, 27 y 28.

lítico. El concepto de inmunidad existe para permitir que el gobierno —en particular el Jefe de Estado y de Gobierno y el Secretario (o Ministro) de Relaciones Exteriores— de un Estado pueda actuar con independencia y pueda plenamente llevar a cabo la política de su Estado.

Sin embargo, los crímenes respecto de los cuales ejercen su jurisdicción los tribunales penales internacionales son crímenes que no aceptan a la inmunidad como impedimento para el ejercicio de su jurisdicción.¹⁰¹⁴ El Fiscal Jackson, Fiscal Principal ante el Tribunal de Nuremberg, presentando el argumento iusnaturalista, opinó que

Tampoco debe aceptarse [en el estatuto del tribunal] el derecho a una defensa bajo la obsoleta doctrina que establece que el Jefe de Estado se encuentra más allá de la responsabilidad jurídica. El que esta doctrina no es más que una reliquia de la doctrina que establece el derecho divino de los reyes es más que una simple sospecha [...] No aceptamos la paradoja que la responsabilidad jurídica debe ser menor en donde el poder es mayor. Apoyamos el principio de responsabilidad del gobierno, mismo que fue pronunciado al Rey James hace unos tres siglos por el Lord Juez Coke, quien proclamó que aún el Rey se encuentra “bajo Dios y el derecho”.¹⁰¹⁵

La inmunidad es un principio del derecho internacional que se ha establecido por consideraciones políticas y de reciprocidad, pero un principio de esta naturaleza necesariamente debe ceder ante un principio de justicia como lo es el juzgar a las personas que sean responsables por haber cometido delitos internacionales como los que son juzgados por los tribunales penales internacionales. Por lo tanto, el concepto de inmunidad no afecta la validez de los tribunales penales internacionales porque es un principio que debe ceder frente a la necesidad de enjuiciar a los responsables de la comisión de dichos delitos.

¹⁰¹⁴ En una visión positivista, habría que mencionar que actualmente, esta es una regla de costumbre que surge a partir de la constitución del Tribunal de Nuremberg. En este sentido, *ver* Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 267–271.

¹⁰¹⁵ Jackson, citado en Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 270.

b. La doctrina del acto de Estado no exime a los acusados de su responsabilidad penal individual

La doctrina del acto de Estado es una doctrina que establece que, cuando ciertos funcionarios actúan en nombre y representación del Estado, estos actos son del Estado y no de dichas personas. Como se puede ver, esta doctrina está muy ligada a la doctrina de soberanía¹⁰¹⁶ y de inmunidad —en particular a la inmunidad *ratione materiae*—¹⁰¹⁷ en el sentido de que al igual que en aquella, cuando una persona actúe dentro del ámbito de su competencia y ejerza sus funciones debidamente, su actuar vinculará al Estado. Este es precisamente el fondo de esta doctrina en este contexto: un gran número de las personas que se han presentado como acusados ante los tribunales penales internacionales —todos en el caso de los Tribunales de Nuremberg y Tokio— han argumentado que como actuaban en nombre y representación del Estado, no pueden ser declarados individual y penalmente responsables, sino que su actuar únicamente implica la responsabilidad estatal.¹⁰¹⁸

En este contexto, el Tribunal de Nuremberg refuta este argumento en virtud de que es una práctica en derecho internacional que los tratados criminalicen ciertas conductas de los individuos y expresamente rechaza este argumento afirmando que “[se] ha reconocido desde hace tiempo que el derecho internacional impone obligaciones y responsabilidades sobre los individuos así como los Estados.”¹⁰¹⁹ Por su parte, el Tribunal de Tokio también adopta la decisión del

¹⁰¹⁶ *Infra*, Capítulo V.D.4 “Los Tribunales Penales Internacionales son independientes e imparciales”.

¹⁰¹⁷ *Supra*, Capítulo V.D.2.a “No existe inmunidad sobre los delitos internacionales competencia de los tribunales penales internacionales”.

¹⁰¹⁸ *Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, pág. 220; *Sentencia del Tribunal de Tokio*, nota 616, Capítulo II(a).

¹⁰¹⁹ *Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, pág. 220.

Tribunal de Nuremberg en este sentido como propia al refutar esta misma defensa.¹⁰²⁰ Este argumento encuentra fundamento en diversos tratados internacionales, entre los cuales podemos referirnos al Tratado de Versalles, mismo que en su artículo 228 establece que las personas que hubieran violado las leyes y costumbre de la guerra podrían ser enjuiciados,¹⁰²¹ por mencionar tan solo uno de ellos.

Finalmente, podemos concluir este apartado con la opinión del Tribunal de Nuremberg el cual, en una de las frases más famosas de su sentencia, escribe: “Los delitos en contra del derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo mediante el castigo de los individuos que cometen dichos delitos puede hacerse que se cumplan las disposiciones del derecho internacional.”¹⁰²²

3. Los Tribunales Penales Internacionales son tribunales establecidos conforme a derecho

El principio de que un tribunal debe ser establecido conforme a derecho a efecto de poder ejercer su jurisdicción sobre alguna situación está plenamente reconocido en diversos instrumentos en derecho internacional y dentro de la práctica y opinión estatal, por lo que es una regla de costumbre internacional, reconocida como tal por los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc.¹⁰²³ En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, *establecido por la ley*, en la subs-

¹⁰²⁰ *Sentencia del Tribunal de Tokio*, nota 616, Capítulo II(a).

¹⁰²¹ Tratado de Versalles, nota 411.

¹⁰²² *Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, pág. 221.

¹⁰²³ *Tadić (Apelación sobre la Jurisdicción)*, nota 19, para. 42.

tanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.¹⁰²⁴

La regla transcrita anteriormente es, sin embargo, obligatoria solamente para los Estados y no es aplicable en el caso de los Tribunales Penales Internacionales en virtud de que son creados por la comunidad internacional. “Esto no quiere decir, sin embargo, [...] que un tribunales penal internacional pueda ser establecido por un simple arrebato de un grupo de gobiernos. Dicho tribunal debe estar fundado en un estado de derecho (*rule of law*) y ofrecer todas las garantías codificadas en los instrumentos internacionales relevantes.”¹⁰²⁵ Por lo tanto, un tribunal penal internacional será considerado debidamente establecido conforme a derecho cuando respete (i) el orden jurídico, y (ii) las garantías de debido proceso reconocidas en derecho internacional.¹⁰²⁶

En el caso de los Tribunales Penales Internacionales, debemos considerar que han sido creados conforme a derecho en la medida que han sido establecidos de tal suerte que están regidos por el orden jurídico internacional y por sus estatutos y reglas de procedimiento y evidencia y no han sido el resultado del ejercicio arbitrario del poder de quienes los establecen ni han ejercido arbitrariamente su jurisdicción. Los Tribunales Militares Internacionales, por ejemplo, se vieron regulados por sus estatutos y llevaron a cabo procesos justos y conforme a derecho.¹⁰²⁷ Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc también fueron establecidos de tal suerte que se rigen por sus estatutos y tienen la obligación de respetar los derechos procesales codificados en los diver-

¹⁰²⁴ (Énfasis añadido) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 143, art. 14(1). Este derecho también se encuentra codificado en los demás instrumentos internacionales de derechos humanos. Ver, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, nota 144, art. 6(1); Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 145, art. 8(1).

¹⁰²⁵ *Tadić (Apelación sobre la Jurisdicción)*, nota 19, para. 42.

¹⁰²⁶ *Ibidem*, para. 45. El TPIY opina que esta interpretación es la más adecuada respecto de la regla establecida en el Pacto en virtud de que durante la redacción del Pacto se pretendió cambiar la frase “establecido por la ley” por “pre-establecido”, situación que no ocurrió, indicando que los Estados no consideraron esencial el que un tribunal se encontrara previamente establecido para ejercer su jurisdicción legalmente.

¹⁰²⁷ *Tadić (Decisión sobre la Jurisdicción)*, nota 57, para. 34.

esos instrumentos internacionales¹⁰²⁸ —obligación con la que hasta la fecha han cumplido. Finalmente, la CPI se rige por su estatuto, el cual incluye todas las garantías de debido proceso así como las demás garantías codificadas en el derecho internacional y en este caso en particular, incluso podemos afirmar que ha sido creado no solo conforme a derecho, sino que también es un tribunal “preestablecido” en el sentido de que solamente podrá ejercer su jurisdicción respecto de situaciones posteriores a su establecimiento.¹⁰²⁹

4. Los Tribunales Penales Internacionales son independientes e imparciales

Otro de los requisitos de conformidad con estándares internacionales para llevar a cabo procesos penales es que los tribunales penales correspondientes sean independientes e imparciales. Este requisito forma parte de la costumbre internacional general y se encuentra codificado en diversos instrumentos, entre los que destaca el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual, como ya lo citamos anteriormente establece que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, *independiente e imparcial* [...] en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal”.¹⁰³⁰

Los Tribunales Penales Internacionales son independientes en virtud de que no dependen de ningún órgano político. La CIJ, en su opinión consultiva respecto de los *Efectos de los Laudos*, opina que es posible que la comunidad internacional establezca “un órgano independiente y verdaderamente judicial [capaz] de dictar sentencias definitivas”.¹⁰³¹ Además, tal y como lo opinó la

¹⁰²⁸ *Tadić (Apelación sobre la Jurisdicción)*, nota 19, para. 45.

¹⁰²⁹ Estatuto de Roma, nota 43, arts. 22 y 24.

¹⁰³⁰ (énfasis añadido) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 143, art. 14(1).

¹⁰³¹ *Effects of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal (Advisory Opinion)*, I.C.J. Reports, 1954, pág. 53. En esta opinión consultiva, la CIJ está analizando los efectos que tienen los laudos emitidos por el

Primera Sala de Primera Instancia del TPIY, “la cuestión para determinar si un tribunal es independiente e imparcial depende, no del cuerpo que lo crea, sino de su constitución, sus jueces y la manera en que funcionan.”¹⁰³²

Los Tribunales Militares Internacionales fueron creados por los Aliados como instituciones internacionales completamente independientes e imparciales y sus instrumentos constitutivos y reglas de procedimiento reflejaban esta circunstancia e independientemente de la crítica a que han sido sometidos estos tribunales, con el paso del tiempo se ha reconocido que estos actuaron con independencia e imparcialidad. Incluso personal del equipo de la defensa de los acusados ante el Tribunal de Nuremberg, el doctor Theodore Klefish, escribió que “[e]s obvio que el juicio de dichos procedimientos requiere del tribunal la máxima imparcialidad, lealtad y sentido de justicia. El tribunal de Nuremberg ha satisfecho todos estos requisitos con compostura y dignidad. Nadie se atreve a dudar que fue guiado por la búsqueda de la verdad y justicia desde el primero hasta el último día de este tremendo juicio.” Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc, no obstante su carácter de órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad, son independientes e imparciales en virtud de que se encuentran facultados para actuar sin ninguna injerencia por parte del Consejo de Seguridad.¹⁰³³ Finalmente, la independencia e imparcialidad de la CPI también

Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (TANU) y determina que la Asamblea General puede efectivamente establecer órganos judiciales independientes (*idem*).

¹⁰³² *Tadić (Decisión sobre la Jurisdicción)*, nota 57, para. 32.

¹⁰³³ El TPIY opinó que, “como lo demuestran su Estatuto y sus Reglas, [el TPIY] ha sido constituido de tal suerte que garantice un juicio justo para los acusados y se espera que la manera en que sus Jueces ejerzan su jurisdicción no dejará lugar a dudas para quejas respecto de falta de imparcialidad o independencia” (*Tadić (Decisión sobre la Jurisdicción)*, nota 57, para. 32).

El TPIR, por su parte, está de acuerdo y escribe que su independencia “se demuestra, por ejemplo, por el hecho de que el Tribunal no está obligado por reglas nacionales de evidencia [...] El Tribunal es libre para aplicar las Reglas de Evidencia que mejor favorezcan una justa determinación [...] Además, los jueces del Tribunal realizan sus obligaciones *judiciales* independientemente y con libertad y se encuentran bajo protesta de actuar honorablemente, fielmente, imparcialmente y a conciencia [...] la independencia personal de los jueces del Tribunal y la integridad del Tribunal son enfatizados por el Artículo 12(1) del Estatuto del Tribunal, el cual establece que deberán elegirse per-

encuentra fundamento en su propio estatuto, independientemente de que el Consejo de Seguridad se encuentre facultado para solicitar que se difiera una investigación en virtud de constituir una amenaza para la paz y seguridad internacionales.¹⁰³⁴

5. Los Tribunales Penales Internacionales no violan la soberanía estatal de los Estados que gozan de jurisdicción en virtud de los principios de territorialidad y de nacionalidad

El derecho internacional establece límites muy firmes en relación con el ejercicio de facultades por parte de otra persona en violación de la soberanía de los Estados. Este principio lo encontramos en la sentencia del caso *S.S. Lotus* de la C.P.J.I., en donde afirma que “la limitación primordial que impone el derecho internacional al Estado es que —sin la existencia de una regla permisiva en contrario— no puede ejercer sus poderes de ninguna manera dentro del territorio de otro Estado.”¹⁰³⁵ Los Tribunales Penales Internacionales no violan esta regla.

En relación con los Tribunales Militares Internacionales, ya comentamos previamente que estos fueron establecidos por los Aliados tanto en nombre propio, como en representación de la comunidad internacional —y aún más, en ejercicio de la soberanía que les fue cedida por Alemania y Japón en virtud de su rendición incondicional.¹⁰³⁶ Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc fueron establecidos por el Consejo de Seguridad en representación de la comunidad internacional, en ejercicio de las facultades conferidas a dicho órgano por los Estados parte de la

sonas con gran carácter moral, integridad, imparcialidad, que reúnan las aptitudes adecuadas para ser jueces en sus países correspondientes y que tengan amplia experiencia en derecho penal, derecho internacional incluyendo derecho internacional humanitario y derechos humanos” (*Kanyabashi (Decisión sobre la Jurisdicción)*, nota 759, pág. 16, paras. 40–42).

¹⁰³⁴ El Consejo de Seguridad puede solicitar que se difiera una investigación o caso, sin embargo, esto no implica una relación de dependencia entre la CPI y el Consejo de Seguridad ya que ésta es la única facultad que se le ha otorgado al Consejo conforme al Estatuto de Roma.

¹⁰³⁵ *Affaire du “Lotus”*, nota 104, pág. 18.

¹⁰³⁶ *Ver supra*, Capítulo V.A.1 “Los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial”.

Carta de las Naciones Unidas.¹⁰³⁷ Además, hay que recordar que, como lo escribió el TPIR, el hecho de que los Estados relevantes sean parte

de la Carta de las Naciones Unidas, implica su total y completa aceptación del Capítulo VII de la Carta, y por lo tanto, también de la jurisdicción del Tribunal [...] Cuando un Estado voluntariamente reconoce dicha jurisdicción, no podría argumentarse razonablemente que se ha violado la soberanía de dicho Estado mediante el ejercicio de dicha jurisdicción.¹⁰³⁸

Finalmente, la CPI fue establecida en virtud de un tratado, implicando el consentimiento de los Estados parte del mismo, Estados que deciden dotar a la CPI de facultades para juzgar a personas respecto de las cuales dichos Estados tendrían jurisdicción en virtud de los principios de territorialidad y de nacionalidad.¹⁰³⁹ En virtud de esta circunstancia, similar al caso de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc, resultaría difícil considerar que se viola su soberanía en virtud de un eventual ejercicio de jurisdicción por parte de la CPI por situaciones dentro de su territorio. En relación con el ejercicio de de jurisdicción por parte de la CPI sobre los nacionales de un Estado no parte del Estatuto de Roma, primero habría que recordar que, de conformidad con el derecho internacional, los Estados no tienen jurisdicción exclusiva sobre sus nacionales,¹⁰⁴⁰ ya que existen otras consideraciones y principios de derecho penal que pueden resultar aplicables y conferir jurisdicción a otros Estados.¹⁰⁴¹ En este contexto, la CPI puede ejercer su jurisdicción sobre los nacionales de Estados no parte en la medida en que dichas personas hayan cometido delitos competencia de la CPI dentro del territorio de un Estado parte —el cual tendría

¹⁰³⁷ *Ver supra*, Capítulo V.A.2 “Los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc”.

¹⁰³⁸ *Prosecutor v. Édouard Karemera, Mathieu Ndirumpatse, Joseph Nzirorera, and André Rwamakuba (Decision on Nzirorera’s Preliminary Motion to Dismiss the Indictment for Lack of Jurisdiction: Chapter VII of the United Nations Charter: rule 73 of the Rules of Procedure and Evidence)*, ICTR-98-44-T, T. Ch. III (29 de marzo de 2004) (*Karemera (Decisión sobre la Jurisdicción y Regla 73)*), pág. 6, para. 11.

¹⁰³⁹ *Ver supra*, Capítulo V.A.3 “La Corte Penal Internacional”.

¹⁰⁴⁰ *Karemera (Decisión sobre la Jurisdicción y Regla 73)*, nota 1038, para. 13.

¹⁰⁴¹ *Affaire du “Lotus”*, nota 104, pág. 23.

derecho a ejercer su jurisdicción en virtud del principio de territorialidad—, en la medida en que dicho Estado parte ha facultado a la CPI para que ejerza su jurisdicción en esa circunstancia. Por lo tanto, la creación de los Tribunales Penales Internacionales, y el ejercicio de su jurisdicción, no viola la soberanía estatal.

E. Conveniencia de juzgar los delitos internacionales ante Tribunales Penales Internacionales

Existen argumentos a favor y en contra de enjuiciar a ciertos delincuentes internacionales ante este tipo de instituciones, pero nosotros consideramos que los tribunales penales internacionales son la opción preferente para proceder en contra de los delincuentes internacionales ya que la naturaleza misma de los tribunales penales internacionales hace que sean más indicados para enjuiciar a los grandes criminales internacionales.¹⁰⁴² En el caso de los delitos internacionales, habría que mencionar que el principio de territorialidad presenta el problema que “dichos delitos frecuentemente se cometen por los funcionarios del Estado correspondiente, o al menos con su complicidad o aquiescencia.”¹⁰⁴³ Esto dificulta el acceso a la evidencia que se encuentra en el territorio y resulta difícil en la práctica que los tribunales locales ejerzan su jurisdicción en contra de los funcionarios públicos del Estado —incluso ante la obligación internacional de hacerlo, tal y como sucedió en la Primera¹⁰⁴⁴ y la Segunda Guerra Mundial.¹⁰⁴⁵ Esta situación dificulta el poder llevar a cabo un proceso en contra de estas personas y el remover el proceso penal en su

¹⁰⁴² Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 355.

¹⁰⁴³ *Ibidem*, pág. 279.

¹⁰⁴⁴ *Ver supra*, Capítulo IV.A “Los precursores de los Tribunales Penales Internacionales del siglo XX”, en donde mencionamos lo que ocurrió en la Primera Guerra Mundial, específicamente el caso del Káiser, el cual nunca fue enjuiciado en virtud de ser exiliado en Países Bajos.

¹⁰⁴⁵ *Ver supra*, Capítulo IV.B.1 “El Tribunal de Nuremberg”, en relación con los juicios en Alemania, en donde los únicos procesos que se llevaron a cabo fueron bajo dirección de los Aliados. Similarmente, *ver supra*, Capítulo IV.B.2 “El Tribunal de Tokio”, en relación con la situación en Japón en donde los prisioneros fueron prácticamente dejados en libertad.

contra de su control y ponerlo en manos de una jurisdicción internacional tiende a garantizar, al menos en la práctica que se ha desarrollado, que el proceso sea más justo y más objetivo.

El que estos criminales se enfrenten a un proceso penal ante una autoridad judicial internacional presenta cuatro ventajas principales.¹⁰⁴⁶ Primero, la naturaleza misma de los delitos internacionales implica que sería prácticamente imposible que fueran cometidos por una persona actuando de manera aislada y sin apoyo de parte del gobierno —o al menos, con su aquiescencia o tolerancia— y frecuentemente está involucrada una parte significativa de la sociedad, o al menos un segmento de ésta.¹⁰⁴⁷ Segundo, estos procesos disipan la necesidad colectiva de tomar venganza porque cuando los tribunales o algún otro órgano público imparte justicia y la sanción adecuada a los culpables, se satisface el clamor por justicia de la víctima.¹⁰⁴⁸ Tercero, en virtud del hecho de que —idealmente— se ha impartido justicia, las víctimas podrán reconciliarse con los perpetradores porque saben que estos han pagado por sus crímenes. Cuarto, estos procesos establecen un registro histórico de las atrocidades cometidas por los criminales internacionales de tal suerte que las generaciones futuras estarán completamente conscientes de los eventos que han ocurrido y recordarán a las víctimas. La importancia de este último motivo fue enfatizada por el Fiscal de los EE.UU. en su discurso inicial en el proceso de Nuremberg, al afirmar que “*debemos utilizar*

¹⁰⁴⁶ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, págs. 5–6, 330–331.

¹⁰⁴⁷ El holocausto hubiera sido imposible en caso de que la sociedad alemana no hubiera tolerado la discriminación hacia dicho grupo, situación similar a los delitos cometidos por el ejército japonés. Similarmente, los crímenes de guerra y de lesa humanidad en la ex Yugoslavia y el genocidio rwandés jamás hubieran podido ocurrir sin el apoyo y aquiescencia oficial y social que tuvieron, en este caso, no sólo de sus respectivos gobiernos y grupos sociales, sino de la comunidad internacional, la cual no intentó impedir que se cometieran estos actos. Los juicios o procesos públicos atribuyen responsabilidad penal individual, identificando a los culpables de los crímenes cometidos y excluyendo a la sociedad en su conjunto.

¹⁰⁴⁸ Durante el juicio de Nuremberg, el acusado Albert Speer, arquitecto de Hitler y Ministro del Reich para Armamento y Municiones durante la Segunda Guerra Mundial, comentó que “[e]ste juicio es necesario. Incluso en un Estado autoritario existe una responsabilidad compartida por crímenes tan horribles.” Albert Speer se opuso a la política de tierra quemada (*Verbrannte Erde*) de Hitler y de hecho impidió que se llevara a cabo en diversas instancias (*Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, nota 141, págs. 321–324).

evidencia creíble para probar que ocurrieron eventos increíbles” para que las generaciones futuras recordaran lo sucedido y no cometieran los mismos errores. Es necesario establecer un registro histórico de lo ocurrido para que pueda recordarlo la opinión pública internacional objetivamente y sin estar rodeado de mitos y leyendas.¹⁰⁴⁹

1. Las leyes de amnistía y los Tribunales Penales Internacionales

No obstante lo anterior, habría que recordar que en ciertas instancias y en relación con ciertos delitos, podría ser preferente el uso de medios alternativos de justicia, mediante la creación y uso de otros mecanismos alternos, como por ejemplo, las comisiones de la verdad. El motivo para adoptar amnistías “es la idea de que después de períodos de crisis y profundas divisiones, como por ejemplo aquellos que siguen a los conflictos armados, guerra civil o revolución, es mejor sanar las heridas sociales olvidando los crímenes cometidos, borrando todas las ofensas criminales que se hubieran cometido por ambos bandos.”¹⁰⁵⁰ Habría que recordar, que si bien algunas leyes de amnistía y punto final¹⁰⁵¹ han resultado ser soluciones viable en lugar de procesar a las personas culpables de cometer ciertos delitos, las amnistías totales (*blanket amnesty*) o *auto-amnistías* están prohibidas en derecho internacional.¹⁰⁵²

¹⁰⁴⁹ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 330.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*, págs. 312–313.

¹⁰⁵¹ Entendiendo por éstas a las leyes nacionales que impiden el ejercicio de la jurisdicción estatal en contra de personas que han cometido ciertos delitos, frecuentemente argumentado la necesidad de destinar recursos y esfuerzos a la reconstrucción social en virtud de ser conveniente reintegrar a la sociedad que perseguir a los culpables. Por ejemplo, las leyes de reconciliación nacional y punto final adoptadas en Argentina después de la dictadura militar.

¹⁰⁵² Las amnistías totales son aquellas que eximen de responsabilidad a todas las personas independientemente de su cargo o delito, sin ningún criterio de selección respecto de quiénes serán los beneficiarios.

Las auto-amnistías son aquellas amnistías que se otorga un gobierno a sí mismo, encaminadas a eximir de responsabilidad penal a sus miembros por delitos cometidos por dichos miembros mientras formaban parte del gobierno (*Barrios Altos (Fondo)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, no. 75 (14 de marzo de 2001), paras. 41–44).

El problema que presentan las amnistías y las leyes de punto final es que se duda de que puedan sanar heridas que continúan abiertas, en particular porque si bien “suprimen temporalmente el resentimiento y el odio, tarde o temprano, estos resurgen y generan violencia y crímenes aún mayores.”¹⁰⁵³ Los defectos que presentan estas leyes entonces son (i) que no se crea ningún registro histórico, sino que pretende olvidarse lo ocurrido, (ii) no se determina la responsabilidad penal individual, (iii) que se exime a todos sin discriminación alguna por los delitos que hubieran cometido aún cuando no revelen toda la verdad, (iv) frecuentemente no incluyen un mecanismo de compensación para las víctimas.

Se debe preparar un registro completo de lo sucedido, incluyendo detalles del caso. El TPIY opina que “la búsqueda de la verdad es un prerrequisito inalienable para la paz.”¹⁰⁵⁴ El TPIY reconoce que una de las funciones esenciales de los Tribunales Penales Internacionales es buscar la verdad y crear un registro adecuado, cierto y veraz de los hechos en sus respectivos ámbitos de competencia, así como el “brindar justicia tanto a las víctimas y sus familiares como a los perpetradores” de los delitos internacionales.¹⁰⁵⁵ Sin embargo, también reconoció que “[l]a verdad y justicia también deberían proporcionar un sentimiento de reconciliación entre los diferentes grupos étnicos dentro de los países y entre los nuevos Estados en el territorio de la antigua Yugoslavia.”¹⁰⁵⁶ No obstante lo anterior, el TPIY reconoció que “no es el último árbitro de los

El motivo detrás de esta limitante es el hecho de que, si bien la decisión para perdonar o enjuiciar a los culpables es una decisión que deben de tomar los políticos y legisladores (Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 313), también es cierto que un principio general del derecho es que nadie puede ser juez y parte en un mismo juicio. No parece ser justo que la persona que comete la atrocidad pueda decidir perdonarse.

¹⁰⁵³ *Idem.*

¹⁰⁵⁴ *Stakić (Sentencia)*, nota 950, pág. 244, para. 901.

¹⁰⁵⁵ *Nikolić (Sentencia Condenatoria)*, nota 935, pág. 31, para. 120.

¹⁰⁵⁶ *Idem.*

hechos históricos. Eso es para los historiadores.”¹⁰⁵⁷ Es por esto que en ciertas circunstancias, pareciera ser que se pueden satisfacer las exigencias de la justicia mediante una ley de amnistía aparejada de una comisión de la verdad¹⁰⁵⁸ cuando la amnistía sea concedida casuísticamente y no como una amnistía total y no sea una *auto-amnistía*.¹⁰⁵⁹

Se debe identificar a los responsables a efecto de que no se pierda la confianza en el sistema jurídico y sus destinatarios tengan certeza de que los culpables no quedarán impunes. Los Tribunales Penales Internacionales contribuyen a la reconciliación previniendo la comisión de los delitos internacionales y combatiendo la impunidad.¹⁰⁶⁰

el Tribunal Internacional percibe que la reprobación y estigmatización pública por parte de la comunidad internacional, en virtud de la cual expresa su indignación respecto de los crímenes tan horribles y denuncia a los responsables [es] una de las funciones esenciales de una sentencia a prisión [...] Además, frustrar la impunidad aunque fuera de manera limitada contribuiría para apaciguar y darle una oportunidad al pueblo que fue tan gravemente afligido para velar a aquellos de sus miembros que hubieran sido matados injustamente.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*, para. 122.

¹⁰⁵⁸ Las comisiones de la verdad son medios alternativos para responder a la comisión de delitos en una escala masiva por gran parte de la población y que implican que, antes de que una persona goce del beneficio de una ley de amnistía, dicha persona debe “confesar” sus delitos ante dichas comisiones. Las comisiones de la verdad se aceptan como una respuesta adecuada cuando (i) conozcan de delitos cometidos por delinquentes menores (no por los delinquentes mayores), (ii) que dichas personas reconozcan sus delitos en audiencias públicas y aporten evidencia sobre los delitos cometidos, (iii) debe permitirse que las víctimas ventilen sus reclamos plenamente, y (iv) ventilen las causas sociales, políticas, ideológicas e históricas del conflicto. En caso de que la comisión esté satisfecha de que el inculpado ha reconocido plenamente su delito, ha aportado la evidencia que estaba a su disposición y se hayan realizado las reparaciones necesarias a la víctima —que puede ser un perdón público—, entonces la comisión puede solicitar que se otorgue el perdón al inculpado.

¹⁰⁵⁹ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, págs. 316 y 450.

En este sentido, es ilustrativo el caso de las Comisiones de la Verdad de Sudáfrica, las cuales no otorgaban la amnistía a toda persona, sino que debía probarse (i) que ésta persona había cometido los delitos con algún motivo político, (ii) fuera proporcional, y (iii) revelara completamente los hechos relevantes (Promotion of National Unity and Reconciliation Act, no. 34 de 1995 (*Ley para la Promoción de la Unidad y Reconciliación Nacional de Sudáfrica*), art. 20(1)).

¹⁰⁶⁰ *Furundžija (Sentencia)*, nota 166, pág. 108, para. 288.

¹⁰⁶¹ *Ibidem*, para. 65. En esta sentencia, el TPIY está refiriéndose expresamente a crímenes de lesa humanidad, sin embargo, en otro caso, el TPIY expresamente afirma que este razonamiento también es extensivo a los crímenes de

Las comisiones de la verdad satisfacen este requisito ya que atribuyen responsabilidad individual y después otorgan el perdón, no son como una amnistía total en la cual se otorga el perdón independientemente de la responsabilidad de sus destinatarios. Sin embargo, si la Comisión considera que el inculpado no debe ser perdonado por los delitos cometidos —cuando no revela toda la información a su disposición o cuando los delitos son muy graves y a gran escala—, entonces puede remitir el expediente a algún tribunal para que se enjuicie a dicha persona.¹⁰⁶² El TPIY reconoce esta situación cuando opina que “el Tribunal Internacional se estableció para contrarrestar la impunidad y para asegurarse que a los delincuentes sujetos a su jurisdicción serían sometidos a un juicio justo.”¹⁰⁶³

Los crímenes respecto de los cuales se otorguen amnistías deben ser políticos, no privados.¹⁰⁶⁴ Esto se desprende de la naturaleza de las leyes de amnistía, las cuales pretenden fomentar la unidad y reconciliación *nacional*. Podemos considerar entonces, que los delitos deben estar relacionados con algún fin político y no fines meramente privados ya que en este último caso, dichos delitos no afectarían a la nación como tal y difícilmente podría argumentarse la conveniencia de adoptar una ley de amnistía.¹⁰⁶⁵

En derecho internacional, las leyes de amnistía también deben establecer algún mecanismo de compensación para las víctimas, en el entendido de que dicha compensación no necesariamen-

guerra y a las demás violaciones graves del derecho internacional humanitario (*Furundžija (Sentencia)*, nota 166, pág. 109, para. 289).

¹⁰⁶² Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 452.

¹⁰⁶³ *Stakić (Sentencia)*, nota 950, pág. 244, para. 901.

¹⁰⁶⁴ Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 452.

¹⁰⁶⁵ Esta es la situación en Sudáfrica, por ejemplo, en donde la Comisión de Reconciliación y la Verdad no otorgó el perdón a los casos en donde el delito no estaba relacionado con la política de Apartheid. *Ver*, Ley para la Promoción de la Unidad y Reconciliación Nacional de Sudáfrica, nota 1059, arts. 18(1) y 20(1)(b).

te debe ser económica sino que también puede ser una reparación moral, como por ejemplo una disculpa o la publicación de lo sucedido.¹⁰⁶⁶

Finalmente, habría que mencionar que se podría argumentar que los delitos respecto de los cuales ejercen su jurisdicción los Tribunales Penales Internacionales no son susceptibles de ser objeto de una ley de amnistía según el derecho internacional.¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶⁶ En el caso sudafricano, la Comisión de Reconciliación y la Verdad, además de otorgar el pago de compensación, también publicó un reporte final en el que se detallaban sus actividades y los casos ventilados ante ella. Truth & Reconciliation Commission, *Truth and Reconciliation Commission of South Africa: Final Report*, 5 vols., disponible en: TRC Final Report – Version 6, <http://www.doj.gov.za/trc/report/index.htm> (última visita el 10 de julio de 2008).

¹⁰⁶⁷ El TPIR ha afirmado que los delitos internacionales y los delitos de *ius cogens* no pueden ser objeto de amnistía (*Furundžija (Sentencia)*, nota 166, para. 155). Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha opinado que las violaciones de derechos humanos tampoco pueden ser objeto de amnistías: “El Comité [de Derechos Humanos] ha notado que algunos Estados han otorgado amnistías respecto de actos de tortura. Las amnistías son incompatibles generalmente con las obligaciones de los Estados de investigar dichos actos; de garantizar que no se lleven a cabo dichos actos dentro de su jurisdicción, y de asegurarse de que no ocurran en el futuro. Los Estados no pueden privar a los individuos de su derecho a una reparación efectiva, incluyendo el pago de compensación y la rehabilitación más completa que sea posible” (Comité de Derechos Humanos “General Comment No. 20: Replaces general comment concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7): 10/03/92”, 44ª Sesión, 1992, UN Doc HRI/GEN/1/Rev.7, para. 15).

Cassese opina que el motivo detrás de este razonamiento es que los delitos internacionales son delitos en contra de la comunidad internacional, y por lo tanto no parece razonable que un solo Estado pueda arrogarse el derecho para perdonar a los culpables (Cassese, *International Criminal Law*, nota 40, pág. 315), por lo que, esta decisión en todo caso debería dejarse a la comunidad internacional en su conjunto, o en su defecto, al tribunal penal internacional correspondiente. El Fiscal de la CPI, por ejemplo, podría decidir ejercer sus facultades discrecionales bajo el artículo 53 del Estatuto de Roma y no ejercer acción penal en contra de algún responsable en caso de que el Fiscal considere que “[e]xisten 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” (Estatuto de Roma, nota 43, art. 53(1)(c); *ver también*, el art. 53(2)(c)).

VI. CONCLUSIONES

Este último capítulo de nuestro trabajo solamente resume las diversas conclusiones a que hemos llegado a lo largo del mismo, por lo que simplemente resta enumerarlas de manera breve, incluyendo unos comentarios menores respecto de las mismas.

1. En el derecho internacional general encontramos un balance entre la óptica iuspositivista y la iusnaturalista en cuanto a la validez de las normas internacionales. Por un lado, al decidir casos, los tribunales internacionales en general deciden desde una óptica iuspositivista y se muestran renuentes a aplicar o invocar alguna norma que no se encuentre debidamente aceptada por los Estados. Por ejemplo, para que la CIJ aplique una norma internacional, primero se cerciora que dicha norma tenga el carácter de tal de conformidad con la teoría de fuentes del derecho internacional general y después, y solo cuando dicha norma cumple con el *test* de esta teoría, lo aplica la CIJ. No obstante lo anterior, los criterios de validez naturalistas también tienen su lugar en el derecho internacional. Como podemos observar, el contenido de las normas —determinadas como tales desde la óptica positivista— se interpreta con base en perspectivas iusnaturalistas.
2. Las corrientes iuspositivistas y iusnaturalistas que mencionamos a lo largo de este trabajo explican adecuadamente el fenómeno de la validez de los Tribunales Penales Internacionales ya que estos se crearon de conformidad con los métodos establecidos por el derecho internacional —por lo que se encuentran dotados de validez formal— y porque están encaminados a la obtención del bien común y la justicia material —por lo que se encuentran dotados de validez material. Es por ello que los Tribunales Penales Internacionales que analizamos en esta tesis se pueden considerar válidos tanto desde la perspectiva iuspositivista, como desde la perspectiva iusnaturalista.

3. Los tribunales penales internacionales son instituciones internacionales con jurisdicción y competencia propia, creados en virtud de un instrumento constitutivo adoptado por dos o más Estados o algún órgano internacional en representación de la comunidad internacional en su conjunto y aplican derecho penal internacional directamente a los individuos que se ubican dentro del ámbito de su jurisdicción y competencia y se encuentran integrado por un panel de jueces representativo de la comunidad internacional o, cuando menos, de los Estados que lo constituyeron. Los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial, los tribunales penales internacionales ad hoc y la Corte Penal Internacional son tribunales penales internacionales ya que satisfacen los requisitos mencionados.
4. El ejercicio de jurisdicción por parte de los Tribunales Penales Internacionales no viola el principio de irretroactividad en virtud de que los delitos competencia *ratione materiae* de dichas instituciones eran parte del derecho internacional consuetudinario previo al establecimiento de los mismos.
5. Los Tribunales Penales Internacionales fueron debidamente establecidos conforme a derecho en virtud de haber sido creados mediante instrumentos constitutivos que respetan el estado de derecho y establecen un marco regulatorio que establece las normas que regirán y aplicarán estas instituciones, por lo que no ejercen su jurisdicción de manera arbitraria o según la conveniencia de los Estados que los crearon.
6. Los Tribunales Penales Internacionales son instituciones independientes e imparciales en virtud de que sus jueces no se encuentran —ni se encontraron— en una relación jerárquica con algún otro sujeto de derecho internacional, ni con cualquier otra persona o entidad. Los jueces pueden actuar con independencia y aplican el derecho establecido en sus instrumentos constitutivos. El actuar de estos tribunales también ha demostrado su imparcia-

lidad ya que no han mostrado preferencias para ningún grupo en particular que se ubique dentro de su competencia.

7. Los Tribunales Penales Internacionales no violan la soberanía estatal en virtud de que fueron creados con el consentimiento previo de los Estados respecto de los cuales ejercieron su jurisdicción. En el caso de los Tribunales Militares Internacionales, los Tribunales de Nuremberg y Tokio fueron creados de conformidad con el derecho internacional y los instrumentos de rendición de Alemania y Japón, en los cuales estos Estados cedieron su soberanía y facultades de gobierno a los Aliados. Los Tribunales Penales Ad hoc fueron establecidos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y tanto la ex Yugoslavia como Rwanda eran parte de dicho tratado, por lo que habían otorgado su consentimiento y habían facultado al Consejo de Seguridad para que adoptara las medidas que considerara necesarias o convenientes para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales, medidas que adoptó en los casos correspondientes como dichos tribunales de conformidad con el Capítulo VII de la Carta. Finalmente, la Corte Penal Internacional ha sido facultada expresamente por los Estados parte del Estatuto de Roma para ejercer su jurisdicción en situaciones respecto de las cuales, dichos Estados podrían ejercer su jurisdicción en virtud del derecho internacional consuetudinario, por lo que, no obstante las críticas de los EE.UU., difícilmente podría considerarse el ejercicio de jurisdicción por parte de esta institución como violatorio de la soberanía de algún Estado.
8. Los tribunales penales internacionales que analizamos en esta tesis pueden considerarse como tribunales creados por la comunidad internacional. Los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial pueden considerarse como aceptados por la comunidad internacional en su conjunto en la medida en que la comunidad internacional se adhirió a su instrumento constitutivo y posteriormente los ratificó mediante la Asam-

blea General de las Naciones Unidas. Los tribunales penales internacionales ad hoc fueron creados por la comunidad internacional en su conjunto en la medida en que el Consejo de Seguridad puede considerarse como un órgano facultado para actuar en nombre y representación de dicha comunidad internacional. Finalmente, la amplia participación de la comunidad internacional, así como la generalidad de la práctica y la *opinio iuris* de los diversos Estados, nos permiten considerar que la comunidad internacional aprueba de la creación de la Corte Penal Internacional.

9. La validez de los tribunales penales internacionales puede explicarse mediante las corrientes iusnaturalistas. El iusnaturalismo teológico de Santo Tomás y el iusnaturalismo racionalista de John Finnis explican adecuadamente el fenómeno de la validez de los tribunales penales internacionales en virtud de que (i) su establecimiento persigue el bien común, (ii) existe una obligación de obedecer la ley en la medida en que esta sea justa, y (iii) la justicia exige que se castigue a quien cometa delitos internacionales.
10. El iuspositivismo de Hart y el iusnaturalismo empírico o realista explica adecuadamente el fenómeno de la validez de los tribunales penales internacionales en la medida en que estos tribunales (i) reflejan la voluntad de los Estados, y (ii) su establecimiento, procesos y sanciones son eficaces, esto es, son acatados, obedecidos y reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto.
11. La validez de los tribunales penales internacionales puede explicarse mediante el iuspositivismo de Kelsen. Esta corriente explica adecuadamente el fenómeno de la validez de los tribunales penales internacionales en virtud de que estos tribunales fueron creados (i) conforme los métodos prescritos por la costumbre internacional, en el caso de los Tribunales Militares Internacionales de la Segunda Guerra Mundial, o (ii) en virtud de un tratado internacional, en el caso de los tribunales penales internacionales ad hoc y la Corte Penal

Internacional. Además, las normas que crean y regulan estas instituciones fueron adoptadas de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, mismo que establece cuáles son las fuentes de derecho internacional.

12. Ante la práctica estatal, actualmente no es posible afirmar la existencia de una regla de costumbre que imponga a los Estados la obligación de llevar a los detenidos en un conflicto armado ante un tribunal nacional. Mucho menos ante un tribunal internacional. Derivado de la práctica referida en esta tesis, existe una tendencia en ese sentido. Gracias a estas instituciones, actualmente existe una tendencia que demuestra el creciente consenso de la comunidad internacional en relación con la existencia de esta obligación, pero una tendencia demuestra el nacimiento y desarrollo de una regla de costumbre, pero de ninguna manera otorga derechos o impone obligaciones.

Bibliografía

A. Libros y colaboraciones en obras colectivas

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 610 págs.
- AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*, 2a ed., trad. de Ezequiel Malarino, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2004, 594 págs.
- AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*.
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2a ed., Londres, John Murray, 1861, 338 págs.
- BALABKINS, Nicholas, *Germany under Direct Controls: economic aspects of industrial disarmament 1945–1948*, New Brunswick, Nueva Jersey, Rutgers University Press, 1964, 265 págs.
- BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *El Debate sobre el Positivismo Jurídico Incluyente: un estado de la cuestión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, colección Doctrina Jurídica, vol. 351, 410 págs.
- BECCARIA, César, *De los Delitos y de las Penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, colección Sección de Obras de Política y Derecho, 327 págs.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, nueva ed., Londres, W. Pickering, et al., 1823, 2 v.
- BESCHLOSS, Michael R., *The Conquerors: Roosevelt, Truman and the Destruction of Hitler's Germany*, Nueva York, Simon & Schuster, 2003, 400 págs.
- Biblia*, Nova Vulgata, Bibliorum Sacrorum Editio.
- BIX, Herbert P., *Hirohito and the Making of Modern Japan*, Nueva York, Harper Collins Publishers, 2000, 800 págs.
- BRIERLY, James Leslie, “Le Fondement de la Force Obligatoire du Droit International”, en *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, Leyden, Países Bajos, A.W. Sijthoff, 1928, vol. 23.
- *The Law of Nations*, 6a ed. (Humphrey Waldock, ed.), Nueva York, Oxford University Press, 1963, 442 págs.
- BROOMHALL, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court: between sovereignty and the rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, 215 págs.
- BYERS, Michael, *Custom, Power and the Power of Rules: international relations and customary international law*, 1a reimp., Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2001, 250 págs.

- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Nueva York, EE.UU., Oxford University Press, 472 págs.
- CHENG, Bin (ed.), *International Law: theory and practice*, Londres, Stevens, 1982.
- CHERIF BASSIOUNI, Mammoud, *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, 2a ed., Boston, Massachusetts, Brill Academic Publishers, 1987, 492 págs.
- *Enforcement*, 2a ed., Nueva York, Transnational Publishers, 1990, colección International Criminal Law, vol. 3., 855 págs.
- CICERÓN, Marco Tulio, *De Legibus*.
- COLEMAN, Janet, “MacIntyre and Aquinas”, en Horton, John y Mendus, Susan (eds.), *After MacIntyre: critical perspectives on the works of Alasdair MacIntyre*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1994.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE MÉXICO (ed.), *Memoria del Foro Internacional: La Soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2002.
- CRAWFORD, James, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003.
- D’AMATO, Anthony A., *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, EE.UU., Cornell University Press, 1971, 286 págs.
- DABIN, Jean, “General Theory of Law”, en *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, trad. de Kurt Wilk, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1950, colección 20th Century Legal Philosophy Series, no. IV.
- DIETRICH, John, *The Morgenthau Plan: Soviet influence on American postwar policy*, Nueva York, Algora Publishing, 2002, 198 págs.
- DOWER, John W., *Embracing Defeat: Japan in the wake of World War II*, Nueva York, W. W. Norton & Co., 1999, 676 págs.
- DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2a ed., Paris, E. de Boccard, 1921–1923, 2 vols.
- EBENSTEIN, William, *Die Rechtsphilosophische Schule der reinen Rechtslehre*, Praga, Taussig und Taussig, 1938.
- FENWICK, Charles G., *International Law*, 4a ed., Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1965, 849 págs.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, reimp., Oxford, Clarendon Press, 2005, colección Clarendon Law Series, 425 págs.
- FRANK, Richard B., *Downfall: the End of the Imperial Japanese Empire*, Nueva York, Random House Publishing Group, 1999, 484 págs.
- FRIEDMANN, W., *Legal Theory*, 5a ed., Nueva York, Columbia University Press, 1967, 607 págs.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, 4a reimp., México, Distribuciones Fontamara, 2004, colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 154 págs.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 2a ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, 304 págs.
- GOLDSMITH, Jack L. y POSNER, Eric A., *The Limits of International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, 262 págs.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El Ius Cogens Internacional: un estudio histórico-crítico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1982.
- GROCIO, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis*.
- HANNIKAINEN, Lauri, *Peremptory norms (Jus Cogens) in International Law: historical development, criteria, present status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988, 781 págs.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 2a ed., Nueva York, EE.UU., Oxford University Press, colección Clarendon Law Series, 1997, págs. 315.
- HENKIN, Louis, *International law: politics and values*, Boston, Massachusetts, Brill Academic Publishers, 1995, 380 págs.
- HENKIN, Louis, *et al.*, *International Law: cases and materials*, 3a ed., Saint Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1993, 1596 págs.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, Ramón, *Francisco de Vitoria: vida y pensamiento internacionalista*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1995, 381 págs.
- HIPONA, Agustín de, *De libero arbitrio*.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Londres, Penguin Books, 1985, colección Penguin Classics, 729 págs.
- HORTON, John y MENDUS, Susan (eds.), *After MacIntyre: critical perspectives on the works of Alasdair MacIntyre*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1994, 340 págs.
- JAMES, David H., *The Rise and Fall of the Japanese Empire*, Londres, Reino Unido, McMillan, 1951, 409 págs.
- JENNINGS, Robert y WATTS, Arthur, *Oppenheim's International Law*, 9a ed., Londres y Nueva York, Longman, 1996, 2 vols.
- JOHNSON, Paul, *Modern times: the world from the twenties to the nineties*, ed. revisada, Nueva York, Harper Perennial Modern Classics, 2001, 880 págs.
- KARPETS, Igor, *Delitos de Carácter Internacional*, trad. de Pérez Castol, Moscú, Editorial Progreso, 1983, 379 págs.
- KELSEN, Hans, *Law and peace in international relations*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1942, 181 págs.
- *Principles of International Law*, 2a ed. (revisada y editada por Robert W. Tucker), Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, 602 págs.
- *Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*, trad. de Ariel Peralta García, Cuernavaca, Universidad de Morelos, 1962, Colección Ensayos de la Universidad de Morelos, cuaderno 2, 35 págs.

- *Teoría Pura del Derecho*, 3a reimp., trad. de la 2a ed. en alemán por Roberto J. Ver-nego, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1983, Colección Estudios Doctrinales, no. 20, 364 págs.
- “Théorie du droit international public” en *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, Leyden, Países Bajos, A.W. Sijthoff, 1955, vol. 84, t. III.
- KNOOPS, Geert-Jan Alexander, *Introduction to the Law of the International Criminal Tribunals: a comparative study*, Boston, Massachusetts, Brill Academic Publishers, 2003, colec-ción International and Comparative Criminal Law Series, 210 págs.
- *Surrendering to International Criminal Courts: contemporary practice and proce-dures*, Nueva York, Transnational Publishers, 2002, colección International and Comparative Criminal Law Series, 405 págs.
- *The Prosecution and Defense of Peacekeepers under International Criminal Law*, Nueva York, Transnational Publishers, 2003, colección International and Compar-ative Criminal Law Series, 368 págs.
- KOROVIN, Y. A., *International Law: a textbook for use in law schools*, Fyodor Ivanovich Koz-hevnikov (ed.), trad. de Dennis Ogden, Moscú, Foreign Languages Publishing House, 1960, 477 págs.
- KRABBE, H., “L’idée moderne de l’Etat”, en *Recueil des Cours de la Académie de Droit Interna-tional*, Leyden, Países Bajos, A.W. Sijthoff, 1926, vol. 13.
- LACHS, Manfred, *The Teacher in International Law (Teachings and Teaching)*, La Haya, Marti-nus Nijhoff, 1982, 236 págs.
- LAUTERPACHT, Hersch y WALDOCK, C. H. M. (eds.), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Brierly*, Oxford, Clarendon Press, 1958, 375 págs.
- LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Thomas Hollis (ed.), Londres, A. Millar *et al.*, 1764, 416 págs.
- MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law: new approaches to legal positivism*, Boston, D. Reidel Publishing, 1986, 248 págs.
- MCDUGAL, Myres S., “International Law, Power and Policy: a contemporary conception”, en *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, Leyden, Países Bajos, A.W. Sijthoff, 1953, vol. 82.
- MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue: a study in moral theory*, 2a ed., Notre Dame, Indiana, Uni-versity of Notre Dame Press, 1984, 286 págs.
- MARGADANT S., Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, 25a ed., México, Editorial Esfinge, 2000, 532 págs.
- MARITAIN, Jacques, *Man and the State*, Chicago, University of Chicago Press, 1951, 219 págs.
- MCDUGAL, Myres S., *Studies in World Public Order*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1960, 1058 págs.
- MCGOLDRICK, Dominic, *et al.* (eds.), *The Permanent International Criminal Court: legal and policy issues*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2004, 498 págs.

- NUSSBAUM, Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, Nueva York, The Macmillan Company, 1947, 361 págs.
- ONODA, Hiroo, *No Surrender: my thirty year war*, Annapolis, Maryland, U.S. Naval Institute Press, 1999, 224 págs.
- PASQUAZI, Josephus, *Ius Internationale Publicum*, Roma, Pontificium Institutum Utriusque Iuris, vol. I, *De Iure Pacis*, 343 págs.
- PAUST, Jordan J. et al., *International Criminal Law: cases and materials*, 3a ed., Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2006, 936 págs.
- PHILLIMORE, Robert, *Commentaries upon International Law*, 2a ed., Londres, Butterworths, 1871, 4 vols.
- PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, 26a ed., actualizada por Juan Pablo de Pina García, México, Editorial Porrúa, 1998, 525 págs
- POUND, Roscoe, "Philosophical Theory and International Law", *Bibliotheca Visseiana*, 1923, vol. I.
- PREUX, Jean de, *The Geneva Conventions of 12 August 1949: commentary*, Pictet, Jean S. (ed.), trad. de A. P. de Heney, Ginebra, Suiza, International Committee of the Red Cross, 1960, vol. III, *III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, 764 págs.
- QUOC DINH, Nguyen, *Droit International Public*, 6a ed. (Patrick Daillier y Alain Pellet, eds.), Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, 1455 págs.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 4a reimp., trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, 192 págs.
- RIVA PALACIO LAVÍN, Antonio "Fuentes del Derecho Internacional", en Lara Patrón, Rubén e Icaza Hernández, Gerardo de (coords.), *Derecho Internacional Público*, México, Iure Editores, 2006.
- ROSS, Alf, *A Textbook of International Law: general part*, Londres, Longmans, Green and Co., 1947, 313 págs.
- ROSS, Alf, *El Concepto de Validez y otros Ensayos*, 3a ed., México, Distribuciones Fontamara, 1997, colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 115 págs.
- ROUSSEAU, Jean Jaques, *Du Contrat Social*, Paris, Éditions du Seuil, 1977, 313 págs.
- SALMOND, John W., *Jurisprudence: or the Theory of Law*, Londres, Stevens & Haynes, 1902, 673 págs.
- SCHABAS, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2001, 406 págs.
- SCHACHT, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1983, 312 págs.
- SCHACHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, colección Developments in International Law, no. 13, 431 págs.

- SCHAUER, Frederick F. y SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, *Philosophy of Law: classic and contemporary readings with commentary*, Chicago, Illinois, Harcourt Legal & Professional Publications, 1995, 1002 págs.
- SCHOENBERGER, Walter Smith, *Decision of Destiny*, Athens, Ohio, EE.UU., Ohio University Press, 1969, 330 págs.
- SCHWEBEL, Stephen Myron, *Justice in International Law*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 1994, 630 págs.
- SHAW, Malcolm N., *International law*, 5a ed., Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003, 1288 págs.
- SÓFOCLES, “Antígona”, en *Antología de Textos Clásicos Grecolatinos* (Correa, Heredia, et al., eds.), trad. de F. Alemany, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, colección Lecturas Universitarias, vol. 27, págs. 147–177.
- SORENSEN, Max (ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*, s. trad., 7a reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2000, 818 págs.
- STARKE, Joseph Gabriel, *An Introduction to International Law*, 10a ed., Londres, Butterworths, 1989.
- STROMHOLM, Stig, *A Short History of Legal Thinking in the West*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 317 págs.
- TERÁN, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 2005, 370 págs.
- TITOS LOMAS, Francisco, *La Filosofía Política y Jurídica de Francisco de Vitoria*, Córdoba, España, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1993.
- TRUTH & RECONCILIATION COMMISSION, *Truth and Reconciliation Commission of South Africa: Final Report*, 5 vols., disponible en: TRC Final Report – Version 6, <http://www.doj.gov.za/trc/report/index.htm> (última visita el 10 de julio de 2008).
- VATTEL, Emerich de, *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la Conduite et aux Affaires de Nations et de Souverains*, Washington, D.C., The Carnegie Institution of Washington, 1916, 3 vols., colección The Classics of International Law.
- VIGO, Rodolfo L., *El Iusnaturalismo Actual: de M. Villey a J. Finnis*, México, Distribuciones Fontamara, 2003, colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 208 págs.
- VILLEY, Michel, *El pensamiento jusfilosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Buenos Aires, Ghersi Editor, 1981.
- VISSCHER, Charles de, *Theory and Reality in Public International Law*, ed. revisada, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 527 págs.
- VON GIERKE, Otto Friedrich, *Natural Law and the Theory of Society, 1500–1800*, trad. de Ernest Barker, Cambridge, Cambridge University Press, 1934, 2 vols.
- WHITNEY HALL, John, *El Imperio Japonés*, 9 ed., trad. de Marcial Suárez, México, Siglo Veintiuno Editores, 1988, colección Historia Universal Siglo Veintiuno, no. 20, 355 págs.
- WOLFF, Christian, *Jus Naturae Metodo Scientifica Pertractatum*.

ZIEMKE, Earl Frederick, *The U.S. Army in the Occupation of Germany*, ed. en línea, Washington, D.C., Center of Military History, United States Army, colección Army Historical Series, 1990, <http://www.history.army.mil/books/wwii/Occ-GY/> (última visita el 2 de junio de 2008).

ZOUCHE, Richard, *Juris et Judicii Feicialis, sive, Juris inter Gentes, et Qaestionum de Eodem Explicatio*, Washington, D.C., The Carnegie Institution, 1911, 2 vols.

B. Artículos

ALEXY, Robert, “Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa*, España, 2000, no. 23.

BENAVIDES, Luis, “The Universal Jurisdiction Principle”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2001, vol. I.

BOISTER, Neil, “‘Transnational criminal law’?”, *European Journal of International Law*, Italia, 2003, vol. 14.

CHASE, John L., “The Development of the Morgenthau Plan through the Quebec Conference”, *The Journal of Politics*, EE.UU., 1954, vol. 16, no. 2.

CHERIF BASSIOUNI, Mammoud, “A Functional Approach to General Principles of International Law”, *Michigan Journal of International Law*, EE.UU., 1990, no. 11.

——— “An Appraisal of the Growth and Development of International Criminal Law”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Francia, 1974, no. 45.

COUGHLIN, William J., “The Great *Mokusatsu* Mistake: was this the deadliest error of our time?”, *Harper's Magazine*, 1953, EE.UU., vol. 206, no. 1234.

DUGUIT, Léon, “Objective law”, *Columbia Law Review*, EE.UU., 1920, no. 20.

——— “Objective law”, *Columbia Law Review*, EE.UU., 1921, no. 21.

DWORKIN, Ronald M., “Is Law a System of Rules?”, *University of Chicago Law Review*, EE.UU., 1976, vol. 35, no. 14.

FRIEDMANN, Wolfgang, “The Uses of ‘General Principles’ in the Development of International Law”, *American Journal of International Law*, EE.UU., 1963, vol. 57, no. 2.

FRULLI, M., “The Special Court for Sierra Leone: some preliminary comments”, *European Journal of International Law*, Italia, 2000, no. 11.

FURUYA, Shuichi, “Legal Effect of Rules of the International Criminal Tribunals and Courts upon Individuals: emerging international law of direct effect”, *Netherlands International Law Review*, Países Bajos, 2000, no. XLVII, págs. 111–145.

GIMBEL, John, “On the Implementation of the Potsdam Agreement: an essay on U.S. Postwar German Policy”, *Political Science Quarterly*, EE.UU., 1972, vol. 87, no. 2.

GORDON, Michael R., “Army Buried Study Faulting Iraq Planning”, *The New York Times*, EE.UU., 11 de febrero de 2008,

<http://www.nytimes.com/2008/02/11/washington/11army.html?ref=middleeast> (última visita el 3 de junio de 2008).

HART, Herbert Lionel Adolphus, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, EE.UU., 1958, no. 71.

HUERTA OCHOA, Carla, “Constitución y diseño institucional”, *Boletín de Derecho Comparado*, México, 2000, vol. 99.

——— “Sobre la Validez Temporal de las Normas. La Retroactividad y Ultraactividad de las Normas en el Sistema Jurídico”, *Problema: anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, 2007, no. 1.

KAWAI, Kazuo, “Japan’s Response to the Potsdam Declaration”, *The Pacific Historical Review*, EE.UU., 1950, vol. 19, no. 4.

KOSKENNIEMI, Marti, “General Principles: reflexions on constructivist thinking in international law”, *Oikustiede-Jurisprudentia*, Finlandia, 1985, no. 18.

MERON, Theodor, “Is International Law Moving towards Criminalization?”, *European Journal of International Law*, Italia, 1998, vol. 9.

MORGENTHAU, Hans J., “Positivism, Functionalism, and International Law”, *American Journal of International Law*, EE.UU., 1940, no. 34.

ORAKHELASHVILI, Alexander, “Overlap and Convergence: the interaction between jus ad bellum and jus in bello”, *Journal of Conflict & Security Law*, EE.UU., Primavera 2007, no. 12.

PAPE, Robert A., “Why Japan Surrendered”, *International Security*, EE.UU., Otoño 1993, vol. 18, no. 2.

PEÑALVER, Eduardo Moisés, “The Persistent Problem of Obligation in International Law”, *Stanford Journal of International Law*, EE.UU., 2000, no. 36.

PÉREZ, Antonio F., “Who Killed Sovereignty? or: changing norms concerning sovereignty in international law”, *Wisconsin International Law Journal*, EE.UU., 1996, vol. 14, no. 20.

PURVIS, Nigel, “Critical Legal Studies in Public International Law”, *Harvard International Law Journal*, EE.UU., 1991, no. 32.

RAZ, Joseph, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, *American Journal of Jurisprudence*, EE.UU., 1974, no. 19.

SAUL, Ben, “Reasons for Defining and Criminalizing ‘Terrorism’ in International Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2006, VI.

SEOW, Hon Tan, “Validity and Obligation in Natural Law Theory: does Finnis come too close to positivism”, *Regent University Law Review*, EE.UU., 2003–2003, no. 15.

SHEN, Jianming, “The Basis of International Law: why nations observe”, *Dickinson Journal of International Law*, EE.UU., 1999, 17.

SOPER, Philip, “Legal Theory and the Problem of Definition”, *University of Chicago Law Review*, EE.UU., 1983, no. 50.

TUNKIN, G. I., "The Contemporary Soviet Theory of International Law", *Current Legal Problems*, Reino Unido, 1978, no. 31.

C. Resoluciones judiciales y demás decisiones relevantes

1. Decisiones de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente Internacional de Justicia

Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, Arrêt du 20 novembre 1950 (Colombia v. Pérou), I.C.J. Reports, 1950, págs. 266.

Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grecia v. Reino Unido), P.C.I.J. Reports, Serie A, No. 4.

Affaire du Détroit de Corfú, Arrêt du 9 avril 1949 (Reino Unido v. Albania), I.C.J. Reports, 1949, pág. 4.

Affaire du "Lotus" (Francia v. Turquía), P.C.I.J. Reports, Serie A, No. 10.

Affaire du Vapeur Wimbledon, Arrêt de 17 août 1923 (Reino Unido, Francia, Italia y Japón v. Alemania, con la intervención de Polonia), P.C.I.J. Reports, Serie A, No. 1.

Affaire relative à l'Application de la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, Exceptions Préliminaires (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia), I.C.J. Reports, 1996, pág. 595.

Affaire relative à l'incident aérien du 27 juillet 1955, Exceptions Préliminaires, Arrêt du 26 mai 1959 (Israel v. Bulgaria), I.C.J. Reports, 1959, pág. 127.

Ambatielos case (Jurisdiction), Judgment of 1 July 1952 (Grecia v. Reino Unido), I.C.J. Reports, 1952, pág. 28.

Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal (Advisory Opinion), I.C.J. Reports, 1982, pág. 325.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993 (Bosnia-Herzegovina v. Serbia y Montenegro), I.C.J. Reports 1993, pág. 325.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Arrêt (Bélgica v. España), I.C.J. Reports, 1970, pág. 3.

Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960 (Portugal v. India), I.C.J. Reports, 1960, pág. 6.

Continental Shelf, Judgment (Libia v. Malta), I.C.J. Reports, 1985, pág. 13.

Décrets de Nationalité Promulgués en Tunisie et au Maroc (Avis Consultatif), P.C.I.J. Reports, Serie B, No. 4.

Délimitation de la Frontière Maritime dans la Région du Golfe du Maine, Arrêt (Canada v. EE.UU.), I.C.J. Reports, 1984, pág. 246.

East Timor, Judgment (Portugal v. Australia), I.C.J. Reports, 1995, pág. 90.

- Effects of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal (Advisory Opinion)*, I.C.J. Reports, 1954, pág. 47.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, I.C.J. Reports, 1996, pág. 226.
- Legality of the Use of Force, Preliminary Objections, Judgment (Serbia y Montenegro v. Alemania)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 720.
- Legality of the Use of Force, Preliminary Objections, Judgment (Serbia y Montenegro v. Canadá)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 429.
- Licéité de l'emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt (Serbia y Montenegro v. Portugal)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 1160.
- Licéité de l'emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt (Serbia y Montenegro v. Países Bajos)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 1011.
- Licéité de l'emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt (Serbia y Montenegro v. Italia)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 865.
- Licéité de l'emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt (Serbia y Montenegro v. Francia)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 575.
- Licéité de l'emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt (Serbia y Montenegro v. Bélgica)*, I.C.J. Reports, 2004, pág. 279.
- Licéité de l'emploi de la force, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999 (Yugoslavia v. EE.UU.)*, I.C.J. Reports, 1999, pág. 916.
- Licéité de l'emploi de la force, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999 (Yugoslavia v. España)*, I.C.J. Reports, 1999, pág. 761.
- Military and Paramilitary Activities in and around Nicaragua, Merits, Judgment (Nicaragua v. Los EE.UU.)*, I.C.J. Reports, 1986, págs. 14.
- North Sea Continental Shelf (República Federal Alemana v. Dinamarca; República Federal Alemana v. Países Bajos)*, I.C.J. Reports 1969, pág. 3.
- Réserves à la Convention sur le Génocide (Avis consultatif)*, I.C.J. Reports 1953, pág. 15.
- South West Africa Cases, Second Phase (Etiopía v. Sudáfrica; Liberia v. Sudáfrica)*, I.C.J. Reports 1966, pág. 6.
- Status of Eastern Carelia (Advisory Opinion)*, P.C.I.J. Reports, Serie B, No. 5.

2. Decisiones de otros tribunales internacionales

- Barrios Altos (Fondo)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, no. 75 (14 de marzo de 2001).
- Hostages Case (EE.UU. v. List et al.)* (Tribunal Militar de los EE.UU. en Nuremberg) (19 de febrero de 1948), Annual Digest of Public International Law Cases, 1953, no. 15, pág. 632.

- Prosecutor v. Alfred Musema (Judgment and Sentence)*, ICTR-96-13-A, T. Ch. I. (27 de enero de 2000).
- Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (Judgment)*, ICTR-95-1-T, T. Ch. II (21 de mayo de 1999) (*Kayishema (Sentencia)*).
- Prosecutor v. Dragan Nikolić (Sentencing Judgment)*, IT-94-2-S, T. Ch. II (18 de diciembre de 2003) (*Nikolić (Sentencia Condenatoria)*).
- Prosecutor v. Drazen Erdemović (Sentencing Judgment)*, IT-96-22-T, T. Ch. I. (29 de noviembre de 1996) (*Erdemović (Sentencia Condenatoria)*).
- Prosecutor v. Duško Tadić (Appeals Judgment)*, IT-94-1-A, App. Ch. (15 de julio de 1999).
- (*Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*), IT-94-1, App. Ch. (2 de octubre de 1995) (*Tadić (Apelación sobre la Jurisdicción)*).
- (*Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*), IT-94-1-T, T. Ch. II (10 de agosto de 1995) (*Tadić (Decisión sobre la Jurisdicción)*).
- (*Judgment in Sentencing Appeals*), IT-94-1-A e IT-94-1-Abis, App. Ch. (26 de enero de 2000).
- (*Opinion and Judgment*), IT-91-1-T, T. Ch. II (15 de julio de 1999) (*Tadić (Opinión y Sentencia)*).
- Prosecutor v. Édouard Karemera, Mathieu Ngirumpatse, Joseph Nzirorera, and André Rwamakuba (Decision on Nzirorera's Preliminary Motion to Dismiss the Indictment for Lack of Jurisdiction: Chapter VII of the United Nations Charter: rule 73 of the Rules of Procedure and Evidence)*, ICTR-98-44-T, T. Ch. III (29 de marzo de 2004) (*Karemera (Decisión sobre la Jurisdicción y Regla 73)*).
- Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze (Judgment and Sentence)*, ICTR-99-52-T, T. Ch. I (3 de diciembre de 2003) (*Nahimana (Sentencia y Condena)*).
- Prosecutor v. Anto Furundžija (Judgment)*, IT-95-17/1-T, T. Ch. II (10 de diciembre de 1998) (*Furundžija (Sentencia)*).
- Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda (Judgment and Sentence)*, ICTR-96-3-T, T. Ch. I. (6 de diciembre de 1999).
- Prosecutor v. Jean Kambanda (Judgment and Sentence)*, ICTR-97-23-S, T. Ch. I. (4 de septiembre de 1998).
- Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Judgment)*, ICTR-96-4-T, T. Ch. I (2 de septiembre de 1998) (*Akayesu (Sentencia)*).
- Prosecutor v. Joseph Kanyabashi (Decision on the Defence motion on Jurisdiction)*, ICTR-96-15-T, T. Ch. II (18 de junio de 1997) (*Kanyabashi (Decisión sobre la Jurisdicción)*).
- Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, et al. (Judgment)*, IT-96-23-T, T. Ch. I (22 de febrero de 2001).
- Prosecutor v. Milomir Stakić (Judgment)*, IT-97-24-T, T. Ch. II (31 de julio de 2003) (*Stakić (Sentencia)*).

Prosecutor v. Omar Serushago (Sentence), ICTR-98-39-S, T. Ch. I. (5 de febrero de 1999).

Prosecutor v. Ivica Rajić (Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence), IT-95-12-R61, T. Ch. II (13 de septiembre de 1996).

Prosecutor v. Stevan Todorović (Sentencing Judgment), IT-95-9/1-S, T. Ch. I (31 de julio de 2001).

Prosecutor v. Yussuf Munyakasi (Amended Indictment), ICTR-97-36-I (27 de noviembre de 2002).

——— *(Decision on the Prosecutor's Request for Referral of Case to the Republic of Rwanda, Rule 11bis of the Rules of Procedure and Evidence)*, ICTR-97-36-R11bis, T. Ch. III (28 de mayo de 2008).

Prosecutor v. Zdravko Mucić, et al. (Judgment), IT-96-21-T, T. Ch. II *quater* (16 de noviembre de 1998) (*Čelebici*) (*Mucić (Sentencia)*).

——— *(Judgment on Appeal)*, IT-96-21-A, App. Ch. (20 de febrero de 2001) (*Čelebici*).

Prosecutor v. Zlatko Aleksovski (Judgment), IT-95-14/1-A, App. Ch. (24 de marzo de 2000) (*Aleksovski (Sentencia)*).

Sentencia del Tribunal Militar Internacional (Nuremberg) (1 de octubre de 1946), *American Journal of International Law*, EE.UU., 1947, no. 41, págs. 172–333.

Sentencia del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tokio) (12 de noviembre de 1948), en *International Military Tribunal for the Far East, The Tokyo Judgment: the International Military Tribunal for the Far East (I.M.T.F.E.), 29 April 1946–12 November 1948*, B. V. A. Röling y C. F. Rüter (eds.), Amsterdam, APA–University Press Amsterdam, 1977, 4 v.

3. Decisiones de tribunales nacionales

Attorney General v. Eichmann (1961) *International Law Reports*, vol. 36, pág. 5 (Corte de Distrito de Jerusalén).

Attorney General v. Eichmann (1962) *International Law Reports*, vol. 36, pág. 277 (Suprema Corte de Israel).

Bundesverfassungsgericht, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1996, pág. 538 (Tribunal Constitucional Federal alemán) (*Guardias Fronterizos*).

Competencia Federal. Delitos cometidos en el Extranjero, tesis aislada, registro no. 262723, de la Primera Sala, Sexta Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, segunda parte XXIV, pág. 196.

Delitos cometidos en el Extranjero, por Mexicanos, tesis aislada, registro no. 264657, de la Primera Sala, Sexta Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, segunda parte IV, pág. 56.

Demjanjuk v. Petrovsky (1985) 603 F. Supp. 1468; 776 F. 2d. 571.

Fédération Nationale des Déportés et Internes Résistants et Patriotes v. Barbie, (1985) International Law Reports, vol. 78, pág. 125 (Corte de Casación de Francia).

Fédération Nationale des Déportés et Internes Résistants et Patriotes v. Barbie, (1988) International Law Reports, vol. 100, págs. 330 (Corte de Casación de Francia).

Henfield Case, Whart. St. Tr. 49 (1793), 11 F. Cas. 1099 (Corte de Circuito del Distrito de Pensilvania).

R. v. Bloomfield [1999] NTCAA 137 (9 de diciembre de 1999) (Corte de Apelación en Materia Penal del Territorio del Norte de Australia).

R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte, Eng. H.L. 1998, [1998] 3 W.L.R. 1456 (25 de noviembre de 1998) (Pinochet No. 1).

R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte, [1999] 2 W.L.R. 272 (H.L.) (15 de enero de 1999) (Pinochet No. 2).

R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte, [1999] 2 All ER 97 (24 de marzo de 1999) (Pinochet No. 3).

R. v. M. (C.A.), [1996] 1 S.C.R. 500 (21 de marzo de 1996) (Suprema Corte de Justicia de Canadá).

Ricardo Miguel Cavallo, Amparo en Revisión 140/2002, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10 de junio de 2003, <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/1E5C9300-BAD2-46C5-ADBD-199EDB9068E1/0/Amparoenrevisión1402002dePleno.pdf> (última visita el 15 de mayo de 2008).

The Prize Cases, 67 U.S. (2 Black) 635, 670 (1863) (Suprema Corte de Justicia de los EE.UU.).

The Scotia, 81 U.S. (14 Wall.) 170, 187–88 (1871) (Suprema Corte de Justicia de los EE.UU.).

Ware v. Hylton, 3 U.S. (3 Dall.) 199, 227 (1796) (Suprema Corte de Justicia de los EE.UU.).

D. Legislación, tratados, convenios y otros instrumentos internacionales

Carta de las Naciones Unidas (firmada el 26 de junio de 1945, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945), “Carta de las Naciones Unidas”, <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/index.htm> (última visita el 2 de junio de 2008).

Charter of the International Military Tribunal (adjunto al Convenio de Londres), *United Nations Treaty Series*, 1951, vol. 82, pág. 284 (Estatuto del TMI).

Charter of the International Military Tribunal for the Far East (promulgado el 19 de enero de 1946, reformado el 26 de abril de 1946), *Treaties and Other International Acts Series*, No. 1589 (Estatuto del TMILO).

Código Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 1931 (última reforma publicada el 26 de junio de 2008).

- Convención Africana sobre Derechos Humanos y de las Gentes, (adoptado el 27 de junio de 1981, entrada en vigor el 21 de octubre de 1986), *International Legal Materials*, 1982, no. 21, pág. 58.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (adoptada el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978), *United Nations Treaty Series*, vol. 1144 (Pacto de San José), pág. 123.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (adoptada el 10 de diciembre de 1984) UNGA Res 39/46.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (adoptada el 10 de diciembre de 1982, entrada en vigor el 16 de noviembre de 1994), *United Nations Treaty Series*, vol. 1833 pág. 3.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (adoptada el 20 de diciembre de 1988, entrada en vigor el 11 de noviembre de 1990), UN Doc E/CONF.82/15 y Corr. 1.
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (adoptada el 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980), *United Nations Treaty Series*, vol. 1155 (Convención de Viena de 1969)
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (adoptada el 21 de marzo de 1986), UN Doc A/CONF.129/15 (Convención de Viena de 1986).
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (adoptada el 20 de diciembre de 2006) UN Doc A/RES/61/177.
- Convención internacional para la represión de la falsificación de dinero (firmado en Ginebra el 20 de abril de 1929, entrada en vigor el 22 de febrero de 1931), *League of Nations Treaty Series*, 1931, pág. 371.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (adoptada el 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor el 4 de enero de 1969) UNGA Res 2106 A(XX).
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (adoptada el 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951), *United Nations Treaty Series*, vol. 78, pág. 277 (Convención de Genocidio).
- Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (adoptada el 23 de septiembre de 1971, entrada en vigor el 26 de enero de 1973), *United Nations Treaty Series*, vol. 974, (Convención de Montreal).
- Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (firmada el 18 de octubre de 1907), en *Derecho Internacional relativo a la Conducción de las Hostilidades: compilación de Convenios de la Haya y de algunos otros instrumentos jurídicos*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1996.
- Convención sobre la Esclavitud de 1926, modificada por el Protocolo de 1953 (firmado el 7 de diciembre de 1953, entrada en vigor el 7 de julio de 1955), *United Nations Treaty Series*, vol. 212, pág. 17.

- Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (firmado el 7 de septiembre de 1956, entrada en vigor el 30 de abril de 1957), *United Nations Treaty Series*, vol. 266, pág. 3.
- Convenio celebrado entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas para la prosecución y sanción de los grandes criminales de guerra del Eje Europeo (entrada en vigor el 8 de agosto de 1945), *United Nations Treaty Series*, 1951, vol. 82, pág. 279 (Convenio de Londres).
- Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (adoptado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950), *United Nations Treaty Series*, vol. 75, pág. 31 (Convenio de Ginebra I).
- Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (adoptado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950), *United Nations Treaty Series*, vol. 75, pág. 85 (Convenio de Ginebra II).
- Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (adoptado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950), *United Nations Treaty Series*, vol. 75, pág. 287 (Convenio de Ginebra IV).
- Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (adoptado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950), *United Nations Treaty Series*, vol. 75, pág. 135 (Convenio de Ginebra III).
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (entrada en vigor el 3 de septiembre de 1953), *United Nations Treaty Series*, vol. 213, pág. 222.
- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (adoptada el 9 de diciembre de 1999, abierta a firma el 10 de enero de 2000), UNGA Res 54/109 (1999).
- Declaración Universal de Derechos del Hombre (adoptada el 10 de diciembre de 1948), UNGA Res 217(III)A.
- Declaration of the Four Nations on General Security (adoptada el 30 de octubre de 1943), impreso en Goodrich, Leland M. y Hambro, Edvard, *Charter of the United Nations: commentary and documents*, Boston, Massachusetts, World Peace Foundation, 1946, pág. 307.
- Declaration Regarding the Defeat of Germany and the Assumption of Supreme Authority with respect to Germany by the Governments of the United States of America, the Union of Soviet Socialist Republics, and the United Kingdom, and the Provisional Government of the French Republic (emitida el 5 de junio de 1945), impreso en *Surrender of Italy, Germany and Japan, World War II: instruments of surrender, public papers and addresses of the President and of the Supreme Commanders*, Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1946, págs. 58–67

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (adoptado el 17 de julio de 1998, entrada en vigor el 1 de julio de 2002), UN Doc A/CONF.183/9 (Estatuto de Roma).

Imperial Rescript of the Termination of the War (emitido el 14 de agosto de 1945), Birth of the Constitution of Japan, <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/shiryō/01/017shoshi.html> (última visita el 2 de junio de 2008) (Rescripto Imperial sobre la Rendición).

Order 48 “Delegation of Authority Regarding Establishment of an Iraqi Special Tribunal with Appendix A”, disponible en The Coalition Provisional Authority, “CPA Official Documents”; CPA Iraq, <http://www.cpa-iraq.org/regulations/> (última visita el 5 de junio de 2008).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976) *United Nations Treaty Series*, vol. 999, pág. 171.

Potsdam Declaration, signed by President Truman, Prime Minister Churchill, and concurred in by Chiang Kai-Shek, President of the National Government of China, calling on the Japanese to surrender unconditionally (firmada el 26 de Julio de 1945), impreso en *Surrender of Italy, Germany and Japan, World War II: instruments of surrender, public papers and addresses of the President and of the Supreme Commanders*, Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1946, págs. 71–74 (Declaración de Potsdam).

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (adoptado el 8 de junio de 1977, entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978), *United Nations Treaty Series*, vol. 1125, pág. 3 (Protocolo I).

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (adoptado el 8 de junio de 1977, entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978), *United Nations Treaty Series*, vol. 1125, pág. 609 (Protocolo II).

Tratado de Paz entre los Aliados y las Potencias Asociadas y Alemania (firmado el 28 de junio de 1919, entrada en vigor el 10 de enero de 1920), *United Kingdom Treaty Series*, 1919, pág. 4 (Tratado de Versalles).

Tratado entre los Estados Unidos y otras Potencias renunciando a la Guerra como un instrumento de política nacional (firmado el 27 de agosto de 1928, entrada en vigor el 24 de julio de 1929), *United States Statutes at Large*, vol. 46, pt. 2, pág. 2343 (*Pacto Kellogg-Briand*).

E. Documentos de Naciones Unidas y demás organizaciones y organismos internacionales

Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First Session, Nueva York, 3–10 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3.

Comisión de Derecho Internacional, “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1983, vol. II, pt. 2, págs. 10–16.

- “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II, pt. 2, págs. 79–107.
- “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1993, vol. II, pt. 2, págs. 12–20.
- “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1994, vol. II, pt. 2, págs. 18–87.
- “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, pt. 2, págs. 15–56.
- “Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, UN Doc A/CN.4/22, págs. 181–195.
- “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two.
- “Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, pág. 187.
- “Question of International Criminal Jurisdiction”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, UN Doc A/1316, págs. 1–23.
- Comisión de Expertos establecida de conformidad con la Resolución 935 (1994), “Informe Definitivo de la Comisión de Expertos establecida de conformidad con la Resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad” incluido en “Carta de fecha 9 de diciembre de 1994 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General” (9 de diciembre de 1994) UN Doc S/1994/1405, Anexo.
- “Informe Preliminar de la Comisión de Expertos Independientes establecida de conformidad con la Resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad”, incluida en UNSC “Carta de fecha 1° de octubre de 1994 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General” (4 de octubre de 1994) UN Doc S/1994/1125, Anexo.
- Comisión de Expertos Establecida en Virtud de la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad, “Informe Provisional de la Comisión de Expertos Establecida en Virtud de la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad” (10 de febrero de 1993) UN Doc S/25274, Anexo I.
- Comité de Derechos Humanos, “Communication No 960/2000: Germany. 19/09/2003. CCPR/C/78/D/960/2000. (Jurisprudence)”, 19 de septiembre de 2003, UN Doc CCPR/C/78/D/960/2000.
- “General Comment No. 20: Replaces general comment concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7): 10/03/92”, 44ª Sesión, 1992, UN Doc HRI/GEN/1/Rev.7.
- Misión de Investigación de la Comunidad Europea sobre el Trato Infligido a las Mujeres Musulmanas en la ex Yugoslavia, “Informe presentado a los Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Europea”, adjunto a Representante Permanente de Dinamarca

ante las Naciones Unidas, “Carta de fecha 2 de febrero de 1993 dirigida al Secretario General por el representante permanente de Dinamarca ante las Naciones Unidas” (3 de febrero de 1993) UN Doc S/25240, Anexo I.

Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Situación de los derechos humanos en Rwanda, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Rwanda preparado por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de conformidad con la Resolución S-3/1 de la Comisión y con la Decisión 1994/223 del Consejo Económico y Social” incluido en “Cuestiones Relativas a los Derechos Humanos: situaciones relativas a los derechos humanos e informes de relatores y representantes especiales” (13 de octubre de 1994) UN Doc A/49/508 y S/1994/1157, Anexo I.

Relatores en el Marco del Mecanismo de Moscú de la CSCE para la Dimensión Humana en Bosnia y Herzegovina y Croacia, “Propuesta relativa a un tribunal internacional para los crímenes de guerra en la ex Yugoslavia”, adjunta a Representante Permanente de Suecia ante las Naciones Unidas “Carta de fecha 18 de febrero de 1993 dirigida al Secretario General por el representante permanente de Suecia ante las Naciones Unidas” (18 de febrero de 1993) UN Doc S/25307, Anexo II.

UNGA “Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg” UNGA Res 95 (I) (11 de diciembre de 1946).

——— “Definición de la Agresión”, UNGA Res 3314 (XXIX) (14 de diciembre de 1974).

——— “Declaración de los Principios Jurídicos que se deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre” UNGA Res 1962 (XVIII) (13 de diciembre de 1963).

——— “Establecimiento de una corte penal internacional” UNGA Res 49/53 (9 de diciembre de 1994).

——— “Establecimiento de una corte penal internacional” UNGA Res 50/46 (11 de diciembre de 1995) UN Doc A/RES/56/46.

——— “Establecimiento de una corte penal internacional” UNGA Res 52/160 (15 de diciembre de 1997) UN Doc A/RES/52/160.

——— “Estudio por la Comisión de Derecho Internacional de la Cuestión de una Jurisdicción Internacional”, UNGA Res 260 B (III) (9 de diciembre de 1948), UN Doc A/RES/260(III).

——— “Formulación de los principios de Nuremberg” UNGA Res 488 (V) (12 de diciembre de 1950).

——— “Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg” UNGA Res 177(II) (21 de noviembre de 1947).

——— “Jurisdicción penal internacional” UNGA Res 489 (V) (12 de diciembre de 1950).

——— “Jurisdicción penal internacional” UNGA Res 898 (IX) (14 de diciembre de 1954).

——— “Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad” UNGA Res 897 (IX) (4 de diciembre de 1954).

- “Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad” UNGA Res 36/106 (10 de diciembre de 1981).
- “Report of the Committee on International Criminal Jurisdiction”, *Official Records of the General Assembly*, 9th Session, Supplement No. 12, UN Doc A/2645 (1954).
- “Responsabilidad penal Internacional de las personas y entidades que participan en el tráfico ilícito transfronterizo de estupefacientes y en otras actividades delictivas transnacionales: creación de un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre esos delitos” UNGA Res 44/89 (4 de diciembre de 1989).
- UNSC “Carta de fecha 10 de febrero de 1993 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante permanente de Francia ante las Naciones Unidas” (10 de febrero de 1993) UN Doc S/25266.
- “Carta de fecha 28 de septiembre de 1994 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el representante permanente de Rwanda ante las Naciones Unidas” (29 de septiembre de 1993) UN Doc S/1994/1115.
- “Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda” (8 de noviembre de 1994) UN Doc S/RES/955.
- “Estatuto del Tribunal Internacional” (20 de mayo de 1993), UN Doc S/25704, Anexo, y UN Doc S/25704/Corr.1.
- “Informe del Secretario General Relativo a las Actividades de la Conferencia Internacional de Paz sobre la ex Yugoslavia” (8 de febrero de 1993) UN Doc S/25221, Anexo I.
- “Informe Presentado por el Secretario General de Conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad” (3 de mayo de 1993) UN Doc S/25704.
- UNSC Res 713 (25 de septiembre de 1991) UN Doc S/RES/713.
- UNSC Res 743 (21 de febrero de 1992) UN Doc S/RES/743.
- UNSC Res 749 (7 de abril de 1992) UN Doc S/RES/749.
- UNSC Res 757 (30 de mayo de 1992) UN Doc S/RES/757.
- UNSC Res 758 (8 de julio de 1992) UN Doc S/RES/758.
- UNSC Res 761 (29 de junio de 1992) UN Doc S/RES/761.
- UNSC Res 764 (13 de julio de 1992) UN Doc S/RES/764.
- UNSC Res 771 (13 de agosto de 1992) UN Doc S/RES/771.
- UNSC Res 780 (6 de octubre de 1992) UN Doc S/RES/780.
- UNSC Res 808 (22 de febrero de 1993) UN Doc S/RES/808.
- UNSC Res 827 (25 de mayo de 1993) UN Doc S/RES/827.
- UNSC Res 955 (8 de noviembre de 1994) UN Doc S/RES/955.
- UNSC Res 1165 (30 de abril de 1998) UN Doc S/RES/1165.

UNSC Res 1166 (13 de mayo de 1998) UN Doc S/RES/1166.

UNSC Res 1244 (10 de junio de 1999) UN Doc S/RES/1244.

UNSC Res 1264 (15 de septiembre de 1999) UN Doc S/RES/1264.

UNSC Res 1315 (14 de agosto de 2000) UN Doc S/RES/1315.

UNSC Res 1329 (30 de noviembre de 2000) UN Doc S/RES/1329.

UNSC Res 1411 (17 de mayo de 2002) UN Doc S/RES/1411.

UNSC Res 1422 (12 de julio de 2002) UN Doc S/RES/1422.

UNSC Res 1431 (14 de agosto de 2002) UN Doc S/RES/1431.

UNSC Res 1487 (12 de julio de 2003) UN Doc S/RES/1487.

UNSC Res 1512 (27 de octubre de 2003) UN Doc S/RES/1512.

UNSG “Informe del Secretario General sobre los procesos contra el Khmer Rouge” (29 de noviembre de 2004) UN Doc A/59/432/Add.1.

UNTAET “On the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences” (6 de junio de 2000) UNTAET/REG/2000/15.

——— “On the Organization of Courts in East Timor” (6 de marzo de 2000) UNTAET/REG/2000/11.

UN Non-Governmental Liaison Service, “US Withdraws Resolution on ICC Immunity”, Go Between - no. 103 - April-May-June 2004, <http://www.un-ngls.org/documents/text/go.between/gb103.htm#7> (última visita el 9 de junio de 2008).

F. Otros

BBC News “Japan’s Abe shuns Yasukuni visit”, BBC News | Asia Pacific, 15 de agosto de 2007, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/6947304.stm> (última visita 2 de noviembre de 2007).

Bohlen, Charles E., “Tehran Conference: tripartite dinner meeting”, del 29 de noviembre de 1943, celebrada en la Embajada Soviética a las 20:30 en *Documents on the Grand Alliance, 1942–1943*, <http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?document=906#4> (última visita el 9 de julio de 2007).

Byrnes, James F. y Grässli, Max, “Japanese offer of surrender, exchange of correspondence between the Secretary of State, James F. Byrnes, and Max Grässli, Charge d’Affaires ad interim of Switzerland, August 10 through the 14th, 1945”, reimpresa en *Surrender of Italy, Germany and Japan, World War II: instruments of surrender, public papers and addresses of the President and of the Supreme Commanders*, Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1946, págs. 74–80.

Corte Penal Internacional, “International Criminal Court: The States Parties to the Rome Statute” <http://www.icc-cpi.int/statesparties.html> (última visita el 6 de junio de 2008).

- Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de febrero de 1999.
- Foreign & Commonwealth Office “Record of private talk between the Prime Minister and Generalissimo Stalin after the Plenary Session on July 17th 1945 at Potsdam”, http://www.fco.gov.uk/Files/kfile/churchillstalin_70-1.pdf (última visita el 4 de enero de 2008).
- Horsley, William, “The row over Japan’s past and future”, BBC News | Programmes | From our Own Correspondent, 16 de abril de 2005, http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/from_our_own_correspondent/4449005.stm (última visita el 2 de noviembre de 2007)
- Kyodo News, “Yasukuni, state in ‘69 OK’d war criminal inclusion”, The Japan Times Online, 29 de marzo de 2007, <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20070329a5.html> (última visita el 4 de noviembre de 2007).
- Lauterpacht, Elihu, “Separate Opinion”, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993 (Bosnia-Herzegovina v. Serbia y Montenegro)*, I.C.J. Reports 1993, pág. 441.
- Organización del Tratado del Atlántico Norte, “Operation Essential Harvest”, <http://www.afsouth.nato.int/operations/skopje/harvest.htm> (última visita el 4 de enero de 2008).
- Promotion of National Unity and Reconciliation Act, no. 34 de 1995 (*Ley para la Promoción de la Unidad y Reconciliación Nacional de Sudáfrica*).
- Scottish Courts, “Lockerbie Trial”, <http://www.scotcourts.gov.uk/library/lockerbie/> (última visita el 19 de junio de 2008).
- Senado de la República, “Declaración que formula el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo como fundamento el artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, adoptada el 22 de noviembre de 1969”, *Gaceta Parlamentaria del Senado de la República*, 24 de noviembre de 1998, no. 35.
- The National Archives, “Instrument of Surrender First Page”, Featured Documents: Japanese Surrender Document, http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/japanese_surrender_document/images/instrument_of_surrender_01.jpg (última visita el 5 de noviembre de 2007).
- The National Archives, “Japanese Surrender Document”, Featured Documents, http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/japanese_surrender_document/index.html (última visita el 5 de noviembre de 2007).
- TIME Magazine “The policy of hate”, TIME Magazine, 2 de octubre de 1944, <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,933072-1,00.html> (última visita el 9 de julio de 2007).

- Truman, Harry S., “Draft statement on the dropping of the bomb”, 30 de julio de 1945, President’s Secretary’s File, Truman Papers, http://www.trumanlibrary.org/whistlestop/study_collections/bomb/large/documents/pdfs/9-15.pdf#zoom=100 (última visita el 5 de noviembre de 2007).
- War Department, Office of A.C. of S., G-2, “Magic—Diplomatic summary”, no. 1205, 13 de julio de 1945, <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB162/31.pdf> (última visita el 4 de noviembre de 2007).
- War Memorial Museum Yushukan, “Chronology of Japanese Military History”, Yasukuni Jinja, http://www.yasukuni.or.jp/english/yasuhtml_english/yusyu.html (última visita 4 de noviembre de 2007).
- Williams, Robin, “Live at the Met: comedy faster than a speeding bullet”, Mr. Happy Productions, HBO, 1986.
- Yasukuni Shrine, “History”, About Yasukuni Shrine | Yasukuni Shrine, <http://www.yasukuni.or.jp/english/about/index.html> (última visita 2 de junio de 2008).