

Esperanza en el sistema jurídico de derecho penal de la comunidad internacional

Hope in the International Community's Legal System of Criminal Law

Esperança no sistema jurídico do direito penal da comunidade internacional

Ana Isabel Carreras Presencio*

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2022

Fecha de aprobación: 2 de agosto de 2022

Para citar este artículo: Carreras Presencio, A. I. (2022). Esperanza en el sistema jurídico de derecho penal de la comunidad internacional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 10, 1-27. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11839>

Resumen

La protección de los derechos humanos (DDHH) genera obligaciones para los Estados, según recogen las normas internacionales de DDHH, con unos mecanismos de supervisión que, aunque revisados, no cumplen a cabalidad su propósito. Unas normas de protección de DDHH que también pueden ser de prohibición, con límites por falta de jurisdicción internacional en su persecución. En positivo, se ha desarrollado un sistema jurídico de derecho penal internacional para la persecución centralizada de las violaciones de DDHH, solo las de especial gravedad y trascendencia para la comunidad internacional.

Palabras clave: derechos humanos; violación grave de derechos humanos; crímenes internacionales; responsabilidad; inmunidad.

* Doctora en derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Profesora Asociada de Derecho Penal. Profesora Asociada de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Abogada ejerciente. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Correo electrónico: ana.carreras@urjc.es ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2293-5061>

Abstract

The protection of Human Rights generates obligations for the States, according to international human rights standards, with some monitoring mechanisms, which, although revised, do not accomplish their purpose. Some human rights protection norms of prohibition are limited due to the lack of international jurisdiction in their persecution. On the positive side, a legal system of international criminal law has been developed for the centralized prosecution of human rights violations, only those of particular gravity and importance for the international community.

Keywords: Human Rights; serious violation of human rights; international crimes; responsibility; immunity.

Resumo

A proteção dos direitos humanos gera obrigações para os Estados, conforme as normas internacionais de direitos humanos, porém, com mecanismos de fiscalização que, embora revisados, não terminam de culminar em sua finalidade. Algumas destas normas de proteção dos direitos humanos também podem ser de proibição, porém, com limites devido à falta de jurisdição internacional para sua acusação. Do lado positivo, foi desenvolvido um sistema jurídico de direito penal internacional para a acusação centralizada de violações de direitos humanos, embora apenas aquelas de especial gravidade e importância para a comunidade internacional sejam consideradas.

Palavras-chave: direitos humanos; grave violação dos direitos humanos; crimes internacionais; responsabilidade; imunidade.

Introducción

Lo acontecido en Ucrania, el 24 de febrero de 2022, no ha tenido paragón respecto de lo ocurrido en otras regiones del mundo después de la Segunda Guerra Mundial (SGM). Ucrania fue invadida por la Federación Rusa y su máximo mandatario parece haber sido el propulsor. Ante tal hecho histórico, la comunidad internacional y su órgano garante de la paz y la seguridad, el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (ONU), inmediatamente ocurridos los hechos, convocaron una reunión extraordinaria para adoptar medidas. Recordemos que, después de la SGM, nos hemos dado un orden mundial de paz colectivo, con arreglo pacífico de controversias, a través de tratados internacionales, como la Carta de San Francisco, donde se recogen medidas al respecto: su Capítulo VI, las medidas suaves, médula del sistema de seguridad colectiva, y su Capítulo VII, el brazo fuerte, donde se permite la adopción de medidas coercitivas para hacer cumplir las medidas del Capítulo VI.

De los logros de 1945, hoy padecemos lodos, y hemos llegado hasta lo extraordinario. Uno de los Estados permanentes del Consejo de Seguridad, con derecho a veto, es la propia Federación Rusa, quien, tras la convocatoria a una reunión extraordinaria para adoptar una resolución de condena a la acción militar de invasión a Ucrania, formuló voto en contra. Por esta razón, el Consejo de Seguridad, el 27 de febrero de 2022, adoptó una resolución (S/RES/2623/2022) por la que aprobó la celebración de una sesión extraordinaria de la Asamblea General de la ONU para adoptar resolución de condena de la comunidad internacional, la undécima que se celebra desde 1945, con los votos favorables de 148 Estados miembros. No obstante, nos encontramos ante una encrucijada. El Consejo de Seguridad es el órgano que tiene encomendada, en exclusiva, la responsabilidad de determinar el ejercicio del mantenimiento de la paz, por lo que puede determinar la existencia de una amenaza de paz o determinar la existencia de un acto de agresión, mas no es el único que tiene encomendada la responsabilidad del mantenimiento de la paz frente a su quebranto. Así, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) también se pronunció inmediatamente. En particular, emitió un comunicado, en marzo de 2022, dando a conocer la apertura de una investigación sobre lo ocurrido después de su examen preliminar. Así mismo, 43 Estados parte remitieron su interés en tal apertura. Ucrania no es Estado parte del tratado del Estatuto de la CPI; no obstante, ha planteado en dos ocasiones prerrogativas para aceptar su jurisdicción —en el ámbito jurídico internacional esto es un comienzo—. En tal sentido, tenemos esperanza en el sistema jurídico penal internacional para que se investigue lo ocurrido en Ucrania para determinar el autor o los autores, su enjuiciamiento, la

responsabilidad penal individual y su condena porque en Ucrania, desde febrero de 2022, se están cometiendo violaciones graves de DDHH y de derecho internacional humanitario (DIH), de trascendencia para la comunidad internacional. Un sistema jurídico penal internacional con un proceso de creación laborioso y debatido, que necesitó casi toda la segunda mitad del siglo xx, hasta su precipitación y ajuste a finales de siglo, tras los tamaños horrores de violencia, masacres y exterminios. Un sistema jurídico penal internacional que, en el actual siglo xxi, es la esperanza de la comunidad internacional.

En efecto, con la internacionalización de los DDHH a mediados del siglo xx, como nuevo límite del derecho internacional al poder soberano de los Estados, planteamos: ¿fue este sistema suficiente para la protección de la dignidad humana? ¿Necesita la comunidad internacional un nuevo sistema jurídico internacional frente a la violación más grave de DDHH? ¿Por qué un nuevo sistema jurídico internacional solo para violaciones graves de trascendencia para la comunidad internacional? ¿Qué supone la creación de este nuevo sistema jurídico internacional? Todas estas preguntas serán respondidas a lo largo de este trabajo. En la primera parte se analizan la creación y el ajuste del sistema jurídico internacional del derecho penal en conexión con los DDHH. Para ello se evaluaron con el mayor rigor estudios doctrinales, con ocasión de lo que actualmente acontece en el continente europeo. La doctrina científica ha hecho un estudio exhaustivo del derecho penal internacional y su desarrollo. Es un trabajo sobre el origen y la justificación del derecho penal internacional. Un sistema jurídico, tal y como se analiza, que contó con grandes dificultades para su constitución. En tal sentido, en la segunda parte del trabajo, se hace un estudio descriptivo de la laboriosa y tenaz actuación de grandes internacionalistas que trabajaron para dotar al ámbito jurídico internacional de un nuevo sistema jurídico. Con ello se pretende subrayar el trabajo de estas personalidades, con el fin de ponerlo en valor y reflexionar de forma permanente. Finalmente, en la tercera parte del trabajo, al lector se le posiciona la información suficiente para ir dando respuesta a la tesis planteada.

Una última cuestión, el trabajo contiene ciertas revisiones doctrinales, no actualmente consultadas, pues formaron parte de un estudio más amplio anterior que finalmente no vio la luz, pero que consideramos ahora de rigurosa actualidad y reflexión permanente.

1. Protección internacional de los DDHH

Según opinión doctrinal internacionalista (Ando, 2007), crítica con el significado de la *protección internacional de los DDHH*, para abordar esta temática se considera

necesario, en primer lugar, centrar el debate en la clasificación diferenciada del término *comunidad*. Esta línea plantea una distinción entre *comunidad internacional*, *comunidad global* y *comunidad doméstica*. En esta última, el poder de garantía del cumplimiento de la ley está otorgado al gobierno. En cambio, en la comunidad internacional, compuesta por cientos de Estados —cada uno con sus propios poderes— son estos los que implementan y exigen el cumplimiento de sus leyes domésticas. En la ansiada protección internacional de los DDHH, adoptada por la comunidad internacional, se establece la necesidad de procurar la aprobación de leyes sobre DDHH con valor internacional. No obstante, estas no han sido concebidas para ser utilizadas contra los Estados. Por tanto, el significado de la protección de los DDHH es aplicable a las comunidades domésticas para prevenir, por lo que el establecimiento de los DDHH es un mínimo que las comunidades domésticas tienen como referente y estándar aplicable en sus normas. El resultado es que, según esta línea doctrinal, “no vivimos en el paraíso de los derechos humanos” (Ando, 2007).

1.1. Normas de protección de los DDHH

En el ámbito jurídico internacional, en materia de protección de DDHH, se recogen (i) normas internacionales de protección, que constituyen obligación para los Estados; (ii) normas internacionales imperativas de prohibición, que no admiten acuerdo en contrario y de las que emanan obligaciones *erga omnes* para los Estados; (iii) normas donde se califican ciertas conductas como delito o crimen por su especial gravedad, y (iv) normas que recogen y tipifican conductas como crimen internacional, generando una responsabilidad internacional penal individual porque tales conductas han sido consideradas de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y ejercerse como ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

En efecto, hay que distinguir dos situaciones jurídicas distintas: (i) cuando el derecho internacional general de los DDHH recoge normas de protección de DDHH que obligan a los Estados y (ii) cuando el derecho internacional general de los DDHH recoge normas imperativas de prohibición, que no admiten acuerdo en contrario; es decir, generan obligaciones *erga omnes* para los Estados. En este último caso, de acuerdo con la doctrina, el Estado debe procurar que la víctima tenga derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que juzgarán los actos contrarios a la Constitución del Estado, pero también a la ley (Álvarez Molinero, 2004). Así, el derecho internacional general de los DDHH recoge normas de prohibición internacional que generan unas obligaciones solidaria, colectiva e indisponible para el Estado. Una obligación de exigir responsabilidad

por el acto de violación de DDHH y otra de debida diligencia por adoptar las medidas adecuadas y prevenir, de forma estructural, dicha violación de DDHH. No obstante, la responsabilidad por el incumplimiento es parcial, pues es una responsabilidad jurídica y moral. Esta queda concretada en relación con determinados actos de violación de DDHH: *i) genocidio, ii) esclavitud o trata de esclavos, iii) asesinato o desaparición de personas, iv) detención arbitraria prolongada, v) discriminación racial sistemática, y vi) tortura o trato cruel, inhumano o degradante*. Adicionalmente se encuentran otros actos de violación de DDHH en evolución: *ejecuciones sumarias o arbitrarias, desaparición forzada, detención arbitral, deportación o traslado forzado de población y discriminación sistemática por motivos de raza o sexo*. Esta última, considerada de suma importancia y de urgencia para los Estados, es polémica por ser objeto de grandes debates y objeciones en la comunidad internacional, debido a la dificultad de determinar en qué consiste y qué violaciones abarca.

Esta responsabilidad parcial de los Estados expone un sector doctrinal penalista internacionalista, derivado de la fórmula de los principios generales de los tratados de DDHH y su alcance prácticamente ilimitado, que constituye una violación flagrante de la seguridad jurídica, que requeriría una compensación estricta de la costumbre, una *opinio iuris* no controvertida y una sólida práctica por parte de los Estados para poderse exigir a nivel individual desde este ámbito internacional (Ambos, 2010). Por ejemplo, en la abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas, ha sido necesario definir el término *esclavitud* en su proceso abolicionista porque, de no hacerlo, este es tan amplio que puede incluir todas las injusticias sociales o violaciones de DDHH lo que llevaría a la pérdida del sentido de su eliminación, desdibujaría la labor de lucha contra el fenómeno y reduciría su eficacia en la persecución del objetivo de eliminarla. Es indispensable examinar las definiciones de los instrumentos internacionales para con un consenso internacional determinar qué prácticas abarca el término, en qué consiste y establecer las principales características del fenómeno, así como la violación de otros derechos fundamentales relacionados con su ejercicio.

1.2. Críticas al sistema de protección convencional

Dentro del marco jurídico internacional, en particular dentro de la materia de DDHH, coexiste un conjunto de instrumentos jurídicos para su protección. No obstante, solo algunos actos ilícitos de violación de DDHH están definidos y concretados en los instrumentos internacionales; son estos los que generan una obligación de debida diligencia para los Estados y, en última instancia, según su contexto específico, la obligación de reparar a las víctimas.

En efecto, según línea doctrinal, al Estado se le exige una obligación marcada por el ordenamiento jurídico internacional. Pero es su comunidad doméstica, como último recurso, la que valora la eficacia del cumplimiento de la obligación, trasladando al propio Estado la toma de conciencia y el obrar en consecuencia. En este sentido, investigaciones científico-sociales recientes revelan que cuando se tienen en cuenta las opiniones de la comunidad al elaborar normas punibles se tiene un valor práctico para el control de la acción típica. En concreto, un derecho penal que la comunidad percibe como justo, consigue mayor credibilidad moral en la comunidad y, por tanto, habrá mayor respeto y cooperación con ese sistema de justicia. “[L]os sistemas con mayor apoyo público tienen una mayor deferencia entre la sociedad. La fuerza de la influencia social con normas interiorizadas tiene un potencial enorme” (Robinson, 2012). El sistema de justicia penal debe tratar de distribuir la responsabilidad y la pena bajo criterios de justicia compartidos con la comunidad para conseguir credibilidad moral y ganar eficacia (Robinson, 2012).

El ordenamiento jurídico internacional únicamente puede supervisar al Estado a través de los mecanismos de control establecidos en los textos normativos implantados. Unos mecanismos de control criticados por su falta de eficacia, lo que ha provocado la necesidad de la creación de nuevos sistemas de protección.

2. Nuevos sistemas de protección de DDHH aún en construcción

Según expone línea internacionalista experta en materia de DDHH (Alston, 1997), el sistema de protección convencional de los textos normativos internacionales ha necesitado de evolución y desarrollo en los últimos años para suplir las carencias, las lagunas y la falta de eficacia como sistema de protección. Actualmente, ante las críticas sobre la pérdida de credibilidad y la falta de protección se desarrolla el *sistema extra convencional de protección de DDHH*, compuesto por órganos subsidiarios que realizan procesos de investigación de situaciones graves de violación de DDHH: órganos integrados por expertos independientes de renombre internacional, constituidos como órganos unipersonales, llamados Representantes Especiales; órganos colectivos, llamados Grupos de Trabajo, o Comités *ad hoc*, que recogen información y la remiten a los órganos de vigilancia de los textos normativos para que adopten medidas. Esto es, y según línea doctrinal expuesta, un sistema de protección de DDHH establecido frente a la falta de eficacia del sistema convencional (Alston, 1997). El sistema convencional está basado únicamente en la presión política y moral de la opinión pública; en este se actúa con la pretensión de buscar atemorizar a los violadores de DDHH como único remedio (Gómez del Prado, 2004) que, no obstante,

necesita seguir avanzando porque no ha logrado su objetivo. Hay otro sistema de protección con defensores de DDHH que trabajan en el terreno y necesitan amparo ante las reacciones contra ellos, en algunos casos de fundamentalistas, basadas en la soberanía nacional, cultural y religiosa. Unas reacciones adversas que han provocado la necesidad de empezar a documentar el auge de la violencia sufrida y las represalias contra estos defensores con urgencia. Por tanto, en opinión doctrinal, un sistema de protección llamado universal únicamente preventivo mas no reparador (O'Donnell, 2004).

Tal es la alarma desencadenada sobre las violaciones de DDHH que sufren sus defensores que, en 2003, la representante especial del secretario general de la ONU, la Sra. Hina Jilani, en cumplimiento de resolución, presentó un informe sobre el trabajo que realizan los defensores de los DDHH en el que mostró dos grandes preocupaciones: (i) la libre y arbitraria aplicación de la legislación que realizan los Estados relativa a la seguridad de las personas, en particular, el perjuicio de los defensores de DDHH que actúan en el terreno y (ii) el papel que desempeñan los defensores y su situación en estados de emergencia y conflicto armado. Las detenciones, prisiones arbitrarias, enjuiciamientos, condenas y sentencias que recaen sobre los defensores de DDHH procesados ocurren por violación de legislación internacional de DDHH. En estados de emergencia y conflicto armado se convierten en el blanco: son asesinados, torturados o detenidos como consecuencia de su labor en pro y defensa de los DDHH de la población civil afectada. Se muestra en el informe una gran y profunda preocupación por ello, pues la labor por ellos realizada queda diluida frente a la responsabilidad por la violación de sus DDHH. Así, ante la impunidad de esta responsabilidad se provoca la perpetuidad de la violación de los DDHH.

En otro orden de cosas, es cuestión distinta la tipificación internacional de los ilícitos de especial gravedad para con toda la comunidad internacional, así como los cometidos de forma sistemática o generalizada y la exigencia de responsabilidad penal individual por el ordenamiento jurídico internacional. En efecto, una responsabilidad penal individual, como apunta doctrina (Kumar Tyagi, 1993), exigida por considerar cometida una destrucción de las tradiciones sociales en un ordenamiento jurídico internacional que sigue imponiendo al Estado la responsabilidad soberana de establecer su autoridad y proteger a sus ciudadanos en su dignidad humana, violada gravemente. No obstante, si el Estado no actúa pierde su atributo de soberanía porque esta función de seguimiento es parte integrante de su responsabilidad como Estado (Kumar Tyagi, 1993). Así, si el Estado no tiene esta capacidad de protección, pone en tela de juicio su *locus standi* ante la comunidad internacional derivado de su *parens patrie* frente a sus sujetos (Kumar Tyagi, 1993). Adicionalmente, este

ordenamiento jurídico internacional se expone de conformidad con otra línea doctrinal: la reparación a la víctima, que puede darse como la revelación de la verdad y la determinación precisa de sus responsabilidades. Una reparación que, al mismo tiempo que hace justicia, brinda compensación por sufrimientos padecidos; como lo establecen los organismos internacionales, el Estado está obligado a prevenir además de reparar (van Boven, 1993).

Por su parte, la no tipificación internacional de los ilícitos quedará como *locus standi* del Estado; es decir, ya no será cuestionado ante la comunidad internacional. En este caso será plenamente soberano en sus acciones y ante sus ciudadanos. Únicamente será observado y recomendado, tras controles incorporados al sistema de protección del derecho internacional general, según los instrumentos internacionales. Queda pues restringido el reconocimiento de la responsabilidad por violación de DDHH al propio Estado. En este sentido no hay medios eficaces para exigirle responsabilidad por falta de cumplimiento en su obligación de perseguir, tampoco, a través de acciones civiles, por estar estas restringidas a los ilícitos penales de especial cualidad, a saber, los que constituyen el núcleo duro o *core crimes*. Es decir, los establecidos como típicos por el derecho internacional penal bajo las denominadas acciones *human rights claims* o *human rights litigation*.

3. Violación de DDHH: derecho penal/derecho internacional

Una primera idea que surge al centrar el estudio en las violaciones de DDHH es la conducta atentatoria que produce un daño a su víctima que debe ser reparado y, por tanto, una transgresión que debe ser responsabilizada para restablecer la legalidad vulnerada. Pues bien, a partir de tal afirmación, aparentemente simple, entra en juego todo un entramado y complejo debate doctrinal sobre la responsabilidad exigida por actos de violación de DDHH. En los comienzos de estos debates se plantearon posturas que se centran en el *derecho penal* enfrentadas a posturas que se centran en el *derecho internacional*.

Hay línea doctrinal de excelencia (Quintano Ripollés, 1955) que basa la distinción terminológica entre derecho penal internacional y derecho internacional penal en la consideración del titular de derecho. Así, en el derecho penal internacional el titular de derecho es *la comunidad internacional*, considerada como un *todo jurídico/cultural uniforme*. En cambio, en el derecho internacional penal el titular de derecho es *el Estado*. Esta doctrina apunta a resolver cuestiones metodológicas, sobre las que más adelante este trabajo volverá, a la vez que ofrece una visión sobre la dimensión jurídica en la que centrarse: una rama jurídica penal o una rama jurídica

internacional (Quintano Ripollés, 1955). Otras opiniones doctrinales definen ambos ámbitos jurídicos para su distinción.

En efecto, según doctrina (Rodríguez Cedeño, s. f.), el derecho penal internacional es el conjunto de normas de origen interno que regulan la incriminación y represión de las infracciones por el elemento extranjero, esto es, un origen internacional de la infracción. Así, el elemento extranjero significa que el problema penal nacional está en contacto con el orden jurídico extranjero por la nacionalidad del autor o por el carácter extraterritorial de la infracción; el origen internacional de la infracción o de la represión está basado en fuentes convencionales o consuetudinarias internacionales. En cambio, el derecho internacional penal es el conjunto de normas de origen internacional que tienen la función de definir y sancionar los crímenes internacionales e imponer a los Estados la obligación de procesar y castigar a los autores. Por tanto, el derecho aplicable en este caso es el internacional recogido en sus fuentes. Ambos ordenamientos jurídicos se oponen (Rodríguez Cedeño, s. f.).

4. Violación grave de DDHH

Luego de haber analizado la protección internacional de los DDHH es necesario investigar la violación más grave de estos y su repercusión jurídica internacional: *la macro criminalidad*. Esto se hará desde un enfoque descriptivo. Por la extensión tanto de la materia como del texto que nos convoca se tratará de un esbozo.

En efecto, la presente investigación continúa en el dificultoso trabajo de elaboración de los instrumentos jurídicos internacionales sobre violación grave, sistemática o grave y sistemática de los DDHH, con un apunte a los trabajos de los relatores expertos en ellos que intervinieron en la elaboración de los instrumentos jurídicos y la creación de los estatutos jurídicos de los tribunales internacionales, junto al del tribunal penal internacional permanente. El enfoque se muestra a través de estudios doctrinales, investigaciones y análisis de expertos internacionalistas, por lo que el tratamiento de esta materia se realiza con sumo respeto académico.

4.1. Creación de un sistema jurídico penal internacional. Su primera jurisdicción: los tribunales internacionales militares

Aparte de la vaga propuesta de los Principios Generales, nos expone doctrina de excelencia (Quintano Ripollés, 1955), llevada a cabo en la etapa de la Revolución Francesa por Gregoire en 1795, primer proyectista de un Código Penal Universal. Después se sumarían múltiples proyectos con desigual valor, pero de magnitud histórica cuyos preceptos de carácter penal casi siempre estaban referidos a la materia procesal (Quintano Ripollés, 1955).

En efecto, en 1925 destacan dos profesores europeos, padres del derecho internacional penal: el español Quintano Saldaña y el rumano Vespasien Pella. A diferencia de los anteriores proyectos, estos autores concibieron la ley penal, el delito y la sanción en un plano supraestatal, introduciendo un doble principio de responsabilidad: la estatal y la individual (Quintano Ripollés, 1955). Posteriormente hubo también interés en el mismo sentido de colectividades científicas y particulares. En cambio, se desentendieron organismos oficiales hasta la resolución del 22 de septiembre de 1924, aprobada en la quinta sesión de la Asamblea de la Sociedad de Naciones, en la que como materias a introducir solo se consideró la piratería marítima, aunque esta quedó descartada en la Asamblea de la Sociedad de Naciones de 1927 y también en la Conferencia de la Haya de 1930; solo hasta 1958 se consolidó y desarrolló su articulado en el Convenio de Ginebra sobre Alta Mar. No obstante, se decidió introducir la regulación del terrorismo, por lo que se ordenó la elaboración de un Anteproyecto de Convenio contra crímenes de terrorismo sometido a debate y aprobación en la Convención de Ginebra de 1937, el cual constituyó un precedente en la codificación internacional penal. En negativo, se dejó sin efecto con posterioridad tras el estallido de la SGM (Quintano Ripollés, 1955).

Antes del holocausto ya habían sido introducidas infracciones, debatidas y definidas previamente en la comunidad internacional, como la esclavitud y la trata de esclavos o el trabajo forzoso u obligado en la Convención Internacional sobre la Esclavitud de 1926. Sin embargo, no quedó recogida *la trata de blancas con fines de prostitución*, aun cuando ya lo estaba por la Liga de la Sociedad de Naciones en 1904, en un acuerdo internacional para asegurar la protección eficaz contra el tráfico criminal.

Aun con todo, no fue sino hasta la Carta de San Francisco y la creación de la ONU, en particular desde su órgano plenario: la Asamblea General, cuando se aprobó una resolución en 1947 por la que se estableció promover la codificación del derecho internacional (Quintano Ripollés, 1955). Se creó entonces un comité encargado de confeccionar el estatuto constitutivo de la Comisión de Derecho Internacional, que se dirigiría hacia la materia penal, como se analizará más adelante. Como punto de partida se elaboraron y aprobaron unos principios jurídicos basados en la jurisprudencia que al mismo tiempo manejó el Tribunal Militar de Núremberg. Dichos principios constituirían los principios de codificación para el posterior Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad ciudadana o humanidad: la ley de bases de la futura codificación internacional penal, según la doctrina ya mencionada (Quintano Ripollés, 1955).

En lo concerniente a una jurisdicción penal internacional, en 1948, tras la aprobación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, se invitó a la Comisión de Derecho Internacional a examinar si era conveniente y había la posibilidad de crear un órgano jurisdiccional penal internacional que juzgase a personas por delitos de genocidio y si en esta línea era posible crear una Sala de lo Penal en el Tribunal Internacional de Justicia (Lirola Delgado, 2000).

Entre tanto, los tribunales militares, creados en 1945, fueron consecuencia de los horrores cometidos a lo largo de la SGM, que deben permanecer en nuestra memoria colectiva con el fin de no volver a repetirlos. En efecto, el 3 de octubre de 1943, se creó en Londres una comisión para la investigación de los crímenes de guerra. Ese mismo año, una conferencia celebrada en Moscú también se ocupó de la materia, que el 30 de octubre aprobó una declaración en la que se anunció: los crímenes de guerra serán juzgados por decisión conjunta de las potencias aliadas, a través de unos tribunales militares internacionales y una comisión para la redacción de sus estatutos jurídicos. Así, el 8 de agosto de 1945 se firmó en Londres un acuerdo internacional por las fuerzas aliadas para la creación de un tribunal militar (Peláez Marón, 2000): Tribunal Militar de Núremberg, aprobado en acuerdo internacional junto a sus Estatuto y Anexo, donde se detalla su constitución, jurisdicción y funcionamiento, así como la responsabilidad internacional penal de personas por delitos de guerra, contra la paz y contra la humanidad. En este último caso, son delitos contra la humanidad: el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando estos actos son cometidos al perpetrarse el delito contra la paz o el delito de guerra o en relación con la guerra (Peláez Marón, 2000).

Sin embargo, y es una crítica de esta investigación, hay silencio sobre la violencia sexual, incluidas la violación cometida a gran escala, de la que no se da cuenta a pesar de tenerse constancia de su comisión, como quedó demostrado con los testimonios expuestos en el tribunal militar. Los problemas y discusiones estaban centrados en otros temas.

Expone la doctrina que una vez adoptado el estatuto jurídico y su anexo el Tribunal Militar de Núremberg empezó a funcionar a finales de 1945; su función concluyó un año después. Fueron procesadas 24 personas de las cuales 19 fueron sentenciadas a pena de muerte. Aunque el tribunal no obtuvo las metas fijadas en su origen, establecidas en la Declaración de St. James en 1942, mostró que el enjuiciamiento de criminales internacionales es posible (Bernaz & Provèze, 2010).

No obstante, otras atrocidades se cometieron fuera de Europa, al otro lado del Pacífico. Según doctrina, en diciembre de 1943, en la Conferencia de El Cairo, China, la Unión Soviética y Gran Bretaña decidieron poner fin a la guerra y juzgar a Japón por actos de agresión. Así, en julio de 1945 se aprobó una declaración donde se exigió justicia por los crímenes de guerra cometidos, especialmente por actos de tratos inhumanos contra prisioneros. El 19 de enero de 1946, se aprobó el Estatuto Jurídico del Tribunal Militar Internacional de Tokio, con el fin de enjuiciar los principales crímenes de guerra en el lejano Oriente (Bernaz & Provèze, 2010).

En efecto, el Estatuto del Tribunal Militar de Tokio, aun con similitudes al de Núremberg, es más conciso y no está establecido bajo un tratado, aun cuando está aprobado bajo una Especial Proclamación de las Supremas Comandancias de las Potencias Aliadas bajo el mando del general MacArthur. El tribunal estuvo compuesto por 11 jueces, la mayoría nacionales de los países signatarios del Estatuto. Por tanto, tuvo una mayor composición cosmopolita que el tribunal de Nuremberg. Contrario a este, en el de Tokio no se procesaron organizaciones criminales sino individuos. Además, en este se extendió el *tempo jurisdiccional*, se juzgaron crímenes cometidos entre 1928 y 1945. Finalmente, la definición utilizada en Tokio de *crimen contra la humanidad* fue ligeramente diferente a la utilizada en Núremberg (Bernaz & Provèze, 2010).

Lo positivo y destacado del tribunal de Tokio es que en este se incluyeron los crímenes sexuales cometidos contra mujeres, con lo que fue posible condenar a los generales Toyoda y Matsui como responsables de la comisión, a gran escala y de forma masiva, de violaciones contra mujeres chinas de la ciudad de Nanking. No obstante, solo 25 personas fueron enjuiciadas, mientras que muchos de los comandos japoneses criminales de guerra no fueron procesados. Se adoptaron decisiones políticas basadas en razones estratégicas, según doctrina, como las relacionadas con los miembros del Comando Unidad 731. Así, se recompensó el no divulgar las investigaciones de las autoridades americanas, escapando de crímenes de guerra por realizar experimentos en seres humanos con armas bacteriológicas (Bernaz & Provèze, 2010).

En resumen, fueron ambos tribunales militares, como indica la doctrina, limitados por su *ratione loci* y su *ratione materiae* (Peláez Marón, 2000). Sin embargo, años después de su creación y luego de nuevos crímenes devastadores contra la población civil, estos contribuyeron a la creación de nuevos tribunales internacionales como remedio para castigarlos. A partir de 1993 con la intervención de la ONU se crearon nuevos tribunales militares como los de Ruanda y Sierra Leona. De

nuevo estos tendrían una competencia territorial limitada, aunque concurrente y prioritaria, a diferencia de la posterior Corte Penal Internacional —CPI— (Rodríguez Cedeño, s. f.).

4.2. Creación de los tribunales penales internacionales. Los tribunales penales *ad hoc*

Después de la SGM, se cometieron de nuevo genocidios y violaciones gravísimas contra los DDHH. Idi Amin en Uganda perpetró atrocidades contra la población civil. El régimen de Pol-Pot en Camboya cometió barbaridades contra un millón de sus nacionales, como la denominada limpieza étnica en Bosnia y Herzegovina, aun cuando Bosnia era un Estado miembro de la ONU y con voluntad de cumplir la Carta de Naciones Unidas. También el *apartheid* del sur de África fue devastador para sus ciudadanos, así como lo fueron las masacres de Boipaton y de Ciskei (Kumar Tyagi, 1993). A causa de estos crímenes, fue necesaria la creación de tribunales internacionales mixtos o *ad hoc* que, según una parte doctrinal, fueron poco eficaces.

En efecto, según la doctrina (Condorelli, 2000), se creó un sistema de tribunales penales *ad hoc* caracterizado, en sus diferentes grados, por ser una jurisdicción contraria al principio general del derecho: *nullum crime sine lege*. Así, y según mantuvo la defensa en sus salas de audiencias, se produjo la creación *ex post facto* de tribunales penales *ad hoc*, que infringían la prohibición de la retroactividad de la ley penal, incompatible con el principio de legalidad del derecho penal (Ambos, 2010).

En cambio, la propia doctrina de estos tribunales mantuvo, como defensa de su legitimidad, la inaceptación de la violación del principio *ex post facto rule*, postulando como doctrina que el principio de no retroactividad es un principio dictado para la debida protección del inocente y no para invocar a un culpable. El principio *nullum crimen nullum poena sine lege* no es violado en estos tribunales. La postura mantenida por estos tribunales estaba basada en el espíritu de su creación específica: un sistema represivo, organizado a nivel internacional, que debía funcionar ante las acciones u omisiones realizadas por autores, los cuales no ignoraban ni podían ignorar en modo alguno el carácter delictivo de estas, en virtud de su manifiesta claridad y definición en el derecho interno como crímenes, y por constituirse como una *macro criminalidad*. Por tanto, la doctrina de estos tribunales quedó basada en la teoría de que para que el principio *nullum crimen* fuera escrupulosamente observado no era necesario que la norma internacional que prevé y organiza la represión del crimen dé todo tipo de detalles a la figura *criminis* y a la pena aplicable, sino que sería suficiente constatar que el autor del crimen está sometido en el momento del *tempo commissi delict* a normas jurídicas claras y accesibles, internas o internacionales,

estableciendo ante el *factum* una definición de tal naturaleza. Es, según apunta la doctrina y conforme para este trabajo, una posición ética *ius naturalista*, no estrictamente jurídica de derecho positivo, que busca la justicia internacional, la responsabilidad de los individuos *vis a vis* con la comunidad internacional y la implantación de un plus capital; a saber, el derecho por encima del Estado (Condorelli, 2000).

En 1993 la ONU dictó resolución por el Consejo de Seguridad:

[s]e manda establecer un tribunal internacional *ad hoc* para la persecución y castigo de las serias violaciones de derechos humanos ocurridas en la ex Yugoslavia desde el 1º de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez esté restaurada la paz (Consejo de Seguridad, 1993)

Con esto quedó anexado su Estatuto por estar basado en las graves violaciones de DIH contemplado en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

Así las cosas, en 1994, se aprobó el Estatuto que determina su competencia y la creación de otro tribunal internacional *ad hoc*. La jurisdicción de ambos tribunales fue definida como *ratione materiae*, según informe del secretario general de la ONU. El propósito sería aplicar solo normas de DIH, reflejadas mayoritariamente en el derecho consuetudinario (Roht-Arriaza, 1995).

Ese mismo año se aprobó por resolución la creación de otro tribunal internacional *ad hoc* para castigar el genocidio y otras graves violaciones de derecho internacional humanitario en el territorio de Ruanda y a ciudadanos ruandeses responsables de genocidio y otras violaciones graves de DIH cometidas en territorio de Estados vecinos, entre el primero de enero y el 31 de diciembre de 1994. Destacará especialmente este tribunal *ad hoc* por el tratamiento legal de la violencia sexual detectada en los crímenes juzgados, en función de las circunstancias de cada caso.

Tras la creación de estos dos tribunales internacionales *ad hoc* la comunidad internacional comenzó un debate sobre la respuesta internacional y la creación de un código de crímenes internacionales y una jurisdicción penal internacional especializada que los enjuicie. Surgió en los años noventa, en la comunidad internacional, un interés por desarrollar mecanismos internacionales de persecución y castigo individual con mayor eficacia que los desarrollados por estos tribunales *ad hoc* ante tales violaciones graves de DDHH y de DIH. Con ello, nació la jurisdicción penal internacional que, en sus inicios, postuló un debate interdisciplinario: derecho internacional o derecho internacional penal – penal internacional, del que ya hemos dado cuenta en el epígrafe anterior. Según línea doctrinal, los primeros

defienden un sistema penal elástico consuetudinario y perfil *ius naturalista*, por tanto, con posibilidad de acercarse a la impunidad, frente a unos segundos que defienden con vehemencia un modelo de sistema penal paralelo al sistema interno de los Estados, basado principalmente en la legalidad, que impera finalmente no sin un alejamiento del riguroso ordenamiento jurídico universal. No obstante, pronto este nuevo sistema planteó problemas tales como las fuentes de derecho, la conexión entre el principio de legalidad y el de irretroactividad, así como la naturaleza y estructura de la ley penal aplicable. Aun así, se postuló como un sistema basado en la legalidad fundamento de la justicia (Schurmann Pacheco, 1993). En definitiva, el interés por la creación de una jurisdicción penal internacional ronda en la ONU desde la creación de los primeros tribunales militares en 1945.

4.3. Culminación con una jurisdicción permanente: la CPI

La Asamblea General de la ONU, en 1948, adoptó resolución sobre la conveniencia y posibilidad de establecer un órgano internacional judicial para el enjuiciamiento de las personas acusadas de genocidio y otros crímenes de los tratados, y lo relativo a la prevención de tales delitos a través de un código criminal amplio. Se redactaron informes al respecto por relatores especiales. Un año antes se estudió la necesidad de elaborar, como obra distinta, un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad que sería más amplio y su elaboración, estructural (Quintano Ripollés, 1955). Así, en 1949, se adoptó la resolución por la que se aprobó emprender un proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados, en base al trabajo desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional, centrado en catorce temas de debate seleccionados, uno de ellos: la responsabilidad de los Estados, su codificación y desarrollo progresivo. No obstante, quedó suspendido en 1951 hasta 1956, cuando reinició su desarrollo con los informes elaborados por el entonces relator especial, el Sr. García Amador.

En efecto, en 1949, la Asamblea General encargó el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad bajo una responsabilidad individual a la Comisión de Derecho Internacional con la participación del Sr. Jean Spiropoulos, quien formuló una serie de principios (Decaux, 1993).

En 1950, la Asamblea General dictó resolución por la cual creó un comité especial con la función de preparar una convención de Estados para debatir sobre la elaboración de tal proyecto de código de delitos en el que también se plantearía lo relativo a una nueva jurisdicción penal internacional para el castigo de dichos delitos. Es esta resolución la que aprueba crear la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional para la elaboración de un proyecto de estatuto de corte penal

internacional, aunque se hace evidente, apunta la doctrina, el problema de desmembramiento de la propia Comisión de Derecho Internacional que aboca a su fracaso (Lirola Delgado, 2000). Así, a la Comisión de Derecho Internacional se le presentan dos informes contradictorios de relatores especiales: uno a favor de la necesidad de crear una corte penal internacional y otro negando la conveniencia. La idea de crear una corte penal internacional estaba relacionada con los llamados crímenes de los tratados, pero la Comisión de Derecho Internacional decidió dejarlos fuera del Estatuto de esta corte. Por otro lado, el Código de crímenes de los tratados es problemático para los Estados por sus dificultades para obligarse. Otra razón es que al mismo tiempo se está redactado el Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad con base en los principios jurídicos recogidos en el fallo del Tribunal Militar de Núremberg. Por tanto, se están recogiendo *crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad*, mientras se restaba importancia a los llamados crímenes de los tratados. Ello dio lugar a que crímenes como el terrorismo o el tráfico de drogas, quedasen fuera del Estatuto de la CPI, aunque no de forma absoluta. La razón básica, apunta corriente doctrinal, estriba en su falta de definición exacta (Zorrilla, 2005).

A continuación, en 1951, se redactó un informe, transmitido a la Comisión de Derecho Internacional con el proyecto solicitado, en el que quedó aprobado el Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad en la comisión, aun con falta de apoyos.

En 1952, la Asamblea General de la ONU dictó resolución por la que creó una segunda comisión, con un mayor número de Estados, para que quedaran implicados un mayor número en el debate para hacer más aceptable el proyecto aprobado el año anterior. Los problemas, en todo caso, giran en torno a (i) el Tribunal Penal Internacional, (ii) el proyecto de código de crímenes y (iii) la defensa del término *agresión*; los debates estuvieron paralizados hasta 1953 cuando, de nuevo, se retomaron en el comité especial creado. Dicho comité propuso cambios en el articulado del proyecto de 1951 y aportó nuevos textos alternativos a los temas de debate planteados. En concreto, sobre el estatuto de la nueva corte, se recomendó que el nuevo tribunal internacional quedase separado de la ONU, a la vez que se hicieron propuestas en caso de decidir la vinculación del nuevo tribunal a esta. Con relación al Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en 1951, se definieron los delitos y establecieron el castigo a los individuos responsables. Se enumeraron trece categorías de delitos, aunque la definición de delito de agresión quedó poco determinada, lo que dio lugar a un gran debate doctrinal posterior sobre su definición. Estas y otras razones sobre la

futura jurisdicción penal internacional paralizaron las negociaciones hasta 1954, cuando se aprobó la resolución.

En efecto, sobre la jurisdicción penal internacional la polémica existía en torno a la distinción entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad internacional penal individual, como quedó reflejada en trabajos doctrinales que se presentaron a lo largo de su elaboración. En cambio, los problemas sobre el código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad estaban en determinar la exactitud del término *delito internacional*, pues no todo *delito internacional* es necesariamente un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad, según se expuso en los debates.

Más adelante, según apunta la doctrina, en 1973, se introdujo por resolución la cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de *crímenes de guerra* y de *crímenes de lesa humanidad* (Decaux, 1993).

Por otro lado, la polémica con el término *agresión* y su definición para ser introducida su tipificación fueron tan extensas que, en 1957, se dictó resolución de la Asamblea General por la que se pospuso la cuestión de la jurisdicción penal internacional hasta quedar definido previamente el delito de agresión. El asunto fue incluido en sesiones celebradas con posterioridad, en 1968, para un debate sin resultados.

Finalmente, en 1974, se retomó de nuevo el debate sobre la jurisdicción penal internacional, tras haberse establecido una definición de *agresión* y elaborado un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad fruto de los trabajos realizados por un subcomité creado desde la Comisión de Derecho Internacional, presidido por el Sr. Roberto Ago, que presentó informes a lo largo de los años posteriores hasta su nombramiento en la Comisión Internacional de Justicia.

En 1981, la Asamblea General resolvió reanudar los trabajos del Comité de Derecho Internacional en relación con la elaboración de un proyecto de jurisdicción penal internacional. Así, los trabajos de la comisión continuaron en los años posteriores.

En 1991, a petición de la Asamblea General, se dictó un Informe de la Comisión de Derecho Internacional en el que se expuso la necesidad de seguir avanzando en el desarrollo del derecho internacional y la codificación de una jurisdicción penal internacional para poner en práctica lo establecido en la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los DDHH en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales debatidos y examinados anteriormente. No obstante, también se hace necesario que la Comisión de Derecho Internacional trabaje junto a la sexta comisión en el desarrollo de esta nueva jurisdicción penal, a la vez que se consideren las conclusiones del texto final del proyecto de articulado sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. También se estableció la necesidad de

crear un tribunal penal internacional o mecanismo procesal internacional al respecto. Sobre todo, quedaron expuestos, por informes presentados posteriormente, los crímenes codificados, en particular el núcleo de su competencia, a saber: crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. Crímenes codificados, según mantiene la doctrina, en los que se incluyen las violaciones graves, sistemáticas o masivas de DDHH, determinando explícitamente las que comprenden, aun sin ser núcleo duro: la agresión, la tortura y el terrorismo (Cassese, 2003). Quedan pues integrados como crímenes internacionales aquellos de violación sistemática o masiva de DDHH, y entra en juego el principio de subsidiariedad para juzgarlos (Decaux, 1993). Las violaciones de DDHH recogidas y prohibidas en tratados y convenios quedaron atribuidas a la jurisdicción doméstica, se estableció que únicamente cuando su alcance tenga dimensiones anormales podrán ser asunto internacional (Quintano Ripollés, 1955).

Por tanto, los DDHH tutelados penalmente en parte por el derecho internacional serán ciertos ilícitos; el resto, por rebasar lo criminalmente internacional, serán de tutela interna de cada Estado, aun cuando son calificados como delitos internacionales (Quintano Ripollés, 1955).

Quedó establecido que el incumplimiento de una obligación internacional es crimen internacional cuando la norma es de derecho internacional general, aceptada y concebida como esencial por la comunidad internacional en su conjunto y, por tanto, por todos los integrantes de la comunidad internacional. Se distingue, pues, *crimen internacional de delito internacional*. Este último es un hecho internacional ilícito que designa *ilícitos menos graves* de aquellos a los que alude el término *crimen*. Además, queda como principio general de derecho internacional que el incumplimiento de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito. Por lo tanto, la categoría *menos grave* son actos incompatibles con el derecho. Se parte pues de las normas *ius cogens* y de las obligaciones impuestas a los Estados por esas normas imperativas para determinar las infracciones que se diferencian de los hechos internacionalmente ilícitos cometidos con determinada gravedad. Ahora bien, todavía se debate sobre la jurisdicción penal internacional.

En 1992 se creó un grupo de trabajo en la Comisión de Derecho Internacional para establecer la jurisdicción penal internacional. Así, elaboraron un proyecto de articulado enviado a la Asamblea General, junto a un informe de la Comisión de Derecho Internacional, al que también se le une un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional. Es necesario que el tribunal penal internacional sea creado a través de un tratado, y su competencia se extienda a tratados ya vigentes que definen los crímenes internacionales.

Entre los temas debatidos y fijados por la Comisión de Derecho Internacional hay importantes problemas jurídicos sin resolver. Por tanto, es necesario seguir discutiendo y perfilando. En efecto, en 1993, la Comisión de Derecho Internacional se reunió para debatir los trabajos realizados por el profesor Bennouna, publicados en el *Annuaire Français de Droit International*. El profesor entiende que existen todavía lagunas y problemas *metodológicos* tanto para la nueva jurisdicción penal internacional, como en lo relativo a su tribunal penal. Así, la Comisión de Derecho Internacional recomendó a la Asamblea General organizar una conferencia de plenipotencias. Sin embargo, esta creó un comité *ad hoc* para debatir sobre el tribunal penal internacional. Paralelamente la actividad también giró en torno al proyecto de código de crímenes, que quedó aprobado definitivamente en 1996, con limitaciones respecto del proyecto de 1991 por la intención de recoger mayores aprobaciones estatales que su predecesor (Lirola Delgado, 2000). En 1994, quedó aprobado en la Comisión de Derecho Internacional el proyecto de estatuto de la CPI.

Hay doctrina (Lirola Delgado, 2000) que expone una observación de gran interés para este trabajo: cabe la posibilidad de establecer cierta incidencia conjunta entre el definitivo proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, el Proyecto de estatuto de la CPI aprobado en 1994 y el anterior proyecto de código de crímenes de 1991, junto al proyecto elaborado por el comité que preparó la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios celebrada en 1998. En efecto, según esta línea doctrinal, dicha relación se hace precisa para entender los criterios que inciden de forma más intensa en los crímenes sobre los que se sustentará la CPI, sin perjuicio de avances posteriores (Lirola Delgado, 2000).

En concreto, en lo referente a la violación grave de DDHH, los criterios relativos a los crímenes considerados para ser juzgados por la CPI han de ser de trascendencia para la comunidad internacional y de gravedad. Tal consideración queda reflejada en el informe del grupo de trabajo, elaborado en 1992, y en los proyectos de estatuto elaborados en 1993 y 1994. En ellos se estableció que la CPI solo tendrá competencia respecto de los más graves crímenes que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto (Lirola Delgado, 2000).

Por lo tanto, y en opinión doctrinal mayoritaria, el Estatuto de la CPI, adoptado en Roma en 1998, en la conferencia diplomática de plenipotenciarios, tiene niveles técnicos superiores. Como derecho material y procesal tiene un carácter complementario a la jurisdicción nacional. Solo cuando la jurisdicción nacional no pueda garantizar la sanción efectiva, actuará esta jurisdicción porque el carácter esencial de la obligación violada y la gravedad de su violación tiene el consenso de

la comunidad internacional. No obstante, y según doctrina, se constata algo muy significativo: tanto el proyecto de código de crímenes como el Estatuto de la CPI, complementado por sus dos textos adicionales (Lirola Delgado, 2000), excluyen ciertos crímenes, principalmente contenidos en tratados internacionales, que pese a generar responsabilidad penal del individuo y ser claramente transnacionales, no son incluidos porque no tienen el debido consenso de la comunidad internacional (Lirola Delgado, 2000) ni queda resuelto el debate de la *inmunidad*.

En efecto, estamos ante la impunidad de la violación grave de DDHH por la inmunidad. El profesor Rodríguez Carrión (2005), en su última obra, expuso el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos en su última sesión. En esta se detalló la serie de elementos que inciden decisivamente en la lucha contra la impunidad de la violación grave de DDHH. Se estableció el deber de los Estados de poner fin a la impunidad con el enjuiciamiento o la extradición de los responsables de todas las violaciones de DDHH y del DIH. Sin embargo, expone el profesor, la comisión no se enfrenta a uno de los mayores problemas esenciales en la lucha contra la impunidad: *la inmunidad* de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. No obstante, el sistema jurídico penal internacional acometerá un ajuste más que le dará respuesta, según exponemos en el epígrafe siguiente.

Apunta parte de la doctrina (Betancourt, 2011), en la aprobación del Estatuto jurídico de la CPI, la necesidad de un consenso que permitiera un texto aceptable por todos los Estados parte, con diversidad de criterios, sistemas jurídicos, realidades culturales, sociales y religiosas. Además, continúa esta línea doctrinal, había urgencia en cumplir con la fecha convenida para aprobar el estatuto que provocó la necesidad de adoptar compromisos, en algunos aspectos sensibles, bajo un *paquete*, entre un número reducido de delegaciones, representativas de regiones y posiciones geográficas, para llegar al mínimo de consenso requerido. Por ello quedó acordado incorporar una disposición de compromiso de revisión del texto, tras siete años, a partir de su entrada en vigor, plasmado así en el artículo 123 del estatuto (Betancourt, 2011).

En efecto, en 2010, se celebró la Conferencia de Revisión en Kampala, del 31 de mayo al 10 de junio, con similares condiciones de complejidad que las resultantes de Roma en 1998 (Betancourt, 2011). Finalmente, la conferencia concluyó con la adopción de seis resoluciones: (i) las referidas a las materias de la complementariedad, (ii) el impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas, (iii) el fortalecimiento del cumplimiento de las penas, (iv) el artículo 124, (v) la enmienda al artículo 8 y (vi) el crimen de agresión (Betancourt, 2011).

5. Ajuste del sistema jurídico penal internacional y su consolidación en la comunidad internacional

Sin poder entrar a analizar con profundidad un debate apasionante, por su extensión, complejidad y multiplicidad de opiniones doctrinales concordantes y discordantes, todas ellas enriquecedoras, se culmina este trabajo con la interconexión entre el derecho internacional de los DDHH y el derecho penal internacional. Para ello, a continuación, se esbozan unas líneas del análisis doctrinal sin poder dar cuenta de todo ello, publicado en 2008, sobre el sistema jurídico desarrollado en el derecho penal internacional y su futuro en conexión con el enjuiciamiento de las graves violaciones de DDHH.

En efecto, tras la celebración de los juicios de Núremberg y Tokio para juzgar devastadoras y atroces violaciones de DDHH ocurridas en el siglo XX, la comunidad internacional creó la CPI por medio de la aprobación de su estatuto jurídico en Roma en 1998, que entró en vigor en 2002. Esta aprobación fue un hito en la lucha contra las impunidades de las graves violaciones de DDHH. En 2003, sus magistrados ocuparon sus cargos; su función, juzgar los más graves crímenes internacionales: genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, todos ellos recogidos con anterioridad por el derecho internacional consuetudinario.

En efecto, en opinión doctrinal penalista internacional alemana (Ambos, 2006), la conexión entre los DDHH y el derecho penal internacional se construye a partir de la impunidad universal de las graves violaciones de DDHH. No obstante, esta impunidad se debe a un vacío de punibilidad fáctica y no de normas. Es decir, a una falta de interés estatal de perseguir estas severas violaciones. Por ello, se desarrolló el derecho penal internacional, cuyo instrumento más importante es el Estatuto de la CPI (Ambos, 2006).

Según doctrina expuesta, el derecho penal internacional es considerado tradicionalmente (Ambos, 2006) como el conjunto de normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales. Se trata, para esta doctrina penal internacional, de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional (Ambos, 2006). Como consecuencia de tal aseveración de nuevo surgen grandes y profundos debates entre doctrinas penalistas e internacionalistas, como se ha expresado en epígrafes anteriores.

Mantiene esta doctrina que entre los DDHH y el derecho penal internacional se establece un puente, acuñado por amplia doctrina como macro criminalidad. Se castigan internacionalmente los crímenes internacionales, según están recogidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto de la CPI no solamente en contexto de conflicto

armado respecto de los crímenes contra la humanidad y genocidio, sino en contexto no estatal de paz y en comisión determinada, sistemática o generalizada; así como respecto de los crímenes de guerra no solamente como brecha de un conflicto internacional o que sobrepase el umbral del artículo 1 (2) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. Es además un derecho aplicable a actores estatales y no estatales, en este último caso materia objeto de amplio debate doctrinal (Ambos, 2006), por el reconocimiento de la dignidad humana basada en la libertad del individuo, su protección y la de las minorías, frente a la representación colectiva de *manía y coacción* (Ambos, 2006), según nos expone esta línea doctrinal.

En efecto, y según esta línea doctrinal (Ambos, 2006), con la creación de los tribunales internacionales *ad hoc* desde el Consejo de Seguridad de la ONU y la CPI se ha provocado que las conductas criminales hayan quedado definidas con más exactitud en los denominados delitos nucleares: el crimen de genocidio, el crimen contra la humanidad y el crimen de guerra; el crimen de agresión todavía es punto de discordia. Con el Estatuto de la CPI, se ha conseguido codificar y compendiar el derecho penal internacional bajo un código unitario universal, teniendo en cuenta los distintos sistemas jurídicos penales de los Estados parte firmantes del tratado. Además, están las codificaciones sobre los elementos del crimen y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Por tanto, se ha conseguido, según expone esta doctrina, consolidar el derecho penal internacional como sistema jurídico de derecho penal de la comunidad internacional. Estamos ante un ordenamiento jurídico penal internacional nuevo, autónomo y complejo. Un sistema jurídico penal internacional que además influirá en los sistemas jurídico-penales nacionales. No obstante, sin dejar de mencionar, por la limitada competencia de la CPI, la posibilidad también de la *persecución descentralizada* de las violaciones de DDHH por Estados terceros (Ambos, 2006). Es esta última, sin embargo, una cuestión creadora de un gran debate, que gira en torno a la universalidad del derecho internacional cuando se demanda la solidaridad de la comunidad internacional en su efecto represivo ante crímenes graves.

Dicho lo cual y en opinión doctrinal ya expuesta, que ahora se subraya, la jurisprudencia de la CPI debe tener un efecto esclarecedor y unificador a nivel internacional y doméstico del derecho penal. Se tiende a definiciones más precisas y mejoradas. Los logros aportados por los tribunales penales internacionales en lo que respecta a la parte general del derecho penal internacional serán continuados y más detallados desde la CPI. Su jurisprudencia puede además influir y mejorar las regulaciones de los sistemas legales domésticos y contribuir a la globalización de la justicia penal, al acercamiento de los sistemas legales del mundo y, por ende, de las legislaciones

penales domésticas. Para ello la cooperación de los Estados parte ha de ser plena, armonizando su legislación penal con el Estatuto de la CPI y con los distintos sistemas jurídicos de manera recíproca. En definitiva, una esperanza para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional de toda la comunidad internacional, aunque con futuros retos que serán analizados en próximos trabajos de investigación.

Conclusiones

La jurisdicción penal internacional ronda en la ONU desde 1945, con la creación de los primeros tribunales internacionales militares. Ya entonces se vio la imposibilidad de que los Estados aceptaran responsabilidad propia por violación de DDHH, más allá de una responsabilidad jurídico-moral. Por ello, los esfuerzos se centraron en una responsabilidad individual. Desde un principio, la norma sustantiva y procesal está dirigida a los crímenes recogidos en los tratados, pero serán los Estados los que se opongan, no aceptando ni tal norma sustantiva ni la norma procesal al respecto. Resultado, los crímenes de los tratados quedaron fuera como norma sustantiva, solo se pudieron recoger los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, cuyo punto de apoyo fueron la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los DDHH. En otro orden de cosas, en lo concerniente a la norma procesal, los problemas a superar, básicamente, fueron la inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes, que fue superado por el largo y persuasivo esfuerzo en culminar un desarrollo jurisdiccional penal internacional, con la creación de un mecanismo procesal internacional para enjuiciar responsabilidad individual por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Así las cosas, los crímenes recogidos en los tratados fueron relegados a las jurisdicciones domésticas, estos solo serán perseguidos por la jurisdicción internacional cuando tengan alcance anormal para la comunidad internacional.

Dicho esto, la violación de DDHH grave queda tutelada penalmente por el derecho internacional solo cuando alcanza dimensiones de especial trascendencia para la comunidad internacional. El resto, por rebasar lo internacional, queda tutelado penalmente por los Estados en su esfera doméstica, aunque sean delitos internacionales.

No obstante, se produce una interconexión entre dos ámbitos jurídicos internacionales: el ámbito jurídico de los DDHH y el ámbito jurídico penal internacional. Esta interconexión culmina con la consagración del derecho penal internacional a través de un tratado internacional, integrado por un estatuto jurídico de creación de una corte penal internacional permanente, y dos textos complementarios, que en su conjunto constituyen la codificación y el compendio del actual derecho penal internacional. Es decir, se produce la consolidación de un sistema jurídico

penal internacional que influye en los sistemas jurídicos nacionales; en el tratamiento jurídico de los crímenes internacionales de especial gravedad para la comunidad internacional. Un sistema jurídico de derecho penal internacional por sus orígenes y proceso de creación y por estar basado en un tratado internacional de carácter universal. Un sistema jurídico penal internacional que, con su desarrollo experimentado, hoy es la esperanza para el mantenimiento de la paz y la seguridad de la comunidad internacional.

Referencias

- Alston, P. (1997). *Effective functioning of bodies established pursuant to united national human rights instruments*. Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1997/74.
- Álvarez Molinero, N. (2004). La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación racial. En F. Gómez Isa & J. M. Pureza (Eds.), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI* (pp. 215-242). Universidad de Deusto.
- Ambos, K. (2006). *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Marcial Pons.
- Ambos, K. (2010). El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 5(9), 237-256. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992010000100006>
- Ando, N. (2007). International human rights protection and the Human Rights Committee. *UN TV Web*. <https://media.un.org/en/asset/k1s/k1sf6xock5>
- Bernaz, N., & Prouvèze, R. (2010). International and domestic prosecutions. En M. Cherif Bassiouni (Ed.), *The pursuit of international criminal justice: A world study on conflicts, victimization, and post-conflicts justice* (pp. 272-273). Intersentia.
- Betancourt, M. (2011). La conferencia de revisión del Estatuto de Roma. En H. Olásolo Alonso & S. Cuenca Curbelo (Coords.), *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional. Ponencias de los programas académicos de la "X Edición de 2011 de la Competencia Víctor Carlos García Moreno" sobre procedimiento ante la Corte Penal Internacional* (pp. 355-366). Tirant Lo Blanch.
- Cassese, A. (2003). *International criminal law*. Oxford University Press.

- Condorelli, L. (2000). *La définition des infractions internationales. Droit international Pénal*. Centre de Droit International de l'Université.
- Decaux, E. (1993). Derecho internacional y experiencias nacionales. En *Encuentro Internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos*, (pp. 27-68). Commission National Consultative des Droits de L'homme – Comisión Internacional de Juristas – Organización de Naciones Unidas. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1992/11/Impunity-conference-report-1992-spa.pdf>
- Gómez del Prado, J. L. (2004). La protección extraconvencional de los derechos humanos. En F. Gómez Isa & J. M. Pureza (Eds.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (pp. 353-392). Universidad de Deusto.
- Kumar Tyagi, Y. (1993). Perdón, olvido, venganza, castigo justo, responsabilidad. En *Encuentro Internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos*, (pp. 77-96). Commission National Consultative des Droits de L'homme – Comisión Internacional de Juristas – Organización de Naciones Unidas. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1992/11/Impunity-conference-report-1992-spa.pdf>
- Lirola Delgado, I. (2000). La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En *Creación de una jurisdicción penal internacional* (pp. 45-62). Colección de la Escuela Diplomática.
- O'Donnell, D. (2004). *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universales e interamericanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <http://www.oda-alc.org/documentos/1374531071.pdf>
- Peláez Marón, J. M. (2000). El desarrollo del derecho internacional penal en el siglo XX. En J. A. Carrillo Salcedo & E. W. Petit Gabriel (Coords.), *Criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional. Premio «Rafael Martínez Emperador»* (pp. 89-140) Consejo General del Poder Judicial.
- Quintano Ripollés, A. (1955). *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal. Tomo I*. Instituto Francisco de Vitoria.

- Robinson, P. H. (2012). El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena. En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, & J. C. Hortal Ibarra (Coords.), *Constitución y sistema penal* (pp. 41-64). Marcial Pons.
- Rodríguez Carrión, (2005). Una evaluación no necesariamente crítica del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En J. A. Carrillo Salcedo & E. W. Petit Gabriel (Coords.), *Criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional. Premio «Rafael Martínez Emperador»* (pp. 481-502) Consejo General del Poder Judicial
- Rodríguez Cedeño, V. (s. f.). *Corte Penal Internacional en el mundo en cambio*.
- Roht-Arriaza, N. (1995). *The legal setting. Impunity and human rights in international law and practice*. Oxford University Press.
- Schurmann Pacheco, R. (1993). Principios de legalidad y de irretroactividad y el instituto de la prescripción. En *Encuentro internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos*, (pp. 161-172). Commission National Consultative des Droits de L'homme – Comisión Internacional de Juristas – Organización de Naciones Unidas. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1992/11/Impunity-conference-report-1992-spa.pdf>
- van Boven, T. (1993). Derecho de restitución, compensación y rehabilitación. En *Encuentro internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos*, (pp. 315-336). Commission National Consultative des Droits de L'homme – Comisión Internacional de Juristas – Organización de Naciones Unidas. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1992/11/Impunity-conference-report-1992-spa.pdf>
- Zorrilla, M. (2005). La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual. *Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos*, (34). <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho34.pdf>

