

# LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE SUS ANTECEDENTES Y SU REGULACIÓN ACTUAL

Por José Benegas

Para ESEADE. Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas

*"A person stands a better chance of being tried and judged for killing one human being than for killing 100,000."*

José Ayala Lasso, ex Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas

## Origen del tribunal

La aspiración de formar un tribunal internacional en materia criminal, con jurisdicción universal es concomitante con la preocupación con encontrar mecanismos para juzgar el genocidio a partir de la conclusión de la segunda guerra mundial, cuando se conocen los crímenes del nazismo.

La comunidad internacional se encuentra ante la necesidad de lidiar con delitos gravísimos cometidos por el régimen nazi que luego serán juzgados por los tribunales ad hoc de Nüremberg.

La palabra genocidio proviene del griego *genos*, que quiere decir raza o tribu, combinada con el término latino *cide*, que significa asesinato y fue acuñada para describir los actos cometidos en ese período histórico.

El tribunal de Nüremberg sentó el criterio a su vez de que la "*persecución por razones políticas, raciales o religiosas*" era una de las dos categorías de crímenes contra la humanidad, y fijó el principio de la responsabilidad individual, ya no de los estados, por ese tipo de crímenes.

En 1946 la Asamblea de las Naciones Unidas incorpora como propios de la ley internacional, a los reconocidos por el Tribunal de Nüremberg (conocidos como "principios de Nüremberg").

Lo hace mediante la resolución 95 del 11 de diciembre de 1946, en la que "*confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Nüremberg y por la Sentencia de ese Tribunal*".

El Convenio de Ginebra de 12.VIII.1949, en su art. 85 remite expresamente a los "Principios de Nüremberg".

A su vez en el informe tendiente a la formación del Tribunal ad hoc para juzgar a *"las personas presuntamente responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex- Yugoslavia"*, el Secretario General de la ONU mencionó varias convenciones que afirmando que forman parte del Derecho Internacional consuetudinario: a) el Reglamento de La Haya de 1907, b) el Estatuto del Tribunal Militar internacional de Nüremberg de 1945 c) el Convenio sobre el crimen de genocidio de 1948 y d) los Convenios de Ginebra de 1949.

El Tribunal de Nüremberg condenó el crimen de guerra de "agresión" como un crimen internacional de orden "supremo" por contener en si mismo a todos los crímenes de guerra acumulados. Lo define como el inicio de la guerra *"violando tratados internacionales, acuerdos o compromisos, o participando en un plan común o conspiración para el logro de alguno de los anteriores"*.

El 9 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó la resolución 260 adoptando la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, *"reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad. Convencidas de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional...Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar"*. En el artículo IV se establece que *"Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares"*.

En el artículo VI se menciona por primera vez a la Corte Penal Internacional como posibilidad al señalar *"Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción."*

En la misma resolución la Asamblea General invitó a la Comisión Jurídica Internacional *"a estudiar la conveniencia y posibilidad de establecer un órgano judicial internacional para el juzgamiento de personas acusadas de genocidio"*.

La comisión concluyó que el establecimiento de una corte internacional para juzgar ese crimen u otros de similar gravedad, era tan deseable como posible y como consecuencia la Asamblea General estableció un comité preparatorio de la propuesta. Ese comité a su vez elaboró un borrador de estatuto en 1951 y una versión revisada en 1953. La Asamblea General, sin embargo, pospuso el

tratamiento del borrador por no encontrarse acuerdo para definir el delito de "agresión" que pretendía incluirse.

Desde entonces el asunto fue objeto de tratamiento permanente. En diciembre de 1989, como consecuencia de un pedido de Trinidad Tobago, la Asamblea General le pidió a la Comisión Jurídica Internacional que continúe el trabajo incluyendo la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional sobre el delito de narcotráfico.

El conflicto en la ex Yugoslavia dispara nuevamente la preocupación de la comunidad internacional por los delitos contra la humanidad, el genocidio y las persecuciones raciales. En respuesta a eso el Consejo de Seguridad establece un tribunal ad hoc para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos en la ex Yugoslavia.

Muy poco después la Comisión Jurídica Internacional completó un borrador de estatuto para la Corte Penal Internacional y en 1994 lo envió a la Asamblea General, la que a su vez crea una comisión ad hoc que se reúne dos veces desde 1995. Después de considerar las conclusiones del Comité, la Asamblea creó una Comisión Preparatoria para el establecimiento de una Corte Penal Internacional. La última reunión de esta comisión fue en marzo de 1998 cuando completa el borrador final.

En su reunión número 52, la Asamblea General convoca a una conferencia diplomática de embajadores plenipotenciarios para el establecimiento de una Corte Penal Internacional que se reuniría en Roma desde el 15 de Junio al 17 de Julio de 1998.

La búsqueda de formar un Tribunal Penal Internacional para el juzgamiento de "delitos contra la humanidad" fue llamada el eslabón perdido del derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia de la Haya no tiene jurisdicción sobre los individuos sino sobre los Estados.

La creación del Tribunal que surge del Tratado de Roma viene a poner fin a ese estado de cosas, posibilitando el juzgamiento de la responsabilidad individual de acusados por la comisión de esta clase de crímenes.

### **Consideraciones sobre el derecho penal**

Las formas primitivas de derecho penal no estaban relacionadas con el ataque contra formas de supervivencia del ser humano como la propiedad o la propia vida, sino que tenían un carácter expiatorio y religioso.

El castigo por los crímenes tenía en su origen un carácter privado; la venganza era la institución que respondía a la necesidad de castigar actos reñidos con la convivencia.

La Ley del Tali3n, ojo por ojo, diente por diente, es la primera forma de proporcionalidad establecida entre el crimen y el castigo a aplicar. El sistema de las compensaciones nace luego como fen3meno colectivo: un pueblo compensaba a otro en bienes por el crimen que uno de sus miembros haba cometido contra un miembro del otro pueblo.

En 1764 C3sar Bonesana (Beccaria) publica el libro "*De los delitos y las penas*" que marca los lineamientos de lo que se conoce como "*derecho penal liberal*", sentando las bases para la construcci3n de una ciencia penal basada en la idea del respeto irrestricto a las garantas del sujeto juzgado, que sirva de marco legtimo para el ejercicio de la actividad represiva del Estado.

Lo que Beccaria logra es fijar las bases para el establecimiento de un derecho penal propio de un Estado de Derecho.

Ahora bien, el derecho penal liberal como tal es imposible sin un marco jur3dico liberal, es decir sin una constituci3n, pero cuando no la haba los penalistas de esta corriente liberal encontraban el fundamento de su ciencia en la raz3n o en la naturaleza de las cosas.

Francesco Carrara, publica en 1859 su "*Programma del Corso di Diritto Criminale*" (1859) que lleva el derecho penal a un grado m3ximo de perfecci3n t3cnica.

A partir de 3l, dice Jim3nez de Az3a, comienza la demolici3n del derecho penal liberal: "*Ya tenemos el derecho penal liberal construido por unos hombres que lo creen definitivo. Conviene recordar que Carrara le confa a sus discipulos el encargo de dedicarse m3s bien al derecho adjetivo, al derecho formal y rituario, que al derecho material, el cual crea asentado para siempre.*"<sup>1</sup>

## **Tratado de Roma**

El estatuto de Roma suscripto el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplom3tica de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, establece una Corte con personer3a jur3dica internacional a los efectos de juzgar personas por los cr3menes m3s serios de inter3s internacional. Su sede se fija en la Ciudad de La Haya, Pa3ses Bajos.

Los cr3menes que abarca su jurisdicci3n son los cr3menes de genocidio (principal motivo para la creaci3n de la Corte como ya se dijo), cr3menes de lesa humanidad,

---

<sup>1</sup> Op3sculo de Der. Penal y Criminolog3a N3 16, Lerner, Cba.

crímenes de guerra y el crimen de agresión, aunque éste último está sujeto a definición ulterior.

El genocidio es definido en el artículo 6 como una serie de actos con intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: La matanza de los miembros de ese grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo o el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Se fija como "*crímenes de lesa humanidad*" como una serie de actos cometidos "*como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*": asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura (en este caso debe remitirse a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes – 1984 - ), violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, Desaparición forzada de personas, apartheid, finalizando el enunciado del artículo 7 con esta definición: **"Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física"**

Los crímenes de guerra son también definidos por el tratado con una larga enunciación hecha con la misma técnica legislativa, a la que remitimos por razones de brevedad.

## **Impunidad o garantías**

*"The International Commission of Jurists considers these as essential elements for the creation of an effective institution that could deter violators and put an end to impunity"*

**Mona Rishmawi**  
**Comisión internacional de Juristas**  
**(Del discurso ante la Conferencia Plenipotenciaria**  
**para la creación de una Corte Internacional, Roma 1998)**

Si el fin perseguido por la creación del Tribunal Penal Internacional es terminar con la impunidad, entonces su éxito estará determinado por la condena a los imputados.

La historia que determina la creación del Tribunal Penal Internacional y la larga evolución del Derecho Penal hasta llegar a un criterio liberal que en la concepción de Becharía lo convierten en un cúmulo de garantías contra el ejercicio del poder punitivo, corren por carriles distintos. Se guían por principios inspiradores que no son iguales.

La primera gran diferencia es que mientras el sistema penal liberal hace hincapié en las garantías, partiendo de la ignorancia del juzgador sobre la culpabilidad del imputado, y recurre a una metodología o proceso para arribar a la verdad, la evolución que sigue a los principios de Nüremberg tiene por mira "*terminar con la impunidad*".

Uno está inspirado por la justicia en tanto castigo y el otro en la justicia considerada con las limitaciones humanas: el castigo no es el meollo de la cuestión en materia jurídico penal, sino la determinación de si ese castigo es debido, objetivamente en relación a una norma anterior y subjetivamente en relación al imputado.

No hace falta recurrir al clasicismo liberal en la materia para descartar la cuestión de la impunidad como el centro del problema, porque un sistema "jurídico" no es idóneo para castigar, sino para juzgar. El problema de la impunidad puede ser resuelto con el mero uso de la fuerza.

Las reglas jurídicas son más ambiciosas en ese sentido. Buscan determinar si la pena es necesaria o no, justa o no.

### **Tribunales ad hoc**

En materia de garantías, el derecho penal internacional nace ya como trasgresor. Desde el Tribunal de Nüremberg, hasta los Tribunales formados para juzgar los hechos en Ruanda y la Ex Yugoslavia, adolecen de grandes pecados en ese sentido.

Todos fueron tribunales ad hoc y no respetaban el principio de legalidad, que requiere no sólo que las conductas hayan sido condenadas, sino que lo fueran con certeza absoluta, en tipos penales cerrados y con penas perfectamente determinadas.

El artículo 18 de nuestra Constitución contiene garantías precisas contra este tipo de ejercicio del poder punitivo: "*Ningún habitante de la Nación puede ser penado*

*sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa..."*

El Código de Procedimientos en lo Criminal de la Capital, en términos similares a los de las provincias determina: "*Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho... Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente. Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía*".<sup>2</sup>

Todo el proceso que lleva a la creación del Tribunal Penal Internacional transgrede estos principios. Y esto ocurre justamente porque la finalidad de este incipiente derecho penal internacional es de naturaleza esencialmente diversa al que inspira al derecho penal liberal.

El hecho de que la constitución de tribunales ad hoc signifique un problema de garantías y en definitiva de derechos humanos es ampliamente reconocido: "*The creation of ad hoc tribunals by emergency resolution after the crimes have started to be committed may be necessary, but it is legally undesirable*" Así lo señalaba el profesor James Crawford de la Comisión Jurídica Internacional<sup>3</sup>.

"No deseable jurídicamente, pero necesario" son términos que conducen a la justificación de los medios por el fin. En este caso, el fin que es hacer operativos los derechos humanos en el mundo estaría siguiéndose poniéndolos en crisis.

Podría argumentarse tal vez en función del mal menor, que esta trasgresión es menor que la comisión de un genocidio, pero eso significaría en mi opinión no entender la naturaleza del problema ni la solución buscada. Al genocidio se le pone fin con hechos, interviniendo los Estados para detenerlo. De lo que se trata al montar una estructura jurídica es de juzgarlo y entonces es el imputado, cualquiera sea el crimen que se le imputa (recordemos que cualquier sana concepción del derecho penal reconoce el principio de inocencia), el sujeto de preocupación para una política de derechos humanos.

## **Castigo, justicia y perdón**

---

<sup>2</sup> Arts 1 y 2 del Código de Procedimientos en lo Criminal y Correccional de la nación.

<sup>3</sup> Del discurso ante la Conferencia Plenipotenciaria para la creación de una Corte Internacional, Roma 1998

La preocupación de la comunidad internacional por los horrendos crímenes cometidos por gobiernos contra su propia población es correcta. Los cuestionamientos de este trabajo no tienen que ver con una simpatía o neutralidad frente al problema, cómo defender garantías como las del artículo 18 citado, tampoco implican eso respecto de los demás delitos.

Lo esencial es que la punición no necesita de un tribunal y un proceso legal; es la justicia hecha por hombres falibles la que requiere esos medios como legitimación de cualquier castigo. Dicho en otros términos: el derecho penal legitima la pena, pero no la hace por sí posible; ésta es posible antes de la existencia de cualquier consideración jurídica.

La tendencia común también llevó a restringir una institución nacida de la evolución de siglos de experiencia como es la prescripción. La imprescriptibilidad aparece como si fuera una sanción por la gravedad de los delitos. Sin embargo la prescripción como institución no tiene como efecto quitar gravedad a los delitos. Es la pena la que guarda proporcionalidad con la gravedad del hecho, la prescripción se propone dar un valor al paso del tiempo y al olvido cuando la pena deja de tener sentido corrector.

Los delitos del código penal argentino por ejemplo, ocupan toda la escala de gravedad posible, los llamados delitos de "*lesa humanidad*" sólo se diferencian en la forma masiva en que se ejecutan. La prescripción aplicada a los primeros no los minimiza en cuanto a su gravedad.

La evolución de las instituciones jurídicas íntimamente ligada a la experiencia concibió también el perdón expreso a través de amnistías, aplicadas a momentos históricos de enfrentamientos en los que se cometieran graves crímenes. En este caso no es el paso del tiempo el fundamento sino a veces la imposibilidad de hacer justicia o el alto costo de hacerla que termina siendo mayor que el de no hacerla. En ese costo debe incluirse el de oportunidad, ante la posibilidad de sentar las bases de una paz futura.

Es cierto que tanto la prescripción, como las amnistías o en su caso los indultos, operan como mecanismos que aseguran impunidad y sin embargo son instituciones que se han desarrollado en los países de mayor respeto a los derechos humanos.

Estos paradigmas contradictorios tal vez puedan encontrarse en la forma en que se desarrolló el derecho penal como una evolución hacia instituciones que controlaran al Estado, a diferencia del derecho penal internacional que es consecuencia de acontecimientos políticos y es una reacción en medio de la conmoción por los grandes crímenes masivos del siglo XX.

## **Tipologías abiertas**

Lo paradójico del caso es que la indignación internacional no pudo superar algunos de los más notorios vicios que llevaron a determinados estados a construir monstruos totalitarios. Tal el caso de las tipologías abiertas propias del derecho penal Nazi, en el que era delito todo lo que atentara contra "*los sanos sentimientos del derecho alemán*".

El tratado de Roma contiene tipologías imprecisas o que requieren ser completadas por consideraciones doctrinarias o jurisprudenciales, que constituyen tipologías abiertas en tanto no queda claro con total precisión, como lo requiere una la ciencia del derecho penal, qué conductas están incluidas y cuáles quedan fuera.

En todos los casos se describen contextos políticos, siguiendo una técnica que deja un margen demasiado amplio de interpretación al juzgador. El caso más grave es sin duda el del inciso K del artículo 7 que habla sobre delitos de lesa humanidad, incluyendo en tal definición "*otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*".

En este caso se trata de un tipo en blanco, que deja al Tribunal en condiciones de violar derechos humanos en nombre precisamente de ellos.

Ni siquiera es suficiente que los tipos penales sean precisos, cosa que el tratado no alcanza, sino que la pena tiene que estar claramente establecida. El tratado en cambio establece una escala penal amplia en el artículo 75, para todos los delitos.

Tal amplitud, viola el principio *nulla pena sine lege* que el propio tratado dice asegurar. Las penas son las mismas entonces, o pueden ser las mismas que es lo que importa a los efectos de este análisis, para el caso de un individuo que declara "*que no se dará cuarte*" (artículo 8, inc. 12) hasta el exterminio (artículo 7, inc b).

## **Competencia**

El Tratado de Roma soluciona algunas cuestiones. La principal el carácter de ad hoc que tenían sus antecesores. El otro es que su jurisdicción, de nuevo al contrario que sus antecedentes, es a futuro; juzga hechos cometidos después de la sanción del Tratado.

El tribunal tiene una competencia complementaria. Se abre cuando los Estados no pueden o no quieren juzgar los crímenes que castiga el tratado.

Si bien no se establecen reglas para establecer esos impedimentos o falta de voluntad, el tratado contiene algunos puntos contradictorios. La cosa juzgada es relativizada en el artículo 20 cuando se trata de sentencias de tribunales internos

de los países, también sin un criterio claro más allá del desacuerdo del Tribunal Internacional con el eventual resultado absolutorio de ese proceso.

Al contrario, el Tribunal no serviría como instancia de revisión ante una condena injusta de un juez interno.

En ese sentido el estatuto deja gruesos vacíos. Por ejemplo nada dice respecto a qué ocurre si el impedimento de un estado para juzgar a uno de sus nacionales es de orden jurídico, como sería el caso de la inexistencia de una ley anterior que castiga la conducta.

### **El sistema penal y las víctimas**

En cambio otro aspecto positivo del tratado es que incluye entre los imputables a agentes no estatales. Lo contrario significaría un aval para las acciones de grupos que sin ser oficiales, ejercen poder de orden político y a veces exclusivamente por medio del terror.

"The Statute should apply to State agents as well as non-State actors. Otherwise, the Court will not be relevant to the current world of internal conflicts"<sup>4</sup>. Sin embargo, en el caso de la tortura, remitiendo al tratado respectivo, no podemos decir lo mismo, dado que sólo son imputables de tal crimen los funcionarios estatales. Si el acento estuviera puesto en las víctimas tal distinción no se haría.

La evolución del derecho penal liberal también corrió paralela a la importancia que se le dio a la víctima en el proceso. La víctima no es una entidad abstracta como un pueblo, un estado o una comunidad, aunque sea internacional, sino la o las personas que sufren la acción criminal.

La óptica en ese sentido de este derecho penal internacional es la de la existencia de una víctima colectiva: "*La Corte Penal Internacional debería tener competencia sobre aquellos pocos, pero gravísimos crímenes que ofenden a la conciencia universal en su conjunto.*"<sup>5</sup> Este punto de vista también es común: la conmoción internacional es una fuente importante de esta evolución internacionalista del derecho penal.

El estatuto habla a su vez de los delitos "*más graves de trascendencia internacional*". A su vez en el preámbulo se señala que "*en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad*"

---

<sup>4</sup> Mona Rishmawi, de la Comisión Internacional de Juristas en el discurso citado.

<sup>5</sup> Del discurso del ministro de Justicia argentino Granillo Ocampo ante la Conferencia Plenipotenciaria de Roma.

Sin duda los sentimientos que mueven estos párrafos deben compartirse. La cuestión aquí es otra. Si tales emociones deben ser el fundamento del establecimiento de un régimen represivo o si debieron ser el justificativo para que la comunidad internacional actuara en todos los casos y no sólo en algunos, para poner fin a semejantes atrocidades.

Tal vez lleguemos así a la conclusión de que los sentimientos no se usan en el momento adecuado, que sería cuando podrían rendir fruto, y en cambio se apela a ellos para endurecer la persecución de los autores una vez que consuman sus crímenes. En este momento, mientras el Tribunal de Roma se encuentra en pleno funcionamiento y la comunidad internacional se ha dado sus tratados olvidando principios básicos del debido proceso, múltiples crímenes contra la humanidad se están consumando.

José Benegas