

PERSPECTIVAS EXTRANJERAS

De Versalles a Ruanda en 75 años: la necesidad
de establecer una corte penal internacional permanente

M. Cherif Bassiouni

DE VERSALLES A RUANDA EN 75 AÑOS: LA NECESIDAD DE ESTABLECER UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE*

M. Cherif Bassiouni **

Introducción

La historia y el registro de los cuerpos internacionales encargados de investigar y llevar a cabo juicios penales, desde el Tratado de Versalles hasta la Corte Penal Internacional para Ruanda, muestran claramente la necesidad de crear una corte penal internacional permanente. En ausencia de dicha corte, no sólo han quedado impunes muchas atrocidades, sino que cada uno de los tribunales *ad hoc* y de las investigaciones creados han sido víctimas de los intereses encontrados de la política o de la influencia de una situación geopolítica cambiante. Como lo muestra el esfuerzo histórico de las Naciones Unidas por establecer una corte penal internacional y un código penal (internacional)***, esta tarea es controversial y compleja. Sin embargo, las lecciones de los pasados 75 años son fundamentales.

Entre 1919 y 1994 hubo cinco comisiones internacionales de investigación *ad hoc*, cuatro tribunales penales internacionales *ad hoc* y tres juicios nacionales recomendados u ordenados internacionalmente, los cuales surgieron tanto de la primera como de la segunda guerra mundial. Estos procesos fueron establecidos por distintas vías legales, mediante diversos tipos de mandatos, muchos de los cuales produjeron resultados contrarios a aquellos para los cuales habían sido creados.

* Traducción de María José Vallejo y Ana Lucía Jaramillo, estudiantes de derecho. Título original: *From Versailles to Rwanda In 75 years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court*. Tomado de *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 10, 1997. Permission granted © (1997) by the President and Fellows of Harvard College and the Human Rights Journal.

** Profesor de derecho, presidente del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de De Paul; presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal; presidente del Instituto Internacional para Altos Estudios en Ciencias Criminológicas; vicepresidente del comité preparatorio para el establecimiento de una Corte Penal Internacional Permanente de la ONU; ex presidente del comité de expertos establecida por el Consejo de Seguridad de la ONU para investigar las violaciones del derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia. El punto de vista aquí expuesto es exclusivamente el del autor.

*** Aclaración de los traductores.

Las investigaciones y los juicios se llevaron a cabo para satisfacer el deseo popular de reaccionar frente a los eventos trágicos y a las conductas impactantes que tuvieron lugar durante los conflictos armados de la época. A pesar de la presión de la población para que se hiciera justicia, sólo se establecieron cuerpos de investigación y juicio para unos pocos conflictos internacionales. Los conflictos domésticos, sin importar qué tan brutales fueran, no llamaban mucho la atención de las potencias mundiales, cuya voluntad política ha sido fundamental para la conformación de esos cuerpos. El Tribunal de Ruanda, el único autorizado para juzgar el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra cometidos durante un conflicto armado no internacional, ha tenido poco éxito hasta la fecha.

Incluso en los casos en que se han establecido tribunales y comisiones investigadoras, su meta —la búsqueda de la justicia mediante métodos y procedimientos independientes, efectivos y justos— rara vez se ha conseguido. Por el contrario, el establecimiento y la administración de estos cuerpos han estado subordinados a las metas de la *realpolitik*. Ellos estaban, en grados diferentes, controlados o influenciados por consideraciones políticas, algunas veces ejercidas de manera directa y otras veces utilizando técnicas más sutiles. Con frecuencia, fueron decisiones políticas las que llevaron a las dificultades logísticas, de personal y legales que contribuyeron al mal funcionamiento de los tribunales. Se utilizaron métodos burocráticos y financieros para dirigir, restringir, revisar y finalmente acabar con estos cuerpos, debido a razones políticas. Los políticos, usualmente de manera intencional, dejaban que el tiempo pasara para que el interés público en que se hiciera justicia mermara, la presión del público se erosionara y así ellos se excusaban del compromiso que tenían de asegurar el éxito de aquellos cuerpos.

Un ejemplo fehaciente del característico juego entre derecho y política en estos cuerpos es el de la asignación de las responsabilidades durante las diferentes etapas del juicio. Frecuentemente, había una separación total entre el establecimiento de los cuerpos y su administración. De manera similar, la etapa de investigación estaba separada de la etapa del juicio, y en cada caso, sin excepción, los cuerpos judiciales que pronunciaban sentencias se disolvían después de dictar la respectiva sentencia. La etapa de ejecución de la pena, que implicaba indultos y posteriores liberaciones antes de que ésta se cumpliera, solía ser responsabilidad de un funcionario de carácter político, cuyas decisiones no necesariamente estaban motivadas por su preocupación por hacer justicia.

Esta compartimentalización hace aún más difícil valorar la naturaleza, el propósito y el impacto de las decisiones políticas por las cuales se creaban, administraban y terminaban estos cuerpos. Quienes participaban en una etapa (del proceso), raramente estaban presentes en las siguientes. Además, récords institucionales que documentan las diversas etapas rara vez reflejan la actividad detrás de la cortina

política. Dentro del proceso político, las personas suelen ser renuentes a traicionar a aquellos a quienes les deben sus posiciones, divulgando las consideraciones políticas que influyen en la operación de estos cuerpos. Entonces, la historia real de estas instituciones es normalmente incompleta.

Si las lecciones del pasado deben instruir el curso del futuro, entonces la creación de un sistema permanente de justicia penal internacional con una memoria institucional continua es imperativa. Pero ese sistema debe ser independiente, justo y efectivo, de manera que pueda evadir los errores de las experiencias pasadas. Sobre todo, debe ser un sistema salvaguardado de los vaivenes de la *realpolitik*. El compromiso es un arte de la política, no de la justicia.

Estos puntos serán ilustrados a través del examen de las comisiones investigadoras *ad hoc* y de los tribunales penales internacionales que han existido. Después, este artículo repasará los esfuerzos realizados por las Naciones Unidas para establecer una corte penal internacional y para codificar algunos crímenes internacionales.

I. Comisiones investigadoras *ad hoc* y tribunales penales internacionales desde 1919

Ha habido cinco comisiones internacionales investigadoras¹, cuatro tribunales internacionales *ad hoc*² y tres acusaciones por mandato

.....

1. (1) Comisión de 1919 para determinar la responsabilidad de los autores de la guerra y para la ejecución de las penas (Comisión de 1919); (2) Comisión de las Naciones Unidas de crímenes de guerra; (3) Comisión para el Lejano Oriente de 1946 (FEC); (4) Comisión de expertos establecida de conformidad con la Resolución 780 (1992) del Consejo de seguridad para investigar los crímenes de la guerra y otras violaciones al derecho internacional humanitario en la antigua Yugoslavia (Comisión de expertos de 1992 de Yugoslavia); (5) Comisión independiente de expertos establecida de conformidad con la Resolución 935 (1994) del Consejo de seguridad para investigar violaciones graves al derecho internacional humanitario en el territorio de Ruanda (Comisión de expertos de Ruanda de 1994). Una comisión llamada la Comisión de la verdad (The Commission on the Truth) fue establecida durante los acuerdos de paz entre el gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la liberación nacional, FMLN. Esta comisión estaba, entonces, establecida para llegar a un acuerdo entre un gobierno y un movimiento insurgente interno. De todos modos, los tres miembros de la comisión eran designados por el secretario general de las Naciones Unidas. No es claro si esta comisión puede juzgarse como una comisión internacional, como es el caso de las mencionadas anteriormente. Para el informe de la comisión véase la carta del 29 de marzo de 1993 del secretario general enviada al presidente del Consejo de seguridad, U.N. SCOR, 48th sesión, U.N. Doc. S/25500 (1993).

2. (1) El Tribunal militar internacional de 1945 encargado de acusar a los principales criminales de guerra del escenario europeo, IMT; (2) el Tribunal militar internacional de 1946 encargado de acusar a los principales criminales de guerra del Lejano Oriente, IMTFE; (3) el Tribunal penal internacional de 1993 para la antigua Yugoslavia, ICTFY; (4) el Tribunal penal internacional de 1994 para Ruanda, ICTR.

internacional³ desde 1919. Dado a que todos estos procesos han estado relacionados, bien sea institucional o racionalmente, con el conflicto por el cual se crearon, su comprensión se hace más fácil a través de un análisis histórico.

A. Comisión para determinar la responsabilidad de los autores de la guerra y para la ejecución de las penas de 1919 (The 1919 Commission on the Responsibilities of the Authors of War and on the Enforcement of Penalties)

La primera comisión investigadora internacional fue creada por los Aliados victoriosos al final de la primera guerra mundial durante la Conferencia preliminar de paz en París de 1919 celebrada entre las potencias aliadas y asociadas⁴. En esta conferencia, los representantes de los Aliados negociaron la rendición de Alemania y el tratado de paz, cuyos términos ellos mismos dictaron. Gran parte del debate llevado a cabo por los Aliados giraba en torno a asuntos relacionados con el proceso al

.....

3. (1) Las acusaciones de 1921-1923 de la Corte Suprema alemana de conformidad con la petición de los Aliados apoyadas en el Tratado de Versalles (juicios de Leipzig); (2) las acusaciones de 1946-1955 de las cuatro principales potencias aliadas en el escenario europeo de conformidad con la Ley 10 del Consejo de control (CCL No. 10); (3) las acusaciones militares de 1946-1951 de las potencias aliadas en el Lejano Oriente de conformidad con las directrices de la FEC.

4. Antes de la Comisión de 1919, el Fondo Carnegie para la paz internacional estableció una comisión no gubernamental compuesta de personalidades internacionales, para investigar atrocidades denunciadas contra civiles y prisioneros de guerra durante la primera guerra de los Balcanes en 1912 y la segunda guerra de los Balcanes en 1913. (*Carnegie endowment for international peace, the other balkan wars: a 1913 carnegie endowment inquiry in retrospect with a new introduction and reflections on the present conflict*, by George F. Kennan (1993)). Los siete miembros presentados por el Fondo Carnegie eran de los siguientes países: el imperio Austrohúngaro (1), Gran Bretaña (1), Francia (2), Alemania (1), Rusia (1) y los Estados Unidos (1). En el comienzo de la segunda guerra de los Balcanes, en pro de darle al mundo occidental una "clara y confiable imagen de lo que estaba sucediendo en la región afectada", la comisión investigó el conflicto y la conducta de los individuos. *Ibid* en 6. Varias misiones fueron conducidas por la Comisión balcánica y subsecuentemente un informe sustancial basado en los hallazgos de la comisión fue publicado. La Comisión balcánica difundió su informe en julio de 1994. En agosto, la primera guerra mundial comenzó y el informe se volvió relevante para la historia.

Las atrocidades informadas por la Comisión balcánica tuvieron un extraordinario parecido con aquellas informadas por la Comisión de expertos de Yugoslavia en 1992. Para una valoración de las similitudes, compárese el *Carnegie endowment for international peace, report of the international commission to inquire into the causes and conduct of the balkan wars (1914)*, reimpresso en BALKAN WARS, *supra*, con el informe final para la Comisión de expertos establecida de conformidad con la Resolución 780 del Consejo de seguridad (1992), U.N. SCOR, sesión 49, anexo, U.N. Doc. S/1994/674 (1994); anexos al informe final, U.N. SCOR, sesión 49, U.N. Doc. S/1994/674/Add.2 (1994).

káiser alemán Guillermo II, así como los de otros criminales de la guerra alemana y los de algunos oficiales turcos por "crímenes contra las leyes de la humanidad"⁵. Finalmente, después de mucho compromiso, los representantes de los Aliados acordaron los términos del Tratado de paz entre las potencias aliadas y asociadas y Alemania, que se firmó en Versalles el 28 de junio de 1919⁶. El artículo 227 del tratado se refería a la creación de un tribunal penal internacional *ad hoc* para juzgar al káiser Guillermo II por iniciar la guerra⁷. El tratado también dispuso, en sus artículos 228 y 229, el proceso para el personal militar alemán acusado de violar las leyes y costumbres de guerra ante tribunales militares aliados o ante cortes militares de cualquiera de los Aliados⁸.

La Comisión oficial intergubernamental establecida por la Conferencia preliminar de paz se llamó la Comisión para determinar la responsabilidad de los autores de la guerra y para la ejecución de las penas⁹. Su mandato consistía en investigar y elabo-

5. Para información acerca del genocidio de armenios véanse, VAHAKN., N. Dadrian, THE HISTORY OF THE ARMENIAN GENOCIDE (1995); Vahakn N. Dadrian, "Genocide as a problem of national and international law: The World War I Armenian case and its contemporary legal ramifications", 14 *Yale J. International Law* 221 (1989); TOYNBEE, Arnold J. *Armenian atrocities* (1915).

6. Tratado de paz entre las potencias aliadas y asociadas y Alemania, firmado en Versalles, junio 28 de 1919, 2 *Bevans* 43 [de aquí en adelante Tratado de Versalles].

7. *Ibid.* artículo 227, en 136.

8. El artículo 228 establece: "El gobierno alemán reconoce el derecho de las potencias aliadas y asociadas de traer ante tribunales militares a personas acusadas de haber cometido actos en los que se hayan violado las leyes y costumbres de la guerra. Esas personas deberán, si son encontradas culpables, ser sentenciadas a penas impuestas por la ley. Esta disposición se aplicará sin tener en cuenta cualquier procedimiento o proceso ante un tribunal en Alemania o en el territorio de alguno de sus aliados.

El gobierno alemán deberá entregarles a las potencias aliadas y asociadas, o a alguna que lo pida, a todas aquellas personas acusadas de haber cometido un acto en violación de las leyes y las costumbres de la guerra, que estén especificadas tanto por nombre o rango, oficio, o empleo que ellas ostentaron bajo la autoridad alemana".

El artículo 229 establece: "Las personas culpables de actos criminales contra los nacionales de una de las potencias aliadas y asociadas serán llevadas a los tribunales militares de esa potencia.

Las personas culpables de actos criminales contra los nacionales de más de una de las potencias aliadas y asociadas serán llevadas a tribunales militares compuestos por miembros de los tribunales militares de las potencias que tengan que ver.

En cada caso el acusado podrá elegir su abogado".

Ibid. artículos 228 y 229, en 137.

9. La Comisión estaba compuesta por dos miembros de cada una de las cinco grandes potencias: los Estados Unidos de Norteamérica, el Imperio Británico, Francia, Italia y Japón. Los estados adicionales que componían las potencias aliadas y asociadas eran Bélgica, Bolivia, Brasil, China, Cuba, Checoslovaquia, Ecuador, Grecia, Guatemala, Haití, The Hedjaz, Honduras, Liberia, Nicaragua, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Rumania, el Estado Serbo-Croata-Esloveno, Siam y Uruguay

rar informes sobre la responsabilidad de aquellos que habían iniciado la guerra y aquellos que habían violado las leyes y las costumbres de la guerra para poder juzgarlos¹⁰. La comisión se reunió durante dos meses y condujo intensas investigaciones¹¹. Este trabajo debía terminar en la formulación de cargos a individuos reconocidos por haber cometido determinados crímenes de guerra. Sin embargo, basándose en el desarrollo posterior de la administración del mandato de la comisión, es razonable cuestionarse si las intenciones de los Aliados eran procurar la justicia o si sólo pretendían usar símbolos de justicia para alcanzar sus metas políticas.

La comisión completó su informe en 1920 y suministró una lista de 895 presuntos criminales de guerra¹², que iban a ser juzgados por el tribunal de los Aliados. La comisión también buscó formular cargos a los oficiales turcos y a otros individuos por "crímenes contra las leyes de la humanidad"¹³, basados en la llamada cláusula Martens que contiene el preámbulo de la Convención de La Haya de 1907¹⁴. Esta cláusula establece:

(*Carnegie endowment for international peace, the treaties of peace 1919-1923 (1924)*). Los estados adicionales, teniendo un interés especial en la materia, se reunieron y decidieron que Bélgica, Grecia, Polonia, Rumania y Serbia debían nombrar un representante ante la comisión. (Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminary Peace Conference, marzo 29, 1919, 14 AM. J. INT'L L. 95, 96 (1920)). [de aquí en adelante informe de la Comisión de 1919].

10. 1919 Commission Report, *supra* pie de página 9, en 95.

11. WILLIS, James f. *Prologue to Nuremberg: the Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War* 68 (1982).

12. Las fuentes varían en cuanto al número de personas acusadas por crímenes de guerra. Véanse TAYLOR, TELFORD. *The Anatomy of the Nuremberg Trials* 17 (1992) (que establece que los Aliados presentaron una lista de 854 individuos, incluyendo figuras políticas y militares); BASSIOUNI, M. Cherif *Crimes against humanity in international criminal law* 200 (1992) [de aquí en adelante crímenes contra la humanidad] (que establece que los Aliados suministraron una lista de 895 criminales de guerra reconocidos).

BIERZANEK, Remigiusz. War crimes: history and definition, en 3 *International Criminal Law* 29, 36 (M. Cherif Bassiouni edition, 3 vols., 1987) [de aquí en adelante ICL] (establece los 901 nombres que aparecieron en la lista).

13. Crimes against humanity, *supra* pie de página 12, en 170. Véanse ARONEANU, Eugene. *Le crime contre l'humanité* (1961); DROST, Pieter. *The Crime of State* (2 vols. 1959); SCHWELB, Egon. *Crimes against Humanity*, 23 BRIT. Y.B. INT'L L. 178 (1946).

14. Convención acerca de las leyes y costumbres de la guerra terrestre, octubre 18, 1907, preámbulo, 36 Stat. 227, 2779-80, 1 Bevans 631, 632 [de aquí en adelante Convención de La Haya de 1907]. Véase también *Carnegie endowment for international peace, the proceedings of the hague peace conferences: translation of official texts—The conference of 1899* 548 (1920). Para comentarios acerca de la cláusula Martens, véase BENVENUTI, Paolo. "La clausola Martens e la tradizione classica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati", *Scritti degli Allievi in memoria di Giuseppe Barile* 173 (1993). Exposiciones similares acerca de la Cláusula Martens, nombra

“Hasta cuando se emita un código más completo de crímenes de guerra, las altas partes contratantes consideran que es urgente declarar que en aquellos casos no contemplados por las regulaciones emitidas por ellos, los habitantes y las partes beligerantes se encuentran sometidos a la protección y al imperio de los principios del derecho de las naciones, que son resultado de las costumbres de los pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad y de los dictámenes de la conciencia pública”¹⁵.

Confiando en lo dispuesto por la cláusula Martens, la convención contenía sólo una porción de las leyes de la humanidad y otros principios generales del derecho aplicables a los conflictos armados. Esta codificación parcial no implicaba el desconocimiento del resto de la legislación positiva internacional que potencialmente podía ser aplicada, sino que simplemente aplazaba la codificación para un momento posterior en el que pudiera obtenerse un mayor consenso político al respecto. La comisión creía poder justificar la formulación de cargos por “crímenes contra las leyes de la humanidad” en la cláusula Martens. Sin embargo, los Estados Unidos y Japón se opusieron específicamente con base en que el mandato de la comisión consistía en investigar violaciones a las leyes y costumbres de la guerra y no a dichas violaciones respecto a las “leyes de la humanidad”, que aún no estaban codificadas¹⁶.

Pese a que se formularon cargos contra los oficiales turcos por la matanza a gran escala de armenios en Turquía, en 1915, ninguna acción fue llevada a cabo¹⁷. Estos

da así en honor a Fyodor Martens, el diplomático y jurista ruso que redactó la cláusula, aparecieron en cada una de las convenciones de Ginebra de 1949 y en los protocolos de 1977. Véase Convención de Ginebra para el mejoramiento de las condiciones de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en el campo de combate, agosto 12, 1949, artículo 63 (4), 6 U.S.T. 3114, 3152, 75 U.N.T.S. 31, 68; Convención de Ginebra para el mejoramiento de las condiciones de los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el océano, agosto 12, 1949, artículo 62 (4), 6 U.S.T. 3217, 3254, 75 U.N.T.S. 85, 120; Convención de Ginebra relativa a la protección de civiles en tiempos de guerra, agosto 12, 1949, artículo 158 (4), 6 U.S.T. 3516, 3622, 75 U.N.T.S. 287, 392; Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra, agosto 12, 1949, artículo 142 (4), U.S.T. 3316, 3424, 75 U.N.T.S. 135, 242; Protocolo adicional a las convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y relacionado con la protección de víctimas del conflicto armado internacional (Protocolo I) adoptado el 8 de junio de 1977, referido en 16 I.L.M. 1391.

15. Convención de La Haya de 1907, *supra* pie de página 14, preámbulo.

16. Véase Memorando de reservas presentadas por los representantes de los Estados Unidos al informe de la Comisión de responsabilidad, abril 4 de 1919, reimpresso en 14 AM J. INT'L L. 127, 144-51 (1920) (de aquí en adelante anexo II); Reservas de la comisión japonesa, (anexo III), abril 4 de 1919, reimpresso en 14 AM. J. INT'L L. 151 (1920).

17. Véase DADRAN. *Genocide as a Problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and its Contemporary Legal Ramifications*, *supra* pie de página 5, en 223. El gobierno y los escritores turcos han negado consistentemente que esa masacre ocurrió. En su lugar, han argumentado que existían confrontaciones étnicas entre los armenios y otros turcos que acasionaron en víctimas de ambos bandos. Véase DADRAN, Vahakn N. “Documentation of the Armenian genocide in Turkish sources”, en 2 *Genocide: a critical Bibliographic Review* 86 (Israel W. Charney editorial, 1991).

cargos se basaban en el Tratado de Sevres de 1920 entre los Aliados y Turquía¹⁸, que previó que Turquía debía rendirse frente a la posibilidad de que personas acusadas fueran juzgadas por "crímenes contra la humanidad". Pero el Tratado de Sevres no fue ratificado, y sus disposiciones nunca se implementaron. En cambio, fue remplazado en 1923 por el Tratado de Lausanne¹⁹, que no contenía disposiciones acerca de procesos, sino que tenía un anexo no publicado que otorgaba amnistía a los oficiales turcos²⁰.

Debido a que los Aliados estaban interesados en la estabilidad de Turquía y no deseaban alienar a la nueva elite dirigente turca, que estaba del lado de las potencias occidentales, hubo impunidad para los oficiales turcos por los crímenes de guerra. En ese momento, la Revolución bolchevique de 1917, que derribó al régimen zarista, les preocupaba a Inglaterra y a Francia. Turquía, en la frontera del nuevo régimen comunista y siendo la potencia que controlaba los estrechos del Bósforo y de Dardanelles, a través de los cuales la marina rusa debía pasar para llegar al Mediterráneo, era necesaria para el "campo occidental". Por tanto, los intereses políticos prevalecieron sobre la procura de justicia.

B. El fracaso de los Aliados para establecer procesos de conformidad con el Tratado de Versalles

El Tratado de Versalles no condujo a que la Comisión de 1919 llevara a cabo los eventuales procesos, reconocidos en sus artículos 228 y 229, lo que generó un vacío institucional entre la fase de investigación y la de acusación. Sin embargo, si el resultado de la investigación era útil políticamente, podía ser utilizado eventualmente para hacer acusaciones.

Las dos disposiciones principales del Tratado de Versalles, artículos 227 y 228, no se implementaron. Respecto a la acusación del káiser en virtud del artículo 227, éste buscó asilo en los Países Bajos y, a través de canales diplomáticos, los Aliados discutieron la posibilidad de una posible petición de rendición al káiser. La respuesta

.....

18. Tratado de paz entre los Aliados y Turquía, agosto 10, 1920 (Tratado de Sevres), reimpresso en 18 *AM. J. INT'L L.* 179 (Supp. 1921).

19. Tratado con Turquía y otros elementos, julio 24, 1923 (Tratado de Lausanne), reimpresso en 18 *AM. J. INT'L L.* 1 (Supp. 1924).

20. Véase BASSIOUNI, M. Cherif. "The time has come for an international criminal court", 1 *IND. INT'L & COMP. L. REV.* 1, 2-4 (1991).

de los Países Bajos, cuyo monarca era el primo del káiser, fue negativa. Como resultado de ello, los Aliados no pidieron su extradición de manera formal y no hubo ningún proceso administrativo o judicial que negara la extradición del káiser²¹. Los Aliados culparon a los Países Bajos y algunos vieron en ello una manera de evitar el establecimiento de un tribunal de conformidad con el artículo 227. Los Aliados no estaban todavía preparados para crear un precedente de acusación contra un jefe de Estado por un nuevo crimen internacional. En realidad, esto era evidente en la escogencia de palabras que los Aliados hicieron cuando redactaron el artículo 227, cuyos autores principales fueron los representantes de Gran Bretaña:

"Las potencias aliadas y asociadas le leyeron públicamente la acusación a Guillermo II de Hohenzollern, emperador de Alemania, por una violación grave contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados.

Un tribunal especial será constituido para juzgar a los acusados, donde se les asegurarán las garantías esenciales del derecho de defensa...

En su decisión, el tribunal estará guiado por los principales motivos de la política internacional, desde un punto de vista que justifique las obligaciones de las promesas internacionales y la validez de la moral internacional...

Las potencias aliadas y asociadas enviarán una petición al gobierno de los Países Bajos para la rendición a ellos del exemperador de tal manera que éste pueda ser juzgado"²².

El texto no se refiere a ningún crimen internacional conocido, sino que caracteriza el implicado delito de agresión como un delito político. Entonces, en caso de que

.....

21. A través de canales diplomáticos, los Aliados pidieron a los Países Bajos "mantener al káiser disponible para juzgarlo", pero los Países Bajos a través de un informe negaron la petición, alegando que eso era una formalidad política y que los Aliados no podían esforzarse por asegurar su entrega. TAYLOR, Telford. *The Anatomy of the Nuremberg Trials* 16 (1992). El fundamento legal para negar la petición era que "el crimen imputado al káiser no existía en las leyes holandesas, no estaba mencionado en ningún tratado firmado por Holanda y que parecía tener más carácter político que penal" (*Ibid.*). Véase también WRIGHT, Quincy. "The legality of the káiser", 13 *AM. POL. SCI. REV.* 121 (1919). Los Países Bajos no atendieron las peticiones formales de extradición, porque los tratados de extradición se aplicaban sólo cuando habían ocurrido actos penales. Los Países Bajos veían los cargos contra el káiser como un "crimen político" porque la decisión de un jefe de Estado de ir a la guerra se encuentra dentro de la prerrogativa de la soberanía nacional y por tanto no es un crimen dentro de las leyes holandesas. Véanse GERNER, James W. "Punishment of offenders against the laws and customs of war", 14 *AM. J. INT'L L.* 70, 91 (1920); WILLIS, *supra* pie de página 11, en 66. Para la discusión de la excepción del crimen político respecto a la extradición véanse BASSIOUNI, M. Cherif. *International Extradition in United States Law and Practice* Ch. VIII (3d. edition 1996); WINGAERT, Christine Van Den. *The Political Offence Exception to Extradition: The Delicate Problem of Balancing the Rights of the Individual and the International Public Order* (1980).

22. Tratado de Versalles, *supra* nota de pie de página 6, artículo 227, en 136.

hubiera realizado una petición formal, el gobierno holandés contaba con un soporte legal válido para negar el intento de los Aliados de asegurar que el káiser fuera llevado a juicio. Esa petición no fue efectuada. Seguramente se tuvo la intención de que el artículo 227 fallara. Ofrecía una concesión a las masas europeas, quienes veían al Káiser como el ogro de la guerra, y a los gobiernos francés y belga, quienes querían humillar a Alemania por haber iniciado la guerra.

Respecto a la acusación que se pretendía con el artículo 228, en 1921, el ánimo de los Aliados de establecer tribunales militares separados o conjuntos había menguado y los nuevos desarrollos en Europa requerían que a Alemania no se la humillara más. Con el fin de evitar poner en peligro la estabilidad, ya vulnerable, de la República de Weimar²³, los Aliados le pidieron a Alemania acusar a un número limitado de criminales de guerra ante el Reichsgericht (Corte Suprema de Alemania) en Leipzig, en lugar de establecer un tribunal de los Aliados, como lo disponía el artículo 228²⁴.

C. Los juicios de Leipzig

Como respuesta a la petición de los Aliados de emprender acusaciones, Alemania, quien previamente había expedido una ley para implementar las disposiciones de los artículos 228 y 229, expidió nueva legislación para asumir jurisdicción internamente y así poder juzgar a los delincuentes acusados ante su Corte Suprema en Leipzig. De acuerdo con la ley alemana, el procurador general de la Corte Suprema tenía el derecho de decidir qué casos serían llevados a juicio. Entonces, los Aliados debían someter sus casos, incluyendo las pruebas, al procurador general, quien tenía funciones discrecionales de acusación. De la lista original de 895 nombres, preparada por la comisión original de 1919, los Aliados sometieron sólo 45 para acusación²⁵. Pese al informe extenso de la Comisión de 1919 y la información complementaria llevada por los Aliados ante el procurador general, finalmente sólo doce

.....

23. De acuerdo con el líder de la misión británica, en los juicios de Leipzig el gobierno alemán de la posguerra convenció al Consejo supremo que cualquier intento de arrestar a aquellos nombrados en la lista de los Aliados como criminales de guerra podía hacer que el gobierno se cayera.

24. Sin embargo, los Aliados sostuvieron que, a pesar de permitir que los alemanes condujeran los juicios ante tribunales alemanes, se reservaban el derecho de hacer a un lado las consideraciones alemanas y llevar a cabo las disposiciones del artículo 228 del Tratado de Versalles. Pero ello no ocurrió. *Ibid.* en 26. Véase también WILLIS, *supra* pié de página 11, en 142.

25. UCL, *supra* pié de página 12, en 36.

oficiales militares fueron procesados ante el Reichsgericht²⁶. No hubo más procesos, ni por parte de Alemania ni de los Aliados, contra aquellos acusados de crímenes de guerra por la Comisión de 1919, ni aquellos casos cuya acusación negó el procurador general alemán.

A pesar de que el armisticio entre Alemania y los Aliados había sido firmado en noviembre 11 de 1919, los juicios de Leipzig sólo empezaron hasta el 23 de mayo de 1921²⁷. En 1923, el deseo político de los Aliados de hacer justicia, procesando y castigando a aquellos que habían violado el derecho internacional humanitario se disolvió. El interés público internacional se disipó e intereses políticos domésticos en los países Aliados ensombrecieron cualquier interés que pudieran tener los académicos, intelectuales y ciudadanos de espíritu cívico belgas, franceses e ingleses. Para ese entonces, los Estados Unidos estaban en medio del aislamiento, con su rechazo de la visión internacionalista del presidente Woodrow Wilson que se evidenciaba en la negativa del Congreso de que los Estados Unidos formaran parte de la Liga de las Naciones.

Los juicios de Leipzig ejemplificaron el sacrificio de la justicia en beneficio de la política internacional y doméstica de los Aliados²⁸. El compromiso del tratado de juzgar y castigar delincuentes si Alemania fallaba en su tarea de hacerlo nunca se llevó a cabo. Los líderes políticos de las potencias principales en aquel entonces estaban más interesados en asegurar la paz futura en Europa que en procurar la justicia²⁹. En realidad, era una creencia común que la primera guerra mundial era "la guerra para acabar todas las guerras", y que la Liga de las Naciones iba a acomodar

26. Aquellos condenados recibieron sentencias que iban desde seis meses hasta cuatro años, pero no todos se vieron obligados a cumplir con estos términos tan indulgentes. (*Ibid.*). Durante estos procesos, los acusados eran animados por personas que asistían a los juicios y se reunían afuera de las cortes. Para el público, los acusados eran considerados héroes nacionales y se convirtieron en mártires de la opresión extranjera. Entonces, lo que se suponía que sería una fuerza de disuasión para futuras violaciones del derecho internacional humanitario, dio lugar al surgimiento de un fervor nacionalista y un sentimiento de indignación que se convirtieron en una fuerza de unificación en Alemania contra los Aliados. Véase *Ibid.* en 36-37. El partido nacional socialista (partido nazi) llegó al poder en 1932, sólo nueve años después de los juicios de Leipzig.

Sin embargo, el procurador general sí trajo sus propios casos contra soldados alemanes por crímenes cometidos durante la guerra. Por ejemplo, tres soldados alemanes fueron condenados por robar a un hostelero belga y fueron sentenciados a términos que oscilaban entre los dos y cinco años. WILLIS, *supra* pie de página 11, en 130. El resultado indicó que la corte alemana quería imponer sentencias más duras contra aquellos acusados por las autoridades alemanas, que para aquellos acusados por los Aliados (*Ibid.*).

27. *Crimes Against Humanity*, *supra* pie de página 12, en 202.

28. *Ibid.*

29. TAYLOR, *supra* pie de página 12, en 15.

un nuevo orden mundial que iba a prevenir guerras futuras. Sin embargo, los Aliados perdieron la oportunidad de establecer un sistema internacional de justicia que hubiera funcionado independientemente de consideraciones políticas para asegurar una justicia sin compromisos.

Los procesos débiles de justicia penal internacional posteriores a la primera guerra mundial no sólo fallaron en la labor de disuadir a los líderes militares que iniciaron la segunda guerra mundial, sino que, además, realzaron su cinismo. Durante un discurso en 1939, Hitler estableció una conexión entre sus planes para "limpiar" (su inicial eufemismo para exterminar) a los judíos, a los gitanos y a otros del Tercer Reich: "¿Después de todo, quién habla hoy acerca de destrucción de los armenios?"³⁰. Las palabras de Hitler reflejan una visión, todavía común en la actualidad, de que el imperio de la fuerza (*rule of might*) puede oscurecer el imperio de la ley (*rule of law*)³¹.

D. La Comisión de 1943 de las Naciones Unidas de crímenes de guerra (The 1943 United Nations War Crimes Commission)

Las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial convencieron de la necesidad de iniciar procesos internacionales después de la victoria de los Aliados. En 1942, las potencias aliadas firmaron un acuerdo en el palacio Saint James³²,

.....

30. WILLIS, *supra* pie de página 11, en 173 (citando a HITLER, Adolfo "Discurso a los jefes comandantes y generales comandantes en el Obersalzberg (agosto 22, 1939) en 3 *British Documents on Foreign Policy, 1919-1939*. Third Series, en 258 (E.L. Woodward *et al.* Eds, 1949-55); BAUMGART, Winfried. "Zur Ansprache Hitlers vor den Führen der Wehrmacht" (am 22 agosto 1939): Eine Quellenkritische Untersuchung, *Vierteljahrshette fur Zeitgeschichte*, abril 1968, 120. Pero véase ATAOF, Turkaya. *Hitler and the "Armenian Question"* (Monografía, Ankara University, 1992).

31. ¿Quiénes recuerdan ahora Biafra, Camboia, Uganda, Burundi, Liberia y otros genocidios? Véase, por ejemplo, RICHARD, Guy *et al.* *L'histoire Inhumaine: Massacres et Genocides des Origines a nos Jours* (1992); LIPPMAN, Mathew. The drafting of the 1948 Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, 3 B.U. *INT'L L. J.* 1 (1985). Más recientemente un autor estableció el número de víctimas de masacres sobre 160 millones. Véase RUMMEL, R.J. *Death by Government* (1994). Véanse también *Kampuchea: Decade of the Genocide* (Editorial Kimmo Kiljunen, 1984); *Report of the Cambodian Genocide Project* (1984); KUPER, Leo. *Genocide* (1981); STRENLAU, John. *The International Politics of the Nigerian Civil War 1967-1970* (1977).

32. La Declaración entre Aliados, enero 13, 1942, reimpressa en *Punishment for War Crimes: the Inter-Allied Declaration Signed at Saint James' Palace, London, on 13 January 1942, and Relative Documents* (Inter-Allied Information Committee, London, undated). Véase también, UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION. *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War 89-92 (1948)* [de aquí en adelante History of the UNWCC].

estableciendo la Comisión de las Naciones unidas de crímenes de guerra (United Nations War Crimes Commission, UNWCC)³³. La Declaración de Saint James fue el primer paso para la conformación del Tribunal militar internacional (*International Military Tribunal*) en Nuremberg. Pese a las grandes expectativas que existían en torno a la UNWCC, para efectos prácticos, este cuerpo investigador intergubernamental, que fue creado a través de un tratado, estaba subordinado a consideraciones políticas y finalmente fue relegado a un papel inferior al que esperaban los Aliados.

La UNWCC estaba compuesta por representantes de diecisiete naciones, muchas de las cuales eran gobiernos en exilio que poseían poderes limitados³⁴. Debido al futuro incierto de estos gobiernos exiliados, la UNWCC tenía poca influencia y apoyo político³⁵. Con la égida de las potencias aliadas, la UNWCC debía investigar y obtener pruebas de los crímenes de guerra³⁶. A pesar de este mandato, las potencias aliadas no le suministraron a la UNWCC personal investigador, personal de apoyo adecuado, ni fondos suficientes para realizar su trabajo. En efecto, dentro de los pocos meses siguientes a su creación, el primer presidente de la UNWCC, Sir Cecil Hurst, anunció que la comisión sería incapaz de cumplir su mandato³⁷. La UNWCC dependía de que los gobiernos le suministraran los informes, pero hacia finales de 1942 sólo había recibido 70 casos que contenían información incompleta o insustancial. Pese a las exhortaciones hechas a los gobiernos Aliados, hubo muy pocos datos nuevos por parte de éstos³⁸.

Sólo después de que los Aliados liberaron los territorios que habían sido ocupados por los alemanes, pudieron percibir la magnitud de las atrocidades que habían sido cometidas. Fue entonces cuando las fuerzas británicas y norteamericanas comenzaron a realizar una lista de personas sospechosas de ser criminales de guerra, a fin de separarlos de otros prisioneros ya liberados³⁹. En ese punto, el gobierno británico comenzó a presionar a la UNWCC para que completara su trabajo⁴⁰.

33. Pese a que el nombre de la Comisión contiene la sigla "Naciones Unidas", ésta no tenía relación con el cuerpo internacional fundado en San Francisco en 1945.

34. TUSA Ann & TUSA, John. *The Nuremberg Trial* 22 (1984) [de aquí en adelante TUSA & TUSA]

35. TAYLOR, *supra* pie de página 12, en 26-17.

36. La UNWCC estaba limitada a la investigación de crímenes de guerra. Entonces, pese a que algunos de sus miembros deseaban investigar los alegatos de atrocidades cometidas contra los judíos, no podían hacerlo porque esos actos constituían "crímenes contra la humanidad" y no crímenes de guerra. TUSA & TUSA, *supra* pie de página 34, en 22.

37. *History of the UNWCC*, *supra* pie de página 32; TUSA & TUSA, *supra* pie de página 34, en 22.

38. TUSA & TUSA, *supra* pie de página 34, en 23.

39. *Ibid.* en 29.

40. *Ibid.*

A pesar de la falta de cooperación inicial de los varios gobiernos y entre ellos, la UNWCC pudo alcanzar notables resultados al recopilar 8.178 expedientes de presuntos criminales de guerra y sirviendo como centro de información entre los gobiernos⁴¹. Pese a que la UNWCC recogió información relacionada con alegatos de crímenes de guerra, ella no estaba relacionada institucionalmente con el IMT o con los procedimientos posteriores realizados por las fuerzas de ocupación aliadas en Alemania de conformidad con la Ley 10 del Consejo de control (CCL No. 10), cada una de las cuales tenía su propio equipo investigador⁴², ni tampoco estaba vinculada con el Tribunal militar internacional para el Lejano Oriente (International Military Tribunal for the Far East, IMTFE) ni con los Tribunales militares aliados o comisiones en el Lejano Oriente. Sin embargo, varios gobiernos confiaban en la información recogida por la UNWCC para el desarrollo de sus procesos nacionales subsiguientes⁴³.

Entre 1942 y 1945, el apoyo político a este cuerpo menguó. Cuando los Estados Unidos comenzaron a dominar los procesos del IMT y a conducir sus procesos subsiguientes de conformidad con la CCL No. 10⁴⁴, en la misma corte de Nuremberg, el apoyo de los Estados Unidos a la UNWCC se evaporó. La influencia moral de la UNWCC sobre los gobiernos para obligar a la cooperación en la persecución de los acusados de ser criminales de guerra y de juzgar o extraditar a estas personas fue sustancialmente erosionada. Ello fue particularmente evidente respecto a los italianos acusados de ser criminales de guerra, quienes nunca fueron procesados⁴⁵.

.....

41. La UNWCC examinó los 8.178 expedientes suministrados por los gobiernos, y si se encontraba satisfecha con los contenidos, recomendaba la acusación del individuo. Los expedientes sumaban 24.453 acusados, 9.520 sospechosos y 2.556 testigos materiales. *History of the UNWCC, supra* pié de página 32, en 508-509.

42. La Ley 10 del Consejo de control y los procedimientos que se tomaron con base en ella están discutidos más adelante en el texto que acompaña los pies de páginas 79-82.

43. En 1942, los países europeos y los Estados Unidos habían llevado un total de 969 casos en sus respectivas cortes, implicando 3.470 acusados, de los cuales 952 fueron sentenciados a muerte, 1.905 fueron encarcelados y 613 fueron absueltos. *History of the UNWCC, supra* pié de página 32, en 518.

44. Véanse BUSCHER, Frank M. *The U.S. War Crimes Trial Program in Germany, 1946-1955* (1989); TAYLOR, Telford. *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials Under Control Council Law N. 10* (1949); APPLEMAN, John A. *Military Tribunals and International Crimes* (1954).

45. Véase texto *infra* que acompaña los pies de páginas 83-88. Los Estados Unidos y Gran Bretaña juzgaron un pequeño número de criminales de guerra italianos, sobre todo aquellos acusados de cometer crímenes contra su respectivo personal militar. Ochenta y un demandados fueron juzgados en 40 procesos llevados por los británicos en Italia. Véase R. PRITCHARD, John & GARWOOD-CUTLER, Jane L. *The Allied War Crimes Trials of Suspected Italian War Criminals, 1945-1949: A Forgotten Legacy with Vital Lessons for the Present Day* (forthcoming). Sin embargo, aquellos acusados por la UNWCC por crímenes de guerra cometidos fuera de Italia, de acuerdo con el conocimiento del autor, nunca fueron procesados.

E. El Tribunal militar internacional en Nuremberg (The International Military Tribunal at Nuremberg)

Mientras que la UNWCC recogía pruebas, las cuatro principales potencias aliadas debían llegar a una decisión respecto a la acusación y castigo de los criminales de guerra, particularmente los líderes del régimen nazi, requeridos a través de la Declaración de Moscú firmada en 1943 por Churchill, Roosevelt y Stalin⁴⁶. Gran Bretaña, inicialmente, favoreció la condena sumaria de los principales criminales de guerra, tales como Hitler o Himmler, sobre la base de que "su 'culpa era tan negra' que estaba 'por encima del ámbito de cualquier proceso judicial'"⁴⁷. En contraste, desde la discusión en el palacio de Saint James en 1942, Stalin abogó por un tribunal internacional especial para juzgar a Hitler, sus consejeros cercanos y sus líderes militares más antiguos⁴⁸. De manera similar, los Estados Unidos y Francia preferían el establecimiento de un tribunal internacional para juzgar a los criminales de guerra⁴⁹. Los norteamericanos y los franceses querían que el tribunal llevara un informe de la historia, educara al mundo y sirviera como una futura fuerza de disuasión. Gran Bretaña temía que procedimientos justos les permitieran a los acusados utilizar el tribunal como un foro de propaganda y justificación de sus actos. Esencialmente, la insistencia de los Estados Unidos, a través del presidente Truman y del juez Robert Jackson, dio como fruto que se comenzara a concebir la idea de una corte penal internacional.

Los procesos no estuvieron exentos de defectos. La URSS utilizó el tribunal para rescribir la historia: enjuiciaron alemanes acusándolos de crímenes de los cuales la Unión Soviética era responsable, como la desaparición de aproximadamente 15,000

46. Declaración sobre seguridad (Declaración de Moscú), 9DEPT ST. BULL. 308 (1943), reimpressa en 38 *AM.J. INT'L L.* 5 (1944). Uno de los pasos más influyentes para el establecimiento del Tribunal Militar en Nuremberg fue la reunión de un grupo aparentemente privado de estadistas, eruditos y oficiales públicos bajo el nombre de Asamblea internacional de Londres. Este grupo desarrolló muchos de los conceptos y algunas de las normas que fueron incluidos en los estatutos del IMT. Véase *Punishment of War Criminals: Recommendations of the London International Assembly* (Report of Commission I) (1994).

47. TAYLOR, *supra* pie de página 12, en 29.

48. *Ibid* en 26. Véase también TRAININ, Aron N. *Hitlerite Responsibility Under Criminal Law* (Rothstein trans., 1945) (1942). En 1946, el profesor Trainin escribió las memorias de su contribución a las acusaciones de los criminales de guerra alemanes en Trainin, A.N. "Le tribunal militaire international et le proces de Nuremberg", en 17 *Revue Internationale de Droit Penal* 263 (1946). Sin embargo, la URSS, dentro de su territorio, estaba ejecutando sumariamente a los presuntos criminales. TAYLOR, *supra* pie de página 12, en 52.

49. TAYLOR, *supra* pie de página 12 en 32.

prisioneros polacos, incluyendo entre 8.300 y 8.400 oficiales de esta nacionalidad⁵⁰. Además, el miedo de Gran Bretaña de que los procesos del IMT otorgaran a los acusados una base para su propia justificación se hizo realidad cuando Goering superó a Robert Jackson durante su interrogación y su abogado arengó al tribunal por dos días⁵¹. Sin embargo, las pruebas de los actos horrendos que se habían cometido opacaron cualquier cosa que los demandados o sus abogados tuvieran que decir. Finalmente, prevalecieron los valores y metas que pretendían alcanzar Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña.

Debido a que las cuatro mayores potencias aliadas tenían diferentes procedimientos penales nacionales, la redacción del documento del IMT fue particularmente difícil⁵². Mientras que los procedimientos británicos y norteamericanos son por naturaleza contenciosos y se basan en el *common law*, Francia tiene un sistema de derecho civil y la Unión Soviética tenía su propia *justicia socialista*⁵³. Los representantes de los países Aliados reconciliaron sus diferentes sistemas legales a través

50. ZAWODNY, J.K. *Death in the Forest: the Story of the Katyn Forest Massacre At 5* (1962).

51. Véase, por ejemplo, TAYLOR, *supra* pie de página 12, en 319.

52. Frente a esta dificultad también se encontraron los jueces del Tribunal para la antigua Yugoslavia (Tribunal for the former Yugoslavia) al elaborar las Reglas de procedimiento y pruebas. Las reglas fueron adoptadas por el tribunal en febrero 11, 1994. Tribunal internacional para la acusación de personas responsables de violaciones serias del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991 (ICTFY), sesión 2, Reglas de procedimiento y pruebas, adoptadas el 11 de febrero de 1994, U.N. Doc. IT/32 (1994). Los cambios realizados a las Reglas de Procedimiento y Pruebas fueron hechos posteriormente sobre una base *ad hoc* hasta septiembre de 1996.

Hasta el momento, el tribunal ha reformado sus reglas 11 veces. Esta diversidad de cambios también hizo evidente el que las acusaciones internacionales necesitan reglas *sui generis* y que la experiencia legal doméstica puede no ser relevante para esos procesos. Algunas de estas consideraciones fueron hechas durante la Segunda sesión del comité preparatorio para el establecimiento de una corte penal internacional (Second Session of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court) en relación con discusiones y propuestas acerca de Reglas de procedimiento y de pruebas. Informe del comité preparatorio para el establecimiento de una corte penal internacional. Vol. I, U.N. GAOR, Sesión 51, Supp. No. 22, paras. 212-93, U.N. Doc. A/51/22 (1996) [de aquí en adelante informe del comité preparatorio].

Sobre la discusión de las reglas del Tribunal, véanse BASSIOUNI, M. Cherif (*With the Collaboration of Peter Manikas*). *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (1996) [de aquí en adelante BASSIOUNI, Yugoslavia Tribunal]; MORRIS, Virginia & Scharf, MICHAEL *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (1995) [de aquí en adelante MORRIS & SCHARF, *An Insider's Guide*].

53. Véanse, por ejemplo, *The Criminal Justice System of the USSR* (M. Cherif Bassiouni & Valeri M. Savitsky eds., 1979); *Soviet Criminal Law and Procedure* (Harold Berman trans., 2d de. 1972); BERMAN, Harold. *Justice in the USSR* (1963).

de la creación de un proceso mixto⁵⁴. El Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 estableció el IMT y contenía un anexo con el estatuto del nuevo tribunal⁵⁵. La amalgama de sistemas legales, de acuerdo con el juez Jackson, operaba en beneficio de los demandados. Éstos podían, por ejemplo, pasar al estrado y testificar bajo juramento en su propia defensa o simplemente presentar al final del juicio un testimonio no juramentado ante la corte, sin someterse a un interrogatorio⁵⁶.

Los redactores también se enfrentaron con la ardua tarea de definir los crímenes por los cuales los demandados serían procesados. Finalmente, la Carta de Londres disponía en su artículo 6º la acusación por los siguientes crímenes: (a) crímenes contra la paz; (b) crímenes de guerra; y (c) crímenes contra la humanidad⁵⁷. Desde la perspectiva del principio de legalidad, los más fáciles de definir de los tres crímenes eran los crímenes de guerra. Los crímenes de guerra mencionados en el artículo 6º(b) incluían normas de derecho consuetudinario reconocidas por las partes, de

.....

54. Véanse MURPHY, John F. "Norms of criminal procedure at the International Military Tribunal", en *The Nuremberg Trial and International Law* 61 (George Ginsburgs & Vladimir N. Kudriavtsev eds., 1990). El mismo enfoque mixto que favorecía el modelo contencioso-acusatorio del *common law* es evidente en las Reglas de procedimiento y pruebas de la ICTFY; véanse *supra* pie de página 52, y las propuestas presentadas al Comité preparatorio de 1996 para el establecimiento de una corte penal internacional (1996 Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court); véase *supra* pie de página 52.

55. Acusación y castigo de los principales criminales de guerra en el Eje Europeo, agosto 8 de 1945, 82 U.N.T.S. 279, 59 Stat. 1544, 3 Bevans 1238 [de aquí en adelante Acuerdo de Londres]; Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, ago. 8, 1945, Carta del Tribunal militar internacional, 59 Stat. 1544, 1546, 82 U.N.T.S. 279, 284 [de aquí en adelante Carta de Londres].

56. *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials* at x-xi (U.S. Gov't Prtg. Off. 1949) [de aquí en adelante Jackson Report]. Sin embargo, debe ser anotado que desde una perspectiva legal procedimental y de probatoria, la IMT no estuvo exenta de fallas. En el juicio, a los demandados usualmente se les negaba el derecho al careo y a la interrogación de testigos que participaban en el proceso. En cambio, debían usar declaraciones juradas. No existía la apelación, un derecho ahora garantizado en el Convenio internacional sobre derechos civiles y políticos de 1966. Incluso, el juez Jackson hizo alusión a estos errores en su informe al presidente, en donde admite los errores cometidos en los "procedimientos frente a esta novedad" (*Ibid* en 440).

Sin embargo, desde la segunda guerra mundial, el impacto de las normas internacionales y regionales relacionadas con los derechos humanos y los estándares de los derechos humanos han afectado significativamente los procedimientos penales en la mayoría de los países del mundo. Véanse, por ejemplo, BASSIOUNI, M. Cherif. *The Protection of Human Rights in the Administration of Criminal Justice: a Compendium of United Nations Norms and Standards* (1994); BASSIOUNI, M. Cherif. "Human rights in the context of criminal justice: identifying international procedural protections and equivalent protections in national constitutions", 3 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 235 (1993).

57. Carta de Londres, *supra* pie de página 55, art. 6.

acuerdo con la Convención de La Haya de 1907⁵⁸ y normas de derecho pactadas en tratados, como en el caso de en la Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra (Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War)⁵⁹. Un asunto legal más complejo era establecer si los “crímenes contra la humanidad” a los que se refería el artículo 6º(c) existían como una combinación de derecho internacional, particularmente el contenido en los tratados, la costumbre, y los principios generales del derecho⁶⁰. Debido a que los “crímenes contra la humanidad” no formaban parte de un tratado, los Aliados tenían que evitar una interpretación muy rígida del principio de legalidad en pro de evitar legislar *ex post facto*, cuestión que podría ser desafiada con éxito en la corte. Entonces, la justificación fundamental de los “crímenes contra la humanidad” se sustentaba en una teoría de extensión jurisdiccional de los crímenes de guerra. El razonamiento consistía en que los crímenes de guerra se aplicaban a ciertas personas protegidas, a saber civiles, durante tiempos de guerra entre estados beligerantes, y con los “crímenes contra la humanidad” se extendían las prescripciones de los “crímenes de guerra” para la misma categoría de personas protegidas dentro de un Estado en particular, siempre y cuando estos crímenes estén relacionados con la iniciación y con la conducta de guerra agresiva o con los crímenes de guerra⁶¹. Como resultado de esta interpretación, crímenes cometidos antes de 1939 no fueron procesados.

Desde la adopción del artículo 6º(c) es evidente que los Estados Unidos cambiaron radicalmente su posición, respecto a la que tenían antes de la Comisión de 1919, consistente en que los “crímenes contra las leyes de la humanidad” no existían en el derecho positivo internacional⁶². A pesar de todo, no hubo desarrollos legales entre 1919 y 1945 que hubieran podido explicar este cambio de posición. En el caso de las atrocidades nazis, los hechos condujeron a la ley, claro que también se tuvieron consideraciones políticas.

.....

58. Convención de La Haya de 1907, *supra* pie de página 14.

59. Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra de 1929, julio 27 de 1929, 118 L.N.T.S. 343, 47 Stat. 2021, 2 Bevans 932.

60. *Crimes Against Humanity*, *supra* pie de página 12, en 18-32; SCHWELB, *supra* pie de página 13.

61. Véanse *Crimes Against Humanity*, *supra* pie de página 12, en 18-47; BASSIOUNI, M. Cherif. “International law and the holocaust”, 9 *Cal. W. Int'l. L. J.* 201 (1979). Véanse también SADAT WEXLER, Leila. The interpretation of the Nuremberg principles by the French Court of Cassation, 32 *Colum. J. Transnat'l L.* 289 (1994); Schwelb, *supra* pie de página 13.

62. Anexo II, *supra* pie de página 16, en 144. Sin embargo, curiosamente hasta la fecha no hay ninguna convención internacional que se refiera a los “crímenes contra la humanidad”. Véase BASSIOUNI, M. Cherif. “Crimes against humanity”: the need for a specialized convention”, 31 *Colum. J. Transnat'l L.* 457 (1994).

La acusación por "crímenes contra la paz" no tenía un precedente legal, con excepción del fallido intento posterior a la primera guerra mundial de acusar al káiser según el artículo 227 del Tratado de Versalles⁶³. El artículo 6(a) de la Carta de Londres disponía la acusación de aquellos que dirigieron o participaron en la guerra de agresión contra otras naciones violando los tratados y los principios del derecho internacional. Esta era la mejor base legal a la que podían recurrir los Aliados⁶⁴. La Unión Soviética quería incluir la frase "por el Eje Europeo"⁶⁵, a fin de hacer la iniciación de una guerra de agresión un crimen limitado a los líderes del Eje Europeo y evitar la aplicación de esa misma norma a cualquiera de sus conductas⁶⁶. El juez Jackson, en ese entonces representante de los Estados Unidos en la Conferencia de Londres, estaba a favor de que la frase limitante no se incluyera. Jackson dijo que los representantes norteamericanos no redactarían una ley cuya finalidad fuera castigar a personas específicas, lo cual está prohibido por la Constitución de los Estados Unidos⁶⁷ y que la prohibición contra la agresión es universal y, además, puede aplicarse contra los Estados Unidos⁶⁸. Entonces, los Estados Unidos cambiaron la posición que habían tenido después de la primera guerra mundial, al decidir hacer la guerra de agresión un crimen a los ojos del derecho internacional⁶⁹, posición ésta

63. Véase *supra* pies de página 21-22 y el texto que los acompaña.

64. Los Aliados particularmente dependieron del Tratado general para la renuncia a la guerra como instrumento de la política pública nacional de 1928 (1928 General Treaty for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy) (Kellogg-Briand Pact o Pact of Paris) del 27 de agosto de 1928, como una justificación legal para los "crímenes contra la paz". 94 L.N.T.S. 57, 46 Stat. 2343, reimpresso en *22 Am. J. Int'l L.* 171 (Supp. 1928).

65. Anexo II, *supra* pie de página 16, en 65.

66. Véase *Jackson Report*, *supra* pie de página 56, en vii-viii. Es posible que la Unión Soviética deseara evadir la codificación de una definición amplia de crímenes contra la paz que pudiera ser utilizada de nuevo en un futuro. Sin tal definición, la Unión Soviética sería libre de actuar a su antojo sin ninguna repercusión. La falta de definición, además, le permitiría a la URSS evitar ser considerada responsable por los crímenes cometidos durante su invasión y ataque a una región de Polonia en el otoño de 1940, de conformidad con el Tratado de no agresión secreto entre Alemania y la URSS, así como su posterior invasión a Finlandia.

67. Constitución de los Estados Unidos, artículo I, 10, cl. 3; artículo I, 10, cl. 11.

68. *Jackson Report*, *supra* pie de página 56, en vii-viii.

69. Véase, por ejemplo, BASSIOUNI, M. Cherif & FERENCZ, Benjamin. "The crime against peace", en *1 International Criminal Law* 174-76 (M. Cherif Bassiouni edition, 3 vols., 1987); FERENCZ, Benjamin. *Defining International Aggression, the Search for World Peace: a Documentary History and Analysis* (1975). La Carta de la ONU prohíbe la agresión y el Consejo de seguridad tiene el poder, otorgado por el capítulo VII, de tomar las medidas, incluyendo sanciones, para preservar y mantener la paz. Carta de la ONU, artículos 2(3), 2(4), 39-51. Véase *The United Nations Charter: a Commentary* (Bruno Simma edition, 1994). No vale la pena que haya habido una convención internacional explícitamente para hacer que la agresión fuera un crimen internacional. No hay otra definición de tal crimen que

que fue otra vez cambiada durante la era de la Guerra Fría, cuando ya no era políticamente conveniente⁷⁰.

La Carta de Londres desarrolló el derecho del conflicto armado de una manera progresiva. El artículo 8º de dicha carta removió la excepción de "obediencia a las órdenes del superior", convirtiéndola en una circunstancia atenuante, sin permitir que el demandado fuera exonerado la responsabilidad por sus acciones. Ello era contrario a lo que la mayoría de las leyes militares disponían en la época en la que se inició la segunda guerra mundial⁷¹. Sin embargo, los juicios del IMT no siguieron a cabalidad las prescripciones del artículo 8º, y permitieron la defensa cuando el subordinado no tenía una alternativa moral para rehusarse a ejecutar la orden⁷².

Una vez fueron resueltos los asuntos procedimentales y legales, la Carta de Londres fue anexada al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, que estableció el IMT⁷³. Dicho acuerdo fue firmado por las cuatro principales potencias aliadas y des-

.....

haya sido adoptada por consenso, distinta de la que aparece en la Resolución de la Asamblea General de 1974, G.A. Res. 3314, U.N. GAOR, sesión 29, Sup. No. 31, at 143, U.N. Doc. A/9631 (1974), que define agresión y fue adoptada por consenso; no hay ninguna definición de ese crimen. Consecuentemente, su definición le ha traído problemas al Comité preparatorio para el establecimiento de la corte penal internacional. Véase Informe del comité preparatorio, *supra* pie de página 52.

70. Véase *Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua* (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14 (junio 27) (que explica la posición de los Estados Unidos en ese caso). Para comentarios acerca de esa posición, véase *The International Court of Justice at a Crossroads* (Lori Fisher Damrosch edition, 1987). Para una visión que apoya la posición de los Estados Unidos, véase KIRKPATRICK, Jeanne & GERSON, Alan. *Right V. Might: International Law and the use of force* (1989). Para diferentes perspectivas, Véase *Law and Force in the New International Order* (Lori Fisher Damrosch & David J. Scheffer editions, 1991).

71. OPPENHEIM, Lassa. *International Law* 264-65 (1st edition 1906). El Manual británico de derecho militar, No. 443 (1914) se basó en Oppenheim en su formulación. El reconocimiento de Oppenheim de la defensa perduró en las cinco primeras ediciones hasta 1940, cuando cambió para convertirse en la base del artículo 8º del IMT que la negaba. La misma posición la refleja el U.S. Dep't of the Army, Field Manual 27-10 (1940) en 345 (1). El 15 de noviembre de 1944, una revisión del 345 (1) limitó pero mantuvo una defensa calificada. Véase U.S. DEP'T OF THE ARMY. *Field Manual 27-10: the Law of Land Warfare* (1956). Para una visión histórica de asunto, véase GREEN, Leslie C. "Superior orders and command responsibility", 27 *Can. Y.B. INT'L L.* 167 (1989); PARKS, William H. "Command responsibility for war crimes", 62 *Mil. L. Rev.* 1 (1973).

72. Véanse KEIJZER, Nico. *Military Obedience* (1978); GREEN, Leslie C. *Superior Orders in National and Internatinoal Law* (1976); DINSTEIN, Yoram. *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (1965); MULLER-RAPPARD, Ekkehart. *L'ordre Supérieur Militaire et la Responsabilité Penale du Subordonné* (1965).

73. Véase Acuerdo de Londres, *supra* pie de página 55; Carta de Londres, *supra* pie de página 55.

La sede de la IMT fue objeto de importantes discusiones entre las cuatro principales potencias. Finalmente se decidieron por Berlín, debido a la insistencia de la URSS, dado su significado simbólico. Sin embargo, Nuremberg desde el comienzo Nuremberg funcionó como sede. Al comienzo, la

pués se le sumaron diecinueve estados⁷⁴. Las cuatro principales potencias aliadas organizaron equipos individuales de acusación, que también tenían sus propios investigadores. El equipo norteamericano aportó la mayoría de los documentos que fueron utilizados como pruebas, así como soporte logístico y práctico para los otros equipos⁷⁵.

En esa época, más de un millón de tropas aliadas ocupaban Alemania con acceso completo a los prisioneros de guerra, testigos civiles y documentos del gobierno. La recolección de pruebas fue facilitada por lo que Telford Taylor llama la "inclinación teutónica a guardar las cosas meticulosamente"⁷⁶.

El IMT acusó 24 personas, de las cuales 22 fueron procesadas. Tres demandados fueron absueltos, 12 fueron sentenciados a muerte (colgados), tres fueron sentenciados a cadena perpetua, y el resto fueron sentenciados a condenas de prisión que oscilaban entre 10 y 20 años⁷⁷. Hermann Goering se suicidó al final del juicio. Todos los demandados eran alemanes y ningún otro demandado del eje de potencias europeas fue acusado o juzgado por el IMT. Ningún miembro del personal militar Aliado fue procesado por crímenes de guerra contra los alemanes. Estos procesos, pese a que fueron justos para los acusados, iban en una sola dirección⁷⁸.

.....

razón era bastante sencilla, la Corte alemana (actualmente la sede de la corte de apelaciones) era la única que no había sido destruida o muy dañada. Posteriormente, se concluyó que la escogencia era simbólica, ya que Hitler anunció sus planes para la "limpieza de razas" en un discurso en esa ciudad en 1936. Sin embargo, razones prácticas fueron probablemente la base de la decisión.

74. Véase Acuerdo de Londres, *supra* pie de página 55.

75. No hubo dependencia del trabajo de la UNWCC. Véase *supra* texto que acompaña los pies de página 41-43.

76. TAYLOR, *supra* pie de página 12, en 57.

77. *Crimes against humanity*, *supra* pie de página 12, en 210.

78. Para una perspectiva crítica del IMT, véanse KNIEREM, August Von *The Nuremberg Trials* (1959); EHARD, Hans. "The nuremberg trial against the major war criminals and international law", 43 *Am. J. Int'l L.* 223 (1949); MIGNONE, A. Frederick. "After Nuremberg, Tokyo", 25 *Tex. L. Rev.* 475 (1947); IRELAND, Gordon "Ex post facto from Rome to Tokio", 21 *Temple L.Q.* 27 (1947). Muchos de los asuntos mencionados por los autores citados anteriormente también están presentes en los siguientes: SCHWARZENBERGER, Georg. The judgement of Nuremberg, 21 *Tul. L. Rev.* 329 (1947); KELSEN, Hans. "Will the Judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law", 1 *Int'l L.Q.* 153 (1947); FORBES, Gordon W. "Some legal aspects of the Nuremberg trial", 24 *Can. B. Rev.* 584 (1946); Goodhart, A.L. "The legality of the Nuremberg trials", 58 *Jurid. Rev.* 1 (1946). Para ver el punto de vista de los cuatro abogados defensores en el IMT, véanse KRAUS, Herbert. The Nuremberg trials of the major war criminals: reflections after seventeen years, 13 *Depaul L. Rev.* 233 (1964) (Chief Counsel for Schacht); HAENSEL, Carl. "The Nuremberg trials revisited, 13 *Kranzbuhler, Nuremberg eighteen years afterwards*", 14 *Depaul L. Rev.* 333 (1965) (Chief Counsel for Donitz); PANNEBECKER, Otto. "The Nuremberg war crimes trial", 14 *Depaul L. Rev.* 348 (1965) (Chief Counsel for Frick). Para otros dos autores que tratan el tema de violaciones realizadas por los Aliados, véanse BACQUE,

F. Ley 10 del Consejo de control

Después de la Carta de Londres, los Aliados, debido a la incondicional rendición de Alemania, ejercieron soberanía sobre Alemania y promulgaron el Ley 10 del Consejo de control (Control Council Law No. 10, de aquí en adelante CCL No. 10), que les permitía a los Aliados juzgar nacionales alemanes en sus respectivas zonas de ocupación⁷⁹. La voluntad política, la suficiencia de recursos, el control del territorio y la naturaleza de sistema militar y civil alemán combinados, hicieron que los procesos en Nuremberg fueran efectivos. Las mismas consideraciones hicieron que los procesos posteriores bajo la CCL No. 10 llevados a cabo por los norteamericanos, británicos y franceses fueran igualmente efectivos. Sin embargo, los rusos procedieron de una manera sumaria, con pocas o ninguna consideraciones legales⁸⁰.

Los procesos en las zonas aliadas de ocupación podrían considerarse de naturaleza doméstica, entendiéndola como opuesta a procesos internacionales, pues los Aliados estaban ejerciendo poder soberano sobre Alemania como resultado de la rendición incondicional de este país⁸¹. La CCL No. 10, sin embargo, fue creada con base en la Carta de Londres, y el artículo II del IMTFE establecía los mismos tres crímenes mencionados en el artículo 6º del Estatuto del IMT. La única diferencia en el artículo II(c), respecto a "crímenes contra la humanidad", fue la remoción de la conexidad con la iniciación de la guerra o con los crímenes de guerra⁸².

.....

James. *Other Losses: the Shoking Truth Behind the Mass Deaths of Disarmed German Soldiers and Civilians Under General Eisenhower's Command* (1991); DE ZAYAS, Alfred M. *The Wehrmacht War Crimes Bureau: 1939-1945* (1989). En su último libro, el autor revela que el ejército alemán estableció una oficina para llevar el registro de los crímenes de guerra cometidos por los Aliados contra el personal militar alemán. Estas violaciones, que aparentemente no eran controvertidas, nunca fueron perseguidas por los Aliados.

79. "Allied Control Council No. 10, punishment of persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity, diciembre 20 1945, *Official Gazette of the Control Council for Germany*, No. 3, Berlín, enero 31, 1946, reimpresso por FERENCZ, Benjamin B. *An International Criminal Court: A Step Toward World Peace 488* (1980) [de aquí en adelante CCL No. 10].

80. Respecto a los procesos en ciertos países de la Europa oriental y central, así como ejecución extrajudicial véase, DEAK, Istvan. "Post World War II political justice in a historical perspective", 149 *Mil. L. Rev.* 137 (1995).

81. La naturaleza de los diferentes procesos era distinta. Los procesos llevados a cabo por los Estados Unidos eran ante jueces civiles, mientras que los llevados ante los británicos, franceses y rusos eran ante cortes militares. Véase TAYLOR and BUSCHER, *supra* pie de página 44.

82. CCL No. 10, *supra* pie de página 79, artículo II(c).

G. El Instrumento de rendición de Italia

Desde la que la CCL No. 10 fue promulgada por las cuatro principales potencias aliadas actuando como la autoridades soberanas en Alemania, nunca se aplicó a los otros países ejes que también habían sido derrotados y ocupados por los Aliados. Italia, por ejemplo, fue ocupada por los Estados Unidos y por Gran Bretaña de conformidad con un Tratado de rendición, que disponía la acusación y extradición de criminales de guerra⁸³. Sin embargo, los fines que se pretendían con el tratado fueron remplazados por el miedo al comunismo que estaba infundiéndose en Europa. Las potencias principales consideraban que los fascistas reformados eran los mejores aliados contra el comunismo y, por tanto, no se procuraron activamente su acusación o extradición por miedo a repercusiones políticas internas. La UNWCC hizo una lista de 750 criminales de guerra italianos, cuyos diferentes cargos incluían los siguientes⁸⁴: uso ilegal de gas venenoso en violación del Protocolo de Ginebra de 1925⁸⁵ contra civiles etiopianos y combatientes, asesinato de civiles inocentes y POW'S, tortura y maltrato a los prisioneros, bombardeo de ambulancias, destrucción de propiedad cultural y otras violaciones a las leyes del conflicto armado durante la guerra entre Italia y Abysinia⁸⁶. Adicionalmente, la UNWCC poseía gran cantidad de pruebas acerca de crímenes cometidos por el personal militar italiano en Grecia, Libia y Yugoslavia durante la segunda guerra mundial. Los gobiernos de Etiopía, Grecia, Libia y Yugoslavia solicitaron la extradición de los criminales de guerra de conformidad con el artículo 29 del instrumento de rendición de Italia, pero las fuerzas que ocupaban Italia, los Estados Unidos y el Reino Unido, no atendieron su petición⁸⁷. Posteriormente, en 1946, el gobierno italiano negó las peticiones de extradición⁸⁸. En pocas palabras, consideraciones de tipo político prevalecieron sobre consideraciones de justicia.

83. Instrumento de rendición de Italia, artículo 29, sept. 29, 1943, 61 Stat. 2742, 2746, 3 Bevans 775, 781.

84. Véase *Crimes Against Humanity*, *supra* pie de página 12, en 85, 227. Varios gobiernos interpusieron cargos contra italianos ante la UNWCC. El número total de italianos inculcados y que formaban parte de la lista era de 1.204. *History of the UNWCC*, *supra* pie de página 32, en 511.

85. El uso de gas venenoso en violación del Protocolo de 1925 para la prohibición del uso de gas asfixiante, venenoso o de otros tipos en tiempos de guerra y de armas bacteriológicas, junio 17, 1925, 26 U.S.T. 571, 94 L.N.T.S. 65, T.I.A.S. No. 8061.

86. *History of the UNWCC*, *supra* pie de página 32, en 68, 189-90.

87. Véase *supra* pie de página 45.

88. *CRIMES AGAINST HUMANITY*, *supra* pie de página 12, en 228.

H. La Comisión para el Lejano Oriente (Far Eastern Commission) y el Tribunal militar internacional para el Lejano Oriente en Tokio (International Military Tribunal for the Far East at Tokyo)

La Comisión para el Lejano Oriente (Far East Commission, FEC)⁸⁹ se acordó en Moscú en diciembre de 1945, como una respuesta a la petición de la URSS Esta comisión le otorgó a la URSS algunos elementos de control sobre el futuro del Japón como una recompensa por su entrada tardía a la guerra, pero le dejó el control de la FEC a los Estados Unidos. Ella estaba compuesta por once estados, de los cuales las cuatro principales potencias aliadas tenían poder de veto. La comisión, cuya sede era en Washington, transmitió sus directrices a un grupo consejero conocido como el Consejo Aliado para Japón, con sede en Tokio. Los Estados Unidos, el Reino Unido, China y la Unión Soviética eran los únicos miembros de este consejo y era a ellos a quienes les correspondía formular las políticas y las prácticas ocupacionales para el Japón.

La FEC no era un cuerpo investigador sino uno político, al que le correspondía definir una política de ocupación para el Japón y coordinar las políticas Aliadas en el Lejano Oriente. La Comisión desempeñó un papel importante en el establecimiento del enlace para la creación de una política común de los Aliados en cuanto a las acusaciones, y otras políticas relacionadas con sospechosos de ser criminales de guerra, sus juicios, la ejecución de sus sentencias y su liberación. Sin embargo, finalmente, "la Comisión para el Lejano Oriente se convirtió en poco más que una sociedad en la que se debatía, y cuando finalmente se firmó un tratado de paz con Japón sufrió una muerte silenciosa"⁹⁰.

El control sobre los asuntos relacionados con la ocupación disminuyó con el nombramiento del general Douglas MacArthur como supremo comandante de las potencias aliadas, SCAP. Prácticamente, cada aspecto relacionado con la justicia en el Lejano Oriente era guiado por la visión de MacArthur y sus perspectivas políticas sobre la región se oponían a que la comisión fuera establecida, debido a que ello permitiría que la URSS asumiera un papel significativo y un derecho de veto. Como él estableció, "la propia naturaleza de su composición y procedimiento hizo que eventualmente la Comisión para el Lejano Oriente se hiciera ineficaz"⁹¹.

89. Véase "Activities of the Far Eastern Commission, report by the Secretary General", febrero 26 - julio 10, 1947, 16 *Dep't St. Bull.* 804-06 (1947) [de aquí en adelante Informe FEC].

90. *Crimes Against Humanity*, *supra* pie de página 12, en 293.

91. MacArthur, Douglas. *Reminiscences* 292 (1964).

En enero de 1946, el general MacArthur, en su posición de supremo comandante de las potencias aliadas, SCAP, para el escenario Pacífico y en nombre de la FEC, promulgó una orden estableciendo el IMFE⁹². Diferente del IMT, el IMTFE no fue creado por un tratado. Por qué el IMT necesitaba ser creado a través de un tratado, mientras el IMTFE no lo requería, es algo que nunca ha tenido una explicación, pero parecen relevantes varias consideraciones de tipo político. En primer lugar, la Unión Soviética había entrado en guerra contra el Japón unas pocas semanas antes de que este último fuera derrotado y Los Estados Unidos estaban preocupados acerca de las ambiciones de la URSS en el Lejano Oriente. Además, los Estados Unidos no querían que la Unión Soviética ejerciera ninguna influencia sobre estos procesos⁹³. A los Estados Unidos también les preocupaba la conducta que tendría Japón des-

92. Véase "Special proclamation: establishment of an International Military Tribunal for the Far East", ene. 19, 1946, T.I.A.S. No. 1589, at 3, 4 Bevans 20 [de aquí en adelante IMTFE Proclamation]. En el mismo día en el que el general MacArthur emitió su proclamación, se adoptó la Carta para el IMTFE. De conformidad con una decisión política de la FEC, la carta fue reformada por la Orden 20 del general, expedida por MacArthur. Véase "Carta del Tribunal militar internacional para el Lejano Oriente", aprobada en abril 26, 1946, T.I.A.S. No. 1589, en 11, 4 Bevans 27 [de aquí en adelante IMTFE (reformada)]. El IMTFE estaba compuesto por 11 miembros. Nueve de ellos eran representantes de países que habían firmado la rendición del Japón: Australia, Canadá, China, Francia, los Países Bajos, Nueva Zelanda, la Unión Soviética, el Reino Unido y los Estados Unidos. Véase Instrumento de rendición de Japón, sept. 2, 1945, 59 Stat. 1733, 1735, 3 Bevans 1251, 1252. Posteriormente, la India y Filipinas se sumaron como miembros debido a su *status* como participantes de la FEC. Véase IMTFE (reformada), *supra*. La lectura de la acusación de los 28 demandados en 55 cortes se realizó el 3 de mayo de 1946 y el juicio fue realizado el 11 de noviembre de 1948, dos años después de los del IMT. Los cargos eran por "crímenes contra la paz" y "crímenes de guerra", no por "crímenes contra la humanidad" y ninguna organización fue inculpada. Por el contrario, en el IMT, las SS y SA fueron acusadas de ser organizaciones criminales y se les encontró culpables. Véase APPLEMAN, *supra* pie de página 44, en 238.

Para un recuento histórico completo del IMTFE, véanse *The Tokio War Crimes Trial: the Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East In Twenty-Two Volumes* (R. John Pritchard & Sonia Magbanua Zaide eds., 1981); *The Tokio War Crimes Trial: the Comprehensive Index and Guide to the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East in Five Volumes* (R. John Pritchard & Sonia Magbanua Zaide eds., 1981); TANAKA, Yuk. *Hidden Horrors: Japanese War Crimes in World War II* (1996).

93. Las tensiones militares y políticas entre los Estados Unidos y la Unión Soviética durante los procesos del IMTFE los afectaron de diferentes maneras. Por ejemplo, la información relacionada con la existencia de un laboratorio para la investigación sobre armas bacteriológicas localizado en Manchuria durante la segunda guerra mundial no fue suministrada al IMTFE a propósito. Sin embargo, el profesor Howard Levie tiene una visión diferente, pues considera que la información fue retenida tanto por los norteamericanos como por soviéticos porque ambos países tenían acceso a la información y querían prevenir que el otro obtuviera los resultados de la investigación. Véase LEVIE, Howard. *Terrorism in War: The Law of War Crimes* 141 (1992). El profesor Levie resalta las críticas soviéticas al IMTFE, incluyendo acusaciones de que este tribunal manifestó tendencias antisoviéticas y que estaba influenciado por la presencia arrolladora norteamericana en su administración. *Ibid.* en 145.

pués de la segunda guerra mundial. Entonces, todo aquello que la FEC y el IMTFE realizaban era guiado por los deseos de MacArthur, así como también lo era aquello que realizaba la Comisión militar de los Estados Unidos (United States Military Commission) para juzgar al personal militar japonés en las Filipinas y en otras áreas del escenario de operaciones militares del Lejano Oriente el cual él mismo estableció posteriormente, de conformidad con su autoridad como SCAP en el escenario Pacífico japonés. Pese a que MacArthur trató de mantener la imparcialidad frente a los diferentes procesos legales a los que había dado movimiento, su mano dura fue evidente a través de ellos.

El 13 de abril de 1946, la FEC emitió una decisión acerca de su política respecto a la "Aprehensión, juicio y castigo de los criminales de guerra en el Lejano Oriente"⁹⁴. El artículo 6º(a) de la decisión de la FEC autorizaba al SCAP, el general MacArthur, para establecer una agencia que actuara bajo su mando para investigar los informes de crímenes de guerra, recoger y analizar pruebas y organizar la captura de los sospechosos. Además, el artículo 6º(a) le daba al SCAP el poder de decidir qué individuos u organizaciones serían acusados y ante qué corte debían presentarse⁹⁵.

Los participantes en la FEC y posteriormente en el IMTFE eran escogidos de manera representativa. Cada persona actuaba como representante del gobierno de su país y no como individuo⁹⁶. Ello llevó a una politización de la FEC y del IMTFE y afectó el trabajo interno de estos cuerpos, así como la calidad de la justicia que ellos administraban. Los procesos en sí mismos eran cargados de irregularidades proce-

.....

94. Véase Informe FEC, *supra* pie de página 89.

95. Véase Informe FEC, *supra* pie de página 89, en artículo 6º(a). Los acusados de ser criminales de guerra eran divididos en clases A, B y C. Los primeros procesos del IMTFE fueron contra 28 oficiales japoneses superiores considerados sospechosos de crímenes de guerra clase A, pese a que claramente algunos de ellos no merecían estar en esa categoría de acuerdo con la mayoría de expertos en la materia. Para una apreciación reciente, véase HORWITZ, Solis. "The Tokio trial, 465 *Int'l Reconciliation* 473 (1950). Para una apreciación más reciente, véase LEVIE, *supra* pie de página 93, en 141.

96. Mientras que la escogencia de los jueces del IMT era realizada por las respectivas cuatro principales potencias, los jueces norteamericanos, británicos y franceses y sus alternos estaban altamente calificados y eran conocidos por su integridad personal y su independencia. Los jueces de la URSS, que eran oficiales militares conocidos, eran vistos como menos capacitados que sus homólogos occidentales y se creía que estaban influenciados por las directivas de su gobierno, pese a que su actuación en el tribunal era paralela a la de sus homólogos occidentales. Sin embargo, éste no era el caso en el IMTFE. Con la excepción de Roling (Países Bajos), Pol (India) y Bernard (Francia), muchos de los jueces parecían motivados políticamente, especialmente la influencia del presidente y del general MacArthur parecía estar extendiéndose mucho. Véase APPLEMAN, *supra* pie de página 44, en 239-44 (se refiere a los números de página en la transcripción que evidencian una visión parcializada y la presencia de injusticias, particularmente por parte del juez William Webb de Australia). LEVIE, (*supra* pie de página 93) es igualmente crítico.

dimentales y de abusos de la discrecionalidad judicial⁹⁷. Los demandados eran escogidos sobre la base de un criterio político, y sus juicios eran generalmente injustos⁹⁸. Otros, tales como el personal militar aliado, estaban notablemente ausentes de la lista de demandados. Ninguno de los Aliados fue procesado por crímenes de guerra. Adicionalmente, la aplicación de la ley respecto a algunos de los demandados era por lo menos dudosa, si no errónea⁹⁹. La ejecución de las sentencias también era inconsistente, controlada por los caprichos políticos del general MacArthur, quien tenía el poder de otorgar indultos, reducir las sentencias y otorgar la libertad condicional a criminales de guerra convictos¹⁰⁰. Finalmente, ni una sola de las 25 personas declaradas culpables que fue condenada a prisión cumplió su condena a cabalidad; cada uno fue dejado en libertad hacia finales de la década del 50¹⁰¹. Esto también ocurrió con quienes fueron declarados culpables de ser criminales de guerra por los tribunales militares aliados en el Lejano Oriente¹⁰².

En 1949, la FEC emitió una recomendación formal a las diecinueve potencias aliadas en el Lejano Oriente, según la cual los procesos japoneses por crímenes de guerra debían llevarse a cabo a más tardar el 30 de septiembre de 1949¹⁰³. Posteriormente, el Tratado de paz con el Japón, firmado en San Francisco el 8 de septiembre de 1951 por 48 estados, disponía en su artículo II que todos los criminales de guerra hallados culpables debían ser trasladados al Japón para cumplir el resto de su sentencia bajo la dirección del SCAP¹⁰⁴. Lo anterior tenía como propósito efectuar liberaciones tempranas y así, entre 1951 y 1957, se les otorgó la libertad provisional o se les conmutó la pena a todos los criminales de guerra convictos del Lejano Oriente¹⁰⁵.

Sin embargo, previamente, el 3 de noviembre de 1946 en la promulgación de la nueva Constitución japonesa, inspirada en la norteamericana, el emperador Hirohito firmó un edicto imperial perdonando a todos los miembros de las fuerzas armadas

.....

97. Véase APPLEMAN, *supra* pie de página 44, en 239-58.

98. Véase *Crimes Against Humanity*, *supra* pie de página 12, en 211-12.

99. ROLING, Bernard V.A. "The Nuremberg and the Tokio trials in retrospect", in 1 *A Treatise on International Criminal Law* 600-01, 605-07 (M. Cherif Bassiouni & Ved P. Nanda eds., 1973).

100. Véase LEVIE, *supra* pie de página 93.

101. Véase MENDELSON, John. "War crimes trials and clemency in Germany and Japan", in *Americans As Proconsuls: United States Military Government in Germany and Japan, 1944-1952* 226 (Robert Wolfe edition, 1984).

102. *Ibid.*

103. PRITCHARD, R. John. "The gift of clemency following British war crimes trials in the Far East, 1946-1947", 7 *Crim. L.F.* 15, 18 (1996).

104. PRITCHARD, *supra* pie de página 103, en 37.

105. *Ibid.* en 37-49.

japonesas que habían cometido ofensas durante el curso de la guerra¹⁰⁶. El edicto fue aprobado tácitamente por el general MacArthur, pero no fue publicado para evitar oposición por parte de la opinión pública en los países Aliados. Posteriormente, en el Japón se expidió la Ley 103 de 1952, que establecía una comisión para velar por la repatriación y liberación de criminales de guerra japoneses convictos¹⁰⁷. Esta comisión japonesa actuaba de acuerdo con el artículo II del Tratado de paz, que disponía la repatriación al Japón de criminales de guerra declarados culpables¹⁰⁸.

Diferente de lo que sucedía en Alemania, donde aquellos acusados y declarados culpables de cometer crímenes de guerra se convertían, en su mayoría, en parias de su sociedad, los japoneses no consideraban a tales personas criminales sino víctimas¹⁰⁹. Para los japoneses, los juicios eran la venganza de los victoriosos expresados en términos de la justicia de los victoriosos¹¹⁰.

I. Políticas de selección de acusados en el Lejano Oriente

La influencia que tuvieron los intereses políticos en la selección de los acusados fue evidente en la decisión tomada por la FEC, el 3 de febrero de 1950, de no iniciar

.....

106. *Ibid.* en 24.

107. *Ibid.* en 38.

108. *Ibid.* en 37.

109. Efectivamente, los criminales de guerra clase A que fueron declarados culpables por el IMTFE se convirtieron en miembros del gabinete y uno de ellos en primer ministro.

Shigemitsu Mamoru, un diplomático de carrera quien era ministro de Relaciones Exteriores en el gabinete de Tojo Midelki y que firmó en nombre de Japón el Instrumento de rendición a bordo del Missouri norteamericano, fue sentenciado por el IMTFE a siete años de prisión. Fue puesto en libertad condicional el 21 de noviembre de 1950 y en noviembre de 1951 se le otorgó un indulto. Shigemitsu se convirtió en canciller en diciembre de 1954; durante sus dos años como ministro, fue el artífice en la obtención de un indulto por parte de los Aliados y finalmente, en 1957, de la liberación de todos los japoneses en cautiverio. El 7 de abril de 1957 el gobierno japonés anunció que con la concurrencia de la mayoría de las potencias aliadas representadas en el IMTFE, a todos los principales criminales de guerra japoneses se les otorgaban indultos y quedaban libres incondicionalmente de ese momento en adelante. Kishi Nobusake, otro sospechoso de ser criminal de guerra clase A, fue enjuiciado y condenado en posteriores procesos después del primer juicio de Tokio, pero más adelante se convirtió en primer ministro en enero de 1956 y sirvió hasta julio de 1960. Además, él también fue ministro de Relaciones Exteriores por algún tiempo en 1956.

Carta del doctor R. John Pritchard al autor (enero 30 de 1996) (*Archivo del autor*).

110. Véanse BROCKMAN, A.C. *The Other Nuremberg, the Untold Story of the Tokio War Crimes Trials* (1987); *The Tokio War Crimes Trial* (C. Hosoya et al. eds., 1986); PICCIGALLO, Philip R. *The Japanese on Trial: Allied War Crimes Operations in the East 1945-1951* (1979); SHIROYAMA, Saburo. *War Criminal: the Life and Death of Hirota Koki* (1977); MINEAR, Richard H. *Victor's Vengeance: the Tokio War Crimes Trial* (1971).

un proceso en contra del emperador Hirohito de Japón acusado de crímenes de guerra¹¹¹. La decisión se fundó en la necesidad de preservar la imagen del emperador, quien había estado de acuerdo con la rendición incondicional de Japón como una manera de asegurar una mejor cooperación política de parte de la elite japonesa dominante después de la segunda guerra mundial, y para obtener el apoyo para administrar los territorios japoneses ocupados¹¹².

Después de los procesos del IMTFE, la política también desempeñó un papel importante cuando los Estados Unidos condujeron juicios en las Filipinas¹¹³, Australia, China, Francia, los Países Bajos, Gran Bretaña y la URSS; todos ellos en el escenario del Pacífico¹¹⁴. Contrariamente a los procedimientos en Alemania bajo la CCL No. 10, los procesos militares de los Aliados en el Lejano Oriente fueron solamente por crímenes de guerra; estos procesos no incluyeron los llamados "crímenes contra la humanidad".

El proceso, la condena y la ejecución del general Tomoyuki Yamashita en las Filipinas¹¹⁵ ilustra que el resultado de las consideraciones políticas fue la liberación de criminales de guerra condenados y la inexistencia de condenas en contra de

111. 22 *Dep't St. Bull.* 244 (1950). MacArthur instigó la decisión porque sentía que un proceso contra el emperador dificultaría la pacificación de Japón, generando para los Estados Unidos muchas bajas en las manos de las guerrillas japonesas.

112. MANCHESTER, William. *American Caesar: Douglas MacArthur 1880-1964*, 484-91 (1978).

113. Los dos grandes casos se pueden ver en *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946); *Homma versus United States*, 327 U.S. 759 (1946). Véase también LAEL, Richard. *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility* (1982); REEL, A. Frank. *The Case of General Yamashita* (1949). Una descripción del papel de MacArthur en este caso y de la injusticia de estos procedimientos se encuentra en MANCHESTER, *supra* pie de página 112, en 484-85. Véase también MACARTHUR, *supra* pie de página 91, en 318-19.

114. Por ejemplo, entre 1946 y 1948, la Armada Británica condujo 305 juicios por crímenes de guerra en el Escenario del Pacífico. Un total de 889 acusados por crímenes de guerra fueron juzgados en 931 procesos, de los cuales 553 fueron condenados. Véase PRITCHARD, *supra* pie de página 103.

País	Procesos	Acusados	Condenas
Australia	296	924	844
China	605	893	504
Francia	39	230	198
Países Bajos	448	1.038	969
Filipinas	72	169	133
Gran Bretaña	314	933	777
Estados Unidos	474	1.409	1.229

PRITCHARD, R. John. "The quality of mercy: appellant procedures, the confirmation and reduction of sentences and the exercise of the royal prerogative of clemency towards convicted war criminals, 8 *British War Crimes Trials in the Far East, 1946-1948* (R. John Pritchard ed., 21 vols., forthcoming) (manuscrito en el 8, archivo con el autor).

115. Véase *supra* pie de página 113.

aquellos involucrados en las atrocidades. El general Yamashita fue el último comandante japonés en las Filipinas antes de que los Aliados llegaran¹¹⁶. MacArthur, quien había escapado de las Filipinas antes de que cayera bajo el control de las fuerzas japonesas, había prometido regresar y castigar a los japoneses por su ocupación brutal y por los crímenes de guerra cometidos. MacArthur ordenó el juicio de Yamashita a pesar de que Yamashita no había ordenado ni conocido acerca de ningún crimen de guerra; Yamashita sólo había estado en comando en las Filipinas por menos de un mes antes de que los Aliados retomaran el control. En diciembre de 1945, el general MacArthur montó una comisión militar especial para juzgar a los criminales de guerra japoneses en las Filipinas¹¹⁷. El general MacArthur influenció a los jueces militares, quienes aplicaron las leyes de manera impropia, como no se ha hecho desde entonces en casos de responsabilidad de comando: Yamashita fue señalado responsable de actos de sus subordinados que él no había ordenado y de los que ni siquiera estaba informado¹¹⁸. Infortunadamente, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó la petición de Yamashita para usar el recurso de *habeas corpus*, pero dos jueces, Murphy y Rutledge, escribieron apremiantes salvamentos de voto¹¹⁹.

J. Comparación de las bases legales sobre las que se establecieron el IMT, el IMTFE, la CCL No. 10 y los Procesos Militares de los Aliados en el Lejano Oriente

El uso de diferentes mecanismos legales para el establecimiento de estos tribunales ad hoc produjo resultados divergentes en cuanto a lo sustantivo y a lo procedimental. Tanto el estatuto del IMT y como el del IMTFE permitían juzgar y

.....

116. REEL, *supra* pie de página 113. Reel fue un capitán JAG que defendió al general Yamashita en el proceso. Para obtener un punto de vista crítico, véase *Crimes against Humanity*, *supra* pie de página 12, en 376-82. Otros juicios militares se pueden ver en TAYLOR, Lawrence. *A Trial of Generals* (1981).

117. La Comisión militar fue establecida por una orden del general MacArthur, Special Order 110, Oct. 1, 1945, para 24. El registro del juicio se encuentra en *United States versus Tomoyuki Yamashita*, Records of the Military Commission Established by General Douglas MacArthur, reprinted in LAEL, Richard L. *The Yamashita Precedent: War Crimes And Command Responsibility* 97 (1982).

118. Véase PARKS, *supra* pie de página 71, en 1; TAYLOR, Telford. *Nuremberg and Vietnam: an American Tragedy* (1968).

119. *In re Yamashita*, 327 U.S. 1, 26-81 (1946).

castigar a aquellos acusados por haber cometido "crímenes contra la paz", "crímenes de guerra", y "crímenes contra la humanidad"¹²⁰. Los instrumentos respectivos son sustancialmente iguales, aunque tienen unas pocas diferencias. Una de éstas es el artículo 5º(c) de la Carta del IMTFE (reformada) en donde se estableció que las persecuciones por cuestiones políticas y raciales constituían "crímenes contra la humanidad"; mientras que el artículo 6º(c) de la Carta de Londres incluía también las persecuciones por cuestiones religiosas. Incluir esto era necesario en la Carta de Londres por el holocausto¹²¹. Además, respecto a los "crímenes contra la humanidad" la Carta de Londres afirmaba que "los actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil" eran objeto de denuncia. La Carta del IMTFE (reformada) eliminó la frase "contra cualquier población civil" del artículo 5º(c), expandiendo así la clase de personas más allá de las civiles. La definición se amplió de un modo sospechoso "para que fuera posible castigar los asesinatos a gran escala de personal militar en una guerra ilícita"¹²².

La CCL No. 10, que guió los posteriores procesos de los Aliados en sus respectivas zonas de ocupación en Alemania, incluía adicionalmente la posibilidad de juzgar y castigar "los crímenes contra la paz", "los crímenes de guerra" y "los crímenes contra la humanidad"¹²³. Sin embargo, los procesos de la CCL No. 10 no fueron conducidos de conformidad con el tratado o mediante la promulgación de una orden militar del oficial en comando de las fuerzas ocupantes, sino que fueron ordenados conforme con una decisión tomada conjuntamente por los cuatro aliados que ocuparon Alemania después de la rendición incondicional de este país. El argumento legal propuesto por los Aliados era que ellos cumplían las funciones gubernamentales en Alemania. Tal razonamiento significaba que los procesos de la CCL No. 10 eran parte de la ley alemana. Pero cuando cada uno de los cuatro Aliados montó su propio sistema jurídico, siendo todos de naturaleza militar excepto el de Estados Unidos, la ficción legal de los procesos nacionales se invirtió¹²⁴.

.....

120. Carta de Londres, *supra* pie de página 55; IMTFE (reformada), *supra* pie de página 92.

121. Véase BASSIOUNI M. Cherif., "International law and the holocaust", 9 Cal. W. Int'l L.J. 202 (1979); Crimes against Humanity, *supra* pie de página 12, en 34.

122. ROLING, B.V.A *The Tokyo Trial and Beyond* 3 (Antono Cassese ed., 1993); véase también ROLING, Bernard V. A. "The Nuremberg and Tokyo trials in retrospect", in *A Treatise on International Criminal Law* 590 (M. Cherif Bassiouni & Ved P. Nanda eds., 1973)

123. CCL No. 10, *supra* pie de página 79.

124. *Crimes against Humanity*, *supra* pie de página 12, en 87-146 (discusión sobre los principios de legalidad). Alemania posteriormente condujo sus propios procesos nacionales ante sus cortes criminales ordinarias.

La definición de “crímenes contra la humanidad” contenida en el artículo II (c) de la CCL No. 10 difería de la contenida en las cartas de Londres (del IMT) y del IMTFE de dos maneras. En primera medida, el artículo II (c) amplió la lista de crímenes incluyendo encarcelamiento, tortura y violación. Segundo, la CCL No. 10 eliminó el requisito de que los “crímenes contra la humanidad” estuvieran vinculados con la guerra, omitiendo las palabras “antes o durante la guerra” que estaban contenidas en el artículo 6º(c) de la Carta de Londres. Más aún: respecto a la “persecución”, el artículo II (c) amplió la categoría de crímenes contra la humanidad de un modo que sobrepasaba los principios legales eliminando el requisito de que los “crímenes contra la humanidad” se cometieran en “ejecución o en conexión con algún crimen dentro de la jurisdicción del tribunal”. Contrariamente a lo que sucedió con las decisiones del IMT sobre las sentencias, las sentencias del IMTFE podían ser reducidas unilateralmente por el general MacArthur, aunque él nunca usó esa facultad¹²⁵.

Los procedimientos en el Lejano Oriente ante diferentes tribunales militares eran sancionados por la FEC, y en ese sentido la FEC es de alguna manera similar a la CCL No. 10. Cada uno de los Aliados procesaba japoneses y personas de otras nacionalidades quienes eran sus prisioneros de guerra. No existía, sin embargo, ningún tratado o ley conjuntamente promulgada que definiera los crímenes. Cada aliado establecía sus propios tribunales militares o comisiones que aplicaban sus leyes y procedimientos militares respectivos. Aunque la FEC era un órgano encargado de establecer políticas, el general MacArthur ejecutaba solo esa política. El soporte legal de su autoridad era que las Fuerzas Aliadas en el Lejano Oriente estaban aún bajo el control de las potencias aliadas y éste incluía llevar a cabo los juicios militares. A pesar de que la FEC fue utilizada para alcanzar los objetivos políticos de los Aliados, esencialmente fue el órgano que les sirvió a los Estados Unidos para impulsar algunas de sus medidas de ocupación. Esto fue evidente en la decisión tomada por la FEC de terminar los procesos en 1950 y repatriar a Japón, en 1953, a todos los que habían sido condenados.

K. Los años de silencio: 1955-1992

Para 1955, los procesos de la CCL No. 10 habían terminado en Alemania. Con anterioridad a eso, los tribunales militares del Lejano Oriente también se habían acabado, y para 1958 todos los criminales de guerra condenados por el IMTFE ha-

.....

125. LEVIE, *supra* pie de página 93, en 142.

bían sido liberados. En Occidente, Alemania continuó procesando personas acusadas de crímenes realizados durante la segunda guerra mundial, al igual que algunos otros países. Pero, desde la segunda guerra mundial han existido conflictos para los que no se han creado órganos dedicados a investigar y acusar los crímenes cometidos¹²⁶. La víctima de la Guerra Fría fue la justicia.

Sin embargo, desde el final de la Guerra Fría, se han desarrollado nuevas iniciativas relacionadas con los conflictos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, y relacionadas con el establecimiento de una corte penal internacional permanente.

L. La Comisión de expertos establecida conforme con la Resolución 780 de 1992 del Consejo de seguridad de la ONU

El 6 de octubre de 1992, el Consejo de seguridad de la ONU adoptó la Resolución 780, estableciendo una comisión de expertos para investigar y recoger pruebas de los "graves incumplimientos a la Convención de Ginebra y otras violaciones al derecho internacional humanitario" en el conflicto de la antigua Yugoslavia¹²⁷. La historia de la comisión y su trabajo han sido obstaculizados por intereses políticos. La Resolución 780 definió el mandato de la Comisión de expertos de la siguiente manera:

2. [El Consejo de seguridad] le solicita al secretario general crear urgentemente una comisión de expertos imparcial para examinar y analizar la información presentada conforme a la Resolución 771 (1992) y la presente resolución, en conjunto con la información que la Comisión de expertos obtenga a través de sus propias investigaciones y esfuerzos, o de otras personas y organismos conforme con la Resolución 771 (1992), con el objetivo de proveerle al secretario general sus conclusiones sobre las pruebas de graves incumplimientos de la Convención de Ginebra y otras violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia¹²⁸.

126. Véase *infra* pie de página 222.

127. S.C. Resolución 780, U.N. SCOR, Sesión 47, U.N. Doc. S/RES/780 (1992) [de aquí en adelante Resolución 780]. Nótese que hay un extraño parecido entre los problemas que se le presentaron a la Comisión de expertos y a la UNWCC. Véase el texto que acompañan las notas 34-38.

128. Resolución 780, *supra* pie de página 127, par. 2°. El secretario general nombró cinco miembros para la Comisión de expertos el 25 de octubre de 1992: el profesor Frits Kalshoven (Países Bajos) como jefe; el profesor M. Cherif Bassiouni (Egipto); el comandante William J. Fenrick (Canadá); el juez Keba M'Baye (Senegal); y el profesor Torkel Opsahl (Noruega). El profesor Kalshoven renunció a ser parte de la Comisión de expertos debido a motivos de salud en agosto de 1993 y el profesor

La Comisión de expertos interpretó el mandato como una orden de recolectar toda la información relevante y las pruebas referente a las violaciones de derecho internacional humanitario que pudiera obtener de acuerdo con sus recursos y capacidades¹²⁹. El resultado de los esfuerzos de la Comisión de expertos fueron 65.000 páginas de documentos, una base de datos que cataloga la información de estos documentos, más de 300 horas filmadas en cintas de video, y 3.300 páginas de análisis, que comprenden los anexos del Informe final de la Comisión de expertos¹³⁰. Toda esta información y estas pruebas fueron entregadas al Tribunal de acusaciones entre abril y agosto de 1994.

El clima político y la intensidad del conflicto en ese momento generaron una situación en la que la búsqueda de un acuerdo político fue considerada una prioridad¹³¹.

.....

Opsahl, quien era el jefe encargado entre julio y agosto, murió en septiembre. Como resultado, el 19 de octubre de 1993 el secretario general nombró al profesor Bassiouni como jefe, y al profesor Christine Cleiren (Países Bajos) y al juez Hanne Sophie Greve (Noruega) como nuevos miembros. A pesar de que el profesor Bassiouni es un ciudadano estadounidense naturalizado, por ser nativo de Egipto, fue listado como egipcio, porque predominaba el sentimiento de que ningún representante de los miembros permanentes del Consejo de seguridad debía formar parte de la Comisión de expertos.

129. Véase BASSIOUNI, M. Cherif "The Commission of Experts established pursuant to security council Resolution 780: investigation of violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia", 5 *Crim. L. F.* 279-340 (1994); BASSIOUNI, M. Cherif. "The United Nations Commission of Experts established pursuant to security council Resolution 780" (1992), 88 *Am. J. Int'l L.* 784-805 (1994)(traducido al francés y reimpresso con algunas modificaciones en 66 *Revue Internationale de Droit Penal* 1-2, 1 (1995)); BASSIOUNI, M. Cherif. "Investigating violations of international humanitarian law and establishing an international criminal tribunal", 25 *Security Dialogue* 409 (1994).

130. Los informes analíticos fueron preparados por o bajo la dirección del jefe de la Comisión de expertos, M. Cherif Bassiouni. El personal de la Fiscalía en el tribunal las revisó con el fin de relacionar información delicada antes de que los informes fueran entregados al secretario general, quien luego los transmitió al Consejo de seguridad en diciembre de 1994 como anexos al Informe final de la Comisión de expertos. Véase "Informe final de la Comisión de expertos establecida conforme con la Resolución 780 del Consejo de seguridad" (1992), *U.N. Scor*, sesión 47, anexo, U.N. Doc. S/1994/674 (1994); "anexos al Informe final", *U.N. Scor*, sesión 47, U.N. Doc. S/1994/674/Add.2 (1994).

131. Una descripción más amplia de lo que viene a continuación puede encontrarse en el texto de la *supra* pie de página 129. Véase también BASSIOUNI, M. Cherif. "Sexual violence: an invisible weapon of war in the former Yugoslavia" (Occasional Paper # 1, 1996, International Human Rights Law Institute, DePaul University); y en BASSIOUNI, M. Cherif "The Commission of Experts established pursuant Security Council Resolution 780: Investigating violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia", 7-11 (Occasional Paper # 2, 1996, International Human Rights Institute, DePaul University). Respecto a los acercamientos conflictivos a la paz y a la justicia, véase AKHAVAN, Payam. "The Yugoslav Tribunal at crossroads: The Dayton peace agreement and beyond", 18 *Hum. RTS. Q.* 259 (1996). Cf. ANÓNIMO. *Human Rights in Peace Negotiations*, id., en 249. Este artículo, que apareció bajo la autoría de "anónimo", probablemente un miembro del personal de la Vance-Owen, argumenta que estos esfuerzos de paz no eran contradictorios con la búsqueda de justicia.

La búsqueda de justicia fue una respuesta a las preocupaciones internacionales humanitarias y a las terribles atrocidades de la guerra que los medios mostraron vivamente a la opinión pública mundial. Pero, debido a que las mayores potencias no quisieron intervenir militarmente, la ONU y los mediadores de la UE no contaron ni con las herramientas de presión ni con la posibilidad de dar los incentivos necesarios para promover el cese de hostilidades.

El establecimiento de un órgano internacional de investigación con el mandato más amplio posible desde Nuremberg no promovió la búsqueda de acuerdos políticos, pues los mismos líderes involucrados en las negociaciones podían convertirse en objeto de las investigaciones. Frente a este dilema se tomó una decisión a favor de la política, por encima de la justicia. Como resultado, la comisión nunca recibió financiación de la ONU para llevar a cabo sus investigaciones de campo. Los limitados recursos proveídos por la ONU sólo cubrieron un escaso mínimo de los costos de administración por un corto período¹³². Más aún: la ONU frecuentemente interpuso obstáculos burocráticos y financieros al desarrollo de la comisión. Por tanto, la comisión recurrió a recursos externos y aceptó ayuda de voluntarios y personal que aportaron algunos gobiernos. Una colección de documentos y una base de datos operacional fueron montadas en el Instituto Internacional de Derechos Humanos (International Human Rights Institute, IHRLI, of DePaul University in Chicago) bajo la dirección de este autor y completamente financiada por recursos privados. Mientras que la burocracia de la ONU se opuso al trabajo del IHRLI, eventualmente se reconoció que había contribuido con gran cantidad de información. De hecho, fue con base en el trabajo del IHRLI que la comisión elaboró su informe final y los anexos.

La Comisión de expertos emprendió 35 misiones de campo que incluyeron exhumaciones masivas y la investigación más grande del mundo sobre violación. Los participantes en todas estas misiones, con la excepción de los miembros de la comisión y los tres miembros del personal de la secretaría, fueron contribución de los gobiernos o voluntarios. A medida que el trabajo de la comisión y la base de datos del IHRLI fue creciendo y se volvió sustancialmente suficiente para evidenciar patrones de criminalidad que no podrían haber ocurrido sin un diseño y un liderazgo político y militar, el trabajo de la comisión se convirtió en una amenaza para el proceso político. Mientras las acusaciones de la prensa por "limpieza étnica", "violación sistemática" y otras infracciones de derecho internacional humanitario podían ser ignoradas, las pruebas que respaldaran tales acusaciones era una amenaza real.

.....

132. Esta situación hace recordar la situación que enfrentó la UNWCC que se discutió anteriormente en el texto que acompaña las notas 34-38.

Por tanto, se volvió políticamente necesario abolir el trabajo de la comisión e intentar evitar las consecuencias negativas de una acción tan directa.

Pudo haber un problema al burlar el décimo párrafo del preámbulo de la Resolución 827 del Consejo de seguridad que dice:

Mientras esté pendiente el nombramiento del fiscal del Tribunal internacional, la Comisión de expertos creada conforme con la Resolución 780 (1992) debe continuar urgentemente con la recolección de información relacionada con evidencia de graves incumplimientos de la Convención de Ginebra y otras violaciones de derecho internacional humanitario como se propuso en su informe interino¹³³.

No obstante, empleando medidas burocráticas, la justicia fue obstruida silenciosamente. Una decisión administrativa fue tomada —probablemente por órdenes de algunos miembros permanentes del Consejo de seguridad, y seguramente con el respaldo de ellos— sin dejar huellas legales del acto. Así, el presidente (de la comisión) fue notificado, por un acto administrativo, que la comisión debía finalizar su trabajo el 30 de abril de 1994. Cuando el mandato de la comisión finalizó, todavía tenía más de US\$250.000 en una fiducia y aún no había terminado su informe final. Entre el 30 de abril y el 31 de diciembre de 1994, el jefe finalizó el informe final y los anexos y después continuó trabajando hasta julio de 1995 para que éstos fueran publicados por la ONU.

M. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

El 22 de febrero de 1993, después de la entrega del primer informe interino de la Comisión de expertos¹³⁴, el Consejo de seguridad permitió la creación de tal tribunal¹³⁵. La Resolución 808 estableció que el Consejo de seguridad:

Decide que un tribunal penal internacional debe establecerse para conducir procesos contra personas responsables por serias violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991¹³⁶.

.....

133. S.C. Resolución 827, U.N. SCOR, sesión 48, en el preámbulo, U.N. Doc. S/RES/827 (1993) [de aquí en adelante Resolución 827].

134. "Informe interno de la Comisión de expertos establecida conforme con la Resolución 780 del Consejo de seguridad" (1992), U.N. Scor, sesión 48, anexo, en 20, U.N. Doc. S/25274 (1993).

135. S.C. Resolución 808, U.N. Scor, sesión 48, U.N. Doc. S/RES/808 (1993).

136. *Ibid.* en el preámbulo.

La Resolución 808 solicitaba al secretario general que le elaborara un informe sobre el establecimiento de un tribunal internacional *ad hoc* dentro de los siguientes sesenta días¹³⁷. El informe del secretario general, conforme con esta solicitud, fue emitido el 3 de mayo de 1993 y contenía un proyecto de estatuto para el tribunal y comentarios sobre las provisiones del estatuto¹³⁸. Posteriormente, el Consejo de seguridad aprobó unánimemente la Resolución 827 que creaba el tribunal y aprobó el proyecto de estatuto suministrado por el secretario general sin ningún cambio¹³⁹. Así, el tribunal, con su puesto en La Haya, adquirió oficialmente su existencia legal desde el 25 de mayo de 1993. Los jueces fueron elegidos el 15 de septiembre de 1993 y el Fiscal asumió su cargo desde el 15 de agosto de 1994. Posteriormente, el tribunal fue bautizado por sus jueces Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTFY).

El artículo 1° del estatuto plantea que el ICTFY "tendrá el poder de juzgar personas responsables de serias violaciones al derecho internacional humanitario cometidas dentro del territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991, de acuerdo con las provisiones del presente estatuto"¹⁴⁰. El estatuto también establece responsabilidades criminales individuales, incluida la de un jefe de Estado, por ciertas violaciones cometidas durante la jurisdicción temporal del ICTFY. Estos crímenes son: (1) graves incumplimientos de las convenciones de Ginebra de 1949¹⁴¹; (2) violaciones a las leyes y costumbres de la guerra¹⁴²; (3) genocidio¹⁴³; y (4) crímenes contra la humanidad¹⁴⁴. Contrariamente a otros tribunales *ad hoc* como el IMT y el IMTFE, la jurisdicción del ICTFY no es selectiva. Se aplica a todos aquellos quienes violen el derecho internacional humanitario, independientemente del lado del conflicto en que se encuentren.

.....

137. *Ibid.*

138. Informe del secretario general conforme con el párrafo 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad (1993), *U.N. Scor*, sesión 48, U.N. Doc. S/25704 (1993) [de aquí en adelante Informe del secretario general]. Para comentarios sobre el estatuto véanse BASSIOUNI, *Yugoslavia Tribunal*, *supra* pie de página 52, y MORRIS & SCHARF, *An Insider's Guide*, *supra* pie de página 52.

139. Resolución 827, *supra* pie de página 133, en parás. 1°-2°. Si busca aproximaciones al establecimiento del ICTFY y las políticas que lo rodean, véase BURNS, Peter. "An international criminal tribunal: the difficult union of principles and poitics", in *The Prosecution of International Crimes* 125 (Roger S. Clark & Madeleine Sann eds., 1996) y FORSYTHE, David P. "Politics and the international tribunal for the former Yugoslavia", *Ibid.* en 185.

140. Artículo 1° del Estatuto del Tribunal internacional. El estatuto se encuentra como un anexo del Informe del secretario general, *supra* pie de página 138, y se volvió a imprimir en 32 I. L. M. 1192 [de aquí en adelante Estatuto].

141. *Ibid.* artículo 2°.

142. *Ibid.* artículo 3°.

143. *Ibid.* artículo 4°.

144. *Ibid.* artículo 5°.

De acuerdo con los principios jurídicos generales, por ser un órgano judicial, el tribunal debe ser independiente¹⁴⁵. El hecho de que el tribunal sea un órgano subsidiario del Consejo de seguridad no afecta *per se* su independencia y el artículo 16 del estatuto específicamente predica la independencia del fiscal, a pesar de que ella o él sea nombrado por el Consejo de seguridad¹⁴⁶. De hecho, el tribunal se mantiene separado del Consejo de seguridad a través de su administración, la cual está a cargo de la Oficina de asuntos legales del secretariado de la ONU. Su funcionamiento interno está sujeto a las normas administrativas de la ONU. Más allá de esto, el Consejo de seguridad no financia al tribunal. Por el contrario, el Consejo de seguridad pidió a la Asamblea general que lo hiciera a través de su presupuesto regular. Como el Consejo de seguridad fue quien creó el tribunal conforme con los poderes que le otorga el capítulo VII, la anterior ha sido una rara e innecesaria decisión, y ha impedido el trabajo del tribunal. Si el Consejo de seguridad hubiera financiado el tribunal a través de su presupuesto para el mantenimiento de la paz, el tribunal no hubiera necesitado pasar por las múltiples etapas procedimentales para acceder al presupuesto de la Asamblea general. En ese momento, el presupuesto de la Asamblea general estaba severamente reducido y como resultado de esto la financiación del tribunal ha sido inadecuada desde su comienzo. El ejercicio del control administrativo y financiero sobre el tribunal por parte del personal del cuartel general de la ONU hace que se subordinen decisiones importantes acerca del personal, los viajes y la protección de los testigos. Estos arreglos obstaculizan, retrasan y frustran el trabajo del tribunal, particularmente los esfuerzos investigativos y acusatorios.

No todos los miembros permanentes del Consejo de seguridad respaldaron la iniciativa del tribunal, el cual fue visto como un potencial perjuicio para las negociaciones tendientes a lograr acuerdos políticos al conflicto. Algunos de los miembros del Consejo de seguridad, así como otros estados miembros, sentían que tal órgano judicial debía ser creado por la Asamblea general o por un tratado multilateral. Otros miembros recomendaban usar esta oportunidad para crear una corte penal interna-

145 . Véase G. A. Res. 40/32, *U.N. Gaor*, sesión 40, U.N. Doc. A/RES/40/32 (1985), aprobando los principios básicos de la independencia de la judicatura, adoptados por el Séptimo congreso sobre el crimen, Milán (26 de agosto—6 de septiembre de 1985); *Draft Principles on the Independence of the Judiciary and on the Independence of the Legal Profession*, 5 *Nouvelles Etudes Penales* (M. Cherif Bassiouni ed., 1982). Cincuenta y cuatro constituciones nacionales predicen una judicatura independiente y 32 adicionales exigen explícitamente que los juicios penales sean conducidos por un tribunal imparcial e independiente. Véase BASSIOUNI, M. Cherif. "Human rights in the context of criminal justice: identifying international procedural protections and equivalent protections in national constitutions", 3 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 235, 271 & nn. 170-71 (1993).

146 . Véase Estatuto, *supra* pie de página 140, artículos 16, 19, 20.

cional permanente, pero prevalecieron las ventajas políticas del Consejo de seguridad de controlar las instituciones *ad hoc*.

El retraso de un año en el nombramiento de Richard Goldstone como fiscal es evidencia adicional de la politización del tribunal¹⁴⁷. Aunque la Resolución 827 permitía que el trabajo de la Comisión de expertos continuara hasta el nombramiento del fiscal¹⁴⁸, la comisión fue abolida prematuramente el 30 de abril de 1994 por una orden administrativa, mientras que el fiscal no fue nombrado hasta el 15 de julio de 1994. Aun cuando este retraso burocrático pudo haber cortado los vínculos institucionales entre la Comisión de expertos y el fiscal, requiriendo que éste comenzara su investigación *ab initio* y retrasando la emisión de cualquier acusación, el jefe de la comisión y el fiscal establecieron un vínculo personal directo¹⁴⁹. El fiscal pudo denunciar 22 personas pocos meses después de ocupar su cargo. No obstante las dificultades que enfrentó la oficina del fiscal, para el 15 de septiembre de 1996 setenta y cinco personas habían sido acusadas, una estaba siendo procesada, una había sido declarada culpable y siete habían sido arrestadas.

El gobierno de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) y la República Srpska, el gobierno de facto serbio-bosnio, se han negado a reconocer la competencia del tribunal y no han cooperado en la investigación y entrega de las

.....

147. Véase BASSIOUNI. *Yugoslavia Tribunal*, *supra* pie de página 52, en 210-12.

148. Resolución 827, *supra* pie de página 133, pará. 10.

149. Véase "Informe del Tribunal internacional para juzgar a personas responsables de serias violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991", U.N. *Gaor/Scor*, sesión 49, en parás. 157-158, U.N. Doc. A/49/432, S/1994/1007 (1994):

157. No mucho después de la creación del tribunal, los jueces tuvieron la oportunidad de reunirse con M. Cherif Bassiouni, jefe de la Comisión de expertos creada conforme con la Resolución 780 del Consejo de seguridad (1992). El 25 de febrero de 1994, el fiscal sustituto encargado y otros miembros del personal del tribunal se reunieron en La Haya con Bassiouni y otros miembros de la comisión. El trabajo y los resultados de la comisión fueron discutidos largamente y cierto material fue entregado a la oficina del fiscal. Posteriormente, el fiscal sustituto encargado visitó las instalaciones de la comisión en Ginebra. Además, un miembro del personal fue a Chicago para inspeccionar y recibir las instrucciones sobre el manejo de la base de datos de la comisión. El fiscal sustituto encargado sostuvo reuniones con la mayoría de los comisionados de la comisión y los miembros del personal.

158. Durante abril de 1994, la oficina del fiscal obtuvo una copia de la base de datos de la comisión. Posteriormente, en mayo de 1994, todos los documentos de Chicago, que forman el soporte de la información de la base de datos, fueron recibidos por el tribunal. Para finales de mayo de 1994, se habían empezado a copiar esos documentos en el propio sistema del computador del fiscal... La oficina del fiscal ha disfrutado una cercana relación de trabajo con la Comisión de expertos.

Véase también BASSIOUNI, M. Cherif. "The comission of Experts established Pursuant to Security Council Resolution 780: investigating violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia" 5 *Crim. L. F.* 279 (1994).

personas denunciadas¹⁵⁰. Esta falta de cooperación claramente ha mermado la capacidad del ICTFY para juzgar a los criminales de guerra denunciados¹⁵¹.

El futuro del ICTFY depende de que el Consejo de seguridad determine que el tribunal es indispensable para el mantenimiento la paz¹⁵². A pesar de que el tribunal fue creado por el Consejo de seguridad conforme con los poderes consignados en el capítulo VII de la Carta de la ONU, el Consejo de seguridad nunca ha usado sus poderes de sanción para hacer cumplir las órdenes del tribunal respecto a alguno de los acusados, así como tampoco ha tomado ninguna acción en contra de la República Federal de Yugoslavia o contra las autoridades de la llamada República Srpska. Además, después de los Acuerdos de Dayton de 1995, las fuerzas de la OTAN no utilizarán la fuerza para arrestar personas acusadas de ser criminales de guerra. Una vez más, la búsqueda de acuerdos políticos prevalece sobre la justicia.

150. El primer ministro sustituto y el ministro federal de Justicia de la FRY, el profesor Stojanovic, expresaron la posición de la FRY así:

El gobierno federal está preparado para hacer posible que un representante del Tribunal penal internacional, y/o el Fiscal del tribunal esté presente dentro del marco de las Fuerzas de protección de la ONU en Belgrado, sin tener el derecho de exponer específicamente el título del Tribunal penal internacional y/o de fiscal del tribunal. Este representante va a tener la posibilidad de hacer contactos con entidades federales y republicanas responsables y con organizaciones no gubernamentales, con el entendimiento de que esta persona no va a estar en la posición de emprender una acción de investigación contra alguna persona natural nacional.

LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS. *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Establishment, Organization and Proceedings to Date 9* (1995) (citando una carta fechada diciembre 20 de 1994 del primer ministro sustituto y ministro federal de Justicia de la República Federal de Yugoslavia dirigida al fiscal del tribunal, *U.N. Gaor/Scor*, sesión 49, U.N. Doc. A/50/56, S/1994/1450 (1994) (énfasis añadido). La FRY, además, reiteró su punto de vista de que un tribunal internacional permanente debe ser creado para juzgar a los criminales de guerra. Por tanto, la FRY tomó la posición de que en ausencia de un tribunal internacional permanente, la FRY emprendería procesos nacionales acogidos al capítulo XVI del Código Penal de la FRY. La carta concluye que la FRY "seriamente cuestiona las garantías de la imparcialidad del tribunal que podrían afectar adversamente una futura cooperación" debido a que las primeras denuncias fueron contra serbios. La carta no augura bienestar para los prospectos de reconocimiento de la jurisdicción del tribunal, su supremacía sobre los procesos nacionales bajo el artículo 9º del Estatuto, o la aceptación del aplazamiento de investigaciones o procesos ante las autoridades nacionales.

151. Aun, la oficina del fiscal persevera. Véase la sentencia del juicio Sala 1 en el caso *Prosecutor versus Radovan Karadzic Ratko Mladic*, del 11 de julio de 1996. Estos procedimientos se llevaron a cabo conforme con la norma 61 de las Normas de procedimiento y pruebas del ICTFY, para confirmar las denuncias anteriores contra estas dos personas. Case No. IT-95-5-R61 y Case No. IT-95-18-R61.

152. BASSIOUNI. *Yugoslavia Tribunal*, *supra* pie de página 52, en 344-351.

N. La Comisión de expertos para Ruanda

En julio de 1994, el Consejo de seguridad emitió la Resolución 935 y creó la Comisión de expertos encargada de investigar las graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas durante la guerra civil en Ruanda, incluidos posibles actos de genocidio, y de reportar sus conclusiones al secretario general¹⁵³. La Comisión para Ruanda duró solamente cuatro meses que no fueron suficientes para que la comisión llevara a cabo efectivamente su misión de investigación.

El Consejo de seguridad se aseguró de que la Comisión para Ruanda no tomara el mismo rumbo que había tomado la Comisión de expertos para Yugoslavia. A la Comisión de Ruanda le fue dado un mandato limitado, tres meses para llevarlo a cabo, y ninguna posibilidad de investigar alegatos específicos. La comisión, formada por tres personas, duró una semana en el campo y no condujo investigación alguna. Su informe fue dibujado sobre el Informe final de la Comisión de expertos para la antigua Yugoslavia, pero obviamente carecía del detalle de este último. El Informe de la Comisión de Ruanda se basó en informes realizados por otros organismos, en otros informes publicados así como en informes de los medios de comunicación. El 4 de octubre de 1994, la Comisión para Ruanda entregó su informe preliminar¹⁵⁴ al secretario general, y el 9 de diciembre de 1994 entregó su informe final¹⁵⁵. Estos informes sentaron las bases para que el Consejo de seguridad creara un tribunal *ad hoc* para Ruanda.

O. El Tribunal penal internacional para Ruanda, ICTR

El estatuto y el mecanismo judicial del Tribunal de Ruanda fueron adoptados mediante la Resolución 955 del Consejo de seguridad¹⁵⁶. El artículo del estatuto que hace referencia a la responsabilidad penal individual es un reflejo de su artículo

.....

153. S.C. Res. 935, *U.N. Scor*, sesión 49, U.N. Doc. S/RES/935 (1994).

154. Véase "Carta del 1 de octubre de 1994 del secretario general dirigida al presidente del Consejo de seguridad", *U.N. Scor*, sesión 49, U.N. Doc. S/1994/1125 (1994).

155. "Carta del 9 de diciembre de 1994 del secretario general dirigida al presidente del Consejo de seguridad", *U.N. Scor*, sesión 49, U.N. Doc. S/1994/1405 (1994).

156. S.C. Res. 955, *U.N. Scor*, sesión 49, U.N. Doc. S/RES/955 (1994) [de aquí en adelante Estatuto de Ruanda]. Véase JOHNSON, Larry. "The International Tribunal for Rwanda", 67 *Revue Internationale de Droit Penal* 211 (1996); AKHAVAN, Payam. "The International Criminal Tribunal for Rwanda: the politics of punishment", 90 *Am. J. Int'l L.* 501 (1996).

equivalente en el estatuto del ICTFY¹⁵⁷. De hecho, el “estatuto del Tribunal de Ruanda fue una adaptación del estatuto del tribunal yugoslavo a las circunstancias de Ruanda...”¹⁵⁸. El Tribunal de Ruanda tiene una jurisdicción temporal desde el 1 de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1994¹⁵⁹. Como el ICTFY, el ICTR tiene capacidad para conducir procesos por genocidio¹⁶⁰ y “crímenes contra la humanidad”¹⁶¹. Debido a que el conflicto en Ruanda fue una guerra civil, las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra y la Convención de Ginebra de 1949 que cubren todos los conflictos internacionales no serán procesados¹⁶². Sin embargo, las violaciones al artículo 3º común a las convenciones de Ginebra de 1949 y al Protocolo adicional II sí serán procesadas¹⁶³.

A pesar de que los estatutos del ICTR y el ICTFY son diferentes, los tribunales comparten un mismo fiscal y un mismo Tribunal de apelación. Esta es una fórmula curiosa para dos tribunales *ad hoc* creados independientemente por el Consejo de seguridad a través de dos resoluciones que no tienen relación alguna. Según el secretario general, sin embargo, “los vínculos institucionales...garantizan una uni-

.....

157. Compare la Resolución 955, artículo 6º, *supra* pie de página 156, con el Estatuto del ICTFY, artículo 7º, *supra* pie de página 140.

158. “Informe del secretario general conforme con el párrafo 5º de la Resolución 955 del Consejo de seguridad (1994)”, U.N. *Scor*, sesión 50, en pará. 9, U.N. Doc. S/1995/134 (1995). Véase también *supra* pie de página 156.

159. Estatuto de Ruanda, *supra* pie de página 156, artículo 7º.

160. *Ibid.* artículo 2º.

161. *Ibid.* artículo 3º. La definición del Estatuto de Ruanda de ese crimen difiere de alguna manera de la que da el ICTFY. Véase BASSIOUNI. *Yugoslavia Tribunal*, *supra* pie de página 52, en 491; AKHAVAN, *supra* pie de página 156, en 503.

162. Véase BASSIOUNI. *Yugoslavia Tribunal*, *supra* pie de página 52; AKHAVAN, *supra* pie de página 156, en 504.

163. Estatuto de Ruanda, *supra* pie de página 156, artículo 4º. Akhavan afirma que:

“La diferencia más significativa entre los dos estatutos está relacionada con el artículo 4º del Estatuto de Ruanda, que incluye las violaciones del artículo 3º común a las convenciones de Ginebra de 1949 y al Protocolo adicional II dentro del material de la jurisdicción del tribunal. El secretario general había excluido el artículo 3º y los protocolos adicionales I y II del estatuto yugoslavo partiendo de la base de que ‘las normas de derecho internacional humanitario son sin duda alguna parte del derecho consuetudinario’...El informe del secretario general sobre el Estatuto de Ruanda anota que el Consejo de seguridad ‘ha elegido darle un enfoque más abierto a la escogencia de la ley aplicable, en comparación con la ley que sostiene el Estatuto del Tribunal yugoslavo’. Además,... el informe sugiere que el consejo ha incluido dentro del material de jurisdicción del Tribunal de Ruanda ‘instrumentos internacionales independientemente de que ellos fueran considerados parte del derecho internacional consuetudinario o de que se supusiera por costumbre la responsabilidad penal individual del autor del crimen’”.

dad en el acercamiento legal, al igual que economía y eficiencia en los recursos”¹⁶⁴. Pero la decisión de vincular a las dos entidades no se basó en un argumento jurídico válido. Los Estados Unidos, que ejercieron presión para que se adoptara esta fórmula, quería evitar los retrasos en la selección del fiscal como había sucedido en el caso del ICTFY. El fundamento para compartir el Tribunal de apelación del ICTFY se basó completamente en una consideración de reducción de costos. La decisión de tener un solo fiscal fue particularmente inoportuna, pues ninguna persona, sin importar qué tan talentosa sea, está en capacidad de supervisar dos grandes conjuntos de procesos separados por 10.000 millas de distancia. La idea de que uno puede trasladarse entre La Haya, Holanda y Arusha, Tanzania, como parte de un horario normal de trabajo es nada menos que absurdo. Compartir un mismo Tribunal de apelación también plantea dos problemas, pero de una naturaleza legal más benigna. Primero, el derecho sustantivo aplicable a los dos tribunales es distinto. Eso significa que en una eventual interpretación de “crímenes contra la humanidad” en ambos estatutos, el Tribunal de apelación debe necesariamente ser inconsistente. Segundo, mientras los jueces del ICTFY rotan en el Tribunal de apelación, los jueces del ICTR no lo hacen. Uno de los dos tribunales estaba destinado a sufrir y con el tiempo fue claro que el ICTR lo hizo¹⁶⁵.

El ICTR, como el ICTFY, funciona bajo el control administrativo y financiero de las Naciones Unidas. Sólo hasta septiembre de 1996 comenzó a operar por completo porque tuvo problemas logísticos administrativos y financieros. Hasta ahora, el gobierno de Ruanda tiene 75.000 personas detenidas, pendientes de ser enjuiciadas por el ICTR o ante sus propios tribunales. De esta manera, contrariamente a lo que sucede con el ICTFY que está operando bien, pero que no puede capturar a los acusados, el ICTR no ha podido juzgar a quienes ya han sido detenidos. Distinto a lo que sucede con el ICTFY el cual, probablemente, en las circunstancias políticas predominantes, no podrá juzgar a quien pueda alterar el acuerdo político delicadamente balanceado que se ha logrado hasta el momento, el ICTR podría obtener grandes logros. Hasta la fecha, infortunadamente, el ICTR ha sido descuidado.

.....

164. “Informe del secretario general conforme con el párrafo 5 de la Resolución 935 del Consejo de seguridad (1994), *supra* pie de página 158, para. 9.

165. Véase “Financiación del Tribunal penal internacional para juzgar personas responsables de genocidio y otras serias violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones similares en el territorio de estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. Informe del secretario general sobre los activistas de la Oficina de servicios internacionales. Nota del secretario general”, U.N. Gaor, sesión 51, anexo, U.N. Doc. A151/789 (1997).

Debido a la acción devastadora total de la guerra civil en Ruanda, el Consejo de seguridad se vio obligado a manejar numerosos problemas políticos, logísticos y prácticos para establecer el ICTR. El Consejo de seguridad tuvo que negociar con el nuevo gobierno de Ruanda sobre la creación del tribunal al tiempo que este país era también parte del Consejo de seguridad. Esta situación complicó la labor del consejo, particularmente porque la opinión del gobierno de Ruanda y sus expectativas de un tribunal internacional diferían de las opiniones del resto del consejo. Por ejemplo, mientras el gobierno de Ruanda deseaba que el nuevo tribunal pudiera imponer la pena de muerte, el consejo se oponía a esto, porque ya había decidido sobre esta pena en relación con el ICTFY. Adicionalmente, la ONU tuvo algunas dificultades pero convenció al gobierno de Ruanda para que estuviera de acuerdo con que el tribunal también juzgara las violaciones de los tutsi contra las víctimas hutu. Por último, el consejero legal de la ONU, Hans Correll, tuvo que negociar largamente con el nuevo gobierno de Ruanda respecto al lugar donde quedaría la sede del Tribunal. Debido a la ausencia de una infraestructura efectiva y a que la ONU temía que un tribunal con sede en Kigali estuviera bajo la influencia del gobierno de Ruanda, el cual, después de todo, representaba la victoria de los tutsi, quienes eran víctimas de los crímenes hutu, el tribunal fue instalado en Arusha, Tanzania.

El establecimiento del tribunal en otro país era un hecho sin precedentes y requería un acuerdo de la ONU con el país anfitrión, Tanzania, el cual tomó algún tiempo en ser concluido. Debido a que la mayoría de los acusados y de los testigos tendrían que venir desde Ruanda, la tarea está llena de problemas logísticos y de dificultades prácticas. Aún más: Arusha no es el lugar ideal para instalar el tribunal, puesto que allá también la ONU tuvo que construir una infraestructura de la nada y en condiciones difíciles.

Estas dificultades demuestran la incapacidad inherente del Consejo de seguridad para administrar los diversos aspectos de órganos de acción que requieran una atención constante a los detalles. Esta experiencia condujo a aquello a lo que David Scheffer, consejero de la embajadora de los Estados Unidos ante la ONU Madeline Albright, llamó la "fatiga del tribunal" por parte del Consejo de seguridad.

Últimamente, a pesar de que se han dado ciertas condiciones que son prometedoras, los problemas logísticos y la ineficiencia administrativa del ICTR hacen improbable que los procesos establezcan un precedente histórico. Además, sus fallas pueden impedir que el Consejo de seguridad se involucre en intentos *ad hoc* similares en el futuro, aumentando la necesidad de crear una corte penal internacional permanente.

II. Los esfuerzos de las naciones unidas por establecer una corte penal internacional y por codificar los crímenes internacionales

Entre 1946 y 1996, los esfuerzos de las Naciones Unidas por codificar algunos crímenes internacionales y por establecer una corte penal internacional han sido cuidadosamente separados, aunque siempre han estado entrelazados. A pesar de que la Guerra Fría dificultó el proceso de codificación, ha habido un progreso desde 1990¹⁶⁶.

Durante la primera sesión de la Asamblea general en 1946, Estados Unidos respaldó la Resolución 95 (I) que confirmaba "los principios de derecho internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Nuremberg y la jurisprudencia del Tribunal IMT"¹⁶⁷. En 1947, la Asamblea general le ordenó al Comité de codificación del derecho internacional (Committee on the Codification of International Law), el predecesor de la Comisión de derecho internacional (International Law Commission, ILC)¹⁶⁸, for-

166. El Comité preparatorio del establecimiento de una corte penal internacional recomendó en su informe a la Asamblea general que se conviniera una conferencia diplomática en 1998. Véase Informe del Comité preparatorio, *supra* pie de página 52.

Nótese que el trabajo de la Asociación internacional de derecho penal (International Association of Penal Law, AIDP) sobre la creación de una corte penal internacional permanente y sobre a codificación de un derecho penal internacional ha sido consistente desde 1924. Véase PELLA, Vespasian V. "Towards an International Criminal Court", 44 *Am. J. Int'l L.* 37 (1950); 17 *Revue Internationale de Droit Penal*, Nos. 3-4 (1936); 19 *Revue Internationale de Droit Penal*, No. 1 (1948); 20 *Revue Internationale de Droit Penal*, No. 1 (1949); 45 *Revue Internationale de Droit Penal*, Nos. 3-4 (1974); DRAFT STATUE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL. 9 *Nouvelles Etudes Penales* (M. Cherif Bassiouni ed., 1992), traducido al francés y al español en 10 *Nouvelles Etudes Penales* (M. Cherif Bassiouni ed., 1993); "Commentaries on the International Law Commission's 1991, in: DRAFT CODE OF CRIMES AGAINST THE PEACE AND SECURITY OF MANKIND. 11 *Nouvelles Etudes Penales* (M. Cherif Bassiouni ed., 1993); BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law: A Draft International Criminal Code* (1980); 52 *Revue Internationale De Droit Penal* (1981), revisado y actualizado en BASSIOUNI, M. Cherif. *A Draft International Criminal Code and Statute for an International Criminal Tribunal* (1987).

167. G.A. Res. 95, *U.N. Gaor*, sesión 1, U.N. Doc. A/64/Add.1 (1946) [de aquí en adelante Resolución 95]. Véase BASSIOUNI, M. Cherif. "The history of the draft code of crimes against the peace and security of mankind", 27 *Israel L. Rev.* 247 (1993); GROSS, Leo. "Some observations on the draft code of offenses against the peace and security of mankind", 13 *Israel Y.B. Hum. RTS* 9, 10 (1983); WILLIAMS, Sharon. "The draft code of offenses against the peace and security of mankind in: BASSIOUNI, ICL, *supra* pie de página 12, en 109.

168. G.A. Res. 174, *U.N. Gaor*, sesión 2, en 105-110, U.N. Doc A/519 (1947) [de aquí en adelante Resolución 174].

mular una codificación general de las ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad¹⁶⁹. La resolución daba un mandato a la ILC de:

- (a) formular los principios de derecho internacional reconocidos en la Carta del tribunal de Nuremberg y en la jurisprudencia del tribunal, y
- (b) preparar un proyecto de código de ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad, indicando claramente el lugar que se le debe conceder a los principios mencionados en el numeral (a) anterior¹⁷⁰.

Dos años más tarde, de conformidad con la resolución, la ILC comenzó a “[formular] los principios reconocidos por la Carta del tribunal de Nuremberg” y a “[preparar] un proyecto de código de ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad”¹⁷¹. Un subcomité fue formado y un relator especial fue nombrado para preparar el Proyecto de código de ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad (Draft Code of Offenses Against the Peace and Security of Mankind¹⁷²). Ese título se cambió en 1988 a proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind¹⁷³).

.....

169. G.A. Res. 177, *U.N. Gaor*, sesión 2, en 9, U.N. Doc. A/CN.4/4 (1947).

170. *Ibid* Véase también GROSS, *supra* pie de página 167, en 10.

171. YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. vi (1949), referente a la Resolución 174, *supra* pie de página 168 y Resolución 95, *supra* pie de página 167.

172. El primer informe fue terminado en 1950. “Informe de la Comisión de derecho internacional”, *U.N. Gaor*, sesión 5, U.N. Doc. A/CN.4/25 (1950).

173. Véase “Informe de la Comisión de derecho internacional”, *U.N. Gaor*, sesión 40, suplemento No. 10, en 145, U.N. Doc. A/43/10 (1988). El Proyecto de código de ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad, posteriormente el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, nunca intentó codificar todos los crímenes internacionales. El número de crímenes incluidos dentro del código ha variado desde un alto veinticinco a un bajo cinco. Para 1996, las categorías de crímenes internacionales son: agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, crímenes contra la ONU y el personal asociado a ella, posesión ilegal, uso o emplazamiento de armas, robo de materiales nucleares, mercenarismo, *apartheid*, esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud, tortura y otras formas crueles, inhumanas o degradantes de tratamiento o castigo, experimentación ilegal con humanos, piratería, secuestro de vehículos aéreos y otros actos ilícitos contra la seguridad aérea internacional, actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y la seguridad en las plataformas en mar abierto, amenaza y uso de la fuerza contra personas internacionalmente protegidas, tomar civiles como rehenes, uso ilícito del correo, tráfico ilícito de drogas y otras ofensas relacionadas con las drogas, destrucción y/o robo de tesoros nacionales, actos ilícitos contra ciertos elementos del medio ambiente internacionalmente protegidos, tráfico internacional de publicaciones obscenas, falsificación, interferencia ilícita de cables submarinos internacionales, y soborno de oficiales públicos extranjeros. Los tres crímenes incluidos más recientemente son: los crímenes contra la ONU y el personal asociado a ella, el mercenarismo y los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y la seguridad de las plataformas en mar abierto. Véase BASSIOUNI, M. Cherif. *International Crimes: Digest/Index of International Instruments 1815-1985* (2 vols., 1985) [de aquí en adelante BASSIOUNI, *Digest/Index*]

Simultáneamente, la labor de formular un proyecto de estatuto para el establecimiento de una corte penal Internacional (Draft Statute for the Establishment of an International Criminal Court) fue asignada a otro relator especial, quien entregó un primer informe a la ILC en marzo de 1950¹⁷⁴. Este informe alegaba que un código penal sustantivo y un estatuto para una corte penal internacional debían complementarse mutuamente¹⁷⁵. Contraria a la lógica y racionalidad de las políticas de redacción de proyectos, éstos dos permanecieron separados¹⁷⁶. En 1950, otro relator fue nombrado para estudiar el desarrollo eventual de una corte penal internacional¹⁷⁷. Los dos relatores tenían opiniones diferentes acerca de la idoneidad de las condiciones actuales para establecer una corte penal internacional¹⁷⁸.

Mientras muchos países, como Gran Bretaña, estaban convencidos de que en teoría sería benéfico establecer una corte penal internacional, su creación era imposible debido a la falta de consenso entre las mayores potencias mundiales¹⁷⁹. La Unión Soviética temía que la creación de un tribunal como éste afectaría su soberanía¹⁸⁰. Los Estados Unidos tampoco estaban preparados para la creación de este tipo de tribunal en ese punto de la Guerra Fría. En 1950, Francia era el único miembro permanente del Consejo de seguridad que estaba dispuesto a apoyar la creación de una corte penal internacional¹⁸¹.

.....

174. "Informe de la Comisión de derecho internacional en cuestión de la jurisdicción penal internacional", *U.N. Gaor*, sesión 5, U.N. Doc. A/CN.4/15 (1950).

175. *Ibid.* Véase también "Informe de la Comisión de derecho internacional", *U.N. Gaor*, sesión 5, suplemento No. 12, U.N. Doc. A/1316 (1950), y discusiones sobre este texto del Sexto comité de la Asamblea general, reimpresso en 2 FERENCZ, Benjamin *An International Criminal Court* 265-305 (2 vols., 1980) [de aquí en adelante FERENCZ].

176. Esa situación continuó en parte debido a consideraciones políticas y luego, en parte, porque el Proyecto de código de crímenes elaborado por la ILC en 1991 no fue bien recibido. "Commentaries on the International Law Commission's 1991. Draft code of crimes against the peace and security of mankind, 11 *Nouvelles Etudes Penales* (M. Cherif Bassiouni ed., 1993) [de aquí en adelante Commentaries on 1991 Draft Code].

177. Informe de la Comisión de derecho internacional, *U.N. Gaor*, sesión 5, U.N. A/CN.4/20 (1950).

178. *Ibid.* "Informe del Sexto comité de la Asamblea general", *U.N. Gaor*, sesión 5, U.N. Doc. A/1639 (1950), reimpresso en FERENCZ, *supra* pie de página 175, en 306-311.

179. *Ibid.* en 26-31.

180. *Ibid.*

181. *Ibid.* Actualmente, mientras ningún Estado se opone a la creación de una corte semejante, algunos extienden el debate como una forma de aplazar la redacción del estatuto. Si, a pesar de estas tácticas, se adopta un estatuto de compromiso, es probable que contenga algunas provisiones que reduzcan su efectividad. "Informe del Comité *ad hoc* para el establecimiento de una corte penal internacional", *U.N. Gaor*, sesión 50, suplemento No. 22, U.N. Doc. A/50/22 (1995). El escrito ya está listo

Un comité especial de la Asamblea general compuesto por representantes de 17 estados fue creado en 1951, con el propósito de que redactara una convención para la creación de una corte penal internacional¹⁸². Los aspectos legales sustanciales de la codificación fueron encomendados a un órgano de redacción, mientras otro órgano se encargaba de la forma como se haría cumplir la normatividad sustantiva.

En 1951, el comité especial encargado de la formulación del estatuto de la corte penal internacional terminó su labor, modelándolo parcialmente como el de la Corte internacional de justicia¹⁸³. Las discusiones y comentarios escritos, particularmente los de las grandes potencias, indicaban claramente que el proyecto no tenía opción de ser aceptado y que era políticamente prematuro¹⁸⁴. Debido a que los estados no querían asumir la responsabilidad política por la desaparición de una corte penal internacional permanente a sólo cinco y seis años respectivamente, de los juicios del IMTFE y el IMT¹⁸⁵, el comité, con algunos cambios en su composición, revisó el Proyecto de estatuto de 1951 y terminó las revisiones en 1953¹⁸⁶.

.....

y algunos estados insisten en que sea complementado. Véase "Informe del Comité *ad hoc* para el establecimiento de una corte penal internacional", en 6-7. Las propuestas que surgieron de la Segunda sesión del Comité preparatorio sobre "cooperación internacional" efectivamente requerirán que la ICC esté sujeta a las leyes nacionales y a los procedimientos para la entrega de acusados, y asistencia legal para obtener pruebas. Véase Comité preparatorio, *supra* pie de página 52.

182. Véanse "Informe del Sexto comité", reimpreso en FERENCZ, *supra* pie de página 175, en 298-305; "Informe del Comité *ad hoc* para el establecimiento de una corte penal internacional", *supra* pie de página 181; BASSIOUNI, M. Cherif. "Recent United Nations activities in connection with the establishment of a permanent international criminal court and the role of the association internationale de droit penale and the Instituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali", 67 *Revue Internationale de Droit Penale* 127 (1996).

183. "Informe del Comité sobre jurisdicción de una corte penal internacional", *U.N. Gaor*, sesión 7, suplemento No. 11, en 21-25, U.N. Doc. A/2136 (1952) [de aquí en adelante Proyecto de Estatuto de 1951]. Véanse también comentarios recibidos de los gobiernos respecto al Informe del comité sobre jurisdicción de una corte penal internacional", *U.N. Gaor*, sesión 7, U.N. Doc. A/2186 and U.N. Doc. A/2186/Add.1. Véase también "Recuento histórico sobre la cuestión de la jurisdicción de una corte penal internacional. Memorando del Secretario General", *U.N. Gaor*, sesión 4, U.N. Doc. A/CN.4/7/Rev. 1 (1949), reimpreso en FERENCZ, *supra* pie de página 175, en 399.

184. Véase "Informe del Sexto comité", *U.N. Gaor*, sesión 7, U.N. Doc. A/2275 (1952) y discusiones sobre este informe del Sexto comité, reimpreso en FERENCZ, *supra* pie de página 175, en 424-428.

185. En 1952, los Aliados aún estaban conduciendo juicios en Alemania bajo la CCL No. 10, (véase el texto que acompaña las notas 79-82), y en el Lejano Oriente, (véase el texto que acompaña las notas 89-110).

186. "Informe del Comité sobre jurisdicción de una corte penal internacional", *U.N. Gaor*, sesión 7, suplemento No. 12, en 21, U.N. Doc. A/2645 (1954). La revisión del estatuto hizo algunos cambios al Proyecto de estatuto de 1951 con el fin de impulsar a más estados a aceptar la propuesta, sobre todo suavizando la jurisdicción obligatoria de la corte, permitiendo mayor flexibilidad y participación

Una vez revisado el Proyecto de estatuto de 1953, fue entregado a la Asamblea general, la cual consideró necesario analizar primero el trabajo hecho al Proyecto de código de ofensas. El Estatuto para una corte penal internacional fue entonces postergado para después de que se finalizara el Proyecto de código de ofensas¹⁸⁷. El texto aprobado por la ILC del Proyecto de código de ofensas, el cual contenía cinco artículos y listaba trece crímenes internacionales, fue entregado a la Asamblea general en 1954¹⁸⁸.

El artículo 2º del Proyecto de Código de 1954, referente a la agresión, no definía el delito, puesto que se había creado otro comité especial para desarrollar esa definición. Por tanto, la Asamblea general pospuso cualquier consideración acerca del Proyecto de código de 1954 para después de que el Comité especial encargado de definir el delito de agresión entregara su informe¹⁸⁹. Así, ocurrió el esperado efecto domino: el Proyecto de estatuto de 1953 para una corte penal internacional no podía ser considerado antes del Proyecto de código de ofensas de 1994, y el Proyecto de código de ofensas no podía ser considerado antes de que el crimen de agresión fuera definido. Como resultado, el Proyecto de estatuto de 1953 y el Proyecto de código de 1954 fueron puestos a un lado hasta que se definió el crimen de agresión¹⁹⁰.

La definición del delito de agresión siguió un curso largo y difícil. La Asamblea general nombró primero un comité especial para definir agresión, el cual estaba compuesto por 15 miembros (1952-1954), luego nombró un segundo comité especial de 19 miembros (1954-1957), después del segundo nombró un tercer comité especial de 21 miembros (1959-1967) y por último un cuarto comité especial de 35

voluntaria de los estados, incluyendo la posibilidad de que los estados se retiraran de la jurisdicción de la corte con un año de preaviso. El comité especial estaba ansioso por desarrollar un proyecto que fuera políticamente aceptable para las grandes potencias, pero aún así, el ambiente político no estaba listo para esto.

187. "G.A. Res. 898 (IX)", *U.N. Gaor*, Sesión 9, suplemento No. 21, en 50, U.N. Doc. A/2890 (1954) [de aquí en adelante Resolución 898].

188. Véase "Tercer informe en relación con el Proyecto de código de ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad", *U.N. Gaor*, sesión 6, U.N. Doc. A/CN.4/85 (1954). Véase también Johnson, D.H.N. "The draft code of offenses against the peace and security of mankind, 4 *INT'L Comp. L.Q.* 445 (1955).

189. Resolución 898 (IX), *supra* pie de página 187. Véase también "Informe del Comité de 1953 sobre la jurisdicción de una corte penal internacional", *U.N. Gaor*, sesión 9, suplemento No. 12, U.N. Doc. A/2645 (1957); G.A. Res. 1187 (XII), *U.N. Gaor*, Sesión 12, Suplemento No. 18, en 52, U.N. Doc. A/3805 (1957), que aplazó el Proyecto nuevamente.

190. Una cronología y evolución histórica más detallada se puede encontrar en BASSIOUNI, GROSS Y WILLIAMS, *supra* pie de página 167.

miembros (1967-1974)¹⁹¹. Estos cuatro comités entregaron varios informes que fueron debatidos y discutidos extensamente en comités y en la Asamblea general. El último de los comités especiales acabó su labor en 1974 y la Asamblea general adoptó la definición de agresión en una resolución adoptada por consenso¹⁹². Llama la atención que la definición de agresión, la cual tomó más de 20 años en ser definida, no fue incluida en un convenio multilateral, ni siquiera se votó en la resolución que la adoptó.

La Asamblea general, habiendo puesto a un lado las consideraciones acerca del Proyecto de código de ofensas de 1954 con la justificación de que primero se tenía que definir la agresión, y habiendo puesto a un lado también las consideraciones del Proyecto de estatuto para una corte penal internacional de 1953, debido a que no se había adoptado antes el Proyecto de código de ofensas, lógicamente tendría que haber reconsiderado estos dos elementos una vez que en 1974 se había definido agresión. No obstante, la Asamblea general no percibió que fuera apropiado reconsiderar la cuestión del Proyecto de código de ofensas de 1954 hasta 1978 y tampoco decidió reconsiderar la cuestión del Proyecto de estatuto para una corte penal internacional de 1953. En 1982, un nuevo relator de la ILC elaboró su primer informe sobre el Proyecto de código¹⁹³, el cual contenía una serie de consideraciones generales sobre derecho penal internacional, sobre responsabilidad estatal y personal, y observaciones sobre el contenido de un código semejante¹⁹⁴. El nuevo

191. Una historia y documentos relacionados con estos comités se pueden encontrar en FERENCZ, Benjamin. *Defining International Aggression* (1975).

192. G.A. Res. 3314 (XXIX), *U.N. Gaor*, sesión 29, suplemento No. 31, en 142-43, U.N. Doc. A/9631 (1974). Una comparación de diferentes informes de los comités y los proyectos alternativos hasta 1971 se encuentra en BASSIOUNI, M. Cherif "The definition of aggression in international law: the crime against peace", in 1 *Treatise on International Criminal Law* 159 (M. Cherif Bassiouni & Ved P. Nanda eds., 1973); BASSIOUNI, M. Cherif & FERENCZ, Benjamin. "The crime against peace", in 1 *International Criminal Law* 167 (M. Cherif Bassiouni 1986).

193. Véase "Informe de la Comisión de derecho internacional sobre el trabajo de su sesión número treinta y cinco", suplemento No. 10, en 11-28, U.N. Doc. A/38/10 (1983).

194. Debe resaltarse que el nuevo relator, como sus predecesores, limitaba la responsabilidad penal a individuos, excluyendo organizaciones y estados. Véase MALEKIAN, Farhad. *International Criminal Responsibility of States* (1985). La pronunciación de los principios de responsabilidad estatal ha incluido desde 1976 la noción de responsabilidad penal del Estado. Véanse 2 "Anuario de la Comisión de derecho internacional", *U.N. Gaor*, sesión 31, U.N. Doc. A/CN/SER.A/1976 (1976); "Informe de la Comisión de derecho", *U.N. Gaor*, sesión 36, Suplemento No. 10, U.N. Doc. A/36/10 (1984). Comentarios sobre este concepto se encuentran en BROWNLIE, Ian. *System of the Law Of Nations: State Responsibility* 32-33 (1983); YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION, en 26-54 (containing Special Rapporteur Ago's approach); MORRIS, Virginia. & BOUSHOYANNIES-VRAILES, M. Christiane, "current development: the work of the Sixth committee at the fiftieth session of the U.N. General Assembly", 90 *Am. J. Int'l L.* 491, 494 (1996).

relator empezó su trabajo desde que se le dio el mandato, y sólo hasta 1991 terminó aquello que intentó ser su texto definitivo¹⁹⁵. Debido a que el informe fue criticado tanto por algunos gobiernos como por académicos¹⁹⁶, su texto fue revisado y se adoptó en 1996¹⁹⁷.

El tema de la creación de una corte penal internacional regresó a la ILC por un camino inesperado. En 1989, la Asamblea general le pidió a la ILC que preparara un informe sobre la jurisdicción penal internacional para el procesamiento de personas involucradas en tráfico de drogas¹⁹⁸. Simultáneamente, un comité de expertos de una ONG, dirigido por este autor, preparó otro proyecto de estatuto en junio de 1990 y se lo entregó al Octavo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del

195. "Informe de la Comisión de derecho", *U.N. Gaor*, sesión 46, suplemento No. 10, U.N. Doc. A/46/10 (1991).

196. Comentarios al Proyecto de código de 1991, *supra* pie de página 176.

197. "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad: títulos y artículos sobre el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad adoptado por la Comisión de derecho internacional en su sesión número cuarenta y ocho", *U.N. Gaor*, sesión 51, U.N. Doc. A/CN.4L.532 (1996), revisado por U.N. Doc. A/CN.4L. 532/Corr. 1 and U.N. Doc. A/CN.4L.532/Corr.3.

198. "G.A. Res. 43/164", *U.N. Gaor*, sesión 43, Suplemento No. 49, en 280, U.N. Doc. A/43/49 (1988); "G.A. Res. 44/39", *U.N. Gaor*, sesión 44, suplemento No. 49, en 310, U.N. Doc. A/44/49 (1989). Esta recomendación fue la consecuencia de una resolución adoptada por una sesión especial de la Asamblea general de ese año sobre el asunto de tráfico ilícito de drogas. Su patrocinador fue Trinidad y Tobago, cuyo antiguo primer ministro, Arthur N. R. Robinson, era la fuerza impulsora. Robinson se merece muchos créditos por sus esfuerzos incansables para promover una corte penal internacional.

Independientemente, en 1979, la Comisión de derechos humanos, el Grupo de trabajo *ad hoc* para el sur de África (*Ad Hoc Working Group on Southern Africa*), le pidió a este autor preparar un proyecto de estatuto para la creación de una jurisdicción penal internacional para implementar la Convención *apartheid*. CONVENCION INTERNACIONAL PARA LA SUPRESION Y LA CONDENA DEL CRIMEN DE APARTHEID. "G.A. Res. 3068 (XXXVIII)", *U.N. Gaor*, 28th sesión, Supp. No. 30, U.N. Doc. A/9030 (1973) [de aquí en adelante Convención *apartheid*]. La Convención *apartheid* contiene lenguaje explícito en el artículo 5° para la creación de una jurisdicción penal internacional. (*Ibid* en 75). De manera similar, la Convención de genocidio da pie para una jurisdicción de una corte penal internacional para el crimen de genocidio, si una corte tal fuera instalada. Convención para la prevención y la condena del crimen de 9 de diciembre 1948, 78 U.N.T.S. 277.

El Proyecto de estatuto para la creación de una jurisdicción penal internacional para hacer cumplir la Convención de Apartheid fue acabado en 1980 y entregada a la Comisión de derechos humanos, que la aceptó sin discusión alguna y la hizo circular entre los estados miembros para que la comentaran. "Estudio sobre las formas y los medios de asegurar la implementación de instrumentos internacionales como la Convención internacional para la supresión y la condena del crimen de *apartheid*, incluyendo el establecimiento de una jurisdicción internacional prevista por la Convención", *U.N. Gaor*, sesión 35, U.N. Doc. E/CN.4/1426 (1980). Véase también BASSIOUNI, M. Cherif & DERBY, Daniel H. "Final report on the establishment of an international criminal court for the implementation of the apartheid convention and other relevant international instruments", 9 *Hofstra L. Rev.* 523 (1981). Ninguna otra acción fue tomada.

crimen y el tratamiento de acusados¹⁹⁹. Este congreso reconoció la necesidad de crear una corte penal internacional y respaldó los continuos esfuerzos de la ILC en esta materia²⁰⁰.

La ILC discutió la naturaleza de una corte penal internacional, su objeto material, el otorgamiento de la jurisdicción, el establecimiento de procedimientos penales ante la corte, y decidió continuar la discusión sobre este asunto en sesiones posteriores y el estudio del Proyecto de código de crímenes de 1991²⁰¹. Así, la ILC vinculó su trabajo en el Proyecto de código de crímenes al trabajo en un eventual proyecto de estatuto para una corte penal internacional, aun cuando la Asamblea general no se lo había ordenado. Pero más tarde, la ILC y la Asamblea general separaron los dos proyectos.

Aunque la ILC fue más allá de la cuestión del tráfico de drogas, que era la base del mandato original, la Asamblea general no presentó ninguna queja de largo alcance. Sabiamente, la ILC comenzó con un informe preliminar en 1992²⁰² y cuando ese informe fue recibido favorablemente por la Asamblea general, la ILC produjo un texto global en 1993²⁰³, el cual modificó en 1994²⁰⁴. Los cambios hechos al Proyecto de

.....

199. "Proyecto de estatuto: Tribunal penal internacional", *U.N. Gaor*, Sesión, 45 U.N. doc. A/Conf. 144/NGO.7 (1990), reimpresso en 15 *Nova L. Rev.* 373 (1991). Véase también BASSIOUNI, M. Cherif. "A comprehensive strategic approach on international cooperation for the prevention, control and suppression of international and transnational criminality, including the establishment of an international criminal court", 15 *Nova L. Rev.* 353 (1991). La Comisión de expertos fue ensamblada por el Instituto Internacional de estudios superiores en ciencias criminológicas (Siracusa, Italia), en cooperación con la Rama de prevención del crimen de las Naciones Unidas y el Ministerio de Justicia de Italia.

200. "Informe del Octavo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del crimen y tratamiento de los acusados", *U.N. Gaor*, sesión 45, U.N. Doc. A/Conf. 144/28 (1990).

201. "Informe de la Comisión de derecho internacional", *U.N. Gaor*, sesión 46, suplemento No. 10, en 198, U.N. Doc. A/46/10 (1991).

202. "Report of the international law commission", *U.N. Gaor*, sesión 49, Supp. No. 10, U.N. Doc. A/47/10 (1992).

203. Véase "Informe revisado del Grupo de trabajo para el Proyecto de estatuto para una corte penal internacional", *U.N. Gaor*, sesión 48, U.N. Doc. A/CN.4/L.490 (1993); "Informe revisado del Grupo de trabajo para el Proyecto de estatuto para una corte penal internacional: Addendum", *U.N. Gaor*, sesión 48, U.N. Doc. A/CN.4/L.490/Add.1 (1993).

204. "Informe de la Comisión de derecho internacional", *U.N. Gaor*, sesión 49, suplemento No. 10, U.N. Doc. A/49/10 (1994). Véase también BASSIOUNI, M. Cherif. "Establishing an international criminal court: historical survey", 149 *Mil. L. Rev.* 49 (1995); EVERED, Timothy C. An international criminal court: recent proposals and american concerns", 6 *Pace Int'l L. Rev.* 121 (1994); SCHARF, Micahel P. "Getting serious about an international criminal court", 6 *Pace Int'l L. Rev.* 103 (1994). Una contribución iluminadora para trabajar el asunto por el secretario sustituto se encuentra en RAMA-MONTALDO, Manuel. "Acerca de algunos conceptos básicos relativos al derecho penal internacional y a una jurisdicción penal internacional, en: *International Law in an Evolving World* 865-93 (Manuel Rama-Montaldo, ed., 1994).

estatuto para una corte penal internacional de 1994 tenían el propósito de responder frente a las preocupaciones políticas formuladas por algunas de las mayores potencias mundiales²⁰⁵. No obstante, tanto la ILC como el Sexto comité de la Asamblea general separaron el Proyecto de estatuto para la corte penal internacional del Proyecto de código de crímenes, aparentemente porque en 1994 este último no se había terminado aún. En 1996, la ILC modificó el Proyecto de código de crímenes²⁰⁶, tomando en consideración las experiencias del ICTFY y el ICTR, así como los debates del Comité *ad hoc* y del Comité preparatorio para una corte penal internacional.

La perseverancia e ingenio de la ILC para desarrollar el mandato limitado de 1989 relacionado con tráfico ilícito de drogas en lo que se convirtió en el Proyecto de estatuto para una corte penal internacional merecen ser altamente elogiados. El Proyecto de estatuto de 1994 fue la base sobre la que la Asamblea general creó en 1994 el Comité *ad hoc* para el establecimiento de una corte penal internacional²⁰⁷, y luego en 1995 el Comité preparatorio para el establecimiento de una corte penal internacional²⁰⁸. El informe del Comité preparatorio fue entregado a la sesión número 51 de la Asamblea general el 28 de octubre de 1996, con una recomendación de que la Asamblea general extendiera el término del Comité preparatorio con un mandato específico de negociar las propuestas, con el propósito de producir un texto consolidado de una convención, del Estatuto e instrumentos anexos, a más tardar en 1998²⁰⁹. Este horario significa un retraso para aquellos que anhelaban tener una Conferencia plenipotenciaria en 1997²¹⁰. Algunas de las grandes potencias, sin embargo, se resisten a acelerar el proceso y esperan posponer la conferencia diplomática para más tarde.

205. CRAWFORD, James. "The ILC adopts a statute for an international criminal court", 89 *Am. J. Int'l L.* 404 (1995). El profesor Crawford, un distinguido miembro de la ILC, contribuyó significativamente a la redacción del Proyecto de estatuto de 1994 y también en la elaboración del Proyecto de código de crímenes que fue adoptado en 1996, *supra* pie de página 206.

206. "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad: títulos y artículos sobre el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad adoptados por la Comisión de derecho internacional en su sesión cuarenta y ocho", *U.N. Gaor*, sesión 48, U.N. Doc. A/CN.4/L.532 (1996).

207. "Informe del Comité *ad hoc* para el establecimiento de una corte penal internacional", *U.N. Gaor*, sesión 50, suplemento No. 22, U.N. Doc. A/50/22 [de aquí en adelante Informe del Comité *ad hoc*].

208. "G.A. Res. 50/46", *U.N. Gaor*, sesión 50, U.N. Doc. A/RES/50/46 (1995). Véase también "Resumen de los procedimientos del Comité preparatorio para el establecimiento de una corte penal internacional", *U.N. Gaor*, sesión 50, suplemento No. 22, U.N. Doc. A/50/22 (1995).

209. "Informe del Comité Preparatorio", *supra* pie de página 52.

210. BASSIOUNI, M. Cherif. "Recent United Nations activities in connection with the establishment of a permanent international criminal court and the role of the association internationale de droit penal and the Instituto Superiore Internazionale di Scienze Criminal", 67 *Revue Internationale de Droit Penal* 127 (1996).

Sin embargo, un factor que puede acelerar el proceso podría ser el afán que existe por establecer una corte penal internacional para 1998. El ICTFY y el ICTR fueron creados por el Consejo de seguridad de conformidad con las facultades otorgadas en el capítulo VII de la Carta. Para 1997 o 1998 puede resultar muy difícil para el Consejo de seguridad mantener estos tribunales *ad hoc* en funcionamiento²¹¹. Debido a que no sería políticamente conveniente abolir estos tribunales, o causarles una muerte prematura, una corte permanente que se encargue de los procesos restantes o de los que se den en el futuro podría ser una solución muy útil²¹².

Conclusión: la necesidad de un sistema permanente de justicia penal internacional

Siempre, después de una guerra en la que se violaron las normas de derecho internacional humanitario y se llevaron a cabo juicios, surge un clamor y un llanto en las naciones vencidas, para que los ciudadanos que fueron condenados por aquellos crímenes sean liberados. A medida que la presión política aumenta, los procesos son vistos como contrarios a la paz, y los crímenes cometidos son pasados por alto²¹³. Pero pocos piensan en las víctimas del pasado o en el efecto que tales políticas de impunidad pueden tener hacia el futuro. Solamente hasta que la actual cultura política comprenda que la justicia es un componente indispensable para la paz será posible establecer un sistema permanente de justicia penal internacional.

De acuerdo con el Tratado de Versalles, los alemanes empezaron a resistirse a los procesos. El presidente de la Delegación para la paz alemana en París, el barón von Larsner, informó a los Aliados lo siguiente:

Todo el pueblo alemán, sin distinción de clase y partido, está convencido de que es imposible entregar a los tan llamados criminales de guerra...ningún oficial alemán va a prestar su mano para arrestar a un alemán para entregarlo a la justicia de la Entente [los

.....

211. Véase el texto que acompaña las notas 145-149.

212. Una comparación útil de los estatutos se encuentra en BLAKESLEY, Christopher L. "Comparing the ad hoc tribunal for crimes against humanitarian law in the former Yugoslavia and the project for an international criminal court", 67 *Revue Internationale de Droit Penal* 139 (1996).

213. Ocasionalmente ocurre lo contrario. Véase *The Case of General Yamashita*, *supra* pies de páginas 113, 116-119 y el texto correspondiente.

Aliados]...La mera propuesta de una orden de este tipo crearía tal tempestad de indignación que toda la estructura de la paz se vería gravemente amenazada²¹⁴.

Las intenciones reconocidas por los Aliados para llevar a cabo los procesos establecidos en el Tratado de Versalles nunca se hicieron realidad debido a razones políticas. Por el contrario, algunos procesos simbólicos se llevaron a cabo en Leipzig.

El proceso de forzar, limitar y restringir la justicia después de la segunda guerra mundial fue evidente además cuando la recomendación de la Comisión de 1919 para juzgamiento de los oficiales turcos se dejó a un lado debido a que los Estados Unidos y Japón se opusieron fuertemente. El Tratado de Sevres que había dado a los Aliados el derecho de juzgar a los oficiales turcos nunca fue ratificado. Por el contrario, el Tratado de Lausana permitió una amnistía en un protocolo adicional no divulgado.

Después de la segunda guerra mundial, las políticas de amnistía para Alemania y el Lejano Oriente son también ilustrativas. Pocos años después de los juicios de la IMTFE, todas las personas condenadas fueron liberadas. El decreto de amnistía del emperador de 1946 y el Tratado de paz de 1951 abrieron el paso para la liberación temprana de todos los condenados en procesos militares ejecutados por los Aliados. El general MacArthur estuvo satisfecho con los procesos simbólicos después de la guerra, pero más allá de esto, su interés, así como el del gobierno de los Estados Unidos, era fortalecer la paz logrando la estabilidad de Japón. En Alemania fueron confirmadas las sentencias del IMT, con excepción de algunas liberaciones tempranas por libertad condicional y por conmutación de penas. Sin embargo, bajo la CCL No. 10, la conmutación de penas y la libertad condicional eran utilizadas más generosamente²¹⁵. En las zonas occidentales de la ocupación, los Aliados estaban ansiosos por ayudar a reconstruir Alemania política y económicamente²¹⁶. Para entonces,

214. LARSNER, Von. 1 *Die Auslieferung der deutschen Kriegsverbrecher in Zehn Jahren Seit Versailles* 22 (H. Schnell & H. Draeger eds., 1929) (énfasis añadido), también citado en BIERZANEK, Remigiusz. War crimes: history and definition, in 1 *A Treatise on International Criminal Law* 559 (M. Cherif Bassiouni & Ved P. Nanda eds., 1973).

215. Véase TAYLOR, Telford. *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials Under Control* No. 10 (1949); BUSCHER, Frank M. *The U.S. War Crimes Trial Program in Germany 1946-1955* (1989).

216. Ningún industrial fue procesado por la IMT. Véase DAVIDSON, Eugene. *The Trial of the Germans* (1969). Algunos industriales fueron procesados en los Estados Unidos. Ninguno de los industriales tuvo una condena de más de cinco años. Casi todos volvieron a ser dueños absolutos o parciales de sus firmas. Véase APPLEMAN, *supra* pie de página 44, en 171-200. Para ver el terrible sufrimiento de aquellos que trabajaban como esclavos en aquellas industrias, véase FERENCZ, Benjamin. *Less than Slaves* (1979).

Alemania estaba claramente dentro de la zona de influencia occidental, la cual necesitaba enfrentarse fuerte y desafiantemente al bloque oriental.

En Italia, los Aliados, violando los Artículos de rendición de 1945, sencillamente no juzgaron ni extraditaron a los criminales de guerra acusados a aquellos países que los solicitaban. Posteriormente, Italia también se rehusó a extraditar a cualquier persona acusada de crímenes de guerra, incluidos aquellos cuyos expedientes habían sido cuidadosamente preparados por la UNWCC.

Para 1992, los obstáculos burocráticos, la ausencia de recursos, el ocultamiento de pruebas y otras formas más sutiles fueron usadas para evadir los procesos. Así, las investigaciones de la Comisión de expertos para el caso de la antigua Yugoslavia no fueron financiadas y cuando se obtuvieron pruebas, ésta fue percibida como un peligro para el proceso político de paz y la comisión fue arbitrariamente abolida. El ICTFY, no obstante su visibilidad pública, sólo ha procesado a un violador serbio-bosnio de bajo rango²¹⁷ y ha condenado a un acusado quien se declaró culpable, pero es incapaz de asumir la jurisdicción en los casos de 75 personas inculpadas, dentro de las cuales se incluyen renombrados criminales a los cuales la fuerza de la OTAN (IFOR) se rehúsa a detener. La Comisión de Ruanda de 1994 no contó con un mandato lo suficientemente largo y tampoco tuvo los recursos necesarios para llevar a cabo una investigación, mientras que el Tribunal de Ruanda sólo pudo comenzar a procesar una persona en 1997, dadas sus dificultades financieras y burocráticas.

Estas experiencias pasadas con tribunales internacionales *ad hoc* confirman la necesidad de establecer un sistema permanente de justicia penal internacional²¹⁸. Dado a que sólo juzgan algunos de los criminales en determinados conflictos, estos tribunales, sus leyes y las penas que imponen generan preguntas fundamentales acerca de su conformidad con los principios jurídicos y con las consideraciones generales de justicia. Después de la segunda guerra mundial, muchos sintieron que los Aliados estaban aplicando una ley a sí mismos y otra a los vencidos. Los procesos en Alemania y en el Lejano Oriente fueron llamados la venganza de los vencedores. Ciertamente, la máxima Ley Romana, *quod licet jovi non licet bovi*²¹⁹, no fue tenida en cuenta en ninguno de los dos contextos²²⁰. Además, los tribunales *ad hoc*

.....

217. Véase *Prosecutor versus Dusko Tadic a/k/a "Dule,"* Case No. IT-94-1-AR (octubre 2, 1995). "Opinion of the", 7 *Crim. L. For.* 51 (1996).

218. Véase BASSIOUNI, M. Cherif. & BLAKESLEY, Christopher. "The need for an international criminal court in the new international world order", 25 *Vand. J. Transnat'l.* 151 (1992).

219. Lo que es legítimo para los vencedores no es ilegítimo para los vencidos.

220. La defensa de "obediencia a órdenes superiores" fue rechazada, como fue la de tu quoque. Véanse WOETZEL, Robert K. *The Nuremberg Trials* 120-21 (1962); VON KNIEREM, Arthur *supra* pie de página 78, en 312.

suelen no tratar de manera equitativa a quienes en circunstancias iguales quienes cometieron crímenes similares. Así, estos tribunales crean la apariencia de una justicia desigual o desleal, aun cuando todos los acusados merezcan ser procesados. Un sistema permanente de justicia penal internacional fundado en un estatuto penal internacional preexistente permitiría que cualquier persona de cualquier nación pudiera ser responsabilizada por sus crímenes. Con ello se estaría garantizando un tratamiento equitativo para los infractores.

La historia también demuestra que los órganos de investigación deben estar ligados institucionalmente al órgano del tribunal que juzga los casos. Después de la primera guerra mundial, por ejemplo, el trabajo de la Comisión de investigación de 1919 fue prácticamente anulado porque los procesos fueron trasladados del nivel internacional al nacional. Consideraciones políticas, especialmente la negativa de los Estados Unidos de renunciar al control sobre los procesos del IMT, redujo la UNWCC de 1943 a un recolector y cámara de compensación de información, más que a un órgano de investigación. Si se establece un sistema permanente de justicia penal internacional, entonces un órgano de investigación internacional estaría fuera del control de un solo país. Adicionalmente, dado que un órgano de investigación estaría ligado al cuerpo de juzgamiento, su trabajo no sería despachado, pasado por alto o relegado a un papel secundario como sucedió con el trabajo de la Comisión de 1919 y con el de la UNWCC de 1943.

Existen además numerosas razones prácticas para ser partidario de un sistema permanente de justicia penal internacional²²¹. Un sistema permanente eliminaría la necesidad de crear tribunales *ad hoc* cada vez que sea necesario. La decisión de establecer tales tribunales, sin mencionar la redacción de los estatutos aplicables, toma un tiempo considerable durante el cual las pruebas de los crímenes se vuelven muy difíciles de obtener y se disipa la voluntad política de llevar a cabo los procesos. Más aún: siempre resurge un debate político sobre las provisiones del estatuto, sobre quién conducirá los procesos y quién los juzgará. Tales presiones hacen que los tribunales *ad hoc* sean vulnerables a la manipulación política.

El trabajo de la ILC desde 1947 a 1996 ha sido dolorosamente lento y ha tenido que enfrentar constantes obstáculos políticos. En 1995, el Comité *ad hoc* para el establecimiento de una corte penal internacional, y en 1996 el Comité preparatorio para el establecimiento de una corte penal internacional lograron algún progreso. Pero ahora se deben tomar difíciles decisiones políticas. La opinión pública mundial

.....

221 . *Ibid.*

está a favor de la creación de un sistema internacional de justicia penal que sea efectivo y leal. Los gobiernos no pueden ignorar eternamente la opinión pública si quieren preservar su credibilidad política.

La impunidad no puede seguir siendo la recompensa de aquellos que cometen los más atroces crímenes internacionales y violaciones contra los derechos humanos²²². Además de los tantos criminales que nunca han sido procesados por los tribunales *ad hoc* establecidos después de ciertos conflictos internacionales, un número aún mayor de criminales en conflictos internos han evadido la justicia. El tamaño del daño humano que se ha producido desde la segunda guerra mundial por los conflictos de carácter no internacional —puramente conflictos internos y victimización por regímenes tiránicos²²³— excede enormemente la suma de muertes en las dos guerras mundiales. Sin embargo, la abrumadora mayoría de perpetradores se ha beneficiado de la impunidad.

.....

222. Véanse *supra* pie de página 31; SCHARF, Michael P. Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti? 31 *Tex. Int'l L. J.* 1, 4 (1996); TRANSITIONAL JUSTICE. *How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes* (Neil J. Kritz ed., 3 vols. 1995); ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Impunity and Human Rights in International Law and Practice* 14 (1995); OSIEL, Mark J. "Ever again: legal remembrance of administrative massacre", 144 *U. Pa. L. Rev.* 493, (1995); WEINER, Robert O. "Trying to make ends meet: reconciling the law and practice of human rights amnesties", 26 *St. Mary's L.J.* 857, 867 (1995); RUMMEL, Rudolph J. *Death by Government* (1994); MARKS, Stephen P. "Forgetting the policies and practices of the past: impunity in Cambodia", *Fletcher F.*, Summer/Fall 1994, at 18; PASQUALUCCI, Jo M. "The whole truth and nothing but the truth: truth commissions, impunity and the inter-american human rights system", 12 *B.U. Int'l L.J.* 321, 368-69 (1994); QUINN, Robert J. "Will the rule of law end? Challenging transition", 4 *J. Democracy* 13-14; "Sub commission on the prevention of discrimination and the protection of minorities progress report on the question of impunity of perpetrators of human rights violation", *U.N. Gaor*, sesión 48, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6 (1993); ORENTLICHER, Diane F. "Settling accounts: the duty to prosecute grave human rights violations of a prior regime", 100 *Yale L.J.* 2537, 2542 (1991); ROHT-ARRIAZA, Naomi. "State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law", 78 *Calif. L. Rev.* 449, 475, fn. 137 (1990). The Inter-American Court of Human Rights tomó una posición en contra de la impunidad en el Velásquez-Rodríguez case, *Inter-Am. C.H.R., OEA/ser.C./Case 4/pará.174* (1988), reprinted in 28 *I.L.M.* 291 (1989). REISMAN, Michael. "Institutions and practices for restoring and maintaining public order", 6 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 175 (1995).

223. *Regímenes tiránicos* cometen genocidios y crímenes contra la humanidad. Estos son crímenes dentro de la jurisdicción contemplada por la ICC. Son también crímenes con carácter de *ius cogens* para los que hay jurisdicción universal. Además, estas prescripciones son aplicables en tiempos de guerra y de paz. *Regímenes tiránicos* pueden también provocar reacciones que pueden convertirse en conflictos de carácter no internacional, y aun en conflictos de carácter internacional (si hay intervención militar extranjera). En estos contextos, violaciones de las regulaciones de conflictos armados no son crímenes de guerra. Estos crímenes son también crímenes con naturaleza de *ius cogens* a los que se suma la jurisdicción universal para castigarlos. Una ICC podría entonces tener jurisdicción sobre esos crímenes.

Aunque un sistema de justicia internacional puede que no detenga conflictos futuros, sí reivindicará a las víctimas de crímenes internacionales y nos recordará a nosotros y a las futuras generaciones del sufrimiento de las víctimas y los errores de los perpetradores. Parafraseando al filósofo George Santayana, si no registramos y aprendemos las amargas lecciones del pasado estamos condenados a repetir nuestros errores. Por eso es que aquellos que pueden, deben hablar. Porque a través de la crítica a los procesos jurídicos y políticos defectuosos que se han desarrollado en el pasado, se sirve la justicia como ésta debe ser en el futuro. □

