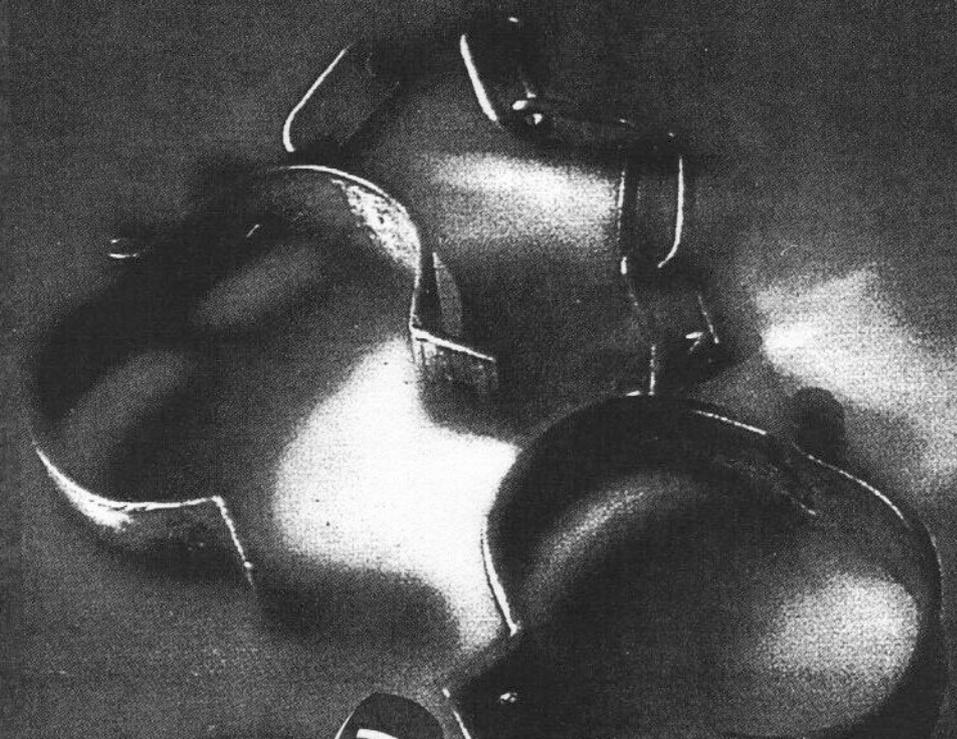


K A I A M B O S
OSCAR JULIÁN GUERRERO



**El Estatuto
de Roma**

de la Corte Penal Internacional

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

KAI
AMBOS

OSCAR JULIÁN
GUERRERO
(COMPILADORES)

**EL ESTATUTO
DE ROMA
DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

La Universidad Externado de Colombia agradece a la Editorial Kluwer Law International, por la cesión de los derechos de los artículos aparecidos en la revista *European Journal of Crime, Criminal Law and Crimimal Justice*, Vol. 6, N° 4, 1998.

EDUARDO MONTEALEGRE	HANS PETER KAUL
KAI AMBOS	LYAL S. SUNGA
OSCAR J. GUERRERO	WILLIAM SCHABAS
FRANK JARRASCH	HANS JÖRG BEHRENS
MORTEN BERGSMO	CLAUS KREß

ISBN 958-616-421-7

© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1999
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 N° 1-17 Este, Bogotá - Colombia. Fax 2843769.

Primera edición: octubre de 1999

Diseño de carátula: Giovanni Muñoz Londoño
Composición: Mauricio Zambrano Ramírez
Fotomecánica, impresión y encuadernación: PANAMERICANA, Formas e Impresos S. A.,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

CONTENIDO

PREFACIO DE LOS COMPILADORES	11
PRESENTACIÓN	17
PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN	
Defensa penal ante el tribunal de la ONU para la ex Yugoslavia Kai Ambos	23
Justicia penal y paz. El largo camino hacia la conformación de una jurisdicción penal universal Oscar Julián Guerrero Peralta	47
Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. un análisis del Estatuto de Roma Kai Ambos	99
SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS POR PARTES	
Establecimiento, organización y financiamiento de la Corte Penal Internacional y cláusulas finales (partes I, IV, XI a XIII) Frank Jarrasch	147
El régimen de la competencia de la Corte Penal Internacional (parte II, arts. 11 a 19) Morten Bergsmo	179
La Corte Penal Internacional: la lucha por su competencia y alcance Hans Peter Kaul	211
La jurisdicción <i>rationae materiae</i> de la Corte Penal Internacional (parte II, arts. 5° a 10°) Lyal S. Sunga	233

Principios generales del derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (parte III) William Schabas	269
Investigación, juicio y apelación. El proceso penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (partes V, VI y VII) Hans Jörg Behrens	315
Funciones penales, ejecución penal y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (partes VI, IX y X) Claus Kreß	337
NEXOS	
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (<i>Draft Code</i>)	369
Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional	381
Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia	413
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	427

PREFACIO DE LOS COMPILADORES

El Estatuto de Roma comienza con la exposición de un preámbulo que, *inter alia*, repite la determinación de la Conferencia de “poner fin a la impunidad [...] y así contribuir a la prevención de nuevos crímenes”, lo que además recuerda “que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. La última afirmación tiene un alcance de particular importancia a la luz del caso Pinochet. Esto nos remite necesariamente al principio de universalidad que establece la obligación para las jurisdicciones nacionales de perseguir determinados crímenes internacionales, tales como la tortura, las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales, todas ellas comprendidas por el concepto de crímenes contra la humanidad como aparece definido en el artículo 7° del Estatuto (véase con más detalle el artículo de Sunga en esta publicación). La persecución internacional de estos crímenes no corresponde tan solo al Estado donde se cometieron los crímenes (Estado *locus delicti* o “Estado territorial”) y/o a aquel al que pertenezca el presunto responsable (“Estado del presunto responsable”) o la víctima (“Estado de la víctima”), sino que también implica persecución a nivel interestatal, vale decir, persecución de terceros Estados en caso de que el Estado del territorio, del presunto responsable o de la víctima no tengan capacidad o disposición para investigar y juzgar el delito. En este sentido, la jurisdicción del tercer Estado con respecto al territorio, al responsable o a la víctima está sometida al mismo principio que la jurisdicción de la CPI con respecto a la competencia de las jurisdicciones nacionales, es decir, al principio fundamental y principal del Estatuto: el de complementariedad (art. 17; véase más en detalle el artículo de Bergsmo en esta obra).

Ha de tenerse en cuenta la correcta afirmación del Secretario General de la ONU, Koffi Annan: “Sin duda, muchos de nosotros hubiéramos preferido una Corte investida con poderes de mayor alcance, pero eso no nos permite minimizar lo que hasta aquí se ha logrado. El establecimiento de la Corte es un don a la esperanza de las nuevas generaciones, y un paso gigante en la senda de la vigencia universal de los derechos humanos y el imperio de la ley”. A ello hay que añadir que tanto en el campo de la creación legal como en el campo normativo el Estatuto no puede subestimarse. En

LYAL S. SUNGA*

*La jurisdicción "ratione materiae"
de la Corte Penal Internacional
(arts. 5° a 10° del Estatuto de Roma)*

Uno de los principales puntos satisfactorios durante el proceso de redacción, tanto en la etapa del Comité Preparatorio en Nueva York como en la Conferencia de Roma, fue el de *cuáles* crímenes del derecho internacional debían incluirse en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional permanente, *cómo* deberían definirse, *a quién* deberían aplicarse estas reglas (por ejemplo, ¿crímenes cometidos *por quién* y *contra quién*?), y *cuándo* y *dónde* se aplican (por ejemplo, ¿bajo *qué* tipo de circunstancias?).

El objeto del presente trabajo es indicar hasta qué punto los crímenes que se enuncian y definen en el Estatuto de Roma reflejan las normas de derecho internacional establecidas, y si difieren, cómo y por qué.

Con el fin de evaluar el grado de fidelidad de la jurisdicción *ratione materiae* del Estatuto de Roma con la *lex lata* es necesario volver a observar los artículos 5° a 10° del Estatuto de Roma en el marco de las normas de derecho penal internacional establecidas. Más aún, para entender por qué puede haber ciertas discrepancias o divergencias entre el régimen del Estatuto de Roma y el derecho internacional general es útil considerar a lo largo del exámen un número específico de cuestiones, en particular, los crímenes seleccionados para su inclusión en el Estatuto, la controversia respecto del crimen de agresión, y el frecuente y caluroso debate que tuvo lugar en este proceso de redacción acerca del alcance y aplicación de disposiciones que prohibiesen crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

* Oficial de Derechos Humanos, División de Investigación y Derecho al Desarrollo, Oficina de las Naciones Unidas Alto Comisionado de Derechos Humanos, Ginebra, Suiza, es autora de *The Emerging System of International Criminal Law: Developments in Codification and Implementation* (1997) e *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations* (1992). Representó al Alto Comisionado de Derechos Humanos en la Conferencia Diplomática en Roma y en las reuniones del Comité Preparatorio para el establecimiento de una Corte Penal Internacional en Nueva York. Su agradecimiento a Ilaria Bottigliero por sus muy valiosos comentarios en el penúltimo borrador. Traducción de Mónica Karayán.

II. CRÍMENES DENTRO DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE (ART. 5º)

A. ¿PORQUÉ FUERON INCLUIDOS EL GENOCIDIO, LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LA AGRESIÓN, Y NO OTROS CRÍMENES SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL?

El artículo 5.1 del Estatuto de Roma consagra que la jurisdicción de la Corte abarca el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el régimen creado por el Estatuto de Roma es más estrecho que el que proveen las reglas de derecho internacional general relativas a la responsabilidad penal individual en numerosas formas¹.

En lo que respecta a los crímenes concebidos para la persecución y castigo, el Estatuto de Roma prevé un espectro más estrecho que el que ofrece tanto el derecho internacional general, o incluso, que el propuesto en varias instancias en el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)² que, desde la adopción por parte de la Asamblea General de los Principios de Nuremberg³

¹ En términos de implementación institucional, la Corte Penal Internacional permanente será sólo una, aunque la más importante, entre un número de medios posibles para hacer efectiva la responsabilidad penal internacional por crímenes según el derecho internacional. Por ejemplo, la creación de tribunales penales internacionales *ad hoc*, tales como los de Nuremberg y Tokio, o aquellos creados para tratar con autores de crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia o Ruanda, permanece como una opción importante abierta a la comunidad internacional. Las cortes nacionales retienen la autoridad también para perseguir crímenes según la ley internacional, aunque la práctica actual demuestra que esto se ha hecho sólo de vez en cuando. Ver Bothe, McAlister-Smith y Kurzidem (eds.). *National Implementation of International Humanitarian Law*, 1990; Cherif Bassiouni y Edward Wise. *Aut Dedere aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, 1995; Richard D. Atkins (ed.). *The Alleged Transnational Criminal: the second Biennial International Criminal Law Seminar*, 1995.

² Ver en general Lyal S. Sunga. *The Emerging System of International Criminal Law*, cit.

³ Asamblea General Resolución 95.1, adoptada en diciembre 11 de 1946 sobre Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

en 1947, ha procurado la codificación y el desarrollo progresivo del derecho penal internacional. Por ejemplo, el Estatuto de Roma no impone la responsabilidad penal individual por: amenaza de agresión (si bien es posible que pueda incorporarse de alguna forma dentro de la definición del Estatuto de agresión); intervención; dominio colonial; reclutamiento, uso, financiamiento o entrenamiento de mercenarios; terrorismo internacional; o tráfico internacional ilícito de narcóticos. Todas estas formas se dejaron a un lado por el Estatuto de Roma, si bien en determinada etapa la CDI había propuesto su inclusión en la jurisdicción de una corte penal internacional permanente⁴. Algunos de estos crímenes incluso reclamaban un nivel de apoyo relativamente mayor por parte de la comunidad internacional en pleno y permanecieron anclados en normas establecidas en tratados preexistentes, y en menor medida, en la costumbre internacional.

Una pequeña minoría de delegaciones parecían decididas a estrechar el ámbito de crímenes en el Estatuto en la mayor medida posible pues en realidad en un comienzo no apoyaban el establecimiento de una Corte, pero al percibir que de todos modos se establecería, quisieron restringirla hasta donde les fuera dado, para reducir la verosimilitud de que se la llamara a actuar.

Sin embargo, al final del debate, la gran mayoría de delegaciones participantes en la Conferencia de Roma se mostraron ansiosas por ver el proyecto de tratado adoptado, y por consiguiente, expresaron propuestas más constructivas. Muchas delegaciones anhelaron ver los crímenes definidos con suficiente especificidad, coherencia y claridad, para alcanzar los altos estándares del derecho penal internacional y asegurar que los principios fundamentales de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* se honrarán por completo⁵. Más aún, las delegaciones que apoyaban la corriente para establecer la Corte querían, como es natural, que su jurisdicción abarcara sólo los tipos de actos más ampliamente reconocidos como crímenes según el

⁴ Ver Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad: Títulos y textos de los artículos adoptados por el Comité de Redacción, U. N. Doc. A/CN.4/L.459/Add.1, julio 5 de 1991, ante la 43ª sesión de la CDI, abril 29 a julio 19. La versión revisada es A/CN.4/L.464/Add.4, julio 15 de 1991.

⁵ Según estos principios, no puede haber ni crimen ni castigo en relación con un acto específico a menos que la ley ya lo prohibiera antes del momento de su comisión.

derecho internacional, de modo tal de atraer la firma y ratificación de tantos Estados como fuera posible, para aumentar la universalidad de la Corte. Esta inquietud ya había sido planteada por muchos Gobiernos cuando se les requirieron por parte de la CDI sus comentarios sobre la versión del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1991. En efecto, en respuesta a estos comentarios, la CDI en 1996 introdujo una versión radicalmente trunca de Proyecto de Código que se circunscribió en esencia a los crímenes centrales, a saber, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, dejando de lado todo otro crimen menos reconocido⁶.

La hesitación de los Gobiernos por conferirle a la Corte Penal Internacional jurisdicción permanente respecto de crímenes definidos en términos ambiguos explica el porqué "amenaza de agresión", "intervención", "dominio colonial" y "terrorismo" no se incluyeron en el artículo 5º. La excesiva vaguedad de la definición de crímenes incrementa la oportunidad de abuso tanto por el fiscal como por el autor.

Mientras reconocían que el tráfico ilícito de narcóticos en algunos casos puede ser suficientemente serio como para amenazar la independencia política de un Estado, algunos Gobiernos insistían en ponderar si semejante actividad debía tratarse más como una cuestión de cooperación interestatal, esto es, sobre todo a mira bilateral, o a lo sumo como una cuestión de cooperación internacional a nivel regional, antes que una cuestión de cooperación internacional general⁷. En contra de un enfoque global más comprensivo había amplias divergencias entre las culturas, tradiciones y leyes de varios países en lo que respecta a la respuesta apropiada al problema del tráfico ilícito de

estupefacientes, el nivel de castigo a consensuar para este tipo de violaciones, y diferentes puntos de vista relativos a la rehabilitación del autor.

Estas cuestiones persistentes no evitaron que la Conferencia de Roma dejara abierta la posibilidad de incluir en la jurisdicción de la Corte, en un futuro, el crimen de tráfico ilícito de estupefacientes, o incluso otros crímenes según lo decida la comunidad internacional. El artículo 121 del Estatuto de Roma le concede a los Estados Partes del Estatuto la oportunidad de proponer reformas luego de la expiración de un plazo de siete años desde la entrada en vigencia aquél. Más aún, el artículo 124 obliga al Secretario General de las Naciones Unidas a convocar a una conferencia revisora, abierta a una Asamblea de Estados Partes, para considerar reformas al Estatuto incluyendo, *inter alia*, "la lista de crímenes contenida en el artículo 5º".

Sin duda un candidato controvertido para su inclusión en el Estatuto continuará siendo el crimen de agresión, que, si bien se prevé en la jurisdicción de la Corte *ratione materiae* por el artículo 5.1, aún debe definirse a los efectos del derecho penal internacional⁸.

B. EL CRIMEN DE AGRESIÓN: UNA INCLUSIÓN CONTROVERTIDA

El artículo 5.2 dispone de manera específica que la jurisdicción sobre casos de agresión no se ejercerá por la Corte hasta tanto se adopte una disposición sobre agresión según los procedimientos establecidos en los artículos 121 y 123. El artículo 5.2 estipula luego que la disposición "será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas".

La decisión de los delegados a la Conferencia de Roma de incluir en la jurisdicción de la Corte el crimen de agresión, sujeto a que fuera definido en forma a los fines de la aplicación del derecho penal internacional, relata gran parte de la historia. Es claro que la mayoría de los Estados compartían el punto de vista de que, en el mundo contemporáneo, fijar una corte penal

6 Ver Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad: Títulos y textos de los artículos proyectados, adoptado por el comité de redacción en su segunda lectura en sus 47ª y 48ª sesiones; A/CN.4/L.522, mayo 31 de 1996; Proyecto de Informe de la CDI acerca de su trabajo en la 48ª sesión, A/CN.4/L.527/Add.10, julio 16 de 1996.

7 Los llamados "crímenes convencionales" (*treaty crimes*) de terrorismo, tráfico ilícito de narcóticos, y crímenes contra personal de las Naciones Unidas y asociado, permaneció bajo consideración para la inclusión en el Estatuto hasta la última semana de la Conferencia de Roma. Ver, por ejemplo, la disertación emitida por la Mesa de la Conferencia de Roma; A/Conf.183/C.1/L.53, julio 6 de 1998.

8 Ver Ahmed M. Rifaat. "International Aggression: A Study of the Legal Concept-Its Development and Definition", en *International Law*, 1979; Sunga. *The Emerging System of International Criminal Law*, *cit.*, pp. 31 a 59.

internacional permanente con jurisdicción sobre crímenes de menor magnitud, tales como casos individuales de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, sin procurar castigar la beligerancia crearía una extraña anomalía. Como muchos abusos ocurren en el contexto de un conflicto armado, omitir el crimen de agresión del Estatuto equivaldría en muchos casos a tratar meros síntomas mientras se ignoran las causas patógenas.

Sin embargo, las delegaciones no pudieron consensuar la definición precisa del crimen de agresión, e incluso, esta permanece como una pregunta legal desafiante. A lo largo de la historia, el uso de la fuerza en el plano internacional ha sido más una norma que una excepción. Los últimos quinientos años están repletos de ejemplos parecidos de guerras lanzadas por las razones más banales —disputas sobre sucesiones, desacuerdos territoriales menores y alianzas menores—. Los Estados consideraban la iniciación de la guerra como su derecho soberano, y solo en la era de la Liga de las Naciones la comunidad internacional se esforzó por desarrollar procedimientos legales para proscribirla⁹.

Un gran avance hacia la consagración de la responsabilidad criminal individual de mando por agresión tuvo lugar al final de la Primera Guerra Mundial con la inserción del artículo 227 del Tratado de Versalles¹⁰. Sin embargo, solo con los juicios de Nuremberg y Tokio jefes y organizadores del Eje fueron en particular efectivamente perseguidos y castigados por el cargo

⁹ Ver en particular el Pacto de París (Tratado Internacional para Renunciar a la Guerra como Instrumento de Política Nacional), también conocido como Pacto Kellog-Briand; firmado inicialmente en agosto 27 de 1928 por los representantes de 15 Estados, entró en vigencia en julio 24 de 1929, 94 LNTS 57, 46 Stat. 2343, T.S. 796, y firmado por 63 Estados al iniciarse la Segunda Guerra Mundial. Ver también artículos 11, 12, 13 y 15 de la Convención de la Liga de Naciones que obligaba a las partes a diferir la disputa a la Liga de arbitraje, arreglo judicial o al Consejo de la Liga. Ver en especial las restricciones procedimentales sobre el recurso internacional al uso de la fuerza fijado en el artículo 10° designado para dilatar el despliegue de fuerzas armadas por tres meses.

¹⁰ El artículo 227 prevé la persecución del ex Kaiser, el Emperador Guillermo II, ante un tribunal especial "por una ofensa suprema contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados". Sin embargo, el ex Kaiser encontró refugio en la Holanda neutral, que se negó tanto a perseguirlo como a extraditarlo a otro Estado para su persecución. Si bien el artículo 227 nunca pudo ser implementado, al menos simbolizaba en principio que aun los Jefes de Estado podían ser perseguidos por un tribunal internacional por agresión.

de "crímenes contra la paz", tal vez un concepto algo más amplio que "crimen de agresión" que fue, al momento de redactarse los Estatutos de Nuremberg y Tokio, derecho nuevo¹¹. En gran medida por la insistencia de los representantes de Estados Unidos en la Comisión de Crímenes de Guerra, la redacción que finalmente se aprobó del artículo 6.a del Estatuto de Nuremberg prevé que la competencia del Tribunal de Nuremberg comprende crímenes contra la paz, "a saber, planificación, preparación, iniciación o libramiento de una guerra de agresión o una guerra en violación a tratados internacionales, acuerdos, o garantías..."¹². Sin embargo, el artículo 6.a no prevé ninguna definición clara de lo que precisamente constituye una guerra de agresión o cómo reconocerla.

De hecho, los esfuerzos de la CDI para crear un código y una corte penal internacional, iniciados en 1946, se suspendieron en 1954 por la ausencia de una definición legal de agresión. En 1974, luego de años de negociación, la Asamblea General adoptó la Resolución 3314 que brindaba una definición de agresión¹³. Por desgracia, la definición no se dirigió de manera específica a los fines de persecuciones penales. Esto explica, en parte, el hecho de que ninguno de los estatutos de los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda extiende su jurisdicción al crimen de agresión. Sin embargo, la Resolución 3314 demostrará ser sin duda una fuente valiosa para la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma a fin de llegar a una definición de agresión viable compatible con una implementación justa y efectiva.

¹¹ En efecto, en la Comisión de las Naciones Unidas sobre crímenes de guerra establecida por los Poderes Aliados en octubre de 1943 para preparar el terreno para la persecución de jefes del Eje una vez que la victoria se lograra, hubo considerable desacuerdo acerca de si los individuos debían ser sometidos a persecución sólo por crímenes de guerra (una ya establecida categoría legal) y crímenes de lesa humanidad (una nueva categoría legal) —crímenes por lo menos fundados en la antigua costumbre *ius in bello*— o si acaso agregar también disposiciones que harían a los individuos responsables por el planeamiento, preparación, iniciación o libramiento de una guerra de agresión.

¹² Ver *Historia de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas*, 1948.

¹³ Resolución de la Asamblea General 3314 (XXIX), GAOR, 29ª sesión, Supp. N° 31, adoptado sin un voto, diciembre 14 de 1974.

Otra fuente de controversia acerca de la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto de Roma fue, y sigue siendo, la cuestión del rol del Consejo de Seguridad *vis-á-vis* la Corte Penal Internacional. El Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas designa al Consejo de Seguridad como órgano responsable para responder a casos de amenaza o quiebre de la paz y la seguridad internacionales incluida, desde ya, la guerra de agresión (la violación más seria de este tipo).

Cualquiera que sea el rol del Consejo de Seguridad en el proceso penal inter-nacional suscita la cuestión de la independencia judicial de la Corte con respecto al Consejo de Seguridad, un cuerpo político en el que cualquiera de los miembros permanentes puede ejercer el derecho de veto. No es sorprendente que en muchas ocasiones en las negociaciones de la Conferencia de Roma los miembros permanentes expresaron hesitación para ceder cualquiera de sus poderes especiales del Consejo de Seguridad a la Corte Penal Internacional permanente, con la excepción de Reino Unido que, para su crédito, pareció el menos preocupado al respecto¹⁴.

Si la Asamblea de Estados Partes decidirá seguir el enfoque del Estatuto de Nuremberg (o tal vez de Tokio), una alternativa basada en la Resolución 3314 de la Asamblea General, o incluso otra fórmula, será, sin duda, una cuestión de gran interés para los próximos años.

III. GENOCIDIO (ART. 6°)

En las negociaciones de la Conferencia de Roma, el crimen de genocidio ocasionó la menor controversia y su inclusión fue la menos resistida. La categoría legal de "crímenes de guerra" y "crímenes de lesa humanidad", como se discutirá más adelante, surgió de varias fuentes y cuerpos de derecho internacional, y abarcó toda una gama de delitos que difieren ampliamente en

¹⁴ La mayoría de las delegaciones expresaron serias reservas acerca de la posibilidad de la interferencia del Consejo de Seguridad en los trabajos de la Corte Penal Internacional. El consenso pareció concretarse alrededor de una posición intermedia: el rol asignado al Consejo de Seguridad por el Capítulo VII del Estatuto tenía que permanecer intacto, pero debería mantenerse en una definición mínima y estricta *vis-á-vis* la Corte.

gravedad y escala. Las normas de derecho internacional que prohíben el genocidio, por el contrario, se benefician por el hecho de que derivan de un único tratado multilateral –la Convención de Genocidio de 1948¹⁵– proyectado por la comunidad internacional con considerable cuidado y precisión a los fines de la persecución criminal por tribunales nacionales o un tribunal o corte internacional.

El artículo 6° del Estatuto de Roma, al repetir textualmente la definición del artículo II de la Convención de Genocidio de 1948 (también presente en los artículos 4° y 2° del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y Ruanda, respectivamente) dispone:

“‘genocidio’ significa cualquiera de los siguientes actos perpetrados con la intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religiosos, como tal:

- “a. matanza de miembros del grupo;
- “b. lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- “c. sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- “d. medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- “e. traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Unas pocas delegaciones propusieron que la Conferencia tal vez podía mejorar la definición de la Convención de Genocidio. Sin embargo, desde el día de la apertura de la Conferencia de Roma, la mayoría de las delegaciones parecieron percatarse del complejo trabajo que les esperaba y tomar conciencia de la necesidad de evitar la apertura de controversias sobre cuestiones que ya requerían un alto nivel de consenso. Como una consecuencia negativa, las debilidades y ambigüedades en la definición de la Convención de Genocidio se trasladaron al Estatuto de Roma, excepto por un notable avance.

En términos de debilidad y ambigüedad, la definición del artículo 6° no esclarece la cuestión perenne de qué cantidad de personas tienen que ser asesinadas antes de que se califique el hecho como genocidio. Algunos verán esta omisión como un defecto mayor en términos del nivel de precisión

¹⁵ Convención sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, adoptada por unanimidad en diciembre 9 de 1949, entró en vigencia en enero 12 de 1951; 78 UNTS 277.

requerido en derecho penal. Sin embargo, la pregunta de la cantidad parece formularse sobre la base de una premisa incorrecta de que tiene que haber por lo menos una persona muerta antes de que el acto de genocidio se cometa. Debería tenerse en mente que la definición legal de genocidio no puede equipararse con el uso de la palabra "genocidio" en el lenguaje coloquial. El hecho de que la definición se refiere a cualquiera de los actos extremos que también cuentan como actos de genocidio, a saber, la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo, son suficientemente claros, en términos legales, de que ni una sola persona tiene que morir para que se considere cometido un acto de genocidio. Esta interpretación encuadra también con el objeto de la Convención de Genocidio, cual es el de prevenir que el genocidio se practique, no sólo castigar a sus autores una vez que el mundo se detuvo y los observó cometerlo. Por otro lado, se puede imaginar que los jueces de la Corte Penal Internacional tendrán una saludable dosis de prudencia cuando consideren si acaso un acto constituye genocidio en una instancia determinada, dado que el genocidio se reconoce como un crimen de extrema gravedad.

El debate acerca de la definición de genocidio también ha sobrevenido respecto a qué constituye un "grupo nacional, étnico, racial o religioso". Durante la redacción de la Convención de Genocidio, la preocupación fue evitar el recurso a políticas de exterminación planeadas y ejecutadas por el gobierno alemán nazi que apuntó a una comunidad específica distinguible por atributos relativamente inmutables y estables. De allí que la Convención de Genocidio no proteja a los grupos políticos, y no se aplicará, por ejemplo, al supuesto de derrocamientos de gobiernos por parte de movimientos políticos disidentes, salvo que involucre la cuestión de características tales como raza, religión y etnia¹⁶.

Alguien podría cuestionar si existe una diferencia real entre muertes cometidas por agentes gubernamentales y motivadas políticamente, y muertes dirigidas a un grupo nacional específico, étnico, racial o religioso, ya que en ambos casos el individuo está simplemente muerto y el grupo tal vez amenazado en forma análoga. Sin embargo, la comunidad internacional reconoce que el ataque sistemático a un grupo sobre la base de la nacionalidad, etnia, raza o religión, tiende a acarrear un potencial mucho mayor para violaciones masivas, por la mera razón de que las víctimas intentadas pueden individualizarse del resto de la población con particular facilidad, debido a su diferencia relativamente inmutable. Dada esta especial vulnerabilidad, se garantiza entonces el proveer a tales grupos de protección específica (una preocupación que la definición legal de genocidio refleja en forma apropiada).

Por fortuna, la Conferencia de Roma no incorporó los contenidos del artículo III de la Convención de Genocidio al Estatuto de Roma. El artículo III de la Convención amplía el espectro de actos punibles hasta incluir, además del genocidio, la "asociación para cometer genocidio", la "instigación directa y pública a cometer genocidio", la "tentativa de genocidio" y la "complicidad en el genocidio". Los términos del artículo III, combinados con la —en realidad— amplia definición de "genocidio" en el artículo II, habrían bajado de manera significativa el umbral de la Corte a límites inferiores a los razonables. Por ejemplo, una lectura llana de los artículos II y III puede conducir a la conclusión lógica de que la mera asociación de causar daño mental a algunos miembros del grupo religioso cuenta como genocidio. ¿Significará esto que planear una reunión para criticar las actividades endiabladas de un culto religioso constituirá un acto de genocidio? Con la omisión del artículo III de la Convención del Estatuto de Roma se evita este tipo de cuestiones baladíes y la Corte conserva la discrecionalidad para aplicar el artículo 6° en una manera coherente con los principios y objetivos del derecho penal internacional.

Por otra parte, puede haber claros casos de asociación para cometer genocidio, por ejemplo, que deberían ser tratados por la Corte. Los contenidos

16 Ver Joseph Kunz. "The United Nations Convention on Genocide", en *American Journal of International Law*, N° 43, 1949, pp. 738 a 746; Lawrence Leblanc. "The Intent to Destroy Groups in the Genocide Convention: Proposed U.S. Understanding", en *American Journal*

of International Law, N° 78, 1949, pp. 369 a 385; Nehemiah Robinson. *The Genocide Convention: a Commentary*, 1960; George J. Andreopoulos (ed.). *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, 1994.

del artículo III de la Convención de Genocidio pueden aún aplicarse en uno o en ambos de los modos, a pesar de la ausencia de cualquier mención a "asociación" en el artículo 5°. Primero, estos elementos pueden estar insertos en el artículo 9° del Estatuto sobre Elementos del Delito, si la Asamblea de Estados Partes así lo decide. En forma alternativa, la Corte puede aplicar el artículo 21.1.b en un sentido amplio en forma tal que se incluyan estos elementos a través del proceso de sentencia.

IV. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD (ART. 7°)

Si bien se considera como uno de los "crímenes centrales", la definición y el alcance de la categoría legal de "crímenes de lesa humanidad" pasó a ser objeto de considerable debate en la Conferencia de Roma. A diferencia del genocidio, que se define en términos relativamente claros en un único tratado multilateral —la Convención de Genocidio de 1948—, los "crímenes de lesa humanidad" sufrieron algunos serios defectos durante su nacimiento en el Estatuto de Nuremberg, uno de los cuales fue su antinatural unión a su mellizo siamés, la categoría legal de "crímenes de guerra"¹⁷. Es irónico, sin embargo, que la tardía maduración de las normas legales que prohíben los crímenes de lesa humanidad permitió que la comunidad internacional esclareciera mejor, expandiera y les diera forma, tomando completa nota de normas relevantes del derecho internacional general contemporáneo.

En la Conferencia de Roma, las delegaciones expresaron distintos puntos de vista en cuanto a si las normas que prohíben los crímenes de lesa humanidad se aplican sólo a situaciones de conflicto armado internacional o, en cambio, también a situaciones de conflicto armado no-internacional, e incluso a situaciones que califican legalmente como "tiempos de paz".

Las delegaciones también tuvieron distintas posiciones acerca de qué umbral, si existe alguno, debía aplicarse a crímenes de lesa humanidad

antes de que la Corte pudiera asumir competencia. Un umbral bajo podía significar que la Corte se inundara de un interminable flujo de violaciones aisladas que representarían poca o casi ninguna amenaza a la paz y seguridad internacionales. Por otra parte, un umbral muy alto podría evitar que la Corte asumiera jurisdicción sobre casos de violaciones masivas, aun cuando todos los restantes recaudos jurisdiccionales estuvieran cumplidos. Al fin, las delegaciones expresaron algunas observaciones discordantes relativas de manera específica a qué tipos de actos debían figurar dentro de la categoría legal de "crímenes de lesa humanidad" y cómo debían definirse.

El artículo 7.1 del Estatuto de Roma enuncia los actos incluidos dentro de la definición legal de "crímenes de lesa humanidad" y el 7.2. consagra definiciones de términos claves para guiar el pronunciamiento de la Corte en cualquier crimen de lesa humanidad. El alcance general de la aplicación y la cuestión del umbral a alcanzarse antes de que la Corte asuma jurisdicción respecto de los crímenes de lesa humanidad se tratan en el marco del artículo 7.1.

A. EL MARCO DEL ARTÍCULO 7.1

El artículo 7.1 prevé:

"A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crímenes de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque".

Y luego enuncia: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual o prostitución forzada; embarazo forzado; esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3°, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o cualquier crimen de la competencia

¹⁷ Para una visión del desarrollo originario de la categoría legal "crímenes de lesa humanidad" y su relación con "crímenes de guerra" como incorporados al Estatuto de Nuremberg, ver Sunga. *Individual Responsibility in International Law*, cit., Cap. II (4) y (5); Cherif Bassiouni. *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1992.

de la Corte; desaparición forzada de personas; el crimen de *apartheid*; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten en forma grave contra la integridad física o la salud mental o física.

La frase, "a los efectos del presente Estatuto" desconecta, o por lo menos disocia, la definición del Estatuto de "crímenes de lesa humanidad" de otras definiciones que se han utilizado en el pasado, que puedan habitualmente utilizarse, o que puedan desarrollarse en un futuro, en contextos que no estén relacionados de manera directa con la actividad de la Corte Penal Internacional. Este enfoque permite a la Corte aplicar el término "crímenes de lesa humanidad" en formas que reflejan la expresión más contemporánea de la voluntad de la comunidad internacional como se manifestó en la Conferencia de Roma, antes que verse entrampada ya sea con su poco clara y confusa formulación en el Estatuto de Nuremberg, o con su construcción angosta e irrazonable en el Estatuto del Consejo de Seguridad del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia¹⁸.

En la Conferencia de Roma, muchas delegaciones expresaron su deseo de reservar la autoridad de la Corte para los casos más serios. Por un lado, la categoría "crímenes de lesa humanidad" tenía que ser lo bastante estrecha para admitir en la jurisdicción de la Corte sólo aquellos casos que importaran una amenaza a la paz y seguridad, antes que extenderse a todo tipo de casos que quedaran sin perseguir en las jurisdicciones nacionales. De otra parte, "crímenes de lesa humanidad" tenía que definirse en forma suficientemente amplia para incluir crímenes cometidos por agentes de un Estado contra sus propios nacionales y crímenes cometidos fuera de situaciones de conflicto armado —que no estuvieran cubiertos por normas sobre crímenes de guerra—. En efecto, esta fue una de las principales razones por las cuales, en 1945, los Poderes Aliados reconocieron que una nueva categoría separada de "crímenes de lesa humanidad" tenía que incluirse en el Estatuto de Nuremberg para cubrir actos cometidos por el gobierno alemán nazi contra sus propios nacionales.

Tal como quedó redactado, el marco del artículo 7.1. es amplio ya que omite toda referencia a "conflicto armado". Algunas delegaciones discutieron enfáticamente que la Corte no debía ser imbuida de jurisdicción sobre casos que involucren situaciones de conflicto armado no internacional. Sin embargo, la mayoría reconoció que si se restringía a la Corte para operar únicamente con respecto a conflictos armados internacionales no sólo se la privaría de actuar en un gran número de guerras civiles, que en recientes décadas se han tornado mucho más frecuentes que las guerras internacionales, e igual de sangrientas, sino también en toda otra situación de status mixto, es decir, cualquier conflicto armado que manifestara ambos aspectos, internacionales y no internacionales. Más aún, la Corte tendría el poco envidiable trabajo de decidir acerca de su jurisdicción conforme con la distinción básica de conflicto armado internacional-no internacional que determina la aplicación del derecho internacional humanitario, pero que este no define. Así, el marco del artículo 7.1 evita en forma sabia cualquier tipo de referencia a "conflicto armado", lo que deja los "crímenes de lesa humanidad" con suficiente amplitud para aplicarse a situaciones de conflicto armado, situaciones que pueden calificarse como "en tiempos de paz" y, en efecto, cualquier otra situación que esté más allá o entre ellas, sujeta a las restantes condiciones limitativas fijadas en el marco del artículo.

El marco del artículo 7.1 limita la aplicación de "crímenes de lesa humanidad" de tres maneras:

1. Un crimen contra la humanidad se reputa que no está comprendido dentro de la competencia de la Corte salvo que fuera cometido "como parte de un ataque generalizado o sistemático". En otras palabras, un caso de asesinato, para tomar un ejemplo, no calificará como crimen contra la humanidad a menos que se cometa en el contexto de un ataque generalizado, esto es, que involucre a cierto número de personas o cuya comisión se extienda sobre una amplia área territorial. De otra parte, un crimen contra la humanidad también puede cometerse si forma parte de un ataque sistemático, esto es, si involucra planificación y organización.

2. El acto no calificará como crimen contra la humanidad a menos que, además de cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático, el ataque se dirigió contra una población civil. El artículo 7.2.a contempla:

"Por 'ataque contra una población civil' se entenderá una línea de

¹⁸ Ver más en Sunga. *The Emerging System of International Criminal Law*, cit., pp. 159 a 163.

conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política".

La frase "de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política" indica que los actores no gubernamentales están expuestos a responsabilidad criminal individual donde quiera que los actos que hubieran cometido estuvieran asociados sea con la política del Estado o con una "política organizacional" (sea Estatal o no). Esta fórmula tiene el considerable mérito de dejar de lado casos no conectados a situaciones caracterizadas por un serio nivel de violencia organizada y que involucran sólo disturbios espontáneos o esporádicos. Al mismo tiempo, como se discutió arriba, la ausencia de cualquier referencia específica a "conflicto armado" releva a la Corte de involucrarse en la elevada prueba técnica –y en potencia políticamente contenciosa– de tener que ajustar casos complejos sometidos a su consideración, a categorías legales de conflicto armado teóricamente nítidas y distinguibles.

3. Los actos deben también cometerse "con conocimiento del ataque". Esto da lugar a dos cuestiones subsidiarias: ¿qué nivel de "conocimiento del ataque" tuvo que tener el supuesto autor antes de que su acto se considere como cometido "de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política"?; y como una cuestión probatoria, ¿el fiscal tiene que probar conocimiento actual por parte del supuesto autor de que un ataque ha ocurrido, estaba ocurriendo o estaba planeándose su ocurrencia, o algo menos?

Se pueden imaginar casos en los que el supuesto autor estaba íntimamente involucrado en el planeamiento o ejecución de un ataque, y como tal debería ser llevado a la Corte Penal Internacional por ese crimen, por ejemplo, por la muerte de un civil. Tales casos pueden considerarse relativamente no problemáticos¹⁹.

¹⁹ Los planes por parte de organizaciones militares y paramilitares para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático requieren extensa coordinación, y a menudo incluyen el uso de mapas, órdenes de planes de batalla (o ataque), logística escrita, detalles de municiones y reservas, y mensajes telecomunicados. Todo esto es susceptible de interceptación, grabación y utilización como evidencia.

Por otra parte, supongamos que una persona acusada, de un grupo A, mata a un miembro civil de un grupo B, tal vez al percatarse de un estado de hostilidades de trasfondo en el cual la milicia del grupo A estaba atacando a miembros del grupo B; ahora bien, si el acusado comete el homicidio más por motivos personales (como la envidia o la revancha) que políticos, ¿debería el acusado ser perseguido por la Corte? El objeto de la Corte Penal Internacional es hacer valer la responsabilidad penal internacional por la comisión de crímenes particularmente serios, no sustituir los tribunales nacionales en casos ordinarios de homicidios. De allí que, si el homicidio se cometió por razones del todo desconectadas de las hostilidades en curso, entonces el caso debería tal vez permanecer en los tribunales domésticos.

Sin embargo, determinar el motivo y "conocimiento del ataque" puede dar lugar a cuestiones difíciles relativas a la carga de la prueba para el fiscal. Si los casos ordinarios de homicidio no deben ser perseguidos por la Corte Penal Internacional, luego el acusado puede tener un incentivo muy fuerte, según los hechos, para reclamar que, aun si se comprueba que cometió el homicidio en cuestión, este fue cometido por motivos puramente personales, no de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.

La redacción del marco normativo no parece requerir que la Corte "se meta en la cabeza" del supuesto autor. "Conocimiento del ataque" debe interpretarse como una orientación a la Corte para aplicar un test objetivo acerca de si el supuesto autor "sabía o debía haber sabido", conforme al estándar de "una persona razonable", si de hecho hubo un ataque. Parece ser un umbral muy alto el de imponerle al Fiscal la carga de probar que el acusado sabía en realidad que el acto se cometió de conformidad o para promover la política de un Estado o de una organización para cometer el ataque contra una población civil. De otro modo, el artículo 7.1. podría haber sido redactado así: "cuando cometido a sabiendas de que es parte de un ataque generalizado o sistemático".

B. ACTOS ESPECÍFICOS PROHIBIDOS COMO "CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD"

1. PÁRRAFOS A-F, H-I Y K

Los párrafos a-f, h-i y k del artículo 7.1 pueden tratarse de manera adecuada

en forma conjunta, en la medida en que estas disposiciones siguen de cerca aquellas del artículo 6.c del Estatuto de Nuremberg de 1945, que por primera vez proporcionó una definición de derecho internacional de "crímenes de lesa humanidad". El artículo 6.c del Estatuto lista "el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos". Los artículos 5º y 3º de los Estatutos del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia y Ruanda, respectivamente, definen "crímenes de lesa humanidad" repitiendo las definiciones de los Estatutos de Nuremberg y de Tokio, a saber, asesinato, exterminación, esclavitud, deportación, pero luego se apartan ligeramente de la fórmula de Nuremberg de "persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos" a "persecuciones por motivos políticos, raciales y religiosos". La fórmula de los dos estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* introduce el recaudo de que los tres criterios (político, racial y religioso) se reúnan —una fórmula mucho más estrecha que aquella del derecho internacional general, y, por ende, un desarrollo más bien retrógrado—.

El Estatuto de Roma sigue los Estatutos de Nuremberg y de Tokio y los estatutos de la ex Yugoslavia y Ruanda en la enunciación de los crímenes, pero en el párrafo d agrega a la palabra "deportación" las palabras "o transferencia forzada de la población". Esto constituye un importante refinamiento de la ley, ya que "deportación" puede interpretarse por la Corte como por aplicar sólo a casos individuales, sujeto a las condiciones de "ataque generalizado o sistemático". Sin embargo, las palabras "transferencia forzada de la población" son suficientemente claras sobre el hecho de que el traslado forzado de un grupo de personas, aun dentro del territorio de un mismo Estado, califica como crimen contra la humanidad dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

De manera semejante, el párrafo h del Estatuto de Roma expande el alcance del crimen de persecución más allá del expresado en los Estatutos de Nuremberg y de Tokio y el estrecho de los Estatutos del Tribunal para la ex Yugoslavia y de Ruanda a:

"Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos

como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte".

El párrafo h es acaso el elemento más débil de la definición del Estatuto de Roma sobre "crímenes de lesa humanidad" desde el punto de vista del respeto por los principios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, por tres razones. Primero, el párrafo h está concebido en términos demasiado amplios, al emplear la frase "cualquier grupo o colectividad con identidad propia", términos más amplios que aquellos utilizados en el artículo 6º del Estatuto de Roma, por ejemplo. Segundo, el párrafo h no es exhaustivo, al referirse a "otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional". En conexión con esto, aun el término "inaceptables" es más bien vago ya que parece connotar más un significado fáctico, descriptivo más de aquello que está o no permitido que pase. Hubiera sido mejor emplear el término "prohibido" —el término estándar normativo que indica la prohibición, la proscripción o la descalificación legal de un determinado tipo de acto—. Tercero, la ubicación de "persecución" en el artículo 7.1, como un elemento sustantivo de "crímenes contra la humanidad", parece un poco ilógico porque se refiere a persecución "en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo", es decir, aparece como autorreferente, y en el contexto, incluso tautológico. Por fortuna, las palabras, "o cualquier crimen de la competencia de la Corte" recupera el crimen de persecución al dirigir también a la Corte a relacionar esta norma a cualquier crimen incluidos en los artículos 6º, 7º u 8º del Estatuto de Roma.

El problema de la ubicación y el rol de "persecución" en la lista de crímenes puede derivar de una ambigüedad básica de la definición legal de "persecución". Si "persecución" debe entenderse más como un modo en que las violaciones se cometen (una faceta procedimental) y menos como un crimen independiente y discreto según la ley internacional (una norma sustantiva), entonces el objetivo de un grupo con identidad propia debería simplemente haber sido incorporado como parte del marco para las definiciones de "crímenes de lesa humanidad", y tal vez "crímenes de guerra", no como un elemento sustantivo por separado. Cabe anotar que justamente esta misma inconsistencia aparece también en el artículo 21 del Proyecto de Código de 1991 contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional.

El párrafo f, al listar "tortura" como un crimen de lesa humanidad, sigue los ejemplos de los Estatutos del Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia y de Ruanda, al referir simplemente a "tortura". En contraste, ni el Estatuto de Nuremberg, ni el de Tokio mencionan "tortura", sino más bien refieren a "maltrato" en las disposiciones de crímenes de guerra, y "otros actos inhumanos" en disposiciones sobre crímenes de lesa humanidad.

El artículo 7.2.e del Estatuto de Roma define "tortura" como:

"Causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas".

Esta definición de "tortura" es preferible a la del artículo 1º de la Convención de Tortura de Naciones Unidas de 1984²⁰ porque la Convención sobre la Tortura se aplica sólo a casos "cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia", mientras que el Estatuto de Roma sólo refiere a situaciones relacionadas con "una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control" –una disposición mucho más amplia en términos de jurisdicción *ratione personae* que releva a la Corte de tener que establecer en casos particulares ante ella la cuestión problemática acerca de si el acusado estaba actuando en ejercicio de su función oficial–.

Por desgracia, sin embargo, la definición de tortura del Estatuto de Roma difiere de la excepción de la Convención sobre la Tortura según la cual "tortura" no incluye "los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas", y deja así a los Estados amplio margen para definir la tortura en sus jurisdicciones a través de leyes nacionales que autoricen sanciones de carácter cruel o inhumano. Una salida de este dilema sería para la Corte el determinar la "legalidad" de las sanciones, no sólo según el criterio fijado por la legislación

²⁰ Adoptada por consenso por la Asamblea General en diciembre 10 de 1984, abierta a la firma en febrero 4 de 1985, entrada en vigencia en junio 26 de 1987.

nacional del Estado en cuestión, sino también en el trasfondo de los estándares de derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos.

Es interesante que el párrafo k relativo a "otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física" no esté conectado a "tortura" en el párrafo f. En especial, como el párrafo k aparece como el párrafo final del artículo, antes que como parte de él, o incluso en seguida después del párrafo f sobre tortura, esto indica la intención de los redactores de introducir en el párrafo k un aspecto no exhaustivo de todo el artículo 7.1.

"Desaparición forzada de personas" en el párrafo i representa un buen reconocimiento de la severidad de este fenómeno. En efecto, en 1992 la Asamblea General consideró que "la desaparición forzada degrada los valores más profundos de cualquier sociedad comprometida con el respeto de las reglas de derecho, derechos humanos y libertades fundamentales, y que la práctica sistemática de semejantes actos es de la naturaleza de un crimen de lesa humanidad", en el preámbulo de la Declaración sobre la Protección a toda Persona ante la Desaparición Forzada²¹. El fenómeno específico de "desaparición forzada" no apareció dentro de la categoría de "crímenes de lesa humanidad" en los Estatutos de Nuremberg y Tokio, los Estatutos de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc*, o incluso en la codificación del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional.

2. PÁRRAFO G SOBRE CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL

Para la mayoría, las normas de derecho penal internacional han guardado un silencio desmedido respecto de los crímenes de violencia sexual. El párrafo g del Estatuto de Roma ayuda a rectificar esta importante mengua. Los artículos 5.g y 3.g de los Estatutos de la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia y Ruanda, respectivamente, incluyen violación la como un crimen de lesa humanidad, pero amenazada con estrechar de manera indebida la aplicación de normas prohibitivas de la violación al subsumir "violación" bajo el marco en extremo restrictivo de estos estatutos. Cabe recordar que el Estatuto para

²¹ Asamblea General, Resolución 47/133, adoptada en diciembre 18 de 1992.

la ex Yugoslavia vinculó "crímenes de lesa humanidad" a "conflicto armado", una conexión que no aparece ni siquiera en la Ley 10ª del Consejo de Control de diciembre 10 de 1945, el Proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional de 1954, las definiciones de genocidio y *apartheid* en la Convención de Genocidio de 1948 y la Convención de Apartheid de 1973²², respectivamente, que expandieron la definición de "crímenes de lesa humanidad".

Es significativo que el párrafo g no esté limitado a violación, sino que abarque un número de otros crímenes, como esclavitud sexual y prostitución forzada y embarazo forzado, cometidos en esacala, por ejemplo, por las fuerzas ocupantes japonesas durante la Segunda Guerra Mundial, y más recientemente en conflictos armados que tuvieron lugar en la ex Yugoslavia y Ruanda, así como en muchos otros teatros de guerra. Por las palabras, "u otros abusos sexuales de gravedad comparable", el párrafo g mantiene flexibilidad, sin dejar la puerta completamente abierta, en virtud de las palabras "de gravedad comparable" —que dirigen a la Corte a asumir competencia sobre actos comparables sobre la base de un razonamiento por analogía—.

3. PÁRRAFO J SOBRE "APARTHEID"

El crimen de *apartheid* no está incluido en las definiciones de "crímenes de lesa humanidad" en el Estatuto de Nuremberg o de Tokio y tampoco en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales, ya que estos instrumentos fueron diseñados para regular otro tipo de situaciones. Sin embargo, el *apartheid* ha recibido un sustancial nivel de reconocimiento internacional como un crimen de lesa humanidad, según refleja la Convención de las Naciones Unidas sobre Apartheid, 1973, que lo califica como tal.

La definición del crimen de *apartheid* en el artículo 7.2.j del Estatuto de Roma constituye un avance importante respecto de la del artículo 1º de la Convención de Apartheid, e incluso de la del Proyecto de Código de 1991 de

la Comisión de Derecho Internacional, cuyo artículo 20.2 ha introdujo mayor precisión. La definición del Estatuto de Roma refiere a "un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen" como el contexto en el que cualquiera de los actos enunciados en el artículo 7.1 como "crímenes de lesa humanidad" puede ser alcanzado por la competencia de la Corte, omitiendo la extensa y vaga lista de actos que aparecen en la Convención de Apartheid.

V. CRÍMENES DE GUERRA (ART. 8º)

A. EL MARCO DEL ARTÍCULO 8.1

El artículo 81 delimita la íntegra aplicación del artículo 8º, en gran medida del mismo modo que lo hacen los artículos 6º y 7º, al establecer cierto umbral de criterio antes de que la Corte pueda asumir competencia. El artículo 8.1 contempla que: "La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes".

La frase "en particular cuando se cometan como parte de un plan o política" implica que la Corte asumirá jurisdicción sólo sobre casos que involucren cierto nivel de organización y de hecho responsabilidad de mando (no necesariamente relacionada a un Estado). Viceversa, actos que pueden calificar como crímenes de guerra según del derecho internacinal humanitario o las leyes de la guerra pueden no ser alcanzados por la definción estatutaria de "crímenes de guerra" si se cometen sólo sobre bases aisladas, sin la sanción de una autoridad superior cualquiera dentro de una cadena de mando. Mientras que unas pocas delegaciones y algunas organizaciones no-gubernamentales de derechos humanos en la Conferencia de Roma habían aspirado a un umbral más bajo, la mayoría de las delegaciones expresaron su preocupación de que si se le confería a la Corte competencia sobre todos los casos de crímenes de guerra, hubieran sido o no cometidos como parte de un plan o política, de inmediato se vería inundada de casos emergentes en diversos países, conflictos y contextos, tironeada para un lado y para el otro. Mejor reservar la atención y recursos de la Corte a situaciones que involucren una violación grave o una

22 Por Resolución 3068 (XXVIII) adoptada por la Asamblea General en noviembre 30 de 1973, abierta a la firma, como la Convención Internacional sobre la Supresión y Castigo del Crimen de Apartheid.

amenaza a la paz y seguridad internacional, donde tal vez la Corte podía jugar un rol disuasivo más constructivo, antes que ir tras autores de menor significancia para atender a la prevención y la reconciliación nacional. En efecto, el recaudo de una conexión entre el acto de un plan o política es conocido en derecho internacional humanitario, en particular, el artículo 1.1 del Protocolo II que contempla que el Protocolo se aplicará a conflictos "que tengan lugar en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes y otro grupo organizado que, bajo responsabilidad de mando, ejerza semejante control sobre una parte de su territorio de modo tal de permitirles llevar adelante operaciones militares sostenidas y concertadas e implementar este Protocolo".

La referencia en el artículo 8.1 a "comisión en gran escala de tales crímenes" es disyuntiva, de modo tal que, aun si los actos en cuestión no fueran cometidos como parte de "un plan o política", puede de todos modos ser alcanzados por la jurisdicción de la Corte si se cometen en una escala suficientemente grande.

El artículo 8.2 enuncia los actos comprendidos en la definición de "crímenes de guerra" del Estatuto en cuatro categorías. En lo que respecta a conflicto armado internacional, el artículo 8.2 cubre primero las graves violaciones de la Convención de Ginebra y, segundo, otras serias violaciones. En lo que concierne a conflicto armado no internacional, el artículo 8.2 cubre serias violaciones al artículo 3° común de las cuatro Convenciones de Ginebra y, segundo, otras serias violaciones.

B. CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

I. GRAVES VIOLACIONES A LAS CONVENCIONES DE GINEBRA DE 1949

El artículo 8.2.a enuncia graves violaciones a las Convenciones de Ginebra como "crímenes de guerra", a saber, cualquiera de los actos que refiere, cuando fueran cometidos contra "personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente": matar intencionalmente, someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar en forma grave contra

la integridad física o la salud, destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente, obligar a un prisionero de guerra a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga, privar en forma deliberada a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial, someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales, tomar rehenes. Estas palabras provienen de las disposiciones incluidas en los artículos 50 de la Convención I, 51 de la Convención II, 130 de la Convención III, y 147 de la Convención IV.

La aplicación de las graves violaciones de las Convenciones de Ginebra solo a situaciones de conflicto armado internacional sigue la línea de los pronunciamientos de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Tadic que revocó lo resuelto sobre el punto por la Sala de Primera Instancia. La mayoría de la Sala de Apelaciones sostuvo que el conflicto armado en cuestión tenía que tener un elemento internacional antes de que las disposiciones sobre graves violaciones pudieran aplicarse²³.

23 Sin perjuicio de la ausencia de toda referencia al "conflicto armado internacional" en el artículo 2° del Estatuto de la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia, al igual que un aumento en el reconocimiento—incluido el señalado por el gobierno de Estados Unidos sometido al Tribunal en un informe *amicus curiae*— de que las disposiciones sobre graves violaciones a las Convenciones de Ginebra deberían ser reconocidas para aplicar tanto a situaciones de conflicto armado internacional como no-internacional, la mayoría en la Sala de Apelaciones sostuvo que no, por opinar que: "El requisito de conflicto armado internacional fue una limitación necesaria respecto del sistema de graves violaciones a la luz de la intrusión en la soberanía estatal que semejante jurisdicción universal obligatoria representa. Los Estados partes de la Convención de Ginebra de 1949 no querían reconocerle jurisdicción a otros Estados sobre graves violaciones del derecho internacional humanitario involucrado en el sistema de graves violaciones". Ver *Prosecutor v. Dusko Tadic. Decision of the Appeals Chamber on the Defense Motion of the Interlocutory Appeal concerning Jurisdiction* at 73 (Case IT-94-1-D), octubre 2 de 1997, párr. 80. Pero también ver la opinión disidente del juez Abi-Saab sobre este punto.

2. OTRAS SERIAS VIOLACIONES A LAS LEYES Y COSTUMBRES APLICABLES EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

El artículo 8.2.b incluye dentro de la competencia de la Corte cierto tipo de actos cometidos en el contexto de un conflicto armado internacional que no están comprendidos en el artículo 8.2.a dedicado a las disposiciones sobre graves violaciones de la Convención de Ginebra de 1949.

Desde el punto de vista del proyecto, al parecer habría sido preferible que la Conferencia de Roma hubiera logrado un conjunto de disposiciones consolidadas respecto de crímenes de guerra que hubieran traído mayor coherencia al campo, antes que seguir la *lex lata* tan de cerca. El artículo 8°, como está estructurado, incorpora crímenes de las disposiciones sobre graves violaciones de las Convenciones de Ginebra y luego agrega disposiciones tomadas de otras fuentes. Esto hace que las normas del Estatuto sobre crímenes de guerra en conflicto armado internacional sean más bien extensas —con 34 apartados— y también incrementa el riesgo de superposiciones innecesarias si se tiene en cuenta que un único acto podría en algunos casos arrastrar la aplicación de más de una disposición. Por ejemplo, un ataque aéreo militar por un Estado contra una aldea indefensa en el territorio de otro Estado que acudió al uso de agentes naranjos defoliantes y bombas podría concebirse como violatorio de los apartados i), ii), iv), v) y xvii) del artículo 8.2.b, al igual que de los apartados iii) y iv) del 8.2.a. Si bien las acusaciones por cargos múltiples no son del todo novedosas, la experiencia de los dos tribunales *ad hoc* indica que la Fiscalía puede recurrir a "tirarle el código" al acusado, es decir, a acusar al imputado por cargos que parecen solo remotamente conectados con el acto en cuestión, con la esperanza de que uno o más cargos puedan ser viables. Semejante táctica puede disminuir la capacidad del acusado de dirigir una defensa efectiva e invitar una interpretación confusa también desde la Corte. En segundo lugar, formulaciones menos económicas son con frecuencia menos inteligibles para los comandantes y soldados por igual —un factor que puede frustrar el cumplimiento general del Estatuto incluso por parte de los países más cooperativos—.

Por otro lado, las disposiciones del Estatuto sobre crímenes de guerra, como es natural, fueron más sensitivas para los Gobiernos, en particular los Departamentos de Defensa, de lo que fueron las disposiciones sobre genocidio

y crímenes de lesa humanidad, puesto que los crímenes de guerra involucran en especial el tipo de actos cometidos por miembros de las fuerzas armadas. Mediante el apego estricto a las fuentes convencionales tradicionales, las delegaciones de la Conferencia de Roma y Capitolios podían tener la certeza de que las disposiciones del Proyecto de Estatuto sobre crímenes de guerra no quedaban detrás de la relevante *lex lata*. Más aún, con el agregado "otras serias violaciones a las leyes y costumbres aplicables en conflicto armado internacional", las disposiciones del Estatuto sobre crímenes de guerra podrían actualizarse a partir de las disposiciones consagradas en los Protocolos I y II que suplementan las Convenciones de Ginebra.

Al recurrir a las disposiciones específicas del artículo 8.2.b, vale la pena recordar que las Convenciones de La Haya y las regulaciones de 1899 y 1907 se adoptaron para "revisar las leyes y las costumbres de la guerra en general [...] con el objeto de modificar su severidad tanto como fuera posible". Más aún, el Protocolo I no sólo suplementa las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, sino que en un grado significativo ejerce una convergencia entre las legislaciones de Ginebra y la de La Haya, es decir, entre el derecho internacional humanitario y las leyes y costumbres de la guerra. Así, al basarse en especial en las disposiciones consagradas en el Protocolo I, el artículo 8.2.b cubre mucho de las leyes y costumbres de la guerra clásicas, y por ende, su marco apropiado se refiere a "otras serias violaciones de las leyes y costumbres de la guerra aplicables en conflicto armado internacional".

Los apartados i, ii), v) y vi) derivan de las disposiciones del artículo 85.3 del Protocolo I; el apartado iii), de la Convención sobre Seguridad de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 1995²⁴; el apartado iv), artículos 35.3 y 55, del Protocolo I; el apartado vii), del artículo 38.2 del Protocolo I; los apartados viii a ix, del artículo 85.4 del Protocolo I²⁵; el apartado x), de los artículos 11.1 y 11.2 del Protocolo I; el apartado xi), del artículo 23.b de las Regulaciones de la IV Convención de La Haya; el apartado xii), del artículo

24 Convención sobre Seguridad de las Naciones Unidas y Personal Asociado, adoptado por unanimidad, en febrero 17 de 1995; A/RES/49/59.

25 El apartado ix) también se basa en la Convención para la Protección del Acervo Cultural en el caso de conflicto armado, adoptado en La Haya en mayo 14 de 1954.

40 del Protocolo I y del artículo 23.d de las Regulaciones de la IV Convención de La Haya; el apartado xiii), del artículo 53 de la IV Convención de Ginebra y los artículos 23.g y 46 de las Regulaciones de la IV Convención de La Haya; el apartado xiv), del artículo 23.h de las Regulaciones de la IV Convención de La Haya; el apartado xv), del artículo 51 de la IV Convención de Ginebra; el apartado xvi), del artículo 33 de la IV Convención de Ginebra y de los artículos 28 y 47 de las Regulaciones de la IV Convención de La Haya; el apartado xvii), del artículo 23.a de las Regulaciones de la IV Convención de La Haya; el apartado xviii), del Protocolo para la prohibición del uso en guerra de gases asfixiantes, venenosos o de otro tipo, y de métodos de combate bacteriológico²⁶; el apartado xix), de la Declaración relativa a balas expandidas²⁷; el apartado xx), del artículo 35.2 del Protocolo I y el artículo 23.e de las Regulaciones de la IV Convención de La Haya; el apartado xxi), del artículo 75.2.b del Protocolo I; el apartado xxii), del artículo 76.1 del Protocolo I; el apartado xxiii), del artículo 51.7 del Protocolo I; el apartado xxiv), del artículo 12.1 del Protocolo I; el apartado xxv), del artículo 54.1 del Protocolo I; y el apartado xxvi), del artículo 77.2 del Protocolo I.

El artículo 8.2.b excluye algunos elementos del Protocolo I. Por ejemplo, el artículo 85.4.b del Protocolo I relativo a "demora injustificada en repatriar prisioneros de guerra o civiles" no es un crimen de guerra en el Estatuto de Roma. La disposición en el artículo 85.4.c del Protocolo I relativo a "prácticas de *apartheid* y otras prácticas inhumanas y degradantes que involucran atropellos a la dignidad basados en discriminación racial" no está reflejado en el artículo 8°, pero figura en el artículo 7.2.h como crimen de lesa humanidad. La garantía del artículo 85.4.e del Protocolo I del derecho a un juicio justo y regular, no figura en el párrafo 8.2.b del Estatuto, pero está ya cubierto en el párrafo 8.a.vi. Las normas contempladas en los artículos I, II y III de la Convención sobre Prohibición del Uso Militar Hostil o de otro tipo de Técnicas Modificadoras del Medio ambiente²⁸ no están reflejadas en el Estatuto de Roma, excepto tal vez, de manera indirecta, en el artículo 8.2.b.iv.

En lo que respecta a armas prohibidas, es de subrayar que la Conferencia de Roma incluyera en la definición estatutaria de "crímenes de guerra" el uso de veneno, armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos o similares, al igual que balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, pero no pudiera ponerse de acuerdo sobre la inclusión de armas nucleares²⁹, armas fragmentarias no detectables³⁰, minas de tierra³¹, armas incendiarias³² o armas láser enceguedoras³³. El apartado xx), sin embargo, se formula en un modo general, relativo al empleo de:

"Armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles,

29 Ver Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, Lista General N° 95 (Opinión Consultiva de la CIJ) de julio 8 de 1996, en la cual la mayoría resolvió que la amenaza del uso de armas nucleares está prohibida en el derecho internacional, salvo posiblemente en una caso extremo de defensa propia en el que la sobrevivencia del Estado esté en juego.

30 Ver Protocolo sobre fragmentos no detectables (Protocolo I de la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones sobre el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos sin distinción), adoptada en Ginebra en octubre 10 de 1980.

31 Ver Protocolo sobre prohibiciones o restricciones al uso de minas, trampas explosivas y otros recursos (Protocolo II a la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones al uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos sin distinción), adoptado en Ginebra en octubre 10 de 1980; y Convención sobre la Prohibición del uso, producción, transferencia y acumulación de minas de tierra antipersonales y sobre su destrucción, adoptada en Oslo en septiembre 18 de 1997.

32 Ver Protocolo sobre prohibiciones o restricciones en el uso de armas incendiarias (Protocolo III de la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones en el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos sin distinción), adoptada en Ginebra en octubre 10 de 1980.

33 En octubre 13 de 1995, la Conferencia Revisora de Viena de los Estados Partes a la convención sobre prohibiciones o restricciones en el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos sin distinción adoptó según el artículo 8.3.b de la Convención un Protocolo Adicional denominado "Protocolo sobre armas láser enceguedoras" (Protocolo IV).

26 Adoptada en Ginebra en junio 17 de 1925.

27 Adoptada en La Haya en julio 29 de 1899.

28 Adoptada por la Asamblea General como Resolución 31/72 de diciembre 10 de 1976.

materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123 dejando abierta la oportunidad para que la Asamblea de Estados Partes del Estatuto considere agregados a la lista de medios y métodos de combate prohibidos, a medida que se van desarrollando en el tiempo".

La mayoría de las delegaciones procuraron con firmeza la inserción en el Estatuto de la prohibición del uso de armas nucleares, pero cedieron a la así mismo, firme oposición de los Estados con poderes nucleares, cuyas posiciones no podían ignorarse³⁴.

C. CONFLICTO ARMADO NO-INTERNACIONAL

I. SERIAS VIOLACIONES AL ARTÍCULO 3° COMÚN DE LAS CUATRO CONVENCIONES DE GINEBRA DE 1949

El artículo 8.2.c incorpora los contenidos del artículo 3° común de las cuatro Convenciones de Ginebra con algunas modificaciones menores. Primero, sólo se aplica a "serias violaciones", y la Corte tiene la discrecionalidad para asumir competencia sobre meras infracciones técnicas al artículo 3° común. Segundo, el marco del artículo 8.2.c omite la frase del artículo 3° común "sin ninguna distinción adversa basada en raza, color, religión o creencia, sexo, nacimiento o fortuna, o cualquier otro criterio similar", que en todo caso aún opera gracias a la cláusula no discriminatoria más amplia propuesta por la delegación canadiense durante la sesión final del Comité Preparatorio de marzo-abril de 1998, adoptada como artículo 21.3 del Estatuto³⁵, que rige la aplicación de la ley en general por parte de la Corte.

34 India, a pesar de la prueba de su gobierno sobre armas nucleares de mayo 11 y 13 de 1998 y de sus declaraciones oficiales de que debía ser considerada de allí en adelante un miembro del club nuclear, propició con énfasis la inclusión del uso de armas nucleares en el artículo 8° del Estatuto. Delegados y observadores no pudieron sino especular sobre los motivos de India por tomar semejante posición, aparentemente paradójica.

35 El artículo 21.3 dice: "La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el

En el artículo 3° común, la prohibición de la toma de rehenes sigue directamente luego de "violencia en la vida y la persona [...] y tortura", y luego se enuncian "ultrajes a la dignidad personal, en especial, trato humillante y degradante". El Estatuto invierte el orden de los párrafos b y c como aparecen en el artículo 3° común para mejor coherencia. El Estatuto incorpora textualmente los contenidos del apartado d del artículo 3.1 común, pero deja de lado la frase "por pueblos civilizados" —un residuo de antiguas actitudes colonialistas—. Como es obvio las partes del artículo 3° común pertenecientes a su implementación dentro del contexto del resto de las Convenciones de Ginebra se dejan de lado en el Estatuto ya que no guarda relación directa con los propósitos del derecho penal internacional. Por último el artículo 8.2.d del Estatuto incorpora la condición limitativa fijada en el artículo 1.2 del Protocolo II, que exceptúa de la competencia de la Corte "situaciones de tensiones y disturbios internos, tales como sublevaciones, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de similar naturaleza".

2. OTRAS SERIAS VIOLACIONES A LOS USOS Y COSTUMBRES APLICABLES EN CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

Los apartados 8.2.e.i-vii se corresponden con los apartados i), xxiv), iii), ix), xvi), xxii) y xxvi), respectivamente, del artículo 8.2.b. Sin embargo, el párrafo y agrega, en el apartado viii), "ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas". Los apartados 8.2.e.ix-xii se corresponden con los apartados xi), xii), x) y xiii) del artículo 8.2.b, respectivamente. Los apartados ii), iv), v), vi), vii), viii), xiv), xv), xvii), xviii), xix), xx), xxi), xxiii), xxiv) y xxv) del artículo 8.2.b no fueron incorporados al artículo 8.2.e. El artículo 8.2.f emplea la condición limitativa que aparece en el artículo 1.2 del Protocolo II.

presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3° del artículo 7°, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición".

El artículo 8.3 dispone: "Nada de lo dispuesto en los párrafos 2.c y d afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo".

La presencia de los párrafos 2.c y d en el Estatuto de Roma representa el deseo de la vasta mayoría de Estados de reconocer responsabilidad penal internacional por ciertos actos aun en el caso de situaciones de conflicto armado que tengan lugar dentro de sus propios territorios soberanos. Si se lee junto con el artículo 8.3, parece ser que las delegaciones se manejaron para lograr un buen balance mediante la reafirmación de la responsabilidad, e incluso el derecho, del Gobierno a ejercer la fuerza en "casa" en el interés de su seguridad nacional, independencia política e integridad territorial.

VI. ELEMENTOS DEL DELITO (ART. 9°)

Un cierto número de delegaciones, en particular aquellas de ciertos países del *common law*, incluida la de Reino Unido, propusieron que hubiera en el Estatuto una disposición que clarificara los elementos de varios crímenes comprendidos en la competencia de la Corte. El dejar a la Corte sin suficiente guía estatutaria para interpretar los delitos incluidos en el Estatuto pareció a algunas delegaciones incluso violatorio del principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

Como ya se discutió, pueden surgir cuestiones difíciles, tales como si la persona acusada de cometer un delito de lesa humanidad tuvo que haber sabido que el acto que estaba cometiendo formaba parte de un ataque, o simplemente, que había un ataque en curso. De cualquier modo, el Estatuto guarda silencio acerca de cuál es el nivel de conocimiento de los hechos circundantes, si alguno fuera necesario para cumplir con la intencionalidad criminal requerida. De manera semejante, el crimen de genocidio consagra un énfasis sustancial al *mens rea* del acusado, al punto que es posible que ni siquiera una persona tiene que haber muerto para que un acto de genocidio haya tenido lugar, argumento ya planteado.

En la Conferencia de Roma, muchas delegaciones expresaron dudas acerca de si una disposición en el Estatuto que enunciara los elementos específicos del crimen era en realidad necesaria. Sintieron en general que las

definiciones de crímenes eran bastante claras tal como **estaban** proyectadas y que el llegar a semejante disposición podía dilatar la **entrada** en vigencia del Estatuto. Sin embargo, por contemplación hacia aquellas delegaciones que insistieron acerca de esta inserción, la Conferencia acordó adoptar el artículo 9° que fijara un procedimiento mediante el cual una disposición sobre elementos del crimen podía adoptarse por mayoría de dos terceras partes de la Asamblea de Estados Partes.

VII. LA RELACIÓN ENTRE LA DEFINICIÓN DE DELITOS EN EL ESTATUTO DE ROMA Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL GENERAL (ART. 10°)

El artículo 10° del Estatuto dispone: "Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto".

Este artículo intenta garantizar que el derecho internacional general permanezca imperturbable por el Estatuto. En este sentido, el texto del artículo 10° deja a los tribunales penales internacionales *ad hoc* que existen, tales como para la ex Yugoslavia y para Ruanda, o a aquellos que pueden ser creados en un futuro, explícita libertad —ausente cualquiera otra norma aplicable como podría surgir de sus propios estatutos sobre el punto— para no considerarse a sí mismos obligados por el Estatuto de Roma.

Sin embargo, si y cuando el Estatuto tuviera que entrar en vigencia, la Corte Penal Internacional casi con seguridad será la principal institución para hacer efectivo el derecho penal internacional y la justicia. Como es natural, a pesar de las palabras del artículo 10°, es verosímil que el mero hecho de que el Estatuto incorpore en su lista de crímenes algunas categorías de actos y no otros, significará que aquellos dejados de lado, si no son puestos en vigor por otros mecanismos, pueden ser dejados de lado, y hasta llegar a desaparecer.

La Conferencia de Roma no fue solo un foro en donde los Estados tomaron posiciones y luego votaron un proyecto de documento para crear un Estatuto para una Corte Penal Internacional. Fue un proceso en el cual representantes de los Gobiernos de casi todos los Estados del mundo concentraron su energías y esfuerzos individuales para entender los escollos del derecho

penal internacional y la promesa de una corte penal internacional permanente, desde cada uno de sus exclusivos puntos de vista. Más significativo aún, la Conferencia de Roma fue un proceso en el cual los Estados pudieron explorar qué intereses y preocupaciones comparten en lo que respecta a la amenaza y realidad del crimen internacional, y cómo, a través de la cooperación internacional y la buena fe, podían llegar a bases comunes de entendimiento y soluciones comunes. Merced a la visión y al deseo político de la gran mayoría de delegaciones, la Conferencia de Roma fue exitosa en la creación de una plataforma sólida sobre la cual construir la pieza central para un justo y efectivo sistema de derecho penal internacional y justicia: la Corte Penal Internacional.