

LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Yuria SAAVEDRA ÁLVAREZ*

SUMARIO: *Introducción. I. Derechos de los acusados. a) Nullum crimen, nulla poena sine lege. b) Ne bis in idem. c) Detención provisional. d) Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. e) Derecho a ser asistido por un defensor y/o a defenderse personalmente. II. Derechos de las víctimas. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

UNO DE LOS principales propósitos del derecho penal internacional es remediar las violaciones más graves a los derechos humanos, aquellas que vulneran o quebrantan ciertos valores, intereses o bienes jurídicos tutelados particularmente por la comunidad internacional y que son considerados incluso como normas de *jus cogens*.¹ La justicia penal y los derechos humanos están intrínsecamente relacionados; recuérdese que la noción moderna de estos derechos encuentra sus orígenes en las primeras instituciones protectoras de la persona, por ejemplo, el *habeas corpus*. Como la justicia penal comprende por definición el uso de las facultades coercitivas del Estado y diversas restricciones a los derechos y libertades de los individuos, la gran mayoría de las constituciones en el mundo y los tratados internacionales de derechos humanos reconocen varios derechos aplicables durante los procesos penales. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Pacto Internacional”) en sus artículos 9, 10, 14 y 15; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“Convención Europea”), artículos 5, 6 y 7; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana”) en los artículos 5, 6, 7, 8 y 9; y, la

* Profesora en la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctorante en esta misma institución.

¹ Cfr, BROOMHALL, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 41.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Carta Africana”), en sus artículos 6 y 7, garantizan el derecho a la libertad y la seguridad personales, al debido proceso, al trato humano, entre otros. Todas estas disposiciones se dirigen a salvaguardar al individuo contra la arbitrariedad de la autoridad en el ámbito penal.

No obstante, a nivel internacional, la justicia penal se enfrenta a diversos retos ante el concepto clásico de los derechos humanos. Estos desafíos se desprenden de las características esenciales del derecho penal internacional, entre las más triviales, que las cortes penales internacionales no poseen un aparato represivo propio por lo que dependen totalmente de la cooperación de los Estados y, ocasionalmente, de las limitadas facultades de coacción de la comunidad internacional. Ello ha tenido consecuencias relevantes en la conducción de las investigaciones, la recolección de pruebas, la aprehensión de los sospechosos y, durante los procesos, en la interpretación y aplicación de las garantías judiciales penales mínimas para los acusados. Los procesos penales internacionales normalmente se han llevado a cabo en situaciones posconflicto y han tenido un impacto relevante en la restauración de la paz y la seguridad nacional e internacional. Por lo tanto, su propósito se extiende más allá de la mera disuasión convirtiéndose en medios importantes para permitir los procesos de reconciliación.²

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estas cortes tienen competencia sólo respecto de un limitado conjunto de crímenes que se consideran extremadamente graves, lo cual en muchas ocasiones ha dado lugar a diversos debates pues la comunidad internacional, en su afán por “hacer justicia” y combatir la impunidad, ha tolerado la violación a diversos derechos humanos –garantías judiciales– de quienes han sido acusados y juzgados por la comisión de tales crímenes.

Otro aspecto que debe considerarse es que muchos de los procesos que se han realizado ante los tribunales penales internacionales han sido a consecuencia de la negativa o falta de voluntad de los propios Estados para juzgar a personas que normalmente han formado parte de sus altas jerarquías políticas y militares. El apoyo que muchos de ellos han recibido les ha servido precisamente para la comisión de crímenes internacionales, para su encubrimiento y escapar a la justicia así como para obstruir las investigaciones e incluso para intimidar a víctimas y testigos. Lo anterior ha llevado al derecho penal internacional a crear y recurrir a diversos

² Cfr. AKHAVAN, Payam, “Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?”, en *American Journal of International Law*, EUA, no. 1, enero 2001, pp. 7 y ss.

conceptos considerados por algunos como poco ortodoxos, como el de la responsabilidad del superior jerárquico –militar– (*command responsibility*), el de la iniciativa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*) o el de la responsabilidad del superior jerárquico civil (*civilian superior responsibility*);³ por otro lado, también se han aplicado procedimientos similares a los utilizados por diversas instancias nacionales para combatir el crimen organizado, particularmente en la recolección y admisibilidad de pruebas, y en la protección de testigos, entre otros, severamente criticados por violar de diversas formas garantías judiciales básicas.⁴ Como ejemplo, se recurre a la celebración de audiencias *in camera* o a la protección de la identidad de la víctima o testigo.⁵

Por lo tanto, las características específicas del derecho penal internacional hacen muy complicado el simple traslado y aplicación de los estándares de derechos humanos en materia penal reconocidos en las jurisdicciones nacionales y en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la pregunta es si se justifica que en el derecho penal internacional puedan restringirse derechos humanos, sólo por mencionar, bajo el argumento de “hacer justicia”.⁶ Si la respuesta fuera afirmativa

³ Sobre estos conceptos *cfr.*, Wladimiroff, Michail, “The individual within international law”, en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), *From Sovereign Impunity to International Accountability*, Nueva York, United Nations University Press, 2004, pp. 110-111; Szczaranski, Clara, *Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 105-129 y 191-243.

⁴ *Cfr.*, WALD, Patricia M., “Dealing with Witnesses in War Crime Trials: Lessons from the Yugoslav Tribunal”, en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, EUA, No. 5, enero, 2002, p. 217.

⁵ Artículo 22 del Estatuto de la Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Respecto a ciertas medidas de protección de testigos que incluso están prohibidas por nuestro sistema penal y que sin embargo se aplican ante el TPIY, *cfr.*, *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995, *in toto*.

⁶ Un claro ejemplo es el caso *Barayagwiza* ante el TPIR. El acusado alegó haber sido objeto de violaciones a derechos humanos por parte del Fiscal. Básicamente se refirió al largo período de detención provisional –aproximadamente diez meses–, que transcurrió antes de que fuera presentado ante el tribunal. Al respecto, la Sala de Apelaciones resolvió que Barayagwiza debía ser puesto en libertad. Sin embargo, antes de que esta orden fuera ejecutada, el Fiscal formuló una solicitud en la que pidió la revisión de esta decisión con base en la presentación de nuevos hechos desconocidos hasta ese momento. Después de haber examinado diversos elementos, una nueva Sala de Apelaciones decidió que los estos hechos reducían “significativamente” los errores del Fiscal y la severidad de las violaciones a los derechos humanos de Barayagwiza. Por lo tanto, revocó la orden de libertad y resolvió que las violaciones serían resueltas “durante el juicio”: si el acusado era encontrado culpable su condena sería reducida, y si fuera inocente sería indemnizado. *Cfr.*, International Criminal Tribunal for Rwanda, *Jean-Bosco*

entonces sería contradictorio que esa comunidad internacional que ha consentido la creación y el desarrollo de mecanismos internacionales para la protección de los derechos humanos no asegurara las mismas garantías mínimas correspondientes durante los procesos ante las instancias penales internacionales.

Si bien las disposiciones que regulan los procesos ante los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda⁷ en general establecen derechos humanos ampliamente reconocidos no puede afirmarse que su aplicación e interpretación siempre ha sido acorde con los estándares que se derivan del derecho internacional de los derechos humanos. Aunque estos tribunales deben aplicar el derecho internacional ninguno de sus Estatutos establece disposición alguna que enumere o enliste las fuentes del derecho a las que podrán recurrir, mucho menos su precedencia –de manera similar al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia–.⁸ No obstante, una situación distinta podría tener lugar en la Corte Penal Internacional pues el artículo 21, párrafo 3º, de su Estatuto cuando se refiere al derecho aplicable por ese tribunal dispone expresamente que “la aplicación e interpretación del derecho –cualquiera sea su fuente– (...) deberá ser *compatible* con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (...)” –énfasis nuestro–. Si bien el Estatuto tampoco se refiere explícitamente a la aplicación de otros tratados internacionales de derechos humanos o a la jurisprudencia de los tribunales internacionales en la materia, como Schabas señala, la referencia a la compatibilidad con los derechos humanos significa de cualquier forma que el Estatuto no se encuentra limitado a los valores que influyeron al momento de su adopción. Como el derecho internacional de los derechos humanos evoluciona constantemente, la alusión a estos derechos en el Estatuto es una “promesa” de su interpretación innovadora en el futuro.⁹

El presente trabajo constituye una introducción al estudio de algunos derechos humanos –específicamente, de garantías del debido proceso en materia penal– aplicables durante los procesos ante la Corte Penal Inter-

Barayagwiza v. The Prosecutor, Appeals Chamber, Decision, 3 noviembre 1999, párrs. 100-112.

⁷ En adelante, “TPIY” y “TPIR”, respectivamente.

⁸ Al respecto, *cfr.* CASSESE, Antonio, “The influence of the European Court of Human Rights on international criminal tribunals –some methodological remarks”, en Bergsmo, Morten (comp.), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden. Essays in Honour of Asbjørn Eide*, Leiden, Martines Nijhoff Publishers, 2003, p. 19.

⁹ *Cfr.* SCHABAS, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 93.

nacional (“CPI”). En tanto que desde sus orígenes los derechos humanos han sido planteados y reconocidos precisamente para proteger a los individuos contra los abusos de autoridad, ello también se extiende a actos que sean cometidos por órganos internacionales, cuanto más si se trata de un órgano de carácter judicial constreñido por principios que aseguren un juicio justo a las partes. La CPI debería su credibilidad y autoridad si hiciera justicia por la violación a los derechos humanos transgrediendo al mismo tiempo estos derechos. Por lo tanto, para clarificar y establecer el esquema de amparo de los derechos humanos establecidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional tanto para sospechosos, inculcados, sentenciados y víctimas debe hacerse una confrontación y análisis a la luz de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos constituye la lupa más adecuada para determinar su grado de protección.¹⁰ Las disposiciones, la jurisprudencia y la doctrina que se han generado alrededor de esta rama del derecho han colaborado en gran medida al planteamiento y desarrollo de diversos derechos mínimos que inciden en el ámbito penal. Las normas internacionales sobre la protección de los derechos humanos durante los procesos penales, su contenido y su interpretación gozan de una aceptación muy sólida en la comunidad internacional. Puede argumentarse que existe un amplio consenso sobre su significado y alcance. Si bien es cierto que debe tomarse en cuenta la especificidad y autonomía del derecho penal internacional, estamos de acuerdo con Cassese cuando se refiere a que la aplicación de la jurisprudencia de otras cortes internacionales por parte del TPIY, particularmente aquella relativa a los derechos humanos, confirma dos corrientes actuales –muy positivas– en el derecho internacional: por un lado, la tendencia de las diferentes áreas del derecho internacional a abandonar su aislamiento o enfoque sectorial para influenciarse mutuamente –incluso fusionarse–; y, en otro sentido, la autoridad cada vez mayor del derecho de los derechos humanos sobre otras esferas del derecho internacional.¹¹ Específicamente en cuanto a la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, aunque ambas son ramas autónomas del derecho internacional lo cierto es que se vinculan estrechamente en función de que comparten un mismo propósito: la reducción, y de ser posible, la eliminación, de las violacio-

¹⁰ Cfr., ZAPPALÀ, Salvatore, Zappalà, Salvatore, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 1.

¹¹ Cfr., CASSESE, Antonio, “The influence of the European Court of Human Rights on international criminal tribunals –some methodological remarks”, en Bergsmo, Morten (comp.), *op. cit.*, nota 8, pp. 51 y 52.

nes graves a los derechos humanos,¹² por lo que sus métodos no deben ser necesariamente distintos o incluso incompatibles en función de su autonomía.¹³

En estos términos, sólo nos referiremos a aquellos temas de mayor relevancia y respecto de los cuales existen ciertas divergencias entre los estándares internacionales de derechos humanos y los del derecho penal internacional. Al efecto, nos remitiremos solamente a los Estatutos y a la práctica de los tribunales *ad hoc* y de la CPI para hacer algunas observaciones y sugerencias sobre la aplicación e interpretación de las garantías del debido proceso en el derecho penal internacional y su compatibilidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos,¹⁴ con especial referencia a la CPI.

I. DERECHOS DE LOS ACUSADOS

a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

Estos principios han sido ampliamente reconocidos como garantías judiciales por los tratados internacionales de derechos humanos.¹⁵ Sin embargo, por lo que se refiere a los tribunales penales internacionales, solamente el Estatuto de la Corte Penal Internacional los establece explícitamente.¹⁶ Precisamente por ello, su aplicación, particularmente el de *nullum crimen sine lege*, representa uno de los obstáculos más relevantes para la

¹² Cfr., MØSE, Eric, "Impact of human rights conventions on the two *ad hoc* Tribunals", en Bergsmo, Morten (comp.) *op. cit. supra*, p. 206.

¹³ Al respecto, cfr., VILLALPANDO, Waldo, *De los derechos humanos al derecho internacional penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 310-314.

¹⁴ El derecho penal internacional no empieza ni se agota en estos tribunales. La cuestión, en principio, es determinar si existe un solo derecho penal internacional, lo cual está fuera del ámbito de este trabajo. Sin embargo, podemos mencionar que existen otros órganos internacionales e "internacionalizados" que también aplican derecho penal internacional, por ejemplo, la Corte Especial para Sierra Leona, los Paneles Especiales para Crímenes Graves establecidos en Timor Oriental o la Corte Penal Internacional para Cambodia –*ad hoc*–, entre otros, cada uno de ellos con distintas bases sustantivas y adjetivas. Cfr., KNOOPS, GEERT-JAN Alexander, *An introduction to the law of the international criminal tribunals*, Ardsley, Transnational Publishers, 2003, pp. 11-19.

¹⁵ Cfr., artículo 14, párr. 2º, del Pacto Internacional; artículo 7 de la Convención Europea; artículo 9 de la Convención Americana; y, artículo 7, párr. 2º, de la Carta Africana.

¹⁶ Artículos 22 y 23.

formulación de un sistema de responsabilidad penal del individuo en el derecho internacional.¹⁷

Desde sus inicios, el derecho penal internacional hubo aceptado que el principio de irretroactividad penal no podía ser usado como una barrera para proteger a los criminales y sustraerlos de la justicia. Sin embargo, particularmente relacionado con el principio de *nullum crimen sine lege*, un Estado no puede invocar su derecho interno –por ejemplo, que el crimen no se encuentre tipificado en la legislación nacional– para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales –como sancionar a los responsables–. Es precisamente en esta situación cuando el derecho penal internacional puede actuar para establecer la responsabilidad internacional de individuos, proteger los derechos de sus víctimas y responder a las “exigencias” de la comunidad internacional sobre el combate a la impunidad. Los principios *nullum crimen*, *nulla poena sine lege*, en estrecha vinculación con el principio de irretroactividad penal, parecen encontrar una excepción que incluso en su momento justificó el establecimiento de los tribunales *ad hoc*. Como es bien conocido, éstos fueron creados no mediante tratados internacionales sino por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.¹⁸

Al respecto, las críticas principales se refieren no sólo a las facultades de este órgano para establecer tribunales internacionales sino también al carácter especial de éstos por su creación *ex post facto* a la comisión de los actos que les dieron origen.¹⁹ Una aplicación rigurosa de los principios a que nos referimos no hubiera podido justificar la creación de tribunales internacionales encargados de juzgar a personas por actos cometidos con anterioridad a su establecimiento pues estrictamente no se configuran como crímenes internacionales al no estar así previamente tipificados.

Aquí el principio de *nullum crimen sine lege* reconocido a nivel doméstico o en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos

¹⁷ Cfr., LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena M., Martín MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 9-14.

¹⁸ Resolución 827 de 25 de mayo de 1993, y Resolución 955 de 8 noviembre de 1994. Sobre la historia de su creación y su contexto, cfr., Barria, Lilian A. y Roper, Steven D., “How Effective are International Criminal Tribunals? An Analysis of the ICTY and the ICTR”, en *The International Journal of Human Rights*, Inglaterra, vol. 9, no. 3, septiembre 2005, pp. 350-355; y, Forsythe, David P., “International Criminal Courts: A Political View”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Países Bajos, vol. 15, no. 1, marzo 1997, pp. 6-16.

¹⁹ Cfr., SCHABAS, William A., “Criminal Responsibility for Violations of Human Rights”, en Symonides, Janusz (comp.), *Human Rights: International Protection, Monitoring Enforcement*, Aldershot, UNESCO, 2002, pp. 296-298.

no tuvo la misma aplicación.²⁰ De haber sido así, difícilmente hubiera podido sostenerse la legalidad de ambos tribunales.²¹ Sin embargo, su creación en las circunstancias ya conocidas partió de la idea de que los crímenes internacionales también pueden configurarse a partir de la violación a principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.²² Por lo tanto, los principios *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el ámbito del derecho penal internacional se aplican no sólo con relación a los tratados internacionales sino también con los mencionados principios generales del derecho. Cabe señalar que los Estatutos de los tribunales *ad hoc* no establecen explícitamente ambos principios.

No obstante, tampoco se ha considerado seriamente que los tribunales *ad hoc* estén funcionando ilegalmente. El propósito de los principios *nullum crimen, nulla poena sine lege* siempre ha sido el de proteger a los individuos de acusaciones y sanciones arbitrarias si los actos que se les imputan no han sido previamente tipificados como delictivos. Sin embargo, en el ámbito del derecho penal internacional ambos se redefinen y su aplicación opera de manera diversa pues sería difícil asumir que aquellos que cometen crímenes internacionales se conduzcan con total desconocimiento de la gravedad de sus actos, incluso si tales conductas no se encuentran explícitamente prohibidas por el derecho penal interno correspondiente. Sólo por mencionar, durante los hechos acontecidos en la ex Yugoslavia la categoría de “crímenes contra la humanidad” no se encontraba tipificada como tal en el derecho penal de ese país. Pero, se consideró que por esa sola circunstancia no se habría podido alegar que a aque-

²⁰ Cfr., sobre el principio de no retroactividad, European Court of Human Rights, *Case of Streletz, Kessler and Krenz v Germany*, Judgement (Merits), 22 marzo 2001, párrs. 49-108.

²¹ Cfr., International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule"*, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, párrs. 42-47, en el que el TPIY hace un análisis sobre su propia legalidad. Sobre el mismo tema pero respecto del TPIR cfr. *The Prosecutor versus Joseph Kanyabashi*, Decision on the Defense Motion on Jurisdiction, 18 junio 1997, párrs. 9-16.

²² Aunque esto, por supuesto, es totalmente debatible. Los Estados pueden violar principios generales del derecho y, por lo tanto, pueden incurrir en responsabilidad internacional pero, ¿los individuos?, sobre todo tratándose de la materia penal. Sólo por mencionar, aunque por supuesto no se trata de una respuesta absoluta, el Pacto Internacional y la Convención Europea establecen respecto a los principios *nullum crimen, nulla poena sine lege* que no se oponen al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (artículos 15, párr. 2º, y 7, párr. 2º, respectivamente).

llos que cometieron tales crímenes no podía fincárseles responsabilidad pues los elementos que integran los crímenes contra la humanidad configuraban delitos ordinarios en el ámbito interno –por ejemplo, la violación sexual, el homicidio, el saqueo, entre otros–, por lo que la naturaleza criminal de los actos debió haber sido conocida por sus perpetradores.²³ Aquí, entonces, el argumento aplicado –y aplicable– es el del combate a lo que se ha llamado la “cultura de la impunidad”, a partir de la creación de tribunales penales internacionales,²⁴ lo cual por sí mismo los justifica.

La aplicación del principio de *nulla poena sine lege* genera más dificultades pues el derecho penal internacional no establece sanciones específicas. En cierta forma, ello se debe a que los estados deben incorporar –legislar– los crímenes internacionales en su derecho penal interno, adaptándolos a su sistema penal conforme a sus propias políticas penales. Es decir, son los estados los primeros obligados a tipificar estos crímenes y a establecer las sanciones conforme a su propio sistema jurídico. El derecho penal internacional funciona sólo de manera subsidiaria. Así, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia establece que la única sanción que puede imponer la Sala de Primera Instancia es la prisión, y que para la determinación de las condiciones en que habrá de ejecutarse debe remitirse a la práctica general relativa en los tribunales nacionales de la ex Yugoslavia.²⁵ Una norma similar se encuentra también en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.²⁶ Sin embargo, en la práctica estas disposiciones no han reducido la discrecionalidad de las cortes –y, en consecuencia, la incertidumbre– en la determinación de la duración del encarcelamiento. Puede afirmarse, incluso, que ni siquiera existe una jurisprudencia internacional consistente y reiterada al respecto pues los Estatutos de los tribunales *ad hoc* no prescriben rangos determinados para la imposición de las sanciones.²⁷ Lo únicos parámetros

²³ *Cfr.*, DIMITRIJEVIC, Vojin y Milanovic, MARKO, “Human rights provisions in conventional sources of international criminal law and their effects on international criminal justice”, en *The status of international treaties on human rights*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2006, pp. 211-212.

²⁴ *Cfr.*, LAUREN, Paul G., “From impunity to accountability: Forces of transformation and the changing international human rights context”, en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), *From Sovereign Impunity to International Accountability*, Nueva York, United Nations University Press, 2004, pp. 15-36.

²⁵ Artículo 24, párrafo 1º.

²⁶ Artículo 23, párrafo 1º.

²⁷ Por ejemplo, en tanto que no se encuentra expresamente prohibido, el tribunal *ad hoc* para la ex Yugoslavia ha impuesto la cadena perpetua aun cuando ésta no se encontraba prevista por la legislación penal de la ex Yugoslavia. *Cfr.*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v Milomir Stakić*, Judgement of 31 July 2003, *in toto*.

objetivos que se señalan para determinar la duración de la pena de prisión son la gravedad del crimen y las circunstancias individuales del condenado. Habría que considerar, entonces, si ello viola el derecho a un debido proceso, más específicamente, el principio *nullum poena sine lege*.

Por otro lado, aunque el Estatuto de la CPI sí estipula dicho principio expresamente tampoco precisa las sanciones respecto a los crímenes sobre los que tiene competencia. Solamente señala que la Corte podrá imponer la pena de prisión por un número “específico” de años que no exceda a 30 o la reclusión a perpetuidad dependiendo de la gravedad del crimen cometido y de las circunstancias individuales del sentenciado.²⁸

Hay otros dos escenarios en el derecho penal internacional en el que puede incidir la aplicación del principio *nullum crimen sine lege*. El primero es aquel según la cual el Consejo de Seguridad, actuando conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede remitir a la CPI una situación en la que “parezca” haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de ese tribunal, incluso si el Estado del cual son nacionales los responsables no son parte del Estatuto,²⁹ como la situación actual de Sudán, específicamente respecto a los actos cometidos en Darfur.

Esta opción encuentra su justificación en el intento de evitar la creación de tribunales especiales, por lo que si un Estado no es parte del Estatuto no obstante la CPI, un tribunal “previamente” establecido, podrá tener competencia sobre crímenes cometidos por sus nacionales. En segundo lugar, el Estatuto de la CPI señala que un Estado que no sea parte puede hacer una declaración expresa reconociendo la competencia de ese tribunal sobre crímenes específicos. En este caso, las obligaciones de dicho Estado –sobre todo, las relativas a la cooperación con la CPI– son las mismas que si fuera parte del Estatuto.³⁰

Con relación a lo señalado en el párrafo anterior cabe hacer algunas consideraciones. El Estatuto es un tratado internacional y, por lo tanto, su obligatoriedad se basa en la previa aceptación de los Estados Partes. Por

²⁸ Artículo 77, párr. 1°. Asimismo, además de la prisión la Corte podrá imponer multas y el decomiso de los bienes, productos y haberes que procedan directa o indirectamente de la comisión del crimen. *Cfr.*, asimismo LAMB, Susan, “*Nullum crimen, nulla poena sine lege* in International Criminal Law”, en CASSESE, Antonio, *et al.*, *The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 733-766; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 2ª ed., México, INACIPE, 2004, pp. 47-48.

²⁹ Artículo 13, inciso b). *Cfr.*, VILLALPANDO, Santiago y Luigi, CONDORELLI, “Can the Security Council Extend the ICC's Jurisdiction?”, en CASSESE, Antonio, *et al.*, *op. cit. supra*, pp. 571-582.

³⁰ Artículo 12, párr. 3°.

su naturaleza, el Estatuto de la CPI no es un tratado internacional que establezca derechos y obligaciones recíprocos entre estados, a la manera de los tratados clásicos. A través del Estatuto los estados reconocen normas dirigidas a determinar la responsabilidad internacional por la comisión de crímenes internacionales no de ellos mismos sino de individuos; por lo tanto, la CPI no sancionará a estados sino a personas. Asimismo, aunque el derecho penal internacional implica la incriminación de individuos, se crea, se desarrolla y se hace cumplir por los estados.³¹

Una primera cuestión es determinar cómo los individuos pueden ser responsables internacionalmente a través de la aplicación de tratados o convenciones de naturaleza represiva celebrados, obviamente, no por ellos mismos sino por los Estados. En segundo lugar, otro asunto es cómo los individuos pueden ser responsables por la comisión de crímenes internacionales aun cuando los Estados de su nacionalidad no son parte de esos tratados y sin embargo su responsabilidad deriva de su aplicación.³² Respecto a éste, el principio *nullum crimen sine lege* limitaría la competencia de la CPI sobre asuntos que impliquen a nacionales de Estados no parte de su Estatuto –para el caso de que sean remitidos por el Consejo de Seguridad–. Aquí, la voluntad del Estado debe ser necesaria para aceptar dicha competencia. Sin ella, el Estado no está obligado a cooperar con la CPI.

Pero lo más grave es la afectación a los derechos de los individuos que se pretende juzgar. Sin la previa aceptación del Estado opera plenamente el principio *nullum crimen sine lege* no en su favor sino en el de los “criminales”. La gravedad de los actos que éstos hubieren cometido no justifica que puedan ser juzgados cualquiera sea la manera ante la CPI. De otra forma, se estarían violando derechos humanos. El hecho de que el Estatuto de este tribunal contemple esa posibilidad no la legaliza por sí misma.

Ahora bien, si un Estado admite la competencia de la CPI para crímenes en particular sin ser parte de su Estatuto, la cuestión por supuesto no es la de la aceptación. En una situación así el Estado estaría aceptando la competencia de un tribunal que, si bien ha sido previamente establecido, podría pronunciarse sobre hechos ocurridos con anterioridad. El punto es que no se trata de actos cometidos por los Estados pues en esas circuns-

³¹ Cfr., RATNER, Steven R. y Abrams, JASON S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 10.

³² Para ampliar el tema, sin duda difícil, Cfr., BROOMHALL, Bruce, *op. cit.* (nota 1), pp. 25-28.

tancias sería plenamente válido que aceptaran ser juzgados. Sólo por mencionar, un Estado podría reconocer la competencia de un tribunal internacional de derechos humanos por actos cometidos con anterioridad a la fecha de dicho reconocimiento, pues el interés debe estar no en el aparente perjuicio que pudiera tener el Estado sino en el beneficio para las víctimas. Sin embargo, en el problema planteado quienes sufren una afectación no son los estados sino los individuos a quienes se pretende juzgar. Por lo tanto, podrían violarse derechos humanos.

b) *Ne bis in idem*

Conforme al principio *ne bis in idem* una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo delito. Siendo una garantía judicial fundamental evidentemente se encuentra reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho penal internacional. No obstante, los Estatutos de los tribunales *ad hoc* y de la CPI estipulan este principio pero con una variante que si bien se ajusta a sus propósitos podría ser considerada como violatoria de derechos humanos.³³ Una de las principales razones por las que los individuos que cometen crímenes contra el derecho internacional son juzgados ante instancias penales internacionales es porque los estados frecuentemente se niegan o no se encuentran en condiciones para procesarlos ellos mismos –por ejemplo, si el conflicto que ha dado lugar a los crímenes aún continúa–. En estas situaciones la comunidad internacional ha recurrido a la creación de tribunales penales internacionales para evitar que tales actos queden impunes y que los Estados invoquen razones de soberanía para encubrir o tolerar a los responsables.

Precisamente estos fueron algunos de los principales argumentos para justificar la creación de los tribunales *ad hoc* los cuales, incluso, tienen primacía sobre las cortes nacionales que tendrían competencia en situaciones ordinarias.

Sin embargo, el Estatuto de la CPI señala que su naturaleza es de tipo complementaria a las jurisdicciones nacionales, aunque tiene ciertas facultades que le permiten revisar si los procesos domésticos fueron llevados a cabo de manera adecuada, es decir, de forma independiente e imparcial, respetando las garantías del debido proceso reconocidas por el

³³ Artículo 14, párr. 7º, del Pacto Internacional; y, artículo 8, párr. 4º, de la Convención Americana. Asimismo, artículo 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; artículo 9 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

derecho internacional, y que por la forma en que se hayan realizado sean compatibles con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.³⁴

Los Estatutos de los tribunales *ad hoc* establecen que ninguna persona será juzgada ante un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves al derecho internacional humanitario por los cuales él o ella ya hayan sido juzgados por un tribunal internacional, y que una persona que fue juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves al derecho internacional humanitario puede ser procesada posteriormente por un tribunal internacional solamente si: *a*) el acto por el cual él o ella fue juzgado constituyó un delito ordinario; o *b*) si el proceso ante la corte nacional no se llevó a cabo de manera imparcial o independiente, fue diseñado para proteger al acusado de responsabilidad penal internacional, o el caso no fue diligentemente procesado.³⁵ De forma similar, el Estatuto de la CPI prescribe que:

La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: *a*) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o *b*) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.³⁶

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, el defecto principal del artículo 20 del Estatuto de la CPI que hemos señalado consiste en que no contempla uno de los temas más importantes del derecho internacional en la actualidad ligado a la responsabilidad internacional por violaciones masivas: el conflicto entre el derecho de las víctimas a obtener justicia y a un remedio efectivo y el derecho de los estados a conceder amnistías y a otorgar el perdón. Tanto la amnistía como el perdón son cuestiones que resultan todavía más complicadas por el hecho de que, por otra parte, han servido eficazmente en procesos de reconciliación nacional. El propósito de la justicia penal internacional no es

³⁴ Artículo 1º del Estatuto. *Cfr.*, además el artículo 20, párr. 3º, inciso b).

³⁵ Artículo 10, párrs. 1º y 2º, del Estatuto del TPIY y artículo 9, párrs. 1º y 2º, del Estatuto del TPIR.

³⁶ Artículo 20, párr. 3º.

simplemente castigar sino también auxiliar en la reconciliación. Además, las amnistías también pueden instrumentarse para conducir negociaciones de paz. Sólo por mencionar, en octubre del 2005 el Fiscal de la CPI decidió no dictar cinco órdenes de aprehensión en contra de cinco de los líderes del Ejército de Resistencia del Señor –“*Lord’s Resistance Army*”– en Uganda pues un mediador internacional ya se encontraba facilitando un proceso de negociación entre los líderes y el gobierno de ese país. En ese momento la intervención de la CPI hubiera podido causar más descontento y problemas pues Uganda se encontraba en plena disposición para conceder la amnistía a los rebeldes.³⁷

Aunque en algunas ocasiones excepcionales la amnistía y el perdón pueden facilitar o crear condiciones adecuadas para lograr la paz y la reconciliación en un conflicto, la crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos es que no deben ser utilizadas como un medio para favorecer la impunidad y la injusticia. Las amnistías que tienen como único propósito proteger a quienes han cometido graves crímenes, como los de lesa humanidad, son contrarias al derecho internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo consideró en su sentencia sobre el caso *Barrios Altos* al señalar que las dos leyes de amnistía expedidas durante el gobierno del Presidente Alberto Fujimori en 1995 –las Leyes No. 26479 y No. 26492–³⁸ eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos y que, por lo tanto, carecían de efecto legal.³⁹ Asimismo, en el 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina anuló las dos leyes de amnistía –la Ley de Punto Final de 1986 y la Ley de Obediencia Debida de 1987– que

³⁷ Cfr., UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, “Uganda: ICC indictments to affect northern peace efforts, says mediator”, en GlobalSecurity.org, <http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2005/10/mil-051010-irin02.htm> (consultado el 17 de febrero de 2007). Aunque, finalmente el gobierno de Uganda presentó la situación a la CPI mientras el conflicto aún continuaba.

³⁸ La primera de esas leyes exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieran cometido o participado, entre 1980 y 1995, en violaciones a los derechos humanos en el Perú. La segunda reafirmó que la amnistía concedida por la anterior no era susceptible de ser revisada judicialmente por lo que su aplicación era obligatoria; asimismo, amplió su alcance al conceder una amnistía general a todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser sujetos a proceso por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995 aunque todavía no hubieran sido denunciados.

³⁹ Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) vs Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, párrs. 41-44.