

# REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS  
INSTITUT INTER-AMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME  
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS  
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



24 IIDH

Julio - Diciembre 1996

REVISTA

**IIDH**

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS  
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME  
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS  
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

# ÍNDICE

## DOCTRINA

LA TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO A LA VERDAD EN LA ARGENTINA .....	11
Martín ABREGÚ	

LA IMPUNIDAD NO ES SOLO CUESTIÓN DE HECHO SOBRE LA PERSECUCIÓN EN ESPAÑA DE LOS CRÍMENES DE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA .....	49
Perfecto Andrés IBÁÑEZ	

LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA LEY DE AMNISTÍA PERUANA .....	63
César LANDA ARROYO	

EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA –JUSTICIA PARA LA PAZ– .....	133
Elizabeth ODIO BENITO	

EL LARGO CAMINO DE LA VERDAD .....	157
Felipe MICHELINI	

GUATEMALA'S NATIONAL RECONCILIATION LAW: COMBATTING IMPUNITY OR CONTINUING IT? .....	173
Margaret POPKIN	

LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUNIDAD Y SU TRATAMIENTO EN LAS NACIONES UNIDAS –NOTAS PARA LA REFLEXIÓN– .....	185
Wilder TAYLER	

## AMICUS CURIAE

MEMORIAL EN DERECHO, EN CALIDAD DE <i>AMICI CURIAE</i> , DEL CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), EL CENTRE FOR JUSTICE AND INTERNATIONAL LAW (CEJIL) S/LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CALUMNIAS E INJURIAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS .....	217
---	-----

Revista  
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos  
Humanos. --Nº1 (Enero/junio 1985).--  
--San José, C.R.: El Instituto, 1985-  
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos - Publicaciones periódicas.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

© 1996, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

© Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramación, montaje electrónico de artes finales e impresión litográfica:  
MARS Editores, S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1000) San José, Costa Rica.

*Se solicita atenderse a las normas siguientes:*

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. Es preferible acompañar el envío con diskettes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor; título del artículo; nombre de la revista (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf. y dirección postal). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

LA REVISTA IIDH ES PUBLICADA SEMESTRALMENTE. EL PRECIO ANUAL ES DE US\$30.00 Y DE US\$20.00 PARA ESTUDIANTES. EL PRECIO DEL NÚMERO SUELTO ES DE US\$15.00. SUSCRIPTORES DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ DEBEN INCLUIR US\$3.00 POR ENVÍO; SUR Y NORTEAMÉRICA US\$4.00, EUROPA, ÁFRICA, ASIA, US\$6.00. TODOS LOS PAGOS DEBEN DE SER HECHOS EN CHEQUES DE BANCOS NORTEAMERICANOS O GIROS POSTALES, A NOMBRE DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. RESIDENTES EN COSTA RICA PUEDEN UTILIZAR CHEQUES LOCALES EN DÓLARES. SE REQUIERE EL PAGO PREVIO PARA CUALQUIER ENVÍO.

DIRIGIR TODAS LAS ÓRDENES DE SUSCRIPCIÓN A LA UNIDAD EDITORIAL DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1000) SAN JOSÉ, COSTA RICA.

LAS INSTITUCIONES ACADÉMICAS, INTERESADAS EN ADQUIRIR LA REVISTA IIDH, MEDIANTE CANJE DE SUS PROPIAS PUBLICACIONES PUEDEN ESCRIBIR A LA UNIDAD EDITORIAL, REVISTA IIDH, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1000), SAN JOSÉ, COSTA RICA, FAX: (506) 234-0955.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE RECONCILIACIÓN NACIONAL PRESENTADO POR LA OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA .....	263
--	-----

## **COMENTARIOS SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

LECCIONES DE LAS AMÉRICAS: LINEAMIENTOS PARA UNA RESPUESTA INTERNACIONAL ANTE LA AMNISTÍA DE ATROCIDADES .....	277
<i>Douglass CASSEL</i>	

## **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1996 .....	327
--	-----

## **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1996 .....	421
--	-----

## **NACIONES UNIDAS**

PRÁCTICA AMERICANA ANTE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1996-I) .....	427
---	-----

## PRESENTACIÓN

Esta nueva entrega de la publicación académica del IIDH se dedica por entero al tema de la impunidad por las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y los esfuerzos por superarla.

No es ciertamente un tema nuevo en nuestra región, ni tampoco lo es su tratamiento académico por el Instituto. Sin embargo no pierde actualidad, ya que la experiencia latinoamericana de los años 80 es objeto de atención en otras latitudes cuando sociedades que intentan dejar atrás sangrientos enfrentamientos buscan su propio camino para enfrentar el legado autoritario y superado definitivamente.

La atención del mundo se concentra en el trabajo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, ejercicio que reconoce la validez de los antecedentes latinoamericanos y europeo-orientales y trata de implementar una fórmula que combina la búsqueda de la verdad, las demandas de la justicia y el objetivo insoslayable de la reconciliación.

Pero además las Naciones Unidas han tomado prestado de nuestras experiencias y proponen varias medidas destinadas a la consagración de principios universales. Los relatores especiales sobre reparaciones y sobre impunidad han elaborado informes de reconocida autoridad científica. Además, como lo señala el artículo de Wilder Tayler que incluimos en este número, se hallan en pleno debate proyectos de declaración sobre el tema. En sus operaciones en el terreno Naciones Unidas ha tenido ocasión de impulsar iniciativas sobre la verdad y la justicia en El Salvador, Guatemala, Haití, Cambodia y otros lugares.

El esfuerzo más importante que en este sentido impulsa la comunidad internacional es, sin duda, la creación de tribunales especiales sobre crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad para la ex-Yugoslavia y Ruanda. El éxito final de estos esfuerzos es incierto aún; sin embargo, se puede afirmar sin exageración que el futuro de la protección eficaz de los

derechos humanos depende en gran medida de que ayudemos a esos tribunales a cumplir su cometido. En el IIDH tenemos la fortuna de contar en el Consejo Directivo con la Dra. Elizabeth Odio, jurista costarricense que integra el tribunal para la ex-Yugoslavia y que contribuye su visión de esa experiencia a este volumen.

La Dra. Odio, nuestro Presidente Pedro Nikken, y yo participamos en setiembre de 1997 en una importante conferencia sobre este tema en Siracusa, Italia, de la que el IIDH fue co-auspiciante. Un resultado importante de esa reunión fue el compromiso de los organizadores de elaborar criterios y líneas de acción derivados de las experiencias recientes y susceptibles de adopción por la comunidad internacional. El IIDH espera poder colaborar con ese esfuerzo.

Lo cierto es que la lucha contra la impunidad requiere nuevas formas aún en nuestra región. Guatemala se apresta a iniciar el trabajo de la Comisión de Esclarecimiento creada por los acuerdos de paz y en los próximos meses se dilucidará en los tribunales el verdadero alcance de la ley de amnistía de diciembre de 1996. De eso se ocupa el artículo de Margaret Popkin. Y la búsqueda de la verdad sobre el destino y paradero de los desaparecidos da origen a novedades judiciales de importancia en Argentina y Uruguay, descriptas y analizadas en los artículos de Martín Abregú y Felipe Michelini.

Aspiramos a que este número de la Revista haga un valioso aporte al examen actualizado de los principios jurídicos que rigen la lucha contra la impunidad.

*Juan E. Méndez*  
*Director Ejecutivo del IIDH*

# DOCTRINA



# EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA -JUSTICIA PARA LA PAZ-

*Elizabeth Odio Benito*

*Jueza del Tribunal Penal Internacional de  
las Naciones Unidas para la ex-Yugoslavia*

## PRESENTACIÓN

Al invocar el Capítulo VII de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas como fundamento de su decisión de crear un Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas abrió amplias perspectivas para la consolidación de instancias judiciales como mecanismos a los que la comunidad internacional puede recurrir para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

La Resolución 808 (1993) de 22 de febrero de 1993 que decidió “la creación de un tribunal internacional para juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia después de 1991”, representó también la primera oportunidad histórica para juzgar a presuntos responsables de crímenes de guerra en un Tribunal verdaderamente internacional –no únicamente multinacional como Nuremberg–, y estableció un precedente inédito hasta entonces en el accionar del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La creación de este Tribunal –que sería seguida poco después por la decisión de establecer otro Tribunal *ad hoc*, encargado éste de juzgar el genocidio cometido en Ruanda en 1994– ha representado también una oportunidad única para llegar a la paz por la vía de la justicia. De igual modo, un reconocimiento a las víctimas inocentes de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos fundamentales de su derecho a ser oídas; y un instrumento para castigar a los culpables dentro de los estrictos principios jurídicos de garantías judiciales que distinguen a la justicia de la venganza.

Su accionar no ha estado exento de problemas de las más variada índole, económicos unos y políticos los más importantes. Pero quienes lo integramos, dedicamos cada día lo mejor de nuestras capacidades a alcanzar las metas para las que fue creado, porque todos creemos que sin justicia no habrá paz verdadera.

El Derecho Internacional Humanitario no puede seguir siendo sólo un conjunto de recomendaciones que los Estados y los individuos quebrantan gravemente sin ninguna sanción. Los Tribunales nacionales, aunque competentes legalmente, han demostrado ser inoperantes en este ámbito. Es por ello que administrar justicia en tales situaciones debe ser competencia concurrente de Tribunales internacionales que tengan primacía sobre aquéllos. La impunidad de los criminales en los conflictos armados, nacionales o internacionales, debe cesar. Solo así el concepto de “naciones civilizadas” tendrá verdadero sentido.

A examinar los antecedentes, fundamento, competencia, organización, procedimientos y experiencias acumuladas hasta ahora por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia está dedicado este artículo. Su intención se encamina también a abrir un diálogo latinoamericano para pensar en soluciones similares para enfrentar las graves violaciones que del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hemos padecido y padecemos en nuestra región, dentro de la mayor impunidad para sus autores. Contribuir a ese diálogo es mi mayor esperanza al escribirlo.

## I. ANTECEDENTES

### A. Históricos:

1. La idea de juzgar a los responsables de violaciones contra las leyes y costumbres de la guerra no es nueva en ningún sentido y así se refleja en los códigos militares de muy diversos países.

Durante siglos, los comandantes militares, desde Enrique V de Inglaterra, con sus famosas ordenanzas de guerra en 1419, hasta los juicios contra los soldados norteamericanos envueltos en la masacre de My Lai y juzgados de acuerdo con el Código de la Justicia Militar de los Estados Unidos, han aplicado tales leyes contra los responsables de crímenes de guerra.

En otros casos, los Estados han llevado a juicio a prisioneros de guerra por violaciones cometidas contra las leyes y costumbres de la guerra.

Pero en ninguna de las dos situaciones (las cortes militares juzgando a sus propios soldados o los Estados enjuiciando a prisioneros vencidos en

una guerra), el sistema judicial ha funcionado eficientemente. Excepto en el caso de una derrota total —el ejemplo de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial—, juicios por crímenes de guerra contra soldados enemigos y sus comandantes o responsables políticos, han sido raros o difíciles. Los juicios en tribunales nacionales contra sus propios soldados o responsables militares o políticos, han sido mas raros aún, dadas las consideraciones nacionalistas, patrióticas o propagandísticas, propias de esas situaciones.

El Tratado de Versalles que siguió a la Primera Guerra Mundial ilustra muy bien lo que decimos. Los países vencedores en esa guerra, obligaron a la vencida pero no totalmente ocupada Alemania a entregar a los aliados cerca de 900 personas acusadas de haber cometido violaciones a las leyes de la guerra. Pero aun un país entonces débil y vencido como Alemania, pudo resistir la presión de cumplir con lo que ordenaba el Tratado de Versalles (artículos 227, 228 y 229) y Holanda se negó a entregar al Káiser Guillermo II, refugiado en su territorio. Los aliados finalmente aceptaron que cortes nacionales alemanas juzgaran a un número significativamente reducido de presuntos responsables de crímenes de guerra y las sentencias fueron pocas y clementes. A pesar de sus enunciados (el Káiser y sus comandantes debían ser juzgados “por actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra” y “por ofensas supremas contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”), el modelo de Versalles probó ser claramente decepcionante frente a la necesidad de justicia.

La necesidad de una jurisdicción penal internacional para juzgar a los Estados y a los individuos responsables de crímenes de carácter internacional (el terrorismo, por ejemplo), motivó las gestiones hechas en 1937 por la entonces existente Sociedad de Naciones de preparar una Convención en tal sentido. Las circunstancias políticas ya imperantes obligaron a abandonar de nuevo la idea, la cual reaparecerá recién al finalizar la Segunda Guerra Mundial, impulsada por el horror colectivo del Holocausto y las demás atrocidades cometidas durante ese conflicto mundial.

2. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, las cuatro principales potencias victoriosas y ocupantes, establecieron un Tribunal Internacional Militar para juzgar en Nuremberg a los 20 máximos responsables de la guerra y varios miles de criminales de guerra nazis fueron juzgados por cortes y tribunales nacionales, de conformidad con el Acuerdo No. 10 de Consejo de Control Aliado y bajo leyes nacionales.

El Tribunal de Nuremberg tuvo como base jurídica la denominada “Carta del Tribunal Militar Internacional” que estableció las competencias del Tribunal con respecto a crímenes contra la paz (*jus ad Bellum*) y crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (*jus in Bello*).

En Tokyo funcionó otro Tribunal multinacional, establecido éste mediante proclama del comandante en jefe norteamericano de las Fuerzas Armadas en el Lejano Oriente, Gral. MacArthur, con el apoyo de los países victoriosos y de China. Este Tribunal aplicó los principios jurídicos de Nuremberg.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, organización fundada en 1945, adoptó en los años sucesivos instrumentos jurídicos fundamentales para el desarrollo moderno de los Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario. Se aprobaron también las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Facultativos de 1977 y la Convención sobre la no aplicabilidad de medidas de prescripción a los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (Res. 2391 (XXII) de 26 de noviembre de 1968). A partir de esta Convención se admite internacionalmente el carácter de imprescriptibles de los crímenes de guerra.

En el artículo 6 de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio de 9 de diciembre de 1948 se prevé la posibilidad de juzgar a las personas acusadas de tal crimen ante "la Corte penal internacional que sea competente para las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción". Pero tal Corte no fue creada, ni tampoco la que menciona la Convención sobre la eliminación y la represión del crimen del *apartheid* de 30 de noviembre de 1973, cuyo artículo V también menciona un tribunal penal internacional.

Adicionalmente, la idea de establecer una jurisdicción penal internacional y crear un órgano judicial encargado de aplicar la normativa internacional existente, se discute periódicamente en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y en la Asamblea General desde hace largos años. Finalmente, el proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional Permanente se terminó de redactar en la Comisión en 1994 y en su última sesión –1996–, la Comisión adoptó el proyecto de un Código Penal Internacional que será discutido ahora –y esperamos que no por demasiados años–, en las Naciones Unidas por los gobiernos que integran la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. Pero el proyecto tan laboriosamente trabajado, discutido y preparado por la Comisión de Derecho Internacional, se refiere a la creación tan necesaria de una jurisdicción permanente y una competencia universal que sería establecida por la vía convencional para juzgar los crímenes contra la paz y la seguridad internacionales cometidos por los individuos, sin olvidar, la responsabilidad de los Estados conforme a las normas del Derecho Internacional (artículo 4 del proyecto de Código). El Tribunal Penal Internacional que aquí nos ocupa, ha sido creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con la única competencia de juzgar los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad cometidos en la ex-Yugoslavia desde 1991.

A pesar del fantástico desarrollo de los derechos humanos que sigue a la creación de las Naciones Unidas en 1945, ningún intento, –con las excepciones de Nuremberg y Tokyo arriba mencionadas–, se ha hecho para juzgar a los responsables de muy graves violaciones a los derechos humanos y de crímenes contra la humanidad como Pot Pol, Idi Amin, Saddam Hussein o Pinochet, entre muchos otros, con la débil excusa por parte de algunos de que las atrocidades por ellos cometidas no ocurrieron en el contexto de una guerra internacional. Los disturbios internos y aun las guerras civiles siempre han quedado fuera de los parámetros de crímenes de guerra o de violaciones graves a los Convenios de Ginebra. Esta es una laguna de Derecho Internacional Humanitario que debe remediarse a la brevedad posible, pues es la que permite afirmar, –afirmación que comparto–, que es más fácil que alguien vaya a la cárcel por un robo simple que por cometer un genocidio.

La Guerra del Golfo Pérsico, que sí fue una guerra internacional, era una excelente oportunidad para la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, y a pesar de que el Consejo de Seguridad invocó la amenaza de perseguir a los iraquíes que hubieren violentado tales normas, la resolución de cese de fuego no contiene una sola palabra acerca de la responsabilidad individual por tales actos. En cambio, la resolución de las N.U. (Res. 687 (1991) del Consejo de Seguridad) promulga todo un sistema de reparaciones de guerra y establece numerosas obligaciones para Iraq en áreas que van del desarme a la demarcación de fronteras.

Esto no es sorprendente dado que la coalición de gobiernos vencedores en esa guerra tenía unos objetivos limitados y entre ellos no estaba arrestar y juzgar a Saddam Hussein como criminal de guerra. Así se perdió una histórica oportunidad para sentar precedentes que hubieran facilitado la tarea de la comunidad internacional cuando explotó el conflicto armado en la “República Federal de Yugoslavia”.

## **B. La creación del Tribunal**

1. Resulta imposible, prácticamente en cualquier contexto, sintetizar los elementos o los acontecimientos más significativos del conflicto yugoslavo. Dentro de los objetivos de un trabajo como éste, por obvias razones, no me propongo hacerlo. Sin embargo, conviene repasar algunos hechos como los siguientes:

- a) La República Federal de Yugoslavia surgió al final de la Segunda Guerra Mundial como resultado de la victoria militar del Mariscal Tito y su Movimiento de Liberación Nacional, apoyado por Moscú contra los fascistas. Este nuevo Estado, basado en principios federales y democrá-

ticos, estaba integrado por las repúblicas de Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Montenegro, Macedonia, y las provincias autónomas de Kosovo y Vojvodina. Luego de la muerte del Mariscal Tito salen a la superficie viejas discrepancias étnicas y religiosas entre las distintas repúblicas, discrepancias que se agudizan por problemas económicos después de la caída del muro de Berlín en 1989. El mensaje ultranacionalista de algunos líderes serbios y el temor a la venganza por antiguos agravios, provoca como reacción que el 25 de junio de 1991, Croacia y Eslovenia proclaman su independencia de la República Federal de Yugoslavia, con lo que se inicia el proceso de disolución de ésta. Ese mismo día empiezan los combates entre el ejército federal (J.N.A.), uno de los ejércitos más poderosos y mejor armados de Europa y combatientes croatas y eslovenos.

- b) La independencia de Croacia y Eslovenia, reconocida muy rápidamente por algunos estados europeos, se confirma el 8 de octubre sin que se hayan realizado las negociaciones acordadas por la Conferencia Europea del 7 de julio.
- c) A partir del verano de 1991, los combates se generalizan por todo el territorio de Bosnia-Herzegovina, entre fuerzas regulares de ejército federal, y milicias croatas y bosnias. Los intereses étnico-expansionistas de los serbios se ponen de manifiesto en estas luchas armadas de los federales contra croatas y bosnios de Bosnia-Herzegovina.
- d) El 25 de setiembre de 1991, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que había dejado hasta ese momento toda iniciativa a los gobiernos europeos, adopta una primer resolución –Res.713 (1991)– decidiendo “un embargo general y completo de todo envío de armas y equipo militar a Yugoslavia”. Esta resolución tiene una particular importancia pues por primera vez el Consejo de Seguridad calificó la persistencia de los enfrentamientos armados en Bosnia-Herzegovina como “una situación que constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales”.
- e) Los combates continúan y el 15 de diciembre siguiente el Consejo de Seguridad decide “enviar un pequeño grupo de personal militar” primera avanzada de las “fuerzas de protección de las Naciones Unidas” (UNPROFOR).
- f) El primero de marzo de 1992 los ciudadanos de Bosnia-Herzegovina se pronuncian por referéndum en favor de su independencia de la República Federal y el 6 de abril, el “Parlamento del pueblo serbio” –esto es, bosnios de la etnia serbia–, proclama “la independencia de la República

serbia de Bosnia-Herzegovina", con lo que pretenden dividir la república de Bosnia-Herzegovina y separarse de ella, para luego unirse con todos los otros serbios de la antigua Yugoslavia y dar vida a la "Gran Patria Serbia", un viejo ideal común de este grupo étnico-religioso.

- g) El 27 de abril siguiente el Parlamento de Belgrado adopta la nueva constitución de la "República Federal de Yugoslavia" (Serbia y Montenegro).
- h) El 30 de mayo de 1992 el Consejo de Seguridad adopta la resolución 757 que condena expresamente a "las autoridades de Serbia y Montenegro" y decide sanciones rigurosas en su contra.

2. En el verano de 1992, por revelaciones de la prensa norteamericana, confirmadas por la prensa europea, por el Comité Internacional de la Cruz Roja y por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la opinión pública mundial empieza a comprender la dimensión de las atrocidades que están ocurriendo en la antigua Yugoslavia y muy especialmente, en Bosnia-Herzegovina. La Comisión de Derechos Humanos se declara "aterrada" por informaciones que describen "violaciones generalizadas, masivas y graves de los derechos humanos" y expresa la repulsión que le inspira el concepto y la práctica de la "purificación étnica", con actos que incluyen ejecuciones sumarias y arbitrarias, violaciones, desaparición forzada de personas, torturas, tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, detenciones arbitrarias, violación sistemática, embarazos y prostitución forzada de miles de mujeres, utilizadas como medio de depuración étnica y de terror. (Res. 1992/S-1/1 adoptada por la Comisión en su primera sesión extraordinaria el 14 de agosto de 1992).

En este contexto, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adopta una serie de resoluciones, entre la cuales cabe mencionar por su importancia las siguientes:

- a. Res. 764 (1992) de 13 de julio: reafirma que todas las partes en el conflicto tienen el deber de cumplir las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional Humanitario, en particular, los Convenios de Ginebra de 1949. Establece, igualmente, que aquellas personas que cometan u ordenen la comisión de actos que impliquen violaciones graves de dichos Convenios serán personalmente responsables; esto es, se exige la responsabilidad individual, aparte de cualquier responsabilidad de los Estados.
- b. Res. 771 (1992) de 13 de agosto: se exige a todas las partes que pongan término en forma inmediata a las violaciones del Derecho Internacional

Humanitario que se estaban perpetrando en Bosnia-Herzegovina; condena en forma enérgica las violaciones y pide a los Estados y a las organizaciones internacionales humanitarias que reúnan información al respecto. En conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo decidió que todas las partes y todas las fuerzas militares acataran lo dispuesto en la resolución, pues de lo contrario, adoptaría nuevas medidas;

- c. Res. 780 (1992) de 6 de octubre: se establece una Comisión de Expertos encargada de examinar las graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Compuesta por cinco expertos y presidida sucesivamente por los profesores F. Kalshoven, T. Opsahl y Cherif Bassiouni, la Comisión, a pesar de la insuficiencia de medios y falta de apoyo, estableció, a partir de investigaciones en el sitio, de informes de los Estados, de órganos de Naciones Unidas, de las ONG y de personas privadas, una base de datos impresionante y presentó un informe final (con 3.000 páginas de anexos) dando cuenta de asesinatos masivos, limpieza étnica, violaciones, torturas, destrucción de bienes civiles y culturales, arrestos, ejecuciones sumarias y otra serie de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las mismas violaciones fueron constataadas por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, señor Tadeusz Mazowiecki, en sus varios informes a la Comisión.

### 3. La Resolución 808 (1993) de 22 de febrero de 1993 del Consejo de Seguridad:

A estas alturas de la evolución del conflicto (febrero de 1993), resulta evidente que las repetidas negociaciones de paz han fracasado, que la asistencia humanitaria es absolutamente insuficiente para aliviar la situación de las víctimas, que las fuerzas de mantenimiento de paz (UNPROFOR) poco o nada pueden remediar frente a lo que ocurre y que los autores de semejantes crímenes, remedos de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, deben ser sancionados por un tribunal internacional pues se desconfía con razón de que tribunales nacionales puedan llevar a cabo semejante tarea en medio de la guerra.

El Consejo de Seguridad decide entonces, por iniciativa de Francia que apoyan rápidamente los restantes miembros del Consejo, aprobar la creación de un tribunal internacional *ad hoc*.

Tras recordar las violaciones generalizadas del Derecho Internacional Humanitario, y que tal situación constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y resuelto a poner fin a dicha amenaza, el Consejo



decide que “se establezca un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991”.

Los términos de la decisión son precisos: no se está creando un jurisdicción penal internacional en general ni un tribunal penal internacional de carácter permanente. La jurisdicción del Tribunal así creado tendrá, entonces, unas limitaciones objetivas y temporales. Se pide al Secretario General que someta al Consejo en un plazo no mayor de 60 días, un informe para ejecutar rápidamente la decisión.

#### 4. La Resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993:

La etapa anterior había sido decisiva. Vencidas las reticencias iniciales de China y de Rusia, —que querían evitar toda mención al Capítulo VII de la Carta—, quedaba la tarea de redactar y aprobar el Estatuto del Tribunal. En el plazo fijado por la resolución 808 y recogidas las opiniones y observaciones de 30 Estados, además de las contribuciones iniciales de Francia e Italia, los comentarios de un gran número de ONG, del Comité Internacional de la Cruz Roja, de expertos y de reuniones internacionales (europeas básicamente), examinados los proyectos de Estatuto completo presentados por los gobiernos de Estados Unidos y de Rusia, el Secretario General presentó su informe, el cual fue adoptado por unanimidad. El informe (S/25704), las Resoluciones 713 (1993) y 808 (1993) y la expresa mención al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, son la base jurídica de esta resolución 827 que decide la creación del Tribunal Internacional *ad hoc* y aprueba su Estatuto.

Nace así el primer Tribunal Penal realmente “Internacional” (Nuremberg y Tokyo fueron tribunales multinacionales, establecidos por decreto de vencedores de una guerra) que la comunidad internacional jurídicamente organizada en el marco de las Naciones Unidas, aprueba para juzgar a los responsables de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario, cometidas en un conflicto armado. Nace, y esto es muy importante para entender luego muchas de sus limitaciones, cuando la guerra se desarrollaba con toda violencia y ferocidad entre los serbios, hasta entonces victoriosos, y los croatas y bosnios musulmanes.

## II. FUNDAMENTO JURÍDICO

No obstante lo reciente de su creación, mucho se discutió y se discute aún sobre los procedimientos que se utilizaron para establecer el Tribunal Internacional. De entre las distintas opciones jurídicas que se analizaron para crearlo, éstas serían las más relevantes:

- A. Aprobar su creación por medio de un Tratado Internacional: ésta sería la más ortodoxa de las posiciones dentro de los principios del Derecho Internacional Público; también es la menos eficaz. Basta con pensar que para que un Tratado entre en vigor, se requiere de un número determinado de ratificaciones de parte de los Estados, proceso que normalmente tarda años en ocurrir. En una situación como la que existía al inicio de 1993 en la antigua Yugoslavia, era impensable como solución eficaz a los graves crímenes de guerra que se cometían a diario, puesto que el conflicto armado continuaba.
- B. Aprobar la creación del Tribunal por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a propuesta del Consejo de Seguridad: este procedimiento era mucho más expedito y eficaz que el anterior y tendría un fundamento más internacional, dada la composición de la Asamblea General como órgano máximo político-deliberativo de las Naciones Unidas. Con todo, la Asamblea General carece de competencias dentro de la Carta para adoptar resoluciones obligatorias para todos los Estados miembros. Únicamente emite recomendaciones. Si el Tribunal se hubiera creado por esta vía conforme al artículo 22 de la Carta, con carácter de organismo subsidiario de la Asamblea General, habría carecido de carácter coercitivo.
- C. Consideraciones políticas de variada índole, de oportunidad y de celeridad, abrieron la vía para crear el Tribunal *ad hoc* por resolución del Consejo de Seguridad en virtud de las competencias que le otorga el capítulo VII de la Carta: este procedimiento, estimado por algunos juristas y gobiernos como muy audaz –dado que era la primera vez que se utilizaba–, se fundamenta en las disposiciones del artículo 41 que autoriza expresamente al Consejo de Seguridad a “decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones...”

Adicionalmente, según los términos del artículo 29 de la Carta, “el Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones” y la naturaleza jurisdiccional de un órgano subsidiario no es un obstáculo para su creación, sobre todo que el artículo 22 antes citado que otorga idéntica facultad a la Asamblea General, no señala como competencia de la Asamblea la creación de órganos jurisdiccionales.

No resulta ocioso, por lo demás, recordar que las condiciones previstas por la Carta en el Capítulo VII para que se diera la aplicación de artículo 41, se habían cumplido. A saber, la situación de la guerra en la antigua Yugoslavia había sido objeto de una larga serie de resoluciones del Consejo de

Seguridad y de la Asamblea Genral, en las que se pedía a todas las partes respetar el Derecho Internacional Humanitario, se constataba que la situación descrita en los informes constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, se afirmaba la responsabilidad individual de los autores de las violaciones de derechos humanos, y se señalaba la necesidad de crear los mecanismos que exigieran tal responsabilidad (Cf., entre otras, las Res. 771 (1992) y 780 (1992).)

La creación del Tribunal no fue, entonces, más que la conclusión lógica y jurídica de este laborioso proceso, y en mi opinión, una decisión apoyada en un fundamento jurídico claro.

### III. OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS

Escoger el Capítulo VII de la Carta como fundamento de la creación del Tribunal determina simultáneamente sus límites y objetivos. El Tribunal será jurídicamente válido únicamente en la medida en que su actividad judicial se encamine al restablecimiento y mantenimiento de la paz. Para ello, las Resoluciones 808 (1993) y 827 (1993), tantas veces aquí citadas, determinan que restablecer y mantener la paz, disuadir de la comisión de nuevos crímenes y hacer justicia, son los objetivos del Tribunal.

En los términos de dichas Resoluciones, los objetivos del Tribunal se expresan así: "...Decide (el Consejo de Seguridad) establecer un Tribunal con el único propósito de enjuiciar las personas responsables por violaciones serias del derecho internacional humanitario, cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia....", convencido el Consejo de que tal "objetivo permitiría restablecer y mantener la paz...."

Los crímenes cuya investigación y sanción se encomiendan al Tribunal son los cometidos después del primero de enero de 1991.

Con base en estas mismas resoluciones y el Estatuto del Tribunal aprobado con el informe presentado por el Secretario General en cumplimiento de lo que le ordenó la Res. 808, el Tribunal es: 1) un órgano judicial internacional; 2) colegiado; 3) *ad hoc*; 4) especializado; 5) para juzgar personas físicas (no Estados ni grupos).

1. *Órgano judicial internacional*: como apuntamos antes, el Tribunal fue creado conforme a procedimientos de Derecho Internacional Público por órganos competentes de la comunidad internacional, organizada en Naciones Unidas. Es el primer tribunal penal de estas características, pues Nuremberg fue creado por un Tratado entre las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial y Tokyo, por una decisión del General MacArthur;

además, como hemos dicho, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se funda en medio de la guerra, precisamente para hacer la paz;

2. *Colegiado*: el artículo 12 del Estatuto declara que el Tribunal estará integrado por 11 magistrados independientes, provenientes de todas las regiones del mundo;

3. *Ad-hoc*: el Tribunal es temporal, no es un órgano jurisdiccional permanente;

4. *Especializado*: su competencia se limita a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario como lo establece expresamente el Estatuto en su artículo primero;

5. *Para juzgar personas físicas*: juzgar la responsabilidad penal individual conforme lo establece el artículo 7 del Estatuto es una de sus características más novedosas. Será individualmente responsable de un crimen quien lo ejecute, pero también quien lo haya planeado, instigado u ordenado, y también, el superior que sabía o tenía razones para saber y no adoptó las medidas necesarias para evitarlo o para castigar a los autores. No exime de responsabilidad una orden impartida por un gobierno o por un superior. Identificar a los responsables de los crímenes de guerra y juzgarlos individualmente es la única forma de evitar las culpas colectivas que tanto daño hacen a las relaciones entre las naciones.

Este artículo 7 se aparta claramente del precedente de Nuremberg que también juzgó la responsabilidad de "grupos criminales". En los términos del artículo 9 del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, el Tribunal de Nuremberg podía declarar que un grupo o una organización a la cual pertenecía un acusado era una "organización criminal". De aquí resultaba que cualquier persona podía ser traída delante de los tribunales nacionales de los Estados signatarios en razón de su sola afiliación a esta organización. Así lo recogió también el artículo 10 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

En su informe, (S/25704, párrafo 51) el Secretario General actuando conforme al espíritu de las resoluciones del Consejo de Seguridad y con buen criterio, desestimó el que una persona jurídica pudiese ser considerada "criminal" y por esa sola razón, someter a sus miembros a la jurisdicción del Tribunal Internacional. Lo dijo así: "Los actos criminales previstos en el estatuto son llevados a cabo por personas naturales y independientemente de que pertenezcan o no a grupos".

#### IV. COMPETENCIA Y DERECHO APLICABLE

La cuestión de la competencia del Tribunal fue objeto de los artículos 1 a 9 de su Estatuto y ocupa un lugar considerable en los comentarios del Secretario General en su informe citado y en las observaciones hechas por los Estados al discutirse el tema en el Consejo de Seguridad. Se trata, sin duda, de uno de los problemas más delicados que había que enfrentar.

Creado *ad hoc*, para fines bien determinados, el Tribunal no podía estar dotado más que de las competencias estrictamente necesarias para atender los objetivos que se le asignaron: juzgar a los responsables de los crímenes de guerra para detener las violaciones generalizadas del Derecho Internacional Humanitario, a fin de restablecer y mantener la paz.

Con estas bases, las competencias del Tribunal son las siguientes:

- A. *Competencia ratione loci*: El Tribunal es competente para conocer de los crímenes cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia, con inclusión de su superficie terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales (Artículos 1 y 8 del Estatuto).
- B. *Competencia ratione temporis*: Este fue un problema más complicado. Admitir la competencia del Tribunal sobre crímenes de guerra imprescriptibles que hubiesen sido cometidos en cualquier tiempo en la antigua Yugoslavia, era incompatible con el fundamento jurídico de su creación (el Capítulo VII de la Carta). Esto condujo a escoger una fecha a partir de la cual el Consejo había constatado que las violaciones al Derecho internacional Humanitario había constituido una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Fue, sin embargo, un razonamiento simplista y algo arbitrario (las violaciones al Derecho Internacional Humanitario serían, en todo caso, anteriores a la fecha de su constatación). Dentro de criterios encontrados, el Secretario General se fundamentó en los términos de la Res. 808 (1993) e interpretó que el primero de enero de 1991 era la mejor fecha. Quedó así establecido en el artículo 8 del Estatuto.
- C. *Competencia ratione materiae*: La competencia ordinaria del Tribunal determina que conocerá únicamente de "violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario" (Artículo 1º del Estatuto).

Mayoritariamente la doctrina acepta que el "Derecho de Ginebra" (los cuatro convenios de 12 de agosto de 1949 y los dos Protocolos opcionales de 8 de junio de 1977) tendientes a proteger a las víctimas de los conflictos armados, internacionales y no internacionales (militares fuera de combate

y civiles), y el "Derecho de La Haya" que rige los derechos y deberes de los beligerantes en las operaciones de guerra, son el cuerpo convencional y consuetudinario del "Derecho Internacional Humanitario".

En el Estatuto del Tribunal, estos postulados básicos del Derecho Internacional Humanitario, se recogen en su competencia *ratione materiae*, de la siguiente manera:

1. *Artículo 2*: En aras de la necesidad imperiosa de respetar el principio de "nullum crimen sine lege", consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2 del Estatuto hace mención expresa de las Convenciones de Ginebra de 1949 (no de los Protocolos opcionales) y luego enumera crímenes tipificados en distintos artículos de las cuatro convenciones, lo cual puede producir confusión a la hora de juzgar los casos concretos de violaciones graves a los Convenios de Ginebra. Sobre todo que estas "violaciones graves" ("grave breaches") contenidas en estos Convenios no han sido aplicadas hasta ahora en ningún tribunal internacional.

En todo caso, para efectos de nuestro análisis, aceptemos que el artículo 2 del Estatuto se refiere a las infracciones graves ("grave breaches") contenidas en los artículos 50, 51, 130 y 147 comunes de los cuatro Convenios de Ginebra.

2. *El artículo 3* del Estatuto es más claro y se refiere a violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, contenidos en la Cuarta Convención de la Haya de 1907 y su Reglamento conexo.

En el informe del Secretario General se hace clara mención a la definición de crímenes de guerra que fijó el Estatuto del Tribunal de Nuremberg en su artículo 6. Por tales se entienden las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra por soldados o civiles. El artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia enumera los crímenes de guerra que el Tribunal de Nuremberg definió.

3. *Artículo 4*: El delito de genocidio definido en el artículo primero de la Convención para la represión y sanción del delito de genocidio de 1948 constituye el artículo 4 del Estatuto del Tribunal. Recordemos que el crimen de genocidio no está basado en que exista guerra de ningún tipo. Es un crimen, bien se cometa en tiempos de paz o en tiempos de guerra y es contrario al Derecho Internacional aunque sea cometido en el territorio de un solo Estado y contra sus nacionales (como en el caso de Ruanda).

4. *Artículo 5:* Este artículo enumera los crímenes de lesa humanidad, o crímenes contra la humanidad, como también se les llama.

Como lo señala el Secretario General en su informe (párrafo 47), "Los crímenes de lesa humanidad fueron reconocidos inicialmente en el Estatuto y Fallo del Tribunal de Nuremberg, así como en la Ley No. 10 del Consejo de Control para Alemania. Los crímenes de lesa humanidad afectan a la población civil y están proscritos aun cuando se hayan cometido durante un conflicto armado, ya sea internacional o interno".

Se debe a la jurisprudencia de Nuremberg el concepto de que crímenes de guerra cometidos de manera sistemática u organizada, por razones políticas, raciales o religiosas, son crímenes de lesa humanidad. Posiciones doctrinales a las que yo me adhiero afirman la autonomía de la noción de crimen contra la humanidad respecto de la existencia de un conflicto armado, de cualquier tipo de que sea. En este sentido, el artículo 5 del Estatuto del Tribunal que comentamos, recoge una posición más restrictiva al referir los crímenes contra la humanidad a la existencia de un conflicto armado, interno o internacional.

D. *Jurisdicción concurrente:* Empleamos el término "jurisdicción" en vez de "competencia" para referirnos al contenido del artículo 9 del Estatuto del Tribunal, toda vez que resulta más propio.

Este artículo, objeto también de discusiones y análisis en el proceso de redactar el Estatuto, señala que el Tribunal Internacional y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes de guerra, pero establece la primacía del Tribunal Internacional con respecto a los tribunales nacionales.

Dicho de otra manera, el Tribunal Internacional no tiene una jurisdicción penal exclusiva para juzgar los delitos cometidos en la ex-Yugoslavia, pero está capacitado legalmente para intervenir en cualquiera de las fases de las actuaciones de los tribunales nacionales y pedir a éstos que le remitan el conocimiento del asunto de que se trate, siempre que trate de alguno de los asuntos sobre los que el Tribunal Internacional tiene competencia. (Art. 9.2).

En este apartado conviene recordar que el genocidio y los crímenes contra la humanidad son crímenes con jurisdicción universal, con o sin conflicto armado. Las infracciones graves ("grave breaches") a los Convenios de Ginebra y los crímenes de guerra, gozan también de competencia penal universal y los Estados están obligados a juzgar o dar a juzgar a los responsables de tales crímenes, pero han de ser cometidos en tiempo de

guerra (conflicto armado) y en todo caso, la aplicación de estas normas depende de la voluntad política de los Estados. De allí la importancia enorme de un tribunal internacional con competencia para conocer concurrentemente de las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario.

E. *Cosa Juzgada*: El principio de "non bis in idem" consagrado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, garantía procesal básica de no ser juzgado dos veces por el mismo delito, está contenido en el artículo 10 del Estatuto. Esto significa que una persona que ha sido juzgada en Tribunal Internacional, no podrá serlo por los mismos delitos en un tribunal nacional. Pero en la situación inversa, esto es, si una persona ha sido juzgada por un tribunal nacional, puede ser juzgada en el Tribunal Internacional en dos hipótesis: a) si el acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o b) si el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente y tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional.

## V. ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTOS

A. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia es una institución compleja que, en los términos del artículo 11 de su Estatuto, "estará constituido por los siguientes órganos: a) Las Salas, que consistirán en dos Salas de Primera Instancia y una Sala de Apelaciones; b) El Fiscal, y c) Una Secretaría, que prestará servicios a las Salas y al Fiscal".

Como quedó señalado, el artículo 12 del Estatuto dispuso que las Salas estarán integradas por 11 magistrados, tres en cada una de las Salas de Primera Instancia y cinco magistrados en la Sala de Apelaciones.

Al redactarse el Estatuto se previó la creación de una Unidad de Víctimas y Testigos, dadas las características que ya se conocían de los crímenes cometidos en la guerra en la antigua Yugoslavia y de los cuales las víctimas eran en un 90% civiles inocentes. Se organizó la Unidad bajo la dirección y supervisión de la Secretaría y se le encomendó prestar la asistencia necesaria a las víctimas y a los testigos, particularmente en los casos de agresiones y crímenes sexuales de las que han sido víctimas miles de mujeres y también muchos hombres, en esa guerra. Por múltiples razones no ha funcionado con los objetivos que le asigna el artículo 22 del Estatuto, en el cual por primera vez en un cuerpo de normas internacionales, se incluye el derecho de las víctimas y los testigos a ser protegidos. Este valioso antecedente no ha sido recogido en el proyecto de Código Penal Internacional, en el cual se mantiene la posición tradicional de garantizar exclusivamente los derechos de los acusados y hacer olvido total de los de las víctimas.



B. Se adoptó un proceso caracterizado por la existencia de dos partes procesales en posiciones opuestas (el imputado y el Fiscal) y un órgano jurisdiccional imparcial encargado de conocer el asunto y resolver la controversia.

1. Conforme a los anteriores principios y lo dispuesto por el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, el Fiscal es el órgano encargado de realizar las investigaciones, las cuales iniciará de oficio "o sobre la base de la información que haya obtenido de cualquier fuente, en particular de gobiernos, órganos de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales..." (art. 18 del Estatuto). Si encuentra que existen indicios suficientes, el Fiscal preparará el acta de acusación, la cual delimita el hecho punible y la persona responsable. La acusación se transmite al magistrado o magistrada previamente designado, de una Sala de Primera Instancia (mismo artículo 18), con lo cual concluye la fase de instrucción.
2. La fase intermedia siguiente constituye un control judicial de la acción del Fiscal pues el magistrado deberá determinar no sólo que existen indicios de criminalidad, sino también que éstos son imputables al o a los presuntos inculcados. Si el magistrado aprecia la existencia de estos indicios y su imputabilidad a una o unas determinadas personas, confirma el procesamiento y dicta orden de arresto contra el o los acusados. En caso contrario, desestima el procesamiento.

Una vez detenido o detenidos en la Unidad de Detención del Tribunal en La Haya, los procesados comparecen ante el Tribunal para iniciar el juicio.

3. El procesado está cubierto por la presunción de inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad. De igual modo, goza de todas las garantías procesales propias de los modernos procedimientos penales, incluido, por supuesto, un defensor o defensora de su elección (art. 21 del Estatuto).
4. El juicio es oral y público. La sentencia que dicta la Sala de Primera Instancia será escrita, motivada y leída en público. Puede ser adoptada por mayoría, por lo que podrá haber opiniones disidentes. Las penas serán únicamente privativas de libertad (no se puede imponer pena de muerte) y se puede, además, ordenar la devolución de bienes adquiridos por medios delictivos (art. 24 del Estatuto).
5. Conforme a un principio procesal garantista moderno (que en Nuremberg no existió), la sentencia de primera instancia tiene apela-

ción. Ambas partes –Fiscal y acusado–, pueden apelar, por errores de hecho o de derecho, conforme lo previsto en el artículo 25 del Estatuto. También existe el recurso de revisión por hechos nuevos.

6. La sentencia se ejecutará en el país que el Tribunal Internacional designe de entre una lista de Estados que hayan indicado al Consejo de Seguridad su intención de aceptar a los sentenciados. Al escribir estas notas únicamente diez países han comunicado su intención de aceptar sentenciados por el Tribunal (Dinamarca, Finlandia, Noruega, Holanda, Alemania, Bosnia-Herzegovina, Suecia, Croacia, Irán y Pakistán; algunos de ellos han expresado restricciones). El Tribunal podrá supervisar las condiciones de cumplimiento de la sentencia y será consultado obligatoriamente en caso de que el sentenciado sea candidato para algún beneficio penitenciario, incluido el indulto. (art. 27 y 28 del Estatuto).

## VI. JUICIOS EN AUSENCIA (O POR CONTUMACIA) Y LA REGLA 61 DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBAS

En la época en la que el Estatuto del Tribunal se estaba redactando, se discutió intensamente sobre la posibilidad de que se admitieran los juicios en ausencia, o por contumacia.

La gran mayoría de Estados adoptó la posición contraria y el Secretario General en su informe, expresó lo siguiente: "No debería darse comienzo al juicio hasta que el acusado se encontrase presente físicamente ante el Tribunal Internacional. Existe la noción generalizada de que en el Estatuto no se deben incluir disposiciones sobre un juicio *in absentia* puesto que ello no sería compatible con lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso". (párrafo 101).

Este derecho del acusado a encontrarse físicamente presente ante el Tribunal en el proceso, se incluyó en el artículo 21.4.(d) del Estatuto. Al redactarse las normas de procedimiento y prueba, se discutió ampliamente sobre el tema y al final se decidió que no se celebrarían juicios en ausencia, pero se abrió la posibilidad de un procedimiento especial llamado "Procedimiento en caso de que se incumpla una orden de arresto". Es el llamado familiarmente "procedimiento de la Regla 61", pues ése es el número de artículo respectivo del Reglamento de Procedimientos y Prueba.

De acuerdo con este procedimiento, si dentro de un plazo razonable, una orden de arresto no ha sido ejecutada, el magistrado o la magistrada que confirmó el acta de acusación invitará al Fiscal a que le informe las medidas que ha tomado respecto a notificar al acusado y a las autoridades del Estado

en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción y control la persona reside, de la existencia de la acusación y de la orden de arresto.

En audiencias públicas, la Sala recibirá toda la prueba que el Fiscal posee para sustentar el acta de acusación, incluidos los testimonios de víctimas y testigos llamados por el Fiscal. Los testigos pueden serlo de los hechos o testigos expertos. Su puede llamar también *amicus curiae*.

Satisfecha la Sala de que la evidencia permite afirmar la existencia de indicios de criminalidad y de que el o los acusados han cometido los hechos ilícitos que se les imputan, y que ha existido negligencia o renuencia de parte de los Estados en donde el o los acusados tienen su domicilio, reconfirmará el acta de acusación y dictará una orden de arresto internacional que se transmitirá a todos los Estados. Adicionalmente, la Sala puede pedir al Presidente del Tribunal que informe al Consejo de Seguridad de la falta de colaboración con el Tribunal del Estado en donde residen el o los acusados.

Al no haber juicios en ausencia, este procedimiento de la Regla 61 se ha convertido en la única opción procesal para hacer público el contenido de un acta de acusación y librar una orden de arresto internacional que convierta a los acusados que rehusan comparecer ante el Tribunal en los individuos "más buscados" del mundo. Además, ofrece la oportunidad para que el Consejo de Seguridad acuerde medidas o sanciones contra el o los Estados que se rehusan a cooperar con el Tribunal al no detener a los acusados. Adicionalmente, esta publicidad tiene, entre otros efectos, el de una sanción moral de carácter internacional.

## VII. LA EXPERIENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Establecer un Tribunal Penal Internacional, aun de naturaleza *ad hoc*, fue sin duda alguna una acción de profunda trascendencia para el futuro del Derecho Internacional Público y para una efectiva aplicación del Derecho Internacional Humanitario. También lo es para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y muy particularmente, para las víctimas de los crímenes cometidos en los conflictos armados de cualquier naturaleza. Con este precedente se creó luego otro Tribunal Internacional *ad hoc*, para juzgar a los responsables del genocidio ocurrido en Ruanda en abril de 1994. Y evidentemente, el precedente será esencial para la tan anhelada Corte Penal Internacional permanente.

También puede serlo para el establecimiento de Cortes Penales Regionales que sin entrar a competir con la jurisdicción de la Corte Penal Internacional permanente, más bien la complementen.<sup>1</sup>

---

1 En el ámbito latinoamericano, sin ir más lejos, los mecanismos de protección de los derechos humanos en situaciones de conflictos armados internos se verían notable-

Creer en la justicia como vía abierta hacia la paz, es creer que la violencia no se acabará nunca con más violencia. También es creer en que la impunidad de los crímenes internacionales contra la paz y contra la humanidad, debe cesar. Que la conciencia humana no puede seguir admitiendo que las peores atrocidades cometidas contra seres humanos con el pretexto de un conflicto, interno o internacional, sean crímenes sin autor. Es impedir que los responsables de masacres, violaciones, torturas, asesinatos, de cientos de miles de inocentes civiles, se paseen libre e impunemente por el mundo y que algunos, incluso, reciban tratamientos de jefes de Estado. Esto ha ocurrido y sigue ocurriendo, pero en la medida en que un Tribunal Penal Internacional compuesto por magistrados independientes pueda investigar, acusar y traer a juicio a los responsables, un paso esencial para la digna convivencia humana se habrá dado, en beneficio de todos. En particular, de las víctimas. Podrá entonces comenzar a hacerse realidad el concepto de "naciones civilizadas" para aplicarlo exclusivamente a aquellos Estados respetuosos de los derechos humanos básicos (la vida, la libertad y la igual dignidad de todos los seres humanos) y con quienes únicamente debe integrarse el concepto de "sociedad de naciones" para todos los efectos del Derecho Internacional.

Desde el principio de nuestra tarea en el Tribunal tuvimos conciencia de que sería muy difícil alcanzar los objetivos que nuestro mandato jurídico nos asignó. Como lo hemos señalado aquí repetidas veces, el Tribunal nació a la vida jurídica internacional en medio de la guerra, cuando algunos de los acusados más connotados no sólo eran entonces los generales victoriosos, sino los interlocutores políticos de las dificultosas conversaciones de paz. La falta de recursos materiales y de personal adecuados y la falta de colaboración de los Estados, se hicieron evidentes desde el principio. Más determinante el segundo que el primero, no obstante las obligaciones que para los Estados derivan de los artículos 48 y 49 de la Carta de la O.N.U.

La falta de colaboración de los Estados, retarda y obstaculiza la labor de la justicia. Sólo en la medida en que todos los Estados que emergieron de la disolución de la antigua República Federal de Yugoslavia abran a las investigaciones imparciales de la oficina del Fiscal todas sus fronteras, podrá realizarse un trabajo completo. Para asegurarlo, los anexos 1-A y 2 de los acuerdos de paz firmados el 14 de diciembre de 1995 en Dayton, Ohio, obligan a todas las partes envueltas en el conflicto armado a cooperar con

---

mente fortalecidos con la creación de una jurisdicción penal. Un Protocolo Opcional a la Convención Americana (Pacto de San José) de 1966 puede ser la vía para que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y el Segundo Protocolo Opcional, así como la Convención contra la Tortura, -para no citar más que algunos de los textos normativos más urgidos de un Tribunal internacional e independiente que los garantice-, encuentren una efectiva tutela jurisdiccional.

el Tribunal. Esa obligación jurídica y moral no se ha cumplido. No se permiten o se obstaculizan las investigaciones y la recolección de evidencias por parte de los Fiscales e igualmente grave, no se detiene a los acusados. La excusa para el incumplimiento es que tal arresto pondría en peligro la paz. La afirmación es falaz, porque no traer ante el Tribunal para ser enjuiciados a los acusados de abominables crímenes, produce que lo que se vive hoy en la antigua Yugoslavia es sólo una ausencia de guerra, porque paz verdadera no habrá mientras no haya justicia.

## CONCLUSIONES: SIN JUSTICIA NO HAY PAZ

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia surgió a la vida jurídica internacional en medio de la guerra, después de un largo proceso de resoluciones más o menos ineficaces del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para detenerla; luego de frustrantes esfuerzos por llevar oportuna ayuda humanitaria a las víctimas inocentes; y de inoperantes incursiones de sus fuerzas de mantenimiento de paz (UNPROFOR), enviadas a un territorio en guerra, sin un mandato claro y con más limitaciones que recursos. Nació en medio de las dudas y suspicacias de Gobiernos que no deseaban establecer precedentes que en el futuro pudieran serles aplicados. Fue una institución judicial creada en una conyuntura específica y para algunos, simple "poudre aux yeux", un subterfugio, como lo calificó algún periodista francés. Una manera de lavarse las manos o las conciencias de parte de los gobiernos, europeos básicamente, meros espectadores aterrados de una barbarie que en 1945 habían jurado que no se repetiría. Por lo menos no en Europa.

Pero el establecimiento de este Tribunal representó también la esperanza de obtener justicia para muchas víctimas de una guerra atroz, donde el 90% de ellas han sido civiles inocentes. Y sin duda alguna, significó el paso más positivo dado por la sociedad jurídica internacional de las naciones en lo que va del siglo, para contar con un organismo judicial internacional que juzgara a los violadores del Derecho Internacional Humanitario.

Si resulta inconcebible que a finales del siglo XX se siga hablando en Europa de "purificación étnica" y si para mayor vergüenza universal, la violación de miles de mujeres de todas las edades es un instrumento utilizado para tales fines y si la tortura, el asesinato, la deportación masiva y los más aberrantes crímenes de guerra han sido cometidos dentro de la mayor impunidad, el esfuerzo de muchas personas, organismos y gobiernos para crear un Tribunal donde juzgar a los autores de los crímenes y a quienes los instigaron, los permitieron o no los evitaron, debe ser apoyado sin reservas.

La impunidad de los delincuentes destruye cualquier régimen democrático y junto con la corrupción, constituye la más grave amenaza a los Estados de Derecho. De igual modo, en el orden internacional, los crímenes sin autor, sin responsable y sin sanción, darán al traste con todas las formas de organización jurídica que podamos intentar, las Naciones Unidas incluidas. Sin justicia no habrá paz, ni en la antigua Yugoslavia ni en cualquier sociedad que pretenda vivir conforme a cánones de convivencia civilizada y la paz y la seguridad internacionales estarán siempre en peligro.

Sí, como señalé en alguna parte de estas notas, es más probable que alguien vaya a la cárcel por robar una cartera en la calle que por cometer un genocidio o crímenes contra la humanidad contra miles y miles de seres humanos, algo muy perverso está ocurriendo en el mundo. Y la única forma civilizada y humana que tenemos para prevenir la impunidad y sancionar a los responsables es a través de un Tribunal, vale decir, a través de la justicia impartida por jueces independientes e imparciales.

En el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia estamos trabajando para que las instituciones jurídicas sustituyan a las armas. Para que la paz tenga una oportunidad. Para que las víctimas encuentren reparación. Para que nuestros precedentes se apliquen en el futuro en una Corte Penal Internacional permanente, o en Cortes Regionales. Pero necesitamos el apoyo de todos para lograrlo. De los gobiernos, de las organizaciones y fundamentalmente, de todos y cada uno de los seres humanos que creen en la paz y por ello mismo, no le temen a la justicia.

Crímenes como los cometidos en muchos de los más recientes conflictos armados ocurridos en todas las regiones del mundo, entre ellos, obviamente, la guerra entre los pueblos de la antigua Yugoslavia, nos fuerzan a confrontar lo peor de lo que como seres humanos somos capaces de hacer a otros seres humanos, a nuestros semejantes. Frente a estos crímenes, justicia es el reconocimiento público de que tales atrocidades efectivamente existieron, la identificación y castigo de los responsables, la posible retribución de los daños, la admisión de haber sido nosotros testigos de esas atrocidades. Justicia es también en estos casos reconocer que las víctimas tienen el derecho a testificar públicamente ante un Tribunal, vale decir, derecho a no ser relegadas a lo privado, a lo desconocido, a lo marginal, condenadas a repetir eternamente lo sufrido. Es quizás sólo así, con la justicia, que la recuperación, aunque siempre parcial de las víctimas, es posible. Es quizás sólo así, con la justicia, que podemos acabar en el futuro con la repetición compulsiva de viejas atrocidades. Y por eso es que con firmeza creemos que la justicia es lo mejor que como seres humanos podemos ofrecer.

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Inmediatamente después –y aun desde antes– de su establecimiento por el Consejo de Seguridad, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha sido tema de múltiples ensayos, artículos y libros, por parte de reconocidos especialistas internacionales de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Humanitario. Para efectos de la preparación del anterior artículo, debo hacer especial mención de los siguientes:

**Acosta Estevez, José**, “Aspectos Jurídico Procesales - Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia”, Barcelona, 1995, inédito.

**Bassiouni, M.C., J. Paust**, “International Criminal Law: Cases and Material (1996)”, University of Houston, Law Center, U.S.A.

**Meron, Theodor**, “The Case for War Crimes - Trials in Yugoslavia”, *Foreign Affairs*, Vol. 72, No. 3, 1993.

**Morris, Virginia and Michael P. Scharf**, “An Insider’s Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. Transnational Publishers Inc., U.S.A., 1995.

**O’Brian, James C.**, “The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia”. *The American Journal of International Law*, Vol. 87.

**Pellet, Alain**, “Le Tribunal Criminel International pour l’ex-Yougoslavie”. *Revue de Droit International Public*. Paris. No. 1, 1994.

**Rhenán-Segura, Jorge**, “El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia”, *Rev. Derecho Penal*, No. 12, Costa Rica, 1996.

**Thornberry, Cedric**, “Saving the War Crimes Tribunal”, *New York. Foreign Affairs*, Fall 1996.





DOCTRINA

La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina

*Martín Abregú*

La impunidad no es solo cuestión de hecho sobre la persecución  
en España de los crímenes de la dictadura militar argentina

*Perfecto Andrés Ibáñez*

Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana

*César Landa Arroyo*

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

-Justicia para la paz-

*Elizabeth Odio Benito*

El largo camino de la verdad

*Felipe Michelini*

Guatemala's national reconciliation law: combatting impunity or continuing it?

*Margaret Popkin*

La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas

-notas para la reflexión-

*Wilder Taylor*

AMICUS CURIAE

Memorial en Derecho, en calidad de *Amici Curiae*, del Centro de Estudios Legales  
y Sociales (CELS), el Centre For Justice and International Law (CEJIL) s/ libertad  
de expresión y calumnias e injurias a funcionarios públicos

Acción de Inconstitucionalidad de la Ley de Reconciliación Nacional presentado  
por la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala

COMENTARIOS SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA  
INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lecciones de las Américas: Lineamientos para una respuesta  
internacional ante la amnistía de atrocidades

*Douglas Cassel*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1996

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Actividades julio-diciembre 1996

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA AMERICANA ANTE LAS NACIONES UNIDAS  
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1996-I)