

## CAPÍTULO QUINTO

### EL VALOR DE LOS TRIBUNALES *AD HOC* DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EX YUGOSLAVIA Y RUANDA Y SU APORTACIÓN JURISPRUDENCIAL AL TRABAJO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Mónica ROCHA HERRERA

#### I. INTRODUCCIÓN

Este artículo defiende la legalidad y legitimidad del origen y competencia de los tribunales *ad hoc* de la ONU para la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), cuyos detractores equiparan con las violaciones a los principios de legalidad *nullum crime sine lege* y *nulla poena sine lege*, que los tribunales internacionales militares de Núremberg y de Tokio de 1946 cometieron. No hay sustento legal para afirmar que los tribunales *ad hoc* violaron estos principios, porque los crímenes internacionales de su competencia ya habían alcanzado el estatus de fuente de derecho internacional en la costumbre internacional, y por tanto obligatorios en su observancia. Para ello, se ofrece amplia autoridad en derecho positivo internacional y consuetudinario, *opinio juris*, práctica de los Estados y jurisprudencia internacional, que avala que tanto el genocidio como los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra ya eran parte de la costumbre internacional previamente a la adopción de los tribunales *ad hoc* de la ONU en los años noventa del siglo XX.

Se argumenta que la creación de estos tribunales por el Consejo de Seguridad de la ONU es legal y legítima, y no meramente un acto político o de fuerza de este órgano ejecutivo, encargado del restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales en los capítulos V, VI y VII de la Carta de la ONU de 1945. La Carta, en el artículo 29, delega facultades al Consejo de Seguridad a “crear los organismos subsidiarios que estime necesarios para

el desempeño de sus funciones”, lo cual incluye organismos jurisdiccionales al no haber mención en contrario, por lo que el nacimiento de los tribunales *ad hoc* debe su existencia no sólo a la adopción de sus estatutos, sino a las facultades ejercidas por el Consejo de Seguridad en el artículo 29 de la Carta de la ONU; es decir, de un tratado internacional que data de 1945. Además, son fruto de dos resoluciones del Consejo de Seguridad,<sup>1</sup> cuyas decisiones son obligatorias para los Estados miembros de la Carta, como lo mandata el artículo 25, que menciona que los Estados miembros de la ONU “convienen en aceptar y cumplir [sus] decisiones”, por lo que la creación de los tribunales *ad hoc* está sustentada en derecho positivo internacional.

Por otro lado, se destaca el valor incuestionable de la jurisprudencia internacional producto del trabajo de los tribunales *ad hoc* de la ONU en la construcción y desarrollo del derecho internacional penal en la responsabilidad penal individual y castigo penal de los crímenes más graves de trascendencia internacional. Se hace un análisis de la jurisprudencia relevante en la *ratione materiae* de los tribunales *ad hoc* de la ONU, a decir, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y su aplicación en el trabajo de la CPI. Esta última, que sin estar obligada en su estatuto a retomar jurisprudencia de otros tribunales, lo hace constantemente citando y absorbiendo consistentemente el trabajo judicial de estos tribunales, porque al hacerlo invoca autoridad en derecho positivo, y en muchos casos, consuetudinario, así como principios de derecho internacional.

## II. CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES *AD HOC* PARA LA EX YUGOSLAVIA Y RUANDA

Los tribunales penales internacionales de la ONU para la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), surgidos durante la década de los noventa del siglo XX, en 1993 y 1994, respectivamente, representaron significativos avances en la implementación e interpretación del derecho internacional penal desde lo acontecido en los tribunales de Núremberg y Tokio en 1946. Los tribunales *ad hoc* de la ONU, como también se les conoce a estos tribunales internacionales creados conforme a la competencia del Consejo de Seguridad en la Carta de la ONU, fueron las primeras instituciones internacionales de la posguerra fría que incorporaron la responsabilidad penal del individuo por los crímenes cometidos durante la guerra en la ex Yugoslavia (1992-1995) y el genocidio en Ruanda (1994).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> TPIY Res. 827/1993; TPIR Res. 855/1994.

<sup>2</sup> Roper, Steven D. y Barria, Lilian A., *Designing Criminal Tribunals*, Ashgate, UK, 2006.

El Consejo de Seguridad de la ONU, en su resolución 827 (1993), creó el TPIY, siendo el primer tribunal internacional penal desde el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, así como del Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente, apenas terminada la Segunda Guerra Mundial. Su mandato fue el enjuiciamiento de las personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, graves violaciones de los convenios de Ginebra de 1949, así como de las transgresiones de las leyes y costumbres de la guerra cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991.<sup>3</sup> Apenas un año más tarde, el Consejo de Seguridad, en su resolución 855 (1994), creó el TPIR con jurisdicción para enjuiciar a las personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, así como de las violaciones del artículo común tercero de los convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo II de 1977 Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949 cometidos por personas naturales en la primavera de 1994 en Ruanda y por nacionales ruandeses en Estados fronterizos.<sup>4</sup>

La creación del TPIY y el TPIR fueron seguidos de un *impasse* en la agenda internacional producido por la Guerra Fría, que había frenado todo intento serio de consolidación de un tribunal internacional penal. De hecho, para que se volviera a hablar de esto tuvo que caer el bloque soviético y sus Estados satélites en 1989, para que en el seno de la ONU se retomara el proyecto hacia una jurisdicción penal internacional permanente que derivaría en la fundación de la Corte Penal Internacional (CPI), lo que permitió en tanto, desbloquear la parálisis del Consejo de Seguridad de la ONU, para que este órgano ejecutivo ejerciera sus competencias conforme a la Carta de la ONU y creara los tribunales internacionales penales *ad hoc*, el TPIY y TPIR. El Consejo de Seguridad creó los tribunales *ad hoc*, o específicos, cuyo mandato, en el caso del primero, fue enjuiciar a los presuntos responsables de crímenes del *jus gentium* (*ratione materiae*) en los contextos de la Guerra de los Balcanes de 1992-1995 y, en el segundo, a los presuntos perpetradores del genocidio en Ruanda de 1994.

La creación de los tribunales *ad hoc* de la ONU ha significado un desarrollo monumental en los resultados de sus trabajos, y al mismo tiempo se han constituido en eslabones de un proceso muy largo de la comunidad internacional, que tuvo desde el inicio del siglo XX en su agenda la creación de una jurisdicción internacional penal, que fructificó en la adopción en 1998 del Estatuto de Roma, que dio vida a la CPI, un tribunal penal internacional con carácter permanente. La importancia de los tribunales *ad hoc*

<sup>3</sup> Estatuto del TPIY, 1993.

<sup>4</sup> Estatuto del TPIR, 1994.

ha sido enorme, y su jurisprudencia retomada y citada, así como en gran parte absorbida por la CPI en su quehacer jurídico.

### III. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y EL DEBATE SOBRE LA LEGALIDAD DE LOS TRIBUNALES *AD HOC*

Los tribunales *ad hoc*, el TPIY y el TPIR son muy importantes y cruciales en la construcción del trabajo de la CPI y de toda la disciplina del derecho internacional penal. Contrariamente a lo dicho por sus detractores y en un debate ya superado, los crímenes de la competencia de los tribunales *ad hoc* en sus estatutos no violaron los principios de legalidad (*nullum crime sine lege, nulla poena sine lege*), como fue el caso de los tribunales de Núremberg y de Tokio, pues los crímenes de la competencia de los tribunales *ad hoc*, es decir, genocidio, violaciones graves a los convenios de Ginebra de 1949, infracciones al DIH y crímenes de lesa humanidad, ya formaban parte de la costumbre internacional, esta última era fuente de derecho internacional primaria y obligatoria para los Estados, conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la ONU,<sup>5</sup> por lo que la prohibición de los crímenes de la competencia de los tribunales *ad hoc* de la ONU, TPIY y TPIR, ya existía de manera consuetudinaria antes de la adopción de los estatutos de estos tribunales.

#### 1. *El derecho internacional humanitario y la costumbre internacional*

Los crímenes de guerra están sustentados en el derecho internacional humanitario, que se integra por el edificio jurídico del derecho de Ginebra y del derecho de La Haya, hoy ya considerados costumbre internacional. La Corte Internacional de Justicia, en su *Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares*,<sup>6</sup> así lo determinó: “Se ha mantenido en el curso de esta Opinión Consultiva que estos principios y normas de derecho humanitario son parte de *jus cogens* como es definido en el artículo 53 de la *Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados* de mayo de 1969”.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Estatuto de la CIJ, 1945.

<sup>6</sup> CIJ, *Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, Legalidad de la Amenaza o del Uso de las Armas Nucleares*, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/93/093-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.

<sup>7</sup> ICJ, *Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, Legalidad de la Amenaza o del Uso de las Armas Nucleares*, cit., párr. 83.

Por lo que hay autoridad para afirmar que la *ratione materiae* o crímenes internacionales de la competencia de los tribunales *ad hoc* en sus estatutos son parte de la costumbre internacional porque en el caso de los convenios de Ginebra de 1949 y de las leyes de la guerra que constituyen lo que se conoce como derecho internacional humanitario (DIH), ha sido la Corte Internacional de Justicia de la ONU la que ha asumido que el DIH forma parte de la costumbre internacional, siendo obligatoria su observancia.<sup>8</sup> Ello es claro cuando la Corte Internacional de Justicia dice que “respetar los Convenios [de Ginebra de 1949] y más aún, asegurar el respeto de éstos en todas las circunstancias no es una obligación que se derive sólo de los Convenios en sí, pero de los principios generales de derecho humanitario de los cuales los Convenios se constituyen en su expresión específica”.<sup>9</sup>

En esta misma sentencia sobre *Nicaragua vs. Estados Unidos de América*, la Corte Internacional de Justicia se ocupó de analizar el estatus consuetudinario del artículo común tercero a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, lo cual es relevante para entender la legalidad de su utilización como fuente de derecho del TPIR. La Corte Internacional de Justicia afirmó con relación a los conflictos armados de carácter no internacional, que el artículo común tercero a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 define algunas de las normas aplicables a estos conflictos armados. No habiendo duda de que en la sucesión de hechos en estos conflictos internos, como sin duda lo constituyó el conflicto armado de Ruanda, “estas normas se constituyen en los criterios mínimos (*minimum yardstick*), que, sumados a otras normas aplicables, éstas reflejan, en opinión de la Corte, lo que se conoce como consideraciones elementales de humanidad (*elementary considerations of humanity*)”.<sup>10</sup>

El Estatuto del TPIR incluyó también como fuente de derecho en su artículo 4o. el Protocolo II de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, cuyo estatus como fuente de derecho consuetudinario, hay que decirlo, no es contundente, al no haber suficiente autoridad para afirmar lo contrario, por lo que su tratamiento es del de un tratado internacional que, y de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, requiere adhesión previa del Estado concerniente, en este caso a Ruanda, que lo ratificó en 1984. Su inclusión en el Estatuto del TPIR en consecuencia no viola los principios generales de derecho *nullum crime sine lege* y *nulla poena sine lege*.

<sup>8</sup> CIJ, *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua, Nicaragua vs. Estados Unidos de América*, 1986, párrs., 215, 218, 220.

<sup>9</sup> CIJ, *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua, Nicaragua vs. Estados Unidos de América*, 1986, párr. 220.

<sup>10</sup> *Ibidem*, párr. 218.

## 2. *La prohibición del genocidio como costumbre internacional*

Respecto al crimen de genocidio, desde muy temprano, después de la adopción de la Convención que Previene y Castiga el Crimen de Genocidio de 1948, la Corte Internacional de Justicia emitió una opinión consultiva sobre las Reservas a la Convención que Previene y Castiga el Genocidio (1951), donde de forma autoritativa afirmó su prohibición, que es obligatoria incluso para los Estados que no hubieran ratificado la Convención.<sup>11</sup> En esta opinión consultiva, el máximo tribunal explicó la naturaleza barbárica de este crimen, que

...significa la negación del derecho de existencia de grupos de seres humanos, una negación que golpea a la conciencia humana... siendo la primera consecuencia de este razonamiento que los principios de la Convención son valores reconocidos para las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados incluso si no han emitido su aprobación.<sup>12</sup>

Lo anterior se reiteró en una decisión más reciente, al decir que la prohibición del crimen de genocidio es considerada como parte de la costumbre internacional, y se constituye en una norma *jus cogens*.<sup>13</sup> Por lo que para los tiempos en que el genocidio apareció en ambos estatutos (TPIY, 1993 y TPIR, 1994) el crimen era ya punible conforme a la costumbre internacional, siendo replicada su definición de manera idéntica a aquella del artículo II de la Convención de Genocidio de 1948.<sup>14</sup>

## 3. *Los crímenes de lesa humanidad y la costumbre internacional*

Los crímenes de lesa humanidad aparecieron formalmente en los juicios de Núremberg, en la Carta de Londres de 1945. Sin embargo, el término “crímenes de lesa humanidad” es un concepto que data de la Declaración de 1915 de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, que

<sup>11</sup> CIJ, *Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>13</sup> CIJ, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, 2007, párr. 161.

<sup>14</sup> *Sala de Primera Instancia (2016), El Fiscal vs. Radovan Karadzic, Sentencia, La Haya, Caso No. IT-95-5/18-T*, disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324\\_judgement.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf), párr. 539.

denunciaron la masacre del imperio otomano en contra de la población armenia en Turquía, a lo que denominaron como “un crimen en contra de la civilización y la humanidad”. Conforme a esa Declaración, se instaba a hacer responsables a todos los agentes implicados.<sup>15</sup> En los hechos no se hizo responsable a nadie, y tampoco esta categoría de crímenes fue incluida en el Tratado de Versalles de 1919, que en cambio sí incluía en su artículo 228 una provisión en materia de crímenes de guerra, aunque ésta estaba dirigida solamente a los militares alemanes. Sin embargo, desde la Primera Guerra Mundial se empezaron a utilizar más frecuentemente las expresiones “las leyes de la humanidad”, así como “crímenes u ofensas en contra de las leyes de humanidad”, para describir los ataques masivos en contra de la población civil durante las hostilidades, sobre todo cuando las potencias centrales y sus países aliados como Bulgaria y Turquía, violaban las leyes y costumbres de la guerra, así como las “elementales leyes de humanidad”. De hecho, en esta época los “crímenes en contra de las leyes de humanidad” empezaron a ser superpuestos a las violaciones del derecho de La Haya, es decir, a las leyes y costumbres de la guerra. Sería hasta los tribunales internacionales militares de Núremberg y de Tokio cuando la categoría de crímenes de lesa humanidad emergería de forma independiente en la Carta de Londres de 1945, que contenía en su artículo 6o. los crímenes de la competencia de ese tribunal.

Sin duda, el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad encontró sustento legal en su origen en el DIH, específicamente en los preámbulos de las convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 respectivamente.<sup>16</sup> Siendo su núcleo eminentemente consuetudinario.<sup>17</sup> La Convención de La Haya de 1907 ya se expresaba en estos términos:

Mientras que se forma un Código más completo de las Leyes de la Guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Bassiouni, Cherif M., *International Criminal Law*, 2a. ed. Crimes, NY, Transnational Publishers Inc., 1999, pp. 536 y 537.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 522.

<sup>17</sup> Dinstein, Yoram, “Crimes Against Humanity After Tadić”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 13 (2), 2000, pp. 373-393.

<sup>18</sup> Convención Relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907, CICR, 1992, pp.18 y 19.

El párrafo anterior vino a conocerse como la *Cláusula Martens*, en referencia al diplomático ruso que la formuló. La *Cláusula Martens* fue retomada medio siglo después en el derecho de Ginebra, en los cuatro convenios de 1949 y en los dos Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios, como se puede apreciar del artículo 2o. del Protocolo I: “En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.<sup>19</sup>

De conformidad con lo anterior, es posible decir que el fundamento legal en la historia de los crímenes de lesa humanidad se encuentra en los preceptos del DIH, que prohíbe los ataques a la población civil.<sup>20</sup> De hecho, el fiscal Robert Jackson escribió en su reporte al presidente de los Estados Unidos de América en 1945, que “estos principios (crímenes de lesa humanidad) han sido asimilados como parte del derecho internacional desde 1907”,<sup>21</sup> claramente refiriéndose a los convenios de La Haya de 1899 y 1907, respectivamente.

En la nueva categoría de crímenes, los de lesa humanidad, la población civil se reconoció como el bien jurídico protegido, cuyos ataques no sólo de tipo militar encontraron sustento en su prohibición consuetudinaria; por lo que los ataques o conductas criminales en contra de la población civil, la Carta de Londres de 1945 los definió de forma separada a los crímenes de guerra como crímenes de lesa humanidad en el asesinato, exterminio, deportación o traslado forzoso de la población, así como en su persecución por motivos diversos e inaceptables, en los delitos sexuales y otras conductas inhumanas, conductas que iban en contra de los principios elementales de humanidad, que eran masivos y constantes en contra de la población civil,<sup>22</sup> población civil que durante la Segunda Guerra Mundial era hecha blanco a menudo, aunque en otras ocasiones su sufrimiento no era menor al ser parte de los efectos devastadores en tan cruentos enfrentamientos. El carácter masivo y constante de los ataques se consideró desde muy temprano, parte integral del crimen en su generalidad y/o sistematicidad, que con conocimiento o intencionalidad en su comisión tenía efectos catastróficos en la po-

---

<sup>19</sup> Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

<sup>20</sup> Bassiouni, Cherif, *op. cit.*, pp. 544 y 545.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 542.

<sup>22</sup> *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany.*



blación civil, al golpear la conciencia humana, porque se comprendió que en tanto se atacaba a la población se hacía víctima a la humanidad misma.

El principio de la humanidad como víctima de los crímenes de lesa humanidad, y de ahí su carácter universal en su prohibición fue rápidamente compartido en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) estableció que en tanto se cometen crímenes de esta naturaleza se ataca a la humanidad misma, como lo dijo en *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, citando al TPIY en *Erdemovic* explicándolo claramente: “lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”.<sup>23</sup> Su castigo es una obligación *erga omnes* porque, añade el CoIDH: “son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo”.<sup>24</sup>

El legado de los crímenes de lesa humanidad desde los juicios de Núremberg no sólo incorporó su prohibición consuetudinaria, sino que también agregó la imprescriptibilidad de éstos. Numerosas resoluciones de la Asamblea General de la ONU desde 1946, así como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968, que entró en vigor en 1970, así lo reconocieron. Dicha Convención, en su preámbulo, estableció que “es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional... el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”. Fue aún más explícita en su artículo 1 (b), al decir que dichos crímenes no eran privativos de tiempos de guerra, dando un paso más allá de Núremberg:

Que los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> CIDH, caso *Almonacid, Arellano y Otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf), p. 47, párr. 105.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Convención sobre la sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968.

Sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y el carácter consuetudinario en la prohibición de estos crímenes, la Corte Europea de Derechos Humanos fue desde temprano muy coherente para unirse a esta *opinio juris*, al grado que en opinión de Sánchez Montero,<sup>26</sup> a juzgar por los hallazgos de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, producto de una condena por crímenes de lesa humanidad impuesta por los tribunales de dicho país por hechos cometidos en 1979, la Corte fue enfática en la vigencia de los crímenes de lesa humanidad como normas de derecho internacional consuetudinario basadas en las leyes de humanidad y reafirmadas en el DIH y en el tribunal de Núremberg de 1946, haciendo su naturaleza obligatoria e imprescriptible para cuando se dieron los hechos:

El Tribunal señala que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945 (artículo 6 c). Si bien el Tribunal de Núremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, *inter alia*, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial.<sup>27</sup>

En palabras de Sánchez Montero, la Corte Europea de Derechos Humanos reconoció la validez de la persecución *ex post facto* y consecuente condena impuesta a los responsables de crímenes de lesa humanidad en el caso, porque independientemente de si para la fecha de la comisión de los hechos los crímenes de lesa humanidad se hallaban tipificados como tales en el ordenamiento jurídico interno del Estado en cuestión, la vigencia consuetudinaria e imprescriptibilidad de dichos crímenes en el orden internacional era

---

<sup>26</sup> Sánchez Montero, Joan, “Corte Interamericana, Crímenes contra la Humanidad y Construcción de la Paz en Suramérica”, *ICIP Working Papers 2010/02*, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona 2010, p. 66, disponible en: <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/357317424.pdf>.

<sup>27</sup> CEDH, *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, sentencia del 17 de enero de 2006, p. 9, en Sánchez Montero, 2010, pp. 25 y 26.

incuestionable.<sup>28</sup> En otras palabras, para la Corte Europea fue irrelevante si el tipo penal de crímenes de lesa humanidad existía en la legislación doméstica del Estado cuando se cometieron los hechos. Lo que importaba era que los crímenes de lesa humanidad ya existían consuetudinariamente antes en derecho internacional, siendo además imprescriptibles, lo cual fue contundente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) también ha sido consistente en manifestarse sobre la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad como normas *jus cogens*, así como en su imprescriptibilidad. Hay evidencia de ello. Como se lee de su Informe No. 28/92, del 2 de octubre de 1992, donde habla no sólo sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, sino incluso de su incompatibilidad con las leyes de impunidad, de acuerdo con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>29</sup>

Dicho lo anterior, no es posible sostener que para cuando iniciaron sus trabajos los tribunales *ad hoc* de la ONU para la ex Yugoslavia y Ruanda en los años noventa del siglo XX, la prohibición universal de los crímenes de lesa humanidad no se constituyera en costumbre internacional, por lo que las salas de estos tribunales no hicieron más que reconocer lo que ya se sabía, que tanto en tiempos de paz como de guerra “existía una prohibición absoluta en atacar a los civiles de conformidad con la costumbre internacional”.<sup>30</sup> Que los crímenes de lesa humanidad como una categoría aparte de crímenes internacionales ya prohibían los ataques a la población civil, al ser “crímenes en contra de las leyes de humanidad que habían sido superpuestos a las violaciones del derecho de La Haya, es decir, a las Leyes y Costumbres de la Guerra que prohíbe los ataques a la población civil como costumbre internacional”.<sup>31</sup> Para cuando la CPI inició sus trabajos recogió este legado confirmando estos hallazgos.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Sánchez Montero, Joan, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>30</sup> TPIY, Sala de Apelaciones (2004) *El Fiscal vs. Tihomir Blaškić*, sentencia, La Haya, Case No. IT-95-14-A, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>, párr. 109.

<sup>31</sup> TPIY, Sala de Apelaciones (2004) *El Fiscal vs. Tihomir Blaškić*, sentencia, La Haya, Case No. IT-95-14-A, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>, párr. 107.

<sup>32</sup> CPI, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, Situación en la República Centro Africana*, Caso. No. ICC-01/05-01/08, sentencia del 21 de marzo de 2016, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_02238.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF).

#### IV. JURISDICCIÓN Y LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES *AD HOC*

La jurisdicción y competencia de los tribunales *ad hoc* ha sido también cuestionada; estos tribunales han sido acusados de ser el producto de la omnipotencia del máximo órgano político internacional, es decir, el Consejo de Seguridad de la ONU. Independientemente de consideraciones de tipo político, lo anterior jurídicamente no se sostiene, porque estos tribunales fueron creados como parte de las competencias que tiene el Consejo de Seguridad, que es el encargado de la paz y la seguridad internacionales en los capítulos VI y VII de la Carta de Naciones Unidas; conforme al artículo 29 de este mismo instrumento en el capítulo V, es competente para “establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones”, lo cual incluye todo tipo de organismos, incluidos los jurisdiccionales al no haber una mención en contra, por lo que la existencia de los tribunales *ad hoc* está legítimamente sustentada, no sólo en sus estatutos, que son producto de resoluciones del Consejo de Seguridad, sino de manera fundacional en el artículo 29 de la Carta de la ONU. Es decir, en derecho positivo representado por la propia Carta de la ONU, que entró en vigor en 1945, décadas antes de la creación de los tribunales *ad hoc*. Y al estar los Estados parte de la Carta, además, obligados a aceptar y obedecer las decisiones del Consejo de Seguridad, conforme lo dictamina el artículo 25. Por estas razones, es posible decir con certeza que la cuna de los tribunales *ad hoc* se gestó conforme a derecho internacional positivo y vigente, representando al mismo tiempo, y, a juzgar por sus resultados, como un gran avance y una enorme contribución en la delineación y fisonomía del derecho internacional penal como lo conocemos hoy en día.

La CPI heredó este legado, habiendo pulido los defectos de Núremberg y Tokio. Tomada del brazo del rico legado y de la abundante jurisprudencia producto del trabajo de estos tribunales *ad hoc*, cuyas decisiones han sentado derecho, precedentes que en mayor medida y sin estar obligada la CPI a tomarlos en cuenta, ha absorbido enormemente invocándolos constantemente. La CPI en forma conjunta con los tribunales *ad hoc*, TPIY y TPIR, así como de la mano de los tribunales híbridos, mixtos o internacionalizados que proliferaron en la primera década del siglo XXI, representan el rostro jurídico de la disciplina del derecho internacional penal y de su institucionalización. La justicia internacional ha incorporado tribunales híbridos, mixtos o internacionalizados, entre los que podemos nombrar a la Corte Especial para Sierra Leona (2002); las salas extraordinarias en las cortes de Camboya (2003); las salas especializadas de Kosovo y la Oficina del Fiscal

Especializado (2015); el Tribunal Especial para Líbano (2007); los paneles especiales para Crímenes Graves de Timor Oriental (hoy Timor Leste) (2000); las Salas de Crímenes de Guerra de la Corte del Estado de Bosnia Herzegovina (2005), y los Paneles del Reglamento 64, Jueces y Procuradores Internacionales de Kosovo (2000).

#### V. EL FIN DEL MANDATO Y LA CREACIÓN DEL MECANISMO DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

El TPIR y el TPIY cerraron sus puertas en 2015 y 2017, respectivamente, al haber completado su mandato de enjuiciar a los mayores perpetradores de los crímenes más graves del derecho internacional penal y derecho internacional humanitario durante el genocidio ruandés (1994) y de la guerra de los Balcanes (1992-1995), respectivamente. De 161 personas acusadas en la serie de conflictos armados de los Balcanes de los años noventa del siglo XX, noventa fueron sentenciados, diecinueve absueltos, trece casos transferidos a jurisdicciones domésticas en tribunales de las repúblicas balcánicas, 37 casos terminados y/o suspendidos, dos casos en proceso en el Mecanismo de los Tribunales Penales Internacionales de la ONU (MICT) y ningún fugitivo (UN ICTY, 2020). En el caso del TPIR, 93 individuos fueron acusados por genocidio y violaciones del derecho internacional humanitario cometidos en los terribles eventos bien establecidos como genocidio en Ruanda de abril a junio. De los acusados, 62 fueron sentenciados, diez transferidos a otras jurisdicciones, catorce liberados, dos decesos antes del juicio, quedando ocho fugitivos, de los cuales 3 han sido referidos al MICT y 5 a la jurisdicción ruandesa (UN MICT, 2020).

En 2010, el Consejo de Seguridad de la ONU creó el MICT como un tribunal residual que se encargaría de la captura y juicio de los tres fugitivos del TPIR y de finalizar los juicios de apelación de los últimos casos en desarrollo en el TPIY. Respecto al TPIY, sobresalen notablemente los casos del líder militar serbio bosnio Ratko Mladić y del autoproclamado presidente de la República de Sprska, Radovan Karadžić. La Sala de Primera Instancia en 2017 condenó a Mladić a cadena perpetua y en 2016, a Karadžić a cuarenta años de prisión, cuya sentencia fue cambiada a cadena perpetua en su juicio de apelación en 2019. Actualmente, el MICT está llevando a cabo la reposición del juicio en Stanišić & Simatović, así como el juicio de apelación de Ratko Mladić (UN MICT, 2020). Asimismo, al momento de escribir este ensayo, dos de los tres fugitivos más importantes bajo jurisdicción del MICT con respecto al TPIR han sido localizados. En el caso

de Félicien Kabuga, ha sido capturado y arrestado en Francia, y podrá ser extraditado a La Haya para su enjuiciamiento.<sup>33</sup> Con respecto a Agustín Bizimana, la fiscalía ha confirmado su deceso, que probablemente tuvo lugar en 2000 en la República Democrática del Congo, donde se ha confirmado el hallazgo de sus restos.<sup>34</sup>

## VI. *RATIONE MATERIAE* Y EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA Y DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

### 1. *Genocidio*

La prohibición del crimen de genocidio se encuentra establecida en el artículo 4o. del Estatuto del TPIY y en el artículo 2o. del Estatuto del TPIR, así como en el artículo 6o. del Estatuto de Roma de la CPI. La definición de genocidio en el TPIY, TPIR y en el CPI se retoma de la definición del crimen del genocidio en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 en su artículo II, al decir: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”.

Por lo que el genocidio es “perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial y religioso como tal”, y no contra grupos con otro tipo de identificación, como pueden ser grupos políticos o de género. Ello, porque la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, que acuñó el término de “genocidio”, lo definió en función de los horrores del holocausto nazi. Es decir, el genocidio significa estrictamente la liquidación intencional parcial o total de un pueblo con identificación exclusivamente nacional, étnica, racial y religiosa.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> ONU, MICT 13-38, Félicien Kabuga Hoja Informativa, 2020, disponible en: [https://www.irmct.org/sites/default/files/cases/public-information/cis-kabuga\\_en.pdf](https://www.irmct.org/sites/default/files/cases/public-information/cis-kabuga_en.pdf).

<sup>34</sup> ONU, “Fiscal del Mecanismo Serge Brammertz confirma la muerte del fugitivo Augustin Bizimana”, MICT, *Boletín de Prensa*, Oficina del Fiscal, La Haya, 22 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.irmct.org/en/news/20-05-22-mechanism-prosecutor-serge-brammertz-confirms-death-fugitive-augustin-bizimana>.

<sup>35</sup> Rocha Herrera, Mónica, “Modalidades de comisión del delito de genocidio y otros actos genocidas como la conspiración, la instigación pública y directa, la tentativa y la complicidad”, en Olásolo y Eirene, *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*.

El genocidio es entonces un crimen internacional de contornos jurídicos estrechos que incorpora sólo un delito cuyos actos están contenidos en los artículos 4 (2) del TPIY, 2 (2) del TPIR y 6 del Estatuto de Roma de la CPI. La definición de “genocidio” protege exclusivamente a grupos identificados por razones de pertenencia “nacional, étnica, racial o religiosa como tal”, lo que se constituye en el “grupo protegido”. El crimen de genocidio alude entonces a la destrucción del grupo “nacional, étnico, racial y religioso como tal”, y no a la destrucción de otros grupos con una identidad distinta. Igualmente, cuando un grupo es objeto de ataque, los elementos del crimen de genocidio deben evaluarse a la luz de la composición del grupo en lo específico y caso por caso.<sup>36</sup>

La definición de genocidio provee los actos o modalidades de la comisión de genocidio (*actus reus*) constitutivos de este crimen, que se reproducen fielmente de la Convención de Genocidio de 1948, tanto en los estatutos del TPIY y del TPIR, como en el Estatuto de Roma de la CPI:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Una persona puede ser responsable del crimen de genocidio si comete uno o más de los actos enumerados en los artículos 4 (2) del TPIY, 2 (2) del TPIR y 6o. del Estatuto de Roma de la CPI (*actus reus*), si lo hace con la intención de “destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal” (*dolus specialis*).<sup>37</sup> Respecto al aspecto intencional o doloso del crimen de genocidio, así como a los actos objetivos y materiales de éste, ubican al genocidio en un umbral de mayor gravedad dentro del derecho internacional penal.

Por otro lado, y a diferencia del artículo 6o. del Estatuto de Roma de la CPI, los estatutos del TPIY y del TPIR aún conservan en sus artículos 4o. (TPIY) y 2o. (TPIR), lo establecido en el tercer párrafo del artículo 2o. de la

---

*La contribución iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, vol. 9, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 399-424.

<sup>36</sup> TPIY, Sala de Primera Instancia, *El Fiscal vs. Radovan Karadzic*, sentencia, La Haya, Caso No. IT-95-5/18, 2016, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324judgement.pdf>, párr. 545.

<sup>37</sup> *Digest of ICTR and ICTY Appeals Chamber Judgments*, 2013, p. 3.

Convención de Genocidio de 1948. Es decir, los otros actos punibles de genocidio, siendo los siguientes (Estatuto, TPIY; Estatuto TPIR; Convención de Genocidio de 1948):

- a) El genocidio;
- b) La conspiración para cometer genocidio;
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.

Los actos punibles anteriores ya no aparecen en el artículo 6o. del Estatuto de Roma de la CPI en la definición del crimen, siendo redefinidos e incluidos en el artículo 25 del Estatuto como formas de intervención penal en la responsabilidad individual.<sup>38</sup>

*Valor de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc de la ONU  
en el castigo del crimen de genocidio*

Los tribunales *ad hoc* de Naciones Unidas contribuyeron mucho con su trabajo para entender cómo se comporta y qué aspecto tiene el genocidio en un proceso judicial. El TPIR es sin duda el tribunal con mayor número de casos relevantes, pues lo que pasó en Ruanda en 1994 significó la liquidación intencional del grupo protegido tutsi. Tal contundencia fue reconocida desde la primera sentencia de este tribunal,<sup>39</sup> a tal punto que en 2006, la Sala de Apelaciones del TPIR declaró hecho probado que “entre el 6 de abril de 1994 y el 17 de julio de 1994 hubo un genocidio en Ruanda en contra del grupo étnico tutsi”.<sup>40</sup> En otras palabras, desde ese momento ya no fue necesario para la fiscalía demostrar en cada caso que el genocidio ocurrió en Ruanda en 1994.

A diferencia del TPIR, en el TPIY el reconocimiento del genocidio durante el conflicto bélico en la ex Yugoslavia (1992-95) fue más difuso, no siendo establecido para todo el territorio que estuvo bajo la jurisdicción de este tribunal. A diferencia de los hallazgos constantes por el TPIY de crí-

<sup>38</sup> Rocha Herrera, Mónica, *op. cit.*

<sup>39</sup> TPIR, Sala de Primera Instancia (1998) *El Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*, sentencia, Arusha, Case No. ICTR-96-4-T, disponible en: <http://unict.unmict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>.

<sup>40</sup> TPIR, Sala de Apelaciones, “ICTR Appeals Chamber takes Judicial Notice of Genocide in Rwanda”, Press Release, 2006, disponible en: <http://unict.irmct.org/en/news/ict-appeals-chamber-takes-judicial-notice-genocide-rwanda>.



menes de lesa humanidad y graves violaciones a los convenios de Ginebra de 1949, así como de las leyes y costumbres de la guerra, el genocidio, ante el desmayo y consternación mundial, no tuvo mejor suerte; a lo largo de la vida de este tribunal, sólo ha sido probado en la municipalidad de Srebrenica, en Bosnia Herzegovina, cuando fueron asesinados en 1995 ocho mil hombres y niños en edad adolescente, después de haber sido forzosamente separados de sus familias en esa localidad.<sup>41</sup>

Ha sido aleccionador lo dicho por las salas del TPIY que se ocuparon del genocidio de Srebrenica a lo largo de la vida del tribunal que cerró sus puertas en 2017. Y es que, al asesinar a los hombres de la colectividad de Srebrenica, se atentó contra la existencia del grupo nacional en sí mismo, al ser el factor masculino, componente del grupo, una parte sustancial de éste y emblemático de su colectividad. Al darles muerte, se atacó al grupo protegido nacional bosnio musulmán como tal, con la intención de impedir su existencia física y biológica, ya que lo que querían sus asesinos era negar la existencia del grupo en sí mismo, dejándolos sin posibilidades de procreación.<sup>42</sup>

En la CPI sólo hay una situación relevante de genocidio al momento, cuyo presunto mayor responsable, por autoría o coautoría, está prófugo, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, presidente de ese país. Al Bashir cuenta con una orden adicional de arresto por genocidio, que la Sala de Cuestiones Preliminares I le imputó en 2010. En ella, la Sala considera que hay motivos para creer que a partir de 2003, bajo sus órdenes o por lo menos bajo su mando, las fuerzas armadas sudanesas, las milicias Janjaweed, la fuerza de

---

<sup>41</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones (2004), *El Fiscal vs. Radislav Krstic*, sentencia, La Haya, Case No. IT-98-33-A, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>; Tribunal Internacional Penal de la ONU para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2016), *El Fiscal vs. Radovan Karadzic*, Resumen de la sentencia, La Haya, Caso No. IT-95-5/18-T, disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324\\_judgement\\_summary.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement_summary.pdf); Tribunal Internacional Penal de la ONU para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2017), *El Fiscal vs. Ratko Mladic*, resumen de la sentencia, La Haya, Caso No. IT-09-92-T, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/mladic/tjug/en/171122-summary-en.pdf>.

<sup>42</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones (2004) *El Fiscal vs. Radislav Krstic*, sentencia, La Haya, Case No. IT-98-33-A, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>; Tribunal Internacional Penal de la ONU para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2016), *El Fiscal vs. Radovan Karadzic*, resumen de la sentencia, La Haya, Caso No. IT-95-5/18-T, disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324\\_judgement\\_summary.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement_summary.pdf); Tribunal Internacional Penal de la ONU para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2017), *El Fiscal vs. Ratko Mladic*, resumen de la sentencia, La Haya, Caso No. IT-09-92-T.

policía sudanesa, el Servicio Nacional de Inteligencia y Seguridad y la Comisión de Ayuda Humanitaria cometieron genocidio en una campaña de contrainsurgencia en toda la región de Darfur en contra de la población civil de las etnias fur, masalit y zaghawa, próximas a los grupos armados de oposición, por lo que las aldeas y pueblos bajo ataque fueron seleccionados debido a su composición étnica, cometiendo genocidio conforme al artículo 6o. del Estatuto de Roma en las modalidades de *a)* matanza; *b)* lesión grave a la integridad física o mental; *c)* sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física contra los grupos étnicos fur, masalit y zaghawa.<sup>43</sup> El día que Al Bashir sea capturado y enviado a La Haya, enfrentará cargos además de genocidio, por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

## 2. Crímenes de lesa humanidad

Los artículos 5o. de los estatutos del TPIY y 3o. del TPIR, respectivamente, así como el artículo 7o. del Estatuto de Roma, incorporan la categoría de crímenes de lesa humanidad. En términos generales, los tres estatutos se refieren a un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil. Mientras que el Estatuto del TPIY refiere tanto “en conflicto armado interno o internacional”, así como en el Estatuto del TPIR se dice “en razón de [*sic*] su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso”. El Estatuto de Roma de la CPI, en su artículo 7o., dice que son los actos cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. A pesar de las diferencias en los estatutos, la práctica judicial del TPIY y del TPIR no mostraron gran diferencia en el tratamiento de la definición de crímenes de lesa humanidad que el Estatuto de Roma aporta, porque desde muy temprano en los trabajos de los tribunales *ad hoc*, su jurisprudencia gradualmente asumió la fisonomía jurídica que hoy conocemos, como que dichos crímenes no eran privativos de tiempos de conflicto armado, pudiéndose darse en tiempos de paz.

Lo anterior se confirmó desde muy temprano en la jurisprudencia del TPIY con el caso *Tadić*, que abordó varias cuestiones cruciales relaciona-

<sup>43</sup> CPI, *Segunda orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (“Omar Al Bashir”), *Situación en Darfur (Sudán)*, Caso No. ICC-02/05-01/09, del 12 de julio de 2010, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010\\_05452.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_05452.PDF).

das con los crímenes de lesa humanidad.<sup>44</sup> Más específicamente, cuando las salas emitieron como precedente la eliminación del vínculo de los crímenes de lesa humanidad con los conflictos armados, sustentando que aunque los primeros ya aparecían en las normas aplicables del derecho internacional de los conflictos armados, los crímenes de lesa humanidad tenían independencia y podían cometerse en tiempos de paz. O lo que es lo mismo, que conforme a la costumbre internacional, los crímenes de lesa humanidad no requieren la conexión con un conflicto armado.<sup>45</sup>

Respecto al umbral de gravedad, aunque los estatutos del TPIY y del TPIR no hacen una mención específica del nivel de conocimiento en la comisión de los crímenes de lesa humanidad como lo hace el Estatuto de Roma en su artículo 7o., muy pronto en los trabajos de los primeros se vislumbró que el ataque a la población civil debía contener el aspecto doloso del crimen, a fin de satisfacer el umbral de gravedad, por lo que el umbral de gravedad de los crímenes de lesa humanidad es muy alto, y su naturaleza, aberrante, al incluir, tanto en los estatutos del TPIY y del TPIR, así como el Estatuto de Roma, las siguientes conductas, a excepción de desaparición forzada, que, a diferencia de los tribunales *ad hoc*, el artículo 7o. del Estatuto de Roma sí lo incorpora:

*a)* asesinato; *b)* exterminio; *c)* esclavitud; *d)* deportación o traslado forzoso...; *e)* encarcelación u otra privación grave de la libertad...; *f)* tortura; *g)* violación, esclavitud sexual, prostitución forzada... u otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; *h)* persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género... u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables...; *i)* desaparición forzada de personas; *j)* el crimen del *apartheid*; *k)* otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos... (Estatuto de Roma, 1998).

Los crímenes de lesa humanidad son una categoría más amplia que el genocidio. Y a veces pareciera que todo aquello que no cabe en el genocidio fuera crimen de lesa humanidad. En apariencia es cierto, pero hay que estar alerta, pues los crímenes de lesa humanidad cuentan con elementos propios que son necesarios para su configuración, y que sin ellos no se puede hablar de éstos. Es decir, para que una conducta pueda ser considerada en esta

---

<sup>44</sup> TPIY, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995 ("Tadic Interlocutory Appeal Decision"), La Haya, Case No. IT-94-1-AR72, disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>.

<sup>45</sup> *Ibidem*, párr. 141.

categoría debe cumplir con los requisitos que Werle divide correctamente en tres elementos: “i) se cometen como parte de un ataque sistemático o generalizado; ii) el ataque (no necesariamente militar) es en contra de la población civil; iii) y con el conocimiento de dicho ataque”.<sup>46</sup>

Tampoco debemos confundir los crímenes de lesa humanidad con violaciones, incluso flagrantes, de derechos humanos, porque su naturaleza es distinta, aunque en ocasiones tengamos enfrente conductas criminales que parezcan idénticas. La esencia de las violaciones de derechos humanos es que el individuo es víctima de los abusos del Estado o de sus omisiones, en sus representantes, que derivan en la violación de sus derechos humanos y requieren una reparación del Estado. Los crímenes de lesa humanidad tienen una naturaleza distinta, al hacer responsable penalmente al individuo natural y no a entes abstractos, como el Estado, aunque el primero actuara por conducto del segundo. Por eso, actos o conductas criminales, como la tortura como crimen de lesa humanidad, así como tortura como violación de derechos humanos, el tipo penal es distinto.<sup>47</sup> La tortura como violación de derechos humanos requiere que sea perpetrada por un representante del Estado y con el objetivo de obtener una confesión.<sup>48</sup> Mientras que los crímenes de lesa humanidad no necesariamente son cometidos por representantes del Estado, y tampoco con el fin exclusivo para sacar una confesión.<sup>49</sup>

Así, tampoco debemos confundir conductas criminales que den lugar a crímenes de guerra sólo porque se ataque a la población civil. Lo anterior, porque los crímenes de lesa humanidad no requieren de un nexo con un conflicto armado, ya que pueden darse tanto en teatros bélicos como en situaciones de paz. “Un ataque como crimen de lesa humanidad es distinto a un ataque en el artículo 8o. del Estatuto [Roma] como crimen de guerra. El ataque pudiera ser, aunque tampoco parte de una operación militar”,<sup>50</sup> porque los crímenes de lesa humanidad no exigen que el ataque a una población civil sea dirigido sólo en contra de civiles, sino que incluye a cualquier

---

<sup>46</sup> Werle, Gerhard, *Tratado de derecho internacional penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 5.

<sup>47</sup> Rocha Herrera, Mónica, “Tipos penales diferenciados en la Corte Penal Internacional y en los derechos humanos (ni los mismos delitos ni tampoco los mismos crímenes)”, *Revista del Centro de Estudios Superiores Navales*, 40 (2), abril-junio de 2019, pp. 73-99, disponible en: [https://cesnav.uninav.edu.mx/cesnav/revista\\_pdf/2019/2019-2.pdf](https://cesnav.uninav.edu.mx/cesnav/revista_pdf/2019/2019-2.pdf).

<sup>48</sup> Rodley, Nigel, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford Clarendon Press, 1987.

<sup>49</sup> Werle, Gerhard, *op. cit.*, pp. 505-507.

<sup>50</sup> CPI, *La Fiscal vs. Bosco Ntaganda, Situación en la República Democrática del Congo*, veredicto del 8 de julio de 2019, Caso No. ICC-01/04-02/06, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019\\_03568.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03568.PDF), párr. 662.

tipo de personas en una población civil.<sup>51</sup> El grupo protegido en la prohibición de crímenes de lesa humanidad es más amplio, al incorporar a grupos con otro tipo de identificación: “Lo que importa [en los crímenes de lesa humanidad] es el carácter colectivo del término”, donde el ataque a “una población civil conforme el artículo 7 (1) [del Estatuto] no puede ser entendido como limitado a una población definida de alguna u otra forma”,<sup>52</sup> ya que incluyen grupos tan diferenciados como los grupos políticos y de género, por ejemplo, aunque en este último rubro, el artículo 7 (3) del Estatuto de Roma alerta y dice que por el término “género” “se refiere a los dos sexos, masculino y femenino [no teniendo] más acepción que la que antecede”.

Los ataques “contra una población civil” deben ser generalizados o sistemáticos, conforme al artículo 7 (1) del Estatuto de Roma. De los elementos contextuales de ser de carácter generalizado o sistemático, sobresale que el primero es un elemento cuantitativo, y el segundo sugiere una acción por lo menos organizada, aunque no azarosa, de los ataques.<sup>53</sup> Sin embargo, es importante hacer notar que una vez que se tienen como probados los elementos contextuales de ser sistemáticos y/o generalizados, la muerte de un número menor de civiles dentro del contexto del ataque, digamos de un universo menor, un poblado o aldea, puede ser considerado como parte integral de este crimen.<sup>54</sup>

El Estatuto de Roma de la CPI es muy novedoso, e incluye en el artículo 7o. quiénes pueden ser responsables de cometer crímenes de lesa humanidad, figura que sus antecesores, el TPIY y el TPIR, no ofrecen, por lo que para la CPI los crímenes de lesa humanidad se pueden dar a partir “de una política de Estado o de una Organización”. “Política que puede consistir en un plan o diseño preestablecido, aunque puede también consistir en ac-

<sup>51</sup> *Ibidem*, párr. 669.

<sup>52</sup> *Ibidem*, párr. 667.

<sup>53</sup> TPIR, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Nahimana et al.*, sentencia, Arusha, Case No. ICTR-99-52-A, 2007, disponible en: <http://unict.unmict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-99-52/appeals-chamber-judgements/en/071128.pdf>; TPIR, Sala de Primera Instancia, *El Fiscal vs. Kayishema & Ruzindana*, sentencia, Arusha, Case No. ICTR-95-1.T, 1999, disponible en: <http://unict.unmict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-95-1/trial-judgements/en/990521.pdf>; CPI, *La Fiscal vs. Bosco Ntaganda, Situación en la República Democrática del Congo*, veredicto del 8 de julio del 2019, Caso No. ICC-01/04-02/06, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019\\_03568.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03568.PDF).

<sup>54</sup> TPIY, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Miroslav Deronjic*, sentencia, La Haya, Case No. IT-02-61-A, 2005, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/deronjic/acjug/en/der-aj050720.pdf>, párr. 109; TPIY, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Kordic & Cerkez*, sentencia, La Haya, Case No. IT-95-14/2-A, 2004, disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/kordic\\_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf), párr. 95.

ciones que se desarrollen o lleven a cabo por los perpetradores mientras las realizan”.<sup>55</sup> Acciones que, aunque se desarrollen en el curso de los acontecimientos, son recurrentes o sistemáticas, aunque no esporádicas. Lo mismo si son generalizadas, deben estar condicionadas por la multiplicidad de actos en contra de la población civil.<sup>56</sup> Actos como aquellos realizados por el UPC/FPLC (Unión de Patriotas Congoleños/Fuerzas Patrióticas por la Liberación del Congo) durante la primera y segunda campaña militar, entre ellos “asesinatos, violación, esclavitud sexual, traslado forzoso de civiles [que se constituyeron] en una sucesión lógica de eventos”.<sup>57</sup>

En lo que se refiere a qué se entiende por “organización” que pueda ser responsable de una política a fin de cometer crímenes de lesa humanidad, el Estatuto de Roma no lo define.<sup>58</sup> Han sido las salas de la CPI en su trabajo judicial las que han definido el término. De especial forma, la Sala de Cuestiones Preliminares II en la *Decisión de Apertura de Investigación para Kenia* conforme al artículo 15 del Estatuto —la fiscal actuando *motu proprio*— para Kenia (2010) definió a la organización no como un ente oficial, sino como una colectividad organizada con un propósito criminal común, que en palabras de la Sala pueden estar conformados por “organizaciones privadas esencialmente criminales”.<sup>59</sup> La Sala argumentó que no veía razones para distinguir patrones de conducta graves dirigidos por entidades estatales con los de grupos privados, porque lo que cuenta es “la capacidad de estos últimos de infringir los derechos humanos básicos”.<sup>60</sup> Por lo que para la CPI, las organizaciones privadas criminales que tengan una política son capaces de cometer crímenes de lesa humanidad.<sup>61</sup>

La Sala en Kenia dijo que esa violencia organizada puede provenir de entes no estatales, los cuales no son excluidos del Estatuto,<sup>62</sup> como se vio al decir “que la violencia no fue espontánea ni se trató de actos aislados, sino de una serie de ataques planeados, dirigidos y organizados por distintos grupos que incluían líderes locales, hombres de negocios y políticos asocia-

<sup>55</sup> CPI, *La Fiscal vs. Bosco Ntaganda, Situación en la República Democrática del Congo*, sentencia del 7 de noviembre de 2019, Caso No. ICC-01/04-02/06, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019\\_06674.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_06674.PDF), párr. 674.

<sup>56</sup> *Ibidem*, párr. 673.

<sup>57</sup> *Ibidem*, párr. 664, 691 y 692.

<sup>58</sup> SCPII, *Decisión de Apertura de Investigación para Kenia*, 2010.

<sup>59</sup> *Ibidem*, párr. 91.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párr. 90.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párr. 92.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párr. 117.

dos con los dos partidos políticos principales, así como de miembros de la policía”.<sup>63</sup>

De igual forma, la consideración de si un grupo criminal privado califica para ser organización capaz de cometer crímenes de lesa humanidad debe ser analizada caso por caso a la luz de factores como los siguientes:

...i) si el grupo está bajo un mando responsable o tiene jerarquía; ii) si el grupo posee los medios para atacar ampliada y sistemáticamente a la población; iii) si el grupo ejerce control efectivo de territorio; iv) si el grupo tiene objetivos criminales primarios en contra de la población; v) si el grupo tiene la intención explícita o implícita de atacar a la población civil; vi) si el grupo es parte de uno más grande.<sup>64</sup>

En lo concerniente al elemento del conocimiento del ataque, el elemento subjetivo del hecho exige dolo o intención para cometer los elementos objetivos o conductas criminales cuando se ataca a la población civil. Los estatutos del TPIY y del TPIR no lo definen, pero el Estatuto de Roma ya lo hace, y lo incluye en el artículo 30 (2), que define a una persona que actúa intencionalmente cuando: “a) en relación a [sic] una conducta, se propone incurrir en ella; b) ... se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”.

### 3. *Violaciones del derecho internacional humanitario y crímenes de guerra*

El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya constituyen lo que conocemos como “derecho internacional humanitario” o DIH.<sup>65</sup> El primero, dirigido a la protección de las personas y, el segundo, a los usos y costumbres en la guerra, así como en la reglamentación en el uso de armamentos. Los dos tribunales *ad hoc* incluyeron de manera específica al derecho de Ginebra y el Protocolo II de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, este último en el caso del TPIR. El TPIY incluyó en su Estatuto al derecho de La Haya, o las leyes y costumbres de la guerra. La violación de ambas, es decir, de las normas del DIH, fueron adoptadas en el artículo 8o. del Estatuto de Roma de la CPI como crímenes de guerra. Los crímenes de guerra son la tercera categoría incorporada en el Estatuto de Roma, y es la cate-

<sup>63</sup> *Ibidem*, párr. 117.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párr. 93.

<sup>65</sup> Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2010.

goría de crímenes más antigua, aunque no se tiene evidencia de que alguna persona haya sido llevada a juicio por estos crímenes antes de los juicios de Núremberg y de Tokio en 1946.<sup>66</sup>

Los crímenes de guerra sólo pueden cometerse en teatros bélicos, ya sea internacionales (guerras) o conflictos de carácter no internacional,<sup>67</sup> y al contrario de lo que usualmente se piensa, no sólo los combatientes pueden cometer este tipo de crímenes, sino también los civiles.<sup>68</sup> Hay evidencia de ello a partir de los hallazgos de los tribunales *ad hoc* TIPY y TPIR. Así se desprende de *El Fiscal vs. Musema* en el TPIR:<sup>69</sup> “Cualquier civil que sea accesorio en la violación de las leyes y costumbres de la guerra será responsable como criminal de guerra”.

El Estatuto de la CPI define a los crímenes de guerra de la siguiente forma: “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.<sup>70</sup> Los crímenes de guerra en el Estatuto incorporan en el artículo 8o., numeral 2, inciso (a), al derecho de Ginebra en las infracciones graves de los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, cuyas disposiciones están dirigidas a la protección de las personas, a los civiles que no forman parte de las hostilidades, a los heridos y a aquellas personas fuera de combate —*hors de combat*—, así como a los prisioneros de guerra. El inciso (b) incorpora el uso y costumbres de la guerra, que se refiere a los medios utilizados, así como a las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho de La Haya. El inciso (c) incluye la reglamentación en materia de conflictos armados que no sean de índole internacional, más precisamente, las violaciones graves del artículo 3o. común a los cuatro convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. El inciso (d) es

---

<sup>66</sup> Rocha Herrera, Mónica, *Evolución del derecho internacional penal de Núremberg y Tokio a la Corte Penal Internacional: sentando las bases de la justicia internacional*, Instituto de Investigaciones Estratégicas de la Armada de México, Centro de Estudios Superiores Navales de la Secretaría de Marina Armada de México, 2018, disponible en: [https://www.academia.edu/36545888/Evolucion\\_del\\_Derecho\\_Internacional\\_Penal\\_de\\_Nuremberg\\_y\\_Tokio\\_a\\_la\\_Corte\\_Penal\\_Internacional\\_Sentando\\_las\\_Bases\\_de\\_la\\_Justicia\\_Internacional](https://www.academia.edu/36545888/Evolucion_del_Derecho_Internacional_Penal_de_Nuremberg_y_Tokio_a_la_Corte_Penal_Internacional_Sentando_las_Bases_de_la_Justicia_Internacional).

<sup>67</sup> CPI, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, Situación en la República Centro Africana*, Caso. No., ICC-01/05-01/08, sentencia del 21 de marzo de 2016, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_02238.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF), párr. 128.

<sup>68</sup> Dinstein, Yoram, *op. cit.*

<sup>69</sup> TPIY, Sala de Primera Instancia, *La Fiscal vs. Alfred Musema*, sentencia, Arusha, Case No. ICTR-96-13-A, 2000, disponible en: <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-96-13/trial-judgements/en/000127.pdf>, párrs. 279 y 280.

<sup>70</sup> Artículo 8o. del Estatuto de Roma.



aclaratorio de que la regulación no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. El inciso (e) incluye a otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional.<sup>71</sup>

Los elementos contextuales de los crímenes de guerra refieren que obligatoriamente debe existir un nexo con el conflicto armado, ya sea internacional (guerra) o de carácter no internacional, así como la percepción del presunto perpetrador de que los crímenes se dan en el contexto del enfrentamiento bélico.<sup>72</sup> En este último aspecto es irrelevante si el perpetrador se da cuenta o no si el conflicto es una guerra o un conflicto armado no internacional. Lo que cuenta es que por lo menos entienda que hay un conflicto bélico en curso, donde varios factores determinan que este crimen se verifique, como si la víctima o el perpetrador tienen un papel en el conflicto armado; si los crímenes cometidos se hacen en el contexto de las obligaciones oficiales del perpetrador; o si los actos criminales cometidos sirven o son parte de un objetivo en la campaña militar.<sup>73</sup>

Respecto a este último aspecto, hay que recordar que en el caso de *La Fiscal vs. Germain Katanga*,<sup>74</sup> la CPI resaltó la contribución sustancial de este individuo al esfuerzo bélico por parte de la milicia *ngiti* al reforzar la capacidad militar de este último durante el ataque del 24 de febrero de 2003 en Bogoro. Según la Corte, Katanga fue un colaborador con conocimiento de lo que hacía, al haber sido intermediario de los vendedores de armas y la milicia que utilizó este equipo militar para cometer los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Su contribución como colaborador fue fundamental en la comisión de los crímenes, y por ello, fue encontrado culpable de crímenes de guerra.<sup>75</sup>

Finalmente, y de manera interesante, en este mismo numeral, en el inciso (f), se incorpora la definición de conflicto armado de carácter no internacional que se adoptó en el caso *El Fiscal vs. Tadić*, en el TPIY, hoy adoptada como una fórmula reconocida en el trabajo de la CPI.<sup>76</sup> La fórmula *Tadić*, que define conflicto armado de carácter no internacional se originó de una

<sup>71</sup> Rocha Herrera, Mónica, 2018, *op. cit.*, p. 31.

<sup>72</sup> CPI, *La Fiscal vs. Bosco Ntaganda*, *cit.*, párr. 698.

<sup>73</sup> CPI, *La Fiscal vs. Bosco Ntaganda*, *cit.*, párrs. 731-733.

<sup>74</sup> CPI, Sala de Primera Instancia II, *La Fiscal vs. Germain Katanga*, sentencia de conformidad al artículo 74 del Estatuto, Caso No: ICC-01/04-01/07 2014, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014\\_02618.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_02618.PDF).

<sup>75</sup> CPI, *La Fiscal vs. German Katanga*, resumen de la sentencia del 7 de marzo de 2014, SPI II.

<sup>76</sup> CPI, *La Fiscal vs. Bosco Ntaganda*, *cit.*, párr. 701.

decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY, la *Decisión sobre el Alegato de la Defensa en la Apelación Interlocutoria sobre Jurisdicción*,<sup>77</sup> hoy recogida en el artículo 8 (2) (f) del Estatuto de Roma, que a la letra dice: “se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos” (Estatuto de Roma, 1998). Es fundamental mencionar que la CPI ha indicado claramente que la definición de conflicto armado de carácter no internacional retomada de *Tadić* y contenida en el artículo 8 (2) (f) del Estatuto de Roma difiere con aquella del artículo 1o. del Protocolo II de 1977 (adicional a los Convenios de Ginebra de 1949), que en el caso de la primera supone un umbral más bajo, donde no es necesario el control de territorio ni tampoco el estar bajo un mando responsable para definir a un grupo armado.<sup>78</sup>

Según la CPI, la definición en el artículo 8 (2) (f) del Estatuto de Roma tampoco requiere que el Estado reconozca el estatus de beligerancia, pues si los grupos armados cumplen con los requisitos de grado de organización y nivel de intensidad requeridos por las partes en conflicto, se puede determinar la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional.<sup>79</sup>

## VII. CONCLUSIONES

La creación de los tribunales *ad hoc*, el TPIY y el TPIR, por el Consejo de Seguridad de la ONU en 1993 y 1994, respectivamente, significaron un avance en el desarrollo del derecho internacional penal, que culminó con la creación de la Corte Penal Internacional en 1998. La idea de que la responsabilidad penal individual, y no de entes abstractos como el Estado, debe ser investigada, probada y, en caso de existir, castigada, vio en el trabajo de los tribunales *ad hoc* un avance monumental, al ser su jurisprudencia citada y retomada, reflejando en muchos casos principios generales de derecho y costumbre internacional. Tanto la CPI como los tribunales híbridos, mixtos o internacionalizados, así como los tribunales internacionales de derechos humanos, como la CoIDH, han retomado la experiencia y el trabajo de los tribunales

<sup>77</sup> Sala de Apelaciones del TPIY, *Decisión sobre el Alegato de la Defensa en la Apelación Interlocutoria sobre Jurisdicción*, 1995, párr. 70.

<sup>78</sup> CPI, Sala de Primera Instancia I, *La Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia de conformidad al artículo 74 del Estatuto, No. ICC-01/04-01/06, 2012, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012\\_03942.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03942.PDF), párr. 536; CPI, *El Fiscal vs. Bemba Gombo*, *cit.*, párr. 134.

<sup>79</sup> CPI, *El Fiscal vs. Lubanga*, *cit.*, párr. 536.

*ad hoc*. Los primeros para orientar, así como para establecer conforme a sus estatutos la responsabilidad individual de los acusados en la *ratione materiae* de su competencia, a decir y a grandes rasgos, en el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Los segundos, es decir, los tribunales internacionales de derechos humanos, como la CoIDH, para definir los rasgos y el sentido de las leyes de la humanidad a fin de proteger la dignidad de la persona humana. Los puntos de encuentro en el DDHH y el DIP son frecuentes, como aquí se ha explicado, pero sus campos de acción, su jurisdicción y su competencia son distintas.

Se ha combatido en este ensayo la idea de deslegitimar a los tribunales *ad hoc*, confundiendo su origen con el de los tribunales internacionales militares de Núremberg y de Tokio de 1946. Los detractores de los tribunales *ad hoc*, TPIY y TPIR, afirman, sin pruebas, que los tribunales *ad hoc* violaron los principios de legalidad *nullum crime sine lege* y *nulla poena sine lege*, como aquellos tribunales de la segunda posguerra mundial creados por los aliados, donde ningún nacional de esas potencias victoriosas de la guerra fue juzgado. Como se ha argumentado aquí extensamente, no hay sustento legal para afirmar que los tribunales *ad hoc* violaron los principios de legalidad, pues para comenzar, la *ratione materiae* de sus estatutos, a decir, los crímenes internacionales de su competencia, ya habían alcanzado el estatus de fuente de derecho internacional en la costumbre internacional y, por tanto, obligatorio en su observancia para los Estados. Para decir esto, hay autoridad, como se ha demostrado ampliamente, al haber sentencias contenciosas y consultivas de la Corte Internacional de Justicia previas a la creación de los tribunales *ad hoc*, donde se establece que tanto el genocidio como el edificio jurídico del derecho de Ginebra y del derecho de La Haya, o bien el DIH ya eran parte de la costumbre internacional, por lo que es irrelevante que los estados hubieran suscrito o no los tratados correspondientes, como los cuatro convenios de Ginebra de 1949 o la Convención de Genocidio de 1948.

Respecto a los crímenes de lesa humanidad como parte de la costumbre internacional, tiene su fundamento legal en la historia de estos crímenes, cuyos preceptos se encuentran en los principios fundamentales en el DIH, que prohíbe los ataques a la población civil. El núcleo de la norma o bien jurídico protegido en los crímenes de lesa humanidad es la población civil, cuyos ataques están prohibidos de manera consuetudinaria desde los preámbulos de las convenciones de La Haya de 1899 y de 1907, respectivamente. Lo anterior se reafirmó durante los juicios de Núremberg y Tokio de 1946 ante el horror que significó la muerte de millones de personas civiles durante la Segunda Guerra Mundial. Los tribunales *ad hoc* de 1993 y 1994 no hicieron más que reiterar en su jurisprudencia el carácter consuetudinario de esta

prohibición decantada como categoría aparte desde los juicios de Núremberg en 1946 en la Carta de Londres en su artículo 6o. Los tribunales *ad hoc*, TPIY y TPIR, en su extensa jurisprudencia han afirmado que los crímenes de lesa humanidad aplican a los actos dirigidos en contra de la población civil. Que existe una prohibición absoluta en atacar a los civiles de conformidad con la costumbre internacional. Que, recordando el derecho de Ginebra con sus convenios de 1949 y sus protocolos adicionales, que incorporan qué se entiende por población civil, reflejan costumbre internacional, siendo estas consideraciones relevantes en los estatutos de ambos tribunales en materia de crímenes de lesa humanidad.

A ello, hay que agregar que a lo largo del siglo XX la *opinio juris* en el seno de la Asamblea General de la ONU en sus resoluciones desde 1946, en su agenda y múltiples esfuerzos por décadas, a través de la Comisión de Derecho Internacional en su camino hacia la creación de consensos para construir la CPI, así como en la adopción de tratados como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1970, no hicieron más que reafirmar el carácter obligatorio de la prohibición de estos crímenes, así como su imprescriptibilidad. Lo anterior, reafirmado de manera paralela y a lo largo de los años en la jurisprudencia de tribunales de derechos humanos, como la CoIDH y la Corte Europea de Derechos Humanos. Todos estos esfuerzos en derecho positivo y consuetudinario, claramente previos a la adopción de los estatutos de los tribunales *ad hoc* de 1993 (TPIY) y 1994 (TPIR).

Asimismo, se argumentó ampliamente en este ensayo que no es sustentable afirmar que la creación de los tribunales *ad hoc* fue exclusivamente un acto de fuerza por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, órgano ejecutivo y político de esta organización. Aceptar lo anterior nos dejaría en el debate político solamente de un asunto que tiene una implicación y un valor jurídico monumental, al haber estos tribunales contribuido con su jurisprudencia a la delineación de la fisonomía que conocemos hoy del DIP y los tribunales penales internacionales, incluida la CPI. Los tribunales *ad hoc* fueron creados conforme a las competencias del Consejo de Seguridad en la Carta de la ONU en los capítulos V, VI y VII. El artículo 29 expresa con claridad que este órgano ejecutivo puede crear los organismos subsidiarios que estime pertinentes para ejercer sus funciones, y eso incluye funciones jurisdiccionales, al no haber mención en contrario, por lo que el nacimiento de los tribunales *ad hoc*, contrariamente a lo que sus detractores argumentan, se sustenta no sólo en sus estatutos, sino en el artículo 29 de la Carta de la ONU, que data de 1945, décadas antes de la creación de los tribunales *ad*

*hoc*. A todo esto hay que añadir que la Carta, en su artículo 25, recuerda que las decisiones del Consejo de Seguridad son obligatorias para los Estados miembros, lo que reafirma la legalidad y legitimidad de los tribunales *ad hoc*, cuya existencia es producto de dos resoluciones de este órgano, cuya acción se sustenta en la propia Carta de la ONU, lo cual es contundente.