

Duda Razonable^(*)

EL CASO CONTRA EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

FOR GARY T. DEMPSEY^(**)

Resumen Ejecutivo

En Julio de 1998 representantes de gobiernos y organismos no gubernamentales se reunieron durante cinco semanas en una conferencia internacional en Roma, Italia, con el propósito de elaborar un tratado para establecer un Tribunal Penal Internacional. La misión de dicho Tribunal es procesar a las personas acusadas de los crímenes internacionales más graves, tales como los crímenes de guerra, los de lesa humanidad, genocidio o agresión. Con 128 artículos y un proceso de enmienda abierto, el tratado del Tribunal está repleto de posibilidades alarmantes y temas no resueltos.

Específicamente, el Tribunal amenaza con disminuir la soberanía de EE.UU., producir una justicia arbitraria y altamente politizada, y convertirse en un monstruo jurisdiccional. Algunos de los defensores de la corte quieren concederle autoridad para procesar crímenes relacionados al narcotráfico y "crímenes de Internet", así como otros delitos sin definición clara como "graves amenazas al medio ambiente" y "graves ofensas a la dignidad personal". Aún si el Tribunal no recibe inicialmente una autoridad tan expansiva, existe un preocupante y enorme potencial para su expansión jurisdiccional. Más aún, parece que muchas de las garantías legales de que gozan los ciudadanos norteamericanos bajo la constitución de EE.UU. serían suspendidas si ellos tuviesen que comparecer frente al Tribunal. Las protecciones constitucionales en peligro incluyen la prohibición contra el doble juzgamiento, el derecho a un proceso con un jurado imparcial, y el derecho del acusado de confrontar a los testigos que están en su contra.

Por éstas y otras razones, el Senado y la Cámara de Representantes de los EE.UU. tienen el fundamento suficiente para rechazar la ratificación y el apoyo al Tribunal Penal Internacional. No obstante, si el Congreso sigue adelante con el tratado, abrirá una caja de Pandora que involucra dificultades legales y desafíos políticos.

Introducción

El 17 de Julio de 1998 funcionarios gubernamentales y delegados de los organismos no gubernamentales de todo el mundo, dieron por finalizada una conferencia de cinco semanas en Roma, Italia, con el propósito de dar los toques finales a un tratado que estableciera el Tribunal Penal Internacional. Según el proyecto de estatuto, que fue concluido en las Naciones Unidas a principios de año, el Tribunal estará autorizado para conducir procesos a personas acusadas de "los crímenes internacionales más graves de interés para la comunidad internacional", tales como crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio o agresión.¹ No obstante, con 116 artículos y 200 opciones de redacción debatidas por más de 100 países y organizaciones, la conferencia de Roma ha creado toda una monstruosidad legal.

El primer debate importante sobre la creación de un Tribunal Penal Internacional permanente se inició después de la creación de las Cortes de Nuremberg y Tokio después de la 2da. Guerra Mundial. A la par con la elaboración de la Convención sobre Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio (1948) y las diversas Convenciones de Ginebra (1949), la Asamblea General de las Naciones Uni-

* Agradecemos al Dr. Britique Ghersi, por la cesión del presente artículo para su publicación.

** Gary T. Dempsey es un analista de política exterior del Cato Institute y coautor del próximo libro: "Foot's Grands: Washington's Recent Encounters with Nation Building".

1 Estatuto borrador del TPI se encuentra en: www.un.org/ict.

das solicitó a la Comisión de Derecho Internacional, organismo encargado de codificar el derecho internacional, examinar la posibilidad de crear una corte penal internacional permanente. A principios de los años cincuenta, la Comisión de Derecho Internacional había elaborado dos borradores de estatuto, pero el proyecto fue abandonado cuando parecía evidente que el clima político de la Guerra fría haría inviable dicho corte.

En 1989, la delegación de las Naciones Unidas de en Trinidad y Tobago revivió la idea de establecer una corte penal internacional, al proponer la creación de un organismo judicial mundial con capacidad para juzgar los crímenes relacionados con el narcotráfico internacional. Mientras que la Comisión de Derecho Internacional reanudaba el trabajo elaborando un estatuto del TPI, las Naciones Unidas creó tribunales penales internacionales temporales para que vean los casos de crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio cometidos durante los recientes conflictos en la ex Yugoslavia y Ruanda.

La Comisión de Derecho Internacional presentó un proyecto de estatuto del TPI a la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1994, recomendando que se convocara a una conferencia internacional para finalizar el tratado. Dos años después, la Asamblea convocó a un comité preparatorio para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional que permitió a los estados miembros de las Naciones Unidas y organismos no gubernamentales iniciar las negociaciones preliminares sobre el texto del estatuto. El comité preparatorio, a lo largo de seis sesiones, durante más de dos años, finalizó un proyecto de estatuto que fue enmendado el 3 de abril de 1998. El propósito de la conferencia de Roma que concluyó el 17 de julio de 1998 era tratar los temas aún no resueltos en el proyecto de estatuto.

El modelo de Nuremberg no es aplicable

Es común que los defensores del TPI argumenten que éste funcionará igual que el tribunal permanente de Nuremberg.² De hecho, la ciudad de Nuremberg, donde 21 nazis fueron procesados por haber participado en la muerte de más de 20 millones de personas, inició una seria campaña para convertirse en la sede permanente de la corte.³ No obstante, la comparación con Nuremberg no pasa

una revisión cercana. Según John R. Bolton, ex secretario de estado adjunto para asuntos de los organismos internacionales: "Cuando se plantea la idea de un tribunal de crímenes de guerra, se cita definitivamente el modelo de Nuremberg. No obstante, un Tribunal Penal Internacional no será similar a Nuremberg".⁴ En efecto, explica Bolton, hoy que tomar en cuenta cómo se desarrollaron los procesos de Nuremberg. Estos vivieron después de la rendición política y militar incondicional de los poderes del Eje; se tenía bajo arresto a los posibles acusados; y ya se disponía de evidencia física y documental. Más aún, los aliados compartían una visión común de cómo debía ser un gobierno de post ocupación de los pueblos derrotados apoyaban la legitimidad de los procesos de los crímenes de guerra. Basta recordar la historia para ver la diferencia que era Alemania y los tribunales de Nuremberg de los casos contemporáneos. Tales como el tribunal de Bosnia y Yugoslavia, en los que "muchos acusados importantes no se encuentran bajo arresto y la evidencia se manipula, esconde y destruye de forma abierta."⁵

Alfred P. Rubin, profesor de derecho internacional de la Escuela de Derecho y Diplomacia Fletcher en Tufts University, tiene una visión similar acerca de la comparación con Nuremberg. Declara que: "Este un precedente frecuentemente citado para utilizar un tribunal legal y la noción de crímenes de guerra para establecer la "justicia" en un orden legal que parece incapaz de aplicar reglas que los observadores consideran esenciales: Nuremberg. Pero este precedente falla porque las dos situaciones no son análogas... Nuremberg fue un tribunal de los vencedores".⁶ Rubin agrega que en Nuremberg los archivos nazis capturados estaban abiertos para la defensa así como para la acusación. El tribunal de Nuremberg estuvo también en medio de la Alemania y su mayor éxito fue exponer al pueblo alemán los crímenes cometidos por su gobierno. Pero el TPI propuesta no es un tribunal de vencedores; estará permanentemente ubicado en La Haya, Holanda, y encontrará muchos de los problemas tratados por la corte de Yugoslavia. Rubin explica que:

Los documentos y testimonios requeridos para una defensa eficaz son difíciles de exponer y de presentar al tribunal; no hay razón alguna para esperar que los serbio-bosnios publiquen sus archivos internos, y tampoco para pensar que los serbios de

2 Ver, por ejemplo, Sachithanandam, *Impunity*, 115 *Harvard World Criminal Court Plan*, *Times of India*, 23 de abril, 1992; y Henkin, Dagan and Martin Halperin, *Justice after Genocide*, *Washington Post*, 13 de mayo, 1998, p. A12.

3 Christopher Lockett, *International Nuremberg Site to House World War Crimes Court*, *Daily Telegraph* (London), 29 de abril, 1998, p. 16.

4 John R. Bolton, *An International Criminal Court Won't Work*, *Wall Street Journal Europe*, 30 de marzo, 1998, p. 10.

5 *Ibid.*

6 Alfred P. Rubin, *Balkan, Bosnia and the Limits of Law: National Interest* 46 (Inverno 1995-97): 46.

Serbia deseen que dichos archivos, o los actos de su Gabinete que contengan información sobre dichos archivos, sean expuestos. Tampoco existe razón alguna para pensar que los musulmanes de Bosnia o los croatas voluntariamente presenten sus propios archivos que podrían exculpar a algunos acusados de menor nivel por incriminar a los funcionarios de mayor nivel.⁷

No obstante, muchos defensores del TPI sugieren que la existencia del Tribunal tendrá algún efecto disuasivo sobre los futuros criminales de guerra. El ex presidente Jimmy Carter, por ejemplo, ha dicho que: "lo más importante de saber que el Tribunal Penal Internacional existe sería, creo yo, que es un gran elemento disuasivo para aquellos que se inclinarían por perpetrar dichos crímenes".⁸ Igualmente, Norman Darsen del Comité Legal de Derechos Humanos y Morton Halperin del Fondo del Siglo XXI sostienen que el TPI es necesario para "disuadir a aquellos que contemplan cometer crímenes horrendos".⁹ Pero no existe razón empírica de que éste sea el caso de que un tribunal vaya a reducir la cantidad de amenazas a la paz y seguridad internacional. En todo caso, lo contrario podría ser cierto: los criminales de guerra probablemente no quedarán renuciantes al poder y se verán malvidos a adquirir armas de destrucción masiva como una póliza de seguro para sí mismos o para sus comandantes, en caso de ser llevados ante el tribunal.

Complementariedad y Soberanía Disminuida

Los defensores del TPI también sostienen que el Tribunal debe ser complementario y no sustitutivo de los sistemas judiciales penales nacionales. En teoría, el Tribunal iniciará acción sólo cuando los tribunales nacionales no lleguen a cumplir con sus responsabilidades legales. En efecto, el preámbulo al proyecto de estatuto del TPI establece que el Tribunal "debe ser complementario a los sistemas judiciales penales del país en aquellos casos en que los procesos judiciales no sean posibles o puedan ser ineficaces".¹⁰ No obstante, determinar la "inefectividad" de un sistema nacional es una de las áreas oscuras donde el TPI pierde sus fundamentos. Efectivamente, si el TPI invalida los juicios nacionales al decidir qué es lo que resulta ser un proceso "eficaz" o "no eficaz", ejercerá un tipo de poder judicial de revisión sobre todos los sistemas

judiciales penales nacionales. En otras palabras, el TPI ejercerá una vigilancia judicial suprema de facto. Si, por otro lado, el TPI no puede reemplazar fácilmente a los tribunales nacionales, el estado que desee evitar que sus soldados sean procesados por crímenes de guerra por el TPI sólo requerirá iniciar un proceso simulado o aprobar una ley que virtualmente los absuelva.¹¹ Si los estados quedan impunes después de estas medidas, desaparece la lógica que sustenta un tribunal de este tipo.

Por supuesto que los defensores de la TPI no tienen intención de permitir los procesos simulados ni tolerar cambios legales en un entorno doméstico que podría liberar de apuros a un criminal de guerra. Pero en tanto que decide qué es lo que considera un proceso penal nacional "eficaz" o "ineficaz", el TPI indirectamente estaría obligando a los estados a adaptar sus normas legales, arriesgándose éstas a que se presenten sus casos ante el Tribunal Internacional. Esto constituye un cambio sin precedentes en las fuentes de la legislación nacional, que menoscaba la noción tradicional de soberanía de un estado.

Pero este prospecto de soberanía menoscabada no preocupa a muchos defensores del TPI. La especialista legal Sandra Jamson, por ejemplo, afirma que los EE.UU. y otras naciones deben estar preparados para ceder su soberanía tradicional en búsqueda de un tribunal poderoso. "La doctrina absoluta de que un estado es supremo en su propia autoridad y no necesita tomar en cuenta los asuntos de otras naciones", declara, "ya no es sostenible".¹² Igualmente, Lloyd Ashworthy, ministro de relaciones exteriores de Canadá y defensor del Tribunal sostiene que:

Las Naciones Unidas están frente al gran dilema de decidir si intervenir en las crisis humanitarias graves o respetar la soberanía nacional. Por el momento, se ha respondido mayormente en forma ad hoc, aunque teniendo siempre presente las terribles lecciones de África Central y la ex Yugoslavia. A pesar de ello, están surgiendo gradualmente nuevas formas de pensamiento que abordan este dilema: un elemento clave de este nuevo pensamiento es lo que se llama "seguridad humana". Esencialmente, se trata de qué los objetivos de seguri-

7. *Ibid.*

8. Jimmy Carter, *Breitbart.com*, *Chil Morning News*, 15 de abril, 1998.

9. *Darsen and Halperin*.

10. Si el Tratado de Versalles de 1919 permitiera la instauración de un tribunal internacional para cometer o juicio a los oficiales de grupos mercenarios por su rol en la Primera Guerra Mundial, habría una lista con cientos de sospechosos. Alemania hizo una contrapropuesta para lograr que la Corte Suprema alemana fuera la que juzgara. La oferta fue aceptada por los vencedores, pero los tribunales establecidos en Leipzig en 1921, resultaron ser una farsa: de 901 procesos, 888 fueron sobreseídos o terminados en acuerdos. Ver "Tipping the Scales of Justice" de Tina Rosenberg, *World Policy Journal*, no 3 (1995): 55-64.

11. Jandra L. Jamson, *Is Permanent International Criminal Court: A Proposal That Overcomes Past Objections*, *Dartmouth Journal of International Law and Policy*, no. 23, (1995): 432.

dad se han de formular y lograr principalmente en términos de las necesidades humanas y no del estado ... [Se parte de] la premisa de que la amenaza a la vida y a la situación de millones de personas debe prevalecer sobre los intereses de la seguridad nacional y militares.¹²

Y la juez Gabrielle Kirk McDonald, magistrada norteamericana del Tribunal que ve el caso de Yugoslavia, admite que el TPI crea tensiones entre la "soberanía de estado y el orden mundial", pero insiste que el TPI debe emplear "un elemento de coacción" con el fin de "reparar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional".¹³ La magistrada McDonald añade que el tratado de la TPI "debería ser de principios y no de detalles. Ha de tener un estatuto flexible basado en los principios que el Tribunal pueda desarrollar de acuerdo con las circunstancias y brindar una orientación suficiente para establecer un marco internacional para que el Tribunal cofite opere."¹⁴

La Amenaza de la Jurisdicción Expansiva

¿Pero cómo va a juzgar el público los méritos del TPI si sus defensores, tales como la magistrada McDonald, no desean explicar los detalles? Especialmente dado el hecho de que muchos defensores del Tribunal no desean limitar el alcance del TPI a los crímenes básicos de guerra, lesa humanidad, genocidio y agresión. Desean también transferir los abusos de derechos humanos que no son de guerra y la actividad criminal internacional al dominio del Tribunal. Más aún, el estatuto del TPI tiene términos explícitos que permiten que un proceso de enmienda comience siete años después de ser aplicado por el TPI, dejando así efectivamente la jurisdicción del Tribunal como una interrogante de interpretación abierta.

Dicha interpretación abierta del TPI es preocupante. Amnistía Internacional, un organismo no gubernamental que respalda el establecimiento del TPI, declara no sólo que el Tribunal debe administrar los crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidio y agresión, sino también que "los perpetradores de violaciones a los derechos humanos deben ser procesados".¹⁵ Con esta opinión, se elevaría la detención ilegal y la encarcelación po-

lítica a la categoría de crímenes de guerra. Aunque dichas actividades son deplorables, incluidas en la jurisdicción del TPI establecería el precedente de que el Tribunal internacional ejerce una jurisdicción "complementaria" no sólo sobre los crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidio y agresión, sino también sobre asuntos pertenecientes a la aplicación doméstica de la ley y la seguridad interna.

Algunos defensores del TPI quieren incluir el "terrorismo" y el "narcotráfico internacional" bajo la jurisdicción del Tribunal.¹⁶ Pero el Departamento de Justicia está preocupado de que esto pueda interferir con las operaciones contra el crimen de la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) y de la Agencia contra el Narcotráfico (DEA), especialmente si los investigadores del TPI expresamente conducen investigaciones de competencia. Para evitar este problema el FBI y la DEA podrían informar al TPI sobre sus investigaciones, pero el informar a una organización externa sobre el trabajo confidencial de dichas agencias incrementaría el riesgo de seguridad de que la información confidencial sea intencionalmente filtrada y el investigador encubierto se vería comprometido. Más aún, al someter el narcotráfico a la jurisdicción del Tribunal, se encubre aún más la mal concebida guerra contra los drogas y se da lugar a otro obstáculo para la reconsideración de la prohibición de drogas y sus alternativas.

Otros desean castigar severamente el uso de Internet en actividades criminales clasificando dichas actividades a través del World Wide Web como un crimen universal, similar genocidio a los crímenes de guerra. Pino Arlacchi, jefe de la Oficina de Naciones Unidas contra el Narcotráfico y para la prevención del Crimen, con sede en Viena, declara que su oficina ha estado explorando la denominada "jurisdicción universal" en los crímenes de Internet debido a que estas actividades en el ciberespacio evaden fácilmente los límites tradicionales de jurisdicción nacional. Debido al carácter global de los crímenes en Internet, Arlacchi declara, "es extremadamente difícil encominar un caso en una jurisdicción precisa. Pensamos que el problema no está orientado hacia una jurisdicción universal."¹⁷

12. Lloyd Axworthy, *The New Diplomacy: The UN, the International Criminal Court, and the Human Security Agenda*, Discourse pronunciado en el Kennedy School of Government, Harvard University, Cambridge, Mass., 25 de abril, 1998.

13. Chado en Charles Tinshear, *American Heads War Crimes Tribunal*, Washington Post, 12 de abril, 1998, p. A22; y Gabrielle Kirk McDonald, discurso del 11 de agosto durante la sesión del Comité Previo al Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 15 de agosto, 1998, Sede de las Naciones Unidas, New York.

14. *Ibid.*

15. Amnistía Internacional, *The Quest for International Justice: Time for a Permanent International Criminal Court*, July 1995, www.amnesty.org/avenit/cia/doc/400495_1.htm.

16. Ver Article 3 del borrador del estatuto de la TPI.

17. Chado en twin A&E, *UN Aide Wants Web Drug Crime Pursued like Genocide*, Reuters, 22 de junio, 2000.

Algunos defensores del TPI desean que el Tribunal tenga jurisdicción sobre diversos "crímenes" nuevos, incluyendo las "serias amenazas al medio ambiente ... [tales como] los desastres de Chernobyl y Bhopal".¹⁸ Los partidarios del Tribunal, no obstante, reconocen que muchos países proceden con cautela cuando tienen que trasladar a sus funcionarios gubernamentales, líderes empresariales y ciudadanos ante un tribunal internacional. Por ello, han tomado la decisión expresa de no presionar para añadir más crímenes no esenciales a la esfera del Tribunal hasta después que el tratado sea ratificado. Donald W. Shriver Jr., quien dirige un grupo de seguidores que apoyan la creación del Tribunal Penal Internacional, explica:

Nunca tendremos un TPI ni ningún otro tribunal mundial eficaz si las grandes potencias insisten en ser los jueces de sus propios casos. Esta resistencia compartida por otros es un argumento en sí para mantener una lista de crímenes de lesa humanidad más bien corta al principio, para que la comunidad internacional emplee a distinguir entre los criminales ordinarios y los extraordinarios.¹⁹

Un Preocupante Legado de Desgobierno

Efectivamente, hay costos no previstos relacionados con las operaciones administradas por las Naciones Unidas. El historial del Tribunal de Ruanda es desalentador. En 1997, por ejemplo, el inspector general de las Naciones Unidas, Karl Paschke, descubrió que había gran derroche e incompetencia en la oficina principal de administración del Tribunal de Ruanda en Arusha, Tanzania. También mencionó la negligencia en la aplicación de los problemas por parte de los funcionarios de las Naciones Unidas en Nueva York. Paschke concluyó que el Tribunal era disfuncional en todas las áreas administrativas. Entre sus hallazgos están:

- Un fondo en efectivo en las oficinas del Tribunal en Arusha y en Kigali, Ruanda, que algunas veces llegaba al importe total de US\$600.000 que no tenía reglas escritas para su desembolso.
- Procedimientos de planilla tan irregulares que algunas veces parte del personal no recibía su sueldo en meses, mientras que otra parte del personal recibía el doble de lo que le correspon-

día, por el mismo trabajo. Un miembro del personal tenía su contrato extendido mientras que adeudaba a Naciones Unidas US\$34.000 por pagos indebidos.

- Los administradores contrataban rutinariamente a empleados que no cumplían con los requerimientos de las Naciones Unidas, incluyendo un director de finanzas que no tenía diploma de finanzas, contabilidad o administración y un jefe de logística que no tenía experiencia en los procedimientos de logística de las Naciones Unidas.
- Andrónico Adede de Kenya, administrador jefe del Tribunal se pasaba la mitad del tiempo viajando por la región por razones oficiales, lo cual lo mantenía alejado de los problemas del Tribunal.²⁰
- Un avión fielado por US\$27.000 voló para recoger a unos sospechosos detenidos en un país de África Occidental pero regresó vacío porque no se había efectuado ningún acuerdo para que ese país entregara a los prisioneros.²¹

Desafortunadamente, tales abusos e incompetencia eran consistentes con un amplio y triste patrón de conducta en las Naciones Unidas. En Mayo de 1998, Paschke emitió un informe describiendo la gran corrupción y amiguismo entre los funcionarios de adquisiciones de las Naciones Unidas en Angola que gastaban millones de dólares. "Las auditorías revelaban graves deficiencias administrativas y aparentes incumplimientos de las normas financieras, así como incorrecciones e irregularidades en los procesos de adquisiciones", declaró Paschke.²² Entre sus otros hallazgos están:

- Algunos funcionarios de las Naciones Unidas trataron de emitir órdenes de compra innecesarias por más de US\$15 millones a intermediarios que habían cobrado enormes comisiones.
- Muchas viajes rápidos para realizar compras en Sudáfrica costaron más de US\$1 millón cada uno.
- Compradores de las Naciones Unidas pagaron casi US\$7 millones por equipos de inferior categoría al requerido y luego tuvieron que pagar US\$1 millón adicional para hacerlo funcionar.²³

18. *Id.*; Delegatas Differ on Whether Solute of International Criminal Court Should Cover Crime of 'Aggression'.

19. Donald W. Shriver Jr., *The International Criminal Court: Its Moral Urgency & Monitor*, no. 7, www.igc.org/icc/monitor.htm, Enlace actualizado.

20. Craig Turner, *Ruanda War Crimes Tribunal Mismanaged*, Report Says, *Los Angeles Times*, 13 de febrero, 1997, p. A8.

21. John N. Goshko, *UN Probe Finds Mismanagement, Waste in Rwanda War Crimes Tribunal*, *Washington Post*, 13 de febrero, 1997, p. A21.

22. George Aichbold, *UN Official: Wasted Millions on Supplies*, *Washington Times*, 29 de mayo, 1998, p. A1.

23. *Ibid.*

Interferencia con las Operaciones de Pacificación

El Artículo 75 del estatuto del TPI está dirigido a establecer los principios relacionados con las indemnizaciones a las víctimas, incluyendo restitución y compensación.²⁴ Permitir que el TPI atorgue indemnizaciones podría fácilmente desestabilizar las operaciones de pacificación. Por ejemplo, si el Tribunal decide que los líderes de una facción anteriormente opuesta deben pagar indemnizaciones a devolver un territorio conquistado a los miembros de otra facción, las tropas de pacificación podrían encontrarse en una posición complicada de aplicar o no aplicar la sentencia del Tribunal. De cualquier forma, a una facción le molestaría y los pacificadores se encontrarían en medio de esto.

También existe la preocupación de que el TPI pueda socavar los esfuerzos por resolver conflictos internacionales. Por ejemplo, si el Tribunal procesa a los líderes de una facción opuesta mientras que EE.UU. trata de conducir conversaciones de paz, dicha facción podría responder rechazando el plan de paz resultante o manteniéndose fuera de la mesa de negociaciones. Este resultado llevaría a más muerte y destrucción, no menos, como sostienen las defensoras del Tribunal. Según el enviado británico David Owen, se desarrolló un escenario parecido en Bosnia en 1993 cuando Serbia rechazó el plan de paz Vance-Owen, por miedo a que sus crímenes de guerra fueran descubiertos si no lograban una victoria total.²⁵ El resultado fue que la guerra se prolongó por 18 meses más.

También existe la posibilidad sutil que el TPI interfiera indirectamente en la forma que se conducen las operaciones de pacificación cambiando la dinámica de las decisiones militares y el enfoque de la responsabilidad en el control. En diciembre de 1997, por ejemplo, surgió un conflicto entre Francia y el Tribunal de Yugoslavia. El ministro de defensa, Alain Richard, declaró que Francia se negaría a permitir que sus miembros del ejército que sirvieran en las fuerzas de pacificación multinacional durante la guerra en Bosnia respondiesen a ordenes de comparecencia y testificaran ante un tribunal sobre los crímenes que habían presenciado entre las fuerzas serbias. Explicó que Francia no deseaba exponer a sus uniformados a un posible interrogatorio hostil durante el cual se pondrían en cuestión las decisiones de los oficiales franceses en situaciones de combate. Si Francia hubiese aceptado este interrogatorio, sus comandantes empezaron en el

futuro a tomar decisiones de combate basadas en cómo un fiscal del TPI las interpretaría, dejando de lado aquello que es de interés para la seguridad o ventaja militar de las soldados bajo su mando.²⁶

El Problema de la Agresión

Aunque el crimen de "agresión" está incluido en la jurisdicción del TPI, el tratado posterga la definición de aquella conducta que constituye agresión, y así de acusar un crimen como tal hasta que el Tribunal esté establecido y funcionando por varios años. Sin embargo, hay algunas indicaciones de cómo el TPI va a definir la agresión. De acuerdo con el texto propuesto en el borrador del estatuto del TPI, el término "agresión" podría incluir tales temas como el "bombardeo de las fuerzas armadas de un Estado contra el territorio de otro Estado" y "el bloqueo de los puertos o las costas del Estado por las fuerzas armadas de otro Estado". Sin embargo, incluir dichos actos como crimen de "agresión" podría reducir enormemente las opciones militares disponibles de los EE.UU. al proscribir ataques preventivos y el tipo de bloqueo naval que empleó el Presidente Kennedy durante la crisis de los misiles cubanos. Efectivamente, esto otorga de manos a los políticos de los EE.UU. que toman las importantes decisiones de seguridad nacional. Tal como lo explicó el portavoz del Departamento de Defensa, Kenneth Bacon: "Lo que nos preocupa es que el Tribunal no se establezca de forma tal que atorgue amplia autoridad y busque una vaga definición de agresión que podría confundirse con una legítima acción defensiva para proteger nuestros intereses de seguridad nacional o los intereses de seguridad nacional de otros países, aquellos que apoyan la idea de establecer un Tribunal Penal Internacional."²⁷ Más aún, en un memo de tres páginas que circuló entre los agregados militares extranjeros en marzo de 1998, el Pentágono declaraba que:

Nos preocupa que un TPI sin los límites apropiados, así como un sistema de control y balance, podría ser utilizado por algunos gobiernos y organismos para fines políticos. Entendemos la intención laudable de algunos en pro de la inclusión de una ofensa de "agresión" en el estatuto. Sin embargo, esta ofensa es necesariamente de carácter político, y su inclusión sólo fomenta el uso del Tribunal como herramienta política.²⁸

24. David Owen, *Italian Odyssey* (New York: Harcourt Brace, 1995), p. 147.

25. Chadia Trueheart, *Offense Spits with Court over Bosnia: General Won't Testify in War Crimes Case*, *Washington Post*, 14 de diciembre, 1997, p. A22.

26. U.S. Department of Defense, *News briefing*, M2 Potomac, 14 de abril, 1998.

27. U.S. Department of Defense, *Memo entregado a los agregados militares extranjeros*, fechado 27 de marzo, 1998. Documento en posesión del autor.

Por otro lado está el tema de la jurisdicción del TPI al tratar el crimen de la "agresión" y otras violaciones contenidas en el estatuto. No existen precedentes. Efectivamente, el estatuto le otorga al Tribunal la autoridad legal para juzgar a los ciudadanos de las naciones que no han ratificado el tratado del TPI. Tal como ha observado el portavoz del Departamento de Estado, James Rubin: "Nunca antes ha existido un tratado que se aplique a aquellos que no lo han ratificado." Lo que establece específicamente el estatuto es que aún si el país no ratifica el tratado del TPI, sus ciudadanos pueden ser presentados ante el Tribunal en tanto que la nación donde ocurrieron los crímenes alegados haya ratificado el tratado. En otras palabras, las tropas norteamericanas instaladas en el extranjero podrían ser arrestadas y juzgadas por el Tribunal. Paradójicamente, el estatuto del TPI también dice que las naciones que ratifiquen el tratado pueden optar por no formar parte de la jurisdicción del Tribunal por crímenes de guerra durante siete años, mientras que los ciudadanos de dichas naciones que no ratifiquen el tratado pueden estar sujetos inmediatamente a la jurisdicción del Tribunal.

El Caso Pinochet

La decisión del gobierno de España de exigir audiencias de extradición contra el ex dictador de Chile, General Augusto Pinochet, quien estaba en tratamiento médico en Inglaterra en ese momento, dejó algunas notables lecciones sobre lo que se esperaba del Tribunal Penal Internacional. La primera lección del caso Pinochet es que los juicios del TPI tendrían probablemente motivaciones ideológicas. En efecto, nadie ha solicitado el arresto de Mikhail Gorbachev durante sus próximos viajes por Europa Occidental por su rol en la guerra sangrienta de Afganistán, ni por los crueles excesos de la KGB durante su permanencia de seis años en el gobierno. Nadie se ha sorprendido por la decisión de Italia de no extraditar a Turquía a Abdullah Ocalán, el líder marxista capturado del Partido Laboral Kurdo, donde es buscado como terrorista. Ni por la decisión del gobierno alemán de no solicitar la extradición de Ocalán a Alemania donde ocurrieron sus numerosos homicidios alegados. Y sobre todo, nadie se ha sorprendido por la decisión de las autoridades españolas de permitir que el dictador cubano Fidel Castro circule libremente por España al mismo tiempo que presionan por la extradición de Pinochet.

La segunda lección que deja el caso Pinochet es que las actividades del TPI amenazarían la frágil paz de los gobiernos de transición. Chile ha experimentado exitosamente recientes tensiones políticas y económicas, pero el arresto de Pinochet abrió nuevamente viejas heridas. Muchos temen que si Pinochet fuera procesado en un Tribunal de España se reponzaría el pueblo de Chile, creando un

clima para la violencia. Sin embargo, se permitió que Pinochet regrese a Chile porque se decidió que tenía una edad muy avanzada para resistir un proceso, y Chile se ahorró la violencia. Pero esto podría cambiar la próxima vez que una figura política sea el objetivo de apasionados fiscales internacionales.

La tercera lección del caso Pinochet es que lograr la paz en primer lugar se hace más difícil. Veamos como ejemplo el caso del líder de la Organización de Liberación Palestina, Yasser Arafat, quien se encontraba en EE.UU. negociando el Acuerdo Wye River la misma semana que Pinochet fue arrestado en Gran Bretaña. ¿Hubiera negociado Arafat si hubiera pensado que el gobierno norteamericano lo arrestaría cuando llegó allí y ser enjuiciado por actos de terrorismo de la OLP? ¿Se habría negociado el reciente acuerdo de paz con Irán si los líderes católicos o protestantes hubiesen estado sometidos a un proceso penal?

La cuarta lección del asunto Pinochet nos enseña que el TPI es una autoridad que puede ser interpretada de muchas maneras. Por ejemplo, aunque la policía secreta de Pinochet estuviese implicada en muertes o desapariciones de 3,000 - 4,000 personas durante 17 años (un promedio de cerca de 250 personas al año), se le acusa del crimen de genocidio definido por la Convención de Genocidio de 1948 como la matanza sistemática con "intento de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso". Los defensores del cargo de genocidio contra Pinochet sostienen que la eliminación de los opositores políticos mediante asesinato y prisión constituye un tipo de genocidio "ideológico". ¡Hasta aquí llega la intención original!

¿Derechos Perdidos?

La característica más peculiar del continuo debate sobre el TPI, no obstante, es la intención de sus defensores en las EE.UU. de abandonar muchas de las normas del debido proceso que los norteamericanos elevan a una calidad sacrosanta. En efecto, al observar al Tribunal de Yugoslavia como modelo de lo que se espera del TPI y, de forma específica, el estatuto del TPI, pareciera que muchos de las garantías legales que los norteamericanos gozan por su Declaración de Derechos, particularmente las protecciones de la Quinta y Sexta Enmienda, dejarían de existir si los norteamericanos fuesen presentados ante el Tribunal Penal Internacional. Existen muchos ejemplos de tales privaciones potenciales.

La Quinta Enmienda de la Constitución de EE.UU. establece que: "Ninguna persona estará sujeta dos veces al mismo delito que pudiera poner en peligro su vida o a su integridad." Sin embargo, el estatuto

del TPI no reconozca tal derecho. Tal como se explicó anteriormente, el TPI tendría la autoridad de facto de decidir lo que constituye un proceso nacional "eficaz" o "ineficaz". En este contexto, puede darse que una persona acusada posiblemente sea procesada dos veces por el mismo crimen, la primera vez por un tribunal nacional y la otra por el TPI.

La Sexta Enmienda de la Constitución de EE.UU. establece que: "En todos los casos penales, el acusado goza del derecho de un juicio por un jurado imparcial." El estatuto del TPI no reconoce dicho derecho. Por el contrario, el acusado tiene que comparecer frente a un panel de tres jueces designados por el voto mayoritario de los países que hayan ratificado el tratado del TPI. No obstante, dichos jueces pueden provenir de los países donde no existe el concepto de un sistema judicial independiente o de la presunción de inocencia hasta que se demuestre la culpabilidad. De manera más general, el destino del defendido podría depender de las opiniones de juristas de países de libertad civil como son Indonesia, Angola y Saudi Arabia.

La Sexta Enmienda también establece que: "En todos los casos penales, el acusado goza del derecho a ser confrontado con los testigos en su contra." Sin embargo, con el precedente del Tribunal de Yugoslavia, el Tribunal puede "ordenar las medidas apropiadas para la privacidad y protección de las víctimas y los testigos."²⁸ En la práctica, esto significa que algunas testigos permanecerían anónimas, no sólo para el público sino para los acusados y sus abogados. No obstante, el derecho de los acusados de confrontar a sus acusadores es parte esencial de la norma del debido proceso de la Constitución de los EE.UU. Muchas veces la capacidad de refutar un testimonio depende de conocer la identidad y los antecedentes del testigo. Dicha información puede brindar claves importantes sobre la posible malicia personal, historia de prevaricato o una agenda ideológica, financiera o política oculta. Sin el acceso a dicha información, se realizaría un análisis cruzado de la información a ciegas que podría dar resultados injustos.

La Sexta Enmienda también establece que: "En todos los casos penales, el acusado gozará del derecho de tener un proceso preceptivo para obtener los testigos a su favor." Nuevamente, bajo el

precedente del Tribunal de Yugoslavia, no existe tal derecho. Efectivamente, Mikhail Wladimiroff, que condujo la defensa en el caso contra Dusko Tadic, declaró que aunque el Tribunal "entendió muy bien los temas que surgieron sobre la imparcialidad del proceso, aún si no podíamos presentar las pruebas tal como deseábamos, no se podían evitar muchas limitaciones tal como el hecho de que no había ningún instrumento legal para obligar a venir a un testigo a La Haya." Wladimiroff agregó que dicha limitación causó un desequilibrio en las presentaciones del fiscal y de la defensa debido a que "dichas personas que eran víctimas de Dusko Tadic deseaban que éste fuera enjuiciado y condenado; por lo tanto, se sentían complacidos de ofrecerse a contar sus historias... Pero nadie que estuviere involucrado con él se habría ofrecido a testificar por el mero hecho que sería incriminado." Este desequilibrio se vio agravado por el hecho que "habían muchas cosas que no se podían investigar... Se había asignado muy poco dinero para financiar a la defensa, pero se asignó mucho más al fiscal."²⁹

Todo esto hizo que Nick Kostich, un abogado norteamericano defensor de Tadic, concluyera que el Tribunal de Yugoslavia (precursor del TPI) no concedió al cliente el derecho a una defensa justa. A Tadic "no se le ha concedido el derecho de confrontar a sus acusadores" y "a la defensa no se le ha dado los nombres de los testigos", declaró Kostich en 1995, y agregó que "Mi cliente más viciosa y afroz [en los EE.UU.] tiene más derechos constitucionales".³⁰ Este análisis de Kostich implica claramente que los norteamericanos presentados ante un Tribunal del tipo del de Yugoslavia, tal como proponen los estatutos del TPI, tendrán menos derechos que según la Constitución de EE.UU.

Bareras Constitucionales

En 1803, Thomas Jefferson defendió la supremacía de la Constitución de EE.UU. sobre los tratados cuando escribió lo siguiente: "Nuestra seguridad particular está en pasar una constitución escrita. No hagamos de ésta un papel en blanco para interpretar. Digo lo mismo de la opinión de aquellos que consideran que un tratado otorga poder limitado. Si es así, entonces no tenemos una Constitución."³¹ El análisis de Jefferson parece tener soporte en la jurisprudencia que establece que el gobierno federal de los EE.UU. no puede adaptar tra-

28. Ver James Podes, *After the World Crisis for Justice*, *PAZA Journal*, Abril 1995, p. 58.

29. C., *And Serious Reform*, *Wall Street Journal Europe*, 16 de abril, 1997, p. 4. Extractos de una entrevista de Niko Klarin, corresponsal europeo del diario independiente *Nova Biala*.

30. Citado en *Tim Cuprin*, *Crime Lawyer Defending Serbian UN Tribunal Accused He Client of War Crimes against Muslims*, *Milwaukee Journal Sentinel*, 20 de agosto, 1995, p. B3.

31. Thomas Jefferson, *Letter to Wilson Cary Nicholas*, September 7, 1803, in *Jefferson's Writings* (New York: Library of America, 1984), p. 1139.

todos que sean incompatibles con la Constitución de EE.UU.³² Doe v. Braden (1853), por ejemplo, afirma que los tribunales de EE.UU. tienen un "derecho legal de anular o de pasar por alto" las disposiciones de un tratado si "violan la Constitución de EE.UU."³³ y la decisión *Cherokee Tobacco* (1871) establece que "un tratado no puede cambiar la Constitución ni ser válido si viola dicho instrumento."³⁴ En *Baldy v. Coverd* (1957), la Corte Suprema reafirmó que "ha reconocido uniforme y regularmente la supremacía de la Constitución sobre un tratado," y que: "no hay nada en el lenguaje de la Constitución que dé a entender que los tratados no tengan que cumplir con las disposiciones de la Constitución. Tampoco hay nada en los debates que acompañan el texto y la ratificación de la Constitución que sugiera dicho resultado. Está evidenciado en contra de los objetivos de aquellos que crearon la Constitución, así como de aquellos que fueron responsables de la Declaración de Derechos, por no mencionar que es ajena a toda nuestra historia y tradición constitucional, el interpretar que el Artículo VI [referente a los tratados] permita a los EE.UU. ejercer el poder según los acuerdos internacionales sin observar las prohibiciones constitucionales. Efectivamente, dicha interpretación permitiría la enmienda de dicho documento de manera no sancionada por el Artículo V [referente al proceso de enmienda]."³⁵

Más específicamente, la Corte Suprema ha expresado que el gobierno federal no puede adoptar tratados que paspongan los derechos constitucionales de las ciudadanas norteamericanas. En *Geafroy v. Riggs* (1890), por ejemplo, la Corte afirmó que la facultad de los tratados de los gobiernos federales no les permite "autorizar aquello que la Constitución prohíbe."³⁶ En casos posteriores, tales como *EE.UU. v. Wong Kim Ark* (1898)³⁷ y *Asakura v. Ciudad de Seattle* (1924)³⁸ se reiteró el tema de que los derechos protegidos constitucionalmente están amparados por el efecto doméstico de los tratados. Recientemente, en *Boos v. Barry* (1988), la Corte declaró que "las leyes de derecho internacional y las disposiciones de los acuerdos internacionales de los EE.UU. están sujetas a la Declaración de los

Derechos y otras prohibiciones, restricciones o requerimientos de la Constitución y no pueden tener efecto en violación de éstos."³⁹ Dado que el estatuto del TPI pondría "en vigencia" las leyes internacionales y las disposiciones contrarias a la Declaración de los Derechos, es decir, perder todos los derechos de los norteamericanos según la Quinta y Sexta Enmienda, cualquier proceso del TPI contra un ciudadano norteamericano probablemente no resista una objeción constitucional.

Para existe un tema más fundamental: si la Constitución de EE.UU. permite que un norteamericano sea procesado ante el TPI en primer lugar si su delito fue cometido en terreno norteamericano. Tal como lo señalan los abogados Lee Casey y David Rivlin J. en *Commentary*, el caso relevante es *Es parte Milligan* (1866).⁴⁰ Durante la Guerra Civil, los funcionarios del gobierno de EE.UU. arrestaron a los políticos antiguos en Indiana, incluyendo a Lamdin P. Milligan, Temiendo que el escaso apoyo a la guerra en Indiana pudiera llevar a la absolución por un jurado de Indiana, el Presidente Andrew Johnson les negó a los políticos el proceso de un juicio civil y los llevó a una corte militar. Milligan apeló. Unánimemente la Corte Suprema opinó en su favor, declarando que "La Constitución de EE.UU. es ley para los legisladores y el pueblo, igualmente durante la guerra y la paz, y los ampara protegiendo a todas las clases, en todo momento y en todas las circunstancias."⁴¹ Puesto que la corte militar no era "una parte del poder judicial del país", según el Artículo III de la Constitución de EE.UU., su veredicto no fue considerado válido. Si este mismo razonamiento legal es aplicado al TPI, cualquier sentencia del TPI contra un norteamericano que ha cometido un delito en EE.UU. sería probablemente declarada inconstitucional porque el TPI no es un tribunal de los EE.UU., según el Artículo III.

La Paradoja de la Justicia Desigual

El proyecto del TPI también destaca el problema de una justicia desigual. Por ejemplo, 22 ruandeses fueron ejecutados públicamente el 24

32. Exacto, no obstante, una cierta ambigüedad histórica respecto a este hecho, porque algunas autoridades legales han interpretado los tratados como normas de jerarquía igual o superior a la Constitución de los Estados Unidos. Ver, a modo de ejemplo, *Mason v. Holland*, 730 U.S. 414 (1920), en lo que el Juez Oliver Wendell Holmes escribió, «Los actos del Congreso constituyen ley Suprema de estos fines tal como cuando son hechos según la Constitución, mientras que los tratados son leyes cuando se llevan a cabo bajo la autoridad de los Estados Unidos. Queda abierta a preguntas el hecho de si la autoridad de los Estados Unidos significa más que los actos formales prescritos para efectuar tal convención». [p. 433].

33. 57 U.S. (14 How.) 635, 654 (1853).

34. 78 U.S. (11 Wall) 416, 430 (1871).

35. 354 U.S. 1, 16 (1957).

36. 133 U.S. 258, 267 (1890).

37. 169 U.S. 649, 700 (1898).

38. 265 U.S. 332, 341 (1924).

39. 485 U.S. 312, 324 (1988).

40. Ver Lee Casey y David Rivlin J., «Against an International Criminal Court» *Commentary*, mayo 1998, pp. 54-58.

41. 71 U.S. (4 Wall) 2, 120-21 (1866).

de abril de 1998 después de haber sido acusados en los tribunales locales por crímenes cometidos durante la campaña de genocidio orquestado por el anterior gobierno de Ruanda. Entre más de 346 personas que siguieron un proceso en los tribunales de Ruanda, cerca de un tercio han sido sentenciadas a muerte y otro tercio a cadena perpetua. El resto ha recibido sentencias menores. Sólo 26 han sido absueltos y hay más de 125.000 personas que aún esperan un proceso.⁴²

La semana siguiente a las 22 ejecuciones públicas, Jean Kambanda, primer ministro de Ruanda durante los 100 días en que la mayoría Hutus pretendía exterminar a los Tutsis, admitió ante el Tribunal de Ruanda que era culpable de cometer un crimen de lesa humanidad y otros cinco cargos relacionados con genocidio. Kambanda es el funcionario de gobierno de más alto rango que haya sido referido por el Tribunal, que ha capturado a 25 sospechosos acusados de desempeñar papeles importantes en relación con los masacres en los que cerca de medio millón de Tutsis y sus simpatizantes fueron asesinados. De acuerdo con el reglamento del Tribunal de Ruanda, Kambanda no puede ser procesado en los tribunales de Ruanda por los mismos crímenes, por lo tanto, tienen una sentencia de cadena perpetua porque dicho Tribunal no aplica la pena de muerte. Pero un fiscal del Tribunal ha especulado que Kambanda podría eventualmente reducir su periodo en la cárcel si coopera en otros casos.⁴³ El hecho que Kambanda pueda obtener una sentencia reducida mientras que otros acusados son ejecutados públicamente molesta a muchos ruandeses. Tal como lo indica la periodista australiana Pamela Bone:

Las personas procesadas bajo el sistema judicial de Ruanda no son principalmente los cabecillas del genocidio. Estos están siendo procesados en Arusha, Tanzania, por un Tribunal Penal Internacional de las Naciones Unidas para Ruanda. El Tribunal de las Naciones Unidas debe aún obtener una condena. Y las Naciones Unidas se opone a la pena de muerte. Esto significa que aquellos que planificaron e incitaron el genocidio pasarán algunos años en las cárceles de Europa si son condenados, mientras que otros criminales menores tendrán la pena de muerte. Esto no parece ser justicia para muchos ruandeses.⁴⁴

La paradoja de la justicia desigual también ha surgido en el Tribunal de Yugoslavia donde el crimi-

nal de guerra acusada, Dusko Tadić, ha recibido la misma sentencia por su participación en el asesinato brutal de cuatro personas (cadena perpetua) que recibió Rudolf Hess por su participación en el holocausto nazi.

Conclusión

En junio de este año, se reunieron diplomáticos de todo el mundo en Nueva York para tratar algunos detalles restantes de la propuesta sobre el TPI. El embajador de EE.UU., David Scheffer, asistió y trató de persuadir a otras naciones de incluir entre otros detalles la garantía de que ningún miembro de las fuerzas pacificadoras de EE.UU. estará ante el TPI. Entre tanto, en Washington D.C., los líderes republicanos del Congreso presentaron una "Ley de Protección a las Tropas Norteamericanas", que prohibiría que cualquier tribunal de EE.UU. coopere para la extradición de cualquier individuo al TPI. Más aún, la legislación propuesta eliminaría la ayuda financiera y la asistencia militar a cualquier otro país (excepto la OTAN y otros "aliados principales") que ratifique el tratado del TPI. Como arma adicional, esta ley daría mayor poder al presidente de los EE.UU. para tomar "todas las medidas apropiadas" con el fin de garantizar la liberación de cualquier norteamericano que esté referido para ser procesado por el TPI.

Pero existen más errores con la propuesta sobre el TPI que la amenaza que representa para el personal militar norteamericano, que conducen al grueso de las intervenciones humanitarias y las operaciones de pacificación mundial. Dado lo antes mencionado, también es evidente que el Tribunal Penal Internacional tiene un mérito dudoso. Específicamente, la propuesta sobre el TPI amenaza con disminuir la soberanía legal no sólo de EE.UU., sino también de todos los países; interferir con las operaciones de pacificación; producir una justicia selectiva y politizada; y convertirse en un monstruo jurisdiccional. Más aún, si EE.UU. ratifica el TPI, estará votando por descartar las enunciacidas de protección legal a los ciudadanos contenidos en la Declaración de Derechos. En conjunto, estos problemas crearían una duda razonable, en primer lugar, sobre la sensatez de establecer el Tribunal. También sugiere que establecer el TPI abriría una caja de Pandora de dificultades legales y desastrosos políticos.

42 James C. McKinley Jr., *As Crowds Vent their Rage, Rwanda Publicly Executes 22* (New York Times, 25 de abril, 1998), p. 1.

43 Stephen Badsey, *Ex-Leader in Rwanda Admits to Genocide* (Hulu Premier Place) before UN Tribunal (Washington Post, 2 de mayo, 1998), p. A1.

44 Pamela Bone, *The Roar of the Crowd and the Pious Pursuit of Justice* (The Age, 7 de mayo, 1998), p. 17.