

El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones

Michael A. Newton*

Michael A. Newton es profesor de Derecho (Acting Associate Clinical Professor) en la Escuela de Derecho de la Universidad Vanderbilt, Nashville, Tennessee.

Resumen

El Alto Tribunal Penal Iraquí, creado para enjuiciar a Saddam Husein y otros dirigentes baasistas, representa uno de los esfuerzos actuales más destacados destinados a establecer la responsabilidad penal por violaciones de las normas internacionales. Con respecto a los otros tribunales, el Alto Tribunal Penal ha suscitado un debate mundial sobre sus procesos y sus perspectivas de devolver a Irak una estabilidad social basada en el respeto de los derechos humanos y el Estado de derecho. Este artículo examina detalladamente los fundamentos jurídicos de la formación del Alto Tribunal Penal bajo el derecho de la ocupación. Aborda la relación entre el modelo iraquí de enjuiciamiento de los crímenes en fueros nacionales que incorporen el derecho internacional y el modelo alternativo de transferir la jurisdicción a una instancia internacional. Se analizan los aspectos controvertidos del modelo iraquí, como la legitimidad de su creación, la revocación de la inmunidad oficial, las garantías procesales del Estatuto a la luz de las normas internacionales, y la cobertura sustantiva de lo que algunos han llamado un proceso nacional internacionalizado. El autor concluye que la responsabilidad por crímenes internacionales es uno de los temas unificadores que deberían reunir a la humanidad en torno a un objetivo común con los juristas iraquíes que administran justicia de conformidad con las normas internacionales.

.....

* Anteriormente, el autor se desempeñó como Profesor Asociado de Derecho en la Academia Militar de Estados Unidos, y como Asesor Superior del Embajador itinerante de Estados Unidos para crímenes de guerra.

Las injusticias que intentamos condenar y castigar han sido tan premeditadas, tan malignas y tan devastadoras, que la civilización no puede tolerar que se les ignore, porque no podría sobrevivir a su repetición. Que esas cuatro importantes naciones, eufóricas por la victoria y laceradas por la afrenta, refrenen su venganza y entreguen voluntariamente a sus enemigos capturados, para ser juzgados por la ley, es uno de los tributos más significativos que el Poder haya rendido jamás a la Razón.

Magistrado Robert H. Jackson, 21 de noviembre de 1945¹

La creación del Alto Tribunal Penal Iraquí (ATPI), más conocido como el Alto Tribunal Iraquí, como componente independiente de la estructura nacional iraquí, no sólo se justifica en el marco del derecho internacional vigente, sino que satisface las aspiraciones más elevadas de quienes dicen creer en el Estado de derecho. En marcada analogía con los países respetuosos de la ley, que no podían tolerar la posibilidad del resurgimiento de la dominación nazi, el enjuiciamiento público de los crímenes cometidos por el régimen baasista podría constituir la piedra angular de una sociedad iraquí cimentada en principios democráticos, no en divisiones étnicas y religiosas. En privado, los jueces han manifestado reiteradas veces que consideran que la labor del Tribunal es el medio que extenderá la influencia y la aplicación del derecho internacional humanitario en todas las regiones de habla árabe en el mundo².

Los abogados iraquíes que procuraban elaborar un marco jurídico para enjuiciar a Sadam Husein, el ex líder iraquí, y a otros funcionarios baasistas, estaban persuadidos, desde el principio, de que realizar los juicios en Irak sería el punto de partida para la restauración del Estado de derecho, y de que esa medida sería mucho más eficaz que simplemente dejar el poder punitivo en manos de un tribunal extranjero³. El pueblo iraquí sufrió las injusticias y las indignidades

1 Declaración inaugural ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. II, 1947, p. 98.

2 Por ejemplo, el art. 17 (segundo párrafo) del Estatuto aclara que los jueces “podrán recurrir a las decisiones pertinentes de los tribunales penales internacionales”. Estatuto del Alto Tribunal Penal Iraquí (en adelante, Estatuto del ATPI), en http://www.law.case.edu/saddamtrial/documents/IST_statute_official_english.pdf. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los investigadores y los jueces que se preparaban para los primeros juicios en el marco de la estructura del Alto Tribunal Penal Iraquí no pudieron obtener copias en árabe de las decisiones pertinentes de los Tribunales *ad hoc*, del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg o de otros casos nacionales en los que se hubieran aplicado los principios pertinentes del derecho internacional humanitario. Esa deficiencia fue subsanada, en parte, gracias a un contrato facilitado por la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, que permitió traducir las decisiones principales para la biblioteca del Tribunal.

3 B. Crocker, “Iraq: Going it alone, gone wrong”, en R.C. Orr (ed.), *Winning the Peace: An American Strategy for Post-Conflict Reconstruction*, Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, 2004, p. 281. Para una descripción del estado de ánimo generalizado del pueblo iraquí, v. A. Barnard y M. Kranish, “Bagdad falls: Euphoric Iraqis topple symbols; US warns that war not over”, *Boston Globe*, 10 de abril de 2003, art. 1.

infligidas por el régimen baasista⁴ y tiene el máximo interés en la restauración de la justicia verdadera. Parafraseando la evaluación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg realizada por el Magistrado Jackson, “ninguna historia de la era de Irak bajo el régimen baasista ‘tendrá derecho a constituir una fuente autorizada’ si ignora las conclusiones fácticas y jurídicas que se presentarán, en juicio público, ante el ATPI”⁵. Un registro veraz y exhaustivo de la historia relacionada con los crímenes en cuestión es, después de todo, uno de los propósitos fundamentales de los mecanismos de la responsabilidad individual⁶.

Al igual que en otros entornos posteriores a un conflicto, donde los sistemas legislativo y judicial se han corrompido, han sido reemplazados o, sencillamente, se han derrumbado bajo el peso de la tiranía, la administración de justicia se transformó en una cuestión esencial para las fuerzas militares de la Coalición presentes en Irak tras la caída del régimen⁷. Asumiendo el papel apropiado en representación del pueblo iraquí, una de las primeras prioridades del Consejo de Gobierno Provisional de Irak fue crear un mecanismo de rendición de cuentas destinado a castigar a las personas responsables de las atrocidades del régimen baasista⁸. El Tribunal Especial Iraquí (rebautizado como “Alto Tribunal Penal Iraquí” conforme a una ley iraquí promulgada en agosto de 2005) no fue una medida ordenada por las autoridades de la ocupación; fue creado por iraquíes y revalidado en cada etapa de los procesos políticos internos.

Tras una extensa y auténtica labor conjunta que generó meses de debates, redacción y examen de las opiniones solicitadas a los expertos de la Autoridad Provisional de la Coalición, entre los que hubo tanto abogados británicos como estadounidenses, y a otros expertos fuera de Irak, el Consejo de Gobierno de Irak

- 4 Las organizaciones no gubernamentales y el Departamento de Estado de Estados Unidos identificaron un abanico de violaciones de los derechos humanos perpetradas durante el gobierno de Sadam en Irak, entre otras, las muertes de entre 50.000 y 100.000 kurdos, la destrucción de 2.000 aldeas kurdas, el desplazamiento interno de 900.000 civiles iraquíes, las ejecuciones sumarias de más de 10.000 opositores políticos, decapitaciones, violaciones, prostitución forzada y la privación intencional de alimentos a la población civil. “Past repression and atrocities by Saddam Hussein’s regime”, *White House Fact Sheet*, Washington D.C., 4 de abril de 2003, en <http://www.whitehouse.gov/infocus/iraq/news/20030404-1.html>.
- 5 Informe del Magistrado Jackson al Presidente (7 de octubre de 1946), en *American Journal of International Law*, N.º 49, 1955, pp. 44, 49; reeditado en *Report of RH Jackson United States Representative to the International Conference on Military Tribunals*, Publicación del Departamento de Estado 3080, 1949, pp. 432, 438. (El Magistrado Jackson también escribió: “Hemos documentado, de fuentes alemanas, las agresiones, persecuciones y atrocidades cometidas por los nazis con tal autenticidad y en tanto detalle, que estos crímenes no podrán negarse razonablemente en el futuro y no podrá surgir, entre personas informadas, ninguna tradición de martirio de los líderes nazis”).
- 6 M. P. Scharf y P. R. Williams, “The functions of justice and anti-justice in the peace-building process”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, N.º 35 (2003), pp. 161, 175.
- 7 V. M. A. Newton, “Harmony or hegemony? The American military role in the pursuit of justice”, *Connecticut Journal of International Law*, N.º 19 (2004), p. 231.
- 8 Entrevista a David Hodgkinson, Oficina de Derechos Humanos y de Justicia de Transición, Autoridad Provisional de la Coalición, Bagdad, 11 de diciembre de 2003.

publicó el Estatuto del Tribunal el 10 de diciembre de 2003⁹. La promulgación del Estatuto del Tribunal fue la culminación de un proceso evolutivo llevado a cabo bajo los auspicios del Subcomité de Asuntos Jurídicos del Consejo de Gobierno de Irak, encabezado por el Magistrado Dara y que, por pura coincidencia, precedió en sólo cuatro días a la captura de Sadam Husein. Tras la restauración de la soberanía plena, el Gobierno iraquí recién elegido volvió a promulgar el Estatuto y lo publicó en la Gaceta Oficial de la República de Irak el 18 de octubre de 2005 con el título de Ley sobre el Alto Tribunal Penal Iraquí¹⁰.

El ATPI se creó con el expreso objetivo de determinar la responsabilidad personal de los baasistas acusados de privar a los iraquíes de sus derechos humanos y de prácticamente eliminar el verdadero Estado de derecho durante más de treinta años. Sería realmente irónico que el mecanismo creado por los iraquíes para subsanar las violaciones de los derechos humanos del pasado se transformara en un vehículo para negar y suprimir los derechos humanos en el futuro. El propósito del presente artículo es examinar los aspectos controvertidos de la creación y puesta en práctica del ATPI y las contribuciones de este tribunal al progresivo desarrollo del derecho internacional humanitario. Tras un examen de las bases jurídicas del ATPI en el marco del derecho internacional y la descripción de las características principales de su estructura, en comparación con anteriores mecanismos de rendición de cuentas, en las conclusiones del artículo se destacará el potencial aporte del Tribunal a la evolución del derecho humanitario.

Irak: la primacía de la administración de justicia en el ámbito nacional

La verdadera justicia no puede alcanzarse por medio de la venganza o de la manipulación externa. El hecho histórico es que una de las primeras preocupaciones de los juristas que se reunieron en Bagdad, en diciembre de 2003, para estudiar la formación del ATPI fue determinar los aspectos prácticos para el establecimiento de un poder judicial libre del control político. Como grupo, estaban comprometidos con un proceso que respetase las normas de los derechos humanos y que demostrase la primacía de las normas y procesos jurídicos sobre la venganza sectaria, la animosidad entre tribus o el odio personal. Precisamente, la esencia de un juicio imparcial es que éste se base no en insinuaciones y emociones, sino en el peso de las pruebas presentadas en un juicio público. Un prestigioso académico ha acuñado la frase “justicia a la Potemkin” para describir las medidas de aplicación de la ley destinadas a lograr tan sólo una sombra de justicia por medio del menoscabo de los derechos humanos básicos de las personas acusadas bajo la autoridad de esa

9 Estatuto del Tribunal Especial Iraquí. El estatuto original puede consultarse en http://www.cpa-iraq.org/human_rights/Statute.htm.

10 Estatuto del ATPI, nota 2 *supra*. El Estatuto se publicó oficialmente en la Gaceta Oficial N.º 4006, 14 de Ramadán, 1426 de la Hégira, año 47.

justicia¹¹. Evitar esa situación es lo que se propone en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) al establecer que, en un juicio penal, toda persona “tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”¹². Este derecho fundamental deriva tanto de las normas de derechos humanos¹³ como del derecho de la ocupación (un subgrupo de las leyes y costumbres de la guerra)¹⁴. En el Protocolo I, se mejoraron las articulaciones anteriores de este principio fundamental, disponiendo la intervención obligatoria de “un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario”¹⁵.

Los mecanismos internacionales son una instancia necesaria cuando los tribunales nacionales no pueden o no quieren enjuiciar a las personas responsables de violaciones graves de las normas internacionales¹⁶. Dicho de otra forma, ninguno de los fueros internacionales recientemente instaurados se creó para aplicar las normas internacionales por el solo hecho de que los delitos estuvieran tipificados y prohibidos en las normas del derecho internacional moderno. La disciplina que hoy se denomina “derecho penal internacional” se ha descrito como “la transposición gradual, al plano internacional, de normas e interpretaciones jurídicas correspondientes al derecho penal nacional o a los procedimientos judiciales nacionales”¹⁷. Lógicamente, cuando las instituciones nacionales encaran la conducta criminal subyacente, la transferencia al plano internacional es innecesaria. Aunque los mecanismos judiciales internacionalizados han cambiado para siempre el rostro del derecho internacional¹⁸, los tribunales nacionales de los Estados soberanos son los tribunales de primera instancia. El prolongado debate sobre la frase “derecho penal internacional” durante las negociaciones de los Elementos de los crímenes

11 M.C. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2003, p. 703.

12 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, art. 14 (1), que entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

13 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II); PIDCP, art. 14 (1); Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo) (1953), art. 6 (1); y Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), del 22 de noviembre de 1969, art. 8 (1).

14 Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949) (IV Convenio de Ginebra), art. 147; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949) (III Convenio de Ginebra), art. 130.

15 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), art. 75 (4).

16 M. A. Newton, “Comparative complementarity: Domestic jurisdiction consistent with the Rome Statute / art. of the International Criminal Court”, *Military Law Review*, N.º 167 (marzo de 2001), p. 20.

17 A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 18.

18 V., en general, P. R. Williams y M. Scharf, *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2002.

para la Corte Penal Internacional¹⁹ reflejó la permanente tensión entre el respeto internacional de los sistemas de justicia soberanos y la trascendente importancia de la verdad y la responsabilidad. Aunque los Estados cooperen en la tipificación y la prohibición de crímenes en el ámbito del derecho internacional, los tribunales nacionales del mundo conservan la función primaria de castigar las violaciones y garantizar el Estado de derecho en sus estructuras sociales²⁰.

Sin embargo, la notable evolución del derecho penal internacional desde la Segunda Guerra Mundial ha opacado la preferencia histórica por administrar justicia a través de los tribunales nacionales de los países donde se cometieron los crímenes²¹. Las comisiones militares establecidas en el Lejano Oriente incorporaron el principio de que el fuero internacional no sustituía a los mecanismos nacionales²². Del mismo modo, el Secretario General de las Naciones Unidas ha concluido que “ninguna reforma del Estado de derecho, reconstrucción de la justicia o iniciativa de justicia de transición puede culminar con éxito y ser duradera si viene impuesta desde el exterior”²³. El pueblo iraquí será quien determine, en última instancia, la legitimidad y la eficacia de los juicios.

- 19 Los Elementos de los crímenes fueron adoptados por consenso e incluían una formulación de compromiso en la introducción al art. 7, especificando que las disposiciones relativas a los crímenes de lesa humanidad son normas del “derecho penal internacional” y, como tales, “deben interpretarse en forma estricta”; documento de las Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (2000).
- 20 *A-G of Israel v. Eichmann-Supreme Court Opinion*, reeditado en 36 ILR 18, 26 (Tribunal Israelí del Distrito de Jerusalén, 1961), *aff'd* 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel, 1962). (“En ausencia de un tribunal internacional, el derecho internacional necesita los órganos judiciales y legislativos de todos los países a fin de hacer efectivas sus interdicciones penales y enjuiciar a los criminales”).
- 21 En la Declaración de Moscú, firmada en 1943 por Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética durante la Conferencia de Moscú, se indicaba específicamente que los criminales alemanes debían ser “devueltos a los países donde cometieron hechos abominables para que se los pueda juzgar y castigar según las leyes de esos países liberados y de los Gobiernos libres que se instaurarán en ellos”. Ese fuero internacional se limitó sólo a los crímenes respecto de los cuales un solo país no tenía mayores motivos que otro para reclamar jurisdicción. Boletín del Departamento de Estado IX, N.º 228, p. 310, reeditado en *Report of RH Jackson United States Representative to the International Conference on Military Tribunals*, Publicación del Departamento de Estado, 1945, p. 11. La Declaración de Moscú se dio a conocer a los medios de comunicación el 1 de noviembre de 1943. Para un relato de las maniobras políticas y jurídicas realizadas para llevar a la práctica este objetivo declarado de la guerra, v. P. Maguire, *Law and War: An American Story*, Columbia University Press, Nueva York, 2000, pp. 85–110. El Magistrado Jackson aceptó que el Tribunal Militar Internacional era, meramente, una alternativa necesaria a los tribunales nacionales para enjuiciar los “símbolos del nacionalismo salvaje y del militarismo”, y declaró que los acusados que “escapen a la condena de este Tribunal... serán entregados a nuestros aliados continentales”. Declaración inaugural ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg, nota 1 *supra*, pp. 99–100.
- 22 V. Reglamento sobre el enjuiciamiento de criminales de guerra, Cuartel General, Ejército del Pacífico de Estados Unidos, AG 000.5 (24 de septiembre de 1945) [5 (b)] (“Las personas que hayan cometido delitos en una ubicación geográfica particular fuera de Japón podrán ser devueltas al lugar de los crímenes para que las enjuicie un tribunal militar o civil competente de la jurisdicción local”) (copia en poder del autor).
- 23 Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, 23 de agosto de 2004, documento de las Naciones Unidas S/2004/616 [17]. Puede consultarse en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>.

El Alto Tribunal Penal Iraquí se basa en una obviedad: que la responsabilidad primaria por el enjuiciamiento de violaciones o crímenes tipificados y proclamados como tales en el marco del derecho internacional, incumbe a los Estados soberanos²⁴. El proceso de elaboración del Estatuto, que tuvo lugar a fines de 2003, no fue visible para el mundo exterior, lo que llevó a los observadores a criticar al ATPI, suponiendo que, en la práctica, funcionaría como “un tribunal títere de la potencia ocupante”²⁵. Es verdad que su predecesor, el Tribunal Especial Iraquí, fue creado durante la ocupación por Estados Unidos, su financiación inicial provenía de Estados Unidos (hasta la fecha, un total de 128 millones de dólares EE.UU.)²⁶, sus jueces fueron seleccionados por el Gobierno provisional designado por Estados Unidos, y los jueces y fiscales recibirían asistencia de asesores de Estados Unidos. Si el Tribunal Especial Iraquí realmente hubiese sido una farsa creada exclusivamente para cumplir las órdenes de las autoridades de ocupación, se habría violado uno de los derechos humanos básicos de los funcionarios baasistas: el derecho a que sus crímenes fueran juzgados conforme a los principios más elevados de la justicia y según la conciencia profesional de jueces libres de sectarismos o prejuicios externos²⁷. Sin embargo, los funcionarios iraquíes sostuvieron categóricamente que el tribunal creado en Bagdad estaría más próximo al conflicto en cuanto al tiempo, a las pruebas disponibles y a las víctimas cuyos derechos había violado el régimen. Aunque sembró las semillas de posteriores controversias, la decisión iraquí de incorporar normas internacionales en el código penal nacional era coherente con la práctica establecida de la comunidad internacional, y dispuso la sensación generalizada de desesperanza y de renovada victimización que reinaba entre los ciudadanos comunes.

24 La necesidad de que los Estados utilicen fueros penales y la autoridad penal nacionales a fin de hacer cumplir las normas estipuladas en acuerdos internacionales vinculantes es, tal vez, una de las características más coherentes del cuerpo del derecho penal internacional. V., p. ej., la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, US Naval War College, Newport, Rhode Island, 1951 (en el art. 5, se obliga a las Partes Contratantes a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones penales de la Convención). Cabe destacar que, en el mundo posterior al 11 de septiembre de 2001, la imposición de responsabilidad penal por actos de terrorismo se reserva exclusivamente a los tribunales de Estados soberanos a través de los numerosos tratados creados por Estados soberanos. M. A. Newton, “International criminal law aspects of the war against terrorism”, en F. Borch y P. Wilson (eds.), *International Law and the War On Terror*, US Naval War College International Law Studies N.º 79, 2003, p. 323; M. C. Bassiouni, *International Terrorism: Multilateral Conventions (1937–2001)*, Transnational Publishers, Nueva York, 2001.

25 M. P. Scharf, “Is it international enough? A critique of the Iraqi Special Tribunal in light of the goals of international justice”, *Journal of International Criminal Justice*, N.º 2, 2004, pp. 330, 331; H. Weinstein “Law experts divided over legitimacy of tribunal”, *Los Angeles Times*, 10 de octubre de 2005.

26 *2207 Report on Iraq Relief and Reconstruction: Quarterly Update to Congress*, Oficina de Gestión de Recursos, enero de 2006, pp. 32–4, en <http://www.state.gov/documents/organization/58811.pdf>. Esos fondos financian, entre otras cosas, la labor de la Oficina de Coordinación sobre los Crímenes del Régimen, el apoyo de cuyo personal ha sido fundamental para las investigaciones y operaciones del Tribunal, la provisión de seguridad al personal del tribunal y a los abogados defensores, la exhumación de fosas comunes, el mejoramiento de las instalaciones de almacenamiento y manipulación de pruebas, la construcción de salas para los tribunales, la conducción de investigaciones, incluso interrogatorios, y la formación del personal del Tribunal Especial Iraquí.

27 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Findlay v. UK* (1997) ECHR Series A N.º 115–116; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bentham Case* (1985) ECHR Series A N.º 97, 615; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Piersack Case* (1981) ECHR Series N.º 53, 616.

La controversia en torno a la creación del Tribunal

En la historia, abundan los personajes convencidos de su propia superioridad e impunidad moral. Carlos I reclamó: “¿Por cuál autoridad –legal, quiero decir– os habéis constituido en tribunal para juzgarme?”²⁸ Cuando se le presentó una copia de su acusación ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg, Hermann Göring escribió en la tapa la siguiente frase: “El vencedor siempre será el juez, y el vencido el acusado”²⁹. Slobodan Milosevic mostró el más absoluto desprecio por el tribunal que, según dijo, representaba “un acto ilegal dictado por conveniencia política” que concibió una “terrible mentira” para “destruirlo y satanizarlo”³⁰. Del mismo modo, Sadam Husein exhibe un narcisismo patológico que demuestra su desprecio por el Estado de derecho. En el preciso momento en que un soldado estadounidense de la Cuarta División de Infantería lo sacó del agujero en la tierra donde se ocultaba, Husein dijo, en tono desafiante: “Soy Sadam Husein, el presidente de Irak”³¹.

Durante su primera comparecencia ante un juez de instrucción del Tribunal Especial Iraquí, se notificaron a Sadam sus derechos. Él dejó constancia de dicha notificación por escrito, y el juez de instrucción también firmó la constancia, de conformidad con la ley iraquí sobre el procedimiento penal. Cuestionando la autoridad jurídica del Tribunal Especial Iraquí, Sadam preguntó: “¿Cómo pueden acusarme sin proteger mis derechos constitucionales?”³² Discutió con el juez de instrucción y negó que éste tuviera competencia sobre él, diciendo: “Yo fui elegido por el pueblo de Irak. La ocupación no puede quitarme ese derecho”³³.

Para aquellos que siguieron el juicio de Milosevic, las declaraciones de Sadam sonaban estremecedoramente familiares. Durante su primera comparecencia ante el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), el 3 de julio de 2001, Milosevic impugnó la legalidad del establecimiento del Tribunal. En una moción preliminar, Milosevic declaró: “Impugno la legalidad de este tribunal, porque no ha sido establecido sobre la base de la ley”³⁴. Desde luego, es un principio aceptado del derecho internacional moderno que “las personas que cometen crímenes

28 G. Robertson, *The Tyrannicide Brief*, Chatto & Windus, Londres, 2005, p. 6.

29 J. E. Persico, *Infamy on Trial*, Penguin, Harmondsworth, 1994, p. 83.

30 Declaración de Slobodan Milosevic sobre la ilegitimidad del Tribunal de La Haya, 30 de agosto de 2001, en <http://www.slobodan-milosevic.org/spch-icty.htm>.

31 R. McCarthy, “I am Saddam Hussein, the President of Iraq”, *Guardian*, 2 de julio de 2004.

32 R. Cornwell, “Saddam in the dock: Listen to his victims, not Saddam, says White House”, *Independent*, 2 de julio de 2004 (según el periódico, en su primera audiencia preliminar, Husein declaró: “Todo esto es teatro”). Puede consultarse en <http://news.independent.co.uk/world/americas/story.jsp?story5537296>.

33 “Defiant Saddam rejects court, charges”, CNN.com, 1 de julio de 2004, en <http://www.cnn.com/2004/WORLD/meast/07/01iraq.saddam/> (consultado el 3 de marzo de 2006). Los abogados contratados por la esposa de Sadam Husein jugaron rápidamente la carta de la legitimidad, alegando que el Tribunal Especial Iraquí no podía imponer penas porque carecía de legitimidad o no fue instaurado legalmente, por lo cual su accionar violaba las normas básicas de derechos humanos. R. McCarthy y J. Steele, “Saddam on trial: Legitimacy and neutrality of court will be challenged”, *Guardian*, 2 de julio de 2004, en <http://www.guardian.co.uk/Iraq/Story/0,2763,1252096,00.html>.

34 “Milosevic challenges the legality of the UN tribunal”, *Online NewsHour*, 13 de febrero de 2002, en http://www.pbs.org/newshour/updates/february02/milosevic_2-13.html.

internacionales incurrir en responsabilidad internacional por esos crímenes”³⁵. La Sala de Primera Instancia que juzgaba a Milosevic reafirmó su competencia y opinó que la falta de inmunidad por delitos internacionales “en este momento, refleja una norma del derecho internacional consuetudinario”³⁶. Antes que recurrir a un fuero jurídico internacional para abolir la inmunidad otorgada por el ordenamiento nacional, los líderes iraquíes prefirieron, correctamente, utilizar la legislación interna para revocar la “inmunidad plena” que la Constitución de 1970 concedía a los funcionarios baasistas³⁷. El texto del Estatuto del ATPI es casi idéntico al del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁸:

El cargo oficial de un acusado, sea el de jefe de Estado, presidente o miembro del Consejo del Comando Revolucionario, primer ministro, miembro del consejo de ministros o miembro del Comando del Partido Baasista, en ningún caso lo eximirá de [responsabilidad] penal criminal³⁹, ni mitigará la pena. Ninguna persona tiene derecho a inmunidad con respecto a los crímenes detallados en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la presente ley⁴⁰.

En un esfuerzo por ilustrar la transformación de la justicia, en el Estatuto se dispone que “ningún funcionario, fiscal, juez de instrucción, magistrado u otro miembro del personal del Tribunal deberá haber sido miembro del Partido Baasista”⁴¹. Esta disposición fue criticada tanto en Irak como en el exterior, porque no distingue entre los abogados que eran miembros activos del partido y que apoyaban las políticas baasistas, y los que eran sólo miembros simbólicos, en los hechos pero no en el espíritu. El efecto de esta disposición fue reducir marcadamente el número de juristas calificados, al tiempo que introdujo un proceso externo de evaluación política en la selección y calificación de los jueces.

Un tribunal internacional con jueces internacionales, que aplicara el derecho internacional, hubiese sido inmune a las preocupaciones generadas por la

35 A. Watts, “The legal position in international law of heads of state, heads of government and foreign ministers”, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, N.º 3, 1994, p. 82.

36 *Prosecutor v. Milosevic*, Caso N.º IT-99-37-PT, Decisión sobre moción Preliminar, párr. 28 (8 de noviembre de 2001).

37 Constitución Provisional de Irak de 1970, art. 40, reproducida en *Iraqi Laws Referenced in the Statute of the Iraqi Special Tribunal*, US Institute of Peace, 2004.

38 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), 17 de julio de 1998, documento de las Naciones Unidas A/Conf.183/9, art. 27, reeditado en 37 ILM 999 (1998).

39 La omisión de la palabra “responsabilidad” en la versión en inglés del Estatuto revisado parece ser un error de traducción. El texto del art. 15(c) del Estatuto original, de 2003, era el siguiente: el cargo oficial de un acusado, sea el de presidente, primer ministro, miembro del Gabinete, presidente o miembro del Consejo del Comando Revolucionario, miembro del Comando Regional del Partido Baasista Árabe Socialista o del Gobierno (o una entidad de éstos), funcionario responsable del Gobierno iraquí, o miembro del Partido Baasista en cualquier otra calidad, no eximirá a dicha persona de responsabilidad penal ni mitigará la pena. Ninguna persona tiene derecho a inmunidad con respecto a los crímenes detallados en los arts. 11 a 14.

40 Estatuto del ATPI, nota 2 *supra*, art. 15 (tercer párrafo).

41 *Ibíd.*, art. 33.

política interna o la presión popular. Ese tribunal imparcial podría haber abolido la inmunidad de los funcionarios iraquíes sin causar mucho alboroto jurídico. No obstante, muchos observadores que siguen de cerca los acontecimientos han llegado a la conclusión de que la imposición de un tribunal internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o por directivas políticas de otros Estados, habría originado una crisis de legitimidad que hubiese condenado de antemano los esfuerzos por enjuiciar a los baasistas responsables de la opresión de la sociedad iraquí. Aunque hubiese podido funcionar en Irak, es probable que ese fuero no hubiera sido capaz de imponer castigos aceptables para la comunidad internacional, a causa de su apariencia de neocolonialismo disfrazado de justicia.

Si el derecho internacional realmente ha avanzado hasta el punto de que la ausencia de inmunidad oficial “refleja indudablemente el derecho internacional consuetudinario”⁴², la decisión iraquí de incorporar y hacer cumplir las normas internacionales ha de ser acogida como un ejemplo positivo de una práctica de Estado que contribuye a la progresiva abolición de la impunidad a nivel mundial. Dado que ningún tribunal internacional hubiera podido ejercer su competencia, podría decirse que los funcionarios iraquíes aceptaron la conclusión del Magistrado Jackson, de la época de la Segunda Guerra Mundial: “Podemos estar seguros de causar menos injusticia a través de los peores procedimientos judiciales, que la que causaría el mejor uso de la violencia. No podemos esperar la llegada de un tribunal internacional o de una legislatura perfectos antes de enjuiciar...”⁴³ Aunque la creación de un procedimiento nacional para castigar a los funcionarios del anterior régimen ha sido criticada por excluir la influencia internacional, representó una valiente posición basada en principios, destinada a imponer la ley en lugar de dejarse llevar por la venganza sumaria.

Ámbito sustantivo del Alto Tribunal Penal Iraquí

Fundado en el derecho de un Estado soberano de castigar a sus nacionales por la violación de normas internacionales, la competencia temporal del ATPI abarca a cualquier nacional iraquí o residente de Irak acusado de haber cometido alguno de los crímenes detallados en el Estatuto entre el 17 de julio de 1968 y el 1 de mayo de 2003 inclusive. Además, su jurisdicción geográfica se extiende a actos cometidos en territorio soberano de la República de Irak y en otros Estados, con inclusión de los crímenes perpetrados en relación con las guerras de Irak contra la República Islámica de Irán y el Estado de Kuwait.

Por primera vez en el derecho interno de Irak, los artículos 11 a 13 del Estatuto establecen la competencia del Tribunal para enjuiciar el crimen de genocidio (art. 11), los crímenes de lesa humanidad (art. 12) y los crímenes de guerra cometidos durante conflictos armados tanto internacionales como no internacionales (art. 13).

42 *Prosecutor v. Furundzija*, Caso N.º IT-95-17/1-T, Sentencia, párr. 140 (10 de diciembre de 1998).

43 A. Tusa y J. Tusa, *The Nuremberg Trial*, Atheneum Press, Nueva York, 1983, p. 69.

Estas disposiciones sustantivas son, tal vez, el aspecto más importante del Estatuto, porque siguen el modelo de las disposiciones del Estatuto de Roma y, de ese modo, incorporan en el derecho interno iraquí las normas más actuales del derecho internacional. Los abogados y jueces iraquíes están firmemente enraizados en la tradición positivista, por lo cual expresaron preocupación por el hecho de enjuiciar a personas por actos que no estaban prohibidos por el derecho interno en el momento del *actus reus*. Sin embargo, aceptaron el principio de que los crímenes subyacentes estaban categóricamente prohibidos por las normas internacionales cuando fueron cometidos. Básicamente, los funcionarios iraquíes armonizaron el código penal iraquí con el derecho internacional, al igual que los funcionarios de otros países que adoptan legislación tras haber firmado o ratificado el Estatuto de Roma⁴⁴.

Además, el artículo 14 del Estatuto del ATPI transfiere la competencia sobre un conjunto básico de delitos definidos en el código penal iraquí. El artículo 14 es una de las pruebas más convincentes de que la redacción del Estatuto fue un verdadero proceso de colaboración, en el cual el Consejo de Gobierno se expresó con firmeza en favor de los ciudadanos que representaba.

Los abogados iraquíes que participaron en la redacción del Estatuto exigieron la inclusión de ciertos crímenes de orden interno, porque los actos proscritos habían sido sumamente perjudiciales para el Estado de derecho en el Irak de Sadam. Así pues, en el artículo 14 del Estatuto del ATPI se dispone lo siguiente:

El tribunal tendrá autoridad para enjuiciar a las personas que hayan cometido los siguientes crímenes punibles por la ley iraquí:

- a) En el caso de personas que no pertenecen al poder judicial, el intento de manipular al poder judicial o de intervenir en sus funciones, en violación de la constitución provisional iraquí de 1970, con sus enmiendas, entre otras normas.
- b) El despilfarro de recursos nacionales y de los activos y dineros del Estado, conforme al artículo 2 g) de la Ley n.º 7 de 1958, con sus enmiendas, entre otras normas.
- c) El abuso de poder y la aplicación de políticas que pueden conducir a la amenaza de guerra o al uso de las fuerzas armadas de Irak contra un país árabe, conforme al artículo 1 de la Ley n.º 7 de 1958, con sus enmiendas.

Algunos observadores criticaron la inclusión de ciertos crímenes, preexistentes en el ordenamiento jurídico iraquí, en la misma categoría que el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Para los abogados cómodos, inclinados a rechazar al Tribunal como una muestra descarada del poder de la Coalición, el artículo 14 es una ventana al alma de la abogacía iraquí, porque revela los delitos considerados más atroces por los iraquíes amantes de la

44 Para un resumen de la práctica de los Estados en relación con la aplicación de las disposiciones penales comparables del Estatuto de Roma, v. M. C. Bassiouni, *The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis, and Integrated Text*, Transnational Publishers, Ardsley, Nueva York, 2005, vol. I, pp. 188–91.

paz, que luchan por lograr la reconstrucción de Irak sobre la base de la libertad. Básicamente, los funcionarios que cometieron los actos tipificados en el artículo 14 hacían la guerra al pueblo y a la sociedad iraquíes; los iraquíes consideraron que el enjuiciamiento de esos actos era una condición previa ineludible para restablecer el Estado de derecho en Irak. Desde la perspectiva iraquí, los crímenes detallados en el artículo 14 son comparables, en cuanto a gravedad, con las violaciones graves de las normas internacionales recogidas en los artículos 11 a 13. Por lo tanto, los iraquíes consideraban que el enjuiciamiento de los crímenes de orden nacional descritos en el artículo 14 sería un componente necesario del objetivo general del APTI, esto es, ayudar a sanar las heridas infligidas a la sociedad iraquí por los baasistas.

El ATPI, un tribunal “legítimamente constituido”

Cada entorno de conflicto y cada mecanismo de rendición de cuentas exigen un conjunto ligeramente diferente de procedimientos combinados. Por ejemplo, durante los procesamientos efectuados en Argentina a nivel nacional, en los juicios se utilizaron procedimientos especiales, a raíz del volumen de la información y del número de víctimas, en comparación con los crímenes ordinarios⁴⁵. En el caso del ATPI, los fundamentos de derecho civil del Código Penal Iraquí proporcionaron la base, que se modificó, posteriormente, cuando se consideró necesario, a efectos de cumplir las normas internacionales pertinentes. A diferencia del TPIY⁴⁶ y del Tribunal Especial para Sierra Leona⁴⁷, la autoridad punitiva del ATPI dimana de la autoridad soberana del pueblo iraquí, no de la autoridad derivativa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por lo tanto, el punto de partida para analizar el ATPI se encuentra en el derecho y en los procedimientos iraquíes preexistentes.

Por ejemplo, los tribunales que aplican el derecho internacional humanitario admiten las pruebas que sean “pertinentes” y “necesarias para determinar la veracidad de los hechos”⁴⁸. Este criterio, tomado del Estatuto de Roma, se compara

45 *Building the Iraqi Special Tribunal: Lessons from Experiences in International Criminal Justice*, US Institute of Peace, Special Report 122, p. 9, en <http://www.usip.org/pubs/specialreports/sr122.html>.

46 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resolución 808 (22 de febrero de 1993).

47 El Tribunal Especial para Sierra Leona fue creado mediante un tratado concertado entre el Gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas, con el fin de enjuiciar a las personas que tuvieron la “máxima responsabilidad” por las violaciones del derecho internacional humanitario: Acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona sobre el Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona, del 16 de enero de 2002. Puede consultarse en <http://www.sc-sl.org/scslagreement.html>. La Corte de Apelaciones articuló la base jurídica del Tribunal Especial para Sierra Leona en *Prosecutor v. Charles Taylor (Decision on Immunity from Jurisdiction)*, SCSL-2003-01-I, 31 de mayo de 2004, en <http://www.sc-sl.org/SCSL-03-01-I-059.pdf>. Según la Corte de Apelaciones: “Era evidente que el poder del Consejo de Seguridad para celebrar un acuerdo sobre el establecimiento del tribunal derivaba de la Carta de las Naciones Unidas, tanto desde el punto de vista de los objetivos generales de las Naciones Unidas, expresados en el artículo 1 de la Carta, como de los poderes específicos del Consejo de Seguridad, enunciados en los artículos 39 y 41. Dichos poderes son lo suficientemente amplios para permitir al Consejo de Seguridad impulsar el establecimiento del Tribunal Especial por medio del Acuerdo con Sierra Leona, como lo hizo mediante la resolución 1315”, *ibíd.*, p. 18.

48 Estatuto de Roma, nota 38 *supra*, art. 69 (3), reeditado en 37 ILM 999 (1998).

favorablemente con las Reglas de Procedimiento del ATPI, que permiten a la Sala de Primera Instancia admitir “toda prueba pertinente que, en su opinión, tenga valor probatorio”⁴⁹. Lógicamente, esas disposiciones sobre la práctica de las pruebas funcionan en el contexto de la práctica iraquí, que exige al fiscal presentar un volumen de pruebas suficiente para satisfacer al tribunal respecto de la culpabilidad del acusado⁵⁰. En lugar de fijar un conjunto rígido de normas para la presentación de pruebas, los fundamentos de derecho civil que rigen a la Sala de Primera Instancia del ATPI imponen el mandato más amplio de “aplicar las reglas de prueba que más favorezcan una resolución equitativa del caso que se ventila y que estén en consonancia con el espíritu del Estatuto y los principios generales de la ley”⁵¹.

Independientemente de las formas de los procedimientos que se adopten, en el derecho internacional se establece claramente que ningún acusado debe ser castigado a menos que sea condenado en un juicio imparcial con todas las garantías básicas consagradas en las prácticas más generalizadas de los Estados⁵². En el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 se dispone, en particular, que sólo “un tribunal legítimamente constituido” puede sentenciar a un acusado⁵³. Interpretando esta disposición a la luz de la práctica de los Estados, el CICR concluyó que un fuero judicial está “legítimamente constituido si se ha establecido y organizado de acuerdo con las leyes y los procedimientos ya vigentes en un país”⁵⁴.

Al aceptar este punto de referencia de la legitimidad, el ATPI satisface el criterio del artículo común 3 mejor que los otros tribunales existentes, porque desde el principio, fue creado para aplicar los principios generales y las normas específicas tomados del derecho penal iraquí existente, antes que meramente reemplazarlos por principios contenidos en mandatos provenientes del exterior. En el Estatuto del ATPI se establece que, para la redacción de las reglas de procedimiento y prueba, en relación con la admisión de pruebas y los demás aspectos de los juicios, el presidente del Tribunal “se guiará por la Ley iraquí de procedimiento penal”⁵⁵. Además, en

49 Reglas de procedimiento y prueba revisadas del Tribunal Especial Iraquí, Regla 79 (en adelante, Reglas revisadas del Tribunal Especial Iraquí), en http://www.law.case.edu/war-crimes-research-portal/pdf/IST_Rules_of_Procedure_and_Evidence.pdf. Esta disposición se relaciona con la advertencia, basada en el sentido común, de que la sala de primera instancia debe “excluir pruebas si el valor probatorio de éstas resulta sustancialmente contrarrestado por posibles prejuicios imparciales, consideraciones relativas a demoras indebidas, la pérdida de tiempo, o la presentación innecesaria de pruebas acumulativas”.

50 Ley N.º 23 sobre el procedimiento penal, enmendada, de 1971, Decreto N.º 230. Sancionada por el Consejo del Comando Revolucionario (en adelante, Ley iraquí N.º 23 sobre el procedimiento penal). 14 de febrero de 1971, párr. 203, reeditada en *Iraqi Laws Referenced in the Statute of the Iraqi Special Tribunal*, US Institute of Peace, 2004 [203].

51 Reglas Revisadas del Tribunal Especial Iraquí, nota 49 *supra*, Regla 59 (segundo párrafo).

52 Para un resumen de la práctica de los Estados y su aplicación en las normas de los tratados y los manuales militares en todo el mundo, v. J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (en adelante, “Estudio del CICR”), ICRC/Cambridge University Press, 2005, vol. I, pp. 352–75.

53 IV Convenio de Ginebra, art. 3.

54 Estudio del CICR, nota 52 *supra*, p. 355.

55 Estatuto del ATPI, nota 2 *supra*, art. 16.

el Estatuto se detallan, en forma específica, las disposiciones del derecho iraquí que contienen los principios generales del derecho penal que se han de aplicar en relación con el procesamiento y el juicio de “cualquier persona acusada” (se añade el subrayado para destacar la intención no discriminatoria de los redactores)⁵⁶. Toda laguna en las Reglas y procedimientos del ATPI se subsana automáticamente, recurriendo a los principios subyacentes en el derecho nacional iraquí; del mismo modo, se encomienda a los jueces interpretar los crímenes internacionales sustantivos “recurriendo a las decisiones pertinentes de las cortes o tribunales internacionales como autoridad persuasiva”⁵⁷. Esta solución representa una admirable armonización de las normas internacionales con las nacionales.

Estos asuntos representaban mucho más que una preocupación esotérica para los creadores del ATPI. Los redactores del Estatuto se mostraban inflexibles en cuanto a que la estructura y el funcionamiento del ATPI se distinguiesen claramente de los perniciosos esfuerzos baasistas por hacer de la justicia una farsa destinada a subvertir los derechos del pueblo. Al igual que el régimen nazi en el pasado⁵⁸, el régimen gobernante de Irak creó tribunales “especiales” o “revolucionarios” a fin de imponer castigos políticos por mano de secuaces obedientes en lugar de abogados profesionales⁵⁹. En la última sesión de edición del texto, en el texto autorizado en árabe se introdujo, como enmienda deliberada, un término diferente que traza una clara distinción con los tribunales “especiales” o “revolucionarios” que funcionaban bajo la autoridad baasista. Esta modificación causó una traducción al inglés ligeramente distorsionada. A pesar de la sustantiva cobertura de los crímenes de guerra, del genocidio y de los crímenes de lesa humanidad aportada por el artículo 1 del Estatuto original del Tribunal Especial Iraquí, en éste se manifestaba: “Por el presente, se establece un Tribunal que se conocerá como el “Tribunal Especial Iraquí para crímenes de lesa humanidad”⁶⁰. Este recordatorio, sutil y potente a la vez, muestra la fina sensibilidad de los abogados iraquíes responsables del Estatuto del ATPI, así como su compromiso con el restablecimiento duradero del Estado de derecho en Irak. Es notable que el primer juicio tramitado por el ATPI incluya a por lo menos un funcionario baasista implicado en la corrupción de los procedimientos jurídicos imparciales y ordenados, en violación del artículo 14 (a) del Estatuto del ATPI.

La estructura del ATPI y los procedimientos que lo rigen son igualmente válidos cuando se evalúan sobre la base de los principios de derechos humanos aplicables. En el PIDCP, el concepto indicado más arriba se expresa como la obligación de que el tribunal sea “establecido por la ley”⁶¹. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una prueba funcional por la cual el tribunal debe “auténticamente ofrecer garantías plenas al acusado” en el marco

56 Ibid., art.17 (primer párrafo).

57 Ibid., art.17 (segundo párrafo).

58 I. Müller, *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, Harvard University Press, 1991, pp. 153-73.

59 R. Chandrasekaran, “Tribunal planners hope to start trials by spring”, *Washington Post*, 16 de diciembre de 2003, art 1.

60 Estatuto del Tribunal Especial Iraquí, nota 9 *supra*, art. 1 (a).

61 PIDCP, nota 12 *supra*, art. 14 (1).

de sus garantías procesales⁶². Al tramitar su primer caso, el TPIY se vio obligado a determinar si este derecho humano es violado *per se* cuando se juzga a un acusado ante un tribunal *post hoc*, creado después de cometidos los crímenes⁶³. Señalando que los redactores del PIDCP rechazaron el texto en el que se especificaba que sólo los fueros “preestablecidos” proporcionarían suficiente protección de los derechos humanos, la Cámara de Apelaciones del TPIY llegó a la siguiente conclusión:

Al determinar si un tribunal ha sido “establecido por la ley”, la consideración importante no es si estaba preestablecido o si fue establecido para una finalidad o situación concretas; lo importante es que lo establezca un órgano competente con arreglo a los procedimientos jurídicos pertinentes, y que satisfaga las prescripciones en materia de garantías procesales⁶⁴.

A los efectos del derecho de los derechos humanos, el ATPI ha sido “establecido por la ley” porque en su ámbito se protegen cabalmente todos los derechos humanos del acusado. Además, el Estatuto del ATPI establece la firme obligación del tribunal de “asegurar que el juicio sea imparcial y expeditivo, y que los procedimientos se realicen de conformidad con el presente Estatuto y las reglas de procedimiento y prueba, respetando plenamente los derechos del acusado y prestando la debida consideración a la protección de las víctimas y los testigos⁶⁵. Por extensión, la Sala de Primera Instancia debe “cerciorarse de que se respeten los derechos del acusado⁶⁶, y fundamentar públicamente sus decisiones con una “opinión razonada por escrito, a la cual podrán anexarse opiniones separadas o en disidencia⁶⁷. En la Ley Judicial de Irak se dispone que el juez está obligado a “proteger la dignidad de la judicatura y evitar todo lo que pueda causar sospechas sobre su honestidad⁶⁸. La conclusión *a priori* de que los jueces del ATPI ignorarán su *ethos* profesional y menoscabarán deliberadamente los derechos de los acusados reflejaría un paternalismo incorrecto por parte de la comunidad internacional.

62 Observación General sobre el art. 14, Comité de Derechos Humanos, 43º período de sesiones, Sup. N.º 40 [4], documento de las Naciones Unidas A/43/40; *Cariboni v. Uruguay*, Comité de Derechos Humanos 159/83 39º período de sesiones, Sup. N.º 40 (1988), documento de las Naciones Unidas A/39/40. La Comisión Interamericana ha adoptado un enfoque análogo. V., p.ej., Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1972), OEA/Ser. P, AG/doc. 305/73 rev. 1 (14 de marzo de 1973) 1; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual (1973), OEA/Ser. P, AG/doc 409/174 (5 de marzo de 1974), 2-4.

63 M. P. Scharf, *Balkan Justice: The Story behind the First International War Crimes Trial since Nuremberg*, Carolina Academic Press, 1997, pp. 104-6.

64 *Prosecutor v. Dusko Tadic (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction)*, 2 de octubre de 1995, 45 (caso *Dule*), en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>.

65 Estatuto del ATPI, nota 2 *supra*, art. 21 (segundo párrafo).

66 *Ibid.*, art. 21 (tercer párrafo).

67 *Ibid.*, art. 23 (segundo párrafo).

68 Ley sobre la Organización Judicial, N.º 160 de 1979, resolución N.º 1724 adoptada por el Consejo del Comando Revolucionario (12 de octubre de 1979), art. 7, publicada por el Ministerio de Justicia, Gaceta Oficial de la República de Irak, vol. 23, N.º 27, 2 (2 de julio de 1980), reeditada en *Iraqi Laws Referenced in the Statute of the Iraqi Special Tribunal*, US Institute of Peace, 2004.

De hecho, aunque durante el juicio de al Dujail se han suscitado ocasionalmente situaciones turbulentas y a menudo impredecibles en la sala, ha procedido sobre la base de las normas procesales especificadas en el Estatuto, sus reglas de aplicación y el derecho procesal penal iraquí subyacente.

Garantías procesales para los acusados⁶⁹

Las disposiciones relativas a los derechos de los acusados se cuentan entre las más criticadas, pero esenciales, del Estatuto del ATPI. En la Orden de la Autoridad Provisional de la Coalición por la que se delegó en los líderes iraquíes la autoridad para promulgar el Estatuto, se exigió que el tribunal satisficiera las “normas internacionales de justicia”⁷⁰. De conformidad con los códigos procesales iraquíes subyacentes, en las Reglas del ATPI se especifica que, cuando un sospechoso comparece por primera vez para ser interrogado, el juez de instrucción debe notificarle los siguientes derechos:

- i. El derecho a ser asistido por un abogado defensor de su elección, así como el derecho a que se le asigne un abogado de la Defensoría Pública, si no posee suficientes medios para pagar por su defensa.
- ii. El derecho a los servicios de un intérprete, si no puede comprender o hablar el idioma utilizado durante el interrogatorio.
- iii. El derecho a guardar silencio. Al respecto, se advertirá al sospechoso o acusado que cualquier declaración que formule podrá ser utilizada como prueba⁷¹.

Conforme a las normas básicas de la representación, si un sospechoso expresa el deseo de ser representado por un abogado, el juez de instrucción debe dar por terminado el interrogatorio y no puede reanudarlo hasta que se encuentre

69 Los abogados iraquíes seleccionaron este término en lugar de la palabra “autor” utilizada en los Elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional. Durante la redacción de los Elementos de los crímenes para la CPI, hubo un amplio debate sobre los méritos relativos de los términos “autor” o “acusado”. Aunque a algunas delegaciones les preocupaba que el término “autor” perjudicase la presunción de inocencia, los delegados en la Comisión Preparatoria finalmente acordaron usarlo en los Elementos tras incluir, en el capítulo introductorio, la observación de que “el término ‘autor’ es neutral en cuanto a la culpabilidad o la inocencia”. V. documento de las Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (2000), en K. Dormann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 14.

70 Orden N.º 48 de la Autoridad Provisional de la Coalición: Delegation of Authority regarding an Iraqi Special Tribunal, en http://www.cpa-iraq.org/regulations/20031210_CPAORD_48_IST_and_Appendix_A.pdf.

71 Reglas Revisadas del Tribunal Especial Iraquí, nota 49 *supra*, Regla 27. Esta regla debe entenderse a la luz de la prescripción de que el juez de instrucción no puede interrogar al testigo o al sospechoso “en forma declaratoria o insinuante” ni hacer señales ni gestos “tendientes a intimidarlo, confundirlo o perturbarlo”. Ley iraquí N.º 23 sobre el procedimiento penal, nota 50 *supra*, párr. 64 A.

presente el abogado del sospechoso⁷². Toda declaración del acusado al juez de instrucción es asentada por escrito y “firmada por el acusado y por el magistrado o investigador”, conforme a las prescripciones de la ley iraquí⁷³. Así pues, todos los sospechosos que han comparecido ante los jueces de instrucción del ATPI hasta la fecha han sido notificados de su derecho a contar con la ayuda de un abogado y han dejado constancia escrita de que comprendieron ese derecho. Esas disposiciones reflejan las prácticas de otros tribunales internacionales, aunque han sido tomadas del sistema nacional⁷⁴. Los críticos que suponen que el ATPI omitirá y subvertirá los derechos de los acusados en el futuro deben también suponer que los jueces de instrucción abandonarán esta práctica establecida, pero si lo hiciesen, dejarían de lado un aspecto fundacional de la práctica penal de Irak que, desde todo punto de vista, cumple las normas de derechos humanos.

En su disposición operativa fundamental, el Estatuto incorpora un abanico de derechos procesales que, en conjunto, son compatibles con las normas de derechos humanos aplicables. Haciéndose eco de las garantías fundamentales del PIDCP y de otros instrumentos de derechos humanos, en el artículo 19 del Estatuto se consagran las siguientes normas:

- a) Todas las personas son iguales ante el Tribunal.
- b) Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante el Tribunal de conformidad con la ley.
- c) En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto y de las normas de procedimiento estipuladas en el presente documento.
- d) En la determinación de cualquier cargo contra el acusado con arreglo al presente Estatuto, el acusado tendrá derecho a una audiencia pública justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas:

72 Ley iraquí N.º 23 sobre el procedimiento penal, nota 50 *supra*. Por ejemplo, Saddam Husein fue interrogado por el juez de instrucción en presencia del abogado defensor Khalil Abd Salih Al-Dulaimi, el 12 de junio de 2005, con respecto a la masacre de Dujail. Puede consultarse en <http://www.iraqispecialtribunal.org/en/press/releases/0017e.htm>.

73 *Ibid.*, párr. 128.

74 V., p. ej., la Regla 63 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, en <http://www.un.org/icty/legaldoc-e/index.htm>, cuyo texto es el siguiente: Interrogatorio del acusado (adoptado el 11 de febrero de 1994, modificado el 3 de diciembre de 1996): (A) El interrogatorio de un acusado por el fiscal, incluso después de la comparecencia inicial, no se realizará sin la presencia de un abogado, a menos que el acusado haya acordado, voluntaria y expresamente, proceder sin la presencia de un abogado. Si posteriormente, el acusado expresa el deseo de contar con un abogado, el interrogatorio cesará y se reanudará sólo cuando se encuentre presente el abogado del acusado. (B) El interrogatorio, con inclusión de la renuncia al derecho a la presencia de un abogado, será registrado en audio o en vídeo, de conformidad con el procedimiento previsto en la Regla 43. Al comenzar el interrogatorio, el fiscal formulará al acusado la advertencia establecida en la Regla 42(A)(iii).

1. A ser informado, sin demora y en forma detallada, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan;
2. A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección. El acusado tendrá derecho a disponer de representación jurídica no iraquí, siempre que el abogado principal del acusado sea ciudadano iraquí;
3. A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
4. A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo;
5. A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto y la ley iraquí; y
6. A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia⁷⁵.

Estos derechos afirmativos tenían por objeto revitalizar la esotérica obligación plasmada en el artículo 20 de la Constitución Provisional de Irak, de 1970, conforme a la cual el acusado es “inocente hasta que se demuestre su culpa en un juicio legal”⁷⁶. La constitución también proclama, en términos evocadores, que “el derecho a la defensa es sagrado en todas las etapas de la investigación y del juicio de acuerdo con las disposiciones de la Ley”⁷⁷.

Los abogados internacionales han señalado que proporcionar abogados defensores internacionales habría sido la forma más segura de realizar un proceso que todo el mundo percibiera como imparcial. La defensa puede recibir el apoyo de abogados internacionales, pero el defensor principal debe ser iraquí, y todo abogado contratado por un sospechoso o acusado está obligado a “presentar su poder ante el

75 Esta disposición del Estatuto del ATPI, que impide interpretar en forma adversa el silencio del acusado, es notable, porque es la primera vez que se incluye una protección de este tipo en una ley iraquí. La citada disposición modificó el párrafo 179 de la ley iraquí de 1923 sobre procedimientos penales, para hacerla conforme con las normas de derechos humanos pertinentes. La regla procesal anterior era la siguiente: “El tribunal podrá formular al acusado cualquier pregunta que considere apropiada para establecer la verdad, antes o después de la acusación formal. La negativa a responder se considerará una prueba contra el acusado”.

76 Constitución Provisional de Irak de 1970, nota 37 *supra*, art. 20. La ley iraquí sobre el procedimiento penal deja en claro que el juez debe liberar al acusado si “las pruebas son insuficientes para condenarlo”. Ley iraquí N.º 23 sobre el procedimiento penal, nota 50 *supra*, párr. 203.

77 Constitución Provisional de Irak de 1970, nota 37 *supra*, art. 20. Todos los jueces e investigadores con los que he tratado estaban muy conformes con la presunción de inocencia y la obligación del fiscal de presentar pruebas suficientes para justificar una condena.

juez de la causa en la primera ocasión posible”⁷⁸. A su vez, el juez deberá considerar que el abogado está calificado de conformidad con *la ley iraquí sobre los abogados*⁷⁹. Más que un intento de minimizar la influencia internacional, esa pequeña frase es una salvaguardia importante, porque refleja la intención de los redactores iraquíes de garantizar que los abogados defensores siguieran obligados por los códigos de práctica que rigen su profesión y que estuviesen calificados de conformidad con las rigurosas normas del derecho iraquí⁸⁰. A la luz de las graves acusaciones de mala conducta de los abogados en otros tribunales⁸¹, en las Reglas del ATPI se dispone que “los jueces o los tribunales penales podrán procesar a los abogados si, en su opinión, la conducta de éstos es ofensiva o abusiva, o si menoscaba la dignidad y el decoro del Tribunal Especial u obstaculiza los procedimientos”⁸². El hecho de que el abogado principal permanezca obligado por el código de conducta profesional iraquí refuerza, en cierta medida, el derecho subyacente del tribunal de “impedir que las partes y sus representantes hablen demasiado tiempo, hablen de cuestiones ajenas al caso, repitan declaraciones, violen las reglas o formulen acusaciones contra otra parte o contra una persona ajena al caso que no pueda defenderse”⁸³.

En general, todas estas condiciones ayudan a cumplir la obligación de las salas de primera instancia de “asegurar que el juicio sea imparcial y expeditivo, y que los procedimientos se realicen de conformidad con el presente Estatuto y las reglas de procedimiento y prueba, respetando plenamente los derechos del acusado y prestando la debida consideración a la protección de las víctimas y los testigos”⁸⁴.

Autoridad jurídica para la creación del Tribunal Especial Iraquí

El contexto jurídico de la ocupación

Todos los componentes procesales y sustantivos del Tribunal Especial Iraquí funcionan en el contexto de su instauración, ocurrida durante la ocupación por la Coalición. Las circunstancias que rodean la creación del Tribunal son el obstáculo jurídico y político más poderoso a su reputación en el largo plazo. Dado que las autoridades iraquíes revalidaron el Estatuto tras el restablecimiento de la soberanía plena, el análisis de la formación de este Tribunal, realizada bajo la égida de la Autoridad Provisional de la Coalición, se presta a controversia. Sin embargo, la evolución del ATPI ha servido para esclarecer el contenido normativo del derecho de

78 Reglas Revisadas del Tribunal Especial Iraquí, nota 49 *supra*, Regla 48 (A).

79 *Ibid.* (el subrayado es nuestro).

80 *Ibid.*, Regla 48 (C).

81 Por ejemplo, a causa de los reiterados abusos de los abogados, el TPIY decidió que, en lugar de honorarios por hora de trabajo, se les pagase un honorario único total. Bassiouni, nota 44 *supra*, p. 6.

82 Reglas Revisadas del Tribunal Especial Iraquí, nota 49 *supra*, Regla 31 (primer párrafo) (el subrayado es nuestro).

83 Ley iraquí N.º 23 sobre el procedimiento penal, nota 50 *supra*, párr. 154.

84 Estatuto del ATPI, nota 2 *supra*, art. 21(b).

la ocupación en relación con los principios de la justicia de transición. La relación de una población civil subyugada con la potencia extranjera que ejerce transitoriamente la soberanía *de facto* se rige por la amplia normativa del derecho de la ocupación⁸⁵. En lo que respecta a los derechos y las obligaciones de índole jurídica, Irak se consideró como territorio ocupado cuando se encontró de hecho colocado bajo la autoridad del ejército enemigo⁸⁶. Este criterio jurídico se cumple cuando, en el país ocupado, concurren las siguientes circunstancias: primero, que las estructuras de Gobierno existentes hayan quedado incapacitadas para ejercer su autoridad normal; y segundo, que la potencia ocupante esté en posición de llevar a cabo las funciones de gobierno normales en la región afectada⁸⁷. A los efectos de la política estadounidense, la ocupación es el estado jurídico ocasionado por “una invasión, sumada a la toma de posesión firme del territorio enemigo con el propósito de retenerlo”⁸⁸. Aunque el estado de ocupación no “afecta el estatuto jurídico del territorio en cuestión”⁸⁹, la presunción de autoridad sobre el territorio ocupado significa, implícitamente, que las instituciones existentes de la sociedad han sido descartadas.

Dado que la potencia extranjera ha desplazado a las instituciones nacionales normales, la piedra angular del derecho de la ocupación es la obligación amplia de que la Potencia extranjera, esto es, el “ocupante”, adopte “todas las medidas que de él dependan para restablecer y asegurar, en cuanto sea posible, el orden y la seguridad pública”⁹⁰. Según la versión oficial, en idioma francés y español, el ocupante debe preservar “l’ordre et la vie publics” o “el orden y la vida pública”⁹¹. El establecimiento del Tribunal Especial Iraquí bajo la autoridad de ocupación inherente de la Coalición

85 V., en general, los Reglamentos adjuntos al IV Convenio de La Haya, de 1907, sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (en adelante, el Reglamento de La Haya de 1907), que entró en vigor el 26 de enero de 1910, reeditado en A. Roberts y R. Guelff (eds.), *Documentation on the Laws of War*, 3ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 73; IV Convenio de Ginebra, arts. 47–78.

86 Reglamento de La Haya de 1907, *ibíd.*, art. 42. V. también *The Law of Land Warfare, Department of the Army Field Manual 27-10*, Washington, 1956, párr. 351 [FM 27–10]. Todo el capítulo 6 del *US Army Field Manual*, relacionado con el derecho de los conflictos armados, está dedicado a explicar el derecho de la ocupación y la política de ocupación de Estados Unidos.

87 *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Ministerio de Defensa de Reino Unido, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 275, párr. 11.3.

88 *US Army Field Manual 27-10*, nota 86 *supra*, párr. 352.

89 Protocolo I, nota 15 *supra*, art. 4. La política estadounidense sobre este tema establece claramente que la ocupación confiere sólo el “medio de ejercer control durante el período de ocupación. No transfiere la soberanía al ocupante, sino sólo la autoridad o el poder para ejercer algunos de los derechos de la soberanía”. *US Army Field Manual*, nota 86 *supra*, párr. 358.

90 Reglamento de La Haya de 1907, nota 85 *supra*, art. 43 (el subrayado es nuestro).

91 *Ibíd.* Las limitaciones conceptuales de la ocupación extranjera también motivaron la incorporación, en los Convenios de Ginebra de 1949, de una limitación temporal por la cual la aplicación general del derecho de la ocupación “terminará un año después del cese general de las operaciones militares” (IV Convenio de Ginebra, art. 6). Basándose en un punto de vista puramente pragmático, el art. 6 del IV Convenio de Ginebra permite la aplicación de una mayor variedad de disposiciones de tratados específicos “mientras dure la ocupación – si [la Potencia ocupante] ejerce las funciones de gobierno en el territorio de que se trata” (*ibíd.*). Los Protocolos de 1977 eliminaron el enfoque fragmentario de la protección de los tratados mediante la sencilla declaración de que “la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo cesará, en el territorio de las Partes en conflicto, al término general de las operaciones militares y, en el caso de territorios ocupados, al término de la ocupación”, Protocolo I, nota 15 *supra*, art. 3(b).

podría justificarse, por ese solo razonamiento jurídico, como parte integrante del plan estratégico para restablecer la calma pública y la estabilidad pacífica de la población civil en todo Irak. Desde esa perspectiva, el Tribunal Especial Iraquí es el gemelo intelectual del TPIY, porque el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció el TPIY en 1993, mediante una resolución muy innovadora⁹² basada en la autoridad jurídica del Consejo de Seguridad para “mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”⁹³.

Como fueros penales concebidos y creados en consonancia con la mayor responsabilidad de las autoridades autorizadas a mantener o restablecer la paz y la seguridad, tanto el TPIY como el ATPI eran mecanismos no militares apropiados (aunque cada uno de ellos fue creativo en su tiempo y en diferentes formas). Tanto el ATPI como el TPIY se basaron en la evaluación de los funcionarios encargados de mantener la estabilidad y el Estado de derecho, de que el enjuiciamiento de determinadas personas responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario facilitaría el restablecimiento de la paz y la estabilidad (“l’ordre et la vie publics” (el orden y la vida pública)) según el texto del Reglamento de La Haya de 1907). Después de que el primer acusado, un serbio llamado Dusko Tadic, impugnó la legalidad del TPIY, la sala de primera instancia decretó que la autoridad del Consejo de Seguridad para crear el Tribunal era dispositiva⁹⁴.

Del mismo modo que el Consejo de Seguridad tiene la “responsabilidad primordial” de mantener la paz y la seguridad internacionales⁹⁵, la Autoridad Provisional de la Coalición tenía el deber jurídico concreto de facilitar el restablecimiento de la estabilidad y del orden en Irak tras la caída del régimen. En efecto, en la Declaración de la Misión de la Autoridad Provisional de la Coalición se establece lo siguiente:

La Autoridad Provisional de la Coalición es el nombre del órgano provisional de gobierno designado por las Naciones Unidas como el legítimo Gobierno de Irak hasta el momento en que Irak goce de suficiente estabilidad política y social para asumir su soberanía. La Autoridad Provisional de la Coalición ha actuado como el Gobierno de Irak desde el derrocamiento, en abril de 2003, de la brutal dictadura de Sadam Husein y del profundamente corrupto régimen baasista.

92 Consejo de Seguridad, resolución 827 (25 de mayo de 1993).

93 Art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas: “El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

94 “Este Tribunal Internacional no es un tribunal constitucional instaurado para examinar las acciones de los órganos de las Naciones Unidas. Por el contrario, es un tribunal penal con poderes claramente definidos y con una competencia penal muy específica y limitada. Si este Tribunal ha de restringir sus decisiones a esos límites específicos, no tendrá autoridad para investigar la legalidad de su creación por el Consejo de Seguridad”. *Prosecutor v. Tadic (Decision on the Defence Motion on Jurisdiction)*, IT-94-1, 10 de agosto de 1995, en <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/decision-e/100895.htm> (Traducción del CICR).

95 Carta de las Naciones Unidas, art. 24(1).

El principio minimalista

El marco jurídico de la ocupación se apoya en un equilibrio delicado, particularmente amenazado por los acontecimientos que suceden en Irak. Por un lado, las personas civiles no tienen el derecho legal de realizar actividades que causen daños a personas o bienes de la fuerza ocupante, y pueden ser condenadas o internadas a raíz de esas actividades ilícitas⁹⁶. En el artículo 42 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949, más conocido como el IV Convenio de Ginebra, se permite específicamente la privación de libertad de personas si “la seguridad de la Potencia en cuyo poder estén lo hace absolutamente necesario”⁹⁷. Cuando hay razones serias y legítimas para creer que las personas detenidas amenazan la seguridad de la Potencia ocupante, incluso es permisible el internamiento en gran escala⁹⁸. Al mismo tiempo, la autoridad coercitiva de la Potencia ocupante es limitada por la prohibición específica de realizar cambios en la estructura del Gobierno o en las instituciones, si tales cambios tuviesen por efecto menoscabar los beneficios garantizados a las personas civiles con arreglo a los Convenios de Ginebra⁹⁹.

Así pues, el principio básico del derecho de la ocupación es que la población civil siga viviendo sus vidas tan normalmente como sea posible. Este concepto podría describirse como el principio minimalista, aunque algunos observadores lo han denominado el principio de la normalidad¹⁰⁰. Como prioridad de política, derivada de las disposiciones del IV Convenio de Ginebra, el derecho nacional debe ser aplicado por los funcionarios nacionales, en la medida posible, y los delitos que no sean de índole militar y que no afecten la seguridad del ocupante normalmente incumbirán a la jurisdicción de los tribunales locales¹⁰¹. El Estatuto del ATPI encaja precisamente en este modelo jurídico y político, ya que fue creado y posteriormente ratificado por las autoridades iraquíes como un estatuto nacional iraquí.

Sin embargo, el derecho de la ocupación no se obstina en elevar las disposiciones del derecho nacional y la estructura de las instituciones internas por encima de la búsqueda de justicia. A pesar del principio minimalista, el derecho internacional concede un margen razonable para que la Potencia ocupante modifique, suspenda o reemplace la estructura penal existente en interés de garantizar la justicia y la restauración del Estado de derecho. Al ejercer temporalmente la soberanía funcional sobre el territorio ocupado, y como necesidad pragmática, la autoridad

96 IV Convenio de Ginebra, arts. 68 y 78 (en los que se permite la detención de civiles por razones imperiosas de seguridad). V. también Human Rights Watch, *A Face and a Name: Civilian Victims of Insurgent Groups in Iraq*, vol. 17, N.º 9 (E), octubre de 2005 (donde se determina que los insurgentes en Irak que atacan indiscriminadamente a civiles y a contratistas occidentales no tienen derecho, conforme a los Convenios de Ginebra, a emprender hostilidades, y por ende, sus acciones constituyen crímenes de guerra).

97 IV Convenio de Ginebra, art. 42.

98 *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic, and Landzo (Celebici) (Judgment)*, IT-96-21-T, 20 de febrero de 2001.

99 IV Convenio de Ginebra, art. 47.

100 J. S. Pictet, *The Principles of International Humanitarian Law*, CICR, Ginebra, 1967, p. 50.

101 US Army Field Manual, nota 86 *supra*, párr. 370.

de ocupación debe garantizar el correcto funcionamiento, entre otras cosas, de los procesos penales nacionales, y no puede renunciar a esa responsabilidad en favor de funcionarios nacionales de la población civil que podrían no desear o no poder desempeñar las funciones normales que les competen para restablecer el orden público¹⁰². De conformidad con el principio fundamental de la normalidad, en el artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907 se estipula que la Potencia ocupante deberá respetar, “salvo imposibilidad absoluta, las leyes vigentes en el país”¹⁰³.

La legitimidad del Alto Tribunal Penal Iraquí en el marco del derecho de la ocupación

La obligación de respetar las leyes vigentes en el país salvo “imposibilidad absoluta” (en francés, “empêchement absolu”), establecida en el artículo 43 del Reglamento de La Haya, impone un imperativo de índole aparentemente categórica. Sin embargo, más que entenderla literalmente, se ha interpretado que la frase “empêchement absolu” es equivalente a “nécessité”¹⁰⁴. Conforme a las obligaciones del moderno derecho de los derechos humanos, el ocupante puede modificar las leyes locales a fin de “eliminar del código penal los castigos que sean “arbitrarios, crueles o inhumanos” así como toda legislación que contenga disposiciones de discriminación racial¹⁰⁵. Por ejemplo, la decisión de Israel de conferir el voto, en las elecciones de alcalde, a mujeres que antes no habían gozado de este derecho, probablemente estaría en consonancia con la obligación que impone al ocupante el artículo 43¹⁰⁶. En el contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial, esto significaba que los Aliados podían encaminar a las potencias derrotadas del Eje “por una vía más sana”¹⁰⁷ en lugar de aplicar ciegamente las restricciones institucionales y jurídicas que habían constituido los principales baluartes de la tiranía¹⁰⁸.

102 IV Convenio de Ginebra, art. 54: “Está prohibido que la Potencia ocupante modifique el estatuto de los funcionarios o de los magistrados del territorio ocupado o que dicte contra ellos sanciones o cualesquiera medidas de coacción o de discriminación por abstenerse de desempeñar sus funciones basándose en consideraciones de conciencia”.

103 Reglamento de La Haya de 1907, nota 85 *supra*, art. 43.

104 Y. Dinstein, “Legislation under art. 43 of the Hague Regulations: Belligerent occupation and peacebuilding”, N.º 1, otoño boreal de 2004, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University Occasional Paper Series 8. V. también E. Schwenk, “Legislative powers of the military occupant under art. 43, Hague Regulations”, *Yale Law Journal*, N.º 54 (1945), p. 393.

105 L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Juris, Huntingdon, Nueva York, 1999, p. 259.

106 *Ibid.*

107 M. Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, University of California Press, Berkeley, 1959, pp. 223–7.

108 Por ejemplo, el juramento del partido nazi era el siguiente: “Debo fidelidad inviolable a Adolf Hitler; juro obediencia absoluta tanto a él como a los líderes que él me imponga”. D. A. Sprecher, *Inside the Nuremberg Trial: A Prosecutor’s Comprehensive Account*, University Press of America, Lanham, 1999, pp. 1037–8. Así pues, el poder residía en Hitler, de quien los subordinados derivaban autoridad absoluta, siguiendo un orden jerárquico. Esta obediencia absoluta e incondicional al superior en todos los ámbitos de la vida pública y privada llevó, como dijo el magistrado Jackson en su célebre descripción, “a un despotismo nacionalsocialista sólo igualado por las dinastías del antiguo Oriente”. Declaración inaugural ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. II, 1947, p. 100.

En el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra se aclaró el viejo artículo 43 del Reglamento de La Haya, explicando la excepción al principio minimalista en términos más concretos. Al examinar los efectos del artículo 64 con respecto a la ocupación en Irak, es importante comprender que sus redactores no extendieron el “alcance tradicional de la legislación sobre la ocupación”¹⁰⁹. Por ello, en el citado Convenio de Ginebra se amplió el concepto de la necesidad que, en ese momento, se consideraba consagrado en el viejo artículo 43 del Reglamento de La Haya. El artículo 64 incorpora el fundamento de la normalidad dentro de los límites de la protección de los derechos jurídicos de la población civil. Así pues, el artículo 64 contiene las siguientes disposiciones:

Permanecerá en vigor la legislación penal del territorio ocupado, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la Potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio. A reserva de esta última consideración y de la necesidad de garantizar la administración efectiva de la justicia, los tribunales del territorio ocupado continuarán actuando con respecto a todas las infracciones previstas en tal legislación.

Sin embargo, la Potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice.

El claro texto del artículo 64 debe interpretarse de buena fe, a la luz del objetivo y el propósito del IV Convenio¹¹⁰, cuya finalidad era aliviar el sufrimiento de la población civil y mitigar las consecuencias potencialmente adversas de la ocupación tras una derrota militar. En el primer párrafo, se equilibra la intención minimalista de los redactores y el propósito esencial de tener debidamente en cuenta tanto los derechos de la población civil como el derecho concurrente del ocupante de mantener la seguridad de sus fuerzas y bienes. El segundo párrafo del artículo 64 transformó el significado implícito de “necesario”, tomado del viejo artículo 43 del Reglamento de La Haya, en una autoridad explícita para modificar las leyes nacionales a fin de concretar los objetivos fundamentales del Convenio. De este modo, el artículo 64 ha sido aceptado a la luz de una interpretación basada en

109 G. Schwarzenberger, *The Law of Armed Conflict*, Stevens, Londres, 1968, p. 194.

110 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31(1), 27 de enero de 1980, 1155 UNTS 331, reeditado en 8 ILM (1969).

el sentido común y en la obligación jurídica subyacente del ocupante de permitir modificaciones del derecho nacional en circunstancias limitadas¹¹¹.

Autoridad jurídica para la creación del Tribunal Especial Iraquí

En su forma actual, el ATPI está envuelto en una legalidad sin fisuras, tanto en lo que respecta a su origen como a su existencia permanente, como una rama distinta de la burocracia iraquí. La fuente principal para el análisis de la promulgación del Estatuto del Tribunal, en diciembre de 2003, es reconocer que la declaración de misión de la Autoridad Provisional de la Coalición le confirió autoridad afirmativa como el “órgano provisional de gobierno designado por las Naciones Unidas como el legítimo Gobierno de Irak hasta el momento en que Irak goce de suficiente estabilidad política y social para asumir su soberanía”¹¹². La Autoridad Provisional de la Coalición planteó su poder como autoridad de ocupación en Irak en términos declarativos: “La Autoridad Provisional de la Coalición posee toda la autoridad, ejecutiva, legislativa y judicial necesaria para lograr sus objetivos, que será ejercida conforme a las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con inclusión de la resolución 1483 (2003) y las leyes y costumbres de la guerra”¹¹³.

El apelativo “Autoridad Provisional de la Coalición” era un título literal en todos los aspectos: i) representaba a los dos Estados que legalmente ocupaban Irak (los Estados Unidos y el Reino Unido), así como la coalición de los más de veinte otros Estados, que, conforme a la resolución 1483, actuaban “bajo la Autoridad”; ii) era considerada un poder de transición hasta que se produjera el restablecimiento completo de la autoridad soberana iraquí; y iii) (tal vez, el aspecto más importante) ejercía las obligaciones que incumbían a los Estados que ocupaban Irak en el sentido jurídico y, a la inversa, gozaba de la autoridad jurídica originada en las leyes y costumbres de la guerra. Este entendimiento del estatuto de la Autoridad Provisional de la Coalición está en consonancia con las declaraciones diplomáticas formuladas en el momento de su creación¹¹⁴. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reconoció, en forma unánime, “la autoridad, la responsabilidad y las obligaciones

111 *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Ministerio de Defensa de Reino Unido, Oxford University Press, Oxford 2004, p. 275 [11.56]. Según la doctrina de Estados Unidos, el “ocupante puede modificar, derogar o suspender leyes de los siguientes tipos: a. Legislación que representa una amenaza a su seguridad, como leyes relativas al reclutamiento y al porte de armas. b. Legislación relativa a procesos políticos, como leyes sobre los derechos al sufragio y a las reuniones públicas. c. Legislación cuya aplicación sería incompatible con los deberes del ocupante, como leyes que establezcan la discriminación racial”. *US Army Field Manual 27-10*, nota 86 *supra*, párr. 371.

112 Reseña sobre la Autoridad Provisional de la Coalición, en <http://www.iraqcoalition.org/bremerbio.html>.

113 Reglamento 1 de la Autoridad Provisional de la Coalición, en http://www.cpa-iraq.org/regulations/20030516_CPAREG_1_The_Coalition_Provisional_Authority_.pdf.

114 V. Carta de fecha 8 de mayo de 2003 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por los Representantes Permanentes de los Estados Unidos de América y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ante las Naciones Unidas, documento de las Naciones Unidas S/2003/538. Puede consultarse en <http://www.globalpolicy.org/security/issues/iraq/document/2003/0608usukletter.htm>.

específicas que, en virtud del derecho internacional aplicable, corresponden a esos Estados [los miembros de la Coalición] en su calidad de potencias ocupantes bajo un mando unificado (la 'Autoridad')"¹¹⁵.

Aunque su contenido es marcadamente similar a la declaración de los Aliados en Alemania ocupada, después de la Segunda Guerra Mundial¹¹⁶, el reglamento 1 de la Autoridad Provisional de la Coalición se fundó en los cimientos de la autoridad jurídica, que son los poderes conferidos al Consejo de Seguridad en el capítulo VII, complementados por el poder preexistente otorgado a la Autoridad Provisional de la Coalición conforme al derecho de la ocupación¹¹⁷. La resolución 1483 del Consejo de Seguridad fue adoptada por unanimidad el 22 de mayo de 2003. En ella, se instaba a los miembros de la Autoridad Provisional de la Coalición a "cumplir cabalmente las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y el Reglamento de La Haya de 1907"¹¹⁸. La resolución 1483 es un documento particularmente importante en relación con la instauración del ATPI, porque el Consejo de Seguridad destacó, en forma específica, la necesidad de contar con un mecanismo de rendición de cuentas para enjuiciar "los crímenes y atrocidades cometidos por el anterior régimen iraquí"¹¹⁹. Asimismo, en la citada resolución, el Consejo de Seguridad insta a la Autoridad Provisional de la Coalición a ejercer su poder transitorio de modo que, "de conformidad con la carta de las Naciones Unidas y otras normas pertinentes del derecho internacional, promueva el bienestar del pueblo iraquí mediante la administración efectiva del territorio"¹²⁰.

La resolución 1483 se aplicó en conjunción con las leyes y costumbres de guerra residuales a fin de establecer una autoridad jurídica positiva que permitió a la Autoridad Provisional de la Coalición y al Consejo de Gobierno crear el ATPI.

115 Consejo de Seguridad, preámbulo de la resolución 1483 (22 de mayo de 2003).

116 El General Eisenhower decía en su proclama: "En mi carácter de Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas y Gobernador Militar, se me han conferido la autoridad y los poderes legislativos, judiciales y ejecutivos supremos dentro del territorio ocupado, y el Gobierno Militar se ha establecido con el fin de ejercer estos poderes". Reeditado en *Military Government Gazette, Germany, United States Zone*, Oficina del Gobierno Militar para Alemania (US, 1 de junio de 1946), 1 Edición A (copia en poder del autor).

117 El IV Convenio de Ginebra reconoce la importancia de los derechos individuales de que goza la población civil y los deberes correlativos del ocupante respecto de esa población. La estructura del IV Convenio se centró en los deberes de la Potencia ocupante hacia las personas civiles y la estructura social general, más que en las relaciones entre el soberano victorioso y el Gobierno derrotado. Conforme al concepto de *debellatio*, posteriormente rechazado, el enemigo era derrotado por completo; el Estado derrotado perdía su personalidad jurídica y era absorbido en la soberanía del ocupante. Greenspan, nota 107 *supra*, pp. 600-1. La negociación exitosa de los Convenios de Ginebra en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial marcó el abandono definitivo del concepto de *debellatio*, en virtud del cual el ocupante asumía la soberanía plena sobre las personas civiles en el territorio ocupado. E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, 1993, p. 92. La figura de *debellatio* "se refiere a una situación en la que una parte en un conflicto ha sido derrotada por completo en la guerra, sus instituciones nacionales se han desintegrado y ninguno de los aliados de esa parte sigue representando, en nombre de ésta, un desafío para el enemigo". *Ibid.*, p. 59.

118 Consejo de Seguridad, párr. 5 de la resolución 1483 (22 de mayo de 2003).

119 *Ibid.*, preámbulo.

120 *Ibid.*, párr. 4.

La sutil vinculación entre el artículo 43 del Reglamento de La Haya y el artículo 64 confirió a la Autoridad Provisional de la Coalición amplias facultades que le permitían delegar al Consejo de Gobierno la autoridad para la creación del Tribunal, como una cuestión de necesidad. El núcleo del artículo 64 protege el derecho de los ciudadanos del territorio ocupado a contar con un sistema de justicia imparcial y eficaz. Como primer paso, citando su obligación de garantizar la “efectiva administración de la justicia”, la Autoridad Provisional de la Coalición adoptó una orden por la que suspendió la imposición de la pena capital en los tribunales penales de Irak y prohibió la tortura, así como los tratos crueles, inhumanos y degradantes en Irak ocupado¹²¹. En ejercicio de las facultades de la autoridad provisional durante la ocupación, el embajador Bremer firmó la Orden N.º 7 de la Autoridad Provisional de la Coalición, por la que se introdujeron en el código penal iraquí otras importantes reformas destinadas a suspender o modificar leyes que “el ex régimen utilizaba (...) como herramienta de represión, en violación de derechos humanos reconocidos en el plano internacional”¹²².

Asimismo, la posterior promulgación, el 18 de junio de 2003, del Memorando de Política N.º 3 de la Autoridad Provisional de la Coalición, por el que se modificaron disposiciones clave del código penal iraquí con el fin de proteger los derechos de las personas civiles en Irak¹²³, se basó en la obligación, contenida en los tratados, de eliminar los obstáculos a la aplicación de los Convenios de Ginebra. En el IV Convenio de Ginebra, se establece una serie de derechos relativos a las garantías procesales para la población civil en los territorios ocupados, que presagiaban la evolución de las normas de derechos humanos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial¹²⁴. La puesta en práctica de estas medidas en Irak estaba en consonancia con el cuerpo establecido del derecho de la ocupación y, al mismo tiempo, cumplía las disposiciones de la resolución 1483 del Consejo de Seguridad, conforme a la obligación de todos los Estados de “aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad”¹²⁵. Aunque el citado Memorando de Política alineó con eficacia el procedimiento y el derecho nacionales de Irak con las prescripciones del derecho internacional, se trató, en el mejor de los casos, de una medida provisional que no estaba concebida para soportar todo el peso de enjuiciar todos los crímenes cometidos por el régimen, ni estaba destinada a hacerlo. De hecho, la sección 1 del Memorando de Política original, fechado 18 de junio de 2003, se centraba expresamente en la “necesidad de efectuar la transición” a una administración de la justicia nacional eficaz, liberada de la “dependencia del apoyo militar”¹²⁶.

121 Autoridad Provisional de la Coalición, Orden N.º 7 (9 de junio de 2003), Doc. N.º CPA/MEM/9 (3 de junio de 2003) [2] [3], en <http://www.cpa-iraq.org/regulations/index.html#Orders> (copia en poder del autor).

122 *Ibid.*

123 El Memorando N.º 3 de la Autoridad Provisional de la Coalición fue revisado el 27 de junio de 2004 y puede consultarse en http://www.cpa-iraq.org/regulations/20040627_CPAMEMO_3_Criminal_Procedures_Rev_.pdf

124 PIDCP, nota 12 *supra*, art. 14 (donde se describen disposiciones análogas derivadas del derecho internacional de los derechos humanos).

125 Carta de las Naciones Unidas, art. 25.

126 Copia en poder del autor.

El segundo párrafo del artículo 64 del IV Convenio de Ginebra es clave para comprender la creación del ATPI. En paralelo con la autoridad del artículo 64 para “imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitir [a la Potencia ocupante] cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio”, en el artículo 47 del Convenio se establece con claridad que dichas “disposiciones” pueden comprender importantes cambios en las estructuras nacionales de justicia y de gobierno. En el artículo 47 se concede implícitamente a la fuerza ocupante la potestad de cambiar “las instituciones o el Gobierno” del territorio ocupado, a condición de que ese cambio no prive a la población de los beneficios de dicho Convenio¹²⁷. El artículo 47 del IV Convenio también se tuvo muy presente en la negociación del ATPI, porque también impidió a la Autoridad Provisional de la Coalición realizar cambios que socavasen los derechos de la población civil “por acuerdo concertado entre las autoridades del territorio ocupado y la Potencia ocupante”¹²⁸.

De este modo, la Autoridad Provisional de la Coalición no podría haberse ocultado legalmente detrás de la hoja de parra de la adopción de decisiones a nivel nacional; tampoco podría simplemente haberse apartado si las autoridades nacionales en Irak hubieran optado por crear un proceso que menoscabara los derechos humanos de los ciudadanos iraquíes acusados incluso de violaciones gravísimas de los derechos humanos durante el período del “régimen encubierto”. La doctrina del ejército de Estados Unidos refleja este entendimiento de la relación normativa mediante la afirmación de que “las restricciones a la autoridad de un Gobierno beligerante no podrán evitarse mediante el uso de un Gobierno títere central o local destinado a realizar actos que serían ilegales si los efectuase directamente el ocupante”¹²⁹.

El Comentario del IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles, también confirma que la potencia ocupante puede modificar las instituciones internas (entre las que se contarían el sistema judicial y las leyes aplicables) cuando el accionar de las instituciones existentes o del Gobierno del territorio ocupado priva a los seres humanos de los “derechos y salvaguardias que para ellos establece” el IV Convenio¹³⁰. Esas disposiciones del derecho de la ocupación son coherentes con las experiencias de los Aliados durante las ocupaciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y tenían por objeto permitir que las futuras fuerzas de ocupación lograsen los saludables efectos inherentes a la reconstrucción o reestructuración de sistemas jurídicos nacionales cuando las exigencias de la justicia requiriesen tal reconstrucción. En ese contexto jurídico, la

127 V. también *US Army Field Manual 27-10*, nota 86 *supra*, párr. 365.

128 *Ibid.*

129 *US Army Field Manual 27-10*, nota 86 *supra*, párr. 366 (en donde también se especifica que “los actos inducidos o forzados por el ocupante son, no obstante, sus actos”).

130 J. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. IV, *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, CICR, Ginebra, 1958, p. 274 (donde se explica la intención de la disposición recogida en el art. 47, en el sentido de que toda modificación introducida en las instituciones nacionales por la Potencia ocupante debe proteger los derechos de la población civil).

promulgación directa, por la Autoridad Provisional de la Coalición, del Estatuto y las reformas del sistema de justicia iraquí que acompañaron a esa medida podrían haberse justificado invocando cualquiera de las tres finalidades admisibles previstas en el artículo 64 del IV Convenio (cumplir las obligaciones derivadas de los tratados con respecto a la protección de las personas civiles, mantener un Gobierno ordenado sobre una población inquieta que exigía el castigo de los crímenes cometidos bajo el régimen de Sadam, o reforzar la seguridad de las fuerzas de la Coalición).

En otras palabras, tanto el artículo 47 como el 64 proporcionaban a la Autoridad Provisional de la Coalición el derecho positivo de imponer a los iraquíes una estructura destinada a enjuiciar los crímenes más graves del régimen baasista. En vista del estado actual del derecho de la ocupación, la realidad es que la delegación de autoridad al Consejo de Gobierno para establecer el ATPI significó que el Tribunal se cimentó en la soberanía iraquí y que no era susceptible de ser descrito como un vehículo para la dominación extranjera. Si la Autoridad Provisional de la Coalición hubiera tenido el poder de crear, unilateralmente, una estructura para el enjuiciamiento de los principales baasistas, la decisión de delegar la responsabilidad de la creación del ATPI a los funcionarios iraquíes hubiese sido una consecuencia lógica. Sin embargo, un examen más detenido demuestra que la creación del Tribunal Especial Iraquí bajo la autoridad del Consejo de Gobierno de Irak reflejaba, en realidad, la práctica seguida en las ocupaciones de la Segunda Guerra Mundial, cuando los británicos y los estadounidenses elaboraron directrices para orientar a Alemania hacia la democracia, pero, en última instancia, dieron a los alemanes un amplio margen de acción en la reconstrucción de su país¹³¹.

Conclusión

Aunque la génesis del ATPI tuvo lugar durante un período de ocupación, el tribunal fue creado legalmente por los iraquíes con arreglo a normas internacionales. Por lo tanto, el ATPI debería merecer el respeto y la ayuda de los líderes y de los abogados de otros países que apoyan el restablecimiento del Estado de derecho. En cualquier caso, la elección de los castigos debe reservarse a los Gobiernos soberanos que son responsables ante una sociedad en la que viven y trabajan, no a actores externos. La inclusión de la pena de muerte como un castigo permisible para el ATPI derivó del derecho iraquí preexistente y ha generado controversias en el exterior. Sin embargo, permitir que los actores externos interfieran con el conjunto de castigos establecidos a nivel nacional sería una forma moderna de colonialismo jurídico que habría socavado las aspiraciones de los redactores de que el pueblo iraquí acepte

131 W. M. Hudson, "The US military government and the establishment of democratic reform, federalism, and constitutionalism during the occupation of Bavaria 1945–47", 180 *Military Law Review* 115 (verano boreal de 2004), p. 123.

los veredictos –tanto las condenas como los sobreseimientos– del ATPI, como autorizados y legítimos¹³².

En buena parte, la controversia se ha debido a las circunstancias políticas que rodearon la invasión de Irak y el fin de la tiranía baasista. Sin embargo, los juristas iraquíes son las personas mejor calificadas para determinar la secuencia de los juicios y la elección de los acusados que ayuden a crear las condiciones en que pueda prosperar la libertad democrática. El primer caso se inició el 19 de octubre de 2005. Se trataba de un intento de asesinato contra Sadam Husein perpetrado por civiles en la aldea de al Dujail, y los asesinatos que siguieron como represalia. Algunos observadores e iraquíes criticaron el caso Dujail alegando que los crímenes contra personas civiles no eran tan importantes como otras violaciones cometidas durante el régimen baasista¹³³. El 4 de abril de 2006, se remitió a juicio el segundo caso, en el que se acusaba a Sadam Husein y a seis coacusados de atrocidades cometidas contra la población kurda durante las campañas realizadas en Anfal, durante 1988¹³⁴. El juicio de Anfal pondrá a prueba la madurez del ATPI en cuanto a la aplicación del derecho internacional, ya que se trata de una serie de sucesos enormemente compleja, que refleja los padecimientos causados por el régimen baasista y que puede, sin duda, generar la primera jurisprudencia sobre genocidio con que se enfrenten los iraquíes.

La creación del ATPI como componente del sistema de justicia nacional responde a la realidad de que la esfera del derecho penal internacional ha surgido como un sistema interrelacionado, en el cual los fueros nacionales son responsables de aplicar normas internacionales. Recientemente, el Secretario General de las Naciones Unidas observó que, sin los derechos humanos y sin el Estado de derecho, “cualquier sociedad, por muy bien armada que esté, seguirá siendo insegura, y su desarrollo, por muy dinámico que sea, seguirá siendo precario”¹³⁵. Los tribunales creados por la acción internacional desempeñan un papel importante, pero de ningún modo se han elevado a una supremacía jerárquica *de facto*; han sido los tribunales de último recurso, no los que tenían la responsabilidad primordial de proporcionar una primera respuesta óptima. El deseo de enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales es uno de los temas que deberían unificar a la humanidad en pos de un objetivo común con el pueblo de Irak y los juristas iraquíes que administran justicia en las salas del Alto Tribunal Penal Iraquí.

132 Para un relato detallado de la situación política durante la Guerra Fría y la disolución de la unidad que se había logrado durante la guerra, y el consecuente desbaratamiento de los esfuerzos por convocar un segundo Tribunal Militar Internacional tras la Segunda Guerra Mundial, v. D. Bloxham, *Genocide on Trial: War Crimes Trials and the Formation of Holocaust History and Memory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 28–37.

133 Para una justificación de las acusaciones formuladas en el caso al Dujail, en respuesta a algunos críticos de los medios de comunicación, v. http://www.law.case.edu/saddamtrial/entry.asp?entry_id515.

134 La información oficial sobre el caso Anfal, dada a conocer por el ATPI, puede consultarse en http://www.law.case.edu/saddamtrial/entry.asp?entry_id5106.

135 Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas, A new mindset for the United Nations, documento de las Naciones Unidas SG/SM/10325, en <http://www.un.org/News/Press/docs/2006/sgsm10325.doc.htm>