

## Los Crímenes Internacionales y los Mecanismos de Sanción en América Latina

Constantino Riquelme Ortiz<sup>409</sup>

La comisión de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, cometidas en la región latinoamericana, principalmente bajo el mandato de regímenes autoritarios, nos conduce a una reflexión, sobre la eficacia de la justicia en evitar la impunidad constituida principalmente por los aparatos de poder estatal en América Latina, principalmente en los períodos de vigencia de la guerra fría, cuyos resultados generaron graves violaciones de los derechos humanos, producto de la inexistencia de un Estado de derecho cuya característica determina la debilidad del sistema judicial interno de nuestros países, de la cual permite a los perpetradores lograr el beneficio en sus acciones, ante una conducta de impunidad jurídico material o procesal, promovida por los gobiernos, que en los procesos de transición democrática señalan la oportunidad de “cerrar viejas heridas y pasar a otras páginas de la historia”.

---

<sup>409</sup> Doctorado en Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid de España, Master en Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá de Colombia. Actualmente labora como Director en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua (USMA) en Ciudad de Panamá, República de Panamá. De igual forma es Profesor Titular en el área de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos. Ha sido Expositor en temas de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario ante la Universidad de Quilmes y la Universidad Central de Venezuela. De igual forma ha impartido docencia en la Escuela de Oficiales de la Policía de Panamá. Ha sido miembro de la Comisión Nacional para la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario (CPDIH) obteniendo dentro de sus proyecciones, la incorporación de determinadas conductas penales, consideradas crímenes de derecho internacional dentro del actual Código Penal, así como la relativa aprobación de diversos instrumentos jurídicos de derecho internacional humanitario. De igual manera, ha sido miembro de la Comisión Nacional de los Discapacitados (CONADIS), obteniendo grandes logros normativos en materia de protección del derecho de las personas con discapacidad. Actualmente es miembro de diversas Organizaciones No Gubernamentales vinculadas a la protección integral de los Derechos Humanos.

La consolidación de figuras criminales, y la responsabilidad internacional penal del infractor, constituyen hoy, una unificación entre lo normado y lo aprobado por los Estados; permitiendo en consecuencia una sanción penal, ante la ejecución de delitos y/o crímenes de derecho internacional.

Sobre el particular Antonio Boggiano<sup>410</sup> nos señala que los delitos contra la humanidad, como el genocidio, pueden considerarse delitos convencionalmente uniformes. Es decir según nos refiere el autor los mismos responden a un derecho penal uniforme o común a todas las naciones. Dicha acción permite destacar que los mismos se caracterizan por su particular gravedad ante la ejecución de violaciones graves cometidas contra seres humanos, que por su propia naturaleza constituyen "*delicta iuris Gentium*" propio de la afectación de intereses fundamentales de la comunidad internacional.

El núcleo o elemento principal de los crímenes internacionales, constituye a través de la calificación de los mismos, acciones que atentan contra la humanidad propiciamente "*crimina iuris Gentium*". El derecho a la paz, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, constituyen parte del elemento central del núcleo duro de estos derechos, y su salvaguarda constituye una obligación *erga omnes* para los Estados<sup>411</sup>.

Sobre el particular, es importante destacar como estas normas han sido tipificadas de manera individual, permitiendo en consecuencia determinar la comisión directa del infractor, frente a la interpretación de los aspectos sustantivos y procesales alcanzados. El primer ejemplo de la calificación de crímenes de derecho internacional, lo podemos encontrar en los comentarios vertidos por el Fiscal Robert Jackson de los Estados Unidos, durante el proceso de Núremberg, y el vínculo directo de los sindicatos alemanes, con respecto a la conformación de los delitos graves.

---

<sup>410</sup> Boggiano, Antonio. Derecho Penal Internacional y Derecho Constitucional de los Derechos Humanos. Estudio de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tomo I. Edición La Ley. Argentina. Segunda Edición. 2006. Pág. 49.

<sup>411</sup> Véase. Ruiz Ruiz, Florentino. Derechos Humanos y Acción Unilateral de los Estados. Universidad de Burgos. España. 2000. Pág. 73.

Quintano Ripollés<sup>412</sup> destaca al respecto que los delitos pueden proceder de una norma emanada de una entidad supra estatal o, en su defecto, de las normas de cultura de la comunidad internacional. Estas normas permiten establecer y fomentar en nuestros pueblos, la consolidación de normas sancionadoras contra todo acto abominable, y que atente contra toda cultura de paz, de la cual muchos pueblos, mantienen condiciones de igualdad; constituyendo en el presente, la mayor parte de la población mundial.

De igual forma, es importante el aporte jurisprudencial donde en el caso del buque francés *Lotus* (1927), el TPJI sentó un precedente al enunciar que las reglas de derecho, son obligatorias para los Estados y propio de que emanan de su propio consentimiento, expreso en convenios a efecto de regular las relaciones, entre estas comunidades independientes que coexisten con el propósito de alcanzar fines comunes.

Sobre la calificación del objeto material, que constituye los crímenes internacionales, los mismos al ser regulados por el derecho interno de los Estados, aún a pesar de la calificación y tipicidad universal de los mismos, genera la ejecución de sentencias, que determinan la calificación del acto expuesta a múltiples variaciones del sistema internacional, y de las malas interpretaciones jurídicas de algunos tribunales nacionales.

Es importante distinguir de manera categórica los crímenes, y establecer la diferencia entre dolosos y culposos. Las dificultades del mismo término como tal, prueban que el crimen de derecho internacional no dista de ser pacífico, pues conduce siempre a la sanción penal, producto de la violación de normas de carácter internacional que protege al individuo y la comunidad internacional.

Las diferencias terminológicas planteadas nos permiten diferenciar entre un crimen internacional y un crimen de derecho internacional, destacando sobre el particular la opinión del jurista Remiro Brotons, quien nos señala que un crimen internacional, constituye la violación de normas imperativas o de *ius cogens* por

---

<sup>412</sup> Véase. Quintano Ripollés, Antonio. Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal. Tomo I. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto < Francisco de Vitoria >. Madrid – España. 1955. Pág. 80.

acción u omisión de los órganos y agentes del Estado cuyas consecuencias rebasarían ilícitos tradicionales; muy al contrario de la figura del crimen de derecho internacional, que constituyen violaciones grave, y a escala amplia de los derechos humanos, traducida en tipos penales que desencadenan en la persecución de individuos responsables, como autores, cómplices y encubridores, sean o no agentes del Estado<sup>413</sup>.

Es preciso señalar, como la imposición de sanciones a quienes cometan dolosamente, actos abominables considerados crímenes internacionales por atacar contra el derecho de gentes, se impone ante la ejecución de actos realizados por individuos, y no por entes abstractos. En este sentido un individuo responsable de un crimen internacional, no puede invocar protección del Estado frente a la sanción imputable del acto, considerado a su vez por la comunidad internacional, como una abierta violación grave y de alcance *erga omnes* general.

Lo establecido permite recordar el alcance en el contenido del Proyecto de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, el cual busca enunciar, una serie de disposiciones que regulan el concepto de conductas punibles, ejecutadas por individuos, bajo la categoría de crímenes de carácter internacional.

El contenido del artículo 2<sup>414</sup> del citado proyecto, nos infiere sobre la responsabilidad penal al calificar el grado de participación, señalando sobre el

---

<sup>413</sup> V. Remiro Brotóns, Antonio. Los Crímenes de Derecho Internacional y su Persecución Judicial. En, Bacigalupo Zapater, Enrique (Director). El Derecho Penal Internacional. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001. Pág. 69.

<sup>414</sup> Señala el texto definitivo del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad en su Artículo 2 sobre responsabilidad individual que "1. Un crimen contra la paz y seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual. 2. El que cometa el crimen de genocidio será responsable penalmente de conformidad con el artículo 16. 3. Será responsable de un crimen los previstos en los artículos 17, 18 ó 20 el que: a) Haya cometido intencionalmente el crimen; b) Haya ordenado la comisión de tal crimen y éste llegue a perpetrarse o se intente perpetrarlo; c) No haya impedido o reprimido la comisión de tal crimen en las circunstancias previstas en el artículo 6; d) Haya proporcionado deliberadamente ayuda, asistencia u otra clase de apoyo, de manera directa y sustancial, para la comisión de tal crimen incluso facilitando los medios para ello; e) Haya participado directamente en el plan o confabulación para cometer tal crimen y éste llegue a perpetrarse; f) Haya incitado directa y públicamente a otro a cometer tal crimen y éste llegue a perpetrarse; g) Haya intentado tal crimen dando el principio a su ejecución sin que llegue a consumarse por circunstancias ajenas

particular que de manera genérica, constituye el mismo quien cometa de manera dolosa un crimen, ordene este tipo de acción, no evite o emprenda acto delictivo, preste ayuda o colaboración en la ejecución de actos abominables, condenados por la comunidad internacional, a través de diversas normas que regulan estos delitos.

Este reservado Proyecto, se ha constituido en uno de los ejemplos más prácticos del derecho internacional penal. Sin embargo, cabe recordar como el Tribunal de Nüremberg sentó pautas y reglas, con respecto a la determinación del grado de responsabilidad de un individuo, ante la ejecución de determinados crímenes de carácter internacional al considerar imputables acciones dolosas, cometidas por individuos y protegidas muchas veces dentro del ámbito estatal.

La codificación del principio de justicia universal como fuente principal del ejercicio de la extraterritorialidad de la ley penal en el espacio; su protección normativa deriva desde el contenido de los principios de Nüremberg, de igual forma en el contenido de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad de 1968 y en el contenido de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus respectivos Protocolos de 1977, los cuales marcan el desarrollo progresivo hasta la cristalización del Estatuto de Roma, como base jurídica de la creación del Tribunal Penal Internacional de carácter permanente.

Es importante señalar como los mecanismos procesales, puestos en práctica en los últimos años y que desarrollan la aplicación de una justicia universal se extiende en el campo de una justicia internacional supletoria, concurrente o complementaria, al extender la calificación de determinados actos graves y de barbarie, y la aplicación de la justicia en el campo internacional.

Las violaciones graves y sistemáticas, cometidas por los regímenes autoritarios que gobernaron varios países de América Latina, cuya acción, generó la comisión de actos punibles promoviendo su tipicidad, al considerarse la comisión de delitos entre ellos, la desaparición forzada de personas, los actos de tortura grave y de otras prácticas denigrantes de carácter sistemático, se

---

a su voluntad". V. Rueda Fernández Casilda. Delitos de Derecho Internacional. Editorial Bosch, S.A. España. 2001. Pág. 227-228.

aplicaba en toda medida a quienes adversaron ideológicamente o políticamente de los regímenes imperantes, quienes en su conducta sin importarle su condición de género, edad, nacionalidad, religión, promovieron las peores violaciones de los derechos humanos.

La definición establecida en el Estatuto de Roma, con respecto a los crímenes de carácter internacional es específica: señala la pena y sanción ejemplar ante la ejecución de delitos graves y de carácter internacional. Las objeciones presentadas por los Estados Unidos<sup>415</sup> con el objetivo de reducir la competencia a este Tribunal Penal Internacional, se fundamenta en lo estatuido en el artículo 9<sup>416</sup> del presente Estatuto, el cual ofrece la oportunidad a la asamblea de los Estados miembros, de definir los elementos de los crímenes previamente establecidos.

Por su parte en su artículo 5 el Estatuto de Roma, nos señala cuales constituyen dentro del marco del presente Tribunal Penal Internacional, los crímenes de competencia de esta instancia, considerando en consecuencia la posibilidad de aplicar el principio de la doble responsabilidad del Estado, ya que en ningún momento estos actos pueden trascender en el plano internacional, sin que hubiese sido ejecutado un acto de Estado dado la gravedad de las violaciones. Como ejemplo particular podemos establecer que el genocidio, requiere ciertas especificaciones para tipificar este tipo de acto ilícito. Claro está que su ejecución desvincula al Estado en gran parte de la responsabilidad directa allí presentada.

---

<sup>415</sup> Como señala Gómez Benítez el argumento recurrente contra la Corte Penal Internacional utilizado, por ejemplo, por los Estados Unidos de América, como justificación de los pretendidos convenios bilaterales que excluyan a sus ciudadanos de la competencia de la Corte, consiste en que atenta contra la soberanía de las jurisdicciones nacionales, solo vale, pues para aquellos países que no están dispuestos a investigar los crímenes internacionales de sus nacionales y a enjuiciar ante sus propios tribunales. V. Gómez – Benítez, José Manuel. La Corte Penal Internacional como órgano de Jurisdicción Universal. Actualidad Penal. Número 45. Editorial La Ley. España. Semana del 2 al 8 de diciembre de 2002. Pág. 1200.

<sup>416</sup> Señala el Artículo 9 del presente Estatuto de Roma que los elementos del crimen, que ayudará a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobado por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. *Ibídem.* Corte Penal Internacional. Estatuto. Pág. 35.

A este respecto señala Fernando Sánchez, Pablo<sup>417</sup> al referir de manera crítica la detallada incorporación de las definiciones de los crímenes más importantes que está a su vez permite establecer una jurisdicción taxativa de la CPI, al enunciar cuáles son los crímenes de competencia de este Tribunal. En este sentido según el autor muchos crímenes graves quedan fuera del alcance de este Tribunal, al observar entre ellos, delitos internacionales como el terrorismo, el narcotráfico y otros tipos de actos delincuenciales, que pueden ser considerados actos abominables, por el nivel de afectación y de daño que ocasionan a la sociedad internacional, pero que en gran medida se vinculan al ámbito penal aplicable de los Estados, en el ejercicio de su jurisdicción o competencia territorial de la ley penal.

## **Calificación de los Crímenes de Derecho Internacional**

### Los Crímenes de Lesa Humanidad

Sobre la tipicidad de la misma, su definición es ampliamente abordada en la definición conceptualizada, permitiendo en su interpretación en el derecho penal internacional tipificar y/o calificar los elementos que constituyen los crímenes contra la humanidad<sup>418</sup> como una acción penal punible, que en su desarrollo consuetudinario o convencional, ha logrado un desarrollo evolutivo del derecho internacional, en cuanto al ámbito de sanción, propio de la ejecución de un acto grave.

Las violaciones graves a los derechos humanos, tiene su génesis ante las conductas explícitas e implícitas cometidas por regímenes autoritarios quienes, lo que ha llevado al derecho internacional avocarse a la búsqueda de sanciones

---

<sup>417</sup> Señala el autor que es crítico con respecto a esa detallada incorporación de las definiciones de los crímenes más importantes, sin embargo, reconozco, como asegura Condorelli que el Estatuto tiene el mérito de definir por primera vez, de manera sistemática, los principales crímenes internacionales individuales, codificando, incluso, que el Estatuto consagra o cristaliza el derecho internacional general actualmente en vigor. V. Fernández Sánchez, Pablo. El Derecho Aplicable por la Corte Penal Internacional. En, Carrillo Salcedo, Juan Antonio (Ed). La Criminalización de la Barbarie: Corte Penal Internacional. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000. Pág. 255

<sup>418</sup> Señala el autor que así criminalizar las peores violaciones de los derechos humanos fue una consecuencia lógica, y éstas coinciden con los crímenes más graves conocidos por la humanidad. V. Ambos, Kai. Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia. 2004. Pág. 126.

graves, propio de la conducta incurrida por las partes de la cual se generan los crímenes de derecho internacional.

Ambos Kai denomina el nexo de guerra<sup>419</sup>, como el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad que surgió como una condición previa durante la jurisdicción militar del Tribunal de Nuremberg, pero su diferencia en el nexo del Estatuto del TPIY, hace difícil sostener que sea un requerimiento exigible, al conceptuar esta figura dentro del derecho consuetudinario internacional.

Es decir, el desarrollo de esta figura criminosa responde al desarrollo del derecho internacional consuetudinario y convencional, cuyos frutos se han visto cristalizados, desde la aparición del concepto en la Cláusula Martens recogida en un Tratado sobre el Derecho de la Guerra de la Convención de la Haya de 1907, así como también lo establecido en la Convención de la No Aplicabilidad de Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes contra la Humanidad de 1968, hasta finalmente el alcance y aprobación de lo dispuesto en el Estatuto de Roma.

Lo expresado, nos conduce de igual manera a recordar lo planteado por el artículo 18 del citado Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996; el cual conceptuaba estos crímenes, como una abierta violación masiva y sistemática de los derechos humanos<sup>420</sup>, cometidos a gran escala e instigados y dirigidos por un gobierno u organización política o grupo.

Estos planteamientos expresados, nos conducen a determinar el presente crimen como un acto pluriofensivo, propio de constituir la comisión de actos múltiples de delitos, cometidos contra bienes jurídicos instituidos dentro del marco de protección de los derechos fundamentales, de la cual destacan, la protección de normas *jus cogens* sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica; siendo importante destacar, la validez legal que se otorga a

---

<sup>419</sup> Véase. Kai Ambos. Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia. 2004. Pág. 114.

<sup>420</sup> Véase. Véase Pueyo Losa, Jorge. Un nuevo Modelo de Cooperación Internacional en materia Penal: entre la Justicia Universal y la Jurisdicción Internacional. Cooperación Jurídica Internacional. Colección Escuela Diplomática No. 5. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Madrid – España. 2001. Pág. 145.

los derechos esenciales, entre ellos: el derecho a la vida, a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles humanos y degradantes.

Asimismo el artículo 7 del presente Estatuto<sup>421</sup> describe estos crímenes como la realización de conductas varias, cometidas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, es decir, que debe contener la ejecución de múltiples actos o de conductas típicas como son el asesinato, exterminio y otros, permitiendo al mismo tiempo establecer una línea de conducta de la que forman parte tales actos, y que se ejecutan de conformidad con la política de un Estado o de una organización. En consecuencia y frente a estas consideraciones, el elemento de intencionalidad o dolo especial, tiene que estar presente en la ejecución de estos actos.

Señala Gómez – Benítez en referencia a los elementos que componen los crímenes contra la humanidad, que en lenguaje técnico – dogmáticos <sup>422</sup> constituyen elementos comunes distintos de los penales: es decir los actos tienen que constituirse, como parte de la acción generalizada y sistemática<sup>423</sup> cometida contra una población civil con conocimiento de dicho ataque.

Estos elementos, permiten establecer el alcance del ámbito del presente crimen, el cual en sus requerimientos establece que las víctimas deben estar constituidas

---

<sup>421</sup> En referencia al Artículo 7 del Estatuto de Roma señala que estos ataques comprenden el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, religiosos, sexuales u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte, desaparición forzada de personas, el crimen de apartheid y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. V. Ambos Kai y otros. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia. 1999. Pág. 432-433.

<sup>422</sup> V. Gómez – Benítez, José Manuel. Elementos Comunes de los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Actualidad penal. No. 42. Editorial La Ley. España. Semana del 18 al 24 de noviembre de 2002. Pág. 1127.

<sup>423</sup> Con respecto a esta figura; Kai Ambos, concluye que tanto un ataque sistemático como uno generalizado necesitan algún tipo de vínculo con un Estado o un poder de facto en determinado territorio por medio de la política de esta entidad, la cual, en el caso de un ataque sistemático, consistiría en proveer cuando menos algún tipo de conducción hacia las presuntas víctimas, con el objeto de coordinar las actividades de los criminales individuales. *Ibidem*. Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional. Pág. 155.

por una población civil; es decir una multiplicidad de individuos, y que puede ser conformada por cualquier ser humano que no participa de manera activa en el desarrollo de un conflicto internacional o interno.

Por su último, es importante destacar dentro de los elementos que integran los crímenes contra la humanidad, lo dispuesto en el artículo 7 numeral k que define el alcance de otros actos inhumanos. Esta disposición recoge el resto de los otros ilícitos penales individuales siendo importante destacar la máxima *ejusdem generis*<sup>424</sup> la cual dispone que una violación de los derechos humanos, debe ser por lo menos tan grave, como uno de los otros actos inhumanos anteriormente enumerados.

La intención presentada en Roma, con respecto al alcance de los crímenes contra la humanidad, y preciso otros actos inhumanos, es lograr contener en el futuro el aumento de violadores de los derechos humanos, que en sus acciones evadan lo dispuesto en instrumentos jurídicos normativos, cuya disposición es la sanción ante estos actos. Por ello es importante la redacción de una lista o enumeración exhaustiva de los ilícitos penales que pueden imputar responsabilidad internacional penal en el/los individuos, no debe permitirse y la intención presentada de otros actos inhumanos, recoge la intención de la CPI de sancionar cualquier acto grave que atente contra los más elementales derechos del ser humano.

### El Crimen de Genocidio

Este crimen, propio de la evolución y desarrollo jurídico normativo de esta figura; se constituye en el crimen más claro y aceptado universalmente por los Estados. Dentro de las características generales del genocidio, el mismo constituye un crimen que puede ser cometido tanto en tiempo de paz, como de guerra, y forma parte del derecho internacional consuetudinario de carácter general.

Sin embargo se ha desaprovechado la oportunidad, en el Estatuto de Roma, de ampliar dicha figura penal que prácticamente fue transcrita a los crímenes de competencia de la CPI, de la definición de Genocidio establecida mediante el

---

<sup>424</sup> *Ibidem*. Ambos, Kai. Pág. 224.

artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio aprobada en 1948.

Cuando observamos los elementos que constituyen el crimen de genocidio de acuerdo a lo planteado en el artículo 6<sup>425</sup> del Estatuto de Roma, podemos comprender que se delimita en tres elementos: los dos primeros constituyen elementos objetivos del delito *actus reus* de la cual comprenden la identificación de un grupo nacional, étnico, racial o religioso; la comisión de los actos expresamente establecidos, es decir, por atentar gravemente contra la integridad física de miembros del grupo y, el elemento subjetivo *mens rea* se describe como la voluntad o intención de destruir total o parcialmente a un grupo.

Cherif Bassiouni<sup>426</sup> concibe el genocidio cuando se cometen las cinco acciones listadas con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Esta intención específica, según el autor, es la esencia del crimen aún, cuando la misma no está presente en los actos y cuando procede o pueda sumarse a crímenes de lesa humanidad o guerra.

En este sentido; es importante destacar como el Estatuto de Roma, no comprende ni refiere en momento alguno, un equivalente de muertos necesarios para tipificar este crimen. En consecuencia, debe existir una relación propia entre el *dolus specialis* (dolo especial), que lo distingue de otros crímenes, y no con el resultado propiamente numérico de las víctimas afectadas por una acción propia del criminal, en su intención específica o especial de destruir un grupo protegido.

Otro de los aspectos críticos al alcance del crimen de genocidio y no expresado en su competencia de admisibilidad en el Estatuto de Roma, se circunscribe con

---

<sup>425</sup> El Artículo 6 del mencionado Estatuto de Roma refiere a que se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico o religioso como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que han de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por la fuerza del grupo a otro grupo. *Ibidem*. Ambos Kai y Guerrero Oscar Julián. Pág. 431.

<sup>426</sup> Vid. Bassiouni, M. Cherif. *La Corte Penal Internacional. Elementos de los Delitos y Reglas de Procedimiento y Prueba*. Editorial Leyer. Bogotá, D.C. Colombia. 2002. Pág. 112

anterioridad ya enunciada, a los grupos políticos, económicos y culturales. Si bien estos, constituyen grupos móviles y no estables, se puede considerar y utilizar como excusa en la defensa de un imputado de detentar que el crimen incurrido por el presunto infractor, se motivaba bajo parámetros políticos o económicos. Ambos Kai destaca que la laguna puede llenarse, con el crimen de persecución<sup>427</sup> como crimen contra la humanidad, según lo dispuesto en el Estatuto de Roma, artículo 7 numeral 2 (g).

### Los Crímenes de Guerra

Los crímenes de guerra, aglutinan tanto los conflictos armados internos como los internacionales. Son los crímenes más antiguos y más claramente establecidos. La prohibición de ejecutar este tipo de crímenes se constituye como parte de lo regulado en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, de Ginebra de 1925 y de 1949, al igual que lo establecido en sus dos Protocolos Adicionales de 1977.

El desarrollo codificador y de sanción a este tipo de crímenes, ha permitido aglutinar e incriminar conductas de doble naturaleza, permitiendo un desarrollo convencional de esta materia que enmarca la causal para incurrir en este tipo de crimen.

Con respecto a la lista de elementos que integran o forman parte de los crímenes de guerra, la Corte Penal Internacional, ha planteado en su artículo 8 que diferentes conductas descritas, integran este tipo de crímenes. Uno de los grandes logros de este Tribunal Penal Internacional, es que finalmente, logra integrar en la misma categoría, sanciones a actos realizados dentro del desarrollo de un conflicto armado internacional, como también a los de carácter interno.

Los planteamientos con respecto a los crímenes de guerra, referidos en el artículo 8 del presente Estatuto de la Corte Penal Internacional, observa al respecto Xavier Deop<sup>428</sup> que el Estatuto concede jurisdicción a la Corte sobre una lista exhaustiva de crímenes de guerra, de los cuales treinta y cuatro

---

<sup>427</sup> Ibidem. Ambos, Kai. Pág. 23

<sup>428</sup> V. Deop, Xavier. La Corte Penal Internacional un Nuevo Instrumento contra la impunidad. Revista Cidob D Afers Internationales de Droit Penal. 1 et 2 trimestres. Francia. 2002. Pág. 236.

responden a conflictos armados internacionales y dieciséis a conflictos armados internos. Concluye el autor en referencia a lo planteado que no hubiera sido realista pensar en una equiparación absoluta, cuando hoy en día, el derecho internacional presta mayor atención a los conflictos armados internacionales.

Con respecto a la sanción punible que se comete ante la ejecución de violaciones en el desarrollo de un conflicto de carácter interno, es importante señalar que las definiciones empleadas por el presente Estatuto, integran obligaciones de las facciones o grupos en lucha; es decir, el alcance de lo expuesto permite integrar dentro de estas obligaciones a los grupos beligerantes. La responsabilidad de un grupo beligerante que tiene reconocimiento de la comunidad internacional, es obligar a la contra – parte a cumplir con lo pactado, en acuerdos y tratados internacionales, que promueven y defienden, los más elementales derechos de la humanidad.

El Estatuto de Roma, es el primer tratado multilateral que integra la responsabilidad penal del individuo, por violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, y específicamente en el desarrollo de los conflictos armados de carácter interno. Lo expresado nos conduce a determinar como el Derecho Internacional Humanitario ha admitido imputación en la violación de actos criminosos cometidos por individuos, propio del desarrollo de un conflicto interno, que no queda esclarecido la causal o comisión que conlleva la responsabilidad internacional penal del/los infractores.

Cuando observamos el respeto a los civiles dentro del desarrollo de un conflicto armado; podemos considerar lo planteado, como medidas de protección dentro de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y de sus respectivos Protocolos Adicionales de 1977. La violación a normas del *ius in bello* permite determinar sobre el desarrollo de un conflicto armado, que el mismo constituye un acto considerado crimen de guerra.

Se comprende así, la dificultad del alcance del Estatuto de Roma, de no incluir, como sanción punible dentro del desarrollo de un conflicto interno, elementos sancionables entre ellos, los disturbios, las tensiones internas, los motines, los actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos similares; solamente el alcance del Estatuto, enmarca como elemento sancionador los eventos

generados en el desarrollo de un conflicto entre las fuerzas armadas y grupos alzados en armas.

### El Crimen de Agresión

La definición conceptual de esta figura penal presentada de manera amplia en el contenido del borrador del Estatuto de Roma del 14 de abril de 1998<sup>429</sup>, permite observar su referencia en el uso ilegítimo de la fuerza de un Estado contra la soberanía e integridad territorial de otro Estado, contraviniendo lo expuesto en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, tal y como lo establece el artículo 1<sup>430</sup> de la Resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas la cual logro conceptualizar la definición del concepto de agresión.

Este elemento típico punible, antijurídico y culpable recae directamente sobre el Estado quien se presume responsable por el ilícito ocasionado. En el debate surgido en torno al crimen de agresión cabe formular una pregunta ¿Cómo enjuiciar a un Jefe de Estado por la ejecución de un crimen de agresión? Sólo basta recordar el Tratado de Versalles de 1919, y observar la imposibilidad de enjuiciar al Ex – Káiser Guillermo II, por haber incurrido contra la ofensa, la moral internacional y la santidad de los Tratados.

Se discute en doctrina como el concepto de agresión, debe responder sin duda al contexto de la guerra, en el que históricamente se consolida el principio de responsabilidad internacional penal.

---

<sup>429</sup> Este borrador definía el crimen de agresión como los actos cometidos por una persona que esté en condiciones de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado, de planear, ordenar, iniciar o llevar a cabo un ataque armado por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, si ese ataque armado constituye una violación de la Carta de las Naciones Unidas, las múltiples alternativas de redacción y las dudas expresadas al respecto, llevaron a que el Estatuto difiriera la definición de este delito a una futura revisión del Estatuto conforme a lo dispuesto en sus artículos 121 y 123. Véase. Consolidación de Derechos y Garantías: los grandes retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Consejo General del Poder Judicial. España. 1999. Pág. 373.

<sup>430</sup> Mediante Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974 en su artículo 1 define la agresión como el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía e integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal y como se enuncia en la presente definición. *Ibidem*. Pueyo, Losa Jorge. Pág. 1056.

Cabe recordar que este tipo de crimen contra la paz, fue calificado por el Gobierno de Sudán en representación de todos los Estados Árabes, como la madre de todos los crímenes, diferenciando los elementos punibles del contenido anteriormente descrito como causal del crimen de lesa humanidad, de guerra y de genocidio. Estos otros actos graves involucran de manera directa, el daño ocasionado contra civiles en particular, lo cual difiere de la figura de agresión que en sí, constituye un ataque ejecutado por una persona jurídica a través de la facultad de un gobernante de una Nación o Estado de decidir, contraviniendo normas del derecho internacional con respecto a la seguridad y mantenimiento de la paz, ratificado mediante tratados que sustentan ante esta acción la ilicitud de atacar ilegítimamente a otro Estado, bajo el pretexto de restablecer el “orden y la democracia” en el otro Estado que se ataca.

Es claramente comprensible que el crimen de agresión motivaría las más grandes objeciones a su aprobación, por parte de las grandes potencias. Prueba de ello, es que este crimen, coloca a la CPI, bajo subordinación del Consejo de Seguridad frente al hecho de considerar un acto de agresión.

El artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, señala que es facultad del Consejo de Seguridad determinar toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y establecer las recomendaciones que permitan mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional, que en otras palabras, al constituir el órgano principal, de las Naciones Unidas está facultado para determinar, si se ha producido, o no, un acto de agresión por parte de un Estado contra otro Estado.

Aún hoy en día, los Estados no han logrado estar de acuerdo sobre la definición real de la responsabilidad del crimen de agresión. La CPI, como resultado de las objeciones presentadas por las grandes potencias, sobre la interpretación y tipicidad de esta figura penal, tendrá que esperar, para ejercer su competencia hasta por lo menos 7 años después de que el Estatuto entre en vigor, con la posibilidad de enmienda para la adición de nuevos crímenes, que se presenten al actual Estatuto y que entrara en vigor con la aprobación de los Estados partes; los cuáles determinarán que elementos constituyen este delito, el cuál será aprobado por consenso o por mayoría de dos tercios. Tal crimen no será

aplicado a los Estados que no han aceptado la enmienda, ni se aplicará de manera retroactiva.

### **El Surgimiento de los Autoritarismos en América Latina**

El surgimiento de los autoritarismos en América Latina, las mismas tienen su génesis desde la época de conformación de las colonias españolas. Como bien señala Edwin Lieuwen<sup>431</sup> las reformas de Carlos III, emprendidas durante la década de 1760 con el propósito de mantener la seguridad de su imperio del nuevo mundo, incluía una reorganización de las fuerzas armadas de la América Hispánica. Para ello organizó una misión colonial en la cual se ofrecía a los hijos de las familias criollas (es decir los americanos blancos) la oportunidad de una carrera en las armas.

Esta conformación aristocrática, marca en consecuencia luego del proceso de independencia, y de la conformación de las nuevas naciones latinoamericanas, la conformación del caudillaje o el famoso “Jefe Supremo” en nuestras naciones recién independizadas. Las primeras luchas en América Latina, se caracterizan por fuertes lazos y sentimientos de los aparatos militares de suma obediencia hacia el caudillo, hecho que le permite a los mismos, consolidarse en el control del poder, centralizando los mismos.

En el siglo XIX, con excepción de Chile y Costa Rica, los sistemas políticos de las dieciséis naciones republicanas de América Latina, estuvieron conformadas por el dominio militar durante casi todo el siglo. Edwin Lieuwen<sup>432</sup> al respecto nos señala que una vez lograda la independencia, los jefes de los ejércitos revolucionarios entraron fácil y naturalmente en el vacío político creado por la desaparición de la autoridad real. De esta manera desde el comienzo mismo de la nacionalidad, las fuerzas armadas asumieron funciones extramilitares (es decir, políticas).

La división en el proceso de formación social de los oficiales de las fuerzas armadas latinoamericanas, le permite a unos retirarse del vínculo militar –

---

<sup>431</sup> Véase. Lieuwen, Edwin. *Armas y Política en América Latina*. Editorial Sur. New York. 1960. Pág. 34.

<sup>432</sup> Vid. *Armas y Política en América Latina*. Ed. Cit. Pág. 35.

político y a otros la oportunidad de abrirse el camino para compartir el poder con la oligarquía terrateniente y los poderes de la iglesia.

Las características principales que han determinado el militarismo en América Latina, desde sus orígenes, no ha sido la gloria militar sino su participación directa en las guerras civiles, la lucha por el dominio absoluto del poder y la oportunidad de explotar y oprimir a la población civil.

Por su parte la mayoría de la población se ha caracterizado por una lucha cuyo eje central ha sido la desarticulación y apatía, hacia el proceso de participación política, lo que ha permitido en consecuencia a los militares no estar sometidos a ninguna presión popular, cuyo efecto no los obligaba a variar el sistema social, ni político existente.

### **Creación de los Estados de Excepción en América Latina**

La ausencia de una teoría de estado de excepción y los constantes cambios de los regímenes políticos, caracterizan los estados de excepción en América Latina, que a lo largo de su desarrollo, ha reflejado una conceptualización distinta con respecto a su conformación y/o constitución, determinando en su interpretación una valoración distinta por parte de los regímenes democráticos y de los regímenes autoritarios, que constituyeron los mismos, en una abierta violación sistemática de los derechos humanos, a través de la invocación de los mismos.

La inestabilidad política y la abierta violación de los derechos humanos establecida en varios países latinoamericanos, son los resultados de los momentos circunstanciales cuya práctica tiene su origen en el establecimiento de los estados de excepción o de emergencia, cuya decisión deriva de situaciones caracterizadas como disturbios o tensiones internas, alteraciones del orden público, movimientos insurgentes, terrorismo y otras actividades de alteración del orden público.

Los momentos circunstanciales, aludidos por muchos gobiernos latinoamericanos, han sido motivados por una diversidad de características, siendo relevante destacar: 1) Los mismos han sido invocados en muchas ocasiones para preparar un golpe de Estado; 2) Para mantener su ilegitimidad

en el poder, cuya condición ha sido puesta en peligro, debido al crecimiento de protestas y de rechazo de la ciudadanía hacia el control absoluto del poder; 3) Los proclamados por gobiernos constitucionales y democráticos de acuerdo con la Constitución y los estándares previstos en los instrumentos internacionales, para la defensa del Estado de Derecho.

Daniel Zovatto<sup>433</sup> en su estudio sobre los estados de excepción nos señala una doble delimitación bajo dos características: en la primera le denomina la delimitación material, atribuible a 1) las crisis políticas de carácter grave, que pongan en peligro la vida de la nación, producto de un conflicto armado internacional o interno y que tiene como consecuencias situaciones de disturbios interiores y tensiones internas; 2) casos de fuerza mayor como terremotos, inundaciones, 3) circunstancias económicas. Por su parte sobre la delimitación geográfica y temporal Zovatto nos señala que la misma deriva de la década de los setenta y ochenta cuya interpretación patológica, tuvo graves consecuencias para los derechos humanos.

Con respecto al desarrollo de las crisis políticas y el vacío de poder establecido, el mismo ha constituido las bases, para que los militares incurran en derrocamientos de gobiernos civiles democráticos, surgidos en el marco de una crisis general, que permite a través del acceso al poder constituir el fenómeno de las dictaduras militares conocidas por su carácter bonapartista y/o fascista, cuyos efectos del control absoluto del poder nos conduce ante tristes recuerdos de nuestra historia latinoamericana. Cabe destacar sobre lo antedicho, como nuestra historia se caracterizó a través de su evolución histórica por los constantes golpes de Estado, promovidos por militares, quienes a través del mismo establecieron en el ejercicio y control del poder, una abierta y sistemática violación de los derechos humanos.

A través de la promulgación de los estados de excepción o de suspensión de las garantías fundamentales incluyendo los habeas corpus y amparo de garantías constitucionales; en América Latina muchos gobiernos burócratas - autoritarios durante los períodos de control de la guerra fría, han caracterizado en el ejercicio y control del poder marcados por una abierta política de los aparatos del Estado, cuyos efectos fueron marcados por la sistematicidad, planificación e

---

<sup>433</sup> Véase. Zovatto, Daniel. Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1990. Págs. 40 – 41.

instigación de violación grave de los derechos humanos - siguiendo el enfoque doctrinario de las políticas de seguridad nacional.

Estas políticas de estrategia y de formación psicológica de acabar o exterminar al enemigo, motivaron los peores actos de barbarie en materia de violación de los derechos humanos. Sobre el particular es importante señalar el contenido de los informes de la verdad, lo cual nos conduce a reflexionar sobre los mecanismos establecidos en muchos países, como fue la impunidad jurídico - material y/o procesal que se estableció, como es los procesos de amnistía; ejemplo de ellos fueron establecidos en Argentina, Paraguay, Uruguay, Chile, el Salvador, Guatemala y Perú logrando evitar sentar ante el banquillo de los acusados a muchos autores directos o mediatos del establecimiento de políticas de violación grave y sistemática de los derechos humanos, como fue la ejecución de actos de desaparición forzada.

Desde los procesos de independencia de los países de América Latina, nuestra historia política ha sido determinada ante una constante permanente de luchas determinadas desde los litigios fronterizos, motivando en consecuencia guerras con otros países hermanos, producto de la configuración político administrativa heredada desde nuestra época colonial, lo que contribuyó a generar todas las dudas ante la delimitación geográfica de nuestros Estados. Estas disputas interestatales promovió el fortalecimiento de los ejércitos en América Latina y la consolidación de la figura del caudillo, como el “señor territorial” que a través de las prácticas de regionalismo, tuvo incidencia en la identidad nacional de nuestros pueblos.

Las disputas por el control de determinados territorios y la conformación de la doctrina del *iuris possidetis iuris* en América Latina conduce a nuestros caudillos, constituidos como baluarte de la patria y “defensores del Estado – Nación”, acceder ante un control absoluto del poder, constituyendo en consecuencia una violencia político - social hacia adentro de la formación social, es decir a través de sus acciones de represión cometidas contra la sociedad, les garantizaba un control absoluto y permanente del poder.

Mario Carranza<sup>434</sup> nos hace un balance del marco histórico – estructural de América Latina con respecto a las fuerzas armadas y su papel desempeñado en las tres estructuras de formación jurídico – político e ideológico de nuestros países. Su aspecto sigue siendo el represivo: ellas se hallan en el epicentro del poder económico – jurídico – político e ideológico de las clases y fracciones de clase dominante y son la “correa de transmisión” mediante la cual la clase hegemónica del bloque de poder controla a la clase “reinante” en la escena política.

Por su parte José Nun<sup>435</sup>, en su escrito sobre el marco teórico funcionalista de los estados de excepción nos señala que se abrieron nuevos horizontes en las formaciones sociales latinoamericanas. Una de ellas constituida por la crisis hegemónica y el golpe militar y la otra por la ruptura con los marcos teóricos corrientes en ese momento y un intento de elaboración de un nuevo modelo.

Sobre la conformación de los estados de excepción y su vínculo con las crisis ideológicas en muchos países de América Latina, Mario Carranza<sup>436</sup> nos destaca sobre el particular ¿Hasta qué punto el concepto de crisis ideológica puede ser útil para entender el proceso que conduce a la instauración de los estados de excepción en América Latina? Según el autor dichos conceptos como inestabilidad hegemónica e incapacidad hegemónica y crisis ideológica generalizada son indispensables para comprender los cambios de forma del estado y del régimen, que constituyen los estados de excepción.

Con respecto a la promulgación permanente del estado de excepción en Chile, es importante señalar la opinión del ex Relator de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para el caso de Chile, El Juez R. Lallah<sup>437</sup> quien sobre el particular sostiene que el estado de excepción fue la creación de la propia junta de gobierno chilena y el mantenimiento de ese estado de excepción so pretexto de una Constitución cuyo funcionamiento continúa suspendido por disposiciones transitorias frente al amplio malestar, sufrimiento y descontento

---

<sup>434</sup> Carranza, Mario Esteban. Fuerzas Armadas y Estado de Excepción en América Latina. Siglo XXI Editores, S.A. Colombia. 1978. Pág. 61.

<sup>435</sup> Véase. Nun, José. Revista Latinoamericana de Sociología. Vol. II. Número I. Argentina. 1966. Pág.212

<sup>436</sup> Fuerzas Armadas y Estado de Excepción en América Latina. Ed. Cit. Págs. 70-71.

<sup>437</sup> ECOSOC. Informe del Relator Especial Juez R. Lallah de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Documento A/39/631 del 20 de Noviembre de 1984. Pág. 12.

del pueblo, que invalida toda legitimidad desde el punto de vista de los derechos civiles y políticos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que Chile ha suscrito.

De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varios pronunciamientos consultivos OC-6/86; OC-8/87 y OC-9/87 sobre protección de los derechos humanos durante la promulgación de estados de excepción en América Latina, nos aborda sobre las garantías judiciales indispensables<sup>438</sup>, como medio de protección de derechos y de libertades, según destaca la Corte, los mismos no pueden suspenderse ni aún en situaciones más graves.

Ha sido la doctrina de seguridad nacional y las constantes promulgación de los estados de excepción en la historia de América Latina, las que han permitido la ejecución de violaciones graves y sistemática de los derechos humanos.

### **La Doctrina de Seguridad Nacional**

La Doctrina de Seguridad Nacional surge como una nueva concepción de defensa del Estado planteada por los Estados Unidos en un escenario luego de concluida la segunda guerra mundial. Los postulados fundamentales de la doctrina de seguridad nacional son el fortalecimiento del Estado imperialista en contra de su enemigo el comunismo, donde las prácticas establecidas derivaban en la calificación de actos inhumanos, utilizando métodos de tortura psicológica y física contra el enemigo.

A través de estas prácticas, los planificadores norteamericanos<sup>439</sup> concebían dos elementos a establecer para neutralizar la acción del comunismo en esta región: la alianza para el progreso, destinada a derrotar la pobreza y robarle las banderas al comunismo y, la ideologización anticomunista de las fuerzas

---

<sup>438</sup> Las mismas se encuentran determinadas en el artículo 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos quien sobre el particular nos refiere sobre la suspensión de garantías, señalando que la disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Ed. Cit. Pág. 35.

<sup>439</sup> Citado por el General Toro Iturra, Horacio. Seguridad Nacional. Una visión desde Chile. Ed. Cit. Pág. 103

armadas latinoamericanas, en su equipamiento e instrucción por Estados Unidos en las técnicas militares para enfrentar la guerrilla, la subversión y el terrorismo comunista.

La formación militar que otorgó la Escuela de las Américas obtuvo sus ventajas, según destacaba un experto norteamericano<sup>440</sup> “diseminados a través de América del Sur y del Caribe, más de 170 graduados de la Escuela de las Américas son hoy Jefes de Estado, Ministros, Comandantes en Jefes, Jefes de Estado Mayor, Jefes de Inteligencia, etc.”

Un conjunto de pactos por “zonas de influencia” coadyuvaron a materializar esta meta, creando un orden a escala regional con estructuras rígidas, y políticas inflexibles. Para nuestros países de América Latina, en todo caso, la doctrina de “Seguridad Nacional” plasmada por Washington, significó la fusión de las políticas de defensa nacional con las de seguridad interna, ante un enemigo único: el comunismo. Y es esto lo que explica la militarización de nuestras fuerzas armadas, que defenderían ahora, la nación contra enemigos internos.

Es por ello que la visión política de la doctrina de seguridad nacional, según plantea el oficial Estrada Flores<sup>441</sup> es una visión del conflicto, una percepción de la amenaza, una característica de la guerra, una identificación del enemigo y una apreciación del tipo de defensa que se corresponde. Es por ello que el Estado, como organismo cuyo fin es la supervivencia se encuentra en permanente conflicto con otros Estados, conflicto que estaba marcado por la agresión del comunismo soviético.

La estrategia militar de seguridad nacional, llevó a los Estados Unidos crear programas contrarrevolucionarios para América Latina los cuales fueron lanzados desde 1962, mediante la ampliación de las fuerzas especiales del Ejército de los Estados Unidos. Sobre el particular Edwin Lieuwen<sup>442</sup> nos señala que el comando norteamericano del Caribe, con cuarteles generales en la Zona

---

<sup>440</sup> Citado por. Selser, Gregorio. Las Bases de los Estados Unidos en Panamá. El Destino del Comando Sur y la Escuela de las Américas. Revista Tareas N° 57. CELA. Enero – Marzo de 1984. Panamá. Pág. 60.

<sup>441</sup> Véase. Centro de Estudios Militares General Carlos Prats. El Pensamiento Militar Latinoamericano. Estrada Flores, Nathan. Oficial del Ejército. Hacia una Doctrina Militar para la Democracia. Editorial Universidad de Guadalajara. México. 1990. Pág. 65.

<sup>442</sup> Véase. Lieuwen, Edwin. Generales contra Presidentes en América Latina. Ediciones Siglo Veinte. Buenos Aires. 1965. Págs. 178 – 179.

del Canal de Panamá, comenzó a subrayar la importancia estratégica de la táctica contrarrevolucionaria, y se seleccionaron oficiales latinoamericanos para adiestrarlos en la técnica de la lucha contra las guerrillas en la Escuela de Fuerzas Especiales de Fort Bragg, Carolina del Norte, y en la Escuela de Guerra en la Jungla, de Fort Gulick en la zona del Canal de Panamá.

Con la conformación doctrinaria establecida y el control del poder adquirido los mismos consolidan en el control del poder los aparatos represivos, cuya actividad central se constituía en la práctica de los mecanismos de tortura, como instrumento de las políticas de terrorismo del Estado, y se aplicaban a quienes adversaran la ideología del gobierno autoritario establecida en aquel momento.

Por otra parte la implementación de la doctrina de seguridad nacional en nuestros países, buscaba la desnacionalización de los ejércitos. Sobre el particular Silva Gotay<sup>443</sup> nos señala que este proceso se comenzó con el Acta de Chapultepec de la Conferencia sobre la Guerra y la Paz en 1945; fue confirmado con la firma del Tratado Interamericano de Ayuda Recíproca en Río de Janeiro en 1947 y con el establecimiento de la OEA en 1948. Fue puesto a prueba en el caso de Guatemala y con la invasión de la República Dominicana en 1965. Los ejércitos son entrenados en el Canal de Panamá en el adoctrinamiento de la seguridad hemisférica y la amenaza comunista como problemas fundamentales de la civilización contemporánea según definición de los Estados Unidos.

Con respecto a los resultados alcanzados por la Doctrina de Seguridad Nacional, podemos referir los comentarios vertidos por el oficial Estrada Flores<sup>444</sup> quien señala que la misma puede ser criticada desde diferentes ángulos: 1) desde un plano político por la compleja sujeción a potencias extrarregionales; 2) desde un plano económico por la apertura de los poderes económicos externos; 3) desde un plano social por el incremento de las desigualdades que ya caracterizaban a las sociedades latinoamericanas; 4) desde un plano militar por las consecuencias exactamente contrarias a su propósito y, 5) desde un plano ideológico ha mostrado ser un fracaso para la soberanía, la libertad, el desarrollo, para la propia seguridad de la nación.

---

<sup>443</sup> Véase. Silva Gotay, Samuel. El Pensamiento Cristiano Revolucionario en América Latina y el Caribe. Ágora. Estados Unidos. 1983. Págs. 31-32.

<sup>444</sup> Véase. Hacia una Doctrina Militar para la Democracia. Ed. Cit. Págs. 63 – 64.

Dentro de las prácticas militares establecidas se pueden observar la reestructuración cognitiva respecto a vivencias y conductas anteriores, inferidas al uniformado en el desnudamiento del “yo”<sup>445</sup>. Dichas prácticas establecidas promovían en el recluta uniformado que su única familia es la patria y la bandera. Su padre pasaba a constituir su superior y el respeto a los seres humanos en sus derechos no existe y puede ser roto o reemplazado con múltiples vejámenes.

El propósito de estas conductas y actitudes hacia los subalternos en el caso particular de Chile les permitía desarrollar cambios en los roles de autoridad; exaltación de lo militar; desarrollo de una obediencia refleja, aversión hacia el denominado enemigo<sup>446</sup> y el desarrollo de conductas agresivas<sup>447</sup>. A través de estas conductas impartidas los mismos han sido preparados para la eliminación de sus opositores, física y psíquicamente, cuya conducta deriva en neutralizar, repeler y destruir el enemigo.

La conformación de estas tácticas militares en la mayor parte de los oficiales, con el propósito de formar una conducta de agresividad y odio hacia el enemigo, se alcanzó la constitución de los más grandes perpetradores de las

---

<sup>445</sup> Cuando el recluta ingresa a la vida del cuartel es puesto en fila y un oficial suele darle la “bienvenida”. El mensaje más claro es que la vida civil es algo que pertenece al pasado y que entre ambas habrá de erigirse un muro. El respeto a la madre, el amor a ella deberá ser transferido a la patria y a la bandera. El recluta no podrá peinarse a su manera, su pelo es cortado al ras. No puede usar ninguna ropa propia, esto es reemplazado por el uniforme. Lo único que podrá pertenecer a él y con lo cual podrá dormir es su arma. Al mismo tiempo es sometido a vejaciones y castigos sin razón, despertado a golpes y varillas o palos. En resumen, todas las normas de respeto al individuo, aún las más fundamentales son rotas y comienzan a ser reemplazadas por otras. Véase. Centro de Estudios Militares General Carlos Prats. El Pensamiento Militar Latinoamericano. Andalién, Alfredo. Hacia una Doctrina Militar para la Democracia. Editorial Universidad de Guadalajara. México. 1990. Págs. 77.

<sup>446</sup> El enemigo es presentado como una amenaza directa en primer lugar para la vida del comando, pero también es presentado en términos “peyorativos”, a veces dicen el guerrillero que es “cobarde, no da nunca la cara, se esconde entre las mujeres”. Contra ese enemigo se genera odio y aversión. Hacia una Doctrina Militar para la Democracia. Editorial Universidad de Guadalajara. México. 1990. Pág. 79.

<sup>447</sup> Sobre el particular agrega el autor se le prepara las prácticas de agresividad en maquetas y luego en el último paso es enfrentarlos al “enemigo”, ser sus reacciones. Se les pinta el rostro con los colores del camuflaje, en las noches todo de negro, embarcan en camiones cubiertos y son llevados a las poblaciones más humildes, allí allanan domicilios, detienen gente. En resumen, se les enfrenta contra la población civil. Con ello concluye el aprendizaje iniciado elevando una muralla entre lo militar y lo civil. Hacia una Doctrina Militar para la Democracia. Editorial Universidad de Guadalajara. México. 1990. Págs. 79-80.

violaciones sistemáticas de los derechos humanos en América Latina, cuya calificación frente a la comisión de un delito permite la implementación de una justicia universal, que conlleva la sanción en el ámbito internacional de los planificadores e instigadores, así como de todos los perpetradores, de tan graves actos inhumanos y de barbarie.

Consecuencia de estas acciones constitutivas de violación grave y sistemática de los derechos humanos, han sido en América Latina y en particular en los países que sufrieron las políticas de seguridad nacional, aplicadas en gran medida por los gobiernos y/o regímenes de facto establecidos, los mecanismos de impunidad al atribuir la responsabilidad de estos actos, a los Estados evitando así la sanción penal de los perpetradores, quienes en su defensa han recurrido a determinar que dichas acciones se hacían en cumplimiento de la doctrina de los actos propios, cuyo responsable en todo momento ha sido el Estado, debido a que en aquellos momentos los perpetrados, se encontraban en el ejercicio o mandato de ser agentes del Estado.

La excesiva y dramática situación de los países de América Latina, que sufrieron los efectos ante una violación grave y sistemática de los derechos humanos, conduce a los perpetradores a escudar la naturaleza de sus actos a través de la doctrina de los actos propios, evadiendo en consecuencia la responsabilidad de los mandos, al calificar la responsabilidad y autoría de sus actos, como responsabilidad del Estado, constituyendo en gran medida la eximente en la planificación e instigación de los altos mandos en la ejecución sistemática de violaciones graves de los derechos humanos.

### **Las Fuerzas Insurgentes en América Latina**

Con respecto al origen de la violencia en nuestros Estados latinoamericanos, es importante señalar como la historia del acceso y control del poder político en América Latina se ha caracterizado desde sus inicios por la promulgación de ejes de violencia, caracterizada por golpes de Estado, prolongación de una violencia e inestabilidad política.

Sobre el particular Gómez Hurtado<sup>448</sup> al respecto nos señala que en nuestros países la revolución ha atravesado por tres estadios bien definidos: a) el institucional; b) el ideológico; c) el irracionalista. Con respecto al institucional el autor nos refiere su origen directo en la política; el ideológico deriva de las formas políticas que se adoptaron en nuestros países con respecto al medio social establecido. La misma tiene su origen en la lucha político partidista desarrollada entre liberales y conservadores, adquiriendo otra connotación durante el período de vigencia de la guerra fría con la conformación de una lucha ideológica liderada entre la izquierda y la derecha como corrientes de pensamiento que promovieron en sus efectos una etapa revolucionaria y de inestabilidad, cuyos efectos se determinaban por el fenómeno de la violencia y sus posteriores resultados.

Las causas que determinó el origen de los movimientos insurgentes en América Latina, tiene su génesis en el estancamiento, marginalidad de la población rural y de la población trabajadora, dependencia, explotación, incremento de la miseria y represión de las masas y de los campesinos en América Latina.

Los movimientos populares de masas urbanas, a lo largo de la historia latinoamericana, han sucedido en circunstancias promovidas por cambios circunstanciales de suma gravedad, que promueven las explosiones multitudinarias que emergen de repente en los escenarios como fue el caso de la muerte de Jorge Eliecer Gaitán, aquel 9 de abril de 1948 conduciendo en consecuencia ante un nuevo escenario de la violencia en Colombia.

Estas rebeliones provocan, algunas veces, acontecimientos dramáticos que afectan emocionalmente toda la población, como ocurrió en ocasión del Bogotazo (1948) que siguió al asesinato de Jorge Eliecer Gaitán, o de la explosión tumultuaria de furia popular, ocasionada por la muerte de Getulio Vargas en 1954.

Al comenzar la década de los sesenta surgen movimientos revolucionarios que parecen arrastrar a toda América Latina hacia una segunda revolución de

---

<sup>448</sup> Gómez Hurtado, Alvaro. La Revolución en América. Editores Colombia Ltda. Bogotá – Colombia. 1978. Págs. 117 – 118.

independencia. Sobre lo señalado Silva Gotay<sup>449</sup> nos esquematiza una serie de factores que determinan la conformación de los movimientos insurgentes en la historia latinoamericana.

Los movimientos de izquierda en América Latina, según nos señala Ribeiro Darcy<sup>450</sup> tienen tres componentes principales: la nueva izquierda, los partidos comunistas y las herejías desprendidas de ellos, y los grupos virtualmente insurreccionales. Todos ellos son nominalmente revolucionarios ya que no tienen ataduras con el sistema institucional vigente y se proponen la composición de una nueva estructura de poder apta para prestar atención a las aspiraciones de las clases menos favorecidas.

La estrategia de los grupos de izquierda tenía como propósito constituir la insurrección en América Latina, para ellos establecieron objetivos claros con respecto al desarrollo de sus luchas. Sin embargo los mismos en su conformación no tenían claro una identidad ideológica definida. Sobre el particular es importante señalar la línea de orientación marxista leninista que unos profesaban; otros eran seguidores de la línea trotskista; otros de línea maoísta a través de la guerra campesina que rodearía las ciudades y finalmente; otros se constituyeron en seguidores de la línea guevarista, siguiendo el enfoque de la teoría del foquismo, planteada en Guerra de Guerrillas, por Ernesto Che Guevara quien señalaba que las condiciones revolucionarias estaban dadas y que la guerrilla las hace madurar y crea las condiciones subjetivas necesarias para la revolución a partir del foco guerrillero.

---

<sup>449</sup> Señala el autor una diversidad de factores entre ellos: 1) la resistencia popular al intento de golpe militar en Brasil de 1961; 2) la instalación del movimiento guerrillero en Guatemala, entre 1961 y 1963, como resultado de una serie de alzamientos provocados por la radicalización de sectores militares, y la ampliación de la resistencia armada en las ciudades; 3) la formación en Nicaragua del Frente Sandinista de Liberación Nacional en 1961, y la instalación del movimiento guerrillero; 4) el inicio de 1962 del movimiento insurreccional en Venezuela, que logra unificar al movimiento de izquierda revolucionaria y al partido comunista, a través de acciones de guerrillas urbanas y rurales; 5) el nuevo carácter que asume el movimiento campesino en Colombia que culmina en 1964 con los acontecimientos de Marquetalia y el surgimiento de las guerrillas de carácter insurreccional en Colombia; 6) el movimiento campesino en el Sur del Perú, dirigido por Hugo Blanco, la formación del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR); 7) además hubo intentos guerrilleros frustrados en el Paraguay, Argentina, Honduras, Ecuador y Brasil, entre el año 60 – 63; y 8) el surgimiento en prácticamente todos los países de organizaciones de izquierda con el claro objetivo de preparar la insurrección. *El Pensamiento Cristiano Revolucionario en América Latina*. Ed. Cit. Pág. 36.

<sup>450</sup> Véase. Ribeiro, Darcy. *El Dilema de América Latina. Estructuras de Poder y Fuerzas Insurgentes*. Siglo Veintiuno Editores. Colombia. 1977. Pág. 241.

El enfoque de contrastes y contradicciones, con respecto a la realidad social, política y económica, ha demostrado algunas concepciones negativas que buscan señalar a América Latina, como promotor en los enfoques de la teoría de la revolución. Tamayo Acosta<sup>451</sup> destaca al respecto, sobre el contenido de dicha teoría, la misma nunca se pensó en América Latina a partir de la teología. Señala el autor que ni en Camilo Torres, se puede encontrar una teoría teológica de la revolución.

Por su parte la incidencia del pensamiento cristiano revolucionario en los movimientos de izquierda de América Latina, surge a partir de 1970 con la Teología de la Liberación<sup>452</sup> como teología de los cristianos revolucionarios de la cual podemos recordar al padre Camilo Torres, ideólogo del ELN de Colombia quien prohió el Manifiesto de los Camilos<sup>453</sup> a través de la conformación de la discusión de la racionalidad científica y la iglesia y planteada por sacerdotes en mayo de 1969.

Como bien señala Gómez Hurtado<sup>454</sup> en Hispanoamérica, el estadista, el político, el economista, el literato, el pintor, si pretende “llegar a ser alguien”, debe empezar por proponer o por hacer algo revolucionario que frecuentemente nos coloca en el abuso de este término, porque se emplea sin discriminación alguna para indicar todo lo que es nuevo, todo lo que es violento, todo lo que carece de precedentes. Según hace referencia el autor. Nuestra vida política en toda Hispanoamérica nació marcada por la revolución.

---

<sup>451</sup> Señala el autor que lo que hubo, hay y continuará habiendo en América Latina, es la preocupación de los que buscan reflexionar teóricamente sobre los imperativos del momento histórico con las implicaciones resultantes para la fe cristiana liberadora del hecho de la praxis revolucionaria. Una teología que acompaña el compromiso revolucionario de los cristianos y que se define como reflexión crítica de esa praxis, en la que la fe se corporifica históricamente, no podrá dejar de hablar de revolución. Véase. Tamayo Acosta, Juan José. La Teología de la Liberación. Ediciones de Cultura Hispánica. Madrid. 1990. Pág. 61.

<sup>452</sup> En el nivel internacional, la Teología de la Liberación simboliza y encarna las fuerzas progresistas de liberación que apelan a una inspiración cristiana. Por eso, en relación con ella, toman una postura contraria todas aquellas fuerzas que quieren frenar cualquier movimiento de liberación de origen popular. La Teología de la Liberación. Ed. Cit. Pág. 72.

<sup>453</sup> El Manifiesto de los Camilos señalaba que no necesitamos justificar con citas bíblicas ni con apelaciones evangélicas esta exigencia de participar con toda nuestra vida en la transformación del mundo de los explotados, de los hambrientos y despojados, juntos a los hombres que luchan por la liberación. El Pensamiento Cristiano Revolucionario en América Latina. Ed. Cit. Pág. 66.

<sup>454</sup> La Revolución en América. Ed. Cit. Pág. 104.

Los planteamientos vertidos en el enfoque de la teología de la liberación, según nos señala Silva Gotay<sup>455</sup> surgen como resultado de la crisis teórica e ideológica de los cristianos revolucionarios que, participando en la práctica de la liberación política de América Latina, se preguntan por la relación de su fe con su práctica política, la relación entre el proceso histórico de liberación y la salvación.

## **La Justicia de Transición y Retorno a la Democracia**

En septiembre de 2003 el Consejo de Seguridad celebró una reunión cuyo propósito era evaluar el papel de la justicia y el Estado de derecho en las sociedades, que han sufrido conflictos. Sobre el particular es importante destacar la conceptualización presentada por el Secretario General de Naciones Unidas en su informe de 2004, donde abordaba el contexto dentro del alcance de la justicia internacional de los términos: Justicia<sup>456</sup>, Estado de Derecho<sup>457</sup> y Justicia de Transición<sup>458</sup>.

---

<sup>455</sup> El Pensamiento Cristiano Revolucionario en América Latina. Ed. Cit. Pág. 73.

<sup>456</sup> Para las Naciones Unidas, la “justicia” es un ideal de responsabilidad y equidad en la protección y reclamación de los derechos y la prevención y el castigo de las infracciones. La justicia implica tener en cuenta los derechos del acusado, los intereses de las víctimas y el bienestar de la sociedad en su conjunto. Se trata de un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales y, a pesar de que su administración normalmente implica la existencia de mecanismos judiciales de carácter oficial, los métodos tradicionales de solución de controversias son igualmente pertinentes. V. Informe del Secretario General S/2004/616. Titulado El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las Sociedades que sufren o han sufrido Conflictos. Pág. 5.

<sup>457</sup> Para Naciones Unidas refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. V. Informe del Secretario General S/2004/616. Titulado El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las Sociedades que sufren o han sufrido Conflictos. Ibid. Pág. 5.

<sup>458</sup> La noción de “justicia de transición” que se examina en el presente informe abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener

Cabe destacar sobre el alcance de las apreciaciones vertidas por el Secretario General en su informe el cuál en gran medida recoge los planteamientos del relator especial sobre la impunidad y conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos Louis Joinet el cual ha tenido relevancia en la jurisprudencia desarrollada por los tribunales internacionales con respecto a evitar que la impunidad sea determinante en el derecho de las víctimas a recurrir en ejercicio del *ius standi* ante tribunales internacionales.

Planteaba Joinet en su Informe sobre el origen de la impunidad, clasificando la misma en cuatro categorías que podemos resumir según su importancia en los siguientes aspectos centrales del mismo: 1) se encuentra establecida en la década de los setenta donde es el caso de América Latina, los familiares de las víctimas que habían sufrido secuestro forzoso y ejecuciones extrajudiciales o desaparición forzada, buscan la promulgación en sus luchas de leyes de amnistía a los prisioneros políticos; 2) la segunda etapa constituida en la década de los ochenta se caracteriza por la promulgación de leyes de auto amnistía a favor de los perpetradores cuya comisión fue la ejecución de un plan sistemático de violación de los derechos humanos y caracterizada por el diseño, desarrollo y ejecución de los más graves actos de barbarie; 3) la tercera etapa se caracteriza según Joinet por los procesos de retorno a la democracia en las sociedades cuya inexistencia de un Estado de derecho, sucumbió ante las peores violaciones de los derechos humanos, como es el caso de Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala; 4) la cuarta etapa se caracteriza por la relevancia de la jurisprudencia internacional ante la promulgación de leyes de amnistía a favor de un número elevado de perpetradores y violadores de los derechos humanos.

Las observaciones presentadas en el Informe de Joinet, el relator especial no señala tres secciones que resumen los principios básicos del derecho de las víctimas: 1) el derecho a saber de la víctima<sup>459</sup>; 2) el derecho de la víctima a la justicia<sup>460</sup> y, 3) el derecho a la reparación de la víctima<sup>461</sup>.

---

distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos. Ibid. Pág. 6.

<sup>459</sup> El derecho de saber es también un derecho colectivo que tiene su origen en la

En su informe destaca ante la ejecución de determinadas conductas atroces, que bajo la exigencia de soberanía de los Estados, promovía una impunidad en el campo de la responsabilidad penal por los perpetrados, haciendo inalcanzable en el derecho a la justicia de los familiares y de las víctimas de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos. Prueba de ello ha sido la realidad histórica vivida dentro del período de la década de los setenta y ochenta en la mayor parte de países que conforman la región de Sudamérica y de Centroamérica.

---

historia para evitar que en el futuro las violaciones se reproduzcan. Por contrapartida tiene, a cargo del Estado, el "deber de la memoria" a fin de prevenir contra las deformaciones de la historia que tienen por nombre el revisionismo y el negacionismo; en efecto, el conocimiento, para un pueblo, de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y como tal debe ser preservado. Tales son las finalidades principales del derecho de saber en tanto que derecho colectivo. Véase. Naciones Unidas. Informe Final de Luis Joinet. Decisión 1996/119 de la Subcomisión de Lucha contra la Discriminación y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas. Pág. 5

<sup>460</sup> El derecho a la justicia confiere al Estado una serie de obligaciones: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción. Si la iniciativa de investigar corresponde en primer lugar al Estado, las reglas complementarias de procedimiento deben prever que todas las víctimas puedan ser parte civil y, en caso de carencia de poderes públicos, tomar ella misma la iniciativa. V. Informe de Luis Joinet. Pág. 7.

<sup>461</sup> En el plano individual, las víctimas, ya sean víctimas directas, parientes o personas a cargo, deben beneficiarse de un recurso eficaz. Los procedimientos aplicables deben ser objeto de una publicidad lo más amplia posible. El derecho a reparación debe cubrir la integralidad de perjuicios sufridos por la víctima. De acuerdo a la Estructura de principios y directivas fundamentales concernientes al derecho a reparación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y del derecho humanitario establecidos por M. Theo Van Boven, Ponente especial de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/1996/17), este derecho comprende los tres tipos de medidas siguientes: a) Medidas de restitución (tendientes a que la víctima pueda volver a la situación anterior a la violación); b) Medidas de indemnización (perjuicio síquico y moral, así como pérdida de una oportunidad, daños materiales, atentados a la reputación y gastos de asistencia jurídica); y c) Medidas de readaptación (atención médica que comprenda la atención psicológica y psiquiátrica). V. Informe de Luis Joinet. Pág. 10.

Por otro lado es importante destacar la labor desarrollada por Naciones Unidas de impulsar la justicia de transición como una propuesta de Naciones Unidas de solidaridad no de sustitución del modelo de justicia, ya que la misma permite la participación de todas las instituciones de justicia, detrás de los procesos de reformas judiciales en el sistema, para promover una cultura de legalidad que contravenga en su desarrollo la cultura de impunidad legal, que muchas veces es prolijada dentro y después de los conflictos.

Esta realidad creciente de la justicia transicional o de transición en las sociedades que han sufrido las consecuencias de un conflicto caracterizado por la persistencia de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, promovidos por los regímenes autoritarios, les lleva a enfrentar opciones que podemos determinar cómo las purgas en los ejércitos para evitar así el “cáncer” existente debido a la persistencia en las filas de los ejércitos de mantener a un sinnúmero de violadores, de los derechos humanos.

### **Creación de las Comisiones de la Verdad**

El derecho a la verdad, es un derecho de carácter colectivo que permite a la comunidad internacional, y propiamente a los Estados democráticos permitir que conozcamos el nivel de inhumanidad, al que somos capaces de llegar los seres humanos, revestidos de poder y de mando. Cuando el control del poder autoritario, persiste en una sociedad, permite a su vez, el actuar de la impunidad en sus actos.

Si bien el derecho a la verdad no tiene un reconocimiento expreso en las jurisdicciones internas de muchos Estados, la protección plena de los derechos constitucionales de la libertad de brindar protección a los derechos fundamentales, permite a los Estados, brindar un acceso al esclarecimiento y el descubrimiento de la verdad de hechos que le permitan a los familiares de las víctimas tener acceso a conocer cuando se cometió el ilícito, quién fue su autor, en que fecha y lugar se perpetró, como se produjo, por qué se le ejecutó y donde se encuentran los restos humanos (desaparición forzada) como producto del hecho causado, así como la sanción de los responsables del hecho causado, con

el objeto de impedirles la apropiación de posiciones claves, después de un cambio de sistema<sup>462</sup> político que lograría una impunidad en su actuar.

La búsqueda de reconciliación nacional permite la creación de la Comisión de la Verdad, no con el propósito de suplantar, sustituir el Poder Judicial de un Estado, ni tampoco como medio de persecución penal, sino con el propósito de lograr esclarecer la verdad sobre hechos acaecidos que motivan recuerdos tristes en los países que lo vivieron. Si bien estas comisiones no son propiamente penales, sí permiten ser contrarias a la impunidad, pues el elemento central, es decir, la víctima, es el centro de reflexión y de la determinación final.

La existencia de impedimentos legales (impunidad) beneficiando a un sinnúmero de violadores de los derechos humanos en muchos países, ha permitido en los últimos años crear comisiones, con el firme propósito de dar a conocer hechos y circunstancias que motivaron éstas violaciones, así como establecer la identidad de quienes participaron en estos actos lo que obliga al Estado a reconstruir hechos pasados que les permitan a los familiares de las víctimas, solicitar una reparación producto de los daños causados, donde la responsabilidad de los imputados debe hacerse extensiva civilmente a través de una medida cautelar (embargo o secuestro), de sus bienes patrimoniales, como resultado del daño inferido a los afectados, así como también a la sociedad en general.

Señala el Juez Baltasar Garzón que la función judicial restablece el equilibrio, atendiendo no sólo a las instancias nacionales sino también en forma subsidiaria o complementaria mediante la aplicación del principio de justicia penal universal a otras instancias judiciales internacionales que en ningún caso actuarán en sustitución de la jurisdicción nacional, pero sí cuando la actuación no sea posible, por normas que le impidan y sean contrarias al derecho internacional penal<sup>463</sup>.

---

<sup>462</sup> V. Ambos, Kai. Sobre los Fines de la Pena al Nivel Nacional y Supranacional. Revista de Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Marcial Pons, Librero. Madrid, Julio de 2003. Pág. 209.

<sup>463</sup> V. Baltasar, Garzón Real. La CPI después del 11 de septiembre. Justicia Penal, Derechos Humanos y Terrorismo. [www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec). Pág. 6.

La creación de estas Comisiones, distintas en su actuar a los tribunales de justicia, propio de haber sido creadas no para establecer responsabilidad penal individual, ni imponer sanciones; permitiendo que sus funciones principales se limiten a la redacción de un documento, que contiene a su vez un informe sobre los hechos ocurridos o acaecidos durante el desarrollo de un conflicto armado interno, o de persistencia de un gobierno dictatorial, que hizo extensivo, la violación de los derechos humanos como producto de la violación masiva de estos derechos.

Con respecto a la investigación que realizan las Comisiones de la Verdad cabe preguntarse ¿Si estamos en proceso de abrir o no causa procesal a posibles imputados, producto de la ejecución de crímenes graves? cometidos con alevosía y premeditación por el/los responsables. Esta acción grave, nos permite establecer la posibilidad de llamarlos a juicio, por los crímenes graves causados, y según normas del derecho internacional, cuando se incurre en tal acto, estamos ejecutando hechos que no prescriben, propio de constituir crímenes de derecho internacionales, y no delitos de tipo penal ordinario.

Ejemplos anteriores a la formulación de estas comisiones los podemos observar en la constitución de la Comisión sobre los Autores de Guerra y sobre la imposición de sanciones de 1919, creada con el propósito de investigar los crímenes ocurridos durante el desarrollo de la primera guerra mundial; la Comisión de Crímenes de Guerra Alemanes, durante la segunda guerra mundial; la Comisión de Expertos establecidas para investigar las violaciones al derecho internacional humanitario en la Antigua Yugoslavia, y la Comisión de Expertos establecida según Resolución 935 por el Consejo de Seguridad, para investigar las violaciones cometidas durante la guerra civil de Rwanda<sup>464</sup>.

De ahí, la necesidad de observar la naturaleza de las Comisiones de la Verdad constituidas principalmente en los países que sufrieron los efectos de gobiernos dictatoriales. El valor de las Comisiones de la Verdad es el que su creación, no está basada en la premisa de que no habrá juicios, sino que constituyen un paso en el sentido de la restauración de la verdad, y oportunamente de la justicia.<sup>465</sup>

---

<sup>464</sup> *Ibidem*. Bassiouni, M. Cherif y otros. Pág. 59-60.

<sup>465</sup> V. Informe No. 136/99 de la CIDH. Caso 10,488: Ignacio Ellacuría, S.J y otros. El Salvador, 22 de diciembre de 1999. [www.derechos.org/nizkor/salvador/doc/jesuitas.html](http://www.derechos.org/nizkor/salvador/doc/jesuitas.html). Pág. 58.

Muchos Estados, buscando mecanismos de pacificación y reconciliación nacional, luego de haber sufrido tiempos amargos de épocas de dictaduras, emitieron leyes de amnistía, con las cuales amparaban un número plural de violadores de los derechos humanos, en circunstancias en que no les exime de responsabilidad penal alguna.

Basta sólo recordar la crisis centroamericana y observar hechos acaecidos en el Salvador donde luego de conversaciones de paz entre las partes en conflicto logrados en México en 1991 entre el gobierno Salvadoreño y el FMLN, se crea una comisión de la verdad con el propósito de investigar los hechos acaecidos en aquel hermano país centroamericano.

Cinco días más tarde de creada la Comisión de la Verdad, la Asamblea Legislativa Salvadoreña emitió una Ley de Amnistía General (Decreto No. 486 de 1993) donde reconocían una amnistía amplia, y absoluta e incondicional<sup>466</sup> a favor de todas las personas que en cualquier forma hubieran participado en la comisión de delitos políticos, comunes, conexos con éstos y en delitos comunes cometidos, antes del 1 de enero de 1992.

El informe final de la Comisión de la Verdad, establecida por las Naciones Unidas para el Salvador generó disgustos, principalmente en quienes incurrieron en la violación grave de derechos humanos. Señalaba el citado informe al respecto sobre la necesidad de superar el trauma de la guerra, para lo cual los salvadoreños tienen que experimentar la catarsis de la verdad. El esclarecimiento de la verdad es, pues, un elemento indispensable, y por cierto inseparable del proceso de reconciliación nacional<sup>467</sup>.

Cada nación tiene el derecho de conocer la verdad, y cuáles fueron, los hechos, circunstancias y razones que motivaron a los responsables de violación de los derechos humanos realizar con alevosía y ventaja los más aberrantes crímenes cometidos contra un sinnúmero de personas, destacando entre ellos como afectados grupos de tendencia ideológica, religiosos y civiles que no mantenían ideas en común, y lo que es peor, ejercieron también este tipo de actos contra menores y niños que por su propia naturaleza no constituyen peligro alguno,

---

<sup>466</sup> *Ibidem*. Informe 136/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pág. 53.

<sup>467</sup> V. Las Naciones Unidas y el Salvador 1990-1995. Serie de Libros Azules de las Naciones Unidas, Volumen IV. Nueva York. Pág. 41.

considerándose hoy, la ejecución de estos actos, como atroces y repudiables, lo cual deben ser condenados por toda la comunidad internacional.

Con respecto a la constitución de estas Comisiones, muchas han sido promovidas y creadas en el seno de las Naciones Unidas, con el objetivo de fortalecer la democracia en los países, y permitir así a los familiares de las víctimas, no sólo a obtener una reparación económica, sino a tener acceso a la verdad y de la posible ubicación de los restos de sus familiares, donde el Estado debe asumir la investigación de los hechos.

En Sudáfrica fue conocida como la Comisión de la Verdad y Reconciliación Sudafricana y dimano de un proceso de reconstrucción realmente nacional, en el que no existió intervención internacional directa<sup>468</sup>, propio de la búsqueda de una reconciliación nacional, que se constituyo en una renuncia a la punición a los posibles imputados, mostrado en el arrepentimiento de sus transgresores y el perdón de sus víctimas, donde las audiencias públicas y el resarcimiento, contribuyo en el desarrollo democrático de aquel país.

En América Latina, se desarrollo en varios países; entre ellos cabe destacar en Centroamérica, la del Salvador constituida por gestión de Naciones Unidas, sobre la gravedad de los hechos ocurridos en el hermano país centroamericano. De igual forma es importante señalar la Comisión de la Verdad de Argentina conocido como el Informe Nunca Más o Comisión Sábado, la de Chile – Comisión Valech y el Informe Rettig, el de Perú conocido como el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. De igual forma se han constituido en Guatemala, Bolivia, Brasil, Uruguay, Paraguay y Panamá.

En Panamá, la Comisión de la Verdad fue creada mediante el Decreto Ejecutivo No. 2 del 18 de enero de 2001, destacando en su primer párrafo que a raíz del descubrimiento de fosas clandestinas en nuestro país, la conciencia moral de la Nación exige el esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos, cometidas durante el régimen militar que durante más de dos décadas gobernó, para que el conocimiento de la verdad facilite a los familiares

---

<sup>468</sup> V. Gerhard, Erasmus. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Pág. 8.

la posibilidad de honrarlas como corresponde y contribuya a que no se repitan hechos tan dolorosos y se fortalezca la democracia<sup>469</sup>.

Sobre la conformación de la Comisión de la Verdad en Panamá, sus críticos han señalado el vínculo político que motivo en su creación. La existencia de fosas comunes evidencia sobre el legado en materia de violación de los derechos humanos, promovido en el período de la dictadura militar y, de igual forma como consecuencia de los resultados obtenidos en la invasión norteamericana a Panamá en diciembre de 1989.

Estos desaparecidos en Panamá, de ambas partes, constituyen un derecho - deber para las autoridades panameñas, sobre la labor de elaborar una Comisión sobre la Verdad Histórica de Panamá donde todas las víctimas de ambas circunstancias tienen derecho a obtener una información clara y precisa, de los hechos y circunstancias que rodearon tales actos, al igual que a recibir una indemnización frente al daño causado.

Por su parte en Chile, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (CNVR) y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), fueron creadas por gestión gubernamental; permitiendo que luego de un esfuerzo investigativo de febrero de 1991, presentó un informe a la prensa, calificándose este informe de escalofriante, donde se evidencia y resalta como fueron ejercidos los crímenes motivados y ejecutados por el antiguo régimen de Augusto Pinochet, y de sus seguidores. Aún y a pesar de lo actuado; Pinochet considera que incurrió en tales actos como parte de la guerra interna<sup>470</sup> que libraba contra la subversión.

Remitido el informe al Presidente Chileno Aylwin este anuncia que la no - anulación, de la Ley de Amnistía, la cual había sido creada para proteger a los imputados de haber ejercido los más graves crímenes; pero ante los hechos horribles presentados en el presente informe, pide perdón a los familiares de las víctimas<sup>471</sup> en nombre de todo el país, señalando responsabilidad de la sociedad entera por acción u omisión.

---

<sup>469</sup> V. Informe de la Comisión de la Verdad de Panamá. Formularios Continuos, S.A. Panamá. 2002. Pág. 5

<sup>470</sup> V. Nieto, Clara. Los Amos de la Guerra y la Guerra de los Amos. Ediciones Uniandes. Colombia. 1999. Pág. 366.

<sup>471</sup> *Ibidem*. Nieto Clara. Pág. 366.

Las consideraciones del ex dictador Pinochet se fundamenta en la doctrina de seguridad nacional, que representó en nuestros países, una fusión de las políticas de defensa nacional con la seguridad interna, ante un enemigo único: el comunismo que para los Estados Unidos constituía el mayor peligro, promoviendo no se hiciera más extensivo, bajo la conformación del fenómeno del “dominó” sobre la región, planteada en determinadas circunstancias por la Doctrina Reagan.

El contenido sustantivo obtenido en los Informe de la Comisión de la Verdad desarrollada en países como Argentina, Chile, Paraguay, Uruguay, Panamá, Perú, Colombia, Guatemala y el Salvador nos evidencian la conformación de violaciones graves y sistemáticas, cometidas contra comunidades, por parte de los aparatos de poder que detrás de las políticas de represión, incurrieron en las peores violaciones de los derechos humanos, que ha sufrido la región.

Hoy en día, es interesante observar como muchos gobiernos han reconocido el grado de culpabilidad por acción y omisión de muchos crímenes cometidos en estas épocas oscuras. A través de la *opinio juris communis*, los Estados manifiestan la conciencia jurídica universal de adoptar o aceptar la jurisprudencia internacional, preciso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); ejemplo de ello, es el Caso de la Masacre de Plan de Sánchez, destacando este alto tribunal, que el gobierno Guatemalteco al señalar la responsabilidad del Estado, en la violación en masa de mujeres indígenas, y su ejecución extrajudicial por agentes del Estado, principalmente miembros del Ejército Guatemalteco, *permite un reconocimiento internacional del Estado, ante lo actuado* (cursivas nuestras).

Señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, que al existir el reconocimiento de la responsabilidad internacional efectuado por el Estado, constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>472</sup>

---

<sup>472</sup> Véase. CIDH. Caso Masacre Plan de Sánchez. Sentencia de Fondo del 29 de abril de 2004. Pág. 24.

De igual forma es importante destacar la opinión de la Corte Interamericana en el Caso de la Masacre de la Rochela donde manifiesta que en caso de graves violaciones de los derechos humanos, las obligaciones positivas inherentes a la verdad exigen la adopción de diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y concreta y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio<sup>473</sup>.

Lo expuesto permite destacar como la emisión de leyes de amnistía que no sean acompañadas del establecimiento de Comisiones de la Verdad, no impedirá la jurisdicción abstracta de la Corte Penal Internacional<sup>474</sup> sobre la situación de crisis a que tengan por objeto, muy al contrario de las que si van acompañadas por informes de la verdad donde sólo se lograría impedir la jurisdicción abstracta de la Corte Penal Internacional sí existen elementos de garantía por el Estado afectado que permitan juzgar por responsabilidad penal al imputado.

Esta inadmisibilidad creada en la emisión de normas auto - exculpatorias, permite a los responsables impedir el avance de una investigación y sanción por la ejecución de las más grandes violaciones de los derechos humanos en la que incurrieron. Tal es el caso de la tortura, ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y de la desaparición forzada, todas ellas prohibidas por instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, así como también, el derecho internacional humanitario.

De igual forma es loable señalar que aún y a pesar de haberse hecho extensiva la impunidad jurídica - procesal en muchos países, a violadores de los derechos humanos, a través de la concesión de leyes de auto amnistía, las víctimas de las violaciones graves tienen derecho a una justicia imparcial, al igual que el derecho a la verdad de lo sucedido y con ello a recibir una justa indemnización y compensación por el daño sufrido, sea como producto de una acción directa u omisión cometida por el Estado.

Claro, está y muy importante es señalar que esta reparación e indemnización económica a los afectados, debe proceder de los bienes patrimoniales del (los)

---

<sup>473</sup> Véase. CIDH. Caso Masacre de la Róchela. Sentencia de Fondo del 11 de Mayo de 2007. Pág. 64.

<sup>474</sup> Véase. Osásolo, Héctor. Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma. Revista Española de Derecho Militar. N° 82. Julio/Diciembre de 2003. Madrid - España. Pág. 64.

presunto responsable, luego de haber sido probado el ilícito, para así constituir un ejemplo claro de que ninguna acción criminal cometida en la sociedad internacional, contra cualquier persona tanto individual como colectiva debe quedar impune, muy al contrario el responsable de tal ilícito debe ser sancionado severamente, permitiendo así un claro ejemplo ante la humanidad de que la ejecución de estos hechos graves y notorios no deben ser tolerados porque representan acciones inhumanas, y atentan contra intereses de la comunidad internacional.

Señala al respecto Leonardo Filippini<sup>475</sup> que la doctrina y jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos se ha consolidado, la necesidad de otorgar a las víctimas y a sus familiares el derecho a conocer lo ocurrido. La verdad debe encontrar su realización plena y no es subsidiaria necesariamente de la suerte del proceso penal.

## **Comisión de Crímenes Internacionales en América Latina**

### El delito de tortura

La práctica de tortura establecida a lo largo de la historia nos demuestra hasta donde los seres humanos somos capaces de actuar en contra de otro a través de la conformación de actos de barbarie. En 1948 a través de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se establece en su artículo 5, la declaratoria de que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.

El sentido declarativo establecido en el Artículo 5 de la DUDH logra su normatividad en 1975 a través de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, y posteriormente la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, donde nos refiere con respecto a la calificación de la tortura como todo acto intencional cometido a una persona sea físico o mental, cuyo propósito o fin es la búsqueda de la información por parte del perpetrador.

---

<sup>475</sup> V. Filippini, Leonardo. Instituciones de la Justicia de Transición y Contexto Político. Compilado por Rettberg, Angelika. Op. Cit. Pág. 147.

Con respecto a la codificación de los aspectos sustantivos de la calificación de los actos de tortura como un crimen internacional, los mismos encuentran su disposición en condenar los mismos en todas sus formas en una diversidad de instrumentos internacionales con efectos *hard law* o *soft law* como son el contenido de las reglas mínimas y procedimientos.

La Convención Americana de Derechos Humanos sobre la calificación del presente acto nos señala en su artículo 5 numeral 2<sup>476</sup> que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Los organismos cuya labor descansa la vigilancia y la observación del respeto y tutela de los derechos humanos por parte de los Estados legalmente instituidos, son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre el particular cabe destacar las múltiples denuncias recibidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como órgano de control, cuya competencia descansa en evaluar las denuncias presentadas contra los Estados, sobre los delitos de tortura, es especial cometidos durante la prolongación de los estados de excepción.

La tortura según nos señala Zovatto<sup>477</sup>, parece ser – dice la Comisión Interamericana -, en algunos países, una práctica usual en la investigación de toda clase de hechos, particularmente de aquellos que tocan el orden público o la seguridad del Estado.

Por su parte en 1985, tiene su alcance normativo la promulgación de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. La Convención en su parte preambular nos refiere a la ejecución de los mismos como una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la OEA y de igual forma de Naciones Unidas,

---

<sup>476</sup> Véase. OEA. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Washington. 2006. Pág. 27.

<sup>477</sup> Citado por Zovatto, Daniel. Ibid. Pág. 64.

constituyendo en consecuencia una abierta violación a los derechos y libertades humanas fundamentales.

### La Desaparición forzada de Personas

Uno de los grandes crímenes internacionales cometidos en América Latina bajo mandato de regímenes autoritarios fue la ejecución de actos de desaparición forzada cometidos como las más graves prácticas de actos de barbarie cometidos contra seres humanos en la mayor parte civiles, cuyo delito había sido incurrir en adversar a estos dictadores, que bajo los esquemas de seguridad nacional constituían el accionar de las fuerzas armadas hacia lo interno de la sociedad.

Como expresa Blanc Altemir<sup>478</sup> el término “desaparición” fue empleado por primera vez a raíz de la represión gubernamental desatada y aplicada a escala masiva en varios Estados de América Latina desde la segunda mitad de la década de los setenta y con mayor intensidad durante toda la década siguiente. A partir de estas fechas, el fenómeno de la desaparición forzada o involuntaria de personas se ha ido configurando como una política de Estado con el fin primordial de perpetuar en el poder a regímenes instaurados por la fuerza, así como intimidar y reprimir a la oposición política de amplios sectores de la población.

Por su parte Zovatto<sup>479</sup> nos refiere que esta violación cruel e inhumana de derechos humanos tan fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad e integridad del ser humano, coloca a la víctima en un estado de absoluta indefensión, con grave violación de los derechos de justicia, de protección contra la detención arbitraria y a un proceso regular. Su práctica comporta asimismo una verdadera forma de tortura para los familiares y amigos del desaparecido, quienes esperan meses y a veces años alguna noticia sobre la suerte de la víctima, agravado por la impotencia de no poderles brindar asistencia, legal, moral y material.

---

<sup>478</sup> La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional. Ed. Cit. Págs. 335-336.

<sup>479</sup> Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina. Ed. Cit. Pág. 63.

Esta práctica criminal constituida en el secuestro forzado de las personas a altas horas de la noche cuya ejecución conformaba la utilización de los mecanismos de comunicación y de vehículos oficiales sin placa, que no tuviesen algún reconocimiento frente a cualquier prueba que vinculase la gravedad ante la conformación del delito propiciado. La expresión “persona desaparecida” propiciaba a los familiares de los desaparecidos grandes dificultades al no poder encontrar los cuerpos de las personas y poder probar la naturaleza de los hechos graves cometidos contra la víctima.

Es por ello que la calificación desaparición forzada de personas y ejecución extrajudicial o arbitraria tiene mucha relación con respecto a la naturaleza del delito. En América Latina, el asesinato de personas extrajudicialmente tenía como elemento principal la desaparición de las víctimas en la ejecución de estas prácticas de terrorismo de Estado, que implementaron en su mayor parte las dictaduras militares.

Abellán Honrubia<sup>480</sup> por su parte nos refiere sobre la calificación de estos delitos graves que el problema de las personas desaparecidas hay que referirlo, a la desaparición masiva y forzosa de personas oponentes a un determinado régimen político, llevada a cabo directa o indirectamente por autoridades del Gobierno en el poder o por órganos de seguridad del Estado, al margen de todo procedimiento legal y amparados en la negativa del gobierno a reconocer que dichas personas están bajo su custodia, o a establecer, o permitir ningún procedimiento eficaz de investigación para depurar las responsabilidades a que hubiere lugar.

La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas en su artículo 3 destaca el compromiso de los Estados partes en adoptar disposiciones legales necesarias para tipificar el delito de la desaparición forzada de personas, imponiendo en consecuencia, una pena, frente a la gravedad incurrida. De igual forma, destaca el presente artículo que dicho delito debe ser considerado como continuado o permanente, mientras no se hubiese establecido, el destino o paradero de la víctima.

---

<sup>480</sup> Abellán Honrubia, Victoria. Aspectos Jurídico – Internacional de la Desaparición Forzada de Personas como Práctica Política de Estado. Homenaje al Profesor Octavio Pérez – Vitoria. Tomo I. España. 1983. Pág. 16.

La Corte Interamericana en el Caso Contreras y Otros<sup>481</sup> nos indica que los órganos estatales encargados de la investigación relacionada con la desaparición forzada de personas, cuyos objetivos son la determinación de su paradero y el esclarecimiento de lo sucedido, la identificación de los responsables y su posible sanción, deben llevar a cabo su tarea de manera diligente y exhaustiva.

### Las Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias

La práctica de privar de libertad a una persona bajo las condiciones de ilegalidad e ilegitimidad ha sido una práctica recurrente por parte de quienes tienen el control del poder a lo largo de la historia.

Blanc Altemir<sup>482</sup> sobre el particular nos refiere que las ejecuciones sumarias y arbitrarias o extrajudiciales, no equivale a aceptar su equiparación desde el punto de vista jurídico, moral e incluso político. Las circunstancias pueden ser muy variadas y van desde la ejecución dictada por un tribunal especial o militar, sin reconocimiento de las mínimas garantías jurídicas y procesales del condenado, hasta las ejecuciones arbitrarias realizadas en el curso de los operativos de las fuerzas de seguridad o por los denominados “escuadrones de la muerte” que actúan bajo la connivencia o instigación de las mismas, a los fallecimientos en prisión a consecuencia de torturas, de rigores carcelarios equivalentes o malos tratos y la negligencia deliberada en la prestación de auxilios.

Sobre el contexto de la privación ilegítima de la persona es importante señalar que los mismos derivan en obstáculos judiciales que conlleve en el privado de libertad recurrir sobre la plena afectación de sus derechos.

Mediante promulgación de los estados de excepción, los Estados incurren a una serie de prácticas violatorias de los derechos humanos, como es el arresto, la reclusión de personas en recinto secretos o la negación de la presencia de estos en los lugares de detención público, el no sometimiento de los privados de libertad ante una autoridad judicial, determinan en todo momentos la

---

<sup>481</sup> Véase. CIDH. Caso Contreras y Otros. Sentencia de Fondo del 31 de Agosto de 2011. Pág. 55.

<sup>482</sup> La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional. Ed. Cit. Págs. 377-378.

conformación de acciones consideradas como crímenes de lesa humanidad, toda vez que es la vida humana, la que ha sido objeto de violación grave.

Los efectos propiciados en el desarrollo de los conflictos como es el caso de Argentina, Chile y Centroamérica muchas de las desapariciones forzadas tienen como calificativo la ejecución extrajudicial o arbitraria. Como bien plantea John Dinges, en su obra *Operación Condor* sobre todo el horror que implicaban las ejecuciones, los cuerpos abandonados, los campos de concentración y los arrestos masivos representaban la cara visible de la represión<sup>483</sup>.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el Caso que refiere a la ejecución extrajudicial de Myrna Mack<sup>484</sup> nos señala que en caso de violaciones de los derechos humanos, las autoridades estatales, no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público seguridad nacional, para aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o del proceso pendiente.

La impunidad jurídico material o procesal desarrollada en los países que vivieron períodos de regímenes de facto o dictaduras, cuya característica principal constituyó la planificación e instigación ante la realización de conductas graves, consideradas crímenes de derecho internacional, como es la desaparición forzada de personas, la tortura y las ejecuciones extrajudiciales, permitiendo en reiteradas jurisprudencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinar en materia de violación de una obligación al Estado, por haber incurrido en la omisión del ejercicio de *Ius puniendi* en la sanción y castigo de los perpetradores.

Los distintos mecanismos de sanción establecidos en América Latina, sobre la responsabilidad de quienes cometieron por autoría o participación directa o por instigación y/o planificación crímenes de derecho internacional, obtuvo en los procesos de transición hacia la democracia en América Latina, determinadas

---

<sup>483</sup> Véase. Dinges, John. *Operación Cóndor. Una Década de Terrorismo Internacional en el Cono Sur*. Ediciones B Chile, S.A. 2004. Pág. 74.

<sup>484</sup> Citado por Ortiz Moscoso, Arnoldo. *Defensa y Acusación en el Ámbito Iberoamericano: la igualdad de armas como garantía en el proceso penal. Una perspectiva de la experiencia guatemalteca*. Véase. Mingarro Martí Luis y Otros. *Iberoamérica y la Corte Penal Internacional. Debates, Reflexiones y Preguntas*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia. 2006. Pág. 148.

garantías como el beneficio de no ser juzgados, detrás de la emisión de las leyes de amnistía, lo que constituyó en consecuencia que las víctimas sufrieran producto de una impunidad jurídico procesal, el alcanzar una justicia reparatoria, y evitar sentar en el banquillo de los autores directos, o por coautoría de la ejecución de tan graves actos.

Los principales obstáculos que enfrenta la jurisdicción penal internacional, deriva de la debilidad existente, en cuanto al ámbito de la jurisdicción penal de los Estados. En América Latina aún a pesar de la existencia de un marco jurídico que determina la tipicidad de determinados actos graves, como es la Convención Internacional sobre la Desaparición Forzada de Personas – principal crimen promovido por los regímenes autoritarios establecidos en América Latina.

Aún a pesar de la débil estructura jurídica establecida particularmente en los países que sufrieron estos traumas sociales, podemos destacar un avance de la justicia de penalizar determinadas conductas graves al referir el contenido de la Sentencia del Caso Alberto Fujimori<sup>485</sup>, donde la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú aborda sobre el establecimiento de la autoría mediata a aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta. De igual forma dispone sobre la función de la autoría mediata de hacer penalmente responsable al autor real o intelectual de un delito, que ha sido cometido por otra persona.

El crecimiento jurisprudencial desarrollado en países como Argentina, Chile, Panamá, Perú, Colombia y otros frente a la calificación de determinadas conductas graves consideradas crímenes de derecho internacional, ha fortalecido el sistema judicial de nuestros Estados Latinoamericanos en los últimos años. Los mecanismos de sanción del Estado a través del *ius puniendi* se ha fortalecido en los últimos años, al tipificar sanción sobre la calificación de delitos graves como la desaparición forzada de personas, la tortura y ejecuciones sumarias y arbitrarias, dando así la relevancia de los tribunales internos al contenido sustantivo de los elementos que constituyen los crímenes de derecho internacional.

---

<sup>485</sup> Véase. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Especial. Exp. N° A.V. 19-2001. Sentencia sobre el Caso Alberto Fujimori. Pág. 626.

El marco sustantivo del derecho penal internacional, en América Latina debe fortalecerse a través de la promulgación de una Declaración Americana sobre Responsabilidades Humanas, o la creación de un Código Penal Interamericano, cuyo propósito sea unificar los criterios con respecto a los mecanismos de sanción penal en la región de las Américas, determinando como consecuencia sobre la calificación de los crímenes de derecho internacional que quienes cometan actos de barbarie, no concurran sobre el beneficio de la impunidad, propio de haber planificado, instigado o ejecutado crímenes de derecho internacional, que atentan contra principios fundamentales o normas *jus cogens* del derecho internacional.

Por último y para concluir es importante destacar, que a través de la conformación de una Declaración sobre Responsabilidades Humanas o de un Código Penal Interamericano, cuyo elemento sustantivo y procesal, permitirá la unificación sobre la sanción penal ante quienes constituyan en actos considerados crímenes de derecho internacional. De igual forma, es importante incorporar como elementos considerados crímenes de derecho internacional como es el genocidio, que quien constituya actos bajo la condición de instigar o planificar crímenes de carácter político, la calificación del mismo en la figura penal del genocidio. En América Latina, el elemento político, constituyo una de las más graves acciones cuya sistematicidad en los mismos, marco la historia de violación de los derechos humanos, en nuestra región.

La historia de eximente en materia de responsabilidad penal en los países latinoamericanos que sufrieron violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, ha determinado en gran medida que el avance en los procesos de transición y de justicia restaurativa, aún no logran el ejercicio de una cultura de paz, que cohesione el tejido social de los países que vivieron los traumas colectivos, caracterizados por la persistente violación de los derechos humanos. Es responsabilidad de los Estados, en el marco de una justicia retributiva, restaurativa, histórica y compensatoria, constituir en virtud del ejercicio de *ius puniendi* la sanción a los responsables de haber constituido la comisión de tan graves actos.

## La Corte Penal Internacional en un Mundo en Cambio

Víctor Rodríguez Cedeño<sup>486</sup>

La sociedad internacional y las relaciones entre los sujetos y actores que la integran evolucionan constantemente, lo que incide de manera directa en la transformación, también constante, del Derecho Internacional y de los mecanismos internacionales necesarios para hacer efectiva su normativa. La adopción del Estatuto de Roma, el 18 de julio de 1998, es el producto de un proceso largo y complejo que permitió la adopción de un texto con características muy particulares. Además de ser el texto constitutivo de una organización internacional, el Estatuto de Roma es un Código Penal Internacional (Derecho material) y un Código Procesal Penal Internacional (Reglas procesales), completado por dos textos igualmente fundamentales adoptados por los Estados Partes: Elementos del Crimen, una fuente jurídica secundaria, que debe ayudar a la Corte en la interpretación y aplicación de los artículos 6 a 8bis, relativos a los crímenes objeto de su competencia material; y, por las Reglas de Procedimiento y Pruebas.

---

<sup>486</sup> Abogado, Universidad Central de Venezuela, 1970. Diploma en Estudios Europeos del Instituto de Estudios Europeos de Ginebra, 1974. Diploma Superior de la Universidad de Paris II, Derecho Internacional Público, 1979. Diploma del Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de Paris (II), 1980. Funcionario Diplomático de Carrera del Servicio Exterior de Venezuela, 1966/2003. Embajador, Representante Permanente Alterno ante las Naciones Unidas en Ginebra, 1997-2003. Presidente y Vicepresidente del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 1999-2001, Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Organización Internacional del Trabajo (1999-2002) y Presidente del Comité Jurídico de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2002. Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1997-2006). Relator Especial de la CDI para el tema: Actos unilaterales de los Estados (1998-2006). Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Postgrado en Derecho Internacional, 1983-1984. Profesor invitado a la Universidad de Málaga, 2003. Profesor invitado al Centro de Estudios Euromediterráneos, de Castejon. (Bancaja), Coordinador y Profesor en los Cursos de Derechos Humanos auspiciados por la Organización Internacional para las Migraciones. Universidad Interamericana de Managua (2004), Universidad del Rosario (2004), Universidad de Dakar (2006). Publicaciones. La Corte Internacional de Justicia, un mecanismo de solución de controversias, Ed. Tierra de Gracia, Washington, 1994. Introducción al estudio de la competencia de la Corte Penal Internacional, del inicio del proceso y de la admisibilidad de un asunto, *Temas de Derecho Internacional*, Vol. VII. Italgráfica, Caracas, 2002. Los Actos Unilaterales de los Estados en Derecho Internacional: Los trabajos de codificación en la Comisión de Derecho Internacional, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2003. Con Nicolás Guerreiro Peniche.

A diez años de la entrada en vigor del Estatuto y de la instalación de la Corte quisiera hacer algunos comentarios generales sobre tres temas que pueden ser analizados a la luz de esas transformaciones. En primer lugar, me refiero al *Derecho Internacional Penal y sus fuentes* (1); en segundo lugar, al principio de la *responsabilidad penal internacional del individuo y la no exoneración por razones del cargo y por el cumplimiento de órdenes superiores* (2) y al *crimen de agresión*, definido para satisfacer el principio de la legalidad, siete años después de haber entrado en vigor el Estatuto, lo que supone el examen de las relaciones de la Corte con el Consejo de Seguridad (3).

## **Introducción**

Sin duda alguna, el mundo ha cambiado. La consciencia humana ha igualmente evolucionado y si ayer se aceptaban algunas conductas, como el recurso a la fuerza para resolver las controversias internacionales, hoy se rechazan y se da paso a un régimen jurídico más estructurado. Ante los hechos, especialmente ante los conflictos internacionales y las crisis humanitarias, en todos los tiempos, más en épocas recientes, la consciencia humana reacciona y abre los espacios para la evolución de la normativa internacional y de los mecanismos para controlar su efectividad lo que ha dado lugar a la creación y el fortalecimiento del Derecho Internacional Penal y a la creación de órganos jurisdiccionales penales internacionales, como la Corte Penal Internacional, resumen del esfuerzo que busca la represión de los crímenes internacionales y la erradicación de la impunidad, en favor de la paz y de la seguridad internacionales.

Sin pretender entrar en el examen histórico de la sociedad internacional y de las relaciones entre los sujetos que actúan en ella me asomo a título introductorio, en pocas líneas, a momentos que han marcado el cambio de rumbo de la humanidad. Desde Westfalia hasta el período posterior a la guerra fría, la época de la globalización, normas y principios jurídicos han surgido, se han elaborado o se han formado, para dar respuesta adecuada al principio *ubi societas ibi ius*, es decir, en donde hay sociedad hay derecho; pero, se trata de un ordenamiento acorde con las realidades, sobre todo cuando se trata de una sociedad con componentes diversos como la internacional. El Derecho Internacional, como lo

dijo el tribunal militar de Nuremberg al momento de examinar el principio de legalidad “no es inmutable, se adapta sin cesar a las necesidades de un mundo cambiante”<sup>487</sup>

Los conflictos han marcado siempre el rumbo de las relaciones internacionales y la formación del Derecho Internacional. En la antigüedad, en Egipto, en Grecia y más adelante, en la Edad Media, sin que se pueda reconocer la existencia entonces de una sociedad internacional estructurada, como la contemporánea, los conflictos y las políticas de dominación y de expansión marcaban las relaciones internacionales y, en consecuencia, las reglas que regulaban las relaciones entre esas entidades, sin pretender tampoco afirmar que existiese un Derecho Internacional igualmente estructurado. El descubrimiento de América marca una referencia fundamental en la formación del Derecho Internacional, especialmente, en relación con los derechos humanos. Muestras de preocupación sobre la vida y la dignidad del hombre surgen durante el proceso de colonización y las formas de relación de entonces. La obra de Vitoria y de Suárez responde a las inquietudes de la época. Muchos otros hechos, algunos no vinculados directamente a las guerras o los conflictos pero sí a la lucha por el poder, estimulan el pensamiento jurídico que marca la evolución del Derecho Internacional a través del tiempo: La obra de Gentili, Grocio, de Vattel es una referencia obligatoria en la formación y el estudio del Derecho Internacional.

La paz de Westfalia (1648) abre definitivamente el camino hacia el establecimiento de una sociedad internacional organizada. Con los Tratados suscritos al término de la Guerra de los Treinta Años, los Estados europeos rechazan su sumisión a los poderes de entonces, el Papado y el Imperio, basándose en el principio de la igualdad soberana. La Paz de Westfalia es la partida de nacimiento del sistema europeo de Estados<sup>488</sup> que prevalecerá como único, aunque reducido y homogéneo, además, hasta el siglo XIX, cuando las colonias de América logran su independencia. Primero Estados Unidos, en 1776; mas tarde Haití, en 1804; luego las colonias españolas, entre 1811 y 1821 y, Brasil, en 1822. De una sociedad europea se transitaba entonces hacia una sociedad más amplia, una sociedad universal en la que los Estados eran los

---

\*Jefe de la delegación de Venezuela en las negociaciones para la adopción del Estatuto de Roma, ex Miembro de la Comisión de Derecho Internacional.

<sup>487</sup> Sentencia del Tribunal Militar de Nuremberg, del 1 de octubre de 1946, p.233.

<sup>488</sup> TRUYOL y SERRA, Antonio. La sociedad internacional, p.30, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2004.

únicos sujetos de Derecho Internacional, es decir, los únicos que participaban en las relaciones internacionales y en la función normativa. Ese primer cambio cuantitativo, aunque ciertamente no cualitativo, pues los nuevos Estados que se incorporaban a esa nueva sociedad estaban íntimamente relacionados, histórica, jurídica e ideológicamente a sus antiguas metrópolis, permite una visión mas amplia del Derecho Internacional.

Tras la derrota definitiva de Napoleón, con el Congreso de Viena (1814-1815) se inicia una etapa de colaboración entre las grandes potencias europeas (Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia) que permitirá una paz relativa por unas cuantas décadas, así como el desarrollo de algunos principios sobre cuestiones de interés común, como las relativas al Derecho fluvial, en particular, la libertad de navegación por los ríos internacionales como el Rhin, el Mosela y el Main, principios que serian recogidos en textos convencionales ulteriores que regularán la navegación en los ríos, entre ellos el Danubio, a través de la Comisión creada en 1856, que da lugar a su vez, con el tiempo, a la creación de las organizaciones internacionales.

Algunos conflictos, caracterizados por la crueldad y la matanza, reflejo de la mayor barbarie, han despertado la consciencia humana, marcando una pauta en el desarrollo y la evolución que tratamos de mostrar, para acercarnos a la formación de un Derecho Internacional Penal y a la creación de la Corte Penal Internacional. Limitándonos al siglo XIX, una referencia obligatoria, la batalla de San Solferino, entre el ejército austríaco y los ejércitos de Napoleón III y de Cerdeña, que despierta la consciencia y permite los primeros acercamientos al Derecho Internacional Humanitario. Tras el horror de la batalla se plantean nuevas normas para regular los excesos y se concluye la Convención de Ginebra, de 1864, relativa al mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, particularmente, en relación con la neutralidad de las ambulancias y los hospitales militares, soldados heridos, regreso de prisioneros, entre otros. La Convención de 1864 marca el inicio de la formación del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho de Ginebra, cuya violación constituye un crimen internacional, recogido en el Estatuto de Roma, como veremos con más detenimiento luego.

Tras San Solferino, la creación de mecanismos e instituciones para suavizar el impacto de las tragedias, en concreto, el Comité Internacional de la Cruz Roja,

inspirado por Henri Dunant<sup>489</sup> y Gustav Moynier a quien se le debe, a éste último, la idea de una jurisdicción penal internacional cuando propone su creación en sus “Comentarios al Convenio de Ginebra de 1864”, para que en forma imparcial procesara a los responsables de crímenes internacionales. Moynier propuso entonces, por primera vez, la sanción penal en relación con un convenio internacional de Derecho Humanitario. El *Institut de droit international*, en su sesión de Cambridge, de 1895, bajo la ponencia de Moynier y de Edouard Engelhardt, consideró el tema de “la sanción penal que hay que dar a la Convención del 22 de agosto de 1864”. En la resolución adoptada entonces se pedía a los Estados Partes en la Convención que “elaboraran una ley penal que considerara todas las infracciones posibles a la Convención de Ginebra.” (Art. primero). Las condiciones no estaban dadas y la propuesta de Moynier no tuvo éxito. Esta iniciativa, sin embargo, sería recogida más tarde en la Convención de Ginebra del 27 de julio de 1929 en cuyo artículo 28 se impone a los Estados Partes, por primera vez, la obligación reprimir en derecho interno las infracciones a ciertas reglas de Derecho Humanitario.

Pero no será sino a finales del siglo XIX y comienzos del XX, con las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y de 1907, en las que participaron Estados americanos y de otras regiones, que la sociedad internacional iniciará su universalización formal. Las Conferencias de La Haya muestran, además de una ampliación importante de la sociedad internacional, una visión más universal del Derecho Internacional. Se plantea, entre otras, un adelanto determinante en el camino a la proscripción del uso de la fuerza, con la adopción de la Convención Drago-Porter, la segunda Convención de La Haya de 1907<sup>490</sup>, en la que se intenta limitar, por primera vez, el uso de la fuerza (art.1). La organización mundial avanza en el marco de un multilateralismo concebido para garantizar la paz internacional y el progreso. Se abre el camino hacia la Sociedad de Naciones y a las Naciones Unidas como instituciones universales que sellarán esa organización.

Sin embargo, la sociedad internacional continuó reducida y homogénea hasta el final de la primera guerra mundial, en 1918. El triunfo de la revolución rusa en 1917 y el nacimiento de la Unión Soviética marca una pauta de heterogeneidad

---

<sup>489</sup> Sobre la batalla el “Recuerdo de Solferino”, de Henry Dunant., CICR, Ginebra, 1982.

<sup>490</sup> Convención relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el pago de deudas contractuales., adoptada tras las represalias ejercidas por Italia, Alemania y el Reino Unido para obligar a Venezuela, en 1902, a pagar sus deudas con esos países.

muy relevante en la estructura de la sociedad internacional y en las relaciones internacionales que abre espacios a modelos políticos, económicos y sociales opuestos que luchan por una mayor presencia en el escenario internacional. Unas relaciones tensas que prevalecerán por décadas, lo que por supuesto incide en la evolución del ordenamiento jurídico y de las instituciones internacionales, aunque los estudiosos del Derecho, individuos y asociaciones, no detienen sus reflexiones sobre el Derecho Internacional, especialmente en lo que respecta al proceso de formación del Derecho Internacional Penal y de la creación de un órgano jurisdiccional penal de carácter internacional, como las realizadas por asociaciones científicas como la Asociación de Derecho Internacional, la Unión Interparlamentaria y el Instituto de Derecho Penal Internacional; así como otras iniciativas, la propuesta Bellot, en concreto, que favorece la creación de una Sala Penal dentro de la Corte Permanente de Justicia Internacional y las reflexiones de juristas como Vespasien Pella<sup>491</sup>. El Consejo de la Sociedad de Naciones encargó a un grupo de expertos en la década de los veinte que examinara la posibilidad de crear una corte penal que conociese los crímenes contra el orden público internacional y el derecho de gentes universal, tras lo cual se adoptó la Convención contra el terrorismo, de 1937, que preveía la creación de una Corte Penal Internacional, texto que nunca entró en vigor.

Tras la primera guerra mundial, igualmente cruel, surge de nuevo la preocupación común ante la barbarie y se plantea, por primera vez, la responsabilidad penal internacional del individuo. Los crímenes no podían quedar impunes. El castigo era necesario y así se refleja en el Tratado de Versalles, especialmente, en el artículo 227, una fórmula de compromiso de los miembros de la “Comisión de Responsabilidades”, en el que las potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex Emperador de Alemania “por ofensa suprema contra la moral internacional y a la santidad de los tratados”, en concreto, por haber violado los tratados de neutralidad de Bélgica y Luxemburgo. El exEmperador no podía ser juzgado por crímenes internacionales que para entonces no habían sido definidos en el Derecho Internacional, por lo que la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* o de legalidad habría impedido su condena. La solicitud de extradición presentada al gobierno de los Países Bajos fue rechazada, por lo que el exEmperador no fue procesado. Las condiciones no estaban dadas para un avance mas determinado en lo que respecta al procesamiento de presuntos

---

<sup>491</sup> « La criminalité collective des Etats et le droit penal de l’avenir », de 1926.

responsables de crímenes internacionales; pero, si bien no se logra el enjuiciamiento del exEmperador surge el principio según el cual un Jefe de Estado puede ser considerado responsable por infracciones graves del Derecho Internacional a la vez que se reconoce cierta subjetividad pasiva al Individuo, en Derecho Internacional; y, el principio de la responsabilidad penal internacional individual.

Mientras las tensiones internacionales continuaban ante una Sociedad de Naciones débil por la ausencia de una de las grandes potencias, se consolidan principios fundamentales de Derecho Internacional, en particular, la obligación de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para solucionar las controversias que apenas habría sido hasta entonces objeto de débiles limitaciones. Las nuevas guerras, geográficamente más extensas y técnicamente más devastadoras obligan a la comunidad internacional a considerar con mayor interés la proscripción definitiva del recurso a la fuerza, lo que se recoge más tarde, aunque todavía en forma débil, en el artículo 12 del Pacto de Sociedad de Naciones, en el que se reconoce tácitamente que algunas guerras seguían siendo lícitas.<sup>492</sup> Será sólo en 1928, ante las tensiones de entonces, que se adopta el Pacto Briand-Kellog en el que se codifica la norma consuetudinaria<sup>493</sup> que venía formándose y se prohíbe formalmente el recurso a la fuerza y a la amenaza de ella, a la vez que se hace énfasis en los conceptos de no agresión y de mantenimiento de la paz, norma que será definitivamente confirmada en el artículo 2-4 de la Carta de las Naciones Unidas, en el que se establece que: "...en sus relaciones internacionales (los Estados Miembros) se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza ...". La norma, vale recordar, ha sido reiterada y precisada en Declaraciones ulteriores adoptadas en el seno de la Asamblea General y por la jurisprudencia internacional que le ha reconocido

---

<sup>492</sup> DAILLIER, FORTEAU y PELLET, *Droit International Public*, 8ª edición, p.1034, LGDJ, Paris, 2009.

<sup>493</sup> *Artículo 1*: las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente en nombre de sus naciones, que condenan la guerra como medio de solución de controversias internacionales y que desisten de su uso como herramienta de la política nacional en sus relaciones mutuas. *Artículo 2*: las Altas Partes Contratantes reconocen que el arreglo o la solución de todas las controversias o conflictos, cualquiera sea su naturaleza u origen, que pudieran surgir entre ellos, no deberá jamás buscarse sino por medios pacíficos.

como norma de Derecho Internacional general<sup>494</sup> e incluso el carácter de imperativa del Derecho Internacional o del *jus cogens*.<sup>495</sup>

Hasta la segunda guerra mundial el Derecho Internacional se preocupa fundamentalmente de regular las relaciones entre los Estados sin que lo que ocurriese dentro de ellos fuese de su interés. Las nuevas realidades exigen una mayor flexibilidad del concepto, es decir, una apreciación más amplia de la soberanía que no será, a partir de entonces y más aún hoy, una barrera para impedir que cuestiones de interés común, como el respeto de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, sean extraídas de las jurisdicciones internas para colocárseles en el ámbito del interés internacional.

Poco después de la creación de las Naciones Unidas se pasa al período de la guerra fría que afectó las relaciones internacionales por varias décadas. Las negociaciones jurídicas sufren una parálisis relativa, a pesar de que se fortalece el proceso de codificación del Derecho Internacional, con la adopción de las Convenciones de Ginebra sobre Derecho del Mar y de Viena sobre los tratados y las relaciones internacionales (Relaciones diplomáticas, Relaciones consulares, misiones especiales) en base a la labor de la Comisión de Derecho Internacional, el órgano asesor de la Asamblea General, en esta materia.

En 1960 se produce un cambio estructural determinante en la sociedad internacional, con la incorporación de los nuevos Estados surgidos de el reconocimiento y la aplicación del derecho a la autodeterminación, recogido en la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, adoptada por la Asamblea General, el 14 de diciembre de 1960. La universalización de la sociedad internacional crea nuevas divergencias en base a las legítimas exigencias de los nuevos Estados de participar en igualdad de condiciones en las relaciones internacionales y en la elaboración del Derecho Internacional, procesos en los cuales no habían participado hasta entonces, para hacer de ese ordenamiento jurídico un Derecho universalmente aplicable, en el que se reconozcan los intereses y las visiones necesariamente diversas, de la comunidad internacional en su conjunto que surge entonces.

---

<sup>494</sup> Rec.CIJ.1986, párrafos 187 a 201.

<sup>495</sup> Declaración de 1970 sobre los "Principios...las relaciones ad mistad y de cooepración entre los Estados; la Declaración de Manila, adoptada por la Asamblea General en....

La sociedad internacional crece cuantitativamente a la vez que cualitativamente con la presencia en las relaciones internacionales de las organizaciones internacionales. Al lado de los Estados, iguales jurídicamente, aunque diversos en cuanto a los niveles de desarrollo, que se relacionan en base a principios claramente establecidos: la igualdad jurídica y la no injerencia en los asuntos internos del Estado, entre otros, se fortalece el sistema multilateral. A las organizaciones internacionales se les reconoce su cualidad de sujetos de Derecho Internacional como lo hace la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1949, sobre la *Reparación por daños sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, criterio que reitera más tarde en su Opinión Consultiva sobre la *Licitud de la utilización de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado* en la que señaló que “...cree apenas necesario recordar que las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional...”<sup>496</sup>

Los cambios en la sociedad internacional, siempre tendientes a la constitución de una comunidad internacional, pese a la diversidad existente, permite el reconocimiento de la subjetividad del Individuo en Derecho Internacional lo que se traduce en el reconocimiento de sus derechos y en la atribución de obligaciones según el Derecho Internacional: la responsabilidad penal internacional del individuo, piedra angular de la justicia penal internacional y de la Corte Penal Internacional, en particular, considerada antes, después de San Solferino y del Tratado de Versalles.

Pensar en un órgano jurisdiccional para conocer crímenes internacionales, definir éstos y lograr procesar a los responsables se mostraba imposible hasta finales de los 80. La caída del muro de Berlín, que simboliza el fin de la guerra fría y de un período de confrontación intensa que propició el armamento nuclear y que incluso llegó a poner en peligro más de una vez la paz y la seguridad internacionales y, más allá, la existencia misma de la humanidad, da paso a la globalización, una nueva forma de relaciones que caracteriza el mundo de hoy y que no deja de ser de interés en el proceso que tratamos de delinear.

La globalización se traduce en interdependencia en todos los ámbitos. No hay consenso en cuanto a su definición, tampoco en cuanto a su alcance y menos aún en cuanto a sus efectos, pero es una realidad que no se puede

---

<sup>496</sup> CIJ.Rec.1996, pp: 66 y 78, párr.25.

menospreciar, menos aún ignorarse. Pareciera a veces que ese proceso que involucra a la comunidad internacional en su conjunto y que impacta la vida diaria del hombre, se escapa de las manos de éste. Lejos de ser indomeñable, la globalización exige control, para obtener de ella los mejores beneficios. Eso es parte del debate político de hoy entre quienes consideran que la globalización debe superarse con otros esquema de relación entre los sujetos y actores que operan en el ámbito internacional; y quienes piensan que esa interdependencia es positiva, favorable y que simplemente debe construirse o perfeccionarse en consideración de los intereses colectivos, es decir, del bien común. Algunos la aceptan, otros la rechazan. Pero es una realidad que determina el curso de las cosas, de la economía, de la sociedad, del derecho mismo. No hay dudas de que ella aporta soluciones al permitir a todos acceder a un espacio común en crecimiento; pero también es cierto que ella crea temores, sobre todos en los más vulnerables que temen ser sometidos por los mas poderosos.

La globalización incide, sin duda alguna, en la evolución del Derecho Internacional, en general. Las relaciones globalizadas han permitido, entre otras, la conclusión de acuerdos que no era posible antes como el Acuerdo mediante el cual se crea la OMC una de las consecuencias indirectas de la caída del muro de Berlín. La nueva realidad ha permitido igualmente el surgimiento de nuevos actores, como la sociedad civil organizada y las empresas transnacionales, a veces más poderosas que muchos Estados, lo que incide en la función normativa. Las ONG han venido participando cada vez mas y con mayor influencia en este ámbito, una vez exclusivo de los Estados, especialmente en la protección de los derechos humanos y del medio ambiente, por supuesto, de manera determinante, en las negociaciones para la creación de la Corte Penal Internacional, aunque no se hayan definido ni se entiendan en un sentido único. Muy activas durante el Comité Preparatorio previo a Roma, más tarde invitadas formalmente por el Secretario General de las Naciones Unidas a participar en la Conferencia Diplomática de Roma.<sup>497</sup> La Coalición por la Corte Penal Internacional (CCPI), una red de más de 2000 organizaciones no gubernamentales reunidas en su seno, participó en el proceso de creación y lo sigue haciendo muy activamente con el objetivo de fortalecer la cooperación con la Corte y abogar por una institución justa y efectiva. En al reunión de Kampala, el grupo intergubernamental jugó un rol importante en el proceso de

---

<sup>497</sup> Resolución 52/160, de 1997.

negociaciones sobre el artículo 8bis relativos al crimen de agresión y los artículos 15 bis y 15 ter, que veremos mas adelante.

La transformación de la sociedad internacional y de las relaciones internacionales se refleja en las coincidencias entre los Estados, acerca de los intereses comunes que van apareciendo a lo largo del siglo XX, aunque antes había ya ciertos rasgos que permitían ver que algunos asuntos podían ser abordados y resueltos por los Estados, en forma consensuada. Sin embargo, es ahora y quizás en el contexto de esa nueva forma de relación, que se traduce en interdependencia y que exige mayor solidaridad, que el hombre toma consciencia, como nunca antes, de las realidades y de la necesidad de enfrentar los problemas comunes que afectan la vida humana y la del planeta. Los problemas comunes, como la protección de los derechos humanos y del medio ambiente; la lucha contra el terrorismo y la necesidad de erradicar la impunidad por crímenes internacionales, entre otros, permiten el surgimiento de principios que van a marcar esa tendencia hacia la constitución de una verdadera comunidad internacional, un proceso inacabado que se muestra difícil de detener. Es cierto que no se puede hablar hoy de la existencia de una comunidad internacional como entidad sociológica, basada en la solidaridad y en los intereses y los sentimientos comunes, que deja de lado los intereses individuales de los Estados, pero si se puede afirmar que se transita hacia ese nuevo estadio. La humanidad entera es un concepto de referencia constante que implica que la comunidad va más allá de los Estados. Se plantea incluso hoy la subjetividad de la comunidad internacional pero, desde luego, concluir que tiene una verdadera titularidad jurídica no sería realista, a pesar de que se hace referencia a ella en instrumentos jurídicos internacionales, como las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En todo caso “la sociedad en tránsito en la que nos encontramos va incorporando diversos elementos que atienden, de manera preferente, a intereses compartidos y comunes de los Estados y de los demás sujetos de Derecho Internacional”.<sup>498</sup>

El hombre ha tomado consciencia de la necesidad de la paz internacional, del progreso en base al esfuerzo conjunto, del respeto pleno de los derechos humanos y de la vida y de la dignidad, también de la imperiosa necesidad de erradicar la impunidad, establecer un orden jurídico completo y eficaz y un

---

<sup>498</sup> DIAZ BARRADO, Cástor Miguel. El Derecho Internacional del tiempo presente, p. 200, Ed. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2004.

sistema de mecanismos efectivos que permitan el castigo de los autores de crímenes internacionales. El hombre parece haber decidido que la solidaridad y la vida en comunidad, para enfrentar los retos principales, es un imperativo. O nos salvamos juntos o desaparecemos juntos.<sup>499</sup>

El Derecho Internacional evoluciona *pari passu* de la sociedad y las relaciones internacionales. La respuesta a esas realidades incide en su concepción. El voluntarismo, basado en la igualdad de los Estados y en la soberanía, entendida ella en su forma clásica, considera que las normas jurídicas que vinculan a los Estados provienen sólo de la voluntad de éstos, tal como lo afirma la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en 1927, en su Decisión en el Caso *Lotus*, cuando concluye en que: “El derecho internacional regula las relaciones entre Estados independientes. Las normas jurídicas que vinculan a los Estados proceden de la voluntad de éstos, voluntad manifestada en convenciones o en usos generalmente aceptados como que consagran principios de derecho y establecidos con miras a solucionar la coexistencia de estas comunidades independientes o en la búsqueda de objetivos comunes. Las limitaciones de la independencia de los Estados no se presumen.”<sup>500</sup>

El voluntarismo comienza a ceder ante el objetivismo, basado quizás en la solidaridad y en la necesidad de un orden público internacional. Para muchos, los Estados no pueden estar obligados por normas que no han consentido, pero la realidad es que “el cuerpo social internacional ha siempre impuesto su voluntad, incluso a los Estados disidentes.”<sup>501</sup> Durante el período de la guerra fría los Estados socialistas y los del tercer mundo compartían o justificaban la tesis voluntarista; pero la realidad es que después del fin de este período, tras la desaparición del mundo comunista, la doctrina favorece el objetivismo. Los valores universales se imponen, los derechos humanos, el medio ambiente, la democracia “no obedecen mas a la lógica del acuerdo”<sup>502</sup>.

---

<sup>499</sup> Rabindranath Tagore, 13 marzo de 1921, ref. de M. Bedjaoui en Curso cit., Vol.II, p.492.

<sup>500</sup> CPJI, Serie A, No. 10, p.18.

<sup>501</sup> QUADRI, Rolando. Le fondement du caractere obligatoire du droit international public, RCADI, 1952, Vol.I, pp: 579-633.

<sup>502</sup> LAGHMANI, Slim, La volontà des Etats est-elle encore au fondement du droit inernational? Cursos Euromediterraneos de Derecho Inernacional, vol.XI/XII, p.78, 2007-2008.

El Derecho Internacional deja de ser entonces estrictamente voluntarista, en favor de una concepción objetivista, al aceptar la formación de normas de interés común, un orden público internacional en particular que, desde luego, carece hoy de la solidez necesaria, dada la estructura misma de la sociedad internacional. De un Derecho Internacional para Estados, el Derecho Internacional se construye principalmente para el hombre y la humanidad, para proteger sus derechos y la dignidad y garantizar el futuro y de allí el fortalecimiento del orden jurídico internacional penal y la creación de órganos para la represión de los crímenes de trascendencia internacional, como la Corte Penal Internacional.

El concepto de orden público se plantea, las normas imperativas de derecho internacional o del *jus cogens* son reconocidas, así como las obligaciones *erga omnes*. Una evolución también en cuanto a la aceptación de una interpretación más amplia del artículo 38 del Estatuto de la CIJ en el que se enuncian las fuentes principales de Derecho Internacional. Surgen y se fortalecen principios igualmente fundamentales que regulan las relaciones internacionales: la cooperación y la solidaridad internacionales, que permiten nuevos conceptos jurídicos que responden a las nuevas realidades: comunidad internacional, patrimonio común de la humanidad.

En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se reconoce la existencia de las normas imperativas de Derecho Internacional o del *jus cogens*. En el artículo 53 de ella se le define como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”. Se trata de normas inderogables, no fáciles de definir pero que responden al concepto de comunidad internacional y de los intereses superiores. Normas de naturaleza superior que obliga no solamente a los Estados, sino a las organizaciones internacionales, como lo reconoce el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, cuando afirma que “el derecho internacional permite considerar que existe un límite al principio obligatorio de las resoluciones del Consejo de Seguridad: ellas deben respetar las disposiciones perentorias fundamentales del *jus cogens*.”<sup>503</sup>

---

<sup>503</sup> Decisión del 21 de setiembre de 2005, T-306/01.

La doctrina y la jurisprudencia internacionales han determinado que ciertas obligaciones son de naturaleza superior o del *jus cogens*. En el caso *Furundzija*, la Sala de Primera Instancia del tribunal para la antigua Yugoslavia consideró que “el rechazo universal que supone la tortura da lugar a una serie de normas convencionales y consuetudinarias que tienen un lugar elevado en el sistema normativo internacional, un lugar comparable al de otros principios como la prohibición del genocidio, de la esclavitud, de la discriminación racial, de la agresión, de la adquisición de territorios por la fuerza y de la supresión por la fuerza, del derecho a la autodeterminación de los pueblos. La prohibición de la tortura presenta rasgos importantes que comparte con otros principios generales de protección de los derechos humanos, su naturaleza de obligación *erga omnes* y su valor de *jus cogens*. En razón de la importancia de los valores que protege este principio se ha convertido en norma imperativa o del *jus cogens*, es decir, una norma que se sitúa en la jerarquía internacional por encima del derecho convencional e incluso de las normas de derecho consuetudinario “ordinario”. La consecuencia mas importante es que los Estados no pueden derogar este principio mediante tratados internacionales, de costumbres locales o especiales e incluso por reglas consuetudinarias generales que no tienen el mismo valor normativo.”<sup>504</sup>

El cese de la violación de una norma del *jus cogens* y la reparación debida puede ser reclamada no solamente por el Estado directamente afectado, sino por cualquier Estado, capacidad que se traduce en la posibilidad de ejercer una *actio popularis*<sup>505</sup>, como se plantea en las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre el Derecho Internacional Humanitario, lo que refleja un avance importante, favorable al Derecho Internacional Penal y a los tribunales internacionales.

Surge también el concepto de obligaciones *erga omnes*, es decir, las obligaciones que tienen los Estados hacia la comunidad internacional. En 1970 la CIJ, en el Caso de la *Barcelona Traction* introdujo el concepto de obligaciones *erga omnes*, obligaciones que van más allá de las relaciones recíprocas entre los Estados. Las obligaciones *erga omnes*, dice la Corte, “emanan del Derecho Internacional

---

<sup>504</sup> T-95-17/1-T, Decisión de la Sala de Primera Instancia, del 10 de diciembre de 1998, parágrafos 143-157.

<sup>505</sup> En el Diccionario de Derecho Internacional, Ed. El Nacional, Caracas, 2012, se le define como “acción o demanda en la cual se pretende la reivindicación de un derecho atinente a la comunidad internacional como un todo, sin que exista un legítimo interés propio por parte del demandante en hacer valer tal derecho.”

contemporáneo, de la determinación ilícita de los actos de agresión y de genocidio, también de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial. Algunos de esos derechos de protección se han integrado al derecho internacional general (...) otros surgen de instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal.”<sup>506</sup>

Las nuevas realidades inciden también en una consideración más amplia de las fuentes de Derecho Internacional enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ antes referido. Nuevas fuentes, como las resoluciones de las organizaciones internacionales y los actos unilaterales de los Estados, estos últimos objeto de una ardua labor en la Comisión de Derecho Internacional, durante una década, que adopta una serie de principios reguladores de su funcionamiento que reflejan esa evolución a la que nos referimos, del Derecho Internacional, en particular, del Derecho Internacional Penal.<sup>507</sup> Aunque, es cierto, que “el sistema internacional de producción de normas continúa siendo fundamentalmente descentralizado y que ningún órgano, ninguna institución, ha sido investida específicamente para fabricar y modificar el derecho.”<sup>508</sup>

Las circunstancias políticas y la gravedad de los hechos permite una acción mas consensuada del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que tiene la facultad de adoptar decisiones en el marco del Capítulo VII de la Carta y de crear tribunales penales *ad hoc* para conocer la realización de crímenes internacionales, aunque algunos pocos hayan cuestionado su legitimidad. Las decisiones del Consejo adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta, relacionadas con el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, son vinculantes según lo establece el artículo 25 de ese mismo texto, en el que se prescribe que: “los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta.”<sup>509</sup>

---

<sup>506</sup> Decisión del 5 de febrero de 1970, (2a fase), Rec. CIJ, 1970, p. 32, § 34.

<sup>507</sup> Ver Conclusiones de la CDI en el 2006 y la Definición en la Enciclopedia de Derecho Internacional, EPIL, RODRIGUEZ CEDENO, Victor y TORRES CAZORLA, María Isabel. 2007. TORRES CAZORLA, María Isabel, Los Actos Unilaterales de los Estados, tecnos, Madrid, 2010.

<sup>508</sup> PELLET, A. : L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale (conférence inaugurale, session de droit international public, p.22. RCADI, Vol. 329 (2007)

<sup>509</sup> La obligación que emana del artículo 25 se extiende a Estados no Miembros, tal como se deduce de la práctica del Consejo iniciada por el Secretario General de la Organización en relación con Katanga. En el contexto de las crisis de Irak el Consejo decidió “que todos los

La Corte Penal Internacional, relacionada formalmente con las Naciones Unidas, comparte objetivos e intereses comunes que inciden de alguna manera en el ejercicio de su competencia, como veremos luego, al analizar el crimen de agresión y las condiciones para el ejercicio de su jurisdicción.

Las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad, por la cual se crean tribunales internacionales, en particular los creados para la antigua Yugoslavia y Ruanda, son fuentes jurídicas que el órgano judicial deberá tomar en cuenta al momento de decidir. El Tribunal para la antigua Yugoslavia creado “para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991 (...) se regirá por las disposiciones del presente Estatuto” como se señala en su parte preambular. En dicho Estatuto se define su competencia espacial (Artículo 1 y 8), su competencia material (Artículo 2 a 5), su competencia personal (Artículos 6 y 7), así como, también, las reglas procesales que habrán de guiar las actividades del tribunal. Son fuentes incuestionables de derecho que el tribunal deberá considerar al momento de decidir.

El proceso que condujo a Roma no fue fácil. Los acuerdos de las potencias vencedoras después de la segunda guerra mundial muestran un importante progreso en el proceso de creación de una Corte Penal Internacional. Más tarde se reconocen los Principios desarrollados por los Tribunales de Nuremberg y de Tokio.<sup>510</sup> Luego se le confía a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de esos Principios y la redacción de un Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.<sup>511</sup> Años más tarde la Asamblea General adopta la resolución 260 (III) B, el 9 de diciembre de 1948, en la que se pregunta a la CDI si era posible y deseable crear un órgano judicial internacional para

---

Estados... adoptaran las sanciones que decide en virtud del artículo VII” y “exhorta a todos los Estados, incluso los no miembros de las Naciones Unidas, a que actúen en estricta conformidad con las disposiciones de la resolución...” Resolución del Consejo de Seguridad 661(1990), párrafos 3,5 y 7 de la parte dispositiva y en el caso de la antigua Yugoslavia decidió insta “a todos los Estados , incluidos los que no son Miembros de las Naciones Unidas (...) a que actúen estrictamente en conformidad con las disposiciones de la resolución ...” Y “a todos los Estados que informen al Secretario General...” Resolución del Consejo de Seguridad 757 (1992), párrafos 3 y siguientes y 11 y 12 de la parte dispositiva.

<sup>510</sup> Recogidos en la resolución 95 (I), del 11 de diciembre de 1946

<sup>511</sup> Resolución 177 (II), el 21 de noviembre de 1947,

juzgar a las personas acusadas de genocidio y de otros crímenes. Los resultados respondieron al estado de las tensiones entre el este y el oeste. Ningún avance en la elaboración del Código, tampoco en la creación de un tribunal penal internacional.<sup>512</sup> Entre 1950 y 1954 la Comisión examinó el tema, designó Relatores Especiales, pero finalmente, en 1954, mediante la resolución 898 (IX), la Asamblea decidió postergar el tema hasta tanto se avanzase en la definición de la agresión y en el Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. En 1957 la Asamblea General confirma su posición y el tema se aplaza hasta que se considerasen esos temas. Más adelante, en 1983, la CDI conoció el primer informe sobre el Código y se consideró entonces que un instrumento de esta naturaleza sería inoperante si no se acompañase de sanciones y de una jurisdicción penal competente.

Pero antes se había concretado una idea en un instrumento internacional fundamental del Derecho Internacional Penal. En 1948 se adopta la Convención sobre el genocidio considerado desde entonces un crimen internacional, en el que se prevé en forma expresa la creación de un tribunal penal internacional para conocerle, en concreto, en su artículo IV en el que se establece que “las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.”

En 1989, el gran avance en el proceso que conduce a Roma y a Kampala, esta vez en el contexto de la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes. La Asamblea General solicitó entonces a la CDI que considerase al momento de estudiar el proyecto de Código, el tema de la creación de una Corte Penal Internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional para que conociese los crímenes que trataba el Código. Finalmente, en 1994 la CDI aprobó el proyecto de Estatuto de un tribunal penal internacional y lo envió a la Asamblea a la que solicitaba que convocase una Conferencia de Plenipotenciarios para que adoptase el Estatuto. Al mismo tiempo, el proyecto de Código sería aprobado por la CDI, en 1996, un texto que se dejará

---

<sup>512</sup> Se crea un Comité *ad hoc* por la Asamblea General (Res.489 (V), del 12 de diciembre de 1950). Por resolución 687n (VIII) del 5 de diciembre de 1952 se crea otro Comité de Expertos para examinar estos temas.

formalmente de lado en las negociaciones pero que servirá de referencia constante al momento de definir y precisar los crímenes internacionales durante las negociaciones que condujeron a Roma.

En el camino a la Corte se vive un período de relativa distensión política. Un interés común: enfrentar el conflicto que se inicia en la antigua Yugoslavia<sup>513</sup> y meses más tarde, en Ruanda<sup>514</sup>, por otras razones, además, en un contexto interno, este último, que abren el espacio a la creación de tribunales internacionales especiales para conocer los crímenes cometidos en esos conflictos, lo cual permite avanzar en la represión de los crímenes internacionales que hasta finales de la guerra fría era exclusivamente nacional<sup>515</sup>.

Se trata de órganos jurisdiccionales penales con una competencia limitada territorialmente; pero, distintamente a la Corte Penal Internacional, no es complementaria sino prioritaria o concurrente, como se precisa en el Art.9 del Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia<sup>516</sup>. También difieren de la Corte Penal Internacional, creada mediante un tratado internacional, el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998, y del Tribunal Especial para Sierra Leona, creado más tarde, en el año 2000, no en base a una resolución de Consejo de Seguridad, aunque se haya fundado en la resolución 1351, del Consejo de Seguridad, sino de un Acuerdo bilateral concluido entre Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona. Las jurisdicciones creadas para Cambodia y el Líbano<sup>517</sup> son también particulares. No son creadas por el Consejo de Seguridad; se trata de la internacionalización parcial de la justicia (*internationalised domestic tribunals*), de tribunales híbridos, que funcionan también dentro de ese amplio esquema de justicia internacional concebido para conocer crímenes internacionales cometidos en determinados momentos.

---

<sup>513</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 827, del 25 de mayo de 1993.

<sup>514</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 955, del 8 de noviembre de 1994.

<sup>515</sup> VERHOEVEN, J. : *Considérations sur ce qui est commun*. Cours général de droit international public (2002), p: 415, RCADI, Vol. 338 (2008).

<sup>516</sup> El Tribunal Internacional y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991...Doc S/25704, Informe del Secretario General,

<sup>517</sup> Creado en virtud de un acuerdo entre Naciones Unidas y Libano, en vigor mediante resolución 1757 del Consejo de Seguridad del 2007. El mandato del tribunal es castigar a los responsables del crimen del primer ministro de Libano, Rafik Haridi, según el derecho libanes.

Algunos tribunales, distintamente, son nacionales pese a sus funciones. Es el caso de la Sala de crímenes de guerra de la Corte de Bosnia y Herzegovina (*War crime Chamber of State Court of Bosnia and Herzegovina*) que forma parte del sistema bosniaco de justicia. El hecho de que participen jueces internacionales no le da el carácter de híbrido ni de internacional a esta Sala. Debemos excluir también el tribunal especial para Irak creado tras el derrocamiento de Sadam Hussein, también en base a la legislación interna, para conocer crímenes internacionales. Estos antecedentes allanan el camino hacia la creación de la Corte Penal Internacional, mientras se fortalece el principio de la “jurisdicción universal” que refleja un avance importante en la lucha contra la impunidad, cuando algunos Estados pretenden ejercer su jurisdicción sobre determinados crímenes, incluso si no existe un vínculo territorial o personal.

La Corte Penal Internacional es una instancia complementaria de las jurisdicciones internas<sup>518</sup> que solamente podrá actuar cuando los tribunales nacionales no puedan o no tenga la intención de hacerlo. Distintamente a lo planteado en los tribunales especiales para la antigua Yugoslavia<sup>519</sup> y para Ruanda<sup>520</sup>, cuyas competencias son prioritarias, la Corte Penal Internacional funciona en base al principio de la complementariedad lo que significa que la Corte sólo podrá actuar cuando el Estado no puede procesar a los presuntos responsables, porque las estructuras del mismo no funcionan, lo que es frecuente en los casos de guerras devastadoras; o, cuando los órganos judiciales penales internos no actúan debidamente, es decir, falta de voluntad o incapacidad. La falta de voluntad, según lo señala la Oficina del Fiscal de la Corte, de 2003<sup>521</sup>, sería, por ejemplo, el abandono de los procedimientos nacionales, para proteger al presunto responsable; igualmente, los retardos injustificados para dar inicio a los procedimientos o la ausencia de independencia o imparcialidad de los órganos de investigación. No basta con que el Estado abra simplemente una investigación; ella debe ser iniciada con la intención auténtica de inculpar a los verdaderos responsables. Lo importante es, para poder establecer la buena voluntad del Estado, que los sospechosos sean

---

<sup>518</sup> El párrafo preambular 9 del Estatuto de Roma señala que “Decididos (...) a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.”

<sup>519</sup> Artículos 8 y 9 del Estatuto. Afirmado por el Tribunal en el caso de Tadic IT-94-1-T, 1995.

<sup>520</sup> Artículos 9 y 10 del Estatuto.

<sup>521</sup> Paper on some policy issues, sept. 2003.

buscados y las pruebas, incluso las declaraciones, sean conservadas.<sup>522</sup> Por su parte, la falta de capacidad se manifiesta cuando el Estado de que se trata está en tal grado de desorganización o de caos que no puede iniciar un proceso. Ambas situaciones, que favorecen la impunidad, permiten a la Corte ejercer su jurisdicción. Ello no significa que se establezca entre la Corte y los órganos nacionales una suerte de competencia para iniciar y realizar procesos. En la práctica se ha reconocido primacía a los tribunales nacionales. La Oficina del Fiscal de la Corte ha elaborado el criterio de la complementariedad positiva, que busca estimular a los tribunales nacionales para actuar y conocer crímenes internacionales.<sup>523</sup>

## **1. El Derecho Internacional Penal: normas y principios**

La primera cuestión que debe destacarse en relación con la creación y la existencia de un órgano jurisdiccional penal internacional que conocerá los crímenes internacionales de mayor trascendencia, como la CPI, es que hay un derecho material específico: el Derecho Internacional Penal, es decir, un conjunto de normas, algunas consuetudinarias otras convencionales; y de principios igualmente específicos que regulan la conducta del individuo.

El Derecho Penal exclusivamente nacional ha venido adquiriendo progresivamente una dimensión internacional. El surgimiento y la reafirmación de normas y principios jurídicos, la creación de mecanismos jurisdiccionales internacionales y la mayor actividad de los órganos jurisdiccionales penales internos para garantizar la eficacia de ese ordenamiento evidencia la presencia del Derecho Penal en el orden jurídico internacional.

El Derecho Penal Internacional reposa sobre la coordinación de los órganos internos de justicia. Se le puede definir como el “conjunto de normas que regula la incriminación y la represión de infracciones que presentan un elemento extranjero, es decir, que tienen un origen internacional. El elemento extranjero significa que el problema penal nacional está en contacto con un orden jurídico extranjero que resulta generalmente de la nacionalidad del autor o del carácter extraterritorial de la infracción. El origen internacional de la incriminación o de

---

<sup>522</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit penal interne en la phase d'ouverture d'un processus, In Coloquio Internacional, Quel droit international pour le 21<sup>e</sup> siècle ? SANDOZ, Yves. Cit. P.164.

<sup>523</sup> OTP, Informal Expert Paper , the principle of complementarity in practice,

la represión se refiere a sus fuentes convencionales o consuetudinarias internacionales. A veces oponemos el Derecho Penal Internacional (normas precitadas de origen interno) al Derecho Internacional Penal (normas precitadas de origen internacional)<sup>524</sup>. El Derecho Penal Internacional es mas precisamente “la rama especializada del derecho penal que tiene en cuenta la presencia de un elemento extranjero relevante en el ámbito de aplicación de la norma penal”<sup>525</sup>.

El Derecho Penal Internacional debe distinguirse, y no por meras razones académicas, del Derecho Internacional Penal. Se trata de dos disciplinas distintas que regulan cuestiones diferentes, aunque puedan tener elementos comunes. Ambas disciplinas consideran los delitos y crímenes en relación con jurisdicciones nacionales distintas. Se trata, pues, “de dos ordenamientos jurídicos distintos y separados, pero obligados, por coherencia, a la búsqueda de soluciones concertadas y coordinadas.”<sup>526</sup>

La doctrina presenta calificaciones diversas del Derecho Internacional Penal: Derecho Penal Internacional nuevo, Derecho Penal interestatal, Derecho Penal universal e incluso Derecho Penal supranacional. Para algunos autores el Derecho Internacional Penal resulta de “una convergencia entre dos disciplinas jurídicas diferentes que han emergido y se han desarrollado por diferentes vías para ser complementarias y coexistentes: ellas son los aspectos de derecho penal del Derecho Internacional y los aspectos internacionales del derecho penal nacional”<sup>527</sup> Las definiciones que facilita la doctrina muestran, en todo caso, que ambos conceptos están íntimamente vinculados entre sí, pero que en realidad constituyen ramas distintas, con características, fuentes y reglas procesales propias.

La expresión Derecho Internacional Penal se refiere al grupo de normas internacionales que tienen la función de definir y sancionar los crímenes internacionales, de imponer a los Estados la obligación de procesar y de castigar

---

<sup>524</sup> Dictionnaire de Droit International Penal, Termes choisis, LA ROSA, Anne-Marie, PUF, Paris, 1998.

<sup>525</sup> RODRIGUEZ CARRION, Alejandro J, art.cit. p....

<sup>526</sup> RODRIGUEZ CARRION, Alejandro J. Art.cit, p. 564

<sup>527</sup> BASSIOUNI, M.C, Characteristics of International Criminal Law Conventions, en International Criminal Law, Vol.I, p.1, New York, 1989.

a los autores y, en fin, de dictar las reglas para la instauración y el desarrollo a nivel internacional de los relativos procedimientos penales”<sup>528</sup>. Es el conjunto de reglas que prevén el castigo de personas que han violado ciertas normas de Derecho Internacional, directamente en virtud de ese mismo Derecho Internacional.”<sup>529</sup> En el Diccionario de Derecho Internacional se le define como el conjunto de “normas de derecho internacional que establecen responsabilidad penal por el incumplimiento de las obligaciones que impone el derecho internacional a la persona humana...”<sup>530</sup>

Al igual que en el Derecho Internacional en general, las fuentes del Derecho Internacional Penal son el Tratado, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, la doctrina internacional, la jurisprudencia de los tribunales internacionales e incluso las nuevas fuentes, como las resoluciones vinculantes de órganos internacionales, como las del Consejo de Seguridad, en el caso específico de la creación de los tribunales penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda; y, los actos unilaterales autónomos de los Estados, en la medida en que sean formulados con la intención de producir determinados efectos jurídicos. No se establece ninguna jerarquía entre las fuentes de esta disciplina, al igual que en el Derecho Internacional clásico, aunque en este contexto el artículo 103 establece que “en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas (...) en virtud de la (...) Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro Convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. También, dentro de esta relación jerarquizada, se constata el surgimiento de normas de rango superior, a las que nos referimos antes, que se colocan por encima de las relaciones recíprocas. Esta jerarquización no expresa de las fuentes jurídicas del Derecho Internacional Penal es igualmente aplicable. La Carta prevalecerá, al igual que las normas imperativas o del *jus cogens*. En el Estatuto de Roma, vale precisar, se establece una jerarquía entre las fuentes, cuando se determina el derecho aplicable, en su artículo 21, en el que se señala que “la Corte aplicará: a) en primer lugar el Estatuto...b) En segundo lugar (...) los tratados... y c) en su defecto...”

---

<sup>528</sup> CASSESE, Antonio. Lineamenti di diritto internazionale penale (I.Diritto sostanziale), p.11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011.

<sup>529</sup> TOMUSCHAT, C : La cristallisation coutumiere in Droit International penal, pp: 23-35, cit. Por PAZARTZIS, Photini. La repression penale des crimes internationaux :Justice penale internationale, p.8, Ed. Padone, Paris, 2007.

<sup>530</sup> Diccionario de Derecho Internacional, 2ª. Edicion, Ed. El Nacional, Caracas, 2012

El derecho aplicable está por lo general referido en el Tratado o texto constitutivo del órgano que ejerce jurisdicción y en textos ulteriores adoptados de conformidad con él. En el caso de los tribunales militares creados después de 1945, por ejemplo, el derecho aplicable se determina en el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y en los Estatutos anexos; en el caso de la Corte Penal es el Estatuto de Roma de 1998, un tratado multilateral; y, los instrumentos adoptados con posterioridad, como los Elementos del Crimen y las Reglas Procesales y las demás referidas en el citado artículo 21. En el caso del tribunal especial para Sierra Leona, su Estatuto se funda en un tratado bilateral con Naciones Unidas. Y, en el caso de los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad, se trata de una resolución adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta.

En el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, texto de consideración obligatoria en el examen de las fuentes del Derecho Internacional Penal, se recogen los principios fundamentales de Derecho Internacional Penal. En primer lugar, al cual nos referimos más adelante, el de la responsabilidad penal internacional individual (Art.6), reiterado luego en el Principio I adoptado por la CDI, en 1950; más tarde en el artículo 1 del Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1954; y, en el artículo 2 del Proyecto de Código adoptado en 1996. Finalmente, es principio es recogido, en forma más precisa, en el artículo 25 del Estatuto de Roma.

Se incluye también en el citado Estatuto del tribunal militar el principio de la no exoneración de dicha responsabilidad en razón del cargo (Art.7), que se recoge más tarde en el Principio III adoptado por la CDI, en 1950; luego en el artículo 3 del Proyecto de Código de 1954 y, más adelante, en el artículo 7 del Proyecto de Código de 1996. En el Estatuto de Roma se retoma el principio en el artículo 27: "Imprudencia del cargo oficial" y en el 28 relativo a la "responsabilidad de los jefes y otros superiores". También se incluye en el Estatuto de Nuremberg la no exoneración de la responsabilidad por cumplimiento de órdenes (Art.8), el cual es recogido mas tarde en el principio IV adoptado por la CDI, en 1950; en el artículo 4 del Proyecto de Código de 1954 y en el 5 del Proyecto de 1996, expresado finalmente en el artículo 33 del Estatuto de Roma. El principio de un juicio justo es expresado en el artículo 16 del Estatuto de Nuremberg, mas tarde recogido en el Principio V adoptado por la CDI, en 1950 y luego, en el Proyecto

de Código de 1954, en su artículo V, en el artículo 11 del Proyecto de 1996 y finalmente, en el artículo 67 del Estatuto: “Derechos del acusado”.

El Derecho Internacional Penal es de origen consuetudinario, codificado en gran medida desde mediados del siglo XIX. Las legislaciones internas se adelantan en ámbitos muy específicos como sería en relación con la esclavitud, lo que da una proyección internacional al derecho penal nacional. El crimen internacional más antiguo sería la piratería marítima, codificada apenas en 1958 cuando se adopta la Convención de Ginebra sobre el Alta Mar, de abril de 1958, definición que se recoge más tarde en el artículo 101 de la Convención de Derecho del Mar, de Montego Bay, de 1982. Pero, en realidad, la primera infracción internacional codificada es la trata de esclavos, una práctica considerada lícita que es objeto de diversas Convenciones internacionales, en particular, la Convención del 25 de setiembre de 1926, enmendada más tarde en 1953.

El derecho material evoluciona y se codifica. Las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos (Derecho de Ginebra), los Tratados sobre Esclavitud ya mencionados, el relativo a la prevención y la sanción del crimen de genocidio (1948), la Convención sobre la eliminación del crimen de *apartheid* (1973); contra la tortura y otras penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes (1984), los relacionados con el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes son, entre otros, los tratados internacionales que regulan conductas ilícitas de trascendencia internacional y que conforman, en consecuencia, el *corpus iuris* de esta disciplina. Debemos agregar otros textos de igual relevancia, como la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad (1968) y los “Principios de cooperación internacional respecto de la búsqueda, el arresto, la extradición y el castigo de los culpables de los crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad”. La codificación del Derecho Internacional Penal se lleva a cabo también y de manera muy particular, a través de los Estatutos de los tribunales penales internacionales en los que se precisan los principios generales aplicables y se definen los crímenes objeto de su competencia, como se ha visto en los Estatutos de Nuremberg y de los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad; y en el Estatuto de Roma.<sup>531</sup>

---

<sup>531</sup> En el Estatuto de Nuremberg se definen tres crímenes internacionales: el crimen contra la paz, los crímenes de guerra y los delitos contra la humanidad y se precisan los actos que les

La costumbre como “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” es fuente principal del Derecho Internacional Penal como lo es para el Derecho Internacional en general, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto, referencia indispensable en la construcción de la teoría de las fuentes. La norma consuetudinaria en este ámbito existe independientemente de su incorporación en instrumentos internacionales, como sería el caso de las normas contenidas en las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos, la Convención sobre el genocidio o la Convención sobre la tortura, sobre lo que los tribunales internacionales se han expresado. En su Opinión de 1951 sobre las *Reservas a la Convención contra el genocidio*, la CIJ subrayó que “los principios básicos de la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas que obligan a los Estados independientemente de cualquier vínculo convencional.”<sup>532</sup> En su Opinión Consultiva sobre la *Licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares* la misma Corte precisó que “un gran número de normas de derecho humanitario aplicables a los conflictos armados son tan fundamentales para el respeto de la

---

constituyen. En su artículo 6 a) se define el primero: “... planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados”. Los crímenes de guerra son incluidos en el artículo 6, parágrafo b), del mismo Estatuto, en referencia a las reglas consuetudinarias codificadas en las Convenciones de 1899 y de 1907 relativas a las leyes y usos de la guerra terrestre y a las Convenciones de Ginebra de 1929. Se les define como “... violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes”. Y, en el apartado c) del mismo artículo, los crímenes contra la humanidad: “...el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron. Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.”

<sup>532</sup> Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, Rec. CIJ, 1951, p. 22.

persona humana y por “razones humanitarias”, según la expresión utilizada por la Corte en su Decisión de 19 de abril de 1949 (...) que esas normas fundamentales se imponen a todos los Estados hayan o no ratificado los instrumentos convencionales que les contienen porque ellas constituyen principios inviolables de derecho internacional consuetudinario.”<sup>533</sup> En el Estatuto de Roma se hace referencia expresa a la costumbre internacional, en su artículo 8 b), en el que se precisa que se entenderá por crímenes de guerra, “otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables.”

Los tribunales penales pueden recurrir a la costumbre internacional para decidir en un asunto. En el ya citado caso *Furundzija*, por ejemplo, la Sala de Primera Instancia constató la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que contiene la prohibición específica y la criminalización de la violencia sexual.<sup>534</sup>

Por otra parte, al igual que en el Derecho Internacional en general, los principios generales del derecho constituyen también fuentes jurídicas, es decir, que el juez les puede tomar en cuenta al momento de decidir una cuestión. Los principios generales de Derecho Penal, en particular, son trasladados al ámbito internacional para insertarse en el Derecho Internacional Penal y en los distintos textos constitutivos de instancias jurisdiccionales internacionales. El principio de la legalidad *nullum crimen sine lege* y *nulla pena sine lege*, el de la no retroactividad, íntimamente relacionado a los anteriores; el principio *nos bis idem*, por el que se impide que una persona sea procesada dos veces por el mismo delito y el de una justicia ajustada a derecho, entre otros, son parte de esta disciplina. Desde luego, los principios de los distintos sistemas jurídicos del mundo a los cuales pudiere recurrir la Corte para decidir sobre un asunto no podrían ser incompatibles con el Estatuto, ni con el derecho internacional ni las normas y principios generalmente reconocidos, como se expresa en el artículo 21 c) del Estatuto.

## **2. El principio de la responsabilidad internacional penal del individuo:**

---

<sup>533</sup> Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, Rec. CIJ, 1996, p. 257, § 79.

<sup>534</sup> Tribunal para la antigua Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, 10 de diciembre de 1998.

## **La no exoneración por razón del ejercicio de un cargo y por el cumplimiento de órdenes**

El positivismo jurídico vigente en el siglo XIX consideraba que solamente los individuos podrían disfrutar de los derechos que el Estado le acordaba. La subjetivización del individuo en el plano internacional fue objeto de consideración especial después del Tratado de Versalles de 1919, en particular por la doctrina, en el período entre las dos guerras. Hasta la primera guerra mundial, los crímenes contra la paz eran adjudicables solamente a los Estados. La responsabilidad penal internacional del individuo no se había planteado aunque en épocas remotas se habría procesado y condenado a los responsables de crímenes de gravedad y trascendencia que iba más allá de las fronteras de las entidades entonces existentes. Un ejemplo de un crimen contra la paz lo encontraríamos antes de Westfalia; el caso de *Conradin von Hohenstaufen*, procesado y condenado a muerte, en 1628, por haber iniciado una guerra injusta.<sup>535</sup> Se recuerda también que Napoleón fue condenado al exilio por el Congreso de Aix-la-Chapelle, en 1815, por haber iniciado una guerra de agresión, aunque ello correspondió, mas bien, a un proceso político.

La responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional individual son dos cuestiones distintas aunque íntimamente relacionadas<sup>536</sup>. La primera deriva de la realización de un hecho internacionalmente ilícito, atribuible al Estado, que genera la obligación básica de reparar; la segunda deriva de la realización, a título personal, de un hecho contrario a una norma de Derecho Internacional, en particular, por la realización de un crimen internacional, que genera la responsabilidad individual.

La responsabilidad penal internacional individual puede ser definida como la “regla de derecho penal internacional en virtud de la cual el autor de un hecho que constituye una infracción internacional es responsable de dicho hecho y es factible de un castigo que es pronunciado, según el caso, por un tribunal interno o una jurisdicción penal internacional”.<sup>537</sup> Se trata del principio general en base al cual ninguno puede ser considerado responsable de un acto que no ha

---

<sup>535</sup> BARBOZA, Julio. *International Criminal Law*, RCADI, Vol. p.32.

<sup>536</sup> Ver: BONAFE, Beatrice. *The relationship between State and individual responsibility for international crimes*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2009.

<sup>537</sup> *Dictionnaire de Droit International Penal*, cit.

cometido o en cuya comisión no ha participado de ningún modo o por una omisión que no le pueda ser atribuida.<sup>538</sup> La Sala de Apelación del Tribunal para la antigua Yugoslavia, en el Caso *Tadic*, señaló que “nadie puede ser considerado responsable por actos u omisiones en la comisión de los cuales no había tomado parte personalmente o de cualquier manera participado”<sup>539</sup>

Si bien a mediados del siglo XIX se reconocen ciertas conductas delictivas de carácter internacional, sólo se llega a delimitar la responsabilidad penal individual en el plano internacional, después de 1945, en los procesos de Nuremberg y de Tokio, sin desconocer el intento de juzgar al exEmperador de Alemania, referido antes. El Acuerdo de Londres, suscrito por los aliados el 8 de agosto de 1945; y que tiene como anexo el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, prevé el procesamiento de los responsables de los crímenes internacionales cometidos durante la segunda guerra mundial. El principio de la responsabilidad penal internacional individual recogido en el Estatuto se confirma en las sentencias de los tribunales militares, en particular, en la de Nuremberg en la que se dice que: “los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas y sólo mediante el castigo de los individuos que cometieron tales crímenes pueden ejecutarse las previsiones del Derecho Internacional” lo que inspira el proceso de creación de los tribunales penales internacionales, en especial, la Corte Penal Internacional, en cuyo artículo 25-1 se señala que “quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.”

Poco después, en 1948, en la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio, se establece la responsabilidad penal internacional de la persona, no del Estado, lo que no significa que el mismo no pueda ser responsable internacionalmente también, como lo afirmó la CIJ en el Caso de la *Aplicación de la Convención para prevenir y castigar el crimen de genocidio* (Bosnia Herzegovina contra Serbia y Montenegro),<sup>540</sup> y como queda reflejado en el artículo 25-4 del Estatuto de Roma en el que se precisa que: “Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las

---

<sup>538</sup> CASSESE, Antonio. Lineamenti di diritto internazionale penale, Vol.I, cit. p.180.

<sup>539</sup> Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, Sala de Apelación, 15 de julio de 1999, Caso IT-94-1-A, par.86.

<sup>540</sup> CIJ, Rec. 2007, pp: 166-182.

personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado, conforme al Derecho Internacional.”

La responsabilidad penal individual solamente puede ser atribuida si el acto de que se trata es realizado por la persona imputada, en forma individual o con otra o por conducto de otro “sea éste o no penalmente responsable” como se precisa en el artículo 25-3.a) del Estatuto de Roma. Igualmente será responsable quien “ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen” y además, no solamente que se haya consumado, sino que quede en grado de tentativa. También serán responsables el “cómplice” y el “encubridor” o quien simplemente “colabore” en su realización.

El elemento intencional es fundamental. Para que la Corte pueda atribuir la responsabilidad penal a un individuo se requiere que los actos realizados o en el que haya participado, hayan sido realizados con “intención” y en “conocimiento” de los elementos materiales del crimen, términos que se definen en el artículo 30-2 del Estatuto. El autor de un crimen puede no estar en conocimiento del carácter ilícito de un acto según el Derecho Internacional, lo que no es eximente, según lo establece el artículo 32-2 del Estatuto, a menos que se haga desaparecer “el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o, si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto” relativo a las “órdenes superiores y disposiciones legales”.

En el Estatuto se incluyen disposiciones que eximen la responsabilidad penal individual. En primer lugar, en el artículo 31: Enfermedad o deficiencia mental, estado de intoxicación, defensa propia, coacción. Y, luego, en el artículo 32, relativo al error de hecho o de derecho en determinadas circunstancias.

Distintamente, quien realiza un crimen competencia de la Corte en cumplimiento de órdenes superiores, no será eximido de su responsabilidad por la realización de dicho crimen (Principio) a menos que: la persona estuviere obligada por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate (Art.33-1-a); no supiera que la orden era lícita (Art.33-1-b) o que la orden no fuera manifiestamente ilícita (Art. 33-1-c) (Excepciones). La orden superior es obligatoria, pero tiene sus límites, como se señala en el artículo 8 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg en el que se establece que “el hecho de que el acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le

exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige.” La orden no será más obligatoria en forma absoluta. El deber de obediencia tendrá a partir de entonces límites cuando se trata de crímenes de trascendencia internacional. La obediencia debida no es aceptable.<sup>541</sup>

Tampoco será eximida de su responsabilidad penal una persona incurso en uno de los crímenes competencia de la Corte, en razón de su cargo. La posición oficial, incluso si se trata de un Jefe de Estado o de un alto funcionario de un gobierno, tampoco exime de responsabilidad a quien haya cometido crímenes de la competencia de la Corte, lo que resulta lógico dada su gravedad y la necesidad de reprimirlo en todos los casos. No puede aceptarse la inmunidad de jurisdicción que en ciertos casos resulta procedente, cuando se trata de crímenes internacionales. El artículo 7 del Estatuto de Nuremberg señala que “el cargo oficial de los acusados, ya sean Jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos del Gobierno no les exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena.” El 4 de Marzo de 2009 marca una pauta importante en la historia de la justicia internacional, cuando se emite por primera vez una orden de arresto en contra de un Jefe de Estado en funciones, Omar Hasan el Bashir, de Sudán, por crímenes de guerra y lesa humanidad.

### **3. El principio de legalidad y la definición del crimen de agresión**

Uno de los logros que recoge el Estatuto de Roma fue la inclusión del crimen de agresión o crimen contra la paz, dentro de su competencia material, aunque hasta el 2012 fuera sólo de principio. En Kampala, tras arduas negociaciones y quizás no en los mejores términos, pero en todo caso reflejo del consenso formado alrededor de la solidaridad necesaria para reprimir los crímenes de mayor trascendencia internacional, se logra su definición y las condiciones en las que el tribunal podrá ejercer su jurisdicción.

Examinar el crimen de agresión supone algunos comentarios sobre dos cuestiones básicas: el concepto de “crimen internacional” y el principio de “legalidad”. El concepto de “crimen internacional” surge a finales del siglo XIX,

---

<sup>541</sup> En el caso *Eichmann* la defensa alegó esta circunstancia, la cual fue denegada por el tribunal israelí.

especialmente en el marco de codificación del derecho de la guerra, en particular, en las Conferencias de la Haya de 1899-1907 y se consolida más tarde con la Convención sobre la represión y la sanción del crimen de genocidio, de 1948. El concepto se reafirma con mayor énfasis en la Convención contra la tortura de 1984 que le presenta como un crimen internacional autónomo y en la que se recoge, además, el principio *aut dedere aut judicare* mediante el cual el Estado territorial debe procesar o extraditar al responsable de un crimen internacional.

En el muy controversial artículo 19 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad internacional del Estado se definía el crimen internacional como la violación “de una obligación internacional esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto” reconocida, como vimos antes, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969. En el debate sobre el artículo 19 se hizo énfasis en la distinción entre delitos y crímenes internacionales, para destacar la gravedad de éstos últimos y relacionarlos con las normas imperativas de Derecho Internacional o del *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

El “crimen internacional” recoge la gravedad de la violación de una norma de interés de la comunidad internacional en su conjunto. Se le puede definir como “toda conducta que comporte la responsabilidad penal del individuo bajo el Derecho Internacional general”.<sup>542</sup> El crimen internacional es una ofensa que interesa a toda la comunidad internacional y no solamente a los directamente afectados. También se le define como “todo hecho individual calificado de infracción internacional penal por el derecho consuetudinario o convencional, por ejemplo, la piratería, la esclavitud, el crimen de guerra, los crímenes contra la humanidad, el tráfico de estupefacientes, la captura ilícita de aeronaves”<sup>543</sup>. Se trata de crímenes de Derecho Internacional o de Derecho de Gentes, como lo dijo la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio*.<sup>544</sup> La misma Corte Penal se ha referido a la gravedad de los crímenes y su alcance. El Presidente de la Corte, al referirse a la Decisión del 10 de julio de 2012 en

---

<sup>542</sup> SALMON, Jean. Dictionnaire de Droit International Public, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2001.

<sup>543</sup> Diccionario de Derecho Internacional, 2ª. Edición, p, 123, Ed. El Nacional, Caracas, 2012.

<sup>544</sup> Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, CIJ, Rec. 1951, p.23.

relación con el Caso *Thomas Lubanga*<sup>545</sup> afirmó que “el reclutamiento de niños menores de quince años y hacerlos participar en las hostilidades constituyen, indudablemente, crímenes muy graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto”.

Los crímenes internacionales deben ser considerados, además, como una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales, como concluye el *Institut de Droit International* en su sesión de Santiago (2007). Los órganos competentes de Naciones Unidas deberían usar todos los poderes estatutarios de que disponen para actuar rápidamente con el fin de poner fin al genocidio, a los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra de gran alcance, cuando los Estados de la jurisdicción o de control no habría puesto término”<sup>546</sup> lo que no deja de interesar al papel del Consejo en cuanto al ejercicio por la Corte, de su jurisdicción, en el caso del crimen de agresión.

La Corte no puede conocer un crimen si no se cumple con el principio de la legalidad el cual, al igual que los demás principios de Derecho Penal, es trasladado al Derecho Internacional Penal. El principio de la legalidad o de *nullum crimen sine lege*, el principio *nulla poena sine lege, ne bis in idem*, el de la irretroactividad y el de la interpretación limitada de la norma penal (*in favor rei*), entre otros, forman parte de este Derecho. Los mismos son incorporados expresamente en el Estatuto de Roma, en concreto, en sus artículos 22, 20, 23 y 24.

No hay una infracción si no existe una ley al respecto y tampoco habrá una pena, si no hay una ley que la establezca lo que responde a la necesaria preeminencia del derecho sobre el autoritarismo. Este principio responde a la necesidad de proteger al ciudadano de las arbitrariedades de los gobiernos autoritarios.<sup>547</sup> El principio de la legalidad supone que “una persona puede ser

---

<sup>545</sup> La Decisión condenatoria había sido adoptada el 14 de marzo de 2012. La pena se estableció en virtud del artículo 76 del Estatuto.

<sup>546</sup> Resolución Res. 10/B, adoptada en la sesión de Santiago de Chile, 2007.

<sup>547</sup> En el artículo V de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, se señala que “... la ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena.” Y, mas precisamente en su artículo VIII, que “la ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son estrictamente y evidentemente necesarias; y nadie puede ser

considerada culpable y castigada solamente si el hecho cometido es considerado en el ordenamiento jurídico penalmente relevante al momento de su comisión”<sup>548</sup> Sin embargo, ello tiene su excepción. Un acto o una omisión puedan ser considerados como violación de una norma si en el momento en que fueron cometidos, aunque no hubiese sido adoptado un texto que la prohibiese, tal acto u omisión contrariaba los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional, como se contempla en el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 1966<sup>549</sup> y en el artículo 7-2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en el que también se plantea el principio de la legalidad junto al de la irretroactividad de la ley penal desfavorable. En el párrafo 2 de ese artículo se hace una excepción respecto de los hechos que constituyen delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.<sup>550</sup>

El principio *nullum crimen sine lege* fue considerado por el tribunal militar de Nuremberg en el Caso *Goering*, en el que expresó, en respuesta a la defensa que argumentaba que el crimen no estaba tipificado, que el crimen que se imputaba existía ya al momento de su comisión: “La máxima *nullum crimen sine lege* (...) representa (...) en general un principio de justicia. No es cierta la afirmación según la cual es injusto castigar a aquellos que, en violación de los tratados y de garantías internacionales precisas, han atacado sin ningún preaviso un Estado

---

castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada.”

<sup>548</sup> CASSESE, A. Lineamenti di Diritto Internazionale Penale, cit. p.186.

<sup>549</sup> En el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 se señala que “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

<sup>550</sup> Artículo 7: No hay pena sin ley.

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.  
2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

limítrofe, del momento en que en tales circunstancias quien ataca debe saber que está cometiendo un acto ilícito: lejos de ser injusto el castigo, sería mas bien injusto que su acto ilícito le permitiese su impunidad.”<sup>551</sup>

Más recientemente, se considera de nuevo el principio en el Caso *Streletz, Kessler y Krenz* contra Alemania en el que los indiciados reclamaban la violación del principio de legalidad y de la no retroactividad; la Sala consideró, recurriendo a una interpretación evolutiva, que la decisión se fundaba en el derecho nacional en vigor y en los compromisos internacionales asumidos antes por la RDA<sup>552</sup>. Más recientemente, en el marco de la Corte Penal, la Sala de Cuestiones Preliminares examinó el principio de legalidad, en el Caso de *Tomas Lubanga*<sup>553</sup> cuando rechaza el argumento de la defensa según el cual el acusado no sabía que los actos realizados constituían crímenes de guerra según el Estatuto de Roma. De acuerdo con el criterio de la Corte, la defensa no debía basar su argumento en el principio de la legalidad sino, más bien y en todo caso, en la exoneración de la responsabilidad penal por error de derecho, regulado en el artículo 32 del Estatuto. La Sala concluye de todas formas, en relación con el tema, que procesar a un indiciado en base a normas penales preexistentes, aprobadas por los Estados Partes, que definían como ilícita esa conducta, no colidía con el principio de la legalidad.

La competencia de la Corte es limitada, por ahora. Ella se refiere solamente a determinados crímenes, lo que no significa que ciertos hechos no constituyan un crimen internacional de acuerdo con el Derecho Internacional Penal, independientemente de lo establecido en el Estatuto en cuyo artículo 22-3 se precisa, en relación con ello, que “nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto” lo que debe leerse conjuntamente con el artículo 10 del mismo texto en el que expresa que “nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”.

Ahora bien la Corte sólo podrá conocer los crímenes objeto de su competencia material, crímenes que fueron acordados por los Estados tras años de

---

<sup>551</sup> Sentencia del Tribunal Militar de Nuremberg, Caso Goering, octubre de 1946.

<sup>552</sup> Decisión de la gran Sala, del 22 de marzo de 2001, Rec.2001-II.

<sup>553</sup> Decisión de la Sala, del 29 de enero de 2007.

negociaciones y que corresponden, sin duda, a los de mayor trascendencia internacional. Pero, para dar cumplimiento al principio de legalidad antes referido el crimen de agresión no podía ser conocido hasta tanto se definiese y se estableciesen las condiciones para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción, tal como se recoge en el párrafo 2 del artículo 5. Ello se logra en Kampala, pero dentro de una prudencia extrema, al punto de que pese a la revisión, la Corte todavía no podrá conocerle y las condiciones para que pueda ejercer su jurisdicción no son las más favorable a su eficacia.

El crimen de agresión es referido como crimen contra la paz, por primera vez, en el Tratado de Versalles. Más tarde se le define en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg. El crimen de agresión es, entre los crímenes internacionales, el de mayor gravedad, como lo dijo el Tribunal de Nuremberg en su Decisión del 30 de setiembre de 1946: "... la guerra de agresión no es sólo un crimen internacional, es un crimen supremo (...) que se diferencia (...) de otros crímenes (...) por que contiene la maldad acumulada de todos"<sup>554</sup>, criterio que se recoge nuevamente en la resolución 6 de la Conferencia de Revisión del Estatuto, celebrada en Kampala, Uganda, en 2010, donde se señala, en los *Entendimientos* acordados entonces (*Understandings*) que "6. ..la agresión es la forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza, y que una determinación sobre si un acto de agresión ha sido cometido requiere el examen de todas las circunstancias de cada caso particular, incluyendo la gravedad de los actos correspondientes y de sus consecuencias, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas." Los Entendimientos son directivas a las que el juez podría recurrir para la interpretación, pero no son fuentes en el sentido del artículo 21 antes señalado.

La mayoría de los Estados participantes en el Comité Preparatorio y después en la Conferencia de Roma favorecía su inclusión y ello simplemente porque resultaba paradójico que quien organizaba u ordenaba un acto de agresión, no fuera procesado y castigado. Las delegaciones de la mayoría de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (China, Francia, Rusia y Reino Unido) estuvieron de acuerdo en incluirlo en el Estatuto, pero a condición de que se le definiese y que se estableciera un vínculo con el Consejo de Seguridad.

---

<sup>554</sup> Sentencia del Tribunal de Nuremberg, del 30 setiembre-1 de octubre de 1946, pár. 197

La Conferencia de Roma de 1998, en su resolución F, estableció una Comisión Preparatoria que debía preparar propuestas acerca del crimen y de sus elementos; y, sobre las condiciones en las cuales la Corte ejercería su competencia<sup>555</sup>, para su remisión a la Asamblea de Estados Partes, con miras a la realización de una Conferencia de Revisión, de conformidad con los artículos 121 y 123 del Estatuto. La Asamblea creó un Grupo Especial de Trabajo abierto a todos los Estados que presentó a la Conferencia de Revisión sus conclusiones sobre el crimen y las condiciones para que la Corte pudiera conocerlo.

En Roma se acordó que la disposición que se habría de aprobar sería de carácter prospectivo y no tendría ningún efecto retroactivo<sup>556</sup> lo que correspondía con el artículo 11 del Estatuto relativo a la competencia temporal. Para algunos, la definición del crimen no debía fundarse en la resolución 3314; para otros, en cambio, debían retenerse sus elementos constitutivos. Para otros, siguiendo la redacción del Código de Crímenes de 1996, una definición más simple era lo más conveniente. Igualmente controversial el tema relativo a las condiciones para que la Corte pudiera ejercer su jurisdicción. Para algunos, para poder establecer la responsabilidad penal individual era necesaria una declaración previa del Consejo de Seguridad en la que se constatará la existencia de un acto de agresión, para poder determinar la responsabilidad penal internacional individual. Para otros, esta constatación correspondía a la Asamblea General. En todo caso, una decisión política podría comprometer la autonomía jurisdiccional del tribunal.

El crimen de agresión tiene características políticas muy importantes que no podían dejarse de lado durante las negociaciones. La paz y la seguridad internacionales, su mantenimiento y reestablecimiento, es competencia, principalmente, del Consejo de Seguridad; pero es también del interés de la Corte, como se observa en el Preámbulo del Estatuto en el que se reafirman los principios de la Carta. Los crímenes de trascendencia internacional que determinan la función de la Corte “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar del mundo.”<sup>557</sup> La determinación de un acto de agresión, es decir, del uso de la fuerza en violación de la Carta de las Naciones

---

<sup>555</sup> Doc.PCNICC/2002/2/add.2.

<sup>556</sup> Resolución F, pár.9.

<sup>557</sup> Preámbulo del Acuerdo de cooperación suscrito en la Corte y la ONU en 2002.

Unidas (excluidas la legítima defensa y las acciones del Consejo en el marco del Capítulo VII), corresponde al Consejo de Seguridad.

Producto de las negociaciones y de los consensos, en el Estatuto se precisan las relaciones entre el Consejo y la Corte, en particular, en los artículos 13b) y 16 del Estatuto en los que se define el rol del Consejo en cuanto al inicio y a la suspensión de una investigación o de un procedimiento. En los nuevos artículos relacionados con el crimen de agresión se plantea la relación entre el Fiscal y el Consejo. Por otra parte, en términos generales, en el Acuerdo de Relación en vigor desde octubre de 2004, en virtud del artículo 2 del Estatuto de Roma, se establece la base legal de cooperación dentro del marco de sus mandatos en el marco de una relación de equilibrio entre la independencia y la cooperación.

En relación con el crimen de agresión, el más complejo, sin duda, por sus implicaciones políticas, no podía obviarse esa relación entre los dos órganos. En Kampala se adopta por consenso un texto de compromiso, pese a la oposición de los Estados Unidos que propone la adopción de los “Entendimientos” que se anexan a la resolución 6, para interpretar los artículos enmendados.

En el nuevo artículo 8bis<sup>558</sup> se recogen los elementos constitutivos del crimen, trasladándolos en general de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General.

---

<sup>558</sup> El nuevo artículo 8 bis dice que “ 1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un crimen de agresión cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

Se presentan una definición (pár.1) que según la CIJ es la “expresión del derecho consuetudinario”<sup>559</sup>; y, los actos que constituyen la agresión (pár.2), que serán precisados en el nuevo artículo 9, relativo a los Elementos del crimen.<sup>560</sup>

- 
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
  - d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
  - e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
  - f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
  - g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

<sup>559</sup> CIJ. Rec. 1986, pár. 195.

<sup>560</sup> **Anexo II**

## **Enmiendas a los elementos de los crímenes**

### **Artículo 8 bis**

#### **Elementos del Crimen de agresión:**

**Introducción:** 1. Se entenderá que cualquiera de los actos a los que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 8 bis se caracteriza como un acto de agresión. 2. No existe obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la incompatibilidad del uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas. 3. La expresión “manifiesta” es una calificación objetiva. 4. No existe la obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la naturaleza “manifiesta” de la violación de la Carta de las Naciones Unidas.

**Elementos:** 1. Que el autor haya planificado, preparado, iniciado o realizado un acto de agresión. 2. Que el autor sea una persona que estaba en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado que cometió el acto de agresión. 3. Que el acto de agresión – el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas – se haya cometido. 4. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que

La Corte podrá conocer el crimen de agresión si la cuestión es planteada por un Estado Parte, si es remitida por el Consejo de Seguridad o si el Fiscal actúa por su propia cuenta, al igual que cuando se trata de los otros crímenes objeto de su competencia, según lo establece el artículo 13 del Estatuto. En el caso de una solicitud del Consejo, la Corte no tendrá la limitación que se establece cuando se trata de un Estado no parte, incluso cuando se trata de un Estado que ha hecho una declaración de no aceptación de la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión, según se desprende del entendimiento 2 que dice:

....la Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión sobre la base de una remisión por el Consejo de Seguridad, de conformidad con el apartado b) del artículo 13 del Estatuto, *independientemente de que el Estado de que se trate haya aceptado la competencia de la Corte a este respecto.* (itálicas nuestras).

La Corte podrá incluso conocer una cuestión enviada por el Consejo aunque no haya constatado formalmente la agresión. Su envío supone tácitamente que se está ante actos de agresión.

La situación es distinta cuando se trata de una cuestión remitida por un Estado parte o de una acción del Fiscal. En efecto, en el caso del envío por un Estado parte o cuando el Fiscal decide iniciar la investigación por su propia cuenta, la Corte no podrá considerar la cuestión si se trata de un Estado no parte o que haya declarado que no acepta la competencia de la Corte en relación con este crimen. El párrafo 5 del artículo 15bis dice que cuando se trata de un Estado no parte en el Estatuto "la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo".

La Corte no podrá tampoco ejercer su jurisdicción cuando un Estado ha hecho una declaración de no aceptación, tal como previsto en el nuevo artículo 15 bis, párrafo 4, en el que se precisa que

---

determinaban la incompatibilidad de dicho uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas. 5. Que el acto de agresión, por sus características, gravedad y escala, haya constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 6. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían dicha violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>1</sup> Respecto de un acto de agresión, puede suceder que más de una persona se halle en una situación que cumpla con estos criterios.

... podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, *salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia* mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. El retiro de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años. (itálicas nuestras).

Por otra parte, cuando el Fiscal decide iniciar una investigación, deberá “verificar, en primer lugar, si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión” (párrafo 6 del artículo 15bis). El Fiscal sólo podrá actuar cuando el Consejo “haya realizado dicha determinación” (párrafo 7 del mismo artículo). Sin embargo, el silencio del Consejo sobre una situación permitiría al Fiscal actuar “siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación...” (párrafo 8 del mismo artículo). Esto no impide, según el nuevo artículo 15bis-8, que el Consejo de Seguridad pueda pedir a la Corte que suspenda la investigación o el procesamiento por doce meses, lo que puede ser renovado por igual período, según el artículo 16 del Estatuto.

La Corte, de todas maneras, según lo establecen los nuevos artículos 15bis y 15ter, sólo podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos “un año después de la ratificación o la aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.” (párrafo 2). Además, lo que debilita la función de la Corte, al introducir un plazo adicional, la Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los artículos 15bis y 15ter “a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.”

### **Un comentario a título de conclusión: Una Corte eficaz en un mundo más solidario**

A diez años de la entrada en vigor del Estatuto de Roma y del inicio de las actividades de la Corte no es fácil hacer un balance de su gestión que apenas inicia con el examen del primer asunto, en el 2004; pero si es posible hacer algunas observaciones sobre su futuro fundándose en la conclusión de que la sociedad internacional evoluciona y transita hacia una verdadera comunidad

internacional en la que prevalecen los intereses comunes y que su eficacia dependerá de varios factores, todos relacionados con la necesaria solidaridad internacional y el consenso para adoptar decisiones.

El Estatuto de Roma traduce avances importantes. La reafirmación y la precisión de la definición de determinados crímenes internacionales y de principios fundamentales de Derecho Internacional Penal marca una pauta importante en cuanto a la represión de los crímenes internacionales en general y en la lucha para erradicar la impunidad. Hoy, no hay dudas acerca de la responsabilidad penal internacional individual, tampoco en cuanto a la posibilidad de que se puedan procesar penalmente a los autores de crímenes internacionales, independientemente de su cargo y por cumplir órdenes superiores. Igualmente satisfactorio la afirmación en la práctica que el acto de “reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” (Art.8.2.b.xxvix) constituye un “crimen que afecta a la comunidad internacional en su conjunto.”<sup>561</sup>

Pero, el éxito de la Corte no depende solamente de su eficiencia, sino de su eficacia que reposa necesariamente en la cooperación que brinden los Estados Partes y no Partes en el Estatuto, así como las instituciones internacionales y la sociedad civil, en general. Los tribunales internacionales requieren para su funcionamiento la asistencia y la cooperación de los Estados y de las instituciones internacionales, ya que ellos no cuentan con los medios para hacer cumplir las órdenes o sus decisiones, como los tienen los órganos nacionales. La Corte apenas ha comenzado a funcionar, limitadamente por lo demás, en algunos casos, en relación con los cuales los autos de proceder no han tenido la eficacia esperada.

La cooperación internacional es un tema complejo que se debate entre la afirmación de la soberanía y la independencia de los Estados y la necesidad de cooperación internacional.<sup>562</sup> La obligación de cooperar, en cualquier ámbito, es

---

<sup>561</sup> Declaración del Presidente de la Sala de Primera Instancia cuando se adoptó la decisión condenatoria en contra de Thomas Lubanga.

<sup>562</sup> ABELLAN, Honrubia Victoria, *La responsabilité internationale de l'individu*, p.243, RCADI, Vol. 280, 1999.

generalmente de origen convencional. No hay una norma de Derecho Internacional general que la establezca, aunque ella esté recogida en el artículo 3-1 de la Carta de las Naciones Unidas en el que se señala, entre los Propósitos de la Organización: “realizar la cooperación internacional en al solución de problemas internacionales de carácter económico (...) o humanitario y en el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos...”; y, precisada en los artículos 55 y 56 de la Carta relacionados con la cooperación internacional económica y social y en el que “los Estados se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización...”

Si bien los tribunales especiales creados por el Consejo de Seguridad tienen facultades superiores a los Estados, por su relación con el Consejo de Seguridad, al que puede ser referida una negativa de cooperación, la Corte Penal Internacional mantiene una relación de cooperación general con los Estados que se recoge a lo largo del Estatuto, más en el Capítulo IX relativo a la “cooperación internacional y la asistencia judicial”. La obligación de cooperar está recogida en forma transversal en el Estatuto, pero particularmente, en su artículo 86<sup>563</sup> y en la Parte IX. Esta obligación, evidentemente convencional en este caso, como dijimos antes, comienza a formarse como una norma de Derecho Internacional consuetudinario, por la que los Estados estarían vinculados no solamente por el Estatuto, es decir, los Estados Partes, sino por el Derecho Internacional general, lo que afecta a los Estados no partes. Una evolución en esa dirección responde a la solidaridad internacional, a la necesidad de luchar contra los problemas de interés común y a las exigencias de la conciencia y de la formación de un orden público internacional que comprenda reglas de esta naturaleza. En el Caso *Blaski’c* la Sala de Apelaciones del tribunal para la ex-Yugoslavia consideró, lo que fortalece este criterio y el proceso que se desarrolla en relación con la formación de una norma consuetudinaria, que “las obligaciones de cooperación judicial entre los Estados y el tribunal eran obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto” o *erga omnes*.

---

<sup>563</sup> “Los Estados Partes (...) cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuicimaimneto de crímenes de su competencia”.

De la misma manera, en el Caso *Darfour* el Fiscal declara que “para las exigencias de la investigación es necesario obtener la cooperación duradera de las autoridades nacionales e internacionales”, lo que favorece la formación de una *opinio juris* alrededor de esta obligación. Sin embargo, algunas actitudes en contrario afectan este proceso. En el mismo Caso *Darfour*, el Consejo de Seguridad, aunque concluye en su resolución que el gobierno sudanés y todas las partes en el conflicto deben cooperar plenamente con la Corte y con el Fiscal y aportar toda la asistencia necesaria, reconoce al mismo tiempo que “... que el Estatuto de Roma no impone ninguna obligación a los Estados no partes”.

Algunas posiciones políticas asumidas por algunos, como Estados Unidos antes de la Conferencia, durante ella y después, no solamente en el Consejo de Seguridad, sino en sus relaciones con Estados Partes, para evitar que sus nacionales en misiones de paz sean juzgados por la Corte, contradicen el espíritu de cooperación necesaria no solamente hacia la Corte, como institución en cuya formación participaron, sino a la justicia penal internacional, a la represión de los crímenes de trascendencia internacional<sup>564</sup>.

---

<sup>564</sup> Estados Unidos sostuvo una posición inicial contraria a la creación de la Corte, pese a haber antes contribuido con la creación de los tribunales penales ad hoc. Durante las negociaciones asumió posiciones rígidas que frenaban el avance del proceso y que permitieron el debilitamiento de la nueva jurisdicción, como la inclusión del artículo 124, incorporado al término de la Conferencia de Roma que permite a un Estado Parte la posibilidad de excluir, por un período de siete años, a partir de la entrada en vigor del Estatuto, la competencia de la Corte por los crímenes de guerra cometidos sobre su territorio o por uno de sus nacionales en el territorio de otro Estado. Al final de la Conferencia Estados Unidos objetaba la competencia de la Corte sobre los Estados no partes, lo que puso en peligro la adopción del Estatuto, el 18 de julio de 1998 (Ver. Doc A/Conf.183/C.1/SR.42, p.20, del 17 de julio de 1998). La posición de Estados Unidos en el Consejo de Seguridad ha debilitado también a la Corte. La resolución 1422, del 12 de julio de 2002, por la cual la competencia se bloquea en lo que respecta a las nacionales de los Estados que contribuyen en las operaciones de paz de Naciones Unidas, para el mantenimiento de la paz, representa una limitación importante a la jurisdicción de la Corte. Más tarde, el 12 de junio de 2003 el Consejo confirmó el bloqueo, cuando adopta la resolución 1487 aplicando el artículo 16 que ofrece al Consejo la posibilidad de suspender las investigaciones por un año renovable. También afecta la eficiencia de la Corte la conclusión de acuerdos con algunos Estados partes mediante los cuales éstos se comprometen a no entregar a nacionales de los Estados Unidos que se encuentren en su territorio. Mas lamentable aún, el retiro de la firma del Estatuto, un acto sin precedentes, que convierte a Estados Unidos en tercer Estado, despojándose de las obligaciones que se derivaban de la firma, en diciembre de 2000. Sobre la posición de los Estados Ver el artículo de SCHEFFER, David, jefe de la delegación de los Estados Unidos en las negociaciones para la adopción del Estatuto, incluso en la

Otros obstáculos ponen en peligro la eficacia del tribunal. La inclusión del artículo 124, una fórmula de transacción introducida al finalizar la Conferencia de Roma que sin duda debilita la función jurisdiccional del tribunal. El artículo 124 del Estatuto permite a un Estado sustraerse de la competencia de la Corte por un período de siete años, en relación con el artículo 8 del Estatuto, lo que podría traducirse, al menos en cuanto a sus efectos, a una reserva, aunque éstas están prohibidas expresamente en el artículo 120 del Estatuto. Colombia y Francia recurrieron a esta disposición al momento de ratificar el Estatuto. Esta situación deberá superarse en el futuro, de manera de permitir la mas amplia jurisdicción a la Corte. En Kampala, lamentablemente, el artículo 124 que contiene la tan cuestionada cláusula *opting out* fue mantenido en iguales términos, lo que para muchos nos resulta decepcionante.

Por otra parte, es importante que la Asamblea de Estados Partes, es decir, los Estados que integran la Corte como organización internacional examinen cuidadosamente la competencia material del tribunal y la adapten constantemente, mediante el mecanismo de revisión previsto en el Estatuto, a las exigencias de la realidad internacional. Así, el artículo 5 del Estatuto deberá ser revisado para incluir otros crímenes que, desde luego, deberán ser definidos, así como las condiciones para que ella pueda ejercer su competencia en relación el mismo. Me refiero al terrorismo, el narcotráfico y a otras prácticas que se consideren que afectan los intereses de la comunidad.

La comunidad internacional en su conjunto, la ciudadanía del mundo, exige la represión de los crímenes internacionales, lo que supone el fortalecimiento y el apoyo que debe darse a la Corte como una de las instituciones internacionales competentes para conocer esos crímenes, siempre, desde luego, con una visión de complementariedad positiva. Las normas han sido elaboradas, los conceptos definidos. Basta ahora buscar los consensos necesarios para que ella pueda funcionar adecuadamente y para que se fortalezcan sus capacidades, su jurisdicción.

---

Conferencia de Roma de 1998: The United States and the International Criminal Court, AJIL, Vol. 93. No 1, 1999.

## Bibliografía

- ABELLAN, Honrubia Victoria, La responsabilité internationale de l'individu, RCADI, Vol. 280, 1999.
- AMBOS, Kai. El crimen de agresión después de Kampala, en Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III, Huri-age, Madrid, 2010.
- ASCENCIO, Hervé, La evolution de la justice penal internationale, en La Justicia Penal Internationale Presses Universitaires de Limoge, 2004.
- BARBOZA, Julio. International Criminal Law, RCADI, Vol.278, La Haya, 1999.
- BEDJAOUI, M. : L'humanité en quête de paix et de développement (I). Cours général de droit international public, 9-530. RCADI. Vol.(2006)
- BEDJAOUI, M. : L'humanité en quête de paix et de développement (II). Cours général de droit international public, 9-542. RCADI Vol. 325 (2006)
- CANCADO TRINDADE, A. A.: International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* (I). General Course on Public International Law, 9-440. RCADI, Vol. 316 (2005)
- COT, PELLET et FORTEAU, Commentaires a la Charte des Nations Unies, Vol. I y 2, 3a. Edición, Economie, Paris, 2005.
- CASSESE, Antonio. Lineamenti di diritto internazionale penale (I. Diritto sostanziale), Il Mulino, Bologna, 2011.
- CHEMILLIER-GENDREA, Monique, Droit International et démocratie mondiale. Les raisons d'un échec, La Découverte, Col. Textuel.
- DAVID, Eric, La Cour Penale Internationale, RCADI, Vol.313, 2005.
- DE FROUVILLE, Olivier, Droit International Penal, Pédone, Paris, 2012.
- DIAZ BARRADO, Castor M., El Derecho Internacional del tiempo presente, Universidad Rey Juan Carlos, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- GOWLLAN- DEBBAS, Vera. The relationship between the Security Council and the International Criminal Court, Lecture Series, United Nations, 2012.
- GUTIERREZ ESPADA, Cesareo y CERVELL HORTAL, Maria Jose. El Derecho Internacional en la Encrucijada, pp: 447 yss .Edf. Trotta, Madrid, 2008.
- JORDA, M. C. : Du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie à la Cour pénale internationale: De quelques observations et enseignements (conférence), 9-24. RCADI, Vol. 307 (2004)
- KAMTO, M. : La volonté de l'Etat en droit international, 9-428. RCADI, Vol. 310 (2004)
- LAGHMANI, Slim. La volonté des Etats est-elle encore au fondement du droit international? Cursos Euromediterraneos de Derecho Internacional, Bancaja, Vol. XI-XII, 2007-2008
- LIROLA DELGADO, Isabel y MARTIN MARTINEZ, Magdalena. La Corte Penal Internacional. Ariel. Barcelona, 2001.

MAHIOU, Ahmed. Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité, Cours General de Droit International Public, RCADI, 2009.

PAZARTZIS, Photini. La repression penale des crimes internationaux: Justice penale internationale. Ed. Padone, Paris, 2007.

PELLET, A. : L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale (conférence inaugurale, session de droit international public, 2007), 9-48. RCADI, Vol. 329 (2007)

RODRIGUEZ CARRION, Alejandro. Derecho internacional penal y derecho penal internacional, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. I, Madrid, UAM, Eurolex, 2005, pp. 563-587.

SANDOZ, Yves, Quel droit international pour le 21<sup>e</sup> siècle ? Ed. Bruylant, Bruselas, 2007

SALMON, J. : Quelle place pour l'Etat dans le droit international d'aujourd'hui ? (Conférence inaugurale, session de droit public 2009), 9-78. (Vol.347.2012).

SHABAS, William, The International Criminal Cour- A commentary on the Rome Statute, Oxford, O.U.P, 2010.

SHABAS, William, An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 4a. edición, 2011.

THURER, D. : International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context (2008), 9-370.  
RCADI, Vol. 338 (2008).

VERHOEVEN, J. Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public (2002), 9-434. RCADI, Vol. 338 (2008).