"LA NECESIDAD JURÍDICA DE LA EXISTENCIA Y LA ACCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI) EN EL CONTEXTO MUNDIAL".

Análisis Jurídico de la Responsabilidad Penal Internacional del Individuo, la Jurisdicción Penal Internacional y los "Acuerdos de Impunidad"

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN …….. 7

i. Metodología utilizada en la investigación …….. 8

ii. Descripción y explicación metodológica ……...… 9

CAPÍTULO PRIMERO
BREVE DESCRIPCIÓN DE LA EVOLUCIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA Y LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI) …… 12

1.1. ¿Por qué es necesaria la existencia y funcionamiento de una corte penal internacional permanente? …… 13

1.2. Argumentos a favor de la creación de un Tribunal o Corte Penal Internacional Permanente ……. 18

1.3. Historia y Evolución de la Corte Penal Internacional ……. 20

1.3.1. Los tribunales penales internacionales ad hoc …….. 20

1.3.2. Los tribunales penales internacionales de Versalles, Núremberg y Tokio …. 21

1.3.3. Los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda ….. 24

1.3.4. Argumentos jurídicos para la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda …… 29

1.4. El Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 …… 33

1.4.1. El proceso recorrido para llegar a la redacción del ER ……... 33

1.4.2. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional ……... 33

1.4.3. La recuperación del objetivo de la creación de una jurisdicción

penal internacional. El Proyecto de la CDI de 1994 …… 37
1.4.4. La Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas .. 39
1.5. El papel de la Sociedad Civil ……. 40
1.6. Análisis básico de contenido y alcance del Estatuto de Roma del 17 de Julio de 1998 ……. 41
1.7. Características de la Corte Penal Internacional (Sinopsis) …… 44
1.8. Principales puntos sobre el funcionamiento de la CPI …… 47
1.8.1. Mecanismos para la denuncia de delitos de gravedad internacional, y la gestión de la Fiscalía …… 49
1.8.2. Rol del Consejo de Seguridad ……. 49
1.8.3. Principio de Complementariedad ……... 50
1.8.4. Jurisdicción sobre ciudadanos de Estados no signatarios ……... 52
1.8.5. Sobre el tratamiento de Víctimas y testigos …….. 52
1.9. Obstáculos para el funcionamiento de la CPI ……. 53
1.9.1. Posiciones opuestas de Estados frente a la jurisdicción penal internacional ..53
1.9.2. Otros obstáculos ……... 55

CAPITULO SEGUNDO
EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO Y EL DE JURISDICCIÒN PENAL INTERNACIONAL. Fundamento de la existencia de una Corte Penal Internacional …… 57

2.1. El Derecho Penal Internacional y los conceptos de "jurisdicción penal internacional" y "responsabilidad penal internacional del individuo" ……. 58
2.2. El Derecho Penal Internacional ……. 58
2.3. La Responsabilidad Penal Internacional del Individuo ……. 64
2.3.1. Definición …….. 64
2.3.2. Análisis de la figura de la responsabilidad penal internacional del individuo.67
2.3.3. Obstáculos jurídicos para la responsabilidad penal internacional del individuo. Normas sobre responsabilidad penal internacional individual a tener en cuenta … 68
2.3.4. Normas internacionales que recogen la responsabilidad penal internacional. 71

2.3.5. Responsabilidad penal internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado ……. 73
2.4. La jurisdicción penal internacional …….. 74
2.4.1. Definición …….. 74
2.4.2. Proceso para alcanzar una jurisdicción penal internacional ……... 78
2.4.3. Argumentos para la necesidad de una jurisdicción penal internacional …… 80
2.4.4. La jurisdicción penal internacional frente a la jurisdicción y sanción en los ordenamientos internos …….. 83

CAPÍTULO TERCERO
DIFERENTES POSICIONES INTERNACIONALES FRENTE A LA CPI Y LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL. Los denominados "acuerdos de inmunidad" para ciudadanos de los EEUU ……. 86

3.1. Los "acuerdos bilaterales de inmunidad".
Proceso y análisis de la perspectiva estadounidense ……. 88
3.1.1. Antecedentes de los acuerdos bilaterales de inmunidad ……..... 88
3.1.2. La posición de los EEUU frente al Estatuto de Roma y la barrera a la jurisdicción penal internacional. La exención especial a las tropas y misiones de EEUU ……. 92
3.1.3. Los acuerdos bilaterales respecto a la entrega de personas de los EEUU a la CPI …..... 97

CAPÍTULO CUARTO
POSICIÓN ADOPTADA POR LA REPÚBLICA DEL ECUADOR FRENTE A LA CPI. El Ecuador en relación a los "acuerdos bilaterales de inmunidad" …….. 107

4.1. La Posición de la República del Ecuador ……. 107
4.1.1. La posición ecuatoriana frente a la creación de la CPI ……... 111
4.1.2. La posición ecuatoriana frente a los acuerdos de inmunidad sobre el artículo 98.2 del Estatuto de Roma …… 120

4.2. Breve posición de otros países latinoamericanos frente a los "acuerdos de inmunidad de los EEUU …….. 126

CAPÍTULO QUINTO
LA EFECTIVIDAD EN EL EJERCICIO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI). Análisis de su ejercicio y vida desde la celebración del Estatuto de Roma y desde su entrada en vigor el 1 de julio de 2002 ……129

5.1. Análisis del ejercicio de la CPI desde el 2002. ¿Las medidas y fallos de la CPI administran justicia internacional en base a la jurisdicción penal internacional y la responsabilidad penal internacional del individuo? ¿Se ha logrado una lucha contra la impunidad frente al grave cometimiento de crímenes contra la humanidad? …….. 131
5.2. Casos relevantes ……..……. 133
5.2.1. La situación sobre Uganda ……. 137
5.2.2. La situación en Darfur/Sudán ……... 139
5.2.3. La situación en la República Centroafricana …….. 140
5.2.4. La situación en la República de Kenia ……. 142
5.2.5. La situación en Libia …… 143
5.2.6. La situación sobre Costa de Marfil …….. 144
5.2.7. La situación en Mali …….. 145
5.2.8. La situación sobre la República Democrática del Congo …….. 146
5.3. Análisis de la Primera Sentencia de la CPI (SPI I). "El Caso Lubanga"……. 149
5.3.1. El marco jurídico aplicable en la sentencia del "Caso Lubanga"…….. 150
5.3.2. La Sentencia de Imposición de Pena en el "Caso Lubanga"…….. 154
5.3.3. La materia de los "Niños Soldado"……... 159
5.3.4. Finalidad de la pena y marco jurídico ……. 160
5.3.5. El principio "Ne bis in ídem"……. 162

CONCLUSIONES …… 163
BIBLIOGRAFÍA

"LA NECESIDAD JURÍDICA DE LA EXISTENCIA Y LA ACCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI) EN EL CONTEXTO MUNDIAL".

Análisis Jurídico de la Responsabilidad Penal Internacional del Individuo, la Jurisdicción Penal Internacional y los "Acuerdos de Impunidad"

"En el mundo de las ciencias jurídicas, como en otros muchos, hay experiencias o intentos de experimentación que, aun fracasados, suponen un éxito enorme". [1]
(Dr. Alejandro Rodríguez, catedrático Universidad Pompeu Fabra)

RESÚMEN

A partir de la celebración del denominado Estatuto de Roma, muchos han sido los avances, así como los impedimentos para la consecución misma de los objetivos y fines de este documento internacional penal. Así, desde el 17 de julio de 1998, fecha de aprobación del Estatuto de Roma (ER) sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, hasta nuestros días, las ciencias jurídicas y el derecho internacional tuvieron un cambio y aporte significativo, con el nacimiento de la Corte.

Con el tiempo y la coyuntura, las variables de análisis han ido alterándose, por lo que un estudio metodológico serio requiere de una revisión del proceso de creación del instrumento, así como de los motivos políticos y jurídicos que impulsaron su celebración y los que impiden hasta hoy, el pleno funcionamiento de la Corte Penal Internacional (CPI). Igualmente, es muy importante valorar los logros alcanzados por el ejercicio de la CPI en su lucha contra la impunidad del crimen internacional, la efectividad de sus sentencias y el estudio de los casos resueltos y pendientes que otorgan justicia para la comunidad internacional.

[1] Frase del Dr. Alejandro J. Rodríguez Carrión. Lanzamiento del libro "La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad". Barcelona, España. 2001.

Una vez celebrado el ER, y ratificado el mismo por el número de países requeridos, entrando en vigor el 1 de julio de 2002, mucho se ha escrito sobre la creación de la CPI, pero poco se ha analizado sobre el posible riesgo que pueda tener ésta con la celebración de acuerdos bilaterales posteriores (entre Estados) sobre el tema, o con la acción diplomática que tienen algunos Estados nacionales, contraria al espíritu que persigue la Corte.

Desde mi punto de vista, el derecho internacional tiene un aporte significativo con la creación de la CPI, pero además con la definición y práctica de las instituciones jurídicas: "jurisdicción penal internacional" y "responsabilidad penal internacional del individuo". Con ambas instituciones se ha forjado el "derecho internacional penal", una nueva rama del derecho no por ser de gestación reciente, sino por su nacimiento real que se plasma con la creación y funcionamiento de una corte penal internacional permanente. Por ello, a través de los denominados "acuerdos bilaterales de inmunidad" también llamados "acuerdos entre Estados Unidos de América (EEUU) y otro Estado respecto a la entrega de personas de los EEUU a la CPI", se mutila y destruye la propia existencia de la CPI y el principio de jurisdicción penal internacional. Estos acuerdos también llamados como "cláusulas de exclusión", "cláusulas de reserva", "cláusulas de inmunidad" o "acuerdos de impunidad", son convenios creados por los EEUU para impedir la entrega y juzgamiento de ciudadanos estadounidenses ante la CPI, impidiendo que la jurisdicción penal internacional castigue graves atrocidades sobre los DDHH en todos los rincones del planeta.[2]

La presente investigación fue realizada durante algunos años, recopilando datos, entrevistas, textos y citas, pero principalmente, vigilando la acción diplomática realizada por algunos Estados signatarios y otros que evitaron ser parte del ER.

[2] Es muy importante señalar que todos estos términos señalados son sinónimos y serán utilizados a lo largo de esta investigación. Estos términos se refieren a la posición y estrategia de los EEUU y su diplomacia frente a la CPI y sus nacionales. Sin embargo, de manera general y tal como se explica en el Capítulo Tercero, para mi redacción utilizaré principalmente el término "acuerdos bilaterales de inmunidad". Este tema lo explicaré y desarrollaré profundamente en el capítulo correspondiente.

Los enfoques de cada capítulo son en su gran mayoría inéditos, fruto de mi perspectiva y autoría, por lo cual cualquier crítica o aporte serán siempre bienvenidos.

INTRODUCCIÓN

Comenzaré a exponer esta investigación como es lógico, con una rápida descripción del proceso de creación de la CPI y del ER. Posteriormente, analizaré los principios jurídicos de "responsabilidad penal internacional del individuo" y "jurisdicción penal internacional" y su aporte a la justicia internacional, para proceder al estudio de los "acuerdos bilaterales de inmunidad" que modifican el texto del ER. Luego analizaré la posición jurídica y diplomática de la República del Ecuador, en lo que, para mí, por civismo y seriedad, representa un aporte importante de mi trabajo, ante la posición de los EEUU y una posible inclusión para el ámbito ecuatoriano de una cláusula bilateral de inmunidad. Concluiré con un capítulo final que estudie los casos prácticos y sentencias dictadas por la CPI desde su entrada en funcionamiento y vigor el 1 de julio de 2002, hasta la fecha.

Mi investigación no se enfoca en temas ya ampliamente discutidos por diversos autores e inclusive, investigaciones de la PUCE, como son los aspectos institucionales del ER (mecanismos de creación, personalidad jurídica, financiación, estructura, composición, órganos, temas administrativos y procesales, etc.). Tampoco me enfocaré en los delitos y el "por qué" de su inclusión (o exclusión de otros delitos) en el ER o en temas de competencia material de la CPI, competencia material de la Corte, competencia personal, temporal o a las condiciones de ejercicio y control de la competencia, dimensiones y etapas procesales, investigación, enjuiciamiento, penas, medios de impugnación, etc.

Centro mi análisis dentro del ámbito de los principios básicos para la existencia de la CPI frente a los acuerdos bilaterales de inmunidad. Aquí, la posición de los EEUU y su diplomacia, son muy importantes para el funcionamiento final o no de la CPI, para la jurisdicción penal internacional y consecuentemente, para mi investigación.

La presente investigación fue realizada para apoyar los esfuerzos internacionales para luchar contra la impunidad, y apoyar la garantía de los derechos fundamentales del ser

humano y la defensa de la justicia internacional. Presenta una perspectiva jurídica y contemporánea a lo que, para mí, representa uno de los mayores logros del derecho internacional, y el alcance coercitivo que ha logrado implantar la comunidad internacional con la creación de la CPI.

i. Metodología utilizada en la investigación

Presento a continuación, el problema, la hipótesis y otros factores relevantes de mi investigación, con el afán de enfocar el tema central y objetivo de mi disertación. Es de suma importancia para cualquier lector y más, para un estudioso de la ciencia jurídica el señalar estos puntos, como una forma de presentar la seriedad de mi investigación, y demostrar el respeto que tengo hacia quienes hacen investigación jurídica o buscan encontrar en este texto alguna contribución académica.

El problema de investigación que he planteado, dentro de la idea jurídica fundamental de "jurisdicción penal internacional", trata sobre si *los acuerdos bilaterales de inmunidad lesionan los objetivos y cumplimiento del ER, el funcionamiento de la CPI y el principio de responsabilidad penal del individuo.*

La gestión y argumentos jurídicos de los EEUU (o cualquier otro país) con la intensión de celebrar estos acuerdos bilaterales de inmunidad, basados en lo dispuesto por un artículo del ER (artículo 98), son el asunto central de mi investigación.

Los problemas derivados de la creación de la CPI son varios e igualmente pueden influir en mi análisis y en la evaluación del estudio. Sin embargo, yo centraré mi investigación, en defender la denominada "jurisdicción penal internacional", la "responsabilidad penal internacional del individuo", y como idea central, las consecuencias que sobre estas instituciones jurídicas pueda tener la celebración de acuerdos bilaterales entre países, que excluyan de las disposiciones del ER a los individuos de una determinada nacionalidad.

De manera conexa, analizaré si las normas del ER permiten o no en su texto, que se realicen los mencionados acuerdos bilaterales de inmunidad y los alcances de tales normas.

Desde el punto de vista metodológico y para demostrar lo que señalo anteriormente, parto de dos preguntas básicas para mi investigación:

a) ¿Qué factores o argumentos jurídicos favorecen y permiten (o no), la celebración de los "acuerdos bilaterales de inmunidad" para proteger a ciudadanos de un determinado país y que evitan que éstos sean juzgados ante la CPI?

b) ¿Los "acuerdos bilaterales de inmunidad" lesionan, dificultan o impiden la existencia y acción de la CPI?

ii.Descripción y explicación metodológica

El tiempo de mi investigación es: *retrospectivo*, ya que analizo su recorrido histórico, evaluación y fuentes de creación, con el objetivo de encontrar logros y a partir de allí sí, predecir futuros avances en lo que es la consecución de justicia internacional, jurisdicción penal internacional y la responsabilidad penal internacional del individuo.

El espacio metodológico de mi investigación es: *universal*, ya que engloba a todo el conjunto de seres humanos y países del planeta.

El fin de mi investigación es explicar una relación determinada de causalidad entre dos variables: una dependiente y otra independiente.

1) **Variable Dependiente:** La existencia de una corte penal internacional permanente basada en el principio de responsabilidad penal internacional del individuo y la jurisdicción penal internacional, como necesidad jurídica en el contexto mundial, para combatir la impunidad de graves delitos internacionales cometidos por personas contra derechos fundamentales del hombre.

2) **Variable Independiente:** La celebración de "acuerdos bilaterales de inmunidad" sobre el Estatuto de Roma y el funcionamiento de la CPI.

Así, la hipótesis que he escogido y planteo es:

"La celebración de acuerdos bilaterales de inmunidad sobre el Estatuto de Roma, realizados entre Estados signatarios de este instrumento internacional, lesionan e impiden la existencia y funcionamiento de una corte penal internacional permanente (en este caso, la CPI) y son contrarios al principio de responsabilidad penal internacional del individuo y a la jurisdicción penal internacional establecidos por el Estatuto"-

Es decir, la hipótesis planteada y con la que intento demostrar una tesis (objeto de esta disertación) es que *la jurisdicción penal internacional y la responsabilidad penal internacional del individuo, son los pilares básicos para el funcionamiento y existencia de la CPI; y, que cualquier acuerdo internacional o bilateral que se suscriba en contra de éstos principios, lesiona y obstaculiza la existencia de la CPI.*

Los objetivos de mi investigación son:

1) Analizar los conceptos de "jurisdicción penal internacional y "responsabilidad penal internacional del individuo";
2) Encontrar posibles normas, a manera de factores de investigación, que permiten la celebración de los acuerdos bilaterales de inmunidad y que excluyan la acción de la CPI;
3) Analizar el texto jurídico de los acuerdos bilaterales de inmunidad celebrados o propuestos (y hallar los patrones de los acuerdos), buscando conocer si éstos se apegan o no al contenido del ER;
4) Encontrar si los acuerdos bilaterales de inmunidad sobre el contenido del ER, lesionan y perjudican la existencia y funcionamiento de la CPI;
5) Analizar la posición de la República del Ecuador frente a los acuerdos bilaterales de inmunidad del ER;
6) Analizar los casos presentados ante la CPI, medidas tomadas y sentencias dictadas por la Corte desde su entrada en funcionamiento y vigor el 1 de julio de 2002 y la eficacia de su ejercicio para combatir la impunidad en la violación grave y atroz de los derechos fundamentales del hombre;
7) Reconocer si las medidas y fallos de la CPI administran justicia internacional en base a la jurisdicción penal internacional y la responsabilidad penal internacional

del individuo y si logran combatir en ese marco la impunidad de graves crímenes internacionales.

Con mi investigación, busco dar relevancia académica y jurídica a la necesidad, eficacia del ejercicio y existencia de la CPI, como freno a la impunidad, como medida para impartir justicia internacional y como garantía a la humanidad, así como la prevención o amedrento a quienes pretendan cometer graves delitos que lesionen derechos humanos en cualquier punto del planeta. Es necesaria mi investigación por la coyuntura ante la violación constante y creciente de DDHH en el planeta, por los abusos del poder y, porque incluye la posición de la República del Ecuador frente a los acuerdos bilaterales, al nuevo orden mundial y frente al derecho internacional contemporáneo.

CAPITULO PRIMERO

BREVE DESCRIPCIÓN DE LA EVOLUCIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA Y LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

La Corte Penal Internacional (CPI) es una iniciativa de la ONU creada y celebrada el 17 de julio de 1998 mediante el Estatuto de Roma (ER), como un aporte para alcanzar justicia internacional y evitar la impunidad ante violación grave de los DDHH en el mundo entero, y con una jurisdicción independiente. La CPI es el primer tribunal internacional de carácter permanente competente para juzgar a los responsables de crímenes contra la humanidad, genocidio, crímenes de guerra, y el crimen de agresión, tal y como establece el artículo 5 de su Estatuto.

Como aporte histórico hacia la justicia, al derecho internacional y a la universalidad de los DDHH, la humanidad logró un paso enorme en contra de la impunidad cuando 120 Estados adoptaron el ER. El mencionado instrumento constitutivo de la CPI entró en vigor el 1 de julio de 2002, tras la ratificación de 60 países. Hasta la presente fecha son 122 los países que han ratificado el ER: 27 países de América Latina y el Caribe (incluida la República del Ecuador), 34 africanos, 18 de la región denominada como Asia Pacífico, 18 de Europa Oriental y 25 de Europa Occidental y otros Estados del área.[3]

Con sede en la ciudad de La Haya, Países Bajos, la CPI se financia principalmente a través de los Estados miembros, "pero también con aportaciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades."[4]

Es muy importante resaltar que, aunque la CPI fue creada por iniciativa de la ONU, éste es un organismo internacional independiente que no forma parte de la estructura de las Naciones Unidas. Por este motivo, el 4 de octubre de 2004 la CPI firmó un acuerdo con la ONU para canalizar y regular una cooperación conjunta, entre las dos instituciones.

[3] Información proporcionada por la secretaría de la CPI (diciembre 2015). La Haya 2015.
[4] www.icc.org

"La CPI es un tribunal estable y permanente. Constituye la primera jurisdicción internacional con vocación y aspiración de universalidad, competente para enjuiciar a personas físicas, y, en su caso, depurar la responsabilidad penal internacional del individuo por los crímenes más graves, de trascendencia para la comunidad internacional."[5]

1.1. ¿Por qué es necesaria la existencia y funcionamiento de una corte penal internacional permanente?

Desde que existe la idea de comunidad internacional, y a partir que se ha tomado conciencia de una idea de justicia internacional universal, se ha gestado el sueño de creación de un tribunal penal internacional permanente, para juzgar atroces crímenes realizados por personas en contra de los derechos fundamentales del hombre. El 17 de julio de 1998 se aprueba el ER sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional permanente (CPI), celebrándose el mismo como documento internacional universal. Este estatuto es el resultado de esfuerzos de familiares de torturados[6], exiliados, desaparecidos, asesinados en guerras y conflictos; consecuencia de doctrinas y estudios de juristas, académicos, sobrevivientes de atrocidades, gobiernos nacionales, jueces, mandatarios, personalidades, organizaciones no gubernamentales; efectos de experiencias anteriores, conflictos bélicos, juicios ad hoc, guerras civiles, etc.

El mencionado documento internacional fue aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas[7]. Se concretó luego de varios años de estudios y de esfuerzos de ciudadanos de todo el mundo. Sin embargo, ¿Por qué se unieron todos esos esfuerzos? ¿Qué ventajas trae para la humanidad la CPI? ¿Por qué tenemos esta necesidad de creación y funcionamiento de una corte penal internacional permanente? ¿Cuáles son los derechos fundamentales protegidos y cuáles los delitos que se consideran

[5] Frase pronunciada por el Dr. José García Margallo, Ministro de Asuntos Exteriores, Reino de España. Conferencia sobre España y la coyuntura internacional. noviembre 2015. Salamanca, España.
[6] Ejemplos de asociaciones de familiares de desaparecidos y torturados que impulsaron la creación de la CPI son HIJOS o Madres de Mayo. Ejemplos de ONG son: Amnesty International, Humans Rights Watch, The Peace Foundation. Ejemplos de grupos de Juristas o asociaciones son American Bar Association, Asociación Internacional de Derecho Penal.
[7] 17 de julio 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas aprueba el mencionado Estatuto, por 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones.

de tan elevada gravedad, cómo para que la humanidad por entero clame por su sanción y juzgamiento? ¿Por qué se considera que en estos casos la participación de los criminales es independiente de la gestión de los Estados, si hablamos de un asunto que concierne al Derecho Internacional? ¿Qué hace que la historia jurídica de la comunidad internacional tenga un antes y un después a la creación de este órgano? ¿Por qué después de la creación de la CPI y de su entrada en funcionamiento, muchos países no reconocen la mencionada corte, e impiden su plena aplicación o existencia?

Muchos libros o tratadistas[8] afirman que el origen de la idea de los tribunales penales internacionales son los tribunales militares de Núremberg y Tokio, que procesaron a los nazis y a los criminales de guerra japoneses, al final de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, encuentro que el origen de la CPI es muy anterior, por lo menos como idea. Los tribunales de Núremberg y Tokio contribuyeron con experiencias y errores,[9] a lo que hoy se llama CPI. Igualmente son "fuente" y su antecedente, los tribunales penales internacionales ad hoc creados para juzgar delitos cometidos en Ruanda y la ex Yugoslavia.

Estos a su vez, tuvieron influencia en la creación de tribunales especiales, conocidos como cortes híbridas, ya que funcionaron con normas ad hoc y con principios de la CPI. Estos tribunales especiales son el Tribunal Especial Internacional de Sierra Leona (TISL), y el Tribunal Especial Internacional de Camboya (TIC). Sin embargo, ninguno de estos dos tribunales híbridos especiales es considerado como fuente para la creación o funcionamiento de la CPI.

Al ser el derecho una expresión de la sociedad en cada espacio y tiempo, todo conglomerado debe exigir garantías jurídicas que vayan acorde a las necesidades sociales. La evolución de la ciencia jurídica tarda más que otras ciencias y mucho más retardan los

[8] Tratadistas que defienden esta posición son: Caloyanni en su libro "Le proces de Nuremberg et l'avenir de la justice pénale internationale, 1946.; o Ferencz en su libro "An internacional Criminal Court".
[9] Por citar ejemplos, son algunas de las contribuciones como "experiencias negativas" para estos tribunales, las relativas a la formación de tribunales ad hoc con jueces que no incluían nacionales de los ciudadanos juzgados y que, por el contrario, incluían nacionales de los países vencedores y enemigos de los procesados. No se juzgó los crímenes cometidos por nacionales de los países vencedores de la guerra. No se respetó el principio "Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege"; los tribunales utilizaban normas penales y procesales con carácter retroactivo, etc.

cambios en el ámbito del derecho internacional, debido a los procesos que requiere y por la complejidad propia de la adaptación y ajuste de diversos sistemas y fuentes de derecho.

Los obstáculos y conflictos entre normas y perspectivas son mayores en el ámbito internacional, que en el plano nacional. Las divergencias e intentos de negociación toman más tiempo en cabildeo internacional y probablemente más, cuando el asunto engloba no a uno o dos países, sino al contexto global de la comunidad internacional. Cada norma positiva en derecho internacional, significa el resultado de un largo proceso de estudio, negociación, y esfuerzo por ajustar las normas a los valores de la sociedad internacional de cada momento histórico. La CPI y el ER, son y siguen siendo un ejemplo de este tipo de negociaciones y extensos procesos evolutivos.

A lo largo de la historia del derecho internacional, los Estados fueron los únicos sujetos de ésta rama jurídica. Fueron los Estados los regulados, así como sus actores, creadores y destinatarios de normas y relaciones. Sin embargo, a partir de la redacción de los derechos fundamentales del hombre y más, con la celebración y ratificación del ER, el ser humano encuentra reconocida su personalidad en el plano internacional. Comenzó así el hombre a tener obligaciones y atribuciones de ciertos derechos dentro de la ciencia jurídica internacional, para luego asumir responsabilidades.

Con el documento jurídico analizado por esta disertación y debido a la gravedad de los delitos consumados en guerras y conflictos del siglo XX, la comunidad internacional impulsó a los Estados a determinar y sancionar la responsabilidad de las personas que planearon y ejecutaron tales atrocidades, en lesión directa a grupos sociales, naciones, etnias, poblaciones, grupos vulnerables y ante el ser humano en sí.

El camino para llegar a la creación y funcionamiento de la CPI se alcanza mediante el reconocimiento por parte de la ciencia jurídica internacional de "**la responsabilidad penal internacional del individuo"**, siendo la responsabilidad penal internacional sobre aquellos crímenes con repercusiones en toda la comunidad internacional. Ciertos autores, llaman a

estos delitos como "crímenes internacionales del individuo, que afectan a los valores que están en la base de la convivencia y la supervivencia de la humanidad"[10].

En un inicio, la comunidad internacional intentó mediante tratados internacionales, identificar comportamientos y asignar responsabilidades penales de individuos, buscando que Estados nacionales con su derecho interno, encuentren y sancionen a tales sujetos (cuya conducta no reflejaba los intereses de los Estados, o no permitía que los Estados se ajusten a las normas de convivencia pacífica y de respeto a la dignidad de toda la humanidad). No obstante, cada vez más a lo largo de la historia, se repitieron los casos en que no se lograba sanción alguna en el plano interno, para sujetos activos de delitos de repercusión internacional, impunes debido a su poder, influencia, conveniencia, etc. Así surge la idea de sancionar desde el plano internacional los denominados "crímenes internacionales"[11].

Comienza a discutirse: ¿qué es un crimen internacional?; y nace el debate sobre la idea de creación de una jurisdicción penal internacional con competencia para juzgar a los individuos autores de crímenes internacionales.

Desde un inicio, varios fueron los problemas y barreras que tuvo que afrontar la redacción final del ER. La mera idea de creación de un órgano jurisdiccional internacional con competencias penales, trajo consigo diversos debates jurídicos entre tratadistas y conflictos políticos entre representantes diplomáticos y gobiernos nacionales. Estados como China, India o Estados Unidos de América, desde un inicio, presentaron sus objeciones y oposición frontal. Entre otros Estados, los mencionados anteriormente, presentaron sus reservas frente a la constitución de un órgano de la comunidad internacional, o más allá, una corte internacional encargada de asumir el ejercicio de la jurisdicción penal.

[10] Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena. "La Corte Penal Internacional Internacional". Ariel Derecho.

[11] Una definición breve de lo que es crimen internacional desde el punto de vista del derecho es una conducta, una acción o una omisión tipificada por la ley, convenio o incluida en los sistemas de bill of rights, que resulta antijurídica y punible, y cuyos efectos o iter criminis superan las fronteras nacionales, territoriales y ponen en riesgo o inestabilidad las relaciones entre Estados. Un crimen viola el derecho penal. En el caso de esta investigación el crimen viola el derecho internacional penal. El concepto está vinculado al de delito, aunque esta palabra (del latín *delinquere*) tiene un origen etimológico que remite a "abandonar" el camino establecido por la ley. En este caso, ley o documento internacional.

La **jurisdicción penal internacional**, o la "**jurisdicción universal**"[12], dependen en mucho de las acciones y competencias soberanas de los Estados, pero también podía parecer contradictoria. Hay pues, que definir estos términos y establecer su campo de acción. La idea y creación de una jurisdicción penal internacional, requiere un "contexto político-internacional receptivo, en el que haya un alto grado de consenso acerca de su necesidad y viabilidad"[13].

El espíritu de la jurisdicción penal internacional comenzó por materializarse mediante la creación de tribunales ad hoc para juzgar crímenes de guerra. Estos tribunales respondían a intereses particulares basados en principios universales, los que construyen la justicia. Sin embargo, el modelo común de ellos, estaba cargado de errores que, a la larga, desde mi punto de vista, desvirtuaron la eficacia, competencia y acción de los tribunales. Estaban todos, ligados a acontecimientos y delitos de enorme gravedad, que llevaban a que se logre a nivel internacional un "consenso parcial acerca de la necesidad inexcusable de sancionar las responsabilidades penales individuales"[14].

Respondiendo a la idea de jurisdicción penal internacional, a la consideración de delitos cuya gravedad trasciende los límites y territorios estatales y a la convicción de evitar que los crímenes de guerra y contra la humanidad queden impunes, surgen los tribunales ad hoc. Son ejemplos: el tribunal especial previsto por el Tratado de Versalles, los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, y los tribunales penales internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia.

La idea y objetivo de la creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente ha permanecido frente al paso de los años y ha enfrentado numerosas críticas de muchos

[12] Término utilizado en los primeros debates de la Comisión de Derecho Internacional. Su propia definición es discutible, debido a que incluye dos términos jurídicos (jurisdicción – universal) que juntos parecen incompatibles o contradictorios.
[13] Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena. "La Corte Penal Internacional Internacional". Ariel Derecho.
[14] Frase pronunciada por la Doctora Araceli Mangas Martín, Directora del Centro de Documentación Europeo, sede España y Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Salamanca. Intervención realizada en el congreso sobre "Iberoamérica ante los Retos del Derecho Internacional en el Siglo XXI" (2005).

gobiernos e importantes catedráticos (como los juristas citados). Sin embargo, la lamentable sucesión de graves crímenes contra la humanidad, el descubrimiento de las atrocidades acontecidas en las guerras del Siglo XX y los recuerdos de impunidad ante éstas, ha dejado latente la idea de una Corte Penal Internacional. De este modo, el ser humano tiene ya en el derecho internacional, un espacio importante, que reconoce una serie de derechos y garantías que protegen la dignidad e integridad de los derechos fundamentales del hombre. La comunidad internacional y la sociedad civil reconocen hoy, que, ante atrocidades y delitos contra la humanidad, en conflictos armados y guerras, la protección del ser humano corresponde no sólo a los Estados, sino a la propia sociedad civil. Tal protección es prioritaria, urgente y necesaria en toda situación. Protección urgente no sólo porque los delitos de gravedad contra la humanidad se siguen cometiendo, sino, porque se cometen con frecuencia y con ayuda de tecnología de punta y con el aval de amplios sectores, incluidos ciertas veces, los gobiernos de los propios Estados violatorios, países productores y vendedores de armas, paraísos fiscales y bancarios.

Por todo lo expuesto anteriormente, en 1998, se logra firmar finalmente un tratado internacional para establecer la CPI. El ER es el resultado de un conjunto de estudios, esfuerzos y negociaciones destinadas a establecer la jurisdicción penal internacional, piedra angular de la Corte. En el Estatuto se definen los delitos, se establecen los órganos que componen la Corte y se describen los aspectos sustantivos, procesales, principios rectores, competencias, límites, el proceso y sus requisitos, recursos, etc.

1.2. Argumentos a favor de la creación de un Tribunal o Corte Penal Internacional Permanente

Desde el punto de vista del Derecho Humanitario, son múltiples los argumentos a favor del establecimiento de una corte penal internacional permanente debido a la garantía futura en la protección de los derechos fundamentales para todos los seres humanos. Igualmente son numerosos los catedráticos, diplomáticos, instituciones, organizaciones y organismos que se han pronunciado en apoyo a su creación[15]. La experiencia de los

[15] A lo largo de esta investigación mencionaré ejemplos de este apoyo a la creación de la CPI, citados ya algunos en pie de página 1, 4 y 9.

Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, descubrieron la urgente necesidad de un cuerpo legal permanente para mantener la justicia internacional. Crímenes contra la humanidad y genocidio tristemente se repiten a diario en nuestro planeta. Los crímenes de guerra y abusos con prisioneros y pueblos vencidos continúan. La impunidad de delitos sigue vigente y continúa constantemente la violación a derechos fundamentales. Muchos perpetradores de crímenes contra la humanidad y genocidio continúan sin ser capturados, procesados o sancionados (penados). Frecuentemente, los sujetos activos de delitos contra la humanidad tienen vínculos con las altas esferas de poder de sus respectivos países, o peor aún, obedecen órdenes de éstas o cuentan con su complicidad y encubrimiento. La manipulación en muchos Estados de sistemas judiciales, institución policial y fuerza pública, han bloqueado cualquier tipo de gestión o investigación a favor de la protección y garantía de los derechos fundamentales.

La CPI siendo una corte permanente, efectiva, internacional e independiente busca garantizar los estándares internacionales de justicia y el debido proceso a nivel mundial. Es, por ende, un modelo de justicia para víctimas y acusados (sujetos activos del grave delito internacional), que tienen en la Corte Penal Internacional, una garantía de juicio justo, niveles de imparcialidad mundialmente aceptados, y respeto a sus derechos fundamentales. Desde mi punto de vista, en los tribunales de Tokio y Núremberg, los acusados no tuvieron derecho a la defensa real, ni siquiera un representante de sus países ante los jueces. Los jueces de tales tribunales fueron todos nacionales de los países vencedores, así como todos los acusados fueron nacionales de los Estados vencidos.

La CPI, busca llevar a cabo juicios justos, para acusados, sospechosos, cómplices y encubridores de delitos considerados como gravísimos crímenes contra la humanidad. Los juicios, a través de ésta corte permanente, se realizan sin importar a qué Estado pertenecen los sujetos activos y al lugar donde se hayan cometido los crímenes. De este modo, se alcanzará una verdadera jurisdicción penal internacional, se diferenciaría entre la responsabilidad personal de la de los Estados y sería un avance hacia la paz mundial y del imperio de la ley. La mera creación de un tribunal penal internacional, es una advertencia y barrera para que quienes acostumbren o pretenden violar derechos fundamentales,

cometiendo graves delitos contra la humanidad y que buscan la impunidad en base a sus vínculos o protecciones de altas autoridades estatales. El mero establecimiento de este tribunal permanente hace pensar varias veces a quienes pretendan cometer atrocidades. Busca ser la CPI, agente disuasivo del genocidio y de graves violaciones de Derecho Internacional en el futuro.

Igualmente es la CPI una corte respetuosa del *principio de complementariedad.* Esto significa que se reconoce que la CPI sólo puede actuar en defecto de los tribunales nacionales. Es decir, que cuando un Estado puede y está dispuesto a someter a un proceso justo y razonable al acusado, evitando la impunidad del delito cometido, no haría falta intervención internacional. No obstante, hay que tener en cuenta que el genocidio y los crímenes contra de la humanidad, al igual que los crímenes de guerra y de agresión suelen cometerse en muchos casos con la complicidad de Gobiernos y Estados que permiten la impunidad. Los derechos humanos universales "no pueden ser violados y abandonados, sin ninguna protección, a la soberanía de los Estados bajo cuya jurisdicción se hayan cometido, pues éstos no dependen de la jurisdicción nacional, sino que desbordan dichos límites territoriales"[16]. De este modo, la supremacía y establecimiento de un tribunal internacional son fundamentales para proteger a la comunidad mundial internacional y brindar garantía de los derechos de nacionales y ciudadanos del mundo entero.

1.3. Historia y Evolución de la Corte Penal Internacional

1.3.1. Los tribunales penales internacionales ad hoc

El proceso de creación de una CPI es sin duda, el resultado de varios intentos por tener tribunales de justicia internacional, y la superación basada en argumentos de derecho de numerosas críticas, barreras y dificultades. El proceso mencionado obedece a un lobby político internacional, al trabajo de jurisconsultos del área penal internacional, y a la lucha del Derecho Humanitario. El texto con el que se crea la Corte Penal Internacional es el Estatuto de Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998. Con este documento, se puede considerar que se ha creado una corte penal internacional de carácter

[16] Frase pronunciada por la Dra. Magdalena Martín Martínez, en el Congreso de Derecho Penal de 1999, realizado en el Palacio de Congresos de la ciudad de Salamanca, España.

permanente (más allá de su real funcionamiento y eficiencia que será analizado más adelante), debido a la necesidad del establecimiento de una **jurisdicción penal internacional**, en conjunto con el desarrollo del principio de la **responsabilidad penal internacional del individuo**.

Para sancionar crímenes de guerra y delitos de gravedad extrema en contra de la humanidad, la comunidad internacional y en especial los países vencedores de guerras, buscaron crear tribunales militares, que lograron resultados parciales de la idea de jurisdicción penal internacional. Estos tribunales fueron, como se ha dicho tribunales especiales para cada caso, para cada guerra, para cada época. Es decir, no fueron tribunales permanentes, ni de jurisdicción internacional. Fueron tribunales ad hoc.

Los tribunales ad hoc, como he comenzado a esbozar, se caracterizan por juzgar y condenar acontecimientos particulares y delitos considerados de enorme gravedad, que tienen como sujeto pasivo del delito, no un individuo o grupo, sino a la humanidad entera, sin la preexistencia de una ley que establezca tales actos como delitos, o los codifique o establezca normas procesales previas al cometimiento de la hipótesis delictiva.

Debido a la gravedad de estos delitos y atrocidades se alcanzó un cierto consenso parcial internacional acerca de la necesidad inexcusable de sancionar las responsabilidades penales individuales, diferenciando la acción individual de la acción de los Estados o pueblos.

Los tribunales ad hoc que la comunidad internacional forjó en la historia contemporánea, basados en el principio de responsabilidad penal internacional del individuo (con diferentes matices, perspectivas y diferencias) fueron el tribunal especial previsto en el Tratado de Versalles, los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, y de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

1.3.2. Los tribunales penales internacionales de Versalles, Núremberg y Tokio

Desde mi perspectiva, pienso que, si se puede hablar que los tribunales penales internacionales ad hoc creados a lo largo de la historia contemporánea, intentaban

establecer una jurisdicción penal internacional incorporando el principio de la responsabilidad penal de los individuos en el orden internacional.

Luego de terminada la Primera Guerra Mundial, los países vencedores, basados en el Tratado de Versalles buscaron enjuiciar al káiser Guillermo II. Se intentó crear un tribunal especial formado por representantes de cada una de las potencias aliadas. Desde entonces los acusados desconocían la competencia de este tribunal para juzgar sus acciones, debido a que no existía una norma anterior a la ejecución del delito (nullum crimen sine lege, nulla poena sine praevia lege) y a que los jueces eran por su procedencia nacional, "juez y parte", enemigos del káiser. Más que por argumentos jurídicos, por motivos políticos los Países Bajos se negaron a conceder la extradición del káiser Guillermo II y los demás implicados. Por esta razón "el Tribunal de Versalles"[17] no llegó a funcionar ni a implantarse.

Cuando los países vencedores de la Primera Guerra Mundial fracasaron en su intento por juzgar delitos internacionales de gravedad, años después, la Sociedad de Naciones también contribuiría con un aporte para la justicia internacional. Posteriormente a los asesinatos del rey Alejandro de Yugoslavia y del ministro francés Barhou en Marsella (1934), Francia con el apoyo de otros países europeos, impulsó la aprobación de la "Convención para la represión del terrorismo". Esta convención se celebró el 16 de noviembre de 1937 y establecía entre sus normas la creación de una corte penal internacional. Debido a los impedimentos legales, a la división real existente entre los países miembros y la siempre importante, discordia política internacional, nunca se llegó a juzgar los casos mencionados, ni crear tal corte.[18]

Estos antecedentes y esfuerzos demuestran cómo antes de la Segunda Guerra Mundial existía ya "una corriente apoyada desde instancias políticas y diplomáticas favorables a la creación de un órgano jurisdiccional penal en el orden internacional que asegurase la

[17] Denominación con la que califico al tribunal penal internacional que buscaba enjuiciar al káiser Guillermo II y que se fundamentaba en las normas del Tratado de Versalles.
[18] Corte que se establecía en la "Convención de Ginebra por la prevención y la represión del terrorismo del 16 de noviembre de 1937".

sanción de la responsabilidad penal internacional del individuo"[19]. Si bien es cierto que el Tribunal establecido por el Tratado de Versalles y de la Sociedad de Naciones no entraron nunca en funcionamiento, sostengo y contradigo a aquellos autores[20] que señalan que la idea de creación de un órgano jurisdiccional penal internacional tiene su inicio en los tribunales de Núremberg y Tokio, posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

Con las atrocidades y genocidios cometidos en la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional (y más aún los países vencedores de la guerra), retomaron urgentemente la idea de crear tribunales penales internacionales para juzgar a los sujetos activos de tales delitos. Se crean entonces, tribunales militares internacionales para el procesamiento de importantes líderes criminales de guerra, en este caso de los países vencidos, las denominadas potencias del Ej: Alemania y Japón. Tales tribunales denominados "Tribunal Militar Internacional de Núremberg" y "Tribunal Militar Internacional de Tokio" se prestaron para numerosos debates y críticas, como he mencionado anteriormente, sobre la violación al principio *nullum crimen sine lege.* Estas críticas hicieron evidente la falta de normas de consenso y aprobación internacional, ya no sólo de Europa, los países occidentales o vencedores, sino de toda la comunidad internacional. Se comienza entonces a hablar de un "Código Penal Internacional" y un "Código Procesal Penal Internacional".[21]

Otras evidentes y justificadas críticas a la creación y acción de los tribunales de Núremberg y Tokio se centraron en su carácter de jurisdicción *ad hoc* y *ex post facto.* Los dos tribunales tienen, desde mi punto de vista, defectos sustantivos en la composición y normas de procedimiento. Se habla que son tribunales de carácter internacional, sin embargo, los

[19] Frase pronunciada por la Dra. Isabel Lirola Delgado, en el Congreso de Derecho Penal de 1999, realizado en el Palacio de Congresos de la ciudad de Salamanca, España.

[20] H. Donnedieu de Vabres, es un ejemplo de autores que sostienen la posición que el inicio de la idea de la jurisdicción penal internacional y de la creación de un órgano jurisdiccional penal internacional es elTribunal de Nuremberg y el Tribunal de Tokio. Le process de Nuremberg devant les principes modernes de Droit pénal international.

[21] Luego de los juicios de Núremberg y Tokio, la publicación de artículos y libros sobre el tema, que sugieren o señalan la ausencia de normas anteriores a los juicios y que tipifiquen los delitos, son múltiples. Para señalar un par de ejemplos cito a: F. Caloyanni en su libro "Le proces de Nuremberg et lávenir de la justice pénale internationale" (Paris, 1946); H. Kelsen en su libro Hill the judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in Internacional Law (Londres, 1947); ó lo que menciona la recopilación de derecho penal internacional realizada por B. Ferencz, en "An internacional Criminal Court. A Step Toward World Peace (A Documentary History and Análisis (Londres, 1980).

jueces son sólo de nacionalidades de los países aliados, ni siquiera de países neutrales (menos de los países vencidos). Los sistemas jurídicos aplicados, fueron los de los mismos países vencedores. Es decir, tanto el objeto como el método de creación estaban viciados. El sistema jurídico aplicado contradice el carácter internacional de los tribunales y los procesos violaron el derecho fundamental al debido proceso de los acusados. A este referente "internacional" hay que aumentar una crítica importante: a pesar que no se hablaba de procesos de jurisdicción nacional o estatal, sino de juicios con carácter internacional para juzgar los crímenes de guerra y genocidio cometidos en la Segunda Guerra Mundial, nunca se juzgó ni conoció los crímenes cometidos por los nacionales de los Estados vencedores.

Desde el punto de vista procesal, el profesor Antonio Rodríguez Carrión, jurista español, cuando analiza los tribunales de Núremberg y Tokio, afirma que quizá una grave falla de éstos es la no "determinación previa del juez competente".[22] Esto, según el mismo autor, lleva a dudar sobre "la finalidad de la designación de los mismos". Desde mi punto de vista, este análisis y las fallas de los tribunales en sí, evidencian claramente que más que intentar juzgar la responsabilidad penal internacional penal del individuo, o alcanzar jurisdicción penal internacional, se buscaba, como a lo largo de la historia de las guerras en el mundo, imponer la justicia de los vencedores a los vencidos. Ésta es la mayor crítica que deben recibir los tribunales ad hoc, posteriores a la primera y segunda guerra mundial.

1.3.3. Los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

Los tribunales para juzgar los delitos cometidos durante el siglo XX en los territorios de la ex Yugoslavia y en Ruanda constituyen otro antecedente para la idea del establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Ambos tribunales respondían a la urgente necesidad de garantizar la paz y frenar la inmisericorde y constante violación a los derechos humanos en esos países, como consecuencia de conflictos bélicos internos.
Estos tribunales son igualmente tribunales ad hoc, como los tribunales militares de Núremberg y Tokio, pero con diferencias sustanciales.

[22] Mangas Martin, Araceli. Lecciones de Derecho Internacional Público (Universidad de Salamanca, 1998).

Tanto el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante abreviado como TPIY), como el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante abreviado como TPIR),[23] fueron creados mediante resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, teniendo un carácter universal en sus aspectos sustantivos y adjetivos. Basados en el marco del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, el objetivo trazado para la creación de ambas cortes es el de establecer la responsabilidad penal internacional de individuos, independientemente de los Estados. Para el establecimiento de los mismos, se consideró que los conflictos internos de Ruanda y los Balcanes, constituían amenazas a la paz y la seguridad internacional. Los presupuestos y argumentos discutidos en el seno del Consejo de Seguridad, fueron casi idénticos para los dos casos, tanto en fundamentos jurídicos, como en los objetivos que buscaban alcanzarse como son los de conseguir seguridad regional, internacional, respeto a los derechos fundamentales del ser humano y sanción a individuos que violaren o vulneraren los derechos humanos.

Antes de la real creación del TPIY y TPIR se realizaron largas "fases preparatorias"[24]en ambos casos. La actividad Consejo de Seguridad fue intensa, pero con un esquema común. Este patrón comienza con un proceso de investigación iniciado al haber indicios que daban a entender que había violaciones constantes a derechos humanos y graves atrocidades en esos territorios como consecuencia de conflictos armados. Igualmente se encuentra que hay violaciones a determinadas normas de **derecho internacional humanitario**[25] y tratados internacionales.

De este modo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas advirtió e instó a los Estados partes en conflicto a que respetasen las normas de derecho internacional y la Carta

[23] Las resoluciones de la ONU que crean tales tribunales de justicia son de acuerdo al Capítulo VII de la Cara de las Naciones Unidas, la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad para la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y la Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre para la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

[24] Denominación con la que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU califica al periodo de investigación, discusión y debate, previos a la creación de los tribunales penales de la ex Yugoslavia y Ruanda.

[25] Violaciones realizadas a derechos propios de esta rama del derecho, tales como derecho a la nacionalidad, identidad, libertad de culto, protección a refugiados, derecho al asilo, neutralidad de cruz roja, convenios humanitarios y de respeto a la integridad de la persona en conflictos armados, etc.

de Derechos Humanos. Luego de advertencias y avisos[26]a tales Estados para el inmediato cumplimiento de documentos internacionales (luego de comprobarse las constantes violaciones a los derechos fundamentales del hombre), el Consejo de Seguridad procedió a condenar los actos a través de vías diplomáticas y dejó claro que las violaciones de las normas de derecho humanitario cometidas, eran delitos internacionales. Al haber delitos internacionales se insta a encontrar a sus responsables directos mediante investigación y juicio internacional.

Debido a la gravedad de los delitos contra la humanidad cometidos, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas califica a tales actos como una crisis humanitaria debido a "la persistente violación de las normas de derecho humanitario", constituyéndose como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales".[27] Mediante las Resoluciones de creación de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, el propio Consejo de Seguridad de acuerdo a sus competencias según el artículo VII del, decide la creación de una comisión de peritos y expertos para analizar el caso Ruanda y de la ex Yugoslavia.

La comisión de peritos y expertos para la investigación de los casos emite un informe al Secretario General de la ONU, donde señalan que han comprobado la existencia de violaciones masivas y sistemáticas a derechos humanos, consagrados en las normas de derecho internacional humanitario[28]. Una vez nombrados los magistrados y el fiscal, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, con sede en la Haya, quedó constituido el 17 de noviembre de 1993.

[26] Los avisos incluían llamados de atención a través de vías diplomáticas, llamamiento a que terminen inmediatamente las violaciones a derechos humanos y advertencia de las sanciones a las que puede ser sujeto el Estado que viola los derechos humanos de acuerdo a la Carta de las Naciones Unidas (juicios internacionales, acciones militares, intervenciones y sanciones como embargos, etc.).

[27] Las Resoluciones que califican como crisis a los delitos de la ex Yugoslavia y Ruanda, son las de la creación de los Tribunales ad hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda. Mencionadas también en el pie de página 17, las resoluciones de la ONU que crean tales tribunales de justicia son de acuerdo al Capítulo VII de la Cara de las Naciones Unidas, la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad para la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y la Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre para la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

[28] Reporte del Secretario General de la ONU, 1993, Resolución 808 (1993), presentada el 3 de mayo de 1993 (S/25704); reporte del Secretario General de la ONU en carta del 1 de octubre de 1994 (S/1994/1125). Ver http://www.un.org/icty/legaldoc-e/index.htm (TPIY); http://65.18.216.88/ (TPIR)

Como esbocé brevemente, meses después se realiza un proceso similar para investigar las presuntas violaciones a derechos fundamentales en Ruanda. Así, con un proceso similar, el Consejo de Seguridad crea mediante Resolución 955 del Consejo de Seguridad, el 8 de noviembre de 1994, un tribunal internacional penal, similar al de Yugoslavia con la finalidad de enjuiciar a los responsables de violaciones graves de derechos humanos en Ruanda. Este tribunal igualmente, mediante la Resolución 955/1994, se encargaría de la investigación de violaciones a derechos humanos fundamentales, principalmente genocidio, en los territorios de Estados vecinos a Ruanda, cometidos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994. El Tribunal para Ruanda, con sede en Arusha (Tanzania), quedó constituido el 26 de junio de 1995, desarrollando sus actividades desde diciembre de 1995.

Aunque la creación de los dos tribunales penales internacionales obedeció a procesos diferentes como dos órganos independientes, los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda tienen una unidad de enfoque legal y de economía, así como eficacia de recursos del que se derivan las relaciones en el plano organizativo e institucional.[29] Así, todo lo referido a miembros de Sala de Apelaciones del Tribunal para la ex Yugoslavia y Tribunal para Ruanda, tienen la misma función. Esta función ha sido denominada como estructura organizativa, para ambos tribunales.

Además de haber tenido un proceso más o menos paralelo y compartir la estructura organizativa, existen otras similitudes y brazos comunes entre los dos tribunales. Los dos tribunales comparten el Fiscal, pero con equipos de trabajo específicos y diferentes para cada caso. El TPIR tiene además un fiscal adjunto para el caso en que no se pueda contar con el fiscal titular al mismo tiempo en los dos tribunales.

Los estatutos para el TPIR, en el art 6 y TPIY en su artículo 7 comparten un idéntico esquema respecto a los principios que construyen la responsabilidad penal internacional. Hay otras similitudes adicionales, respecto a las reglas procesales (del art. 18 al art.29 TPIY

[29] Idea tomada Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez Magdalena. La Corte Penal Internacional. Justicia vs Impunidad. Editorial Ariel. Barcelona 2001. España. p.43

y arts.17-28 TPIR) y respecto a la enunciación de los delitos "graves" o crímenes. De este modo, señalan que estos son crímenes de guerra (arts. 2 y 3 TPIY y art.4 del TPIR), genocidio (art.4 TPIY y 2 TPIR) y los crímenes de lesa humanidad (art.5 TPIY y art. 3 TPIR).

Los dos tribunales igualmente coinciden en establecer los principios rectores para estas relaciones con los tribunales nacionales. Así, se establecen los principios de:

- primacía del tribunal internacional (art. 9 TPIY y art. 8 TPIR);
- principio de *non bis in ídem* (art.10 TPIY y el art. 9 TPIR); y.
- principio de cooperación de los Estados con el tribunal (art. 29 TPIY y art. 28 TPIR).

De los tres principios mencionados, es muy importante explicar un poco el principio internacional "non bis in idem", que es equivalente al principio que en ámbito nacional se conoce como "principio de cosa juzgada", que se encuentra inclusive, en la legislación ecuatoriana. Bajo el principio "non bis in idem", ningún individuo puede ser juzgado nuevamente por una causa que ya fue juzgado, investigado o que recibió pena o fallo absolutorio, sea dentro de fronteras nacionales o a través de la CPI.

Como diferencias entre un tribunal y otro, además de la ubicación geográfica de la sede en cada uno de los casos y de la ya mencionada, existencia de un fiscal adjunto, se encuentran otras pocas, pero importantes diferencias. El ámbito de la competencia material de los tribunales es diferente, aunque los dos se refieren a las mismas grandes categorías de crímenes. Sobre crímenes de guerra, el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia se refiere a las violaciones graves de los convenios de Ginebra de 1949 y a la violación de las leyes y usos de la guerra. Por otro lado, el Estatuto del Tribunal para Ruanda se refiere de manera expresa al art. 3 común a los convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II.

Hay una diferencia más entre los dos tribunales, respecto a los crímenes de lesa humanidad. El Estatuto del Tribunal para Ruanda no los vincula a la existencia de un conflicto armado, a diferencia de lo que sucede con el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia. En Ruanda

no se limita a los territorios estatales que intervienen en el conflicto armado, se extiende a daños y violaciones de este tipo, perpetrados en campos de refugiados y países vecinos.

1.3.4. Argumentos jurídicos para la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda se tienen como argumento en derecho, sobre las competencias que se confiere al Consejo de Seguridad en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Este capítulo hace referencia a las posibles medidas que puede tomar el Consejo de Seguridad frente a "determinadas situaciones de conflicto armado en las que se ha constatado la realización de violaciones graves y sistemáticas del derecho internacional humanitario"[30].

Acorde al capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció un nexo entre la situación de violaciones graves del derecho internacional humanitario, "como constitutiva de una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, y el establecimiento de un tribunal penal internacional, como mecanismo para el enjuiciamiento de los responsables de tales violaciones, destinado a conseguir o facilitar el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales en el territorio afectado"[31].

Aun cuando la medida de creación de los tribunales penales internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia se fundamentaba en el capítulo VII, estos tribunales desde la perspectiva de la ONU no tenían precedente alguno. Sin precedentes, porque utiliza conceptos que habían sido discutidos, como el mismo de la jurisdicción penal internacional; o, porque amplía los medios utilizados hasta ese entonces en ejercicio de sus competencias. Desde mi perspectiva, fueron todas y siempre, medidas apegadas a derecho.

Las disposiciones del capítulo VII no mencionan textualmente que se tomen este tipo de medidas, pero el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en las dos resoluciones que

[30] Texto referido en base al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.
[31] Cita tomada de Lirola Delgado/Martín Martínez. La Corte Penal Internacional. Barcelona. España. Ariel Editores. 2001. P.43

crean los tribunales,[32]argumenta una interpretación basada en art. 41 de la Carta de la ONU. Según la Doctora Isabel Lirola Delgado, catedrática de Derecho Internacional por la Universidad de Santiago de Compostela (España), "el establecimiento de tribunales penales internacionales ad hoc se incluye así dentro del ejercicio dinámico de las competencias del Consejo de Seguridad, como consecuencia de la superación de la situación internacional de guerra fría"[33].

El Consejo de Seguridad de la ONU adopta estas medidas paralelamente a los Estudios realizados por la Comisión de Derecho Internacional que buscaba establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente. Miembros de la Comisión de Derecho Internacional, fueron consultados por los miembros del Consejo de Seguridad de la ONU, para conocer la capacidad y competencia posible de estos tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, y sobre todo, si era posible y apegada a derecho la decisión de crear tribunales ad hoc.[34] Los miembros de la Comisión de Derecho Internacional plantean ya oficialmente ante el seno del Consejo de Seguridad, el concepto de jurisdicción penal internacional y recomiendan la urgencia, para futuro, de la creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente. Advierten igualmente, posibles dificultades respecto a los tribunales ad hoc[35].

Ante el Consejo de Seguridad de la ONU, se discuten cuestiones relativas a justificar la decisión de crear los tribunales penales internacionales mediante resoluciones del Consejo, en lugar de hacerlo mediante un tratado internacional o resolución de la Asamblea General.

[32] Como se mencionó ya en el inicio de este título, la Resolución del Consejo de Seguridad que crea el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia es la 827 de 25 de mayo 1993 (877/1993). La que crea el Tribunal Penal Internacional para Ruanda es el Resolución 955 del Consejo de Seguridad, el 8 de noviembre de 1994 (955/1994).
[33] Cita tomada de Lirola Delgado/Martín Martínez. La Corte Penal Internacional. Barcelona. Ariel Editores. 2001. P.43
[34] Información entregada por las Misiones Permanentes de los miembros del Consejo de Seguridad ante la Organización de las Naciones Unidas. Información constante en el Reporte del Secretario General de la ONU. Mediante Resolución 808 (1993), presentada el 3 de mayo de 1993 (S/25704) y en "The Basis for the establishment for the International Tribunal". http://www.un.org/ictv/legaldoc-e/index.htm
[35] Reporte anual de la Comisión de Derecho Internacional de la XXXV Sesión (1993) y documentos descritos en ella.

Además, se apoya esta decisión frente a otras diversas posibilidades de sanción o mecanismos jurisdiccionales.[36]

Adicionalmente a los argumentos de derecho, debe tomarse en cuenta la conveniencia y agilidad que se lograba al crear los tribunales mediante resolución del Consejo de Seguridad. Estas resoluciones partían de una concordancia previa de las posiciones jurídicas y políticas de los países miembros del Consejo, lo que convertía la decisión en una solución rápida y eficaz. El Consejo de Seguridad manifiesta en debates y actas que "no estaba en modo alguno relacionada con el establecimiento de una jurisdicción penal internacional"[37], y por ello enfatiza que el objetivo que persigue es la lucha contra la impunidad en la violación de derechos fundamentales.

Muy a pesar de esta posición y esta declaración constante en las resoluciones de creación de los tribunales, la Comisión de Derecho Internacional prosiguió con su trabajo que, por el contrario, ponía un énfasis muy importante en establecer una jurisdicción penal internacional. Esta sería, por lo menos en texto, una diferencia importante entre los tribunales penales internacionales ad hoc, creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la CPI, creada por el ER. Desde mi perspectiva, las críticas dadas en los juicios, así como el no reconocimiento de la competencia para juzgar por las partes acusadas en estos tribunales ad hoc, llevaron a que internacionalistas y juristas busquen una opción en la jurisdicción penal internacional.

Es importante señalar que el Consejo de Seguridad, adicionalmente a la discusión, aclara que existe un principio de primacía de los tribunales penales internacionales sobre los tribunales nacionales. Se buscaba garantizar el funcionamiento de los tribunales penales internacionales y el respeto (así como respaldo internacional) a sus fallos y decisiones.

[36] Ver en http://www.un.org/ictv/legaldoc-e/index.htm
[37] Cita textual tomada de Lirola Delgado Isabel y Martín Martínez Magdalena. La Corte Penal Internacional. Jusiticia vs. Impunidad. Editorial Ariel. Barcelona. 2001.p.44.

Un tema muy polémico es el de la imagen de dependencia que podrían tener los tribunales penales internacionales al ser órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad. Es evidente que ha sido un argumento en contra y una excepción que han utilizado los procesados. Los abogados tanto de Milosevic como de los miembros de su antiguo gobierno, en los procesos presentados ante ellos en el TPIY utilizaron como argumentos, que los países enemigos de los regímenes instaurados en los noventas en la ex Yugoslavia, son los que los juzgan. Esto nos lleva a recordar las excepciones y defensa que argumentaban los acusados de los tribunales de Núremberg y Tokio. Ninguno de los acusados en el Tribunal Penal de la ex Yugoslavia, por ejemplo, reconoció la competencia de este tribunal para juzgarlos.[38] Esta había sido una de las advertencias repetidas por la Comisión de Derecho Internacional. Se discute entonces la imparcialidad e independencia de los tribunales, a pesar que tanto jueces como demás funcionarios pertenecen a diversos países del mundo, y no sólo a los de los países occidentales o miembros del Consejo de Seguridad. Varios juristas han hecho presentes sus críticas a los criterios de discrecionalidad política que tomaron (o pudieron tomar) los representantes del Consejo de Seguridad el momento de la elección de magistrados y fiscales. Es sin duda, un punto que lesiona el principio de jurisdicción penal internacional y el de la responsabilidad penal internacional del individuo.

Pienso con toda seguridad que la existencia de estos tribunales, sus errores y críticas recibidas y los análisis jurídicos realizados son sin duda alguna, factores clave para el establecimiento de una jurisdicción penal permanente en la comunidad internacional. Tanto las experiencias, textos de los documentos (estatutos) y jurisprudencia que se va sacando de estos tribunales ad hoc, han demostrado la viabilidad para el funcionamiento de una Corte Penal Internacional permanente, con plena competencia y con una estructura institucional.

Luego del funcionamiento y creación de los tribunales penales ad hoc, cobró fuerza la idea y decisión de las Naciones Unidas para crear una Corte Penal Internacional de carácter permanente. Se descartó así la opción alternativa presentada, que era la creación constante de tribunales ad hoc. La existencia de los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda

[38]Ver proceso Milosevic. http://www.un.org/icty/indictment/english/mil-ii011008e.htm.

aceleraron los trabajos de codificación y desarrollo del derecho internacional penal, manteniendo la idea de jurisdicción penal internacional, con carácter permanente. Es a partir de haberse demostrado las insuficiencias de los tribunales de Ruanda y de la ex Yugoslavia que el derecho internacional presenta opciones para juzgar y reaccionar ante aquellos delitos individuales que, por su extrema gravedad, atenten contra intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.

1.4. El Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998

1.4.1. El proceso recorrido para llegar a la redacción del ER

Por las insuficiencias, lucha contra la impunidad desde el inicio de la era humana, análisis, críticas y errores de los tribunales ad hoc, y otras luchas, el objetivo de la creación de una Corte Penal Internacional permanente y universal ha sido un sueño de juristas e internacionalistas a lo largo de la historia. El 17 de julio de 1998, este sueño llegó a concretarse en el texto del ER y después en la acción, con la creación de la Corte Penal Internacional. La gestión de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha tenido un papel relevante. Fue en todo instante el epicentro de las discusiones, debates, alegatos y exposiciones de los más importantes y avanzados enfoques jurídicos del derecho internacional. La importancia de la entrega de sus miembros, del apoyo que brindaron a ellos muchos gobiernos, asociaciones científicas, organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil facilitaron su labor. La riqueza alcanzada en el debate y técnica jurídica adoptados, hicieron que se logre el objetivo trazado frente al planteamiento de la jurisdicción penal internacional

El ER de la CPI, como se ha explicado anteriormente es la culminación de una serie de esfuerzos e intentos para establecer una jurisdicción internacional de carácter permanente destinada a sancionar la responsabilidad internacional penal de los individuos por los crímenes más graves de derecho internacional.

1.4.2. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional

Cabe destacarse que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) inició la elaboración de un proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional en el momento de

la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Muchos diplomáticos y autores olvidan este punto básico que demuestra que la comunidad internacional desde siempre buscó alcanzar la jurisdicción penal internacional y plasmar el principio de la responsabilidad penal del individuo.

Una vez que la Comisión de Derecho Internacional tuvo luz verde para realizar sus estudios, esos se dieron ininterrumpidamente hasta que se paralizaron con el comienzo de la guerra fría. Aunque se planteó que podría darse la alternativa de creación de una Sala de lo Penal dentro de la Corte Internacional de Justicia (CJI), siempre se buscó aclarar y diferenciar que la Corte Internacional de Justicia de La Haya, tiene atribuciones para dirimir controversias entre Estados que se someten voluntariamente a su jurisdicción. Es decir, la Corte Internacional de Justicia, también conocida como "Tribunal de La Haya" no tiene competencia para juzgar, procesar y menos, sancionar a individuos. Sólo puede resolver asuntos entre Estados o grupos de Estados. La Comisión de Derecho Internacional desde el inicio de su funcionamiento ha buscado establecer el marco jurídico para alcanzar una "jurisdicción penal internacional de carácter general".[39] Paralelamente al trabajo desempeñado para el ER, la Comisión desarrolló proyectos para un Código Penal Internacional mediante un Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, también denominado como "Proyecto de Código de crímenes".

Ambos proyectos (Corte Penal Internacional y Código de crímenes) tuvieron su inicio en el mes de diciembre de 1948, evidentemente como consecuencia de los estragos que todavía dejaba la Segunda Guerra Mundial. Se había aprobado meses antes, el "Convenio sobre el genocidio", por lo que la Asamblea General ONU invitó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a que examinase si era conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fuesen de la competencia de ese órgano en virtud de convenios internacionales".[40] Otra

[39] Esta es la frase que utiliza la Comisión de Derecho Internacional cuando trata en todo documento, sobre la jurisdicción penal internacional. (Ej: Informe de la Comisión de Derecho Internacional para la redacción del ER). Resolución 489 (V), 12 Dic 1950. CDI y Resolución 44/39 de 4 Dic 1989 CDI.
[40] Carmen Rodríguez Gómez. "Desafiando a la Humanidad": Un Tribunal Penal Internacional para el Siglo XXI. Derecho Penal: implicaciones internacionales. Madrid. España. Editorial COLEX. 1999.p.108

petición paralela que pidió la Asamblea General de la ONU a la CDI fue que se revise la conveniencia de crear una corte penal internacional permanente, o como alternativa, la creación de una Sala de lo Penal en la Corte Internacional de Justicia.[41] Para estos análisis se crearon espacios y foros en las sesiones de 1949 y 1950. En estas sesiones se presentó ya, la posición favorable a la creación del órgano judicial internacional.

Poco a poco, la idea de crear una Sala Penal Internacional, para lo que se requería una modificación del Estatuto de Corte Internacional de Justicia, fue perdiendo fuerza en base a argumentos jurídicos. No se debía juzgar la responsabilidad penal de los Estados sino la de individuos que cometiesen delitos de gravedad alta y que afecten a la humanidad entera.

La Corte Internacional de Justicia juzga las relaciones y responsabilidades de los Estados y, por el contrario, lo que se perseguía en estas discusiones era juzgar la conducta de los individuos que muchas veces es cubierta de impunidad, debido a la protección y encubrimiento que dan a los sujetos activos de delitos internacionales ciertos Estados y sus mandatarios.

Se presentan así, dos posiciones jurídicas divergentes sobre la posibilidad de creación de un órgano o corte penal internacional, por parte de los relatores especiales Alfaro y Sandstrum[42]. El relator Alfaro expresa una posición favorable a la creación de un órgano especial y permanente, pero a crearse en conjunto con la creación del "Proyecto de Código de Crímenes". El relator Sandstrum mantenía una posición contraria, que reflejaba cierta falta de consenso en la Asamblea General de la ONU. Esta falta de consenso se evidenciaba aún más ante el Consejo de Seguridad de la ONU, dónde únicamente Francia apoyaba la idea de la jurisdicción penal universal y la creación de la Corte. La idea, sin embargo, se mantuvo debido a que los juicios de Núremberg y Tokio generaron expectativas y contras, y su funcionamiento estaba en todas las críticas. La comunidad internacional parecía no admitir posiciones contrarias a "la impunidad de los delitos de

[41] Esta solicitud fue presentada por la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 26 B III, Dic 1948

[42] La Designación de los relatores, nombres y posiciones se encuentran en los textos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, correspondientes a 1949 y 1950.

gravedad internacional contra los seres humanos" y por ello, aunque algunos países[43] se mostraban opuestos a la creación de una corte penal internacional, el debate continuó.

Después de examinar el informe de la CDI, la Asamblea General procedió a establecer una Comisión sobre la Jurisdicción Penal Internacional, compuesta por representantes de varios Estados. La Comisión mencionada fue creada por la Asamblea General de la ONU, mediante la Resolución 189 (V), del 12 de diciembre de 1950. La labor de la CDI terminó por separar el aspecto sustantivo relativo al Proyecto de Código de crímenes, del adjetivo que es en sí, la creación de una jurisdicción penal internacional. Esto finalmente frenaría la evolución de conceptos y de la consecución de ambos proyectos jurídicos.

La Comisión elaboró un Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional que establecía que su creación debía realizase por medio de un tratado internacional. Una vez presentado el proyecto, se formularon muy pocas observaciones de hecho y de derecho.

Así, la Asamblea General decidió crear una segunda comisión que modificó el Proyecto de 1951 para que más Estados acepten el proyecto. Debido a que se planteaba una relación especial entre la "Corte Penal Internacional, el Proyecto de Código de crímenes y la definición de agresión, la Asamblea General decidió aplazar el examen del Proyecto de 1953 hasta que se analizasen otras cuestiones conexas, lo que trajo consigo que el tema quedase pospuesto *sine die".*[44]

La labor de la CDI permaneció estancada hasta 1981, en que la Asamblea General de la ONU pidió a la CDI que reanude su labor sobre el Proyecto de Código de crímenes. Todos los proyectos, incluido el proyecto de 1981 evadían la discusión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional. A decir del Dr. Alejandro J. Rodríguez Carrión, (jurista español) "la polarización del período de guerra fría hacía prácticamente imposible plantear

[43] Ejemplo de esta posición es la República Popular China.
[44] Cita tomada de Díaz-Santos, Del Rosario, Ma y Sánchez López, Virginia. Derecho Penal: Implicaciones Internacionales. Madrid. España. Editorial COLEX 1999.p107.

cualquier tipo de avance en esta materia" (refiriéndose al principio de jurisdicción penal internacional).

1.4.3. La recuperación del objetivo de la creación de una jurisdicción penal internacional. El Proyecto de la CDI de 1994

Al haberse suspendido la argumentación para el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 44 de 1989 solicitó a la CDI que se reanude el estudio del "Proyecto de Código de crímenes" y de la opción de establecer una Corte Penal Internacional o una alternativa mediante otro mecanismo de justicia penal internacional. Gracias a una propuesta de Trinidad y Tobago ante las graves dificultades de los países caribeños para afrontar el problema de tráfico ilícito de estupefacientes, se retoma la propuesta de jurisdicción penal internacional. Este tema sumado a la dirección unipolar que tomó el mundo, favorecieron a que las iniciativas encuentren mayores opciones.

La CDI sigue con la viabilidad de la creación de la CPI dentro de un nuevo contexto político y jurídico de una comunidad internacional compleja. El mundo se vuelve prácticamente unipolar. En este contexto, la CDI estudia año a año el tema de la jurisdicción penal internacional, hasta que establece "el Grupo de Trabajo sobre un Proyecto de un Estatuto de una Corte Penal Internacional"[45] para analizar los principales puntos del establecimiento concreto de la Jurisdicción Penal Internacional, y la idea de creación de una CPI en 1990. El objetivo de este Grupo de Trabajo es ya la creación de una corte penal internacional permanente y de un Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad internacional.

La CDI volvió a examinar la cuestión de la Corte en el 43 período de sesiones de la Asamblea General de la ONU, efectuada en 1991. Al igual que en el año anterior, se centran los esfuerzos en la creación de la corte penal internacional en base a estudios y discusiones. Se da una primera lectura del Proyecto de Código de crímenes contra la paz

[45] Se establece el mencionado Grupo de Trabajo en la 2262 Sesión de la CDI 19 mayo 1992, acorde a la invitación de la resolución46/54 de la Asamblea General (Párrafo 3).

y la seguridad. Los artículos 6 y 9 de este código, establecen la posible creación de un Tribunal Penal Internacional (TPI) o Corte Penal Internacional (CPI). El año siguiente la Comisión impulsó la creación de la Corte en todas sus formas y con todos sus esfuerzos. Forma un Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional[46].

El Grupo de Trabajo establecido, consideró que se requería un análisis de los distintos aspectos que pudieran plantearse para la creación de la CPI. De esta manera se redacta un informe con recomendaciones para la Comisión y con un esquema de lo que sería la futura Corte Penal Internacional de carácter permanente. Poco a poco, la CDI va independizando la idea del estatuto de creación de la CPI, de la redacción del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad internacional. De mantenerse las dos ideas fusionadas, las dificultades de una influirían en la de la otra, haciendo imposible concretarlas.

La Asamblea General de 1992, mediante Resolución 47/33 del 25 de noviembre, solicita prioritariamente a la CDI que continúe con su Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional. La Asamblea General, como resultado, invita a todos los Estados miembros de la ONU a presentar observaciones por escrito sobre el Proyecto de 1993.

Inmediatamente mediante la Resolución 48/31 de 9 de diciembre de 1993, la Comisión decidió restablecer el Grupo de Trabajo para que al año siguiente elabore un informe que contenía un texto completo de un Proyecto de Estatuto, que incluía varios comentarios. El texto fue aprobado por la CDI. La CDI recomienda entonces a la Asamblea General de la ONU para que convoque a una conferencia internacional de plenipotenciarios para su análisis y adopción. Es entonces cuando en 1994 la CDI termina la codificación y redacción de un estatuto de creación para una Corte Penal Internacional.

[46] Tema incluido en el Informe luego del debate en el Pleno sobre el 10mo Informe del Relator Especial durante el 44 periodo de sesiones de la CDI.

1.4.4. La Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas

En el seno de las Naciones Unidas, se presentaron varias discusiones y florecieron interesantes puntos a discutir. Fue notoria la falta de apoyo a la idea de una jurisdicción penal internacional. La Asamblea General de la ONU tomó como referencia el Proyecto de la CDI de 1994 para las discusiones. Se crea entonces un Comité Especial para el establecimiento de una corte penal internacional mediante la Resolución 49/53 del 9 de diciembre de 1994 y un año después, un Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, a través de la Resolución 50/46 de 11 de diciembre de 1995.

La redacción de este documento materializaba en cierta forma, la idea de la jurisdicción penal universal. El documento estaba basado en el Proyecto de la CDI de 1994, complementado por las observaciones presentadas por los Estados miembros de las Naciones Unidas, representantes de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, miembros de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, juristas, internacionalistas invitados y asociaciones científicas.

Los Estados que apoyaron la idea de la jurisdicción penal internacional formaron un bloque consolidado que realizaba exposiciones y cabildeo a favor de la CPI[47]. Este grupo estaba formado por alrededor de cincuenta Estados, liderados por Canadá. El bloque incluía igualmente a Trinidad y Tobago (país que reincorporó en la Agenda de la ONU, la idea de la CPI), y posteriormente, obtuvo el importante apoyo y protagonismo de Gran Bretaña.

La incorporación de Gran Bretaña era básica, ya que era el primer Estado del Consejo de Seguridad que apoyaba la idea de creación de la CPI. Se esperaba en el seno del bloque, que Francia, que había impulsado la idea de los tribunales ad hoc de Versalles y Núremberg, se adhiera al bloque. Cabe destacarse la posición importante para esta investigación, por parte de los Estados latinoamericanos, incluida la posición ecuatoriana.

El 15 de junio de 1998, se hace la apertura de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios en Roma, todavía con dudas y posiciones antagónicas. Se inició el

[47] Este bloque de apoyo a la creación de la CPI se la denominó "Like minded block".

trabajo y luego de tres semanas de trabajo, el 17 de julio de 1998 se aprueba el Estatuto para la creación de una Corte Penal Internacional por 120 votos a favor, siete en contra y 21 abstenciones. Este documento internacional sería conocido a partir de este momento como "El Estatuto de Roma."

1.5. El papel de la Sociedad Civil

"Frente a la reticencia de los Estados a avanzar decididamente en el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, hay que destacar el apoyo incondicional de la sociedad civil"[48]. Dentro de la sociedad civil se fundaron diferentes organizaciones específicamente para impulsar la creación de la CPI[49]. Estas organizaciones se encargaron de difundir las ventajas y principios, mientras que las asociaciones científicas trabajaron en el uso de conceptos, principios jurídicos y respeto al derecho internacional. Las asociaciones científicas tuvieron un papel primordial en la redacción del estatuto. La sociedad civil defendió en todo momento la idea y aporte de la jurisdicción penal internacional.

El ER es un ejemplo claro del protagonismo que tiene hoy en día la sociedad civil en el nuevo orden mundial. No cabe duda, que las organizaciones no gubernamentales se han convertido en un nuevo sujeto de las relaciones internacionales, de la defensa de los derechos fundamentales y hoy manifiestan su importante rol en el derecho.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, las asociaciones científicas especializadas en ciencias jurídicas desarrollaron principios de derecho natural, derecho positivo y derecho internacional. Las asociaciones de estudios jurídicos de diversos países europeos como Alemania, Inglaterra e Italia, se convirtieron en la fuente de investigación y análisis que reflejaban la evolución de la sociedad y la comunidad internacional. Sin embargo, su apoyo a la jurisdicción penal internacional se limitó prácticamente a lo que realizó la Comisión de Derecho Internacional.

[48] Cita tomada de Díaz-Santos, Del Rosario Ma y Sánchez López, Virginia. Derecho Penal: Implicaciones Internacionales. Madrid. Editorial COLEX. 1999. P.49
[49] Ej: ICCNOW, UPEACE, Coalition for the International Criminal Court, etc.

La Resolución 52/160 de 1997 y la propia Conferencia Diplomática de 1998 invitaron a organizaciones no gubernamentales, para colaborar en asistencia a las sesiones plenarias, compartir ejemplares de los documentos oficiales, entregar documentación a la disposición de los delegados, e intervenir con representantes en las sesiones de apertura o de clausura.

De este modo, toda actividad desempeñada e información redactada sobre el ER y la CPI era de conocimiento y debate por parte de la Sociedad Civil. Hasta nuestros días, el aporte de las organizaciones no gubernamentales y asociaciones científicas ha sido de vital importancia para el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Su aporte no se agota en el apoyo fundamental durante todo el proceso de elaboración del Estatuto, ya que fueron importantes para el cabildeo que se requería para la aprobación del documento; como apoyo en la gestión de la corte y como comunicador de la opinión pública y gestiones gubernamentales.

Dentro de la actividad de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales de América Latina, es básico resaltar el papel regional frente a la lucha contra la impunidad de graves delitos contra la humanidad y defensa de garantías para los derechos fundamentales de la sociedad y comunidad internacional. La participación de múltiples organizaciones no gubernamentales latinoamericanas[50] frente a la exposición de casos acontecidos en la región y de la protección de los sujetos activos de los delitos por parte de gobiernos, fue básica para las reuniones de la Comisión de Derecho Internacional y reconocidos en toda reunión preparatoria a la Conferencia Diplomática de 1998.

1.6. Análisis básico de contenido y alcance del Estatuto de Roma del 17 de Julio de 1998

"Se ha agrupado en un mismo documento, lo que en cualquier país sería materia propia de varias leyes: por lo menos, un código penal, una ley orgánica judicial, una ley de enjuiciamiento criminal y una ley de cooperación judicial en cuestiones penales, todo

[50] Ej: organizaciones como Madres de Mayo, Abuelas de Mayo, H.I.J.O.S., Desaparecidos, etc.

ello ceñido a los más graves crímenes de trascendencia internacional…" (Emb. Yánez Barrionuevo, Jefe de la Delegación Española. Conferencia de Roma).[51]

Con esta frase introductoria del mencionado diplomático español, se resume y critica en pocas palabras la complejidad del ER, y se demuestra el resultado final de un proceso que incluyó infinidad de negociaciones y debates.

El ER para la CPI es un tratado internacional que cuenta con 128 artículos divididos en XIII partes. Como he mencionado, desde el punto de vista jurídico e inclusive político, tiene una complejidad evidente, pero adopta ciertos principios rectores que constituyen el pilar fundamental del texto y de los objetivos que persigue.

Es un documento complejo al ser pionero en incorporar instituciones nuevas en el derecho internacional y en ajustar numerosos esfuerzos y sistemas en un mismo marco de derecho. Igualmente, es un estatuto que intenta evitar conflictos entre los derechos nacionales internos y el derecho internacional. Sólo con empatar principios del derecho anglosajón, del denominado continental europeo y pilares del sistema oriental, se puede graficar la dificultad del proceso.

Logrado en base a la cooperación e impulso de varios Estados, se alcanzó este importante convenio internacional. Sin duda alguna, no es el resultado de la imposición de Estados poderosos sobre otros menos poderosos. Es un documento sin precedentes, de relevancia histórica y desde mi punto de vista, de enorme aporte para la humanidad entera. El que haya sido celebrado y ratificado, demuestra que la lucha contra la impunidad es un valor compartido por la comunidad internacional. Es un mecanismo que garantiza la sanción de la responsabilidad penal internacional del individuo, a futuro. Sin embargo, en nuestros días, dentro del Siglo XXI, el documento se ha visto perjudicado directamente por ciertas políticas nacionales que impiden o coartan (cláusulas de exclusión) la perfecta aplicación

[51] J. Yánez Barrionuevo. La Conferencia de Roma y el Estatuto de la CPI: balance y perspectivas. Madrid. España. J. Quel López Editorial. Creación de una Jurisdicción Penal Internacional, Colección Escuela Diplomática, N.4.2000. p.17-28.

del contenido del ER, excluyendo el juzgamiento o jurisdicción sobre ciertos ciudadanos o militares de específicas nacionalidades.

Para hacer un rápido resumen de las disposiciones del ER, explicaré breve y rápidamente, los principales ámbitos en que se divide el documento, basándome en el análisis del Centro de Documentación Europeo[52]. Pese a su unidad temática, las disposiciones del Estatuto se refieren a cuatro ámbitos diferentes:

1) **Aspectos institucionales y orgánicos.** Estos aspectos son los que tratan sobre la naturaleza jurídica, estructura y composición de la CPI. Dentro de los artículos del ER, este ámbito incluye la parte I, IV, XI y XII, que trata temas diversos como "Del establecimiento de la Corte", "De la composición y administración de la Corte", "De la Asamblea de los Estados partes" y "De la financiación". [53]
2) **Aspectos sustantivos penales**, que trata sobre el importante tema "De la competencia de la Corte", "De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicables" y "De los principios generales del derecho penal".[54]
3) **Aspectos procesales penales,** que trata sobre las disposiciones de la parte II, las del tema "De la investigación y el enjuiciamiento", "Del juicio", "De la apelación y la revisión", y "De la ejecución de la pena"[55]
4) **Aspectos relativos a la relación entre la CPI y los Estados,** a los que se refiere de forma principal, la parte IX en el tema "De la cooperación internacional y la asistencia judicial", temas comprendidos entre los artículos 86 al 102.

[52] Centro de Documentación Europeo. Dirigido por la Doctora Araceli Mangas Martín. Apuntes de Derecho Internacional. Universidad de Salamanca. España. 2004.
[53] El ámbito "Del establecimiento de la Corte" incluye los artículos del 1 al 4; el "De la composición y administración de la Corte", incluye los artículos del 34 al 52; el ámbito de la parte referente a "De la Asamblea de los Estados partes", se refiere al artículo 112 y el ámbito "De la financiación", incluye los artículos del 113 a 118.
[54] Estos temas están incluidos en la parte II y parte III; entre los artículos del 5 al 21 y del 22 al 32, respectivamente.
[55] Los aspectos procesales penales están establecidos en la parte H, parte V, parte VI, parte VIII y parte X. Los artículos son del 53 al 61, del 62 al 80, del 81 al 85 y del 103 al 111, respectivamente.

1.7. Características de la Corte Penal Internacional (Sinopsis)

A manera de sinopsis, expongo varios puntos que son características de la Corte Penal Internacional y de su proceso de aprobación y funcionamiento.

a.- Se estableció que la sede de la Corte Penal Internacional sería La Haya, Países Bajos

b.- Una vez aprobada la CPI, la Conferencia de Plenipotenciarios dispuso que la corte debía tener un Estatuto desde su constitución. Igualmente se dejó constancia del respeto al principio de irretroactividad de la norma. Es decir, el ER no tiene competencia retroactiva sobre los crímenes cometidos anteriormente, con jurisdicción a posteriori a la celebración del documento.

c.- La CPI es de carácter permanente, con jurisdicción penal internacional, para procesar a individuos acusados de genocidio, de agresión, de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

d.- La Corte sólo actúa cuando los tribunales nacionales del Estado miembro con jurisdicción sobre el delito a juzgarse no estén dispuestos a llevar a cabo el enjuiciamiento o no puedan hacerlo por cualquier factor.

e.- Los casos a juzgarse pueden ser remitidos a la CPI por parte de un Estado signatario del ER, por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y por el Fiscal de la Corte, que puede actuar de oficio ante cualquier indicio o evidencia.

f.- El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de acuerdo a la competencia que le da la Carta de la ONU y el ER, puede pedir a la Corte Penal Internacional, la suspensión de la investigación y enjuiciamiento por un plazo máximo de doce meses.

g.- La Corte Penal Internacional es un tribunal formado por dieciocho (18) jueces que son elegidos por un mandato de nueve años. Estos jueces no pueden ser reelectos. Tampoco se puede admitir que dos magistrados sean nacionales del mismo Estado.

h.- Los órganos que componen la CPI son los siguientes: la Presidencia, la Fiscalía, la Secretaría, una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares.

i.- La actividad de la Corte Penal Internacional será supervisada por una Asamblea de Estados Partes, cada uno de ellos con un representante.

j.- Bajo ningún concepto los menores de dieciocho años de edad pueden ser sujetos de un proceso ante la Corte Penal Internacional.
k.- Las penas, de acuerdo a la gravedad y sanción, se imponen por períodos de prisión que pueden durar por un año hasta prisión de por vida. Un dato muy importante en este punto es que la Corte Penal Internacional, a diferencia de los tribunales ad hoc de Núremberg y Tokio, no contempla la pena de muerte como sanción a imponerse.
l.- La financiación de la Corte y de la Asamblea de los Estados Partes correrá a cargo de cuotas de los Estados Partes y fondos procedentes de la Organización de las Naciones Unidas, sin perjuicio de contribuciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades.

Teniendo una normatividad de este tipo, el ER constituye la piedra angular para la jurisdicción penal universal, que comienza a vivir desde la ratificación del Estatuto por parte de 60 países, como lo establecía el texto de este instrumento internacional. De no haberse dado esta ratificación se corría el riesgo que el Estatuto tenga competencia sólo sobre Estados pobres o sobre aquellos Estados que regularmente protegen y garantizan los derechos fundamentales, y que el ámbito de aplicación del documento deje fuera a aquellos Estados que apoyan, permiten o acostumbran cumplir prácticas que van en contra de los derechos fundamentales de los individuos.

Dentro del "acta final de la Conferencia", el texto establecía la constitución de una "Comisión preparatoria", encargada de elaborar el marco en el cual funcionaría la Corte, tales como los siguientes:

- Elementos de los crímenes;
- Reglas de Procedimiento y Prueba;
- Proyecto de Acuerdo de relaciones de la CPI con Naciones Unidas;
- Proyecto de Acuerdo relativo a las inmunidades y privilegios; y,
- Proyecto de Acuerdo de financiación.

Luego de la Conferencia de Plenipotenciarios y con la celebración del ER, el reto que afrontó la CPI fue mayor. Primero vino la etapa de ratificación del Estatuto, que requería

de la aprobación de 60 Estados celebrantes, lo cual sucedió casi vencido el plazo establecido en el Estatuto; sin embargo y afortunadamente, se cumplió. Los Estados latinoamericanos (incluido Ecuador), estuvieron dentro del bloque de países que apoyaron y promovieron plenamente la celebración y posterior ratificación del Estatuto.

En este punto, es muy importante mencionar la posición que presentaron los EEUU que han buscado estar al margen del ámbito de aplicación del ER. Celebró y firmó el Estatuto, presentando una posición sorprendente que impulsó la firma de otros Estados. Sin embargo, en la práctica se oponen a que ciudadanos de su país sean juzgados por la CPI. La posición de EEUU, la de Ecuador y la de los acuerdos bilaterales "de exclusión" o "de reserva", serán analizados más adelante por esta investigación.

Es polémica igual la posición de China e India, también contraria a la celebración del Estatuto. Sólo si sumamos las poblaciones de EEUU, China e India, que estarían en contra de la aplicación y competencia del ER, estaríamos hablando de la exclusión de un tercio de la población del planeta. Por ello, fue y es importante lograr que todos los Estados del mundo celebren y ratifiquen este documento internacional.

El objetivo del ER y la CPI es buscar que individuos de cualquier punto de la Tierra, que hayan cometido graves crímenes contra la humanidad, sean civiles o militares, gobernantes, monarcas o ciudadanos comunes, sean sancionados por tales delitos, sin importar dónde ni cuándo se hubiesen cometido.

Los delitos que se han tipificado en el ER para ser juzgados en caso de cometerse, por la CPI son los delitos o crímenes más graves en Derecho Internacional:

a) crímenes contra la humanidad y lesa humanidad;
b) crímenes de guerra; y,
c) crimen de genocidio.
d) Adicionalmente se tipificó el delito de agresión, más su definición clara no se contempló desde un inicio en el Estatuto, aprobándose su definición años después mediante enmienda, tal como se menciona en este trabajo.

Dentro del ámbito de la definición de los crímenes o delitos de guerra, el grupo de trabajo de la CDI, analizó los comentarios y observaciones presentadas por varios Estados para excluir de tal definición los delitos de conflictos internos. La CDI resolvió no excluir de la definición de crímenes de guerra, a los crímenes cometidos en conflictos internos, y dejó en claro que de excluirlos se dejaría fuera a la mayor parte de los crímenes cometidos actualmente y dificultaría la sanción de aquellos delitos que tienen la complicidad de gobiernos de turno.

En el año 2010, se celebró en la ciudad de Kampala, Uganda, la "Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma" celebrada en Kampala (Uganda) en 2010 donde fueron adoptadas por consenso dos enmiendas que amplían la definición de los crímenes de guerra y tipifican el crimen de agresión. A partir, de aquí, el delito de agresión fue definido y se establecen las condiciones de ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre éste.

La nueva definición del crimen de agresión establece que una persona comete dicho crimen "cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, 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". La enmienda incluye posteriormente una lista de supuestos que son considerados como delito de agresión.

1.8. Principales puntos sobre el funcionamiento de la CPI

El funcionamiento de la CPI requiere del cumplimiento de obligaciones constantes por parte de los Estados que firmaron y ratificaron el ER. Para un eficiente funcionamiento de la Corte, se deben contemplar varios elementos teóricos que hemos analizado y otros tantos prácticos que van desde asuntos financieros hasta logísticos.

He realizado, con la colaboración del Dr. Francisco Castellanos, catedrático de la Universidad Autónoma de México,[56] un esquema sobre los que son, a mi concepto, los

[56] Esquema realizado en conjunto en la Universidad de Salamanca, mayo 2005. Salamanca, España.Artículo para ponencia en Congreso de Derecho Internacional, previo a la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

principales puntos sobre el funcionamiento de la CPI. Debe recordarse que todos los procesos llevados a cabo ante la CPI, reconocen los derechos al debido proceso de los acusados, autores, cómplices y encubridores.

La CPI actúa sobre la base del principio de complementariedad con las jurisdicciones nacionales de los Estados Parte, interviniendo en los casos en que aquéllas no ejerzan su competencia o no estén en condiciones de hacerlo. La jurisdicción puede ser activada por el Fiscal de la Corte, el Consejo de Seguridad de la ONU y por los Estados Parte del ER.

La CPI tiene competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del ER, es decir, a partir del 1 de julio de 2002. Si un Estado hubiese ratificado su Estatuto después de esta fecha, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración aceptando la competencia de la Corte desde el 1 de julio de 2002.[57]

En los casos de crímenes en los que el ejercicio de la competencia de la Corte hubiese sido iniciado por un Estado Parte, o bien por la Fiscalía, "la Corte sólo podrá ejercer su competencia si el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o bien el Estado del que sea nacional el acusado del crimen, es parte del ER, o bien, no siéndolo, consiente en aceptar dicha competencia mediante declaración expresa."[58]

El art. 27 del ER establece que la competencia es aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. "En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá por sí mismo motivo para reducir la pena. Asimismo, las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al

[57] www.icc.org
[58] www.icc.org

derecho interno o al derecho internacional, no impedirán que la Corte ejerza su competencia sobre ella."[59]

Desde mi punto de vista personal, características muy importantes para recordar al lector son, que los crímenes de competencia de la Corte **no prescriben**. Además, es importantísimo señalar que luego de un amplio y profundo debate por parte de representantes gubernamentales y asistentes a las cumbres de Plenipotenciarios, se estableció que la competencia y jurisdicción de la Corte sólo puede imponer **penas máximas de 30 años de prisión** y, de forma excepcional, cadena perpetua si la extrema gravedad del caso lo justifica, pero **nunca puede condenar a muerte**.

1.8.1. Mecanismos para la denuncia de delitos de gravedad internacional, y la gestión de la Fiscalía

El ER establece la designación y función de un fiscal, autónomo e independiente de la Corte, con poder de iniciar investigaciones y procesos de oficio, es decir por su propia iniciativa sin el consentimiento previo de los Estados Miembros. La fuente para iniciar sus investigaciones puede ser cualquier reclamo o denuncia de los Estados miembros de la ONU, Estados signatarios de la CPI o miembros del Consejo de Seguridad. Igualmente, puede incentivar la investigación de oficio del fiscal, cualquier información que provenga de medios de comunicación, reportajes, denuncias y reclamos realizados por víctimas, organizaciones internacionales o no gubernamentales, etc. Este es un punto de tremenda polémica, que ha servido de argumento para que Estados como China o EEUU se opongan a la gestión total (en su momento) de la CPI o de la labor del fiscal. Se llegó a hablar del riesgo que esto puede llegar a representar, ya que se podía crear un monstruo con excesivo poder", en el ámbito internacional. No obstante, la figura y reconocimiento de un fiscal para la CPI fue reconocida por el ER y se encuentra vigente.

1.8.2. Rol del Consejo de Seguridad

Sobre las competencias y atribuciones del Consejo de Seguridad frente a la CPI, hubo amplia discusión. Sin duda alguna la competencia de la CPI debe ser autónoma y

[59] Cita del artículo 27 ER

capaz de actuar sin ser prejuzgado por las acciones del Consejo de Seguridad. Aun cuando la CPI, reconoce el papel y obligaciones del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, la Corte debe tener atribuciones y competencias propias. Desde mi perspectiva, el Consejo de Seguridad debe limitar sus decisiones sobre situaciones entre Estados, y no casos individuales, relacionadas con amenazas a la paz y la seguridad. Sin embargo, el artículo 16 del Tratado reconoce la posibilidad de la "suspensión de la investigación o el enjuiciamiento iniciado por el Fiscal en caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo pida a la Corte"[60] (la suspensión no podrá exceder de doce meses y la petición puede renovarse por el Consejo de Seguridad). Esta medida fue igualmente discutida, ya que podría ser utilizada por algún miembro del Consejo de Seguridad para dilatar en el tiempo el enjuiciamiento de alguno de sus ciudadanos y con ello dificultar el proceso y la posible condena, socapando la impunidad.

1.8.3. Principio de Complementariedad

La CPI y las jurisdicciones nacionales tienen una competencia relacionada que se rige por el principio de complementariedad, expreso en el ER. La complementariedad es la base del principio de soberanía de los Estados y en esencia no asume las actividades de los tribunales nacionales. La acción de la CPI es un recurso "subsidiario" a los que los tribunales nacionales no quieran o no sean capaces de juzgar.

El art. 17.1 que trata sobre la admisibilidad o no de los casos, señala que la Corte no será competente para juzgar un delito, salvo que "el Estado con jurisdicción sobre un asunto no esté dispuesto a llevar a cabo una investigación, enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo". La competencia de la CPI se establecerá de acuerdo a lo que señala el artículo 17. Asimismo, podrá decidir a favor de su competencia cuando, "el proceso que haya tenido lugar en un Estado obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o, no hubiera sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las garantías procesales

[60] Texto del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

reconocidas por el Derecho Internacional o lo hubiera sido de alguna manera que fuera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia". (art.20 del ER).

Es importante resaltar que el ER, establece que el tribunal deberá estar habilitado para juzgar casos, independientemente de las circunstancias en las que fueron cometidos. De este modo, se incluirían guerras civiles y conflictos armados, tanto internos como internacionales"[61]. Así, no se limita el ámbito de competencia de la CPI, a los delitos cometidos en guerras entre Estados.

Por otro lado, un punto muy polémico que se entiende incluye el ER es que los Estados tendrán la obligación de perseguir o conceder la extradición a los presuntos delincuentes. Así se manifiesta textualmente, la obligación de los Estados a colaborar con la CPI y dar todas las "facilidades" para que los sujetos activos de los delitos de gravedad internacional sean investigados, juzgados o cumplan una condena producto de un proceso ante la CPI, en un marco de reconocimiento al debido proceso.

Para que la CPI funcione con justicia, eficacia, independencia y alcance justicia plena, el ER garantiza en su texto, dentro de la Parte IX, "la obligación de cooperar y deber del Estado de cumplir con las peticiones de cooperación asegurando que en el Derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación".

Las alegaciones de los Estados para el no cumplimiento de esta disposición, tales como motivos de seguridad nacional y orden público, no pueden constituir una cláusula de escape impuesta unilateralmente. El texto del documento internacional, en su art. 87.7, establece que la Corte podrá solicitar nuevas consultas con el fin de oír las razones del Estado. Igualmente, la Corte podrá aceptar consultas, a puerta cerrada y ex-parte.

[61] Análisis de Carmen Rodríguez Gómez. "Desafiando a la Impunidad: Un TPI para el Siglo XXI. Derecho Penal: Implicaciones internacionales. Madrid. Editorial COLEX. 1999. P.116

No obstante, no se ha fijado sanciones para los Estados que no cumplan con esta obligación. Una vez más, la comunidad internacional y la CPI carecen de poder coercitivo para exigir que sus disposiciones se cumplan. La CPI, en caso de encontrar que un Estado no está actuando de conformidad con las obligaciones que le impone el ER, podrá remitir la cuestión a la Asamblea General de los Estados partes o al Consejo de Seguridad.

Lastimosamente, ni la Asamblea General, ni el Consejo de Seguridad (tampoco la propia CPI) tienen normas específicas para conocer que sanción o consecuencia recibiría el Estado que incumple. Adicionalmente, vale la pena recalcar que la cooperación de los Estados con la CPI no se limita a las fases de la investigación, entrega y enjuiciamiento; sino que incluye, cooperación en las etapas de la ejecución de la sentencia.

1.8.4. Jurisdicción sobre ciudadanos de Estados no signatarios

Los ciudadanos de Estados que no forman parte del ER, podrían ser sometidos a la jurisdicción de la CPI si se dan ciertas condiciones. Se trata de un supuesto excepcional reducido a los casos en los que un crimen haya sido cometido en el territorio de un Estado parte, si el acusado del crimen es nacional de un Estado parte o de un Estado que acepte la jurisdicción para el crimen concreto.

1.8.5. Sobre el tratamiento de Víctimas y testigos

De las experiencias encontradas en los tribunales penales internacionales ad hoc, los testigos y víctimas de los delitos de gravedad internacional se enfrentan a graves problemas de seguridad, psicológicos y físicos. Por ello, el artículo 68 del ER, establece la adopción de medidas adecuadas por parte de la Corte "para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y testigos". A lo largo del artículo antes citado se mencionan, por ejemplo, el uso de medios electrónicos u otras tecnologías para la presentación de pruebas y la celebración del juicio a puerta cerrada, en supuestos de víctimas de agresión sexual.

El artículo 43.6 en el que se establece una Dependencia de víctimas y testigos dentro de la secretaría, (la cual en consulta con la Fiscalía), será la encargada de adoptar medidas de

protección y dispositivos de seguridad. Esta dependencia contará con personal especializado para atender a víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual. Además, no sólo prestará ayuda a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, sino también a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado, como, por ejemplo, a sus familiares. Este es un punto básico, para que los testigos se sientan libres de decir la verdad y dar su testimonio, sin miedo a posibles represalias.

El ER deja abierta la posibilidad que la Corte establezca a futuro principios aplicables a la reparación, restitución, indemnización y rehabilitación para víctimas y familiares. La posibilidad abre oportunidad de dictar directamente una decisión sobre el condenado, en la que indique la reparación adecuada, y cuando proceda, ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario.

1.9. Obstáculos para el funcionamiento de la CPI

Al ser la CPI un órgano nuevo, resultado de un largo proceso de negociación internacional y de posiciones diversas, debe enfrentarse a obstáculos de diversa índole (políticos, jurídicos, económicos, etc.). Sin embargo, la CPI tiene ya vida propia y la comunidad internacional ha sabido superar con creces la presión de países poderosos, miembros del Consejo de Seguridad y adversidades, en procura de alcanzar justicia universal y de erradicar la impunidad de graves delitos contra la humanidad.

1.9.1. Posiciones opuestas de Estados frente a la jurisdicción penal internacional

El ER tuvo y sigue teniendo algunos obstáculos para establecerse. El principal de ellos es quizá la posición opuesta que tienen algunos Estados a que se pueda juzgar a sus nacionales. Anteriormente, mencioné el caso de EEUU, China e India. Existen igualmente otros Estados, que han planteado problemas políticos y legales, a pesar del apoyo casi unánime de todos los miembros de la ONU, organizaciones humanitarias y de Derechos Humanos de todo el mundo.

EEUU votó en contra del ER ya que no aceptaba el concepto de “jurisdicción universal” o lo que he llamado a lo largo de este trabajo como “jurisdicción penal internacional”.

Posteriormente, EEUU decidió celebrar el Estatuto, pero su ratificación parecía imposible. El Presidente Bill Clinton, en la última semana en el Gobierno, tomó la decisión de ratificar el ER, más con la idea de "negociar" la no aplicación del Estatuto a ciudadanos de EEUU.

Tal "negociación" se realizaría no con todos los países miembros a la vez, mediante tratado, sino mediante acuerdos bilaterales, negociados con cada uno de los países signatarios, agregando un artículo en el texto ratificado de cada país para la exclusión de ciudadanos de EEUU del ámbito de aplicación del documento internacional. Hasta la fecha, se sigue negociando en algunos países esta posición. Desde mi perspectiva, la sumisión europea y de la OTAN a estas cláusulas de exclusión, en este punto perjudicó enormemente la aplicación de la CPI.

Otros obstáculos que se han presentado, además de los que se discutieron sobre los tribunales ad hoc, son los referentes a principios y pilares del ER. El principio de complementariedad en que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional es complementaria a la jurisdicción nacional de cada país, es recogido plenamente en este documento internacional. Sin embargo, las discusiones jurídicas han ido más allá. Se debatió por mucho tiempo si la competencia del ER autoriza a la Corte a ejercer su jurisdicción sobre todos los países del mundo, incluyendo aquellos que no hayan ratificado el texto.

¿Esto significaría que quedaría abierta la posibilidad de juzgar, por ejemplo, en el caso de EEUU a sus soldados, aún sin el consentimiento estadounidense? ¿Podrían entonces los estadounidenses ser llamados ante la Corte y ser acusados de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio o agresión? En este ejemplo, los EEUU una vez que celebraron el ER, han utilizado una estrategia diferente para no incluir a sus nacionales en el ámbito de aplicación de la CPI, basados en el propio documento internacional. Esta estrategia es la celebración de acuerdos bilaterales con cada país miembro. Este tema, repito, es el central de esta disertación.

Si bien la posición de EEUU frente al ER y frente al concepto de jurisdicción penal internacional tiene cierta carga política, tiene también argumentos jurídicos. La posición de Estados Unidos buscaba que los casos a juzgarse en la Corte Penal Internacional sean aprobados primero por el Consejo de Seguridad (dónde EEUU tiene poder de veto) mientras que muchos países buscaban que la CPI sea una institución autónoma e independiente al Consejo de Seguridad. Así, hoy el Consejo de Seguridad es una suerte de filtro de casos a resolverse ante la CPI.

1.9.2. Otros obstáculos

1) La diplomacia estadounidense ha expresado constantemente su temor frente a la posible desprotección de sus soldados, por motivos políticos. EEUU con toda razón ha criticado que algunos de los criterios utilizados para la redacción del Estatuto, como la definición de los crímenes y la definición de la responsabilidad penal, no son claros. Esto lleva, por ejemplo, a que EEUU exija constantemente una definición mayor del "delito de agresión", también llamada "guerra de agresión". Jurídicamente, los diplomáticos estadounidenses sostienen que sólo los gobiernos, no los individuos, podían ser culpables de agresión. Sin embargo, la posición contraria, tuvo mayor apoyo y se logró su inclusión en la tipificación y con jurisdicción de la CPI. No obstante, la discusión siguió al respecto, al punto que estancó la posibilidad de juzgarse tales delitos, en la práctica, hasta tener mayor definición. A diferencia de los otros tres crímenes, que figuran definidos en el texto, el de agresión no se ha definido en el Estatuto, sino que se ha dejado su definición para otro tratado posterior, que se sigue elaborando hasta nuestros días.

2) La CPI carece en muchos casos de falta de cooperación por parte de los gobiernos frente a la detención y arresto de los sujetos activos de los delitos de gravedad internacional incluidos en el Estatuto, principalmente en crímenes de guerra. "La imposibilidad de traer ante la justicia a los inculpados convierte el proceso judicial en una farsa. Deben contemplarse mecanismos eficientes para posibilitar la actuación del tribunal, si las resoluciones y fallos del Tribunal son imposibles de cumplir, su eficacia será nula".[62]

[62] Cita tomada de Ma Del Rosario, Diego Díaz Santos y Virginia Sánchez López. Derecho Penal Implicaciones Internacionales. Madrid. España. Editorial COLEX 1999. P.114

3) Al igual que muchas instituciones internacionales, la CPI debe afrontar problemas de financiamiento, para cubrir gastos administrativos y costas procesales. Este problema se agrava cuando existe una negativa a la ratificación del Estatuto, por parte países catalogados como importantes posibles aportantes. Se ha incorporado este punto de la obligación financiera de aporte, a los de cooperación. El ER nada dice sobre el supuesto de incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de un Estado signatario. Surge la pregunta: ¿Es aplicable el artículo 87,7 del Estatuto que regula la falta de cooperación con la consecuencia de remitir el asunto a la Asamblea General? ¿Qué medidas podría tomar la Asamblea General ante el incumplimiento de la cuota establecida?

CAPITULO SEGUNDO

EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO Y EL DE JURISDICCIÒN PENAL INTERNACIONAL. Fundamento de la existencia de una Corte Penal Internacional.

"Las relaciones internacionales son el espacio de convergencia del sistema mundial y de la realidad interna de cada país. Aquél refleja el ejercicio del poder de las naciones dominantes y las fuerzas integradoras desencadenadas por el progreso técnico. Está, el nivel de desarrollo y la dimensión de la población y el territorio…"[63]

(Aldo Ferrer, Profesor Titular Consulto de Estructura Económica Argentina, UBA).

Temas centrales de la presente disertación son: **el principio de la responsabilidad penal internacional del individuo y el tema de la jurisdicción penal internacional.** En el siguiente capítulo, enlazaré estos conceptos con un análisis de los "acuerdos bilaterales de impunidad", también llamados "acuerdos bilaterales de exclusión", que se negocian y firman para evitar que ciudadanos de ciertas nacionalidades sean procesados ante la CPI.

Analizaré la definición de "jurisdicción penal internacional" como pilar fundamental para la creación y real funcionamiento de la CPI. A su vez, la jurisdicción penal internacional va de la mano con otra definición que permite la real aplicación del ER en su lucha contra la impunidad, la de "responsabilidad penal internacional". Para ello manejaré las definiciones que desde mi perspectiva son las más completas en derecho y reúnen las características más relevantes del proceso de discusión y debate de la comunidad internacional.

[63] Bernal-Meza, Raúl. América Latina en el Mundo.

2.1. El Derecho Penal Internacional y los conceptos de "jurisdicción penal internacional" y "responsabilidad penal internacional del individuo"

Los conceptos jurídicos: "jurisdicción penal internacional" y "responsabilidad penal internacional del individuo" pertenecen al ámbito del Derecho Penal Internacional. Los dos conceptos, para nuestro tema de estudio, van de la mano y la existencia del uno requiere del otro.

La responsabilidad penal internacional del individuo requiere previamente de la existencia de una jurisdicción penal internacional. Esta afirmación la hago en la medida que defiendo la perspectiva jurídica que las penas sólo se pueden aplicar a los individuos y no a los Estados. Si hablamos de jurisdicción penal hablamos de sanciones a individuos y, por ende, de la existencia de una responsabilidad individual.

La vida del Derecho Penal Internacional, es reciente, si la comparamos con la antigüedad de otras ramas del Derecho y es el área jurídica a tenerse en cuenta al analizar el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, sus características y las definiciones de jurisdicción penal internacional y responsabilidad penal internacional del individuo.

2.2. El Derecho Penal Internacional

Comenzaré por enfocar el concepto de Derecho Penal Internacional. Es importante recordar que la jurisprudencia, como cualquier ciencia de la humanidad, se desarrolla y evoluciona. Igualmente, ha evolucionado la perspectiva y definición del derecho penal internacional.

De lo que se conoce, el primer documento de la historia del Derecho Penal Internacional, o que norma sobre relaciones de Derecho Penal en relaciones internacionales, es el Tratado de Paz de 1268 A.C. entre Ramsés II, Faraón de Egipto y Hahussilli, Príncipe de los Hititas[64]. El mencionado tratado internacional contiene una cláusula sobre extradición

[64] El mencionado documento fue inscrito ante el Templo de Karnack en Luxor (Egipto), en el año 1268 A.C. y su texto original se conserva en el Museo Nacional de Historia de Turquía.

recíproca de fugitivos entre ambos reinos. Desde aquella época se ha intentado normar conductas individuales dentro de un contexto de comunidad entre naciones.

En los primeros conceptos de Derecho Penal Internacional moderno, tenemos el enfoque de definiciones que no admiten la participación del individuo en el Derecho Internacional; y de admitírsela, no contemplaban la posibilidad que un tribunal o corte internacional sea el organismo competente para sancionar a un individuo. La idea de quienes defendían la existencia del Derecho Penal Internacional fue tener una rama del Derecho que permitiese que los Estados puedan sancionar a individuos fuera de su territorio nacional. Así tenemos la definición de Von Rolhand que establece al Derecho Penal Internacional como "el conjunto de principios de Derecho por el cual el Estado, como miembro de la comunidad internacional, determina el valor territorial de sus normas y leyes penales respecto de las personas y de los bienes jurídicos"[65].

El jurista Meili definía al Derecho Penal Internacional como el "conjunto de leyes y principios jurídicos que resultan del hecho que actos delictivos caigan o parezcan caer bajo el imperio de leyes penales de Estados políticamente independientes unos de otros".[66] Por otro lado, el jurista Pascual Fiore, define la materia diversamente: "el Derecho Penal Internacional es la rama del derecho que resuelve y analiza las cuestiones que se refieren al derecho que tiene un Estado de reprimir delitos fuera del territorio de su propia jurisdicción o a juzgar de nuevo a individuos que por consecuencia de un delito han sido juzgados y castigados por los tribunales de otro país."[67] Fiore, conserva la idea tradicional dónde aparentemente no se incluye la idea que pueda existir un tribunal internacional para juzgar asuntos penales. Tampoco no daría cabida su definición, a que el individuo sea sujeto "principal" del derecho internacional, y discute el principio "non bis in ídem".

Dentro de lo expuesto, encontramos que la comunidad internacional hasta tiempos modernos, veía difícil, quizá imposible, la sanción (pena) a personas naturales por

[65] Von Rolhand. Citado por Luis Jiménez de Azúa. Derecho Penal Internacional, Madrid. Tomo I. Pág:2.
[66] Meili. Citado por Luis Jiménez de Azúa. Derecho Penal Internacional, Madrid, España. Tomo I, Pàg:2.
[67] Fiore, Pascual. Tratado de Derecho Penal Internacional. Argentina Pàg.73

conductas delictivas que trasciendan fronteras nacionales o produzcan daños en más de un territorio, nación, población o Estado. Así, con el paso del tiempo y con la gravedad e "internacionalización" de los delitos, se buscaron nuevas alternativas, siempre apegadas a derecho, desarrollando estrategias políticas e instrumentos jurídicos para conseguir la tipificación y castigo de aquellas conductas individuales contrarias a la paz y la seguridad internacional. Por "internacionalización de los delitos", me refiero a los delitos que se cometen en varios países (respecto al iter criminis) o de acuerdo al enfoque propio de esta disertación, a delitos cuyos efectos y daños, por el tipo de derecho fundamental lesionado y por su gravedad, afectan a la humanidad entera o a grupos humanos que viven en más de un territorio nacional (bajo la jurisdicción de varios Estados).

Se da entonces, un proceso evolutivo del derecho y de lucha contra la impunidad en procura de una convivencia armoniosa de la humanidad. Este proceso puede encuadrarse dentro de una rama nueva de la ciencia jurídica, el derecho internacional penal o derecho penal internacional. Esta disciplina de la jurisprudencia, obedece a un doble proceso, de internacionalización del derecho penal y de penalización del derecho internacional. Por ello, el ámbito de las ramas de la jurisprudencia que lo estudian y desarrollan son, evidentemente: las del derecho penal y las del derecho internacional.

El "proceso de internacionalización del derecho penal" estudia y desarrolla los mecanismos y sistemas de cooperación interestatal, cuyos objetivos son los de asegurar el cumplimiento de las legislaciones penales nacionales. Encontramos que la esencia del proceso es más procesal, que sustantivo. De otro lado, el denominado "proceso de penalización del derecho internacional" busca incorporar en el nuevo orden internacional, "una serie de normas de naturaleza consuetudinaria y convencional, de ciertos tipo de conductas cometidas por los individuos y para las que se prevé una sanción penal."[68] Es decir, busca combatir la impunidad de los actos delictivos de individuos, dar mayor seguridad a la

[68] Cita tomada de Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena. "La Corte Penal Internacional".

comunidad internacional mediante la creación de tribunales de justicia que diriman conflictos internacionales (sean conflictos entre Estados o personas)[69], entre otras acciones.

La evolución del derecho internacional contemporáneo se ha ocupado más de asuntos sustantivos de un sistema de responsabilidad penal del individuo. Previamente no se enfocó el tema de la sanción al plano interno y pero se analizó mucho sobre lo ideal que es para la humanidad, el tener un Código Penal Internacional y de procesos, aunque estamos lejos aún de encontrarnos ante un cuerpo normativo sistemático y homogéneo, similar al que tienen los sistemas penales nacionales.

Desde mi perspectiva, el sistema jurídico internacional penal está en proceso de evolución y aunque tenga lagunas y contradicciones es un aporte significativo para la convivencia de la comunidad internacional. El mayor problema, hoy por hoy, del Derecho Internacional en la práctica, es la dependencia que tiene de poderes hegemónicos y políticos. Constantemente las barreras son resultado de politización, debido a que la efectividad del Derecho Internacional depende de la actuación de los Estados. "A ello se añaden las dificultades que genera la transposición de conceptos y principios propios del derecho penal al plano del derecho internacional, tal como en concreto ponen (se puso) de manifiesto las cuestiones relativas a la determinación del concepto de crimen o delito internacional o la aplicación del principio de legalidad en el ámbito penal (nullum crimen sine lege)."[70]

Se presenta en el proceso, una segunda etapa en Derecho Penal Internacional, enfocado en mucho a ser un "derecho de represión internacional".[71] Abarca esta concepción, la importancia de los "delitos en el momento en que se desplazan en el espacio y comprende también, la prevención y el castigo a ciertas infracciones que afectan el orden público internacional, o la comunidad internacional".[72]

---

[69] Son ejemplo de ellos, la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y por supuesto, la Corte Penal Internacional.
[70] Díaz-Santos, Diego, Del Rosario, Ma. y Sánchez López, Virginia. Derecho Penal: Implicaciones Internacionales.
[71] Salazar Flor, Carlos. Análisis del Derecho Penal Internacional.
[72] Salazar Flor, Carlos. Análisis del Derecho Penal Internacional.

Las definiciones de Derecho Penal Internacional en esta etapa, se alteran debido a los adelantos científicos, medios de comunicación, industrialización y a la evolución de los conceptos de soberanía (una vez iniciada la guerra fría). Así, debido a la facilidad de comercio, transporte e intercambio, se originan nuevos delitos, denominados internacionales, porque se cometen entre fronteras o entre varios países. El "iter criminis" tiene su recorrido en varios Estados y afectan a más de una soberanía (Ej.: tráfico de estupefacientes, nuevas formas de la piratería, trata de personas, etc.). "Los Estados se ven precisados a emprender la represión de estos delitos que independientemente del lugar donde se cometen, ponen en peligro la estabilidad social; para lograr la sanción correspondiente los Estados se prestan la más estrecha cooperación, unificando sus leyes internas o celebrando convenciones internacionales."[73]

En este período surgen definiciones del Derecho Penal Internacional con otras perspectivas. Así se plasman "las reglas jurídicas que determinan las condiciones mediante las cuales los Estados deben ayudarse recíprocamente en los asuntos judiciales, con el fin de asegurar el ejercicio de su poder penal en el dominio de la comunidad internacional".[74]

Se incorporan así, el concepto de comunidad internacional y la obligación de cooperación internacional. Von Liszt dice que "Derecho Penal Internacional, en sentido propio son aquellas disposiciones penales, que se dictan no para un Estado particular, sino para la comunidad de los Estados civilizados"[75] y, finalmente, Crispigni sostiene que por Derecho Penal Internacional " sólo puede entenderse aquellas normas que imponen a los Estados un deber jurídico relativo a la represión de los delitos, cuyo deber jurídico puede consistir, en la obligación de ejecutar determinados actos referentes a otros Estados (ej.: caso de extradición), o a dictar (o no dictar) determinadas normas internas de Derecho Penal."

Con el descubrimiento constante de atrocidades y la conciencia que las violaciones de los derechos fundamentales del hombre afectan a la humanidad entera, nace una nueva etapa

[73] Jiménez de Azúa, Luis. Derecho Penal Internacional.
[74] Martens, F. Tratado de Derecho Internacional.
[75] Salazar Flor, Carlos. Análisis del Derecho Penal Internacional.

en la definición del Derecho Penal Internacional. El Dr. Luis Jiménez de Azúa, denomina a esta etapa contemporánea del Derecho Penal Internacional como la "etapa del derecho de las sanciones internacionales"[76]. Así, se robustece la idea de una "jurisdicción penal internacional", y se busca responsabilizar penalmente a los individuos por graves delitos internacionales, independientemente de la complicidad o limitación de los Estados dónde se cometen los delitos. Poco a poco, los autores incluyen en sus estudios sobre Derecho Penal Internacional, tendencias unificadoras de disposiciones e instituciones penales diferentes e impulsan la creación de nuevos órganos en procura de justicia internacional. Nacen así, las ideas concretas por constituir una corte penal internacional y un código penal internacional, y se impulsan las acciones para lograr el juzgamiento de criminales de guerra, sin importar su nacionalidad o lugar dónde se cometió el delito..

Según los juristas Pella y Luis Jiménez de Azúa, nace con estas características señaladas arriba, "un verdadero Derecho Penal Internacional" y con ello podemos comprender de mejor manera, la evolución del concepto de jurisdicción penal internacional. Entendemos que con una *corte con jurisdicción penal internacional* permanente, se puede sancionar graves delitos contra la humanidad o violaciones, sin importar el lugar dónde se cometió el delito o dónde resida, transite o se proteja el criminal. Con estos puntos en mente, Pella califica al Derecho Penal Internacional como el derecho que "contiene la totalidad de las reglas de fondo y de forma que presiden el ejercicio de la represión de los actos cometidos por los Estados o los individuos que por su naturaleza perturban el orden jurídico internacional y la armonía entre los pueblos"[77]. Es decir, el Derecho Penal Internacional, trata de la criminalidad de los Estados y de los individuos en cuanto pongan en peligro o alteren las relaciones pacíficas de las naciones.

Un aspecto más que permite diferenciar en nuestros días al Derecho Penal Internacional es que éste analiza los actos criminales de los Estados y de los individuos, y además de las acciones de las organizaciones o asociaciones que cometen graves delitos contra la

[76] Salazar Flor, Carlos. Análisis del Derecho Penal Internacional.
[77] Enfoque tomado en cuenta en los criterios de Documentos Preparatorios para la creación de una Corte Penal Internacional, incluidos en los Informes de la Comisión de Derecho Internacional

humanidad y los derechos fundamentales del hombre. Ejemplo de esto han sido y son organizaciones como la SS (Nazis) en el pasado y Hamas, Hezbollah, Al Qaeda, Estado Islámico, Daesh, Boko Haram grupos terroristas, etc. en la coyuntura actual. Pella dice: "el Derecho Penal Internacional no se relaciona más que con individuos considerados como sujetos de infracciones", se hayan cometido por individuos, Estados u asociaciones.

En el siglo XXI, con el proceso globalizador y avance del capitalismo económico; con la intolerancia frente a las formas de gobierno en lo político, extremismo religioso y diversidad de tradiciones en lo social, también las atrocidades delictivas avanzaron y olvidaron que hay fronteras y soberanía. Afortunadamente la protección de los derechos fundamentales y la conciencia que todo ciudadano pertenece a una sola comunidad internacional, incentivaron el proceso evolutivo del Derecho Penal Internacional que poco a poco encuentra soluciones y combate la impunidad dentro de un marco de derecho y convivencia internacional. Creo firmemente que prueba de ello es la creación de la CPI.

2.3. La Responsabilidad Penal Internacional del Individuo.

2.3.1. Definición

"*Responsabilidad penal internacional del individuo"* es un concepto objeto de debate, pues desde la perspectiva tradicional del derecho internacional, sólo los Estados fueron los regulados por las normas de esta rama del Derecho. Esta posición sostenía que, en Derecho Internacional sólo los Estados son sujetos de responsabilidad internacional. Sin embargo, existen delitos que debido a la **gravedad** de ellos, a su repercusión internacional y porque afectan a la totalidad de la humanidad (no sólo a determinados sujetos pasivos, el sujeto pasivo del delito es la humanidad entera), generan una responsabilidad penal ante toda la comunidad internacional.

En los estudios del Derecho Internacional contemporáneo, se presenta una posición en la cual se afirma que asociaciones de personas, o el individuo por sí mismo, pueden ser sujetos activos de delitos internacionales. Acorde a esta perspectiva, los autores de los delitos o "infracciones" internacionales según el jurista Hervé Ascencio[78] son:

[78] Ascencio, Hervé. Droit Pénal Internacional.

a) El Estado;
b) Las colectividades no estatales (Ej.: ejércitos paramilitares, grupos rebeldes, guerrillas, grupos de fanatismo extremo, los Nazis, grupos insurgentes, etc.)
c) Los individuos, sean gobernantes, superiores jerárquicos o directamente ejecutores. Inclusive los individuos como personas privadas sin funciones públicas.

En las tres posibilidades mencionadas surgen cuestiones no resueltas, donde la norma *de lege lata*[79] puede entrar en conflicto con la norma *de lege ferenda*[80]. En todo caso, contemplo y defiendo en mi investigación, la idea que el individuo puede ser sujeto activo de una conducta delictiva grave de carácter internacional.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, a nivel internacional se comienza a diferenciar abiertamente entre la responsabilidad que tienen los Estados y los individuos (con poder en gobierno o sin él), independientemente de aquellos, como sujetos activos de delitos penales graves con repercusión internacional.[81]

Para una definición clara de responsabilidad penal internacional del individuo debemos partir de ciertas definiciones básicas. Primero analizaré qué significa "*responsabilidad" y "responsabilidad penal".* Si tomamos como definición la dada por Rogelio Moreno Rodríguez, jurista argentino, *Responsabilidad penal* (responsabilidad penal en general, no internacional) es "la consecuencia necesaria de la imputabilidad a título culpable, es decir, por dolo o por culpa, de un acto antijurídico descrito en la ley como delito, discernida contra el delincuente que es declarado culpable"[82].

Otra definición, quizá más clara para este análisis, sobre responsabilidad penal (como introducción al derecho penal internacional) es: "un determinado estado subjetivo del individuo (aunque resultante del concurso de requisitos comunes y propios de la

[79] Término que proviene del latín y que hace referencia "a lo que la ley es".
[80] Término que proviene del latín y que hace referencia "a lo que la ley debe ser"-
[81] Diversos autores como Hans Kelsen y su escuela o Pella, la Comisión de Derecho Internacional y diversas asociaciones e instituciones de juristas como el Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC) y la Asociación.
[82] Moreno Rodríguez, Rogelio. Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales.

culpabilidad y responsabilidad) por el cual afirmase la capacidad del sujeto para asumir las consecuencias jurídico penales que acarrea el hecho delictivo"[83]. Esta definición es la que nos permite comprender que la responsabilidad penal si podría encasillarse en un ámbito internacional, ya que no se limitaría la responsabilidad a cierta circunscripción territorial o legislación nacional. Cada uno de los elementos de la definición podría trascender fronteras o legislaciones, o *responder, responsabilizar* a un individuo frente a un delito de carácter internacional.

Etimológicamente, si analizamos el origen de la palabra *responsabilidad*, encontramos que viene del latín *respondeo* que según el Diccionario Jurídico de Juan Ramírez Gronda, demuestra que viene como "respuesta o contestación" a los procesos. Así, si hablamos que la comunidad internacional de hoy implica diversas relaciones entre personas de múltiples nacionalidades y territorios independientemente de la función y agenda de los Estados; podemos entender que tales relaciones pueden generar obligaciones y efectos internacionales. Es así como también los delitos y penas pueden tener un carácter internacional.

A diferencia de la responsabilidad civil por causa de delito, la responsabilidad penal entraña la aplicación de sanciones públicas, penas o medidas de seguridad. Desde mi perspectiva, las sanciones públicas y **penas** que antes provenían de un ordenamiento jurídico nacional sobre el territorio de su jurisdicción, hoy podrían provenir de una legislación internacional o de un órgano con jurisdicción penal internacional[84].

La responsabilidad penal, de acuerdo a doctrina, "requiere ser declarada en la ley abstractamente para cada delito prevista en ella, y concretamente por los tribunales en cada caso en que se aprecia la existencia real o material de un delito.[85] Por ello, para hablar de Derecho Penal Internacional y de los conceptos de *jurisdicción penal internacional* y *responsabilidad penal del individuo,* se requiere de una legislación anterior que tipifique

[83] Ramírez Gronda, Juan. Diccionario Jurídico.
[84] Razonamiento realizado a partir de definiciones de Moreno Rodríguez, Rogelio. Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales.
[85] Ideas tomadas Moreno Rodríguez, Rogelio. Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales.

delitos, penas y tribunales competentes. En este caso, se requiere una legislación internacional "anterior", que establezca ciertas conductas como delitos internacionales (contra la humanidad en esta investigación) y establezca un tribunal competente para juzgar y sancionar, así como las penas correspondientes. Esta legislación anterior requerida, tal como lo describimos a lo largo de este análisis, es el ER (aunque como lo describo brevemente en este capítulo, previamente se había planteado la idea de redacción de un Código de Crímenes para todos los países miembros de la Naciones Unidas).

Para robustecer los conceptos de mi estudio, tomaré en cuenta los análisis del Dr. Antonio Augusto Cancado, quién afirma que los individuos tienen subjetividad internacional y que en el mundo contemporáneo se puede hablar de una plena responsabilidad internacional del individuo "en un pie de igualdad con los Estados (en responsabilidad), sin importar su calidad de gobernante o agente del Estado"[86]. Sostiene igualmente que "si hay capacidad individual para el delito internacional, debe haber punición"[87].

Así, desde mi perspectiva, la **responsabilidad penal internacional del individuo** sería aquel estado subjetivo (responsabilidad) de cualquier ciudadano del mundo, por el cuál ante el cometimiento de un acto (delictivo), asume las consecuencias jurídicas penales que acarrea un delito tipificado como grave delito internacional, en un documento internacional y con jurisdicción penal internacional[88].

2.3.2. Análisis de la figura de la responsabilidad penal internacional del individuo

"El estudio de las cuestiones que plantea la figura de la responsabilidad penal internacional del individuo aparece estrechamente vinculado a la posición que la persona humana ocupa en el derecho internacional"[89]. Hoy, como consecuencia del proceso de humanización que se da en el derecho internacional contemporáneo, se reconoce cierta subjetividad del individuo en el plano internacional. Aunque el individuo no es sujeto

[86] Cancado, Antonio Augusto. O Directo Internacional em um mundo em transformacao.
[87] Cancado, Antonio Augusto. O Directo Internacional em um mundo em transformacao.
[88] Definición dada por el autor, en base a la definición de responsabilidad penal del Dr. Ramírez Gronda, Juan. Diccionario Jurídico.
[89]Díaz-Santos, Diego, Del Rosario, Ma. y Sánchez López, Virginia. Derecho Penal: Implicaciones Internacionales.

normal de las relaciones establecidas en las normas del derecho internacional, puede llegar a serlo de **manera excepcional** y de acuerdo a documentos internacionales expresos. Las normas internacionales confieren derechos y obligaciones al individuo, y ocasionalmente, una legitimación para ejercerlos por sí misma. Esta subjetividad es limitada por las normas y no tiene el alcance de la que tienen los Estados en Derecho Internacional.

Son los Estados los que crean las normas internacionales, y son los Estados quienes a través de las normas "ceden un poco de su soberanía" y también reconocen subjetividad al individuo en el plano internacional, cuando éste tenga determinada conducta establecida en las normas. Estas normas, dentro de la dimensión pasiva de la subjetividad, asignan obligaciones y consecuencias internacionales a las conductas delictivas de la persona natural, estableciendo responsabilidad penal internacional para el individuo.

2.3.3. Obstáculos jurídicos para la responsabilidad penal internacional del individuo. Normas sobre responsabilidad penal internacional individual a tener en cuenta

Los principales obstáculos jurídicos para la construcción de responsabilidad penal internacional para el individuo en el orden internacional, son los siguientes:

1) Falta de determinación de la noción del derecho internacional penal, como base sustantiva del sistema de responsabilidad penal internacional, y en el examen de los problemas derivados de la necesidad de transponer conceptos y categorías propios del derecho penal al plano internacional."[90]; y,

2) La necesidad de distinguir la responsabilidad penal internacional del individuo de la responsabilidad internacional del Estado, sin perjuicio de las conexiones que puedan establecerse entre ambas.

Hasta antes de la redacción del ER, el derecho internacional en estos temas se limitaba a la normatividad. El Derecho Internacional tipifica los comportamientos que daban (dan)

[90]Díaz- Santos, Diego, Del Rosario, Ma. y Sánchez López, Virginia. Derecho Penal: Implicaciones Internacionales.

lugar a responsabilidad penal, dejando a los Estados la regulación del aspecto institucional de la sanción, ya que fueron siempre **los Estados los que tuvieron y tienen la competencia represiva**. "La única solución posible para atajar los problemas anteriormente expuestos y para consagrar el sistema de representación penal internacional del individuo, suponía la creación de un modelo directo de aplicación de la justicia penal internacional"[91]. Este modelo de aplicación es el ER que plasma la responsabilidad penal internacional del individuo frente a la comisión de graves crímenes contra la humanidad.

Antes de la existencia del ER, no podía garantizarse de ninguna manera la lucha contra la impunidad, ya que la sanción internacional del individuo responsable quedaba supeditada a la actuación de cada Estado. Es decir, siempre cabía la posibilidad que la sanción no se exija o cumpla, "cuando el Estado no pueda, no quiera o no esté en condiciones de hacerlo". Por ello, surge la CPI como la principal solución para combatir la impunidad y evitar la protección de criminales por parte de regímenes y gobiernos.

El tratamiento de la responsabilidad penal internacional del individuo **de acuerdo al Estatuto de Roma de 1998**, se encuentra en el artículo 25 del Estatuto. Así, el texto afirma que la competencia de la CPI será únicamente para personas naturales, sancionándose la autoría material e intelectual, así como las diversas formas de participación.

Las diversas formas de participación que acarrean responsabilidad penal internacional en el individuo, señaladas por el ER son respecto a quien (artículo 25 del ER):

a) Cometa ese crimen por sí sólo, con otro o por conducto de otro, sea este o no, penalmente responsable;
b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

[91] Díaz- Santos, Diego, Del Rosario, Ma. y Sánchez López, Virginia. Derecho Penal: Implicaciones Internacionales.

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa del crimen, por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
   i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o fin delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de competencia de la Corte o;
   ii)A sabiendas que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; e,
f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma a que éste se consuma, no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto, por la tentativa, si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. La tentativa constituida por actos que supongan un paso importante para la comisión, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Aunque respecto de la tentativa, si se desiste de la realización o se impide la consumación no habrá condena si se renuncia integra y voluntariamente al propósito delictivo.

Nada de lo dispuesto en el ER, respecto de la responsabilidad de las personas naturales, afectará a la responsabilidad del Estado, conforme al Derecho Internacional.
El ER en su artículo 30 establece que una persona penalmente responsable podrá ser condenada por la comisión de un crimen de competencia de la Corte, si los elementos materiales del crimen se realizaron “con intención y conocimiento”. No importa la calidad pasada o presente de la persona, ni si actuó bajo órdenes o independientemente de ellas.

La intención implica el propósito de incurrir en una determinada conducta y a la vez el proponerse causar una consecuencia o ser consciente de que la misma se producirá conforme al curso normal de los acontecimientos.

El artículo 25 del ER, trata sobre la "responsabilidad penal individual", con un enfoque sobre quién es jurídicamente responsable bajo la competencia del mencionado documento (personas naturales que sean responsables, ya sea en carácter de autor, cómplices, etc.). El artículo 27.1 del ER establece la aplicación de sus disposiciones a todo individuo por igual, sin importar jerarquía o función. Así, señala en el texto: "El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per sé, motivo para reducir la pena". Por otro lado, el artículo 28 del mismo documento determina la responsabilidad de los jefes y otros superiores.

En lo correspondiente a inmunidades jurisdiccionales y reglas de procedimiento especiales, establece (artículo 27.2 ER): "las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella".

2.3.4. Normas internacionales que recogen la responsabilidad penal internacional

La responsabilidad penal del individuo se encuentra establecida en algunas normas, quizá no con una definición, pero si con presencia importante. La razón principal para la inclusión de la responsabilidad penal internacional fue reprimir ciertos comportamientos que son considerados "contrarios a los intereses internacionales o a un principio de interés internacional"[92]. La redacción y técnica jurídica de estas normas no nos permiten saber si estamos o no "ante crímenes internacionales en sentido estricto que generan la responsabilidad penal internacional del individuo"[93]. Para ello, además del texto de la norma, debemos analizar el mecanismo de sanción que en estos delitos se basa en el principio "*aut dedere aut iudicare".* Ejemplos de estos delitos son delitos contra la seguridad aérea internacional y la seguridad en el mar, el tráfico ilícito de estupefacientes,

[92]Criterio vertido por el Dr. Andrés Harfuch, abogado penalista parte del INECIP (Arg).
[93]Criterio vertido por el Dr. Andrés Harfuch, abogado penalista parte del INECIP (Arg).

el coyoterismo o tráfico ilegal de personas (inmigrantes), la piratería, figuras ligadas a distintas formas de terrorismo internacional, etc.

En el Derecho Internacional contemporáneo, además del ER, tenemos otros instrumentos internacionales y estudios que consagran la idea que el desempeñar función, mandato o cargo público o de autoridad, no exime al individuo de responsabilidad penal. Así, comienzan a darse los primeros pasos para conseguir responsabilidad penal internacional. Estas normas, son:[94]:

1) El Proyecto de Código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954. En su artículo 3, establece lo siguiente: "El hecho que una persona haya actuado como Jefe de un Estado o como autoridad del Estado no la exime de responsabilidad perpetración de cualquiera de los delitos definidos en el presente código";
2) El nuevo Proyecto de Código en materia de Crímenes contra la paz y Seguridad de la Humanidad (1991) en su artículo 13 incluye: "El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, y en especial el hecho de que haya actuado como jefe de Estado o de gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal";
3) El Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (1993) en el artículo 7.2 señala que "La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena; y,
4) El Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (1994) en su artículo 6.2, establece: "La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena".
5) El ER y (proyectos anteriores para el establecimiento de una corte penal internacional permanente), es por esencia, el documento que consagra la existencia

[94] Según la clasificación bibliográfica de la Organización de las Naciones Unidas (Biblioteca ONU, NY-EEUU), los documentos que tratan sobre la "responsabilidad internacional" en materia penal, son los que expongo en este punto. Análisis y textos incluidos en los Anuarios de la ONU, de los años 1985, 1991 y 1998.

de la responsabilidad penal internacional del individuo (tal como se analiza en esta disertación).

2.3.5. Responsabilidad penal internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado

Pese a la aparente analogía a la que remiten las expresiones de responsabilidad penal internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado, hay que advertir desde ahora que se trata de dos instituciones de naturaleza distinta y autónoma. Como se conoce en ciencia jurídica, en el estado actual de desarrollo del derecho internacional, **la responsabilidad internacional del Estado es de carácter reparatorio, y la del individuo es de naturaleza penal.** No obstante, es cierto que pueden llegar a generarse ciertas conexiones entre ambos tipos de responsabilidades, como "la coincidencia factual", o incluso normativa existente, especialmente en aquellos supuestos en los que el individuo no actúe de forma privada, sino como agente u órgano de un Estado[95]. Ello se da, en la medida en que tal acto es susceptible de generar de forma independiente y en planos distintos, los dos tipos de responsabilidad aludidos: por una parte la responsabilidad internacional del Estado y, por otra, la responsabilidad penal internacional del individuo.

Tales conexiones no afectan, sin embargo, al carácter autónomo y distinto que se predica de ambos tipos de responsabilidades, sin perjuicio de las consecuencias que de las mismas puedan inferirse para la exigencia de la responsabilidad penal internacional del individuo, y ello en la medida en que hoy sigue siendo controvertido el alcance y las consecuencias de los llamados "crímenes internacionales" del Estado (figura en su día recogida en el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional de los Estados). Por eso, aunque en el marco de las discusiones de la Comisión de Derecho Internacional sobre esta cuestión se llegó a plantear la posibilidad de reconocer un régimen de responsabilidad penal del Estado, tales planteamientos continuaron en un "estado de gestación", prevaleciendo la consideración que el Estado no podría ser objeto de sanciones penales semejantes a las previstas en los ordenamientos nacionales. Sin embargo hoy, el

[95] Criterios tomados a partir de entrevista con Dr. Andrés Harfuch, del INECIP. (Argentina)

nuevo orden mundial, el manejo de medios de comunicación que difunden las atrocidades que el ser humano comete en guerras, conflictos y acciones en contra de la humanidad, y el desarrollo de la ciencia jurídica, tenemos una norma que establece la responsabilidad penal internacional del individuo, y que busca combatir la impunidad.

Como hemos dicho, esta norma es el ER y desde mi perspectiva, plenamente consagra la responsabilidad penal internacional del individuo, en un plano de derecho (internacional, penal, humanitario) y fundamentado en principios del derecho internacional y la justicia. Su sola celebración es una avance entero de la humanidad por garantizar el respeto de los derechos fundamentales del hombre, por combatir la impunidad; constituye un antes y un después en la historia del derecho internacional y permite que ningún ser humano pueda escudarse en el poder y en las barreras legales para cometer crímenes que violen los derechos básicos de todo ser humano.

Así, una vez que hemos encontrado definiciones que plasman la idea de responsabilidad penal internacional del individuo y que analizamos el tratamiento de la mencionada responsabilidad en el ER de 1998, requerimos de otra definición para posteriormente, enrumbar nuestro estudio en el segundo tema central de esta investigación, el enfoque a los "acuerdos bilaterales de inmunidad, reserva o exclusión" de este documento internacional. Este concepto básico para analizarse es el de **jurisdicción penal internacional.**

2.4. La jurisdicción penal internacional.

2.4.1. Definición

Etimológicamente, la palabra jurisdicción viene del latín "*iurisdictio-nis*" (*nomen actionis* formado de la locución verbal *ius dicere*) que significa literalmente, acción de decir, o indicar el derecho.[96] Jurisdicción penal internacional sería la acción de indicar el derecho competente para sancionar y la corte para juzgar un grave delito internacional (que afecte a toda la humanidad).

[96] Couture, Eduardo J. Vocabulario Jurídico.

Si analizamos el concepto jurídico de jurisdicción, encontramos que es la "potestad pública de conocer y fallar los asuntos conforme a la ley, o sea, la facultad atribuida al poder judicial para administrar justicia"[97]. Esta definición clásica de la doctrina penal, nos recuerda que la administración de justicia debe ser "conforme a ley". Se podría aplicar entonces el término de "jurisdicción" siempre y cuando existiere una norma que establezca la facultad para administrar justicia.[98] Sin embargo, para poder utilizar plenamente esta definición en derecho internacional, (entendida como hemos señalado) dentro de un Estado debemos tener en cuenta que jurisdicción, es una facultad que no supone universalidad y por ello encuentra su limitación en razón de las personas, de la materia o del territorio. Así, tal como analicé en la definición de responsabilidad penal internacional del individuo, el mundo de hoy, ante la gravedad de los delitos que afectan a los derechos fundamentales de la humanidad entera, requiere de una jurisdicción sin limitaciones respecto al territorio y permita administrar justicia, condenando el hecho punible independientemente del lugar dónde se cometió. Esta sería la jurisdicción penal internacional.

Teniendo clara la definición de jurisdicción, el concepto de *jurisdicción penal o criminal* vendría a ser "lo que se instruye, tramita y falla en los procesos penales".[99] Por ende, la jurisdicción penal internacional sería la que se instruye, tramita y falla en los procesos penales internacionales, ante una corte penal internacional permanente y competente que sería la Corte Penal Internacional.

Un punto muy importante de resaltar, es la opinión de diversos penalistas que sostienen que al tratarse de materia penal es más correcto hablar de competencia y no de jurisdicción[100]. Sin embargo, el instrumento jurídico internacional que analizamos en esta disertación, el ER y sus estudios (proyectos) anteriores, recogen el término "jurisdicción"[101] y por ello, seguiremos hablando de jurisdicción penal internacional.

---

[97] Couture, Eduardo J. Vocabulario Jurídico.
[98] La norma sería el ER o el Código (Internacional) de Crímenes.
[99] Couture, Eduardo J. Vocabulario Jurídico.
[100] Eduardo Couture o Andrés Harfuch son ejemplos de juristas que defienden que en materia penal es más correcto hablar de competencia que de jurisdicción.
[101] El ER recoge la idea de jurisdicción penal internacional (con carácter complementario a las jurisdicciones nacionales) palabra jurisdicción en el preámbulo y artículo 1.

El Dr. Eduardo Hooft[102], Abogado Defensor de la CPI por América Latina, considera que es mucho más apropiado hablar de la existencia de una jurisdicción penal internacional, ya que la jurisdicción que tiene la Corte es de carácter complementario a las competencias que tienen los tribunales penales nacionales, por lo que no se puede hablar de una jurisdicción universal[103]. Hooft afirma que sí podría aceptarse hoy en día, la existencia de una jurisdicción penal internacional, ya que las relaciones internacionales, la gravedad de los delitos y la cooperación interestatal hacen que se puedan compartir competencias y plantear una jurisdicción penal más allá de las legislaciones nacionales. Esta jurisdicción penal internacional se logra a través de un documento internacional en el que los Estados signatarios, voluntariamente, "ceden hasta cierto punto, una parte de su soberanía" para combatir la impunidad y los tribunales penales de cada nación, en caso de no poder administrar justicia, permiten la acción de una Corte Penal Internacional (carácter complementario para juzgar delitos de gravedad internacional, cuando los tribunales nacionales competentes no puedan hacerlo). La jurisdicción penal internacional, a decir del Dr. Favio Farinella es "la aplicación directa por un Tribunal Internacional con fundamento legal y legítimo a partir del consenso de la comunidad internacional" [104].

Durante mucho tiempo la idea de una jurisdicción penal internacional fue calificada como un tema de "ciencia ficción jurídica"[105]. Hoy se ha plasmado en la realidad de la CPI. El ER que en un ámbito nacional interno sería una norma que incluye a su vez, varias normas y leyes (código penal, normas procesales penales, normas administrativas y orgánicas de tribunal, etc.) hace que la comunidad internacional tenga una corte penal internacional permanente, "un tratado que regule sus aspectos institucionales, sustantivos y procesales y con jurisdicción penal internacional"[106].

[102] Catedrático de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.
[103] Punto de vista expresado por el Dr. Eduardo Hooft mediante entrevista personal. Mar del Plata, Argentina, 2005.
[104] Farinella, Favio. La Jurisdicción Penal Internacional.
[105] Calificativo dado por Dra. Quesada Alcalá, Carmen. La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal.
[106] Calificativo dado por Dra. Quesada Alcalá, Carmen. La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal.

El término jurisdicción penal internacional incluye a toda la humanidad regulada "mediante normas comunes de convivencia entre todos los seres humanos de la Tierra, consagrados y garantizados; cuyo irrespeto o violación, supone una investigación, proceso y sanción que deben realizarse para resarcir el daño causado a la humanidad entera. Debido a la gravedad de este tipo de delitos, que afectan a toda la población mundial, no puede admitirse ni tolerarse impunidad ni olvido".[107]

El Dr. Favio Farinella califica a la jurisdicción penal internacional como "el regreso al ius gentium", para poner énfasis en el origen del derecho internacional, especialmente, los principios del Dr. Francisco de Vitoria[108] (y su necesaria dimensión axiológica), aduciendo que el fundamento principal del ER es la garantía universal de la persona humana y la conciencia de lo justo[109].

Es importante tener en cuenta que la jurisdicción penal internacional tiene un soporte en el derecho natural y en los derechos humanos, así como en el contemporáneo Derecho Humanitario. Para utilizar los conceptos y acción de la jurisdicción penal internacional hay que remitirse al derecho natural y al estado de privilegio asignado al ser humano.

Dentro del análisis jurídico, pienso que debe evitarse el conflicto entre el humanismo y la soberanía, entre los derechos humanos y el concepto de soberanía. El derecho internacional contempla también la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, y considero que es en cierto modo una evolución del derecho de gentes (ius gentium) y tal como lo calificó el Dr. Eduardo Hooft,[110] "el nuevo humanismo producto de la mundialización refleja la vuelta a los valores del ius gentium y no sólo una suerte de reciclaje del sistema internacional y su organización jurídica clásica nacida en Westfalia".

[107] Dr. Ramírez Gronda, Juan. Diccionario Jurídico
[108] Farinella recuerda la frase del Dr. Francisco de Vitoria "quod naturalis ratio constituit inter-omnes gentes vocatur ius gentium"de la obra del jurista español, "De Reelectionis Indis".
[109] Farinella, Favio. La Jurisdicción Penal Internacional. Ediciones Suárez. Argentina, 2005.
[110] Dr. Eduardo Hooft, Abogado de la Corte Penal Internacional por América Latina. Frase pronunciada en entrevista personal. Mar del Plata, 2005.

En realidad, podríamos decir que la actual idea de jurisdicción penal internacional se basa en los principios básicos y fundamentales del Derecho Internacional, en los pilares que dieron su origen. Don Francisco de Vitoria, padre del Derecho Internacional, sostenía que **"el ordenamiento jurídico obliga a todos, tanto a gobernados como a gobernantes, y la comunidad internacional (totus orbis) prima sobre el arbitrio de cada Estado Individual"[111].** Es así, como frente a atrocidades y conductas delictivas graves cometidas por individuos particulares, cuyos efectos trascienden de las jurisdicciones nacionales, surge la defensa de los derechos fundamentales del hombre. En esta defensa y en el principio vitoriano de que "la comunidad internacional prima sobre el arbitrio de cada Estado Individual", es que surge la idea de la jurisdicción penal internacional. La garantía de los derechos fundamentales del ser humano y su emplazamiento por sobre el llamado "arbitrio estatal"[112], son las premisas para la jurisdicción penal internacional.

2.4.2. Proceso para alcanzar una jurisdicción penal internacional

La finalidad principal de las definiciones "jurisdicción penal internacional" y "responsabilidad penal del individuo", fue combatir la impunidad de graves conductas delictivas en contra de derechos fundamentales del hombre. El proceso de su discusión, fue extenso y de amplia participación académica. De lo que he registrado, el primer punto de vista oficial en Derecho Internacional que expuso plenamente la necesidad de determinar la "responsabilidad penal internacional del individuo" y "jurisdicción penal internacional" para la creación de cortes internacionales competentes para juzgar y sancionar delitos internacionales, fue realizado por el jurista Bellot.[113]

Aún sin una definición clara del término que conocemos hoy, en 1926 se aprueba un proyecto que buscaba la creación en la antes denominada Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) de una Sala de lo Penal, competente para tratar infracciones de las leyes y las costumbres de la guerra que tuvieran carácter penal e inclusive con competencia

[111] De Vitoria, Francisco. "Re-lecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de la Guerra."
[112] Arbitrio estatal es hoy y fue un término muy utilizado por organizaciones e individuos, defensores de los derechos humanos, especialmente en la década de los ochenta y noventa, para denunciar que un gran porcentaje de las violaciones y crímenes contra los derechos fundamentales quedan impunes por la protección de gobiernos y líderes estatales, o inclusive, son efectos propios de órdenes y atroces políticas estatales.
[113] Bellot expuso en la 31 Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional (1922)

sobre el Consejo o la Asamblea de la Sociedad de Naciones. El jurista Pella defendió esta posición un año después en la Unión Interparlamentaria y aclaró que si podría hablarse de una "responsabilidad penal internacional del individuo". De lo que se registró, el debate jurídico giró en torno a la figura de los Estados y Gobiernos. Hoy, quizá es más fácil el debate en torno a una comunidad internacional, debido a las relaciones internacionales, la facilidad de tránsito, información, contacto y comunicaciones. En aquel entonces, los representantes diplomáticos no consideraban como en la actualidad, la abundante información sobre los crímenes en contra de la humanidad que se cometen hoy (y la velocidad con que la información o desinformación se propaga en nuestros días).

Pella logra que en la Conferencia de Washington (1927) se apruebe una resolución para que se estudie la posibilidad de dar competencia a la CPJI para conocer de los delitos y crímenes internacionales[114]. El mencionado jurista, distinguió la responsabilidad de los Estados de la de los individuos y así, los delitos cometidos por los Estados serían juzgados por el pleno de la CPJI y los cometidos por individuos particulares se juzgarían en una sala especial de la misma CPJI. Sin duda, un aporte relevante para la jurisprudencia.

Como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, el debate sobre este tema disminuyó. Las esporádicas investigaciones jurídicas sobre el concepto de jurisdicción penal internacional y responsabilidad penal internacional del individuo, quedaron en manos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas[115], con los análisis expuestos en el Capítulo Primero de mi investigación.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, llega la guerra fría y con ello, se suspenden igual, los estudios sobre jurisdicción penal internacional, debido a la pugna que existía en todo

[114]La Asociación Internacional de Derecho Penal, apoyó un año después la idea que se reconociera competencia penal a la CPJI y en 1928 aprobó un proyecto de estatuto, redactado también por Pella para el establecimiento de una sala de lo penal en la CPJI.

[115] Además de los análisis de la Comisión de Derecho Internacional, se realizaron estudios sobre la jurisdicción penal internacional y la consecuente, responsabilidad penal internacional del individuo, por parte de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC) y Asociación de Derecho Internacional.

ámbito entre los "dos principales" miembros del Consejo de Seguridad de la ONU (de aquellos años), los EEUU y la URSS.

La Asamblea General de la ONU no pidió a la CDI que reanudase su labor sobre el Proyecto de Código de crímenes hasta 1981. Hasta ese entonces no se hizo ninguna mención al tema del establecimiento de una jurisdicción penal internacional. La situación internacional con la polarización del período de guerra fría hacía prácticamente imposible plantear cualquier tipo de avance en esta materia.

Como expuse en el Capítulo Primero de esta investigación, en lo posterior a la Primera Guerra Mundial, ya había intentos por tener tribunales que juzguen delitos contra la humanidad, en ese caso, crímenes de guerra. Luego de la Segunda Guerra Mundial se encuentra que antes que tribunales ad hoc, se debe crear un tribunal penal de carácter permanente, si se quiere juzgar imparcialmente y evitar la impunidad de conductas delictivas en contra de la humanidad entera.

Tanto en la ONU, como en la Comisión de Derecho Internacional y en el estudio de tratadistas, el objetivo primordial de conseguir una jurisdicción penal internacional verdadera fue primordialmente combatir la impunidad de atrocidades y crímenes contra los principales derechos fundamentales del hombre. El reto mayor, conseguir una jurisdicción penal internacional, verdadera, duradera y justa en base al respeto de los principios generales del derecho y el derecho internacional. Igualmente, era básica la garantía del cumplimiento de derechos fundamentales de todos los seres humanos, tanto de los sujetos activos como pasivos de los graves delitos cometidos en contra de la humanidad.

2.4.3. Argumentos para la necesidad de una jurisdicción penal internacional

La sanción de la responsabilidad internacional del individuo a través de las jurisdicciones internas presenta importantes lagunas en el plano de la aplicación del derecho internacional penal. No existe una política o "un modelo común de transposición

de las obligaciones penales internacionales"[116]en los ordenamientos jurídicos internos. Esta laguna si bien ha recibido modificaciones en el plano internacional ante el ya funcionamiento de la CPI, forma parte del propio sistema y, en cierta manera, puede solucionarse por un proceso de armonización de los derechos penales y procesales en el plano interno.

Adicionalmente, existen circunstancias en las que siendo posible la sanción en el plano interno concurren dificultades de orden procesal para su exigencia, por ejemplo: las derivadas de la concesión de la extradición o de la inexistencia de un tratado para su autorización, los supuestos de jurisdicción concurrente entre varios Estados, o los derivados de la investigación y la consecución de las pruebas localizadas en distintos Estados. Estas circunstancias se solucionan y se han logrado a partir de la CPI, mediante la cooperación penal y judicial internacional, aunque ésta no siempre resulta efectiva, por lo que siempre queda latente la posibilidad que los crímenes de gravedad contra la humanidad queden impunes.

Hay supuestos en los que de forma clara y contundente la sanción en el plano interno es imposible. Esto sucede cuando por ejemplo, los hechos que imputan cierta responsabilidad penal internacional del individuo quedan fuera de las posibilidades de actuación de las jurisdicciones nacionales afectadas o representan un importante desafío a la integridad de las estructuras estatales, especialmente en aquellos casos en que ésas se encuentran debilitadas por la existencia de conflictos internos. Se dan y se dieron en América Latina, especialmente en el Cono Sur durante la década de los setenta, (o en Guatemala y El Salvador), hoy en el Medio Oriente como consecuencia de la Primavera Árabe, en los tortuosos Siria e Iraq, o en el centro de África, casos de violaciones a derechos humanos y cuyos procesos y juzgamientos posteriores, por gestiones del Gobierno central se ponen en duda, respecto a su legitimidad o imparcialidad de los tribunales nacionales, debido a la práctica de crímenes cometidos al amparo de la estructura del Estado o bajo las órdenes de líderes y mandatarios, o bajo presión militar.

[116] Díaz-Santos, Diego, Del Rosario, Ma. y Sánchez López, Virginia. Derecho Penal: Implicaciones Internacionales.

Así, se expone la necesidad de contar con un mecanismo de jurisdicción penal internacional que permita asegurar la sanción de la responsabilidad penal internacional del individuo, cuando las instancias internas sean insuficientes o resulten ineficaces. La existencia de una jurisdicción penal internacional se presenta con un carácter **complementario** respecto de los mecanismos de sanción en el plano interno, ya que tiene como objetivo suplir la falta de voluntad o capacidad de actuación de los Estados y las jurisdicciones nacionales.

El carácter complementario de la jurisdicción penal internacional de la CPI, obviamente aclara que la competencia no es de carácter sustitutivo. Sin embargo, la jurisdicción penal internacional tiene más funciones que la exclusivamente **sancionadora**. De acuerdo al punto de vista del Dr. Andrés Harfuch, la jurisdicción penal internacional tiene una segunda función que es la **reparadora,** en la medida en que ante las situaciones de falta de estructuración interna, guerras civiles o caos, es básica la exigencia efectiva de las responsabilidades penales internacionales individuales para el restablecimiento de la paz social en el marco de los procesos de reconciliación nacional y reconstrucción del Estado.

Además de las funciones referidas, la existencia de un mecanismo jurisdiccional penal internacional cumple otra importante función, la **preventiva.** Preventiva, en la medida en que la mera existencia de una institución internacional con competencias efectivas para sancionar la responsabilidad penal del individuo, lleva consigo un efecto **disuasivo** en relación con el incumplimiento y la violación de las normas internacionales de protección a los derechos fundamentales.

El recurso a una jurisdicción penal internacional no tiene por qué ser considerado como la única alternativa o sistema efectivo para garantizar la sanción de responsabilidad penal internacional del individuo, cuando las jurisdicciones internas no estén en condiciones de hacerlo. No obstante, considero que es la idónea. Sin perjuicio del carácter complementario que tiene la jurisdicción penal internacional, es el mecanismo que por sus características alcanza la justicia que persigue el derecho internacional, en procura de alcanzar armonía en la comunidad internacional.

2.4.4. La jurisdicción penal internacional frente a la jurisdicción y sanción en los ordenamientos internos

Como mencioné anteriormente, en el marco de la aplicación indirecta del derecho internacional penal y del Derecho Humanitario, la sanción de la responsabilidad penal internacional del individuo corresponde normalmente a los Estados a través de las respectivas jurisdicciones penales nacionales. Sin embargo, la competencia estatal en relación con los comportamientos individuales previamente tipificados en el plano internacional e incorporados al ámbito interno, "no es absolutamente discrecional, puesto que las propias normas internacionales establecen obligaciones de sanción para los Estados. El derecho internacional ha gestado principios destinados a facilitar la aplicación extraterritorial de las normas penales internacionales por las jurisdicciones nacionales, y, de esta manera, contribuir a la sanción de la responsabilidad penal internacional del individuo."[117]

Los orígenes del principio de jurisdicción penal internacional, fuera de los crímenes de guerra, se vinculan de acuerdo al enfoque del Dr. Farinella, al delito de piratería. El delito de piratería se consideraba un delito internacional, en la medida en que los piratas eran considerados como *hostis humani generis,* en un período en que la mayor parte del tráfico comercial se desarrollaba por vía marítima. Al atentar contra los intereses de todos los Estados en un espacio fuera de la soberanía de éstos, cometer crímenes en la generalidad de los casos y otras atrocidades, trajo consigo el derecho de todos los Estados a ubicar y, en su caso, a apresar el buque pirata y ejercer su jurisdicción sobre las personas que se encontrasen a bordo. Con todo, como se ha precisado, en este primer momento el fundamento para el ejercicio de la jurisdicción penal internacional, se encontraba en el lugar de la comisión del delito más que en la naturaleza o la gravedad del delito cometido.

En nuestros días, por el contrario, el concepto del principio de jurisdicción penal internacional viene determinado por la existencia de determinados tipos de crímenes

[117] Díaz-Santos, Diego, Del Rosario, Ma. y Sánchez López, Virginia. Derecho Penal: Implicaciones Internacionales.

internacionales, de especial gravedad y trascendencia que afectan a los intereses de la comunidad internacional en su conjunto.

El jurista Bretons, afirma que hoy por hoy tenemos un principio que permite que el juez nacional conozca de hechos con los que no tiene ningún nexo jurisdiccional. Este principio, desde mi perspectiva no es jurisdicción penal internacional, sino jurisdicción universal (distinción que ya mencionamos con anterioridad). No tiene un carácter complementario y afirma para tribunales nacionales la jurisdicción sobre determinados crímenes internacionales, sea cual sea el lugar en que se produzcan y con independencia del origen y condición de sujetos activos y pasivos".

Los EEUU y desde el mes de octubre del 2005, el Reino de España, han acogido en su política y normatividad (luego de fallos de Suprema Corte y Tribunal Constitucional, respectivamente) la facultad de poder defender y conocer ante sus tribunales nacionales (ante su jurisdicción nacional) hechos y acciones sobre crímenes internacionales o de violación de derechos fundamentales, sin importar el lugar donde fueron cometidos, inclusive fuera de su territorio nacional y sin tener como sujetos pasivos del delito (en el iter criminis) a ciudadanos de tales nacionalidades. Este principio, desde mi perspectiva, confunde y lesiona la idea de jurisdicción penal internacional y por ende el funcionamiento de la CPI. El Doctor Eduardo Hooft coincidió con mi perspectiva al consultarle y considera que por lo menos en los casos de EEUU y España, se está hasta cierto punto, desconociendo y confundiendo los principios de jurisdicción penal nacional y jurisdicción penal internacional, por mucha voluntad que se tenga de combatir la violación a los derechos fundamentales en el orden mundial.

Hoy la jurisdicción penal internacional, respecto a la jurisdicción interna de cada Estado, podría suscitar numerosas dificultades para elaborar reglas generales relativas a su contenido y aplicación. Sin embargo, el procedimiento, los principios de complementariedad y cooperación, así como el propio texto del ER y los procesos allí establecidos, buscan evitar errores y conflictos de normas. Obviamente, se respeta el principio que para que un Estado aplique el ER como norma o ley nacional, como cualquier

documento internacional, requiere de la celebración y posterior ratificación en sus congresos y parlamentos nacionales (de acuerdo a la legislación interna).

No estamos ante un principio que se limita a reconocer una facultad al Estado o impone una obligación de sancionar. Nos encontramos en una nueva etapa del orden mundial, del derecho internacional y de la lucha contra la impunidad. El principio de la jurisdicción penal internacional es un principio que, como se ha analizado, otorga competencias a un tribunal internacional debido a que los Estados signatarios del ER, aceptan complementariamente a los tribunales nacionales, cuando éstos no pueden administrar justicia, por diversas causas.

Comparto la perspectiva de la jurisdicción penal internacional y del funcionamiento de una Corte Penal Internacional con carácter permanente, por criterios de economía y eficacia procesal, y sobre todo, por la efectividad y el reconocimiento al debido proceso. Es precisamente en este marco en el que se suscita la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional. No encuentro justificativo para que cualquier país o legislación no acepte celebrar o ratificar el ER, menos aún, cuando se justifique combatir la lucha contra la impunidad por otros mecanismos. La celebración de convenios bilaterales que concedan impunidad a ciudadanos nacionales de una o varias nacionalidades, coarta el principio de jurisdicción penal internacional, al Derecho Humanitario, y destruye la idea y objetivos de creación de una Corte Penal Internacional.

CAPÍTULO TERCERO

DIFERENTES POSICIONES INTERNACIONALES FRENTE A LA CPI Y LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL. Los denominados "acuerdos de inmunidad" para ciudadanos de los EEUU

"La historia de la Humanidad, parece la historia de un conjunto de ebrios peleando en una cristalería" (Kant)

Con la celebración del ER y con el establecimiento y creación de la CPI, se alcanza una aspiración de los defensores de los derechos humanos, del derecho humanitario y de la lucha contra la impunidad. Nace con la CPI una opción de justicia para la comunidad internacional, de la mano con el concepto de jurisdicción penal internacional. Así, de ahora en adelante, quienes cometan delitos en contra de la humanidad, serán enjuiciados y castigados, independientemente de la función o jerarquía de sus labores o del lugar de comisión de los delitos. Como he mencionado, la CPI es una institución internacional que tiene sustento jurídico en el ER y como pilares básicos: la jurisdicción penal internacional" y la "responsabilidad penal internacional del individuo"

La jurisdicción penal internacional es el principio que logra que los Estados acuerden que una corte penal internacional permanente, con carácter complementario, juzgue supletoriamente (complementariamente) graves delitos contra los derechos esenciales de la humanidad. Cualquier tipo de negociación o transacción respecto a la competencia única de una corte internacional sobre la responsabilidad penal internacional del individuo, vulneraría el espíritu de la jurisdicción penal internacional y el objetivo de creación de la CPI. El haberse celebrado un documento internacional multilateral como el ER, permite que la comunidad internacional cree y confíe en el funcionamiento de este tribunal internacional.

Los acuerdos que alteren el principio de jurisdicción penal internacional, el respeto hacia los convenios celebrados por terceros, el anhelo de justicia internacional y la lucha mundial contra la humanidad, vulneran el ***ius cogens***, fuente del Derecho Internacional Penal. Recordamos que el Derecho Internacional y el Derecho Internacional Penal, tienen fuentes convencionales, basadas en el Ius Cogens (art. 53 y 64 de Tratado de Viena), que normalmente son normas de alcance general, aunque en DIP se pueden admitir costumbres regionales y locales. "Tanto la

costumbre como los tratados (las dos fuentes del Derecho Internacional) **son normas dispositivas**, dependen de la voluntad de las partes que las crean. Las normas del ius cogens **no son dispositivas sino imperativas**. Se imponen a todos los sujetos de manera obligatoria. Se basan en el consenso universal, sobre determinados valores mínimos, elementales, consideraciones de humanidad, intereses generales de la humanidad, que todos los Estados tienen que respetar al margen de toda voluntad expresada. Es así por la especial naturaleza del objeto jurídico que esa norma pretende proteger. Tienen alcance *erga omnes*. Se tratan de normas jurídicas indispensables para la vida de la comunidad internacional. Son intereses colectivos y se fundan en una conciencia internacional" (por ello son ambiguos e indeterminados) y en el consenso universal.[118]

En otro punto, comparto la perspectiva del Dr. Iñigo Salvador Crespo sobre la permanencia de la jurisdicción penal internacional que "va mucho más allá de la evidente conveniencia práctica de contar con una institución que esté siempre lista para avocar conocimiento de violaciones al derecho internacional penal y juzgarlas tan pronto como ellas sean cometidas.., la permanencia la CPI tiene que ver con la **confiabilidad de la institución** y su imparcialidad"[119] Y es que la existencia misma de la CPI, depende infinitamente de la confianza que la comunidad internacional perciba y deposite en ella, y del respeto que los Estados y la humanidad tenga de las decisiones, fallos y sanciones que expida la CPI. Es por ello, que acuerdos bilaterales o de cualquier otro tipo, que desconozcan o pretendan excluir una parte de la humanidad, de lo establecido en el ER, sencillamente 'liquidan" la creación de la CPI y de los objetivos perseguidos por ella, y por los principios de jurisdicción penal internacional y sanción ante la responsabilidad penal internacional del individuo. La posición de los EEUU en este punto, es atentatoria a lo celebrado en el ER.

Inclusive antes de la celebración del ER, los EEUU buscaron evitar que sus ciudadanos nacionales en misión y militares, sean juzgados o procesados por la jurisdicción de una CPI. Los EEUU presentaron diversas propuestas y utilizaron múltiples estrategias alternativas o modificatorias del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional que planteaba y estudiaba la creación de

[118] http://www.todoelderecho.com

[119] Iñigo Salvador Crespo, Derecho Internacjonal Penal. Estudios en Perspectiva, Quito, Ecuador. Centro de Publicaciones PUCE, 21304, p230.

la CPI. Para ello, la negociación de EEUU se realizó por varios frentes con objetivo de lograr la inmunidad para ciudadanos estadounidense frente a la jurisdicción penal internacional de la Corte. El resultado alcanzado luego de diversas estrategias, fue la celebración de acuerdos bilaterales entre EEUU y los diferentes países signatarios del ER, que conceden voluntariamente la mencionada inmunidad para estadounidenses, comprometiéndose la contraparte a no entregar a los ciudadanos estadounidenses ante la CPI, aun cuando sean acusados de haber cometidos graves delitos en contra de la humanidad. Estos acuerdos bilaterales celebrados entre EEUU y diversos países (por separado) han sido denominados por EEUU como "acuerdos entre países respecto a la entrega de persona de los Estados Unidos de América a la Corte Penal Internacional".

En el ámbito de las relaciones internacionales, estudios en derecho internacional y ciencia política, los antes citados acuerdos con EEUU son conocidos también como "acuerdos bilaterales de inmunidad", "acuerdos bilaterales de exclusión", acuerdos bilaterales de reserva", o inclusive, por sectores opuestos a su celebración, se los ha llegado a denominar "acuerdos bilaterales de impunidad"[120]

De todas las denominaciones, para facilidad de redacción y comunicación, en la presente investigación, nos referiremos a los "acuerdos entre países respecto a la entrega de personas de los Estados Unidos de América a la Corte Penal Internacional", tan sólo como **"acuerdos bilaterales de inmunidad".**

3.1. Los "acuerdos bilaterales de inmunidad". Proceso y análisis de la perspectiva estadounidense

3.1.1. Antecedentes de los acuerdos bilaterales de inmunidad

Desde muchos puntos de vista, el ER y la consecuente creación de la CPI, es quizá el más relevante logro y aporte práctico del Derecho Internacional a la comunidad internacional desde la creación de las Naciones Unidas. Es relevante entre otras causas, por su aporte al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Humanitario, al incorporar instituciones jurídicas acorde al mundo contemporáneo como la incorporación de la subjetividad internacional

[120] http://www.iccnow.org/espanol/articulos/Art98.pdf

de la persona, la jurisdicción penal internacional y la responsabilidad penal internacional del individuo. Es un logro internacional al ser resultado de un consenso mundial, y por otorgar un poder coercitivo a la comunidad internacional y a las acciones de las Naciones Unidas. Recordemos que la crítica constante y mayor al funcionamiento de la ONU desde su creación, fue la carencia de coerción para exigir el cumplimiento de sus normas. Es decir, hasta la creación de la CPI, el poder coercitivo era hasta entonces nulo, y blanco de las mayores críticas a la organización y al Derecho Internacional.

El ER, celebrado en 1998, crea la CPI e incluye como Estados parte a numerosos países pertenecientes a todos los puntos del globo y continentes, cada uno con diversos sistemas legales y ordenamientos jurídicos. Por ello, califiqué al ER como el resultado del consenso y acuerdo de la comunidad internacional, que en base a la "jurisdicción penal internacional" y en representación de la humanidad entera impartirá justicia ante graves y atroces delitos cometidos en contra de la integridad del género humano, mediante crímenes contra la humanidad y lesa humanidad, crímenes de guerra y, crimen de genocidio (a la espera de incluir el delito de agresión, una vez que sea tipificado y definido claramente en el ER).

A pesar que el ER fue aprobado y celebrado por la mayoría de países del mundo, la posición adversa de la principal potencia mundial, los EEEUU y su enorme influencia en el contexto mundial, bloquea el verdadero funcionamiento de la CPI. Si a la posición de los EEUU, país que suscribió en un inicio el ER, sumamos la posición adversa de los países que se han opuesto rotundamente desde un principio a la celebración del mencionado documento internacional, encontramos que el riesgo de establecimiento es aún mayor. Federación Rusa, India y China, ejemplos de países opuestos a la CPI, sumados representan alrededor de la tercera parte de la población mundial y con ello, la falta de apoyo a la idea de la lucha contra la impunidad y de la garantía sin excepción para los derechos fundamentales de todos los seres humanos de la Tierra.

Si se quiere alcanzar justicia y respeto a los Derechos Humanos, en cada rincón del mundo, es muy difícil contar con una corte penal internacional permanente que no tenga la aceptación y beneplácito de la humanidad entera, y menos si un porcentaje poblacional tan grande, no se encuentra identificado. Sin embargo, de acuerdo a las palabras de la Dra. Araceli Mangas Martín, catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid y

Directora del Centro de Documentación Europea, hay que considerar que el simple hecho que se haya creado una corte penal de carácter permanente y con jurisdicción penal internacional, es ya una conquista "y una forma de amedrentar a los criminales que atentan contra los DDHH, para que piensen dos veces antes de cometer sus delitos y comprendan que en partes del mundo se puede lograr justicia; y, entiendan que no pueden estar universalmente protegidos y cobijados por poderes autoritarios o Estados nacionales."[121]

Igualmente, se debe destacar relevantemente que sí existen dos terceras partes del mundo que creen en la justicia, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (y Derecho Humanitario) y en la lucha contra la impunidad de las atrocidades internacionales. "Es un importante comienzo, no importa que países no apoyan. No es un triunfo pequeño y créame que no es un premio consuelo, por el contrario es un logro alcanzado, que miles de personas se unan en pos de la justicia internacional y del reconocimiento de los derechos esenciales del hombre".[122]

Por esto, analizaré principalmente la postura de los EEUU, los fundamentos de hecho y de derecho para la celebración de los 'acuerdos bilaterales de inmunidad", las posiciones y alegatos de determinados países y el efecto que tienen estos acuerdos (o perjuicio), sobre la jurisdicción penal internacional. La oposición de los EEUU y su presión sobre otros Estados, es trascendental y capital, no sólo por el enorme potencial bélico, por su hegemonía en la OTAN, por las numerosas misiones y ejercicios militares que tiene la primera potencia mundial alrededor del mundo, sino por su relevancia académica, política, agilidad diplomática, influencia sobre otros Estados y poder gravitante ante el seno de la ONU y el Consejo de Seguridad. Además, como he mencionado, no es únicamente la potencia mundial mayor la que está en contra de la creación y funcionamiento de la CPI. Son algunos los países opuestos a la firma del ER y otros tantos los que han evitado ratificar el documento. Igualmente, se han dado casos en que algunos países han celebrado ya con los EEUU, los "acuerdos bilaterales de inmunidad", llegando ya a un número mayor a noventa. Como se demuestra, es dura la batalla que libra la CPI por instaurar su régimen de jurisdicción penal internacional y por lograr triunfos sobre la impunidad.

[121] Dra. Araceli Mangas Martin. Información recibida en entrevista personal. Centro de Documentación Europea, sede Universidad de Salamanca, España (mayo, 2005)
[122] ibid.

Entre los países más representativos, que se oponen al funcionamiento de la CPI, además de los EEUU, tenemos otros que, debido a su influencia y peso a nivel internacional, son estratégicos y gravitantes. Quizá sea un denominador común que los países que se han negado a firmar el ER, tienen conflictos con sus países vecinos o guerras civiles internas, o son miembros de coaliciones de seguridad como la OTAN. Sería una variable investigativa, que el mayor impedimento para la suscripción del ER es la existencia de algún tipo de conflicto que lleve al uso de la fuerza o al atropello contra los DDHH.

Algunos países que por el momento se oponen a la CPI invariablemente desde 1998 son China, Federación Rusa, India, Pakistán, Israel, Irán, Siria, Egipto, Turquía, entre otros (siendo los dos primeros miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU). Muchos de estos países, junto a los que no he nombrado y cuyas diplomacias se oponen al ER, buscan que sus ciudadanos nacionales (especialmente militares), no sean juzgados por tribunales penales cuya competencia no sea sólo la de su jurisdicción nacional y territorial. Casi todos estos países han sido acusados constantemente por atropello a los DDHH y tienen conflictos sociales en sus países o con sus vecinos. Algunos de ellos tienen fuerzas en misiones o intervenciones dentro de territorios de otros países. ¿Esto querrá decir, que los Estados que se oponen a la creación de la CPI y jurisdicción penal internacional son aquellos que tienen saldos que pagar frente al atropello de los DDHH? ¿Tienen estos Estados ciudadanos nacionales que deben responder ante la justicia internacional por delitos contra la humanidad?

Esta idea contrasta y contradice a la que escuché alguna vez en *un* foro *internacional* en Florencia, Italia[123], y que lastimosamente se encuentra en la mente de *mucha* gente del mundo occidental, en la que se sugería que normalmente es principalmente en los Estados "subdesarrollados"[124] (propiamente dichos "en desarrollo") donde se infringe el Derecho Internacional, y son sus gobiernos los que violan los DDHH. La verdad es que, en cualquier sociedad del mundo, puede llegarse a delinquir gravemente en contra de la integridad de la humanidad y ahí es a dónde pretende llegar a entregar justicia la CPI. Justicia para cada lugar del mundo y una plena garantía de los derechos humanos.

[123] Comentario con juicio de valor personal. Prof. Giorgio Sacerdoti (Universitá Luigi Bocconi) Conferencia Instituto Universitario Europeo, Florencia. (enero 2002)
[124]Calificativo despectivo para los países de economías pobres o países en desarrollo

En la historia del mundo y la justicia, inclusive anterior al debate sobre la creación de la CPI, se dialogó sobre la creación y competencia de la Corte Internacional de Justicia. Se planteó entre juristas, diplomáticos y académicos, si su competencia debía ser obligatoria y vinculante para todos los Estados miembros de la ONU, o si únicamente debía ser de competencia "voluntaria". Es decir, que dependa de una previa manifestación expresa del Estado involucrado, mediante tratado, cláusula opcional unilateral o bien mediante la aceptación expresa o tácita de la competencia de la CIJ en el proceso. Este es un punto importante a seguir en análisis.

3.1.2. La posición de los EEUU frente al Estatuto de Roma y la barrera a la jurisdicción penal internacional. La exención especial a las tropas y misiones de EEUU

EEUU nunca apoyó abiertamente la celebración del ER y por ello, presentó su oposición y diversas opciones, argumentos jurídicos y políticos contrarios. Sin embargo, para sorpresa del mundo entero, EEUU firmó el ER el 31 de diciembre del 2000, dentro de los últimos días de gestión del Presidente Bill Clinton. Clinton expresó su perspectiva acerca que los EEUU debían demostrar su responsabilidad frente al mundo y su espíritu pacifista, comprometido con la democracia, la justicia y los derechos fundamentales del hombre[125]. Por ello, fue política diplomática prioritaria para la Administración Clinton en sus últimos días, la firma del ER. Esta firma, (que a la vez lograría la firma de la diplomacia israelí), era resultado de esa demostración de responsabilidad y respeto internacional de los EEUU que buscaba legar Clinton y se sumaban al pago de importantes deudas atrasadas de los EEUU a la ONU; y, a las gestiones para la firma y declaración de paz definitiva ente Israel y Palestina (que lastimosamente no se lograría). Luego de Clinton, al asumir el poder el Presidente George W. Bush, se presentó una oposición inmediata a la gestión de su predecesor. Se habló en "argot político" y en medios de comunicación de un proceso de corrección a la gestión Clinton en el tema, catalogándolo como proceso de 'des-firma"

[125] Perspectiva del Ex Presidente de los EEUU, Bill Clinton, expresada durante la Reunión del Milenio. celebrada en New York, (septiembre, 2000). El complemento del discurso fue el siguiente (demostrando claramente suposición diferente a la del actual Presidente de los EEUU, G.W. Bush): Aquellos que, en mi país, o en cualquier otra parte, creen que podemos prescindir de las Naciones Unidas o imponer nuestra voluntad sobre ella, malinterpretan la historia y no comprenden el futuro, Nos guste o no, somos cada vez más interdependientes. Debemos buscar soluciones en las que todas las partes implicadas puedan sentirse parcialmente victoriosas y alejamos de aquellas opciones en que se exige la total derrota de alguien... La lucha por la paz, el bienestar y la salud en la aldea global tiene una etiquela y un precio, y todos los países, incluidos Estados Unidos, deben pagarlo"

(dis-signature process) del ER. Desde ese momento, dentro de su posición contraria al ER. la política de los EEUU se volcó a hacer frente diplomático en tres ámbitos:

a) El primer frente se refería al **escenario nacional** (interno de los EEUU), que consistiría en la redacción y aprobación de una ley federal, la "American Servicemember's Protection Act"[126] (en adelante la denominaremos Ley ASPA por sus siglas en inglés) que consiste en una norma para la protección de los miembros militares americanos que se encuentren de servicio en el extranjero;

b) El segundo frente se dirigió al **ámbito multilateral**, a través de la presión a los miembros del Consejo de Seguridad para que se redacte y apruebe una resolución con base legal de la Carta de las Naciones Unidas. Se redactó esta resolución que al final sería renovada por un año más ante Consejo de Seguridad. Esta Resolución, la No 1422 CS, se celebró en el 2002 y se ratificó el 2003 (no renovada en el 2004). Explicaré más adelante esta posición estadounidense en ámbito multilateral ante el ER.

c) Se impulsó un tercer frente, en el ámbito **Bilateral**, es decir mediante acuerdos directos con los Estados. Aquí, los EEUU buscan conseguir una reforma al ER, pero desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos nacionales. La estrategia consiste en hacer "lobby" o cabildeo con todos los Estados signatarios del ER, por separado, especialmente con los que son muy dependientes económica y militarmente. La estrategia es presionar al otro Estado para que celebre un acuerdo redactado por la diplomacia estadounidense, basado en el propio ER. El objetivo y contenido son claros, eludir la competencia de la CPI sobre los nacionales estadounidenses que, por sus actividades militares, diplomáticas o políticas, se encuentren trabajando en el Estado contraparte. Igualmente evitar, la entrega a la CPI, de estos ciudadanos estadounidenses imputados. Estos convenios fueron denominados como "acuerdos bilaterales entre gobiernos respecto a la entrega de personas de los Estados Unidos de América a la Corte Penal Internacional" y nos referiremos a ellos en un análisis, más adelante.

Una vez celebrado el ER y luego de la firma de los EEUU, éste país busca lograr la exención especial de sus tropas nacionales y evitar que sus ciudadanos sean juzgados ante la CPI**,** para

[126] Norma aprobada por el Senado de los EEUU. En vigor desde el 2 de agosto del 2002.

seguir realizando prácticas militares e intervenciones en todo punto de la tierra. Allí es cuando se utilizan las estrategias en los tres ámbitos señalados arriba. Primero la Ley Federal ASPA y luego, el impulso para la redacción y aprobación de una Resolución ante el Consejo de Seguridad, con argumentos jurídicos basados en interpretaciones a normas y textos internacionales. Los EEUU comienzan su gestión ante el Consejo de Seguridad (CS) justificando su presencia en territorios extranjeros, en búsqueda de la paz mundial, democracia y garantía para los DDHH, por dictamen del propio CS. Argumentan entonces requerir de la protección de sus soldados y nacionales en general y para ello justifican su acción constante y urgente inmunidad de nacionales conforme al artículo 16 del ER y al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (respetando las Resoluciones del Consejo de Seguridad que aprueban y ordenan la intervención de tropas militares de EEUU y otros países en territorios en riesgo de conflicto o caos). Así, tenemos que el artículo 16 del ER señala lo siguiente:

Artículo 16: Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento

"En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones".

Por su parte el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, referente a la 'Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión", determina que (artículo 39) "el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas (de conformidad con los artículos 41 y 42 del mismo capítulo) para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales."

Basado en el Capítulo VII, soldados estadounidenses han integrado diferentes misiones de paz y ocupan diferentes zonas y territorios extranjeros, en procura de alcanzar, "mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales". Son diversas las resoluciones del CS que ha presentado los EEUU y han sido aprobadas, que incluyen militares o funcionarios de su nacionalidad para realizar gestiones de paz y seguridad en el mundo entero. Para tales misiones, el CS de acuerdo

a este capítulo de la Carta de la ONU, resolvió aprobar en el 2002, la Resolución 1422 CS y ratificarla en el 2003.

Como hemos dicho, los EEUU, hasta el presente 2015, argumentan realizar la gestión encargada por el CS de acuerdo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, de protección de la paz en todo el globo. Por ello elaboraron un proyecto de Resolución para el CS que impide la acción de la jurisdicción penal internacional sobre los estadounidenses. Luego de una fuerte etapa de "lobby", su posición fue aprobada. Así, los EEUU lograron la aprobación de la Resolución N. l422 CS de la ONU, en la que los EEUU mediante el documento internacional solicitan a la CPI, que "ante el surgimiento de un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las NNUU y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el ER y aporte contingentes, **no inicie ni prosiga,** durante un período de 12 meses a partir del 1 de julio del 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole, salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario."[127]

Cabe recalcar que, a EEUU, se considera desde entonces, un Estado que no forma parte del ER, cumpliendo unilateralmente ese proceso que los medios lo habían calificado como de "des-firma" del ER. Los EEUU se fundamentan en su propia legislación para desconocer la firma del tratado. Así, se basan en la siguiente norma constitucional estadounidense (artículo VI), resultado de la supremacía de su propio derecho sobre el Derecho Internacional:

"En los EEUU la cláusula de Supremacía de la Constitución impone como obligatoria para las Cortes a la legislación federal, por lo cual éstas deben obedecer los mandatos del Congreso aún en violación del Derecho Internacional consuetudinario que restringen la jurisdicción".[128] De esta forma, los EEUU, ha desconocido la firma del ER. Se establecía así, que las operaciones de paz de la ONU, que generalmente tienen componentes e integrantes estadounidenses y de otras potencias aliadas en las misiones, estén exentas de la jurisdicción penal internacional que establece la CPI. Además, se dejaba claro que, si el Consejo Superior había avocado

[127]Resolución N,1422 del Consejo de Seguridad de la ONU
[128] Favio Farinella. "La Jurisdicción Penal Internacional" Mar del Plata. Argentina. Ediciones Suárez, 25, p. 116.

conocimiento de estos temas y había mandado estas fuerzas, la CPI no tenía nada que hacer. Entonces había inmunidad por parte de dos resoluciones emitidas por el CS (la 1422 y su renovación al año siguiente acorde a la Resolución 1487), además del poder de veto que tiene EEUU como miembro permanente.

Desde mi perspectiva, pienso que acorde al Derecho Humanitario, la Resolución 1422 (y la complementaria 1487) afecta gravemente el objetivo de la CPI, ya que lesiona la autoridad, independencia y eficacia de la jurisdicción penal internacional. Sin embargo, fue considerada y aprobada por el Consejo de Seguridad de la ONU, argumentando que la CPI estaba en una "etapa de consolidación de la Corte". Así, La Resolución 1422 se consideró acertada por el CS en ese momento. Sin embargo, hasta hoy (año 2015) no se ha revisado esa posición, si bien es evidente ya la consolidación de la CPI (argumento que justificaba la creación de esa Resolución).

Hay que recordar que en este caso, el CS es el órgano con competencia plena para decidir que no se inicie ninguna investigación en contra de las tropas y miembros de los ejércitos de los EEUU, ni de otros países, que integren fuerzas de los cascos azules, cascos blancos o misiones de paz. La mencionada Resolución 1422 fue aprobada y renovada en el mes de julio del año 2003, por otro período más, de un año. Los EEUU buscaron que en el mes de julio del 2004 se la volviese a renovar, asunto que no sucedió, debido especialmente a las denuncias existentes de crímenes realizados por miembros de las fuerzas de paz de la ONU en la península balcánica. El año 2004, el pleno del CS resolvió en mayoría que no se debería proteger "indefinidamente" a los miembros de misiones de paz o democracia que laboren en los diferentes países del mundo. Fue así como la mencionada Resolución 1422 no se aprobó nuevamente, y se alcanzó un paso más para la idea de alcanzar una jurisdicción penal internacional, que sancione casos de responsabilidad penal internacional (de individuos).

No se logra entonces, la nueva aprobación de la Resolución 1422 CS, hecho que fue hasta cierto punto sorpresivo, habiendo sido discutido ante el seno del Consejo de Seguridad. Lo sucedido y el riesgo que llevan los temas que se discuten, confirman una vez más, la necesidad de la reforma de la Carta en cuanto a la composición de este árgano encargado de la paz y seguridad internacional. Se ha preferido mantener el tema en cierto suspenso debido a la colaboración de los países miembros de la OTAN a la posición de EEUU.

La política diplomática de algunos miembros de CS, contraria a la de la mayor potencia mundial, hizo que la diplomacia estadounidense tenga que volcarse hacia otro frente que ya había comenzado a forjar, para lograr la inmunidad de sus nacionales en misión. Este frente es el de las negociaciones bilaterales de los EEUU para celebrar "acuerdos de inmunidad" con otros países del mundo. La idea de los EEUU es entregar un acuerdo tipo o 'patrón jurídico" a los Estados del mundo, especialmente aquellos que dependen significativamente en las áreas militares y económicas de la potencia mundial. Los EEUU buscan agregar o adherir este artículo jurídico patrón al texto del ER que se haya ratificado o vaya a ser ratificado, por cada Congreso o Parlamento Nacional. Así, se alcanza la inmunidad para ciudadanos y miembros de Fuerzas Armadas norteamericanas.

Los EEUU adoptan a través de su Senado, la decisión de no ratificar el ER de la CPI, el 6 de mayo del 2002, basados en la norma del artículo VI de su carta constitucional. De este modo, se consideran liberados de cualquier obligación jurídica resultante de la firma del ER, celebrado el 31 de diciembre del 2000, por el Presidente Bill Clinton.

3.1.3. Los acuerdos bilaterales respecto a la entrega de personas de los EEUU a la CPI

Los EEUU se han caracterizado por tener una excelente diplomacia y también por ejercer poder y presión frente al resto de los Estados, siendo ésta mucho más severa frente a los países pequeños, dependientes de la economía estadounidense y poderío militar, así como a los miembros de la OTAN.

El caso de la Ley Federal "ASPA" (ley interna estadounidense) y el de las Resoluciones multilaterales ante el Consejo de Seguridad de la ONU son dos ámbitos ya analizados. Ahora analizaré los "acuerdos bilaterales de inmunidad".

El artículo 98 del ER es el fundamento de derecho que tiene como argumento la diplomacia estadounidense para redactar y exigir a los países que se apruebe su llamado "acuerdo de inmunidad". En la redacción del ER, e inclusive en los debates previos realizados ante el seno de la Comisión de Derecho Internacional, se plantearon casos hipotéticos que podrían generarse a partir de este instrumento internacional, en asuntos de cooperación internacional, especialmente en lo referente a la **entrega** de criminales o imputados. Este asunto se discutió y admitió, por lo que se buscó incluir una solución en el texto. Así, se incluyó el artículo 98 que señala lo siguiente:

Artículo 98 (Estatuto de Roma)

Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega. 1. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega.

Este artículo fue redactado para el establecimiento de "un mecanismo técnico para permitir a los Estados Partes que compatibilicen las obligaciones derivadas para éstos del Estatuto con otras obligaciones del Derecho Internacional General o el Derecho de los Tratados"[129]

El artículo 98, a decir del Dr. Carlos Larrea Dávila, Representante Diplomático de la República del Ecuador para el proceso y firma de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional en aquél entonces, fue abiertamente impulsado por los EEUU, en sus dos numerales. Si analizamos el artículo 98 del ER, encontramos que, en el numeral primero, la CPI no dará curso a la ejecución de una solicitud de entrega o asistencia, cuando exista incompatibilidad con el Derecho Internacional en materia de inmunidad de Estados o de inmunidad diplomática.

A mi juicio y al de la Dra. Concepción Escobar Hernández. Catedrática de Derecho Internacional Público de la UNED y ex-Jefa de Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores de España, esta norma es totalmente necesaria y lógica ya que prevé hipótesis que

[129] Perspectiva pronunciada por la Dra. Carmen Quesada Alcalá en conferencia efectuada en la Universidad de Salamanca. (octubre, 2005).

podrían darse en las relaciones internacionales de hoy. La disposición es apegada a los principios básicos de Derecho Internacional, "conforme a los cuales se da una protección de intereses, no sólo de los individuos, sino también de la Comunidad Internacional"[130].

Este tema se trató en la Conferencia de Roma proponiéndose esta solución para regular la relación jurídica internacional entre las obligaciones de los Estados Partes en el ER y otras obligaciones derivadas del Derecho Internacional consuetudinario o convencional relativo a las inmunidades diplomáticas y estatales. Se trataron principalmente los criterios de juristas y representantes diplomáticos respecto a las acciones y relaciones reguladas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Los EEUU y sus aliados, no fueron los únicos países que apoyaron la inclusión de esta norma. Hoy, corresponde íntegramente a la CPI, el criterio sobre si el acatamiento de la decisión de cooperación constituye o no una violación del Derecho Internacional. Para ello, la CPI deberá requerir toda la información necesaria, en cada caso, a los Estados inmersos en la hipótesis. Esto sería el análisis del artículo 98, numeral 1.

Respecto al artículo 98 numeral 2, hay mayor problemática. En este numeral se fundamentan los EEUU para la redacción de los acuerdos bilaterales de inmunidad. El problema principal radica en la evidente incompatibilidad de las obligaciones derivadas del Estatuto frente a las obligaciones que se derivan de otros acuerdos internacionales, ya que en el texto del artículo 98, numeral 2 no se especifica cuáles acuerdos o a qué tipo de acuerdos se refiere el Estatuto ("con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional.").

Antes que la Diplomacia de EEUU se vuelque a negociar (o presionar) a diversos Estados a celebrar estos acuerdos bilaterales de inmunidad, también realizó esfuerzos ante la Comisión Preparatoria del ER, para que se incluyera una "cláusula de exención" similar a la del artículo 98,2 en el "Acuerdo de Vinculación con las Naciones Unidas para los ciudadanos de Estados que no fueran Parte del Estatuto de Roma", y otra exención conforme a las Reglas de Procedimiento y Prueba. Afortunadamente (desde mi punto de vista) ninguna de las dos gestiones fue aprobada por la Comisión Preparatoria del ER. Seguramente, debido a esta gestión fallida, la diplomacia

[130] Criterio expuesto ante mi interrogante, por la Dra. Concepción Escobar Hernández, en el Congreso: "Iberoamérica ante los Retos del Derecho Internacional en el Siglo XXI'. efectuado en el Palacio de Figueroa, Salamanca, con motivo de la IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. La Dra, Escobar Hernández fue relatora del evento, (octubre 2005).

estadounidense se enfocó en la estrategia de presión de países para la firma de estos acuerdos bilaterales de inmunidad.

De lo que se tiene constancia en los informes anuales de la Comisión de Derecho Internacional, los EEUU temía la inclusión y tipificación en el ER, de actos negligentes con resultado de muerte cometidos por las Fuerzas mencionadas (entre otros asuntos), por ello impulsó la inclusión del artículo 98.2 y así lo entendió la diplomacia internacional. De este modo, el numeral segundo del artículo 98, fue creado principalmente como marco de referencia para los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas Existentes (CEF)[131] que consisten hoy en los acuerdos bilaterales que firman los EEUU con países donde tropas militares estadounidenses tienen alguna cooperación, gestión u operación conjunta. El contenido de los CEF es establecer inmunidad penal respecto a la entrega de militares estadounidenses, en el territorio extranjero donde desempeñan la gestión.

Para cada misión específica, se firma un CEF, comprometiéndose los EEUU a investigar y juzgar al militar, sujeto activo del delito, bajo normas estadounidenses (en su jurisdicción) por su conducta punible. Los CEF regulan todos estos casos expuestos.

El artículo 98,2 buscaba entonces, compatibilidad y acción de dos tipos de documentos internacionales (tratados): por un lado, el ER y por otro, un conjunto de tratados celebrados con anterioridad al momento de funcionamiento de la jurisdicción penal internacional de la CPI, entre los que constan los convenios CEF, los acuerdos de extradición que prohíben la denominada "re-extradición" a un tercer Estado, y a los acuerdos "SOFA" (Status of Forces Agreements)[132] tan utilizados por los EEUU "que definen e1 estatuto civil, administrativo, y principalmente penal de las tropas extranjeras enviadas a un Estado, en el marco de los sistemas internacionales de cooperación militar".[133] Todos ellos con fecha de celebración anterior a la del Tratado de Roma.

Debe entenderse que este tipo de convenios no tendrán carácter de retroactivo y respetarán todo acuerdo celebrado anteriormente. Todos los nuevos acuerdos internacionales que se celebren posteriormente, como es de esperarse, deberán adecuarse a lo establecido por el Estatuto.

---

[131] Bureau Discusión Paper. UN. Document. A/Conf. 183/C.1/L.53 (1998).
[132] www.iccnow.org/espanolIarticulos/Art98.pdf
[133] Carmen Quesada Alcalá, La Corte Penal Internacional la Soberanía Estatal. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. 2005. p430.

Sobre los efectos del artículo 98.2, el entonces Presidente de la CPI, Juez Philippe Kirsch, presentó en una conferencia ante la OEA[134] su perspectiva respecto de la aplicación a los "Convenios sobre el Estatuto de Fuerzas" existentes hoy, señalando como conclusión que 'no serían aplicables". Kirsch señala que no se aplicarían los CEF del artículo 98.2, ya que ninguno de los *105* acuerdos vigentes entre EEUU y otros 101 Estados cumplen los requisitos para ser considerados. El objetivo principal de los CEF es asignar y distribuir responsabilidades para la investigación y enjuiciamiento de los crímenes cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados de origen presentes en el territorio de un Estado receptor. De acuerdo a Kirsch y a la Dra. Carmen Quesada Alcalá, en los Convenios CEF no se declara expresamente que se requiera el consentimiento de ningún Estado para entregar a un individuo imputado a la CPI. Tan sólo se requiere la voluntad del país dónde se cometió el delito, salvo **disposición expresa** de los mencionados tratados y documentos internacionales, celebrados antes de la firma del ER.

Los efectos que quieren dar los EEUU a los acuerdos del artículo 98.2 del ER son diferentes a los fines para el que este artículo y numeral fueron creados. Los EEUU hasta cierto punto, no han respetado los CEF ya celebrados y fijan nuevas condiciones en nuevos convenios. ¿Además de proteger a sus soldados y miembros de delegaciones y misiones militares y diplomáticas, buscan los EEUU renegociar todos los tratados de extradición vigentes (ya que la generalidad de "acuerdos de inmunidad" con EEUU incluyen cláusulas de re- extradición). ¿Con estos acuerdos podrían los Estados soberanos introducir una nueva cláusula conforme a la cual se establezca que el Estado interesado retiene el derecho de dar su consentimiento a la re-extradición, salvo cuando se trate de un ciudadano de los EEUU o pertenezca a una de las categorías de personas protegidas por los acuerdos de inmunidad?

Para tener una idea clara sobre las intenciones y objetivo de los acuerdos de inmunidad, es preciso analizar estos documentos. Adjunto como anexo a esta investigación, el "acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América respecto

[134] Declaraciones del Juez Kirsch (Canadá), en su visita a la Organización de Estados Americanos, OEA (marzo, 2005), Kirsch dejó muy en claro que sus declaraciones son de perspectiva personal y no son necesariamente las de la CPJ como institución internacional, ni como informe oficial.

a la entrega de personas de los EEUU a la Corte Penal Internacional", que constituye un patrón internacional entregado por los EEUU a otros países, inclusive a la República del Ecuador.

Como se puede considerar, aparentemente los EEUU, van más allá de los efectos que contempla el artículo 98,2. El ámbito de "persona de los Estados Unidos de América" es mucho mayor y de más variedad de tipos de ciudadanos que lo que contempla el derecho internacional respecto a inmunidad diplomática; y, no sólo a funcionarios e individuos que prestan sus servicios profesionales en Operaciones de Mantenimiento de la Paz de la ONU.

El hecho que se requiera "sine qua non" el consentimiento de los EEUU para la "entrega" de uno de tales individuos contemplados en los acuerdos basados en el artículo 98,2[135], sencillamente contradice y "liquida" el principio de jurisdicción penal internacional y los objetivos de la CPI. Por ende, no se estaría respetando lo establecido por el ER. Coincido con el punto de vista del Dr. Eduardo Hooft[136], Abogado Defensor de la CPI por América Latina en la década pasada, quien afirma que los acuerdos bilaterales de inmunidad preparados por los EEUU y basados en el artículo 98,2, violan normas internacionales y principalmente dos principios: *el principio de igualdad de los pueblos y el principio de la jurisdicción penal internacional*, establecido para este Estatuto. Por ello, tales acuerdos, hoy por hoy, constituyen la principal barrera para el real funcionamiento de la CPI.[137]

Este patrón de acuerdos bilaterales de inmunidad, obligan a un Estado Parte a "no entregar" sin el consentimiento de los EEUU (u otro Estado Contraparte) a la CPI a los individuos a quienes se les imputa una conducta delictiva grave atentatoria contra los Derechos Humanos, tipificada como delito por el ER (y ni siquiera el Estado Parte puede entregar a individuos que deben ser transferidos a otra entidad o aun tercer Estado, con el objeto de ser entregados a la Corte)[138]. El objetivo de EEUU es entonces, impedir de cualquier forma la entrega de un ciudadano nacional estadounidense a la CPI. De acuerdo a Amnistía Internacional, a través de su entonces Secretaria

[135] Cláusula incluida en el numeral 2 y 3 del acuerdo bilateral de inmunidad con Colombia.
[136] El Dr. Eduardo Hooft (Argentina), fue nombrado como Abogado ante la CPL Su candidatura fue mocionada por la Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados, de la que es miembro.
[137] Declaraciones formuladas por el Dr. Eduardo Hooft. mediante entrevista personal. Mar del Plata, Argentina, noviembre, 2005.
[138] Las declaraciones que se encuentran en paréntesis son un énfasis que afirma la Dra. Carmen Quesada Alcalá. Perspectiva pronunciada por la Dra. Carmen Quesada Alcalá en confemncia efectuada en la Universidad de Salamanca, (octubre. 2005).

General y Representante Legal, Irene Khan[139] los EEUU violentan los convenios internacionales, la jurisdicción penal internacional y el derecho internacional, con el afán de "suprimir el derecho soberano de los Estados" para determinar qué tribunales enjuiciarán los crímenes cometidos en su territorio.

Aunque sean muchos los Estados que celebraron los "acuerdos de inmunidad", para los objetivos que persigue la CPI y el principio de jurisdicción penal internacional, se debe tomar en cuenta que un gran número de países signatarios del ER, no han firmado los acuerdos bilaterales de inmunidad, y por lo menos 50 países han manifestado su intención de no firmar ni ratificar ningún acuerdo de inmunidad, ni con EEUU ni con ningún otro país del mundo.[140]

Aun cuando hablamos de un patrón formulado y entregado a los países signatarios del ER por parte de los EEUU, hay diversos tipos de acuerdos como el realizado constantemente con Argentina. Es decir, existen diversas formas de acuerdos, pero siempre el objetivo primordial es la **prohibición de la entrega a** funcionarios, militares y ciudadanos estadounidenses a la jurisdicción penal internacional. Por ello, se debe analizar detenidamente estos acuerdos, para evitar posibles delitos futuros por parte de estadounidenses. Supongamos que se celebra ahora un acuerdo de inmunidad entre un determinado país y los EEUU. Los tribunales competentes, por regla general, serían los tribunales nacionales, es decir, los tribunales competentes de acuerdo al ordenamiento jurídico del país dónde se comete el delito (el país determinado). Los acuerdos de inmunidad basados en el artículo 98.2 no pueden conducir, a la anulación de toda vía de enjuiciamiento ante un tribunal nacional.

De este modo, debe entenderse que los efectos de los acuerdos basados en el artículo 98.2 suscritos por los EEUU, tendrían como consecuencia, la inmediata remisión a los tribunales nacionales donde se comete el delito. Por esto, se debería adecuar la legislación, en todo caso, para que en lugar de la CPI, sean las competentes las cortes nacionales donde se comete el delito grave contra los derechos fundamentales.

[139] www.amnestyinternational.org
[140] www.iccnow.org

De acuerdo a la perspectiva de la Dra. Carmen Quesada Alcalá, "los EEUU no pueden investigar ni enjuiciar todos los crímenes tipificados en el ER cometidos en el extranjero por sus nacionales"[141]. Tampoco los EUUU tienen jurisdicción sobre los crímenes cometidos fuera del territorio nacional por miembros de las Fuerzas Armadas que no son ciudadanos estadounidenses, o por civiles extranjeros. En este punto, es muy importante dejar en claro que el Ejército de los EEUU y sus misiones, no incluyen únicamente a ciudadanos estadounidenses. Muy por el contrario, en la Operación "Desert Storm" de 1991 en la toma de Afganistán y en la de Irak del 2003, un gran porcentaje de los miembros de las Fuerzas Armadas de EEUU eran ciudadanos extranjeros, que aun cuando luego de las campañas recibían la nacionalidad estadounidense y una pensión económica, el momento de las operaciones militares no eran nacionales (por ende, no eran ciudadanos estadounidenses en caso de cometer un delito contra la humanidad en la toma de ciudades y lugares, bajo directrices de EEUU). Ejemplo de ello, se da en los crímenes de lesa humanidad que se imputan a soldados de tropas estadounidenses en las ciudades y pueblos de Irak o Afganistán (como en las cárceles de Abhu Graib). Diferente sería el caso, en que los delitos fuesen cometidos en las cárceles de Guantánamo, dónde EEUU ejerce su jurisdicción, administración de justicia e inclusive, una muy discutida soberanía.

Con los mencionados acuerdos de impunidad a soldados estadounidenses, no se puede dar por entendido que se deba juzgar en cortes estadounidenses a un individuo que ha cometido un delito contra la humanidad en la hipótesis marco del artículo 98.2, ya que no todos los crímenes de guerra recogidos en el ER están tipificados en la legislación estadounidense. Es decir, no todos los crímenes de guerra cometidos por militares o funcionarios estadounidenses, aún con la firma de un acuerdo de inmunidad, podrían ser enjuiciables cuando se cometen en el extranjero[142]. La comisión de delitos en el extranjero imposibilita que los crímenes contra la humanidad, sean enjuiciables en EEUU, inclusive si se toma en cuenta que el Código Uniforme de Justicia Militar de los EEUU, castiga hasta los "delitos comunes" (delitos que no son considerados contra la humanidad o que estén tipificados por el ER).

[141] Carmen Quesada Alcalá, La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal. Valencia. España. Editorial Tirant lo Blanch, 2005, p.433

[142] El delito de tortura si es un delito que es tipificado como tal por la legislación estadounidense.

Desde mi punto de vista, si los EEUU no tienen tipificados en su legislación todos los crímenes de guerra que contempla la CPI, no podrían enjuiciar esos delitos en sus tribunales militares, tribunales generales o en comisiones militares. Sí podrían ser juzgados, los imputados estadounidenses en el país dónde se hayan cometido los crímenes de guerra, siempre y cuando este país haya ratificado el ER, ya que el Estatuto incluye y tipifica en la legislación nacional tales delitos. Sin embargo, si se ha celebrado un acuerdo bilateral de inmunidad, no se debería entregar al ciudadano estadounidense por un delito que no constituye tal en EEUU, y debería ser juzgado en aquél país.

Frente a los CEF, los acuerdos bilaterales de inmunidad con EEUU contemplan un concepto más amplio. Los CEF se limitan a una competencia sobre militares, mientras los acuerdos de inmunidad se extienden sobre "cualesquiera funcionarios del Gobierno (actuales o en retiro), empleados personal militar o ciudadanos de una de las Partes"[143]

Podría protegerse bajo estos acuerdos de inmunidad a:
- miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América;
- miembros de las Fuerzas Armadas de diferentes países que realicen operaciones conjuntas o sean aliados de una operación (ej.: OTAN).
- funcionarios civiles vinculados a las Fuerzas Armadas de EEUU o el país(es) que realizan operaciones o acuerdos conjuntos y que son nacionales de EEUU, del Estado dónde se comete el crimen, o de otra nacionalidad que haya cometido un crimen en un determinado país parte del convenio con EEUU.
- Personas que viajen a través de los EEUU luego de cometer un delito contra la humanidad.
- Personas que viajen a través del Estado parte del acuerdo con EEUU y cometan un crimen contra la humanidad.

Es decir, desde mi perspectiva, la renuncia a la entrega a la que se somete la soberanía y competencia de un Estado que suscribe un acuerdo con EEUU respecto a la entrega de personas de los EEUU a la CPI, se refiere en general a cualquier ciudadano estadounidense y no únicamente a los que desempeñan un cargo oficial en el extranjero. Al igual que en mi análisis

[143] Contenido de los acuerdos entre EEUU y otro país respecto a la entrega de personas de los Estados Unidos de América a la Coite Penal Internacional. www.iccnow.orgfespanol/articulos/shakirabedoya.pdf

anterior, sostengo que los acuerdos con EEUU respecto a la entrega de personas estadounidenses a la CPI, tendrían un alcance y protección (respecto a personas) inclusive mayor que lo que contemplaban las CEF y Resoluciones 1422 y 1487 del Consejo de Seguridad, del año 2003 y 2004. Esto, debido a que el texto, además de los militares parte de las misiones de paz, incluye empleados y contratistas civiles, con independencia de la nacionalidad y de si la persona es ciudadana de un Estado Parte o Signatario del ER; además de funcionarios (y ex funcionarios), personal actual y antiguo de cualquier Estado-no parte del ER que aporte contingentes y funciones, en operaciones establecidas o autorizadas por Naciones Unidas, en el lugar de la misión o en cualquier país.

Hay que recordar que el propio ER tiene una parte dedicada a la cooperación internacional y asistencia judicial, con lo que de existir un acuerdo de entrega e inmunidad basados en el artículo 98,2 como los que ha celebrado los EEUU, existiría un nuevo factor de incompatibilidad entre los mencionados acuerdos y el objetivo, además del contenido en sí, del ER.

Es así como encuentro que una errónea interpretación del artículo 98.2 del ER, puede llevar a debilitar o liquidar el funcionamiento y existencia misma de la CPI. Sin duda alguna, la creación de la CPI es uno de los triunfos más grandes del Derecho Internacional y de la idea de Comunidad Internacional, por ello los Estados soberanos deberían evitar la firma de los acuerdos bilaterales de inmunidad y unirse a la lucha por los derechos fundamentales y en contra de la impunidad.

CAPÍTULO CUARTO

POSICIÓN ADOPTADA POR LA REPÚBLICA DEL ECUADOR FRENTE A LA CPI. El Ecuador en relación a los "acuerdos bilaterales de inmunidad"

La posición de los Estados del mundo frente al ER y de los denominados "acuerdos bilaterales de inmunidad" difiere por el grado y nivel de dependencia que tienen sus relaciones bilaterales con los Estados Unidos de América. Si bien, todos los Estados del mundo, sin excepción, tienen una fuerte relación con los EEUU, al ser la primera potencia mundial, hay países que dependen mucho más por sus economías que otros, y adicionalmente por relaciones en otras áreas: la militar (ej. los países miembros de la OTAN), política, geográfica, geopolítica y jurídica.

Tal como manifesté anteriormente, los EEUU tienen tres frentes de acción para proteger a sus nacionales frente al ER. En el tercer frente analizado, el del "ámbito bilateral" de EEUU con los Estados soberanos, trata sobre la negociación (presión) para la celebración de los "acuerdos bilaterales de inmunidad", conocidos en EEUU como **"Bilateral Immunity Agreements"** o simplemente como **"BIA",** (por sus siglas en inglés). Esta posición internacional y dentro de los EEUU ha permanecido prácticamente inalterable desde la administración de George W. Bush hasta nuestros días con la administración Obama.

Hasta la actualidad, año 2015, la existencia en los EEUU normas ASPA ("American Servicemember's Protection Act"), también conocidas por los defensores de la creación del ER como "The Hague Invasion Act" establecieron que a la fecha del 1 de julio de 2003 (con prórrogas anuales), so pretexto de recortes de gasto en el presupuesto interno de los EEUU, los Estados Partes en e1 ER que recibían asistencia militar estadounidense perdían tal asistencia "salvo en caso de importancia para el interés nacional de los EEUU, o en los supuestos en que el país haya firmado un acuerdo bilateral de inmunidad."[144] Al ser esta asistencia de sumo interés para los diversos países del mundo en cuanto a capacitación y equipamiento militar, fueron muchos los países que celebraron acuerdos con los Estados

[144] 'Tomado de M. Torres Pérez. La "American Servicemember's Aci" de 2002. nota para la Revista Española de Derecho Internacional. Madrid, España. Vol. LIV, n.2, 2002. pg: 1004-1008

Unidos de América,[145] basados en el artículo 98.2 del ER (llegan a ser a ciento uno hasta el día de hoy, de acuerdo al Departamento de Estado de EEUU, aunque menos del 40% lo han ratificado en sus respectivos parlamentos nacionales; mientras 53 países se han opuesto a firmar los BIAs propuestos). De este modo, los países signatarios de "acuerdos de inmunidad" evitan la retirada de la asistencia económica y protección militar.

El 13 de julio de 2004, como consecuencia de la no renovación de la Resolución 1422 (y posterior Resolución 1487) ante el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el congresista estadounidense republicano Nethercutt, presentó una enmienda a la norma de operaciones y asistencia en el exterior denominada "Foreign Operations Appropiation BilI". Esta enmienda complementa a las "ASPA" y establece literalmente que de no celebrar "un acuerdo de inmunidad" con los EEUU, muchos Estados aliados de su país, perderían la asistencia militar que establece el Fondo de Asistencia Económica de los EEUU, "Economic Support Fund". Este fondo de asistencia económica o financiera internacional incluye gastos de seguridad interna y externa, fondos para lucha contra el terrorismo y narcotráfico, entre otros gastos.

Hasta la fecha, han firmado el acuerdo bilateral de inmunidad con los EEUU los países que tienen gran dependencia militar, económica con esta potencia. Los EEUU, como hemos mencionado, tiene hoy una posición cerrada y contraria al ER y la "jurisdicción penal internacional". En su momento, Amnistía Internacional, redactó el siguiente enunciado: "el Presidente BilI Clinton antes de finalizar su mandato firmó el ER, demostrando su compromiso internacional, y hoy se haya tratado de inducir a un proceso de "des-firma" del Estatuto por parte del Presidente Bush". Esta posición permanece inalterable e inclusive no se ha llegado a debatir ni esporádica ni profundamente el tema en la administración de Barak Obama

De acuerdo al Derecho Internacional de los Tratados, este procedimiento y actitud de los EEUU, jurídicamente vulnera el Derecho de los Tratados[146] debido a que existe la

[145] Ejemplo de países que firmaron este acuerdo ante estas circunstancias y en bloque regional, fueron los miembros de la Unión Europea, y miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN)
[146] La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, fue celebrada en Viena, el 23 de mayo de 1969. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

obligación de los Estados que son parte de un tratado (en este caso, el ER), de respetar el convenio firmado. Igualmente, existe una obligación de aquellos Estados que no firman este tratado, de respetar los acuerdos de los países que si firman. Más aún, los EEUU firmaron el ER, y aunque no lo ratificaron o pretendan inclusive desconocer su suscripción, los EEUU tienen una obligación de no realizar algún acto en contra del ER o para vulnerar los objetivos o fines del Estatuto.

Para entender un poco la posición anti-jurídica internacional de los EEUU (perspectiva personal) analicemos que de acuerdo al artículo 11 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados[147], existen formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado. "El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido."[148]

El artículo 12 de la Convención de Viena establece que el consentimiento en obligarse por un tratado se realiza o manifiesta mediante la firma. Así el texto del artículo es el siguiente: "El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la firma de su representante:

a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;
b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga este efecto; o,
c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

Este es el último punto es el caso del ER, que, a pesar de requerir ratificación, calza en el literal a y c. De este modo, y de acuerdo a la Convención de Viena, EEUU tendría ya un compromiso, y si bien el ámbito del ER (al no ratificarse el estatuto) podría no aplicársele,

[147] Declaraciones realizadas por miembros de Asesoría Jurídica de Amnistía Internacional, capítulo España en (Congreso "Iberoamérica ante los retos del Derecho Internacional en el siglo XXI. Salamanca, España (octubre, 2005).
[148] Texto del artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

EEUU no podría realizar las gestiones para que otros países no reconozcan este instrumento internacional o realicen acuerdos que alteren su contenido.

Luego de lo señalado, desde mi punto de vista, comparto la perspectiva redactada por el Dr. Richard Goldstone, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU: "la *posición asumida por el gobierno de los EEUU es decepcionante y contrasta con la larga historia de cooperación norteamericana con otras naciones para promover el imperio de la ley. Desde los juicios de Núremberg en 1945 hasta los tribunales ad hoc en ejercicio, el liderazgo de EE. UU. en materia de justicia internacional había sido ejemplar. El apoyo brindado por EE. UU. a los tribunales ad hoc y a la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica es encomiable."*[149]

Es importante resaltar que los procedimientos estadounidenses en política internacional contemporánea, especialmente a partir de la administración de George W.Bush, han generado cierta desconfianza a nivel mundial, ante los desconocimientos o rechazos de tratados y convenios internacionales. Además de la guerra "preventiva" de Iraq o Afganistán, o la no firma del Tratado de Kyoto, EEUU ha rechazado acuerdos internacionales en materia de derecho humanitario, muy a pesar de la publicidad de campaña de Barak Obama, que, en la práctica, hasta el año 2015 no se han concretado. En menos de dos años, la Administración de EEUU rechazó el tratado que prohibía el uso de minas antipersonales y el ER.

Es posible que en la actualidad, para evitar el cumplimiento de ciertas normas internacionales, los EEUU haya cambiado su colaboración internacional y busque ser calificado como el "objetor persistente" en temas humanitarios, amparado con el poder de su Constitución (analizada de diversa forma). EEUU ha manifestado en múltiples ocasiones perseguir el mismo objetivo en temas de derechos humanos que muchos tratados y convenios internacionales que hoy desconoce. El ser "objetor persistente" de temas humanitarios sería contrario inclusive a los objetivos manifestados constantemente por los

[149] Fragmentos del artículo redactado en el libro: Richard Goldstone. Un producto defectuoso: Retiro estadounidense de la CFI cuestiona décadas de liderazgo norteamericano en Justicia Internacional. La Haya. Monitor de la CPI, 2002, introducción.

EEUU, de acuerdo a su historia y Constitución Política. Según el derecho internacional, se califica a un Estado como objetor persistente, *a aquel que ha tenido una posición firme contraria a una fuente de derecho internacional (tratado, doctrina, etc.) basándose en los principios, costumbre u objetivos que persigue*[150]. El ser calificado como objetor persistente, permitiría a este Estado tener un tratamiento excepcional para evitar que tales fuentes se ajusten a su política o conducta como Estado.

El "objetor persistente" es una excepción en la discusión y aplicación en tales temas o instrumentos internacionales, evitando así que se le exija su cumplimiento, por respeto a su posición contraria constante y manifiesta. Para ser calificado de "objetor persistente" un Estado debe tener una misma posición respecto al tema, ser persistente en todo momento[151].

Es muy difícil que EEUU sea calificado como tal en estos temas (acuerdos sobre la entrega, cooperación internacional, jurisdicción penal internacional, responsabilidad internacional del individuo) ya que la propia firma del ER y su posterior cambio de posición (proceso de "des-firma"), demuestran que su posición no ha sido "persistente".

4.1. La Posición de la República del Ecuador

Para entender la posición de la República del Ecuador frente a los denominados "acuerdos bilaterales de inmunidad" es estrictamente necesario conocer primero la posición nacional frente al ER, los antecedentes y proceso de celebración y ratificación. Por ello, he decidido dividir el análisis de la posición ecuatoriana primero frente a la CPI y luego frente a los "acuerdos bilaterales de inmunidad".

4.1.1. La posición ecuatoriana frente a la creación de la CPI

Para analizar la posición del Ecuador he preferido realizar una investigación, basada en la recolección de datos oficiales y de entrevistas a los representantes de la Diplomacia y Cancillería ecuatoriana, así como una actualización hasta el año 2015.

[150] Criterio del autor basado en análisis de: Rosario Huesa Vinaixa, El nuevo alcance de la "opinio juris" en el Derecho Internacional Contemporáneo. Barcelona, España. Tirant Lo Blanch, 1991.
[151] ibid.

Partiré con una perspectiva basada la posición oficial de la Cancillería del Ecuador hasta nuestros días (Gobierno de Econ. Rafael Correa Delgado), frente al ER, la Conferencia de Diplomáticos reunida en Roma en 1998 y la creación de la CPI.

Para la República del Ecuador, el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador fue la institución encargada en tratar lo relativo a la CPI y el ER como asesoría técnico-jurídica. Se realizaron con este propósito diversas reuniones previas en New York ante la Organización de las Naciones Unidas y la Comisión de Derecho Internacional, tal como lo establecía la Agenda Internacional. Por otro lado, la República del Ecuador realizó consultas académicas y doctrinarias ante la Comisión Andina de Juristas, que a su vez, comparó paralelamente el caso ecuatoriano con las posiciones de los demás países andinos.

Las consultas se dirigieron también internamente ante funcionarios de la Fiscalía y Procuraduría General del Estado. Todas estas reuniones fueron previas a la convocatoria que se dio en 1998, para la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas para Plenipotenciarios de la ONU para CPI en Roma. Se analizó el impacto jurídico de la Corte y sobre el del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en lo que se refiere al ámbito de la esfera de nuestro Derecho Constitucional y Derecho Penal Ecuatoriano [152]

Desde 1998, a la República y Gobierno de la República y Gobierno del Ecuador, la comunidad internacional comenzó a exigir una posición frente a la creación de una corte penal internacional permanente. Para llegar a presentar una posición ante el plenario de la conferencia y formar grupos de trabajo, Cancillería buscó que el Ministro de Relaciones Exteriores delegue la gestión y estudio a los funcionarios de la Embajada del Ecuador y organismos, en Italia. La finalidad de la delegación era analizar la participación y negociación de ciertos aspectos, si en algún momento cabría, de ciertos aspectos negociables y relacionados a los intereses del país en el tema.

[152] Criterios ratificados por el Ministerio de RR.EE. Embajada del Ecuador en Bruselas, Bélgica (agosto, 2014) Emb. Fernando Yépez Lasso. En el año 2005 los datos fueron otorgados por el Dr. Carlos Larrea Dávila, representante por el Ecuador ante la Conferencia de Diplomáticos reunida en Roma en 1998 y funcionario de carrera del Ministerio de RR.EE

La gestión fue realizada a los funcionarios ecuatorianos en Italia, debido a que la sede de la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas para Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para la CPI fue Roma (en la sede de la FAO). La principal asistencia no gubernamental que recibió el Ecuador fue de inmediato la de "No Peace without Justice", que fue una coalición de ONG's para el impulso de la creación de la CPI. La mencionada coalición había realizado un estudio intensivo y un monitoreo de la posición de los países del mundo, especialmente las de los países en desarrollo. Los aspectos principales del estudio se enfocaban a varios aspectos de lo que se iba a firmar tanto en el acta, como en la redacción del ER.

Asuntos básicos del monitoreo de la coalición y de trascendental importancia para el Ecuador, eran los relativos a la pena de muerte, respecto a qué principios debían introducirse, frente al principio de complementariedad, y finalmente, la definición del crimen de agresión (esta última pasó a ser una "no definición"). En base a estos elementos se procedió a presentar una posición, la misma que fue avalada por el Ministro de Relaciones Exteriores de aquel entonces, Embajador José Ayala Laso (1998). La República del Ecuador presentó su posición oficial ante la Conferencia Diplomática de la ONU para Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para la CPI, señalando en su intervención lo que para nuestro país era lo más importante que contenía el Estatuto.

Ecuador presentó una postura en la que el sugería que el establecimiento de la CPI con carácter permanente debía estar enmarcado dentro de los propósitos y principios de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional, siendo su creación un mecanismo de lucha contra la impunidad y no una finalidad en sí[153]. Para la República del Ecuador los principales objetivos a perseguirse con la CPI fueron presentados en la exposición ante el pleno, que fue antes de la redacción del texto final que hoy conocemos como el ER. Esta posición del Ecuador antes de la celebración del Estatuto, la reproduzco textualmente y acompaño en ciertos casos, brevemente, los cambios de posición que ha tenido el Ecuador en puntos, al firmarse ya el ER:

[153] Texto tomado de exposición de la Postura Oficial de la República del Ecuador ante la Conferencia de las Naciones Unidas de Diplomáticos Plenipotenciarios para la Corte Penal Internacional a cago del Dr. Carlos Larrea Dávila. Roma, Italia. (Julio 1998). http://www.un.org/icc/speeches/6l8ecu.htm

"1. La prevención y represión de tos crímenes de guerra, crímenes de ¡esa humanidad, genocidio y crímenes de agresión.

2. Poner fin, evitar y prevenir la impunidad de dichos delitos que por su naturaleza afectan a todos los Estados por igual. La idea de solidaridad internacional en este contexto se inspira en varios aspectos; unos jurídicos y otros no. Entre los primeros está la cooperación internacional; entre los segundos, el instinto de conservación, el afán de supervivencia y las nociones morales que explican el consenso en el sentido de que ningún delito que amenace gravemente a la integridad de la Comunidad Internacional y de sus valores, quede impune.

3. Como consecuencia de lo anterior, constituirse en mecanismo de protección de los derechos humanos. En este punto, la Cancillería de la República del Ecuador piensa que dentro de la jurisdicción penal internacional, propia de la CPI, la función profiláctica de garantía y protección de los derechos humanos es tan importante que inclusive sería mayor que la función "sancionadora".[154]

La comisión de actos delictivos que han conmocionado y continúan conmocionando a la humanidad entera ha determinado la impostergable necesidad de crear una institución supranacional que garantice y preserve los derechos y libertades fundamentales. En efecto, para la constitución de la Corte Penal Internacional, deben ser observados los siguientes principios básicos, que garanticen su independencia, eficiencia, eficacia, universalidad o justicia común, imparcialidad y permanencia, con el fin de proteger los valores básicos de la convivencia civilizada moderna:

1."La Corte Penal Internacional debe tener amplia jurisdicción sobre los crímenes contra el Derecho Internacional, tales como el genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes contra los derechos humanos. En cuanto a los crímenes de agresión, el Ecuador estima que deben darse una definición y alcance precisos pero que el proceso para llegar a un consenso en este sentido no debería retardar la creación de la Corte". Sobre este punto, la Cancillería ecuatoriana felicita a la Comisión de Derecho Internacional, a la ONU y a la propia CPI, por la no definición de "crímenes de agresión"

[154] http://www.un.org/icc/speeches/6l8ecu.htm

en aquél entones (tal como Ecuador expuso aquí en este inciso 1 del punto 3), que no retardó la creación de la Corte[155].

La definición de crímenes de agresión está siendo estudiada hasta hoy en día por la Comisión de Derecho Internacional, por la Asamblea de los Estados parte. Se aspiraba tener luego de siete años de firmado el ER ya una definición, lo cual se logró posteriormente, con la definición que redacté en el capítulo primero de esta investigación. Esta definición (quizá todavía algo incompleta) se aprobó mediante enmienda, la cual fue ya ratificada por la República del Ecuador.

2. "La jurisdicción de la Corte Penal Internacional deberá incluir los delitos cometidos durante conflictos armados internos y los crímenes contra la humanidad cometidos en épocas de paz. El Ecuador considera que el Estatuto debería estar abierto a la futura inclusión de otros delitos de trascendencia internacional". Este punto no ha ocurrido, más la Cancillería Ecuatoriana podría apoyar una eventual reforma al respecto, tal como lo sostiene en este comunicado.

3. "La Corte Penal Internacional debe tener jurisdicción universal, incluso podría ser que ésta se acepte al suscribir el Estatuto y no se requerirá el asentimiento de un Estado como condición para su ejercicio." En este punto, la idea de jurisdicción universal **fue cambiada** por Cancillería ecuatoriana durante el proceso de celebración por la de **"jurisdicción penal internacional",** contemplando las características que analiza ésta presente investigación".[156]

4. "La Corte Penal Internacional puede ser complementaria a los sistemas penales nacionales. Debería estar facultada para el ejercicio de su jurisdicción cuando se determine que los sistemas penales nacionales no han podido cumplir con su responsabilidad primaria."

[155] Información presentada por el Dr. Carlos Larrea Dávila, funcionario de carrera del Ministerio de RREE, mediante entrevista personal. Embajada de Ecuador en Madrid, España (octubre, 2005).
[156] La presente posición ecuatoriana, manteniendo la denominación "jurisdicción penal internacional" se sigue manteniendo inalterable, hasta la actual administración del Gobierno del Econ. Rafael Correa Delgado. Información otorgada en Cancillería, por parte del Sr. Emb. Fernando Yépez Laso.

Hoy, la Cancillería ecuatoriana apoya el texto del ER dónde existen varios elementos que determinan la jurisdicción y competencia o no, de la Corte sobre determinados crímenes. De este modo, es automática, la competencia, cuando el Estado que está involucrado, no ha querido o no ha podido administrar justicia; mientras que, "la competencia no es automática en el caso en que un Estado está involucrado, por ejemplo para el crimen de agresión, con el asentimiento del Consejo de Seguridad, o en el caso que el Consejo de Seguridad hubiese asumido conocimiento de uno de estos crímenes con antelación a la celebración del ER y la creación de la Corte Penal Internacional, aquí ya no es automático, es posterior."

5. "La Corte Penal Internacional deberá estar investida de la independencia necesaria que le permita actuar libre de la interferencia de cualquier ente político, lo que garantizaría la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones acusatorias y judiciales.".
6. "La Corte Penal Internacional deberá tener un Fiscal fuerte e independiente, facultado para incorporar "ex oficio"[157] *procesos judiciales, por su propia iniciativa".*
7. "Todos los Estados Miembros, incluyendo sus respectivas cortes y magistrados, deberán comprometerse a cumplir sin demora las disposiciones y requerimientos de la Corte Penal Internacional, en todas las etapas del proceso".
8. "La Corte Penal Internacional gozará de mayor legitimidad para actuar, con la proscripción de la pena de muerte."
9. "La irrestricta observancia de los principios de derecho penal general. Vale decir, entre otros: la irretroactividad de la ley penal, "in dubio pro reo", "nullum crimen sine lege, nulla poena sine praevia lege", "non bis in ídem", con la excepción relativa a la ineficacia o incapacidad del tribunal nacional para actuar, y las garantías judiciales del proceso debido."
10. "La voluntad política de los Estados debe manifestarse, sobre todo, a través de una cooperación internacional sin reservas, respetando su soberanía, y sin la cual los

[157] Existe un error en la redacción o impresión del texto oficial en la fuente, que he preferido corregir para su comprensión, luego de consultado su contenido real en la Cancillería. Error transcrito: "para incoar le ex oficio" procesos judiciales." Revisar fuente: http://www.un.org/icc/speeches/6l8ecu.htm

principios de la eficacia y de la universalidad o justicia común, se verían seriamente afectados..."

Todos estos objetivos representaban elementos consultados y luego consensuados. Desde el punto de vista del Dr. Carlos Larrea Dávila, representante del Ecuador ante la Conferencia, la posición ecuatoriana fue decorosa y jurídicamente consistente. Una vez expuesta la posición del Ecuador (y del resto de países), dentro de la Conferencia Diplomática se comenzó a debatir lo que podría ser la CPI en sí. La República del Ecuador "participó en aquellos grupos de trabajo que no requerían instrucciones muy específicas, sino que eran ya, elementos de política general, política exterior y Derecho Internacional.

Así, la mayor participación ecuatoriana se dio ante la comisión encargada de redactar los principios de derecho penal general que tenían que introducirse en el Estatuto. Allí, hubo numerosos debates en varios temas, dónde el Ecuador actué activamente, especialmente acerca de los principios generales de derecho penal. Igualmente, consta la participación ecuatoriana en los debates sobre la conceptualización de "embarazo forzoso y forzado"[158], y en temas referentes al carácter étnico y limpieza étnica.

Una vez celebrado el Estatuto de Roma,[159] el día 7 de octubre, a nombre de la República del Ecuador, firma del acta, el Embajador en Roma y ex Vice Canciller del Ecuador, Embajador Marcelo Fernández de Córdoba. Luego de firmado el Estatuto, vendría la negociación interna, ante la Presidencia de la República, Congreso Nacional del Ecuador, Tribunal Constitucional, , organizaciones de la Sociedad Civil y Ministerio de RREE, a fin de sacar un proyecto de absoluta constitucionalidad, acorde a la forma y fondo del Estatuto.

La idea de Cancillería Ecuatoriana desde un inicio fue celebrar el ER y proceder a su ratificación inmediata para que sea incorporada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como ley de la República. Tal como lo menciona el Doctor Iñigo Salvador Crespo, la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, por parte de nuestro país, permite

[158] http://www.obchr.orglenglishfbodies/crc/docs/pnblications/CRC-Compilacion(1993-2004).pdf
[159]El ER fue redactado finalmente y celebrado el 17 de julio de 1998. Entró en vigor el 1 de julio de 2002.

"una mejor verificación del cumplimiento de los compromisos del Ecuador en el ámbito del derecho internacional humanitario".[160]

Al tener una característica de tratado internacional multilateral, relativo a los derechos humanos, goza el Estatuto de una jerarquía constitucional, superior a ley. Superior, obviamente a la normativa interna y de acuerdo a la doctrina del derecho internacional humanitario, con carácter igual o inclusive (de acuerdo a la perspectiva) superior a la propia norma constitucional.

El Doctor Iñigo Salvador resume el proceso de perfeccionamiento del Estatuto de la CPI en el Ecuador[161], recordando que, de acuerdo a la materia del mismo, su ratificación calzaba[162] en las categorías descritas en los numerales 4, *5* y 6 de la Constitución Política del Ecuador de 1998:

Art. 161: "El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales:
4. Los que atribuyen a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley.
5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos.
6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley."

Por ello, y basados en las normas constitucionales señaladas, "la Comisión de Asuntos Internacionales del Congreso calificó al Estatuto como un tratado que requiere aprobación por parte del Congreso".[163]

El Doctor Salvador Crespo, describe en su libro, paso a paso, el proceso de ratificación del Estatuto. Así, recuerda que el 26 de abril del 2000, el Presidente de la República solicitó al

[160] Iñigo Salvador Crespo, Derecho Internacional Penal. Estudios en Perspectiva. Quito, Ecuador. Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2004 p272.
[161] ibid. p.265
[162] Análisis de acuerdo a la Constitución Política del Ecuador de 1998 vigente en aquel entonces.
[163] Iñigo Salvador Crespo, Derecho internacional Penal. Estudios en Perspectiva. Quito, Ecuador. Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católicas del Ecuador. 2004.P. 265.

Tribunal Constitucional, un dictamen previo, para reconocer la constitucionalidad del ER (acorde al artículo 162 de la Constitución entonces vigente). Dictamen que fue resuelto favorablemente, el 22 de febrero del 2001. Es importante tomar en cuenta el informe del Tribunal Constitucional, ya que luego de elaborar un documento explicativo, se redactaron varios puntos de encuentro. La redacción del informe a nombre del Tribunal Constitucional, la realizó el Dr. Hernán Salgado Pesantez. Emitió un informe favorable que daba luz verde a la ratificación del ER, por parte del Congreso Nacional del Ecuador. Sobre este informe, se debe destacar que está excelentemente argumentado y desde mi perspectiva, recoge todas las normas compatibles, así como los antecedentes. Marca la estructura del ER desde el punto de vista constitucional y describe la competencia de la CPI. Adicionalmente repasa los principios generales del Derecho Penal que respeta el ER, como el principio *"non bis iii idem"* (con su aplicación). El informe enfoca la aplicación del Estatuto y su compatibilidad constitucional en lo relativo a las penas, a la extradición (la diferencia entre entrega y extradición respecto a los sujetos que intervienen en este acto de colaboración y cooperación internacional), y al proceso de investigación que se de en el territorio del Ecuador ante casos de graves crímenes contra la Humanidad.[164]

Durante todo el proceso, al igual que en muchos países, la sociedad civil estuvo vigilante del proceso, para impulsar la ratificación del Estatuto. Este interés y participación de la sociedad civil, que comenzó desde 1998, se expresó principalmente, a través de ciertas organizaciones como Amnistía Internacional o la Comisión Andina de Juristas, entre otras. El Estado Ecuatoriano, a través de la Cancillería, se demostró siempre gustoso de conocer la perspectiva de la sociedad civil, para tener un trabajo conjunto entre sector público y privado.

La Comisión Andina de Juristas, presentó en este punto sugerencias para el país, respecto a los aspectos procesales que tienen que ser incluidos en normas directas y expresas, mediante modificaciones a realizarse en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano (y los de los demás países andinos) para que el Estatuto sea plenamente operativo. Este

[164]Dictamen del Tribunal Constitucional elaborado por el Dr. Hernán Salgado.

análisis enfoca aspectos procesales y no sustantivos. El proceso de ratificación continuó hasta que el 5 de febrero del año 2002, Ecuador ratifica el ER.

4.1.2. La posición ecuatoriana frente a los acuerdos de inmunidad sobre el artículo 98.2 del Estatuto de Roma

La República del Ecuador recibió también la posición de los EEUU y su sugerencia por incluir en la ratificación del ER, una cláusula de reserva para los funcionarios y ciudadanos de EEUU, con igual patrón que el "acuerdo bilateral de inmunidad" presentado a la República de Colombia.[165]

Recordemos que el verdadero espíritu del artículo 98.2 del Estatuto, establece que en caso que un nacional de un país "X", país que haya suscrito con otro Estado el convenio de no entrega a la CPI por los crímenes establecidos por competencia de la Corte, se respetará ese convenio, aunque se firme el ER. Sin embargo, los EEUU aprovechando la inclusión del, artículo 98.2 en el Estatuto dictaron una cláusula de reserva en la aplicación del Estatuto, para los ciudadanos de los EEUU, con el afán que los diferentes países del mundo incluyan este "acuerdo de inmunidad" en las normas nacionales al ratificar el ER. Para el momento en que el Ecuador recibió la sugerencia y presión diplomática de los EEUU había varios "hot spots" o "puntos calientes", en los cuales existían conflictos armados internacionales donde estaban involucradas misiones de paz de Naciones Unidas. Estas misiones de paz, incluían (incluyen todavía) la mayor cantidad de efectivos estadounidenses tanto en cascos azules, cascos blancos y efectivos militares respecto a los efectivos de otros países, al ser los EEUU, la mayor potencia mundial.[166] Las cláusulas de reserva y los "acuerdos de inmunidad" reflejaban la necesidad de los EEUU de proteger en mayor medida a sus oficiales militares en exterior. EEUU siempre presentó en las negociaciones previas a la celebración del ER, su temor por que la CPI se politizara en

[165] Posición de la República del Ecuador. Declaración dada a través del Dr. Carlos Larrea Dávila, mediante entrevista personal. Embajada de Ecuador en Madrid, España. (octubre, 2005).
[166] www.un.org/spanish/Depts/dpko/dpko/co_mission/unmih.htm
www.un.org/spanish/lDepts/dpko/dpko/co_mission/unosomi.htm

contra de los EEUU y con dolo, juzgue y entregue a la Corte principalmente a ciudadanos estadounidenses.[167]

Como se mencioné anteriormente en esta tesis, la estrategia de los EEUU tenía varios frentes, teniendo uno de ellos su origen en las normas internas, las Leyes ASPA, que permitieron en lo posterior al Presidente de los EEUU, cortar cualquier tipo de cooperación militar con aquellos países que no colaboren firmando acuerdos de inmunidad vía el artículo 98.2. del ER. La estrategia internacional de los EEUU con el Ecuador buscó presionar en el campo militar y con el ejecutivo.[168] Es decir los militares y diplomáticos estadounidenses dialogaron con el alto mando militar ecuatoriano (Ministerio de Defensa) dando la advertencia que, de no firmarse un acuerdo de inmunidad para nacionales estadounidenses, Ecuador perdería los fondos estadounidenses para la capacitación y cooperación militar. Desde el 2003, el Pentágono condicionó su ayuda militar al país a cambio de la firma de ese acuerdo.[169] El Jefe del Comando Sur de las Fuerzas Armadas de los EEUU, Gral. Bantz Craddock, realizó dos visitas a Ecuador, teniendo reuniones específicas con el entonces Ministro de Defensa, Solón Espinosa y el Jefe del Comando Conjunto de las FF.AA. del Ecuador, Gral. Manuel Zapater, sobre la *firma* del posible acuerdo bilateral de inmunidad.

EEUU buscaba que el alto mando militar ecuatoriano dialogara y presionara directamente a la Función Legislativa, para que incluyan cláusulas de reserva que acojan un "acuerdo bilateral de inmunidad" para ciudadanos estadounidenses en la ratificación del texto del ER. Cabe destacarse, que el alto mando militar ecuatoriano, eficiente y cautelosamente, se comunicó con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador para que analicen una posición nacional frente al tema, que explique posteriormente esta presión (y su conveniencia o no) ante la Función Legislativa. La República del Ecuador analizó el tema y recordó que las leyes ASPA contemplan dos excepciones, para en caso de no firmarse un

[167] Posición de la República del Ecuador. Declaración dada a través del Dr. Carlos Larrea Dávila, mediante entrevista personal. Embajada de Ecuador en Madrid, España. (octubre, 2005).

[168] Información de soporte tomada de Diario El Comercio 'No habrá más ayuda militar: Kenney". (entrevista de Ecuadoradio a Emb. Kristie Kenney). El Comercio Digital. www.elcomercio.com Quito, viernes 24 de junio del 2005 y jueves, 30 de junio del 2005.

[169] Información tomada de Diario El Comercio. "Craddock dice que la ayuda de Ecuador es básica para EEUU". (Entrevista de El Comercio a Gral. Bantz Craddock, Jefe Comando Sur USA) El Comercio Digital. www.elcomercio.com. Quito, domingo 26 de junio del 2005.

"acuerdo bilateral de inmunidad" con EEUU no se pierdan los fondos de asistencia militar estadounidense. La posición ese entonces, de la República del Ecuador[170], desde un inicio fue de una negativa a la celebración de un "acuerdo bilateral de inmunidad" con EEUU, y prefirió enfocar sus argumentos a negociar otras posibilidades para no perder la asistencia financiera de los EEUU en la colaboración militar (Fondos no existentes ya por decisión del actual gobierno del Econ. Rafael Correa Delgado).

La primera excepción de las leyes ASPA para no perder los fondos de asistencia militar es la que incluye los países calificados dentro de los "intereses nacionales de los EEUU". a decir, contempla la posibilidad que, aunque no firmen los "acuerdos bilaterales de inmunidad", ciertos países sigan manteniendo esta ayuda, al ser calificados tales territorios como prioritarios dentro de los "intereses nacionales de los EEUU". Ejemplos de estos países que representan los altos "intereses nacionales estadounidenses" son los países miembros de la OTAN y otros países con relaciones sólidas, de alianza y de importancia estratégica como Israel o Taiwan. Tales países, en el caso hipotético que celebrasen un "acuerdo bilateral de inmunidad" dentro del marco del artículo 98.2 del ER, no perderían los recursos estadounidenses para colaboración y operaciones militares conjuntas. Esta condición se da, debido a la relevancia y seguridad nacional que representan estos países para los EEUU. [171]

La competencia y decisión final para conceder o eliminar la asistencia financiera estadounidense a los diferentes países, conforme las leyes ASPA correspondía directamente al Presidente de los EEUU, más a partir del año 2005, el Senado de los EEUU limitó tal competencia presidencial para dirimir si un asunto es o no de interés nacional. Corresponde en la actualidad, tal decisión, al Senado estadounidense. Es decir, sólo en

[170] La intensidad de la oposición a la fima de un "acuerdo de inmunidad" con los EEUU, varió de acuerdo al mandatario ecuatoriano de turno y a los Ministros de Relaciones Exteriores, teniendo la mayor oposición con los cancilleres: Dra. Nina Pacari Vega y Dr. Antonio Parra Gil. La posición hasta cierto punto más cercana a la posición estadounidense la tuvo el Ecuador con el Ministro Emb.Patricio Zuquilanda, bajo el régimen de Lucio Guti6rrez B.

[171] En el año 2005, la entonces Embajadora de los EEUU en Quito, Kristie Kenney, señaló que Ecuador no recibiría más asistencia financiera en colaboración militar por parte de ese país.[171] Muchos fueron los rumores no oficiales entre funcionarios políticos ecuatorianos y medios sobre el monto de la asistencia militar de EEUU a Ecuador, que dejaría de percibirse. Sin embargo, la información oficial presentada en medios ecuatorianos, por la Embajadora estadounidense señalaba un monto de 7 millones de dólares al año.

caso que un determinado país sea calificado como "de interés nacional" por el Senado de los EEUU, puede seguirse dando ayuda militar a un país que no haya firmado este convenio del artículo 98. Esta limitación por parte del Senado estadounidense, a decir del Dr. Antonio Parra Gil, Embajador del Ecuador en España[172] y ex Canciller de la República, fue la posición a la que Ecuador deseaba presentarse en aquellos tiempos. Sin embargo, mi posición personal es que la República del Ecuador tuvo una posición acertada, aun a riesgo de perder los recursos de asistencia militar, manteniendo hasta hoy, una posición soberana e independiente, de no firmar acuerdo alguno que contradiga, bloquee o destruya, los alcances de un documento internacional celebrado y ratificado, el ER. Además, el ER persigue los fines y objetivos de nuestro Estado.

La perspectiva de la República del Ecuador sobre la posible celebración de un acuerdo basado en el artículo 98 con los EEUU se resume de la siguiente manera: "la posición ecuatoriana frente a la propuesta norteamericana, que tiende a debilitar la capacidad de acción y la presencia internacional de la Corte, ha sido unívoca y firmemente de rechazo al establecimiento de un convenio bilateral con relación al artículo 98 del Estatuto."[173]

Al parecer el principal reto de la Cancillería del Ecuador fue tener una posición clara como Estado, es decir una posición autónoma como República soberana. Desde que se planteó celebrar un "acuerdo bilateral de inmunidad", han sido algunos los titulares del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador que trataron el tema. La primera ministra en afrontar el conflicto fue la Canciller Dra. Nina Pacari Vega (Gobierno de Lucio Gutiérrez), con una férrea oposición a la cláusula "y con mayor sinergia" que sus sucesores. Posteriormente, la posición (a mi criterio), "tambaleó" con el Canciller Patricio Zuquilanda, pero no se cedió. Zuquilanda manifestó que a lo mejor habría que estudiar mecanismos alternativos a fin de evitar una colisión de intereses con EEUU.

---

[172] Información dada mediante entrevista personal, realizada en la Embajada de Ecuador en Madrid. octubre 2005. Adicionalmente puede revisarse la entrevista concedida y publicada por Diario El Comercio de Quito. "Parra ratifica: la inmunidad, no" El Comercio Digital. www.elcomercio.com. Quito, viernes 24 de junio del 2005.

[173] Cita tomada de la posición oficial del Ecuador frente al tema. Informe del Ministerio de RR.EE. dirigido al Presidente de la República para el "Informe a la Nación" del 15 & Enero del *2005*. Ver Anexo III de la presente disertación.

El hecho es que la posición de los EEUU ha sido sistemática respecto a la firma de los convenios de inmunidad, siempre basándose en el argumento de derecho del artículo 98.2 del ER. Al encontrar el Ecuador, una posición clara y soberana respecto a la firma del convenio de inmunidad con EEUU, la negociación concluyó definitivamente, bajo la gestión del Embajador Antonio Parra Gil, Ministro de Relaciones Exteriores, estableciéndose que no hay lugar a una firma de un convenio de inmunidad con el gobierno estadounidense. La Asesoría Jurídica de la Cancillería había emitido varios dictámenes, más para el "Informe a la Nación" del Presidente Constitucional de la República del Ecuador, Alfredo Palacios, del 15 de noviembre del 2005, que recoge los estudios de la Cancillería, declara la posición oficial del Estado, frente al tema de los acuerdos bilaterales de inmunidad con los EEUU:

a) "El artículo 98 del Estatuto de la Corte, en el cual los Estados Unidos pretende basar su proyecto, fue creado para resolver de manera negociada y por mutuo acuerdo situaciones preexistentes entre países Miembros de la Corte y no para establecer uno o múltiples santuarios para los criminales que la justicia internacional pretende castigar por defecto de la justicia nacional correspondiente.".

b) "El Ecuador, como miembro de la Corte, al aceptar el Acuerdo como se encuentra planteado, incurriría en la violación de los artículos 59, numeral 7, 63, numeral 1, 67, numeral 1, literal d, 86 y 88, por cuanto el Acuerdo con los Estados Unidos, por su ratificación, se convertiría en Ley de la República."

c) "No existe disposición alguna de índole constitucional en el Ecuador que prohíba la suscripción de un acuerdo bilateral como el insistentemente solicitado por los Estados Unidos. La fundamental contradicción se produce con el texto mismo del Estatuto de Roma, del cual el Ecuador es parte y por tanto constituye legislación interna ecuatoriana."[174]

d) "La posición ecuatoriana frente a la propuesta norteamericana, que tiende a debilitar la capacidad de acción y la presencia internacional de la Corte, ha sido unívoca y firmemente de rechazo al establecimiento de un convenio bilateral con relación al artículo 98 del Estatuto."

[174] Punto que se expuso anteriormente al resumen de la posición ecuatoriana frente a la celebración de "acuerdos bilaterales de inmunidad".

La diplomacia ecuatoriana, hoy en día, con el canciller Ricardo Patiño, afirma que Ecuador debe mantener su posición soberana frente a la ratificación ecuatoriana del ER, sin dejar abierta, siquiera, la posibilidad de celebrar un "acuerdo bilateral de inmunidad" con los EEUU.

Mi posición personal y jurídica, es siempre favorable a la ratificación del Estatuto de Roma y contraria a la firma de cualquier tipo de convenio o acuerdo, con EEUU u otro país, que perjudique o imposibilite los objetivos totales del Estatuto.[175] Siempre la relación con EEUU es complicada al tener un punto de vista diverso, y con la realidad internacional que no existe una relación de igualdad o *"par inter-pares* a ojos de la comunidad internacional. Sin embargo, aplaudo la posición ecuatoriana mantenida desde 1998.

Ecuador, en caso que se presente un caso de un ciudadano estadounidense (o de nacionalidad con interés o alianza con EEUU) que cometa un delito de los que establece el ER, deberá estar preparado sobre el procedimiento a seguir. Ecuador debería intentar tener un compromiso por escrito, en que, mediante una ley federal estadounidense, se establezca cuál debería ser la normativa aplicable para juzgar y sancionar a una persona imputada de cometer graves delitos contra la humanidad (los establecidos como delitos por el ER) y que se exima a ser presentada ante la CPI. Los EEUU están en la obligación de dar todas las facilidades del caso y, además, respetar el espíritu del ER y de la normatividad del Ecuador, de mantenerse siempre al lado de aquellos países que han sido pioneros en cuanto a la aprobación del Estatuto y a la puesta en marcha del Estatuto dentro de su jurisdicción interna.

En los actualidad (2015), EEUU ha bajado la intensidad de su lobby frente al Ecuador y su nivel de presión. Cancillería a partir del gobierno del Dr. Alfredo Palacio y de su ex canciller, Emb. Antonio Parra Gil (política continuada por el canciller, Emb. Francisco Carrión y hoy

[175] Análisis y estudio de la Cancillería del Ecuador. Información entregada por Dr. Carlos Larrea Dávila, en entrevista personal realizada en la Embajada de Ecuador en Madrid, España. (octubre, 2005).

por Ricardo Patiño), ha sido más firme en la posición de resolver no celebrar ningún tipo de acuerdo de inmunidad frente al ER, ya sea con los EEUU o con cualquier otro país.

El ex canciller Antonio Parra Gil en el año 2004, se pronunció al respecto de los acuerdos de inmunidad con los EEUU: "No hay ningún otro escenario posible. No se transa, es innegociable el tema de la firma de este convenio y el Gobierno Nacional, junto a Cancillería, consideran que ésta es la posición adecuada.[176]

Adicionalmente a lo pronunciado por la posición diplomática ecuatoriana, desde mi perspectiva personal, encuentro que la no celebración de acuerdos de inmunidad, es una posición de respeto a la soberanía nacional, y al principio de igualdad entre los Estados.

4.2. Breve posición de otros países latinoamericanos frente a los "acuerdos de inmunidad de los EEUU

La posición de los países latinoamericanos no es una y por ello, a diferencia de la Unión Europea (en que en conjunto acordaron celebrar los acuerdos de inmunidad), se debe analizar caso por caso. Sin embargo, respecto de la perspectiva de las relaciones internacionales de América Latina con los EEUU, en la fecha que se negoció la celebración del ER, geopolíticamente en la región se gestó una marcada división en el mapa latinoamericano, dividido en dos: América Latina del Norte (desde México hasta Colombia) y América Latina del Sur (integrada por Venezuela Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay y Argentina). "América Latina del Norte" fue en ese entonces, y es, abiertamente activa a favor de cualquier posición de los EEUU, siendo una región aliada, incondicional y hasta cierto punto, sumisa. Mientras que "América Latina del Sur", no lo es tanto (no se puede llegar a decir bajo ningún concepto que sea contraria a las tesis estadounidenses).

Las Repúblicas de Bolivia, Ecuador y Perú fueron en 1998 "comodines", ante una y otra perspectiva estadounidense, ya que la inestabilidad y fragilidad de los regímenes políticos no permitía determinar claramente una posición y toda política exterior dependía de los

[176] Declaraciones realizadas por el Emb. Antonio Parra Gil, en entrevista personal realizada en la Embajada de Ecuador en Madrid, España. (Noviembre 2005).

Presidentes de turno. Si bien no podría determinarse de manera tajante que en toda instancia de política exterior se cumpla esta clasificación, en los temas regionales más trascendentales que tienen que ver con las relaciones internacionales de países latinoamericanos con EEUU. se cumpliría mi hipótesis (Ej. posición frente al ALCA, Tratados de Libre Comercio con EE.UU., guerra contra Iraq, etc.). Dentro del tema de estudio de esta disertación, las condiciones normalmente son las mismas. Los países de América Latina del Norte celebraron o celebrarán los denominados "acuerdos bilaterales de inmunidad", mientras que los de América Latina del Sur no los celebran o realizan otro tipo de acuerdos. Sin embargo, el tema de estos "acuerdos bilaterales de inmunidad" ante el ER, gracias a la gestión y activismo de organizaciones no gubernamentales, se ha convertido en una especie de icono, "imagen social y de respeto a la Soberanía del Presidente" o bandera de reivindicación (como sucedió en Ecuador o México).

Presidentes como Vicente Fox en México, se vieron presionados por la crítica de medios y la opinión pública mexicana, (debido a su política exterior "pro estadounidense"). En este caso de los Estados Unidos Mexicanos, Fox se encontró "contra la pared". Luego con el regreso al poder del PRI, hasta el momento ha manifestado que no celebrará ningún acuerdo de inmunidad con EEUU, pero negocia constantemente, una posición media que le permita seguir obteniendo los fondos de asistencia económica y la aceptación del Gobierno de Washington.

Los países de América Latina se han manifestado reiteradamente a favor de la Corte Penal Internacional. 17 de los 21 países de nuestra región firmaron el ER y 14 lo han ratificado. Afortunadamente, la República del Ecuador ha resuelto, por ahora, no celebrar ningún acuerdo de inmunidad. Miembros de esa "América Latina del Norte" como Colombia, República Dominicana, El Salvador y Honduras, firmaron ya un "acuerdo bilateral de inmunidad" para ciudadanos de los EEUU. Colombia de manera más profunda, firmó el Plan Colombia, por iniciativa propia, y en ello incluyó la no extradición y entrega de soldados, funcionarios o ciudadanos estadounidenses que sean acusados de violaciones de derechos humanos, mientras cumplan tareas en suelo colombiano.

Otro punto muy importante para la representación de América Latina que es a la vez un triunfo del espacio regional y una compensación al impulso latinoamericano en su la lucha por la garantía de los derechos humanos y la jurisdicción penal internacional, fue la elección en la época pasada, de la jueza costarricense, Elizabeth Odio Benito, como Primera Vicepresidenta de la CPI; los Jueces de la Corte, Sylvia Steiner (Brasil) y René Blattmann (Bolivia); del Dr. Eduardo Hooft, (Argentina) elegido como Abogado Defensor ante la CPI, mediante candidatura presentada por la Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados; y sobretodo, la elección protagónica del Dr. Luis Moreno Ocampo (Argentina), quien el 6 de junio de 2003 tomó posesión del cargo de primer Fiscal Jefe de la CPI, después de haber sido elegido sin oposición por más de 70 países (hasta el 15 de junio de 2012).

CAPITULO V

LA EFECTIVIDAD EN EL EJERCICIO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI). Análisis de su ejercicio y vida desde la celebración del Estatuto de Roma y desde su entrada en vigor el 1 de julio de 2002

"En el mundo de las ciencias jurídicas, como en otros muchos, hay experiencias o intentos de experimentación que, aun fracasados, suponen un éxito enorme"[177]
(Dr. Alejandro J. Rodríguez Carrión, jurista español, en referencia a lo que el mundo contemporáneo ha conseguido con la creación de la CPI)

No cabe duda que, en estos últimos años, el mundo vive una etapa de tremenda violencia, intolerancia y riesgo de guerra en muchos rincones del planeta. Vivimos el resultado de la interacción de extremos puntos de vista y fanatismo, lo que ha desencadenado inestabilidad y fragmentación regional. Mucho se ha discutido sobre si deberían incluirse nuevos graves delitos internacionales, como perseguibles y condenables por la CPI, tales como el terrorismo, el narcotráfico, el tráfico de personas, etc. Sin embargo, actualmente nos seguimos limitando a los cuatro delitos señalados por el ER.

Desde la celebración del ER en 1998 y más aún desde la entrada en vigor de la CPI (el 1 de julio de 2002), muchas han sido las expectativas creadas entorno al ejercicio y efectividad de la Corte en su lucha contra la impunidad de atroces crímenes contra la humanidad. ¿Y, cómo medir la eficacia de la CPI y su lucha ante la impunidad? ¿Ha sido efectiva la creación de la CPI?

Como manifesté desde un principio, el fin de mi investigación es explicar una relación determinada de causalidad entre dos variables: una dependiente y otra independiente. Pienso que esta es la forma de evaluar la justa lucha contra la impunidad y la condena de los más graves y atroces delitos contra la humanidad. Es igualmente valorable la mejora

[177] Frase pronunciada por el Dr. Alejandro J. Rodrìguez Carriòn, en el lanzamiento del Libro "La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad". Barcelona, 2001.

en la evolución del derecho internacional penal, respecto a la justicia practicada por tribunales nacionales, tribunales ad hoc e híbridos ante los crímenes contra la humanidad.

La que he defendido como variable dependiente metodológicamente para mi investigación, puede ser una medida de analizar los logros o eficacia en el ejercicio y administración de justicia por la CPI. La existencia de una corte penal internacional permanente basada en el principio de "responsabilidad penal internacional del individuo" y la "jurisdicción penal internacional", como necesidad jurídica en el contexto mundial, es el pilar fundamental para lograr administración de justicia internacional y para combatir la impunidad de graves delitos internacionales cometidos por personas contra derechos fundamentales del hombre.

La que he escogido metodológicamente como variable independiente (la celebración de "acuerdos bilaterales de inmunidad" sobre el ER y el funcionamiento de la CPI), la analizaré más adelante, pues considero que es más idóneo el analizar primero lo que ha logrado la CPI en sí a partir del 2002 y lo que se dejó de lograr luego (análisis de comparación con la variable independiente) a través de los denominados "acuerdos de inmunidad".

Es decir primero analizaré el funcionamiento y eficacia de la CPI a partir del 2002, para luego centrarme en la hipótesis de investigación (*la celebración de acuerdos bilaterales de inmunidad sobre el ER, realizados entre Estados signatarios de este instrumento internacional, lesionan e impiden la existencia y funcionamiento de una corte penal internacional permanente y son contrarios al principio de responsabilidad penal internacional del individuo y a la jurisdicción penal internacional establecidos por el Estatuto".*

Para llegar a conclusiones efectivas desde el punto de vista metodológico, me guiaré analizando cada uno de mis objetivos de investigación planteados, dejando para el final los referentes a los acuerdos de inmunidad.

5.1. Análisis del ejercicio de la CPI desde el 2002. ¿Las medidas y fallos de la CPI administran justicia internacional en base a la jurisdicción penal internacional y la responsabilidad penal internacional del individuo? ¿Se ha logrado una lucha contra la impunidad frente al grave cometimiento de crímenes contra la humanidad?

Desde el 17 de julio de 1998, fecha en que se aprobó el ER sobre el establecimiento de una CPI mediante la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, las ciencias jurídicas y el derecho internacional tuvieron un cambio (y un aporte) significativo. El cambio ha tenido igualmente, barreras y complicaciones, y por ello, la denominación de "intentos de experimentación" y posiblemente "fracasados". Quizá no se pudo incluir todo lo que se había discutido en los debates previos al ER, pero también se logró un documento muy cauteloso y aplicable. El primer paso para lograr jurisdicción penal internacional.

A partir del 2002, fecha de entrada en vigor de la CPI, comenzó a funcionar una corte permanente, tal como lo hacen los tribunales nacionales. Sin embargo, en este caso los miembros y funcionarios de administración de justicia, eran todos renombrados e intachables juristas y jueces seleccionados de entre todos los rincones de la tierra. Esto garantizaba en parte que por lo menos se había seleccionado a los más comprometidos profesionales con la justicia internacional. Y las expectativas internacionales eran y son enormes hasta hoy, para la **lucha contra la impunidad** y **para garantizar el debido proceso de los imputados.**

Brevemente analicemos el funcionamiento de la CPI. La estructura de la Corte está compuesta por una Presidencia, integrada por tres magistrados; la División Judicial con tres secciones (Casos Preliminares o de Pre-Juzgamiento, Primera Instancia y Apelaciones) a cargo de 18 jueces. Existe adicionalmente la Oficina del Fiscal y el Registro. Conocemos que el Fiscal de la CPI (Prosecutor)[178] puede de oficio iniciar o investigar procesos ante la CPI. El Presidente actual de la CPI es el juez Sang-Hyun Song, de Corea del Sur, y el de Fiscal de la CPI es, Fatou Bensouda, nacional del Estado africano de Gambia. Según datos

[178] Palabra utilizada en diversa bibliografía, que hace referencia al término que define al Fiscal en los países anglosajones y en la palabra de lengua inglesa.

de la propia CPI, aproximadamente 700 personas de 90 países trabajan para la Corte, que cuenta con 6 oficinas en La Haya, Países Bajos.[179]

En sus más de trece años de existencia, "la CPI se ha convertido en una institución plenamente funcional".[180] Basados ya en la idea de la jurisdicción penal internacional, que es plasmada y real gracias a la CPI, hasta la fecha de hoy, año 2015, se han revisado 23 casos, con 9 situaciones diferentes. Se ha dictado 26 órdenes de arresto y en la actualidad la Oficina del Fiscal desarrolla 8 investigaciones principales y 8 exámenes preliminares. 5 casos están en fase judicial y 2 en fase de apelación luego de haberse dictado sentencia.[181]

Un primer paso importante es el haber realizado la CPI una distinción práctica entre términos que se consideraban sinónimos hasta hace poco. El de "jurisdicción penal internacional" y el de "justicia universal". Más que una definición, se ha realizado una distinción en la práctica. Así, se ha aclarado que justicia universal es aquella institución que daría comptencia a los jueces nacionales de países cuyo marco constitucional les permite, a perseguir, juzgar y sancionar a los sujetos activos de graves crímenes contra la humanidad (dentro de su territorio).

En ciertos casos, es necesario que las víctimas de los delitos cometidos sean nacionales del Estado que permite su juzgamiento (caso del Reino de España) mientras que, en otros casos, la constitución nacional permite la investigación y persecución en cualquier punto del mundo, para juzgamiento y sanción en su territorio de ciudadanos de cualquier país, siempre y cuando se lesionen los intereses y valores jurídicos que este Estado protege, reconoce y garantiza bajo el marco jurídico de su constitución (ej. caso de los EEUU y del Estado de Israel).

Es desde mi punto de vista, tan evidente que se ha alcanzado justicia internacional y logrado plasmar la práctica de una jurisdicción penal internacional que, pese al esfuerzo y lobby de diversos países para bloquear el ejercicio y actuación de la CPI, otros países han optado por adherirse al ER, quizá al reconocer los fallos y logros alcanzados. Este es el caso del

[179] www.icc.org
[180] Ibid.
[181] Información otorgada a mi persona directamente en las oficinas de la CPI. La Haya, octubre 2015.

Estado Palestino que el 1 de enero de 2015, su gobierno redactó una declaración aceptando la jurisdicción de la CPI, por todos los crímenes cometidos desde el 13 de junio de 2015, y que se cometan a futuro en el territorio ocupado de Palestina, incluyendo Jerusalén. Esta declaración se realizó basándose en el artículo 12 del ER para aceptar la jurisdicción internacional penal de la CPI. El 2 de enero 2015, el Gobierno de Palestina accedió al ER plenamente, mediante depósito de un instrumento internacional de anexión, dirigido al Secretario General de la ONU, Ban Ki-Moon. Este procedimiento diplomático convirtió a Palestina en el Estado 122 en formar parte del ER. Si bien, el objetivo aparente de Palestina es juzgar los crímenes que cometieron y cometan ciudadanos israelitas, Palestina estaría aceptando mediante el documento, la competencia de la CPI para juzgar el cometimiento de delitos por parte de ciudadanos palestinos o de otras nacionalidades, en territorios ocupados, así sean estos cometidos a nombre de los objetivos del Estado de Palestina.

La CPI sin duda alguna ha logrado establecer la responsabilidad penal del individuo en sus medidas y decisiones desde el 2002. Es claro que hoy la conciencia de la comunidad internacional reconoce y confía en la competencia y jurisdicción penal internacional de la Corte. Así, podemos reconocer que, aunque paso a paso y con todas las dificultades propias de un tribunal internacional para juzgar crímenes de gravedad, se ha logrado impartir justicia. Varios de los presuntos sujetos activos de delitos, procesados (e incluso ya sancionados) son líderes y gobernantes, y lo que presenta a futuro una advertencia a dirigentes prepotentes antes de cometer atrocidades. Desde esta perspectiva, analizaré las principales gestiones y acciones (según mi criterio) de la CPI.

Es importante para mí, el resaltar que la República del Ecuador ha ratificado todos los instrumentos internacionales reguladores de los crímenes de los que conoce la CPI y ha apoyado firmemente la labor de la Corte desde la entrada en vigor del ER. Del mismo modo, ha reconocido y apoyado oficialmente la labor de la CPI, así como todas sus medidas y fallos hasta el momento.

5.2. Casos relevantes

Como he mencionado anteriormente, fundamentándose en la jurisdicción penal internacional, la CPI ha dictado desde el 2006 (año en que se dictó la primera), 26 órdenes

de arresto. Sin embargo, anteriormente, desde el año 2003 la CPI ya comenzaría a realizar las primeras investigaciones y gestiones.

Recordemos que la Corte puede ejercer su competencia sobre una situación donde se ha cometido un delito establecido por el ER "sólo si el Estado en donde se cometió el crimen (competencia territorial) o el Estado de nacionalidad del acusado (competencia activa de nacionalidad) es parte al Estatuto."[182] Los Estados que no forman parte del ER pueden aceptar la jurisdicción de la CPI sobre una base ad hoc, explícitamente. En esta forma se han dirigido procesos provenientes por ejemplo de Camboya y Sierra Leona, los mismos que fueron presentados ante tribunales híbridos (ante tribunal nacional e internacional especial ad hoc). Igualmente, el Estado Palestino ha procedido a presentar una denuncia este año (2015), por responsabilidad penal de individuos sujeto activo de graves crímenes, cometidos en territorio ocupado, tal como presentamos en el punto anterior.

Recordemos también otra forma de presentar una demanda es cuando un asunto es remitido por orden del Consejo de Seguridad de la ONU, donde la CPI tendrá jurisdicción penal internacional sobre el caso, sin importar si el Estado en cuestión es parte o no del ER.

Por su función y estructura, la Corte debe enfrentar y controlar diversos casos y situaciones, cada uno de ellos con diversos acusados, testigos, víctimas y riesgos. Desde junio de 2003, la Fiscalía de la CPI ha recibido y analizado información sobre diversos crímenes presuntamente cometidos en diferentes conflictos de todo el mundo. Como he dicho, conforme al tratado fundacional de la CPI (es decir el ER) a partir de denuncias presentadas por Estados parte, por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, o de oficio (denominado "motus proprio") por la Fiscalía de la CPI[183], la Corte ha iniciado diversas investigaciones.

El "motus proprio" es consecuencia generalmente de denuncias de organizaciones, asociaciones, partidos políticos, y ONG en general. Las investigaciones de la Fiscalía, con este orígen han gestado demandas judiciales, donde la Fiscalía desarrolla 8 investigaciones

[182] www.icc.org
[183] En el caso de "motus proprio", es necesaria la formalidad de la autorización previa de los jueces de la CPI.

principales y 8 exámenes preliminares; estando 5 casos en fase judicial (todos ellos basados en la existencia de responsabilidad penal de individuos).

Adicionalmente se han dictado ya dos sentencias, por la situación en la República Democrática del Congo, en demandas presentadas directamente ante la CPI por parte de laRD del Congo (caso Lubanga y caso Katanga). La propia CPI ha investigado, procesado y resuelto los casos por sí misma. De otro modo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remitió a la CPI un caso sobre la situación en Sierra Leona, por un caso presentado anteriormente en un tribunal híbrido-especial (Tribunal Especial de Sierra Leona), es decir, no ante la CPI. Sin embargo, se ha remitido su fase de apelación de sentencia y condena a la CPI en La Haya. El caso Lubanga y el caso de Sierra Leona, se encuentran hoy (año 2015) en fase de apelación.

La Fiscalía de la CPI desarrolla actualmente ocho investigaciones principales sobre ocho (8) situaciones en diversos países, que enumero a continuación:

a) Remitidos por Estados Parte del ER:
   Por delitos cometidos en la **República Democrática del Congo (RDC)** en **Uganda**, en la **República Centro Africana** y, en **Mali**;
b) Presentados por orden del Consejo de Seguridad de la ONU:
   Por delitos cometidos en **Darfur/Sudán** y en **Libia;**
c) Iniciadas de oficio (iniciativa Fiscal "motus proprio") autorizada por los jueces de la CPI:
   Por crímenes graves cometidos en **Kenia** y en **Costa de Marfil**.

Ha decir de la catedrática Araceli Mangas Martín[184], la CPI para cumplir con su mandato, jurídicamente debe defender la jurisdicción penal internacional y administrativamente, deberá "alcanzar los más altos estándares de independencia, efectividad y justicia, tal como lo espera la comunidad internacional."[185]

[184] Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Entrevista personal octubre 2015.
[185] Declaración realizada por la catedrática de la Universidad Complutense de Madrid. Entrevista personal julio 2014.

Según la ONG "ICCNOW", la Fiscalía de la CPI está analizando un mínimo de ocho situaciones en cuatro continentes, entre ellas, **Afganistán, Colombia, Georgia, Guinea, Honduras, Iraq, Nigeria, la República de Corea del Sur y Ucrania**, y un caso del archipiélado de **Comoras**.[186] Igualmente, la Fiscalía ha anunciado las conclusiones de exámenes preliminares por presuntos crímenes cometidos en **Palestina, Iraq, Venezuela y la República de Corea del Sur**. El caso de Iraq fue reabierto, luego de haber tenido una conclusión judicial en el año 2006. De este modo, en mayo del 2014 se reabre el caso y su examen preliminar, al recibir la Fiscalía nuevas evidencias sobre crímenes cometidos en aquél país.

Entre los casos más relevantes (que analizaré brevemente más adelante) podemos encontrar el de Darfur/Sudán que como he mencionado, fue el primer caso presentado ante la CPI por orden del Consejo de Seguridad de la ONU. Así, el 4 de marzo de 2009, la Corte dictó orden de arresto contra el presidente sudanés, Omar al Bachir, por crímenes de guerra y lesa humanidad perpetrados contra la población civil de la región de Darfur entre abril de 2003 y julio de 2008. Además de ser el primer caso presentado por el Consejo de Seguridad, fue la primera orden de prisión dictada contra un presidente en ejercicio.

De este mismo modo, presentada una denuncia por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, la CPI investiga y dicta orden de detención en el 2009 ante un segundo Jefe de Estado en el poder. Este es el caso contra crímenes cometidos por el líder libio Muamar Al-Gadafi. Este caso fue archivado luego que Gadafi fuera asesinado durante la revuelta de Libia, en octubre de 2011, dentro de la denominada "Primavera Árabe".

Quizá el caso más relevante presentado ante la CPI, es el denominado "Caso Lubanga", pues es también el caso en el que la Corte ha dictado su **Primera Sentencia**. Esta sentencia, denominada como SPI I, fue dictada el 10 de julio de 2012, y es hasta hoy la única sentencia condenatoria hasta la fecha, de un proceso presentado desde un inicio ante la CPI. En este caso, la Corte ha impuesto al ciudadano Thomas Lubanga, una pena de 14 años de prisión por el reclutamiento y utilización de "Niños Soldado" en la región de Ituri, República Democrática del Congo. Estos crímenes fueron cometidos entre septiembre de

[186] Dato publicado por la ONG "ICCNOW". www.iccnow.org

2002 y agosto de 2003. En la actualidad, la sentencia ha sido recurrida, y el recurso está siendo examinado por la sala de apelación. Este caso será analizado más adelante y de manera más profunda, por mi investigación.

Posteriormente al caso Lubanga, se llevó la ejecución de una sentencia y presentada su apelación ante la CPI, por el denominado "Caso Taylor", debido a que se juzga al antiguo presidente de Liberia, Charles Taylor. Este caso es sui generis, ya que fue presentado ante un tribunal híbrido, el Tribunal Especial para Sierra Leona, y su fase de condena, demás de la apelación de la sentencia, han sido presentados ante la CPI. Taylor fue condenado en mayo de 2012 por el Tribunal Especial de Sierra Leona a 50 años de prisión. Recordemos que la CPI tiene como pena máxima 30 años de prisión, por lo que hay varias interrogantes sobre este proceso. Tanto Lubanga como Taylor se encuentran detenidos en los locales de la CPI bajo su custodia en la Haya.

5.2.1. La situación sobre Uganda

El caso de la situación en Uganda se encuentra entre los últimos casos con un número mayor de acusados y con un enorme número de atrocidades cometidas, ya que se considera uno de los más sangrientos conflictos de África. El proceso en sí, se inició el 2005, comenzando la investigación por parte del Consejo de Seguridad en el año 2002, pero remitido a solicitud de Uganda a la CPI, apenas ese año. Se juzga hasta nuestros días el accionar del movimiento extremo "Lord's Resistance Army" (LRA) o "Ejército de Resistencia del Señor", grupo armado en la República de Uganda, donde sus dirigentes y miembros fueron acusados ante la CPI por una serie de delitos que van desde crímenes de lesa humanidad, violaciones a enemigos y sociedad civil, esclavitud sexual de adultos y menores, tratamientos crueles a civiles, torturas indescriptibles, ataques forzosos a la población civil, utilización de niños soldado, etc. Del amplio número de acusados, apenas se ha dictado órdenes de prisión contra cinco miembros de alto rango y dirigentes del grupo LRA. En este conflicto, algunos sospechosos siguen en libertad, esperándose dictar una orden de detención sobre ellos.

Dentro de la situación en Uganda, bajo órdenes de su autoproclamado líder espiritual, Joseph Kony, se han cometido graves delitos como secuestro de personas, masacres y el

uso de entre 20 000 y 30 000 niños soldado y menores utilizados como esclavos sexuales. Se calcula que, desde su fundación en 1987, el LRA ha secuestrado a esos cerca de 20 000 a 30 000 niños que son utilizados como soldados y esclavos sexuales, que además fueron forzosamente desplazados a campos de entrenamiento en el sur de Sudán.

Las principales víctimas de este grupo armado son de etnia acholi (habitantes de la región de Acholilandia, Uganda norte), una zona en la actualidad atacada por epidemias, desnutrición y pobreza, con más de 2´000 000 de desplazados y refugiados. Se calcula que el costo acumulado del conflicto asciende a 1300 millones USD equivalentes al 3 % del PGB de Uganda

A solicitud de Uganda, el fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, "tomó conocimiento de las graves denuncias sobre violaciones al Derecho Internacional Humanitario", emitiéndose las primeras órdenes internacionales de búsqueda en contra de los principales dirigentes del ERS.

En la situación de Uganda, los casos más relevantes son: "Fiscalía vs. Joseph Kony y Vincent Otti", y el caso "Fiscalía vs. Dominic Ongwen". En la actualidad estos dos casos se encuentran analizados en etapa Preliminar o de Pre-Juzgamiento, ante la Segunda Sala o Cámara de la CPI. Otros dos procesos iniciados, fueron suspendidos y terminados ante la muerte de sus acusados: Raska Lukwiya y Okot Odhiambo.

El 16 de enero de 2015, se capturó y llevó a prisión al Centro de Detención de la CPI en La Haya para investigación, a Dominic Ongwen, número dos de la agrupación LRA. Se inicia un proceso contra éste, el 21 de enero de 2015. La apertura del proceso y confirmación de cargos en contra de Ongwen se dieron el 26 de enero del mismo año, mientras el 6 febrero de 2015, ha comenzado la etapa Preliminar o de Pre-juzgamiento en conexión con el caso Kony. Se espera la confirmación de audiencias para el 21 de enero del 2016, permaneciendo los acusados Joseph Kony y Vincent Otti (otro de los líderes de LRA) en libertad.

En este caso, basándose plenamente en la jurisdicción penal internacional y la responsabilidad penal del individuo, se emitieron las órdenes de captura y detención de los líderes del LRA, que fueron respetadas y gestadas a nivel internacional, bajo tales términos.

5.2.2. La situación en Darfur/Sudán

Los problemas en Sudán desde hace unos años, son tan intensos y graves, que llevaron inclusive a la división del país, territorial y políticamente. Esta situación no está exenta de violaciones a derechos humanos, ni de los más atroces delitos en territorio sudanés. La CPI ha identificado cinco casos en Darfur, siendo éstos los siguientes:

"Fiscalía vs. Ahmad Muhammad Harun (Ahmad Harun) y Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (Ali Kushayb)", el caso de "Fiscalía vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir", el de la "Fiscalía vs. Bahar Idriss Abu Garda y Al Jerbo", el caso de la "Fiscalía vs. Abdallah Banda Abakaer Nourain" y, por último, el caso de la "Fiscalía vs Abdel Raheem Muhammad Hussein".

En el caso de Abu Garda, se publicó una citación que llevó a que el acusado se presente voluntariamente ante la CPI, el 18 de mayo de 2009. Luego de escuchar la confirmación de los cargos y su consecuente defensa, la CPI declinó de confirmar los casos, dejando libre y sin custodia a Abu Garda.

En todos los casos investigados, los delitos generalizados son masacres hacia rebeldes y civiles, violaciones y esclavitud sexual, lesa humanidad y secuestro, etc. En los casos de Harun, Ali Kushayb, Al Bashir y Muhammad Hussein, la Sala Preliminar Primera de la CPI ha dictado órdenes de arresto para todos los antes mencionados, pero los cuatro sospechosos permanecen prófugos.

Se dictaron en lo posterior (17 de junio 2010) dos nuevas citaciones para Banda y Jerbo quienes fueron acusados en este caso, por crímenes de guerra. La audiencia de confirmación de cargos se realiza el 8 de diciembre de 2010, investigando los casos y deliberándose hasta el 7 de marzo de 2011 en que se confirman unánimemente los cargos por crímenes de guerra contra ambos acusados, llevándolos a juicio. Se dictan órdenes de captura y detención a nivel mundial, basados en la responsabilidad penal internacional de

estos individuos. El 4 de octubre del 2013, se suspende el juicio contra Jerbo, ya que se confirma su muerte[187]. El 11 de septiembre de 2014 la Sala IV de la CPI dicta orden de prisión a nivel mundial contra Banda, para proseguir con su juicio, sospechándose que el presunto acusado permanece en Sudán.

5.2.3. La situación en la República Centroafricana

En la situación presentada en por la República Centroafricana, tenemos el caso entre la "Fiscalía vs Jean-Pierre Bemba Gombo", igualmente reconociéndose la responsabilidad penal internacional del imputado (y posteriormente, de otros imputados, resultado de la investigación de la fiscalía). Los procesos en los casos de la Fiscalía vs Jean-Pierre Bemba Gombo y versus Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu, y Narcisse Arido, han comenzado formalmente el 2015 (29 de septiembre). Es un caso complejo, ya que por un lado existe un proceso contra Jean-Pierre Bemba Gombo, líder del "Movimiento para la Liberación del Congo" (MLC), grupo rebelde armado, por presuntos crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Y, por otro lado, se presenta el caso de otros imputados por falsificación de pruebas y soborno a testigos en el propio caso de Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba Gombo".

Adicionalmente, se da el reconocimiento expreso de la responsabilidad penal internacional de Bemba Gombo en todos los casos y por crímenes cometidos en el año 2002 contra civiles en la República Centroafricana. Aquel año, el Presidente de la República Centroafricana, Ange-Félix Patassé invitó al MLC a interferir en su país para deponer un intento de golpe de estado. Los resultados, fueron presuntas masacres y violaciones contra derechos humanos dentro del conflicto centroafricano, que según acusación de organizaciones activistas de DDHH, se cometieron al mando de Bemba Gombo por la MLC contra civiles en la República Centroafricana.

La situación de la República Centroafricana (RCA) representa la tercera remisión realizada al Fiscal por un Estado Parte luego de las remisiones de Uganda y la República Democrática del Congo. La República Centroafricana envió el caso ante la CPI, el 22 de diciembre de 2004. Las investigaciones del Fiscal comenzaron el 22 de mayo de 2007 y

[187] La muerte de Jerbo aconteció el 19 de abril del 2013

el 24 de febrero de 2014, la Fiscalía "abrió un nuevo examen preliminar sobre la situación en la RCA desde septiembre de 2012, asegurando que los supuesto crímenes cometidos no concordaban con los crímenes que ya estaban siendo investigados tras diciembre de 2004 según las autoridades de la RCA."[188]El juicio de Bemba comenzó el 22 de noviembre de 2010. En noviembre de 2013, la defensa concluyó su presentación del caso. Está pendiente la situación de la decisión judicial.

Es importante recalcar que Bemba Gombo fue uno de los vicepresidentes de la República Centroafricana en aquellos años, y tenía pleno control sobre las tropas de MLC, por ello las acusaciones en contra de él sobre c supuestos crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

Por solicitud de la CPI, autoridades de la República Centroafricana, Países Bajos, Bélgica y Francia, arrestaron a diferentes miembros de la MLC, y asesores de Bemba Gombo. Estos miembros son: Aimé Kilolo-Musamba, (jefe de equipo de defensa de Bemba); Fidèle Babala Wandu, ex Secretario General del grupo de Bemba de MLC, Narcisse Arido (testigo de la defensa en el caso Bemba) y Jean-Jaques Mangenda Kabongo (colaborador en defensa de Bemba y Musamba) por acusación de presentar pruebas, documentos falsos y de sobornar testigos en el juicio de Bemba, siendo éste el principal acusado de dirigir esos actos.

La Sala Segunda de Juzgamiento lleva el proceso y ha confirmado los cargos. El 11 de julio de 2014, la Cámara de Apelaciones rechazó por mayoría, las apelaciones de Aimé Kilolo Musamba, Fidèle Babala Wandu y Jean-Jacques Mangenda Kabongo contra la decisión de la Sala Segunda, de 14 y 17 de marzo de 2014. Igualmente, rechazó sus solicitudes de concesión de libertad provisional.

La Corte de Bangui, República Centroafricana, mediante fallo ante estas acusaciones (años antes) estableció que la República no tenía suficiente capacidad para perseguir los casos cometidos en delitos contra la humanidad y crímenes de guerra, remitiendo los casos a la CPI por crímenes cometidos en territorio centroafricano (casos cometidos a partir del 2002,

[188] Información conseguida a través de www.iccnow.org

fecha del inicio de la vigencia del ER). A ese fallo, se presentó Recurso de Casación y la CPI esperó el fallo para adentrar investigaciones. El Fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, anunció en mayo 2007, el comienzo de una cuarta investigación sobre crímenes presuntamente cometidos en territorio centroafricano durante los años 2002 y 2003, y enfocados principalmente en crímenes de violencia sexual, "refiriéndose a cientos de víctimas de violación y otros abusos cometidos con particular crueldad".[189] Son delitos de índole sexual, y en mayor número que los cientos de asesinatos.

El 30 de mayo de 2014, el Gobierno de la República Centroafricana presenta una nueva denuncia por crímenes contra la humanidad cometidos en revueltas políticas a partir de agosto 2012. El 24 de septiembre de 2014 después de profundas investigaciones, la oficina del Fiscal de la CPI anunció la apertura de una segunda investigación sobre nuevos crímenes contra la humanidad cometidos el 2012, los mismos que son actualmente analizados por la Segunda Sala de la CPI.

5.2.4. La situación en la República de Kenia

El 31 de marzo de 2010, la Fiscalía de la CPI mediante decisión de Preliminar autorizada por los jueces de la Corte, procede a abrir una investigación *proprio motu* sobre asuntos acontecidos en Kenia, Estado parte del ER desde 2005. Así, se dictan citaciones el 8 de marzo de 2011 contra seis ciudadanos kenianos que se presentan voluntariamente el 7 y 8 de abril de 2011.

La confirmación de cargos se realizó en septiembre 2011, por parte de la Fiscalía contra William Samoei y Joshua Arap Sang, y días después contra Uhuru Muigai Kenyatta. En el mes de enero 2012, luego de profundas investigaciones los magistrados de la Sala Tercera de la CPI declinaron la confirmación de los cargos en contra de Henry Kiprono Kosgey y Mohammed Hussein Ali, pero por otro lado la Sala Segunda de la CPI confirmó los cargos y acusaciones que recaían sobre William Samoei Ruto, Joshua Arap Sang, Francis Kirimi Muthaura y Uhuru Muigai Kenyatta. La Corte lleva a juicio a los acusados el 10 de septiembre de 2013. El 18 de marzo 2013, se levantan los cargos contra Francis

[189] www.icc.org

Kirimi Muthaura argumentando la falta de responsabilidad penal internacional de este individuo.

La Sala Quinta de la CPI en etapa Preliminar, decide suspender los cargos presentados por la Fiscalía vs Uhuru Muigai Kenyatta, cargos que fueron levantados el 13 de marzo de 2015. No se encuentró responsabilidad penal internacional del individuo sobre los cargos presentados y, por el contrario, se confirma la orden de arresto contra otros investigados conexos (investigados desde agosto 2013), principalmente, contra Walter Osapiri Barasa, por ofensas contra la administración de justicia, por corrupción, intimidación y soborno a testigos de los casos sobre el asunto en Kenia. La Sala Segunda de la CPI, en etapa Preliminar, dicta orden de arresto en marzo de 2015, contra Paul Gicheru y Philip Kipkoech Bett, igualmente por ofensas contra la administración de justicia, corrupción e intento de intimidación a testigos de casos sobre Kenia.

Desde mi punto de vista, la CPI demuestra fundamentada en la **jurisdicción penal internacional,** su competencia para juzgar además de los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, los casos de ofensa hacia la administración de justicia, sobornos, corrupción, e influencia sobre testigos; plasmando una vez más, esta institución en derecho internacional y garantizando la protección de los DDHH y del Derecho Humanitario.

5.2.5. La situación en Libia

El 26 de febrero de 2011, el Consejo de Seguridad de la ONU decide unánimemente referir la situación de Libia a la CPI por graves violaciones a derechos humanos cometidas meses atrás. La Fiscalía de la CPI, anuncia su decisión de abrir investigación sobre la situación en Libia, asignando la Presidencia de la CPI, el caso a la Sala Primera de la Corte.

El 27 de junio de 2011, en etapa Preliminar, la Sala Primera de la CPI dicta orden de arresto contra el Presidente Libio, Muamar Abu Minyar Gadafi, contra su hijo, Saif Al-Islam Gadafi, y contra su asesor Abdullah Al-Senussi por crímenes contra la humanidad consistentes en asesinatos y persecuciones cometidos entre el 15 y el 28 de febrero de 2011, mediante el aparato estatal y las fuerzas de seguridad libias. El 22 de noviembre de 2011, se suspenden investigaciones y de apertura de proceso contra el líder libio Muamar Gadafi,

por el asesinato de éste a manos de rebeldes. Los dos otros acusados no se encuentran por el momento bajo custodia de la CPI.

El 31 de mayo de 2013, la Sala Primera de la CPI, en etapa Preliminar, rechaza la demanda del Gobierno de Libia para dar admisibilidad al caso en contra de Saif Al Islam Gadafi y recuerda a Libia su obligación a obedecer la decisión de la corte para perseguir los delitos de lesa humanidad (basados en jurisdicción penal internacional). Sugiere que se juzgue el caso en tribunal nacional por otros delitos que podrían dar responsabilidad penal al acusado, más no por responsabilidad penal internacional sobre los cargos dela demanda.

El 21 de mayo de 2014 la Corte de Apelación de la CPI declara admisible el caso de Saif Al-Islam Gadafi ante la CPI.

El 11 de septiembre de 2013, la Sala Primera de la CPI en etapa de Pre-Juzgamiento, decide que el caso en contra de Abdullah Al-Senussi es inadmisible ante la CPI, y que las acusaciones sobre este deberán ser conducidas mediante proceso doméstico en los tribunales libios. El 24 de julio de 2014, la Sala de Apelaciones confirma unánimemente esta decisión de la Sala Primera, declarando el caso contra Abdullah Al-Senussi inadmisible ante la CPI.

5.2.6. La situación sobre Costa de Marfil

El 3 de octubre de 2011, la Sala Tercera de la CPI, en etapa Preliminar, autoriza a la Fiscalía, la solicitud para abrir investigaciones *proprio motu* por la situación sobre Costa de Marfil. Costa de Marfil no fue parte del ER mientras se cometieron los delitos y graves crímenes contra la humanidad denunciados. Costa de Marfil se adhiere al ER el 14 de diciembre 2010 y el 3 de mayo 2011, ratificando el instrumento y la jurisdicción de la CPI el 15 de febrero de 2013.

Una vez autorizada la acción del Fiscal para iniciar un proceso *proprio motu* en la situación de Costa de Marfil, por crímenes cometidos desde el 19 de septiembre de 2002 hasta noviembre de 2010, se acusa a Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé por delitos contra la humanidad. Estos crímenes son: asesinato, violación, actos inhumanos, intentos de asesinato y persecuciones. Estos actos fueron realizados dentro de la etapa post-electoral,

de forma violenta entre el 16 de diciembre 2010 y abril 2011. Los cargos a los acusados fueron confirmados el 12 de junio de 2014; y, el 11 de diciembre de 2014, el juicio fue asignado a la Sala Primera de etapa de Juicio. El 11 de marzo de 2015, la Sala concurre los dos casos para dar eficiencia y economía a los procesos. La apertura de los procesos contra Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé se ha previsto para el 28 de enero de 2016. Mientras tanto, los dos acusados se encuentran detenidos y bajo custodia de la CPI.

El 22 de noviembre de 2012, la Sala Primera en etapa Preliminar, decide levantar una orden de arresto contra Simone Gbagbo, esposa de Laurent Gbagbo por cuatro crímenes contra la humanidad, cometidos en Costa de Marfil (entre el 16 de diciembre de 2010 y el 12 abril de 2011). La Sala de Apelaciones de la ICC confirma la orden de arresto e investigación contra la Sra. Gbagbo, declarando admisible el caso ante la CPI. La Sra. Gbagbo por el momento no se encuentra detenida ni bajo custodia de la CPI.

5.2.7. La situación en Mali

El 16 de enero de 2013, la Fiscalía de la CPI, abre una investigación sobre crímenes cometidos en el territorio de Mali, desde enero de 2012. La denuncia fue presentada ante la CPI por el Gobierno de Mali, el 13 de julio de 2012. Después de un minucioso reconocimiento preliminar de la situación, la Fiscalía determinó que había suficientes indicios para abrir una investigación formal hacia un posible proceso, sobre violación de derechos humanos, crímenes de guerra y lesa humanidad. El proceso fue dirigido a la Sala Primera en la etapa Preliminar. El 18 de septiembre de 2015, la Corte dicta orden de captura para Ahmad Al Faqi Al Mahdi, siendo capturado y transferido bajo custodia de la CPI, el 26 de septiembre de 2015. Al Faqi, es acusado de crímenes de guerra, por haber dirigido intencionalmente ataques contra monumentos históricos y edificios dedicados a culto y religión, incluyendo nueve mausoleos y una mezquita en Timbuktu, Mali.

La primera aparición de Al Faqi Al Mahdi ante la CPI tomó lugar el 30 de septiembre de 2015, esperando confirmarse la fecha provisional para presentación de cargos el 18 de enero de 2016. Igualmente se ratifica en el proceso la figura de la responsabilidad penal internacional del individuo, en este caso, Al Faqi Al Mahdi.

5.2.8. La situación sobre la República Democrática del Congo

La situación sobre la República Democrática del Congo además de la gravedad de los delitos cometidos en esta república, es de particular importancia, ya que es la situación que, dentro de sus casos, ha llevado a la CPI a dictar **la primera sentencia** de la Corte. Por esto, este es el caso quizá más relevante en cuanto al análisis jurídico que podría hacerse hasta el momento.

A la primera sentencia, le sucedió otra más, las mismas que se encuentran en proceso de apelación ante la CPI. Reflejan ambas, los resultados de un largo proceso judicial, pero también un proceso diplomático que se inició con los análisis para la creación de una CPI y la consecuente firma del ER. Son la conclusión de un anhelado objetivo de la comunidad internacional por que se imparta justicia internacional ante casos de gravísima violación de DDHH. La primera sentencia es igualmente la consagración y confirmación de las instituciones jurídicas de la "responsabilidad penal internacional del individuo" y de "la jurisdicción penal internacional".

Los casos que se demandaron ante la CPI por la situación en la República Democrática del Congo, fueron los siguientes: "Fiscalía vs Thomas Lubanga Dyilo", "Fiscalía vs Bosco Ntaganda", "Fiscalía vs Germain Katanga", "Fiscalía vs Mathieu Ngudjolo Chui", "Fiscalía vs Callixte Mbarushimana" y "Fiscalía vs Sylvestre Mudacumura".

La solicitud del inicio de la investigación de la situación en la República Democrática del Congo fue presentada por la propia R.D Congo, como Estado parte del ER. El primer caso presentado fue ante Thomas Lubanga Dyilo (de ahora en adelante lo mencionaremos como "Caso Lubanga").

Los acusados y presuntos sujetos activos de delitos perseguibles ante la CPI, Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga y Bosco Ntaganda se encuentran en custodia y prisión ante la CPI. No así el caso de Sylvestre Mudacumura que continúa en libertad, o de Mathieu Ngudjolo Chui y Callixte Mbarushimana, que fueron relevados de sus cargos por la CPI.

El proceso contra Lubanga Dyilo declaró culpable al acusado, mediante decisión de la Sala Primera de la CPI, el 14 de marzo de 2012. El proceso comenzó el 26 de enero de 2009, y el 10 de julio de 2012, la CPI dicta la primera sentencia en su historia de vida de ejercicio como corte penal internacional permanente. Esta decisión por parte de la CPI, sentencia a Lubanga Dyilo a un total de 14 años de prisión por atroces delitos cometidos en la República Democrática del Congo.

El 1 de diciembre de 2014, la Sala de Apelaciones de la CPI confirma por mayoría, el veredicto que declara a Lubanga culpable y la decisión de condenarlo a 14 años de prisión. El 7 de agosto de 2012, la Sala Primera de la CPI dicta una decisión mediante la cual se establecen los principios y el proceso a implementarse para la reparación de las víctimas en el caso Lubanga. El 3 de marzo de 2015, la Sala de Apelaciones de la CPI enmienda la orden de reparación dictada por la Sala Primera en agosto 2012 y solicita la creación de un proyecto de implementación de un "Fondo para las Víctimas" de la situación en RD Congo y de un plan colectivo de reparaciones para ellas. Este proyecto fue en efecto presentado en el mes de septiembre 2015, esperándose su aprobación final en los próximos días, por parte de la CPI.

Los procesos contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui comenzaron el 24 de noviembre de 2009. El 21 de noviembre de 2012 la Sala Segunda de la CPI, decidió revisar los cargos contra los dos acusados, más el 18 de diciembre 2012, relevó a Mathieu Ngudjolo Chui de sus cargos por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Ordena de inmediato, la conclusión del proceso y su inmediata libertad. El 21 de diciembre de 2012, Ngudjolo Chui fue puesto en libertad. La Fiscalía apeló el veredicto de la Sala Segunda por absolución de cargos a Ngudjolo Chui, pero el 27 de febrero de 2015, la Sala de Apelaciones de la CPI confirmó la decisión de relevar de sus cargos por delitos contra la humanidad a Mathieu Ngudjolo Chui.

El 7 de marzo 2014, la Sala Segunda de la CPI encontró culpable de un delito contra la humanidad (asesinato) y cuatro crímenes de Guerra (asesinato, ataques a población civil, destrucción de propiedad y saqueos), de acuerdo al artículo 25 del ER por actos cometidos el 24 de febrero de 2003 mediante ataques a la población de Bogoro, distrito de Ituri en la

República Democrática del Congo. La Sala Segunda relevó a Katanga de otros cargos presentados contra él.

El 23 de mayo 2014, se condena a Germain Katanga a un total de 12 años de prisión. La Fiscalía y la Defensa de Katanga han desistido de presentar apelaciones por lo que la sentencia es actualmente final y en firme. Cabe mencionar que tanto a Katanga como a Lubanga, la CPI descuenta los años de su condena total, la prisión por los años de detención para investigación y juzgamiento que permanecieron en la cárcel de la CPI desde 2007 hasta la fecha de las sentencias. En el caso Katanga, la decisión sobre posibles reparaciones a las víctimas se espera que sean dictadas en los próximos meses 2016.

En el caso de la "Fiscalía vs Callixte Mbaruchimana" se presentó confirmación de cargos entre el 16 y 21 de septiembre 20011. El 16 de diciembre de 2011, la Sala Primera en etapa Preliminar, por mayoría, decide declinar la confirmación de cargos en contra de Mbarushimana, quien es relevado de custodia y puesto en libertad el 23 de diciembre de 2011.

Dentro del caso de "Fiscalía vs Bosco Ntaganda", el 22 de marzo de 2013, Bosco Ntaganda se entrega voluntariamente, estando hasta la fecha bajo custodia y prisión de la CPI. La primera audiencia contra Ntaganda se llevó a cabo el 26 de marzo de 2013, y la confirmación de cargos fue realizada entre el 10 y 14 de febrero de 2014. El 9 de junio de 2014, la Sala Segunda en etapa Preliminar, confirmó unánimemente los cargos contra Ntaganda consistentes en 13 delitos de crímenes de guerra: asesinato, intento de asesinato, ataque hacia civiles, violación, esclavitud sexual de civiles, saqueos, desplazamiento forzado de civiles, ataque hacia objetivos protegidos, destrucción de propiedad, violación, esclavitud sexual, alistamiento y conscripción de niños soldados (menores de 15 años) utilizándolos forzadamente como sujetos activos de hostilidades. La etapa de juicio, comenzó el 2 de septiembre de 2015 ante la Sala Sexta de la CPI, mediante la exposición de la Fiscalía, la Defensa y la Representación Legal de las Víctimas. La audiencia de presentación de evidencias comenzó el 15 de septiembre de 2015, manteniéndose en diligencias y exposiciones hasta la fecha.

5.3. Análisis de la Primera Sentencia de la CPI (SPI I). "El Caso Lubanga"

Como he manifestado en el punto anterior, adicionalmente a la gravedad de los delitos cometidos en la República Democrática del Congo la situación en este país, es muy importante para la CPI, ya que ha sido la oportunidad para que la comunidad entera reciba el veredicto del primer caso y **la primera sentencia** dictada por la CPI (SPI I) que plasma la jurisdicción penal internacional en la lucha contra la impunidad de crímenes a DDHH.

La sentencia del denominado "Caso Lubanga" es la finalización de un largo proceso que incluía el gran anhelo de juristas durante siglos por crear una corte penal internacional de carácter permanente para juzgar graves delitos contra los DDHH, y es, además, la consagración de lo establecido en el Estatuto de Roma (ER). Como se ha dicho, es también la confirmación de las instituciones jurídicas de la "responsabilidad penal internacional del individuo" y de "la jurisdicción penal internacional".

El "Caso Lubanga", mediante una sentencia de imposición de penas, corrige un número de errores, dudas y críticas que fueron formulados a los anteriores tribunales penales internacionales (Nuremberg, Tokio, ExYugoslavia, Ruanda) y a cortes híbridas (Sierra Leona, Camboya, etc.) que sirvieron como precedente de la CPI.

Jurídicamente, es evidente que la CPI en su primera sentencia, consagró criterios y teoría que fueron ampliamente debatidos por juristas y representantes diplomáticos, inclusive antes de la celebración del ER. Recoge además cierta jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales, aunque la mencionada primera sentencia de la CPI no siempre cita a los tribunales anteriores. Sin embargo, parece referirse en momentos a jurisprudencia planteada anteriormente en cortes internacionales de derechos humanos y a doctrina de tratadistas.

Analizaré brevemente aquella mencionada jurisprudencia, la finalidad de la pena y lo que se persigue mediante la sentencia como aporte a la justicia internacional. Es necesario referirse a hechos relevantes para la emisión de una sentencia de imposición de penas, y,

la garantía de principios como el *"nullum crimen sine lege", "nulla poena sine praevia lege"*. o el "*ne bis in ídem", y "ne bis in ídem material* (double counting)[190].

Este caso a estudiarse es conocido como el caso "Fiscalía vs Luganga" o también conocido como caso "Prosecutor vs Lubanga", ante la traducción e influencia anglosajona del funcionario en inglés. Es importante manifestar que no realizaré un análisis profundo desde el punto de vista penal o procesal, ya que mi investigación se enfoca como he dicho, en el espacio metodológico del derecho internacional en nuestro planeta.

La anterior afirmación requiere algunas precisiones metodológicas antes de comenzar. Por esto, no entraré en un análisis sobre la gravedad del delito o delitos sentenciados, las circunstancias particulares del condenado, agravantes y atenuantes, el concurso de delito y el proceso de elaboración o redacción de la sentencia[191]. Sin embargo, es evidente que todos estos puntos son referentes para la sentencia de condena u otras medidas dictadas por la CPI.

Viene la pregunta entonces, ¿cuál es el marco jurídico para la sentencia, para la imposición de penas con base en el Estatuto de Roma (ER) o en el denominado también Estatuto de la Corte Penal Internacional, (y las concordantes Reglas de Procedimiento y Prueba-RPP)?

5.3.1. El marco jurídico aplicable en la sentencia del "Caso Lubanga"

El ER establece lo relativo a las penas en sus artículos 77 a 80, y las RPP contienen el capítulo 7, "De las penas", que reglamenta estos preceptos desde la regla 145 hasta la Regla 148. De este modo, el artículo 77 enumera las penas que la CPI podría imponer, con el limitante de una pena máxima de prisión de hasta 30 años, y no existiendo una pena mínima. Sin embargo, el ER establece de forma excepcional, el que se pueda imponer prisión vitalicia "cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias

[190] El principio "ne bis in ídem material" puede encontrarse para investigación, denominado como "doublé counting".
[191] Algunos expertos de derecho penal como Zafaroni, se refieren a esta etapa de elaboración y redacción de sentencia como "sentencing".

personales del condenado"[192]. Mientras el artículo 78 establece los factores que se deben considerar para el cálculo de los años de prisión.[193]

Adicionalmente a la imposición de pena de prisión, se establecen multas o el decomiso de bienes que provengan directa o indirectamente del cometimiento de los delitos. Expresamente, la pena de muerte quedó excluida del régimen de la CPI, como un logro del cabildeo de varios tratadistas[194], activistas[195] y países, entre ellos la República del Ecuador.

El propio artículo 78 del ER dice que los factores que se considerarán para establecer los años de reclusión son; la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. En este punto y tal como mencioné en el análisis de la situación de la RD Congo, la CPI está obligada a abonar o compensar el tiempo que la persona ha permanecido privada de libertad por el tiempo que haya estado detenida por investigación o ya en el proceso ante la CPI; o, inclusive, por algún otro motivo como por ejemplo, "si la persona fue detenida por la comisión de un delito distinto a los de la competencia de la CPI en el fueron nacional".[196]

Es sumamente importante recordar que el artículo 78 del ER menciona que la CPI deberá imponer una pena por cada crimen cometido. De tal forma que, si la persona fue condenada por dos o más crímenes, se expresará la pena correspondiente a cada uno de ellos y se impondrá una pena común, no mayor a pena de 30 años de prisión (cuando no se haya impuesto la prisión vitalicia). La regla de las RPP 145.1 establece los factores que se considerarán para el cálculo de la pena impuesta:

-eximentes de responsabilidad;

-agravantes y atenuantes;

-las circunstancias del condenado; y,

[192] Artículo 77 ER

[193] Las RPP conexas a la imposición de penas reglamentan las normas para calcular los montos de la multa y el decomiso.

[194] Ej: Ambos, Zafaroni, Oxford School of Law, etc.

[195] Ej: Amnesty international, Human Rights Watch, Terre Hommes, etc.

[196] Sentencia de Imposición de Pena en el Caso Thomas Lubanga. Artículo Javier Dondé Matute. Unión Gráfica. Bogotá Colombia. 2014.

-circunstancias del crimen.

Los artículos 145 y 146 de las RPP, mencionan los factores para determinar la gravedad del crimen y las condiciones personales, tales como la "magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción social y económica del condenado".[197]

La regla 145 RPP norma las atenuantes y agravantes. "Entre las atenuantes se mencionan las circunstancias que no hayan sido consideradas exonerantes de responsabilidad penal, pero que disminuyan la culpabilidad del autor y la actuación de la persona condenada con posterioridad al acto, incluyendo su actitud con las víctimas y si existió cooperación con la CPI"[198], siempre acorde al ER. Las circunstancias agravantes mencionadas en el ER son: la condena previa por otro crimen competencia de la CPI, el abuso del poder o cargo oficial, la comisión en contra de una víctima especialmente indefensa, la comisión con especial crueldad o en contra de un número considerable de víctimas, y la comisión con una intención discriminatoria u otras circunstancias semejantes.[199]

Para el caso que considere la imposición de pena vitalicia, las RPP consideran que debe existir por lo menos una circunstancia agravante en el caso. Esto no se aplica en el "Caso Lubanga".

De acuerdo al artículo 77 ER[200], se podrá imponer una multa adicional a la prisión, que se aplicará cuando la prisión no sea considerada suficiente, tomando en cuenta la capacidad financiera de la persona condenada, la existencia de un decomiso y la reparación a las víctimas. Es necesario también establecer si el crimen se cometió con afán de lucro.

---

[197] Artículo 145 RPP.
[198] Regla 145 RPP
[199] Artículo 78 ER
[200] El artículo 78 ER es complementado por la regla 146 RPP que detalla los factores para el cálculo del monto

La regla 146 RPP señala que la cuantía de la multa deberá ser adecuada y que siempre se deberán considerar los daños y perjuicios ocasionados. Adicionalmente, aclara que la multa no podrá exceder el 75% del patrimonio total del condenado, y que de ella se podrá descontar lo indispensable para sus necesidades económicas y las de su familia o dependientes. Al imponerse una multa, la CPI advertirá a la persona condenada que, en caso de incumplimiento, la prisión podrá incrementarse, respetando los máximos previstos en el ER.[201]

Previa a la firma del ER se discutió ampliamente sobre el riesgo que se de incumplimiento del pago de la multa, diferenciando cuando el condenado pueda ser declarado insolvente y cuando el incumplimiento fuese doloso. Se ha establecido el sistema que logra que las multas no sean excesivas y cuando sería necesario tomar medidas en caso de incumplimiento.

Sobre el principio de "nulla poena sine praevia lege" que fue muy criticado por no respetarse en los anteriores (antecedentes) tribunales penales internacionales, el artículo 23 del ER recalca que todos los aspectos propios del principio de legalidad penal son aplicables a las penas, no solamente a los tipos penales o al derecho penal sustantivo en general. De esta manera, las cláusulas penales deben aplicarse de forma estricta, ya que no se puede imponer penas no previstas en el ER, ni aplicarlas retrospectivamente. Es importante también el punto que establece que cuando se habla del principio de legalidad penal, la normatividad debe ser precisa al aplicarse en la pena. Sin embargo, en este punto el ER no prevé punibilidades para cada uno de los crímenes de su competencia, sino que establece la pena mínima de 30 años de prisión de forma genérica y excepcionalmente la prisión vitalicia. "No obstante, como la precisión en las punibilidades no es un aspecto del principio de legalidad penal que goce de aceptación universal, puede ser que con la referencia genérica baste para brindar suficiente precisión"[202]. Así, la mera inclusión del

[201] Las RPP establecen que la cantidad impuesta podrá pagarse en una sola exhibición o en parcialidades. En todo caso, se calculará en días-multa y el rango deberá ser entre 30 días y 5 años.
[202] "Sentencia de Imposición de Pena en el Caso Thomas Lubanga". Artículo Javier Dondé Matute. Unión Gráfica. Bogotá Colombia. 2014.

principio en el ER debe servir de limitante para los órganos jurisdiccionales en la imposición de las penas.

Los tribunales internacionales penales que antecedieron a la CPI, al ser *ad hoc*, acoplaron y remitieron los casos a los sistemas jurídicos nacionales en este punto, para brindar seguridad y cumplir así el aparentemente inexistente (en esos casos) principio de "nulla poena sine praevia lege" dado que su competencia territorial estaba limitada por la situación específica ad hoc que se les encomendó investigar. Al remitirse a los sistemas jurídicos nacionales, para los tribunales ad hoc era más fácil (aunque más criticable la no existencia del principio mencionado) justificar sus condenas, remitiéndose a la experiencia previa de Yugoslavia, Ruanda o Camboya, contrario a lo que pasaría en la CPI que debería remitirse los más de 120 Estados parte del ECPI y sus sistemas jurídicos nacionales.

Luego de enumerar las agravantes, la regla 145 RPP establece que:

"(…) la Corte tendrá en cuenta, según proceda: (…) b) Como circunstancias agravantes (…) Otras circunstancias que, aunque no se enumere anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las anteriores."

Esta regla en cierto punto, contradice por su incertidumbre, también al principio "nulla poena sine praevia lege", ya que la persona condenada no sabe con certeza las penas que se le podrían imponer.

De todos modos, el tratadista Ambos señala que el régimen de imposición de penas de al CPI y de las RPP "es un gran avance en cuanto a la precisión brindada con relación a los tribunales ad hoc e híbridos, donde abundaba la especulación"[203].

5.3.2. La Sentencia de Imposición de Pena en el "Caso Lubanga"

La CPI dictó su primera sentencia como tribunal permanente, de imposición de pena, el 10 de julio de 2012. El que la CPI haya dictado sentencia, ha sido considerado

[203]Ambos, Kai. Catedrático de Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano-CEDPAL. Criterios vertidos en http://www.cedpal.uni-goettingen.de/

desde el punto de vista del derecho internacional, político y de coyuntura mundial como un aporte histórico y jurídico a la justicia internacional. La sentencia de imposición de pena resuelve varios puntos, dudas y críticas que fueron formulados contra los tribunales penales internacionales e híbridos que precedieron a la CPI. Desde el punto de vista penal internacional, lo más importante de la sentencia es la existencia en sí, de una resolución independiente de la condena, en la que detalladamente se explican las razones por las cuales se impone la pena, creando un precedente a futuro.

La CPI estableció que se lleve a cabo una audiencia en la cual se presenten alegatos adicionales y pruebas, aunque excepcionalmente, algo que no ocurrió en los tribunales ad hoc. "Si bien esta audiencia solamente se efectúa si alguna de las partes la solicita, las críticas sobre la opacidad de las determinaciones de los tribunales ad hoc deberían impulsar a la CPI a solicitar dicha audiencia en todos los casos. Lamentablemente, la consideración de que para la imposición de penas se tomaran en cuenta principalmente los elementos desahogados en el juicio, hace suponer que por lo menos la Primera Sentencia de la CPI (SPI I) pretende limitar el alcance de aquella"[204] Sin embargo el mero establecimiento de esta audiencia a fin de corroborar pruebas y alegatos, es un aporte real a la justicia dentro de los procesos de juzgamiento de crímenes contra DDHH.

Otro punto que destaco y que inclusive debería acentuarse en futuros procesos ante la CPI, es el detallar en la sentencia, las **finalidades de la pena.** El que se puedan establecer principios para establecer las finalidades de la pena, en general de los aportes de la CPI y en cada caso, contribuiría a la seguridad jurídica de los condenados, algo que por no darse fue muy criticado en los anteriores tribunales ad hoc. Además, se evitaría en cierta medida la discrecionalidad al tomar decisiones y dictar sentencia. Quizá en este caso la finalidad no sea la readaptación social como en casos juzgados ante cortes nacionales.

La SPI I identificó algunos fines de la pena en el Preámbulo del ER. A decir del Doctor Ricardo Lorenzetti, Ministro y Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

[204] "Sentencia de Imposición de Pena en el Caso Thomas Lubanga". Artículo Javier Dondé Matute. Unión Gráfica. Bogotá Colombia. 2014.

Argentina, "el reconocimiento del principio de proporcionalidad en las penas podría ser un punto de partida para construir una teoría penalógica en el derecho penal internacional. Evidentemente, estos aspectos no son principios rectores para la pena, pero si pueden constituir un punto de partida para llenar esta laguna identificada en la doctrina."[205]

De todos modos, la SPI I recibió duras críticas (además de las alabanzas por haberse dictado), al haber imprecisiones en el uso de las fuentes jurídicas, en la redacción de la sentencia. Se ha mencionado la incongruencia de mencionar casos relacionados con "Niños soldado" y no referirse a la jurisprudencia de los tribunales ad hoc o a la práctica nacional para establecer otro tipo de conceptos. El ER autoriza el uso de las normas jurídicas o principios generales del derecho que sean utilizados en los diversos sistemas jurídicos de la comunidad internacional.

Otro punto que fue criticado por Amnesty International, fue que en la sentencia no se consideren los DDHH internacionalmente reconocidos en la determinación, ya que no se hace referencias concretas a cuáles fueron los derechos lesionados en cada caso o víctima.

Tampoco se hizo referencia especial al principio "nulla poena sine praevia lege", si bien es evidente que era una de las críticas que el dictamen de la sentencia resuelve con su mera existencia.

Para la organización ICCNOW, se omiten en la sentencia los tratados internacionales y jurisprudencia en la que se basa la CPI para medir e imponer las penas. Es claro que es la primera sentencia de la CPI por lo que no hay precedentes jurisprudenciales que influyan en el establecimiento de la pena.

Sin embargo, si analizamos la teoría del derecho penal, para procesar una sentencia de imposición de pena se deberá considerar los hechos que se estimaron relevantes para el relato y los que se omitieron. Para el profesor Fernando Pérez, catedrático de Ciencias de la Seguridad de la Universidad de Salamanca, esta sentencia tiene importantes omisiones.

[205] Entrevista al Dr. Ricardo Lorenzetti, Ministro y Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

"La sentencia debió haberse remontado a diversas etapas del proceso que resultaron relevantes para la imposición de la pena"[206]. En efecto, en dicha sentencia se estableció que había dos factores que se deberían tomar en consideración al fijar la pena: la "voluntad" de los menores, víctimas del crimen y el elemento de violencia sexual. Esto tiene relevancia dado que una de las críticas más fuertes que se han hecho a los tribunales ad hoc es que en sus sentencias no se explican correctamente las razones para la imposición de las penas.

"Una correcta fundamentación y motivación pudo comenzar con el reconocimiento de los antecedentes de la controversia. Pero si se suma que los alegatos de la defensa se rechazaron en un párrafo sin explicación alguna, parecería que la CPI está cayendo en los mismos vicios de los tribunales ad hoc".[207]

Coincido plenamente con el criterio del Profesor Fernando Pérez, ya que debieron haberse considerado las decisiones o criterios que durante el proceso tuvieron repercusión para la imposición de la pena. Por ejemplo, no se hacen referencias a las resoluciones sobre el abuso de proceso que marcaron el procedimiento de primera instancia y que fueron alegadas por la Defensa de Lubanga. Igualmente, al mencionarse por la Defensa como posible atenuante, la cooperación con la CPI, debió haberse explicado. El alegato se desechó sin dar explicaciones. Apenas se menciona en la sentencia que la cooperación fue considerada, pero que no influiría en la determinación de la pena.

De igual manera, el que se especifiquen los criterios para adoptar sentencia y condena (fuentes o jerarquías de pena) favorecería al debido proceso de los futuros presuntos acusados, en casos venideros de la CPI. Se debe crear un precedente claro para sus juzgamientos y para la jurisdicción penal internacional. Sería una manera de darle cumplimiento al principio de legalidad penal y de acuerdo al principio "nulla poena sine

[206] Fernando Pérez, catedrático de Ciencias de la Seguridad de la Universidad de Salamanca. Entrevista 2015

[207] "Sentencia de Imposición de Pena en el Caso Thomas Lubanga". Artículo Javier Dondé Matute. Unión Gráfica. Bogotá Colombia. 2014.

praevia lege"; al establecer criterios ya previstos por el acusado. Esto constituiría un parámetro humanitario y en derechos humanos, tal como lo menciona el ER.

En los tribunales ad hoc se prefirió no utilizar los criterios de los tribunales nacionales de Yugoslavia y Ruanda, a pesar de que los estatutos los mencionan expresa y directamente. Quizá por ello, tampoco la SPI I hizo referencia a tribunales nacionales en la fijación de criterios de condena.

"Los tribunales ad hoc fueron claros en manifestar que en la fijación de penas no elaborarían ejercicios comparativos, afirmando que cada caso es diferente y que por eso no podría realizarse comparación"[208]. Los tribunales penales internacionales ad hoc, sin excepción, aprovecharon la discrecionalidad que sus estatutos les otorgaban para imponer penas, muy dispares entre ellas si las comparamos. Por eso es positivo que la CPI "sustente sus determinaciones en la jurisprudencia que la procede" tal como dice la sentencia (existiendo incongruencia en el texto que manifiesta que para la CPI no se tomarán en cuenta los fallos precedentes de los tribunales ad hoc).

Sin precedentes jurisprudenciales propios, la CPI intenta con su primera sentencia, dar respuesta a una de las críticas de los tribunales ad hoc, que es el exceso de discrecionalidad otorgada para imponer penas, como he mencionado anteriormente. Si bien el ER establece expresamente que para fijar sentencia no utilizará las experiencias de los tribunales internacionales ad hoc o híbridos, reitero que, ya que es la primera sentencia de la CPI, no existen precedentes ni jurisprudencias en las cuales basar sus criterios, por lo que hay incertidumbre de los criterios adoptados. Mi sugerencia sería mencionar experiencias o casos de tribunales nacionales de RD Congo, o de otros países.

Especificando los criterios en la propia sentencia se eliminaría caer en la idea de subjetividad y discrecionalidad de los jueces para adoptar la sentencia y la condena, ya que

[208] Entrevista al Dr. Ricardo Lorenzetti, Ministro y Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

el acusado y condenado, merece conocer qué o cuáles criterios se utilizaron para adoptarse su condena.

5.3.3. La materia de los "Niños Soldado"

La materia de "Niños Soldado" ha sido un tema que, aunque no es nuevo, ha sido considerado mucho más en el Siglo XXI, al haberse robustecido los derechos del niño, niña y adolescente, así como el "interés primordial" de estos.

La espeluznante cantidad de casos, la crueldad en el reclutamiento de los mismos y la fuerza utilizada para que los menores conscriptos violen o maten a poblaciones civiles, o trabajen como esclavos sexuales, hacen de este crimen, un caso evidente de juzgamiento ante la CPI. Es interesante además que esta sea la materia de la primera sentencia de la CPI, cuando en la mayoría de los autores se predecía que la primera sentencia de la CPI sería un caso de genocidio. Pero ello no era más que una predicción y en cierto punto, vemos que se ha avanzado exitosamente, en fortalecer en la conciencia internacional los derechos y protección del niño, niña y adolescente (así como en identificar la alta vulnerabilidad que éstos tienen en los conflictos bélicos).

En los aspectos generales de la sentencia de imposición de pena para caso de "Niños Soldado", la SPI I toma en cuenta los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Especial de Sierra Leona (Corte Híbrida) para la descripción de los crímenes. Hay quizá cierta contradicción en lo que redacta la SPI I, ya que ésta menciona que la jurisprudencia de los tribunales ad hoc no es una fuente directa para la CPI; sin embargo, reconoce que puede tener un efecto orientador. En la SPI I, la corte admite que en algunas oportunidades la CPI ha empleado criterios de estos tribunales para fundamentar sus determinaciones. Una vez más, y como mencioné en el punto anterior ¿Sería entonces contradictorio que se haya mencionado que la jurisprudencia de los tribunales ad hoc no es directa? Al parecer, fueron criterios generalizados y para nada aplicables en la fijación de la pena.

La Corte Especial de Sierra Leona es mencionada en varios puntos de la SPI I sobre el asunto de los "Niños Soldado", ya que es un caso tratado anteriormente en sus cortes nacionales. Lo menciona, pero no en el apartado de la sentencia, por lo que se presume que no habrá influido en la fijación de penas, pero si en la identificación de la responsabilidad penal del individuo. Para la fijación de la pena en este específico caso de "Niños Soldado", la CPI (inclusive la propia Sala de Juzgamiento) señala que las sentencias de los tribunales híbridos y especiales son de escasa utilidad dado que en las sentencias de los casos señalados no se exponen las razones en la imposición de las penas. Es más, como la Corte Especial de Sierra Leona impuso penas de más de 30 años (algo que sobrepasa el límite en el ER) no tiene sentido que se la mencione en la fijación de penas.

La SPI I en el tema "Niños Soldado", solo se enfocó en criterios relacionados con el reclutamiento, el alistamiento y la utilización de niños soldados en los conflictos armados. No se hacen análisis sobre los crímenes de guerra en general, ni tampoco respecto a si existe una jerarquía de los crímenes de competencia de la CPI (mucho menos para su relevancia en la fijación de penas).

5.3.4. Finalidad de la pena y marco jurídico

La creación de la CPI ha sido un objetivo de la humanidad para alcanzar la lucha contra la impunidad del cometimiento de gravísimos crímenes contra los DDHH, para la prevención de futuros crímenes de similar gravedad y para establecer una jurisdicción internacional penal. Igualmente, ha sido su objetivo el fijar una responsabilidad penal internacional del individuo que cometa tales atrocidades, entre otros fines. Entoncs, ¿quizá, la primera sentencia de la SPI debió dejar en claro cuáles son los fines de la pena? ¿Son iguales los objetivos y finalidades que persigue una sentencia penal nacional que las dictadas por la CPI?

La SPI I describe las finalidades que deben tener la pena y el marco jurídico aplicable. A decir del Eduardo Hooft, Abogado Defensor de la CPI,[209] la base para determinar la finalidad de la pena es el Preámbulo del ER. En la SPI I se transcriben tres párrafos que

[209] Entrevista al Dr. Eduardo Hooft, Abogado Defensor de la CPI. Mar del Plata, Argentina, 2005.

apuntan a que la **prevención** general sea uno de los objetivos que busque la pena. Los tres párrafos transcritos tratan sobre la idea de **combatir la impunidad y de forjar una corte permanente para las generaciones futuras**. Adicionalmente, los mencionados párrafos del ER transcritos recuerdan los "antecedentes de la CPI y las razones por las cuales es necesario crear un tribunal penal internacional permanente".[210]

Sin embargo, para el Dr. Eduardo Hooft. si se utiliza el Preámbulo del ER como base para determinar la finalidad de la pena, quizá también debió haberse mencionado el párrafo 3, que señala:
(…) reconociendo que estos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad (…).

En otro aspecto, la SPI I hace mención al artículo 21 del ER, respecto al derecho aplicable por la CPI. Así, además del ER y las RPP, parecería que se recogen criterios y objetivos de los diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos (artículo 21 inciso b ER). En este tema, se podría volver a tratar el punto anterior de esta investigación sobre la imposición de penas, por la influencia que tienen los tratados internacionales sobre DDHH (fuente directa del Derecho Internacional), el Tratado Europeo de DDH, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos en el establecimiento de una pena debe estar basada en la readaptación social y no tomarse en cuenta solo los elementos de peligrosidad.[211]

Dentro del marco jurídico aplicado, tal como he mencionado, cobran relevancia los **principios generales del derecho,** fuentes del derecho internacional y derecho penal, como son: el *"nullum crimen sine lege"*, "*nulla poena sine praevia lege"*[212]*, "indubio pro reo", "ne bis in ídem",* principio de proporcionalidad, etc.

---

[210] Texto de la SPI I
[211] Un caso orientador respecto a este tema es el caso de la Corte IDH Fermín Ramírez contra Guatemala, en el cual se reconoce que la culpabilidad es un elemento que se desprende de la legalidad penal prevista en el artículo 9 de la Convención Americana.
[212] El artículo 23 del ER cita el principio de "nulla poena sine praevia lege", mencionando que "el acusado sólo puede ser penado de conformidad con el Estatuto."

5.3.5. El principio "Ne bis in ídem"

Si hay un punto que debo destacar, es que la CPI incluye importantemente a través de la SPI I que nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo delito. Existe este riesgo, al coexistir algunas veces procesos ante tribunales nacionales y la CPI, no necesariamente hablando de la complementariedad entre ellos.

Igualmente, la doctrina penal tiene el principio de "non" o "ne bis in ídem" material, también conocido como "double counting", que en la SPI I es redactada claramente:
(…) cualquier factor que haya sido considerado al determinar la gravedad del crimen no será utilizado además como agravante y viceversa.

Este es un punto complicado e importante porque el ER no se refiere a aquello directamente, pero la SPI I, sí. Y nada mejor explicado que en la sentencia. Anteriormente, en los casos que dictó sentencia el TPIY se había señalado que los elementos del tipo penal no pueden emplearse para agravar la pena. En la jurisprudencia del TPIY, esto incluye las **formas de autoría**; por lo que si una persona fue condenada como superior jerárquico, el hecho de que haya tenido una posición de liderazgo no puede ser invocado como una agravante[213]. Sin embargo, es muy importante señalar que este caso se refiere solamente a elementos que indiquen la gravedad de la conducta. Por ejemplo, en un caso de violación, la vulnerabilidad de la víctima puede ser un elemento de violación y también una agravante[214].

Tal como se ha especificado en ciertos casos de sentencias dictadas por cortes internacionales de DHH, en la sentencia deberá distinguirse claramente el caso que se condena, de otros tipos penales para evitar confusiones, sobre todo a la luz de la discrecionalidad de la autoridad.[215] Es decir, que los elementos del tipo penal deben distinguirse de las agravantes.

---

[213] "Sentencia de Imposición de Pena en el Caso Thomas Lubanga". Artículo Javier Dondé Matute. Unión Gráfica. Bogotá Colombia. 2014.
[214] Entrevista Dr. Ricardo Lorenzetti. Buenos Aires.
[215] Ej: Caso de la Corte Interamericana de DDHH. Caso Castillo Petruzzi.

CONCLUSIONES

La justicia internacional, organizaciones internacionales, las víctimas de atrocidades, los activistas de DDHH y hasta se puede decir que la humanidad entera, esperaron con expectativa la celebración del Estatuto de Roma (ER), la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) y posteriormente la primera sentencia de este tribunal de justicia (SPI I). Y es que las graves violaciones a los derechos humanos han aumentado con el pasar de los años, pareciendo que la maldad, el odio y la ambición humana, no tienen límites en ningún continente del planeta, ni en el tiempo, ni se han amedrentado al afrontar guerras mundiales y tribunales militares.

Es evidente y muy importante resaltar que el ejercicio de la CPI es un gran avance para la convivencia en armonía de la comunidad internacional. De igual manera, la SPI I a pesar de tener críticas y no ser un dictamen perfecto, aporta enormemente con su mera existencia, y con el contenido de su redacción, generando un precedente jurisprudencial único y valiosamente importante para el juzgamiento de crímenes futuros.

i. De la hipótesis planteada

La hipótesis que he planteado como pilar metodológico y con la que intento demostrar una tesis (objeto de esta disertación) es que "*la jurisdicción penal internacional y la responsabilidad penal internacional del individuo, son los pilares básicos para el funcionamiento y existencia de la CPI; y, que cualquier acuerdo internacional o bilateral que se suscriba en contra de éstos principios, lesiona y obstaculiza la existencia de la CPI.*"

Y es que, sobre estos principios o pilares, descansa la existencia, ejercicio y funcionamiento de la CPI. La **jurisdicción penal internacional** consagrada mediante la celebración del ER, es la jurisdicción que ha permitido que la CPI tenga competencia para perseguir a los presuntos criminales de graves delitos contra la humanidad, y juzgarlos o condenarlos luego de un proceso minucioso (sin importar el punto del planeta donde se hayan cometidos los crímenes), a solicitud de Estado miembro del ER, por remisión de

caso por parte del Consejo de Seguridad de la ONU o por "motus proprio" o ex –oficio por iniciativa de la Fiscalía de la CPI ("Prosecutor").

La **responsabilidad penal internacional del individuo** lleva a la doctrina a incluir al individuo (persona) como sujeto del Derecho Internacional Público, ante el caso excepcional del Derecho Penal Internacional, por la responsabilidad que personas pueden tener ante la gravedad en el cometimiento de casos de violación a los derechos humanos y crímenes cometidos en cualquier punto del planeta; como sujetos activos del delito, y que justamente por su magnitud y atrocidad, pongan en riesgo la paz, la armonía y convivencia de la comunidad internacional, y la garantía de los DDHH fundamentales.

ii. Del Estatuto de Roma, la CPI y el Derecho Internacional Penal

Quizá uno de los más importantes aportes que encuentro mediante mi disertación, es el alcance **coercitivo** que ha logrado el ejercicio de la CPI (algo casi siempre ausente en la acción del Derecho Internacional, de la Asamblea General y órganos de las Naciones Unidas). Por ello, las conclusiones principales de esta investigación se enfocan a la necesidad jurídica de la celebración del ER, la creación de la CPI permanente con su aporte coercitivo, a la consagración de los principios de la "responsabilidad penal internacional del individuo" y "la jurisdicción internacional", y a la resistencia a no firmar "convenios bilaterales de inmunidad" para ninguna persona o autoridad.

Cuando el Estatuto de Roma sobre el establecimiento de la CPI fue aprobado mediante la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, la comunidad internacional buscaba crear una corte permanente con jurisdicción internacional penal, complementaria a las administraciones de justicia.

Al ser reconocido el ER, al crearse la CPI, y al dictarse fallos, medidas y sentencias por parte de esta corte, se otorgaba un carácter coercitivo para la captura, investigación, juzgamiento y condena de presuntos autores, cómplices y encubridores de graves crímenes contra los DDHH. Igualmente se daba carácter coercitivo a la protección a nivel mundial de testigos y víctimas, y coerción para garantizar el debido proceso de los acusados.

La CPI surge como una corte permanente, independiente, imparcial, justa y eficaz para juzgar graves delitos internacionales cometidos en contra de la humanidad. Es importante recalcar que la CPI, si bien surgió por iniciativa y gestión de las Naciones Unidas, es independiente y autónoma de ella.

Al tener una competencia internacional, plasmando jurisdicción penal internacional, el mundo sancionaría así a los criminales por atrocidades que rebasan las fronteras nacionales y se alcanzaría una medida disuasiva y preventiva, como advertencia para que no se cometan nuevos delitos contra los derechos fundamentales. La impunidad dejaría ya de protegerse bajo regímenes de poder, violencia, o en jurisdicciones nacionales.

Por el carácter complementario de la CPI, el ER busca impulsar a los tribunales nacionales del mundo para actuar en conjunto y de manera eficaz obligatoriamente en la represión de los crímenes internacionales establecidos en el Estatuto, garantizando la armonía de la comunidad internacional, sus intereses comunes y dejando de lado las presiones políticas, diplomáticas, militares y económicas.

La CPI desde su entrada en vigor el 1 de julio de 2002, concreta un sueño anhelado por la historia de la humanidad, que no sólo castiga a los criminales que atentan contra los más altos valores humanos, sino que advierte son sanción y condena, a todo líder o individuo común que acostumbre cometer este tipo de graves delitos o piense cometerlos. Es una garantía y un efectivo elemento preventivo para alcanzar una convivencia entre todos los seres humanos, dentro de un marco de respeto y garantía de los DDHH, con poder de sancionar los crímenes de trascendencia internacional tipificados en el ER y que ponen por su gravedad, en riesgo a la paz y estabilidad mundial. Ahí actúa el Derecho Internacional Penal, y dentro de esta rama, se incluyen como delitos en el ER: **el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el delito de agresión.**

Con la CPI, se construye y desarrolla una rama de las ciencias jurídicas, el **Derecho Internacional Penal**. Resultado de un proceso mundial de penalización del derecho internacional y de internacionalización del derecho penal, nace esta rama, que constituye

el ámbito jurídico dónde se introducen nuevos conceptos en el derecho internacional: la jurisdicción penal y la responsabilidad penal del individuo.

Como manifesté al inicio de este punto, por primera vez, y por excepción, el ser humano pasa a ser sujeto de Derecho Internacional, ante la gravedad de los delitos cometidos contra la humanidad entera, por sus riesgos, efectos y repercusión internacional, por sus efectos desestabilizadores. Antes del ER únicamente los Estados o conjuntos de Estados y las relaciones entre éstos, eran sujetos del Derecho Internacional. No podía darse un carácter penal al derecho internacional en aquel entonces, pues la palabra "penal" tiene que ver con el *dolo* y la voluntad de cometer una acción positiva tipificada como punible. La responsabilidad ante la autoría, complicidad o encubrimiento de este acto no puede atribuirse a un Estado, sino a los individuos. Los delitos sólo pueden ser cometidos por individuos, ya que los Estados no tienen voluntad. Nace así el concepto de responsabilidad penal internacional del individuo, que difiere claramente de la responsabilidad internacional de los Estados.

De acuerdo al Derecho Internacional Penal, el individuo independientemente de su jerarquía, poder, dinero, nacionalidad o residencia, al cometer un grave delito contra la humanidad de repercusiones internacionales y tipificadas por el ER, entra en un estado subjetivo por el cual debe ser sancionado y deberá asumir las consecuencias jurídico penales que acarrea el hecho delictivo.

El Derecho Internacional moderno encontró necesaria la creación de una legislación anterior a los procesos que tipifique delitos, penas y establezca tribunales competentes permanentes (no *ad hoc* o con carácter *retroactivo*) para juzgar las mencionadas atrocidades de responsabilidad penal individual.

iii. De la jurisdicción penal internacional y la responsabilidad penal internacional. Su importancia frente a los BIA o "Acuerdos bilaterales de inmunidad".

Habiendo sido planteado el análisis de los conceptos de "jurisdicción penal internacional y "responsabilidad penal internacional del individuo" como objetivo

principal de mi investigación[216], y tal como menciono en el punto anterior de conclusiones de investigación, es importante reiterar mi posición de defensa a tales principios como pilares básicos de la existencia de la CPI y a una justicia internacional que permita garantizar los DDHH fundamentales del hombre, preservando así, la paz y armonía entre los pueblos de la Tierra.

Sin los principios de "jurisdicción penal internacional y "responsabilidad penal internacional del individuo" no se podría argumentar la existencia de la CPI, ni los Estados podrían permitir la entrega, investigación, cooperación, colaboración o captura de presuntos culpables del cometimiento de los delitos que se incluyen en el ER (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y delito de agresión). Tampoco se podría preservar la colaboración y cooperación para protección de víctimas (sujetos pasivos del delito), testigos, ni de los propios acusados que también requieren garantía para su vida e integridad. Mucho más ante un juicio en la CPI.

De este modo, demuestro con la investigación que cualquier tipo de acuerdo (negociación o transacción) que altere la competencia única de una corte penal internacional permanente, sobre la "responsabilidad penal internacional del individuo" o sobre la "jurisdicción penal internacional" para delitos contra la humanidad, lesiona, limita, cercena, vulnera y liquida el espíritu de estos principios. Con esto, se lesionaría el propio funcionamiento, ejercicio, credibilidad y existencia de la CPI (y de la justicia internacional para preservar la paz y armonía entre los pueblos del mundo). Estos acuerdos, y más específicamente, los BIA, liquidan los objetivos de la comunidad internacional por justicia, así como de los objetivos del ER, dejando abierta la oportunidad para que como en siglos anteriores, reine la impunidad ante horrorosos crímenes cometidos so pretexto de guerras, fanatismo y poder.

Con la celebración del ER como instrumento internacional y multilateral, se crea la CPI, y al mismo tiempo, se permite que la comunidad internacional tenga un sistema de justicia donde el poder, la autoridad, las fronteras, las legislaciones nacionales, o la prepotencia y la violencia extrema, no sean tan poderosos como para lograr que crímenes ante los

[216] Mayor información se encuentra detallada a profundidad en el Capítulo Segundo de esta investigación.

derechos fundamentales del ser humano queden impunes por siempre. Garantiza protección a sus víctimas y familiares, antes desprotegidos e impotentes para alcanzar justicia.

La posición contemporánea de los EEUU, como mayor potencia económica, política, diplomática y militar del mundo, ha volcado a este país a evitar que los países suscriptores del ER lo ratifiquen o peor aún, lo "des-celebren" o "des-ratifiquen"[217]; en todo o por excepción, para ciudadanos estadounidenses, una vez que se haya aceptado el documento.

Mi conclusión jurídica al respecto, es que la posición estadounidense para excluir del ER a los ciudadanos estadounidenses o nacionales de otros países que participen en sus misiones, es totalmente alejada al derecho, al derecho internacional, y es atentatoria a lo celebrado en el Estatuto. Desconocen el contenido y espíritu del ER, pero también el **Convenio de Viena**, que garantiza la fuerza legal de los tratados celebrados, sean éstos ratificados o no.

Los "acuerdos de impunidad", que han sido celebrados por muchos países del mundo ante la presión de la OTAN y los EEUU, viola el **principio de igualdad** entre los Estados, respecto a su soberanía, acuerdos y convenios celebrados, y autodeterminación.

El ejercicio y existencia de la CPI dependen de la confianza que la comunidad internacional perciba frente a la lucha justicia vs impunidad. Depende la CPI de la confianza que los Estados del mundo depositen en ella y del respeto que la humanidad tenga hacia sus fallos, decisiones, medidas y sentencias que expida.

Los acuerdos bilaterales o de cualquier otro tipo que se celebren sobre el ER, que desconozcan o pretendan excluir su ámbito a parte de la humanidad, atentan contra el derecho internacional, derecho internacional penal, derecho humanitario; y, eliminan la confianza en la justicia internacional. Con ello, destruyen a la CPI y sus objetivos.

[217] Traducción del término anglosajón "dis-signature", que define el proceso de desconocer lo celebrado o firmado por un tratado, en este caso el ER.

El proceso de "des-firma" que buscan los EEUU tiene tres frentes: **el escenario nacional o interno de los EEUU, el ámbito multilateral; y, el ámbito bilateral entre los EEUU y otro Estado**. En éste último ámbito, los EEUU buscan celebrar acuerdos bilaterales de inmunidad, cuyo fin es conseguir una reforma al ER dentro de su proceso de ratificación en cada Estado signatario. Es decir, es una reforma desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos nacionales, que impide que se pueda perseguir, capturar y juzgar a ciudadanos estadounidenses o participantes en sus misiones militares.

Tal como manifesté en mi introducción, es un objetivo de esta investigación, el encontrar posibles normas, a manera de factores de investigación, que permitan la celebración de los acuerdos bilaterales de inmunidad y que excluyan la acción de la CPI. Pues la conclusión es que, ninguna alteración al ER permite la celebración de los acuerdos bilaterales de inmunidad. Es decir, no hay ninguna norma que permita la celebración de BIA, ya que el espíritu del ER y la CPI, son antagónicos e incompatibles al de los acuerdos bilaterales. Como se ha dicho, cada acuerdo o transacción destruye el ejercicio, acción y espíritu del ER.

La información que he incluido en el Capítulo Tercero de esta disertación, recoge lo que expongo en el punto siguiente, y es sobre el contenido del artículo 98 (específicamente 98.2) del ER, que es el argumento legal en el que se fundamentan los EEUU para la celebración de los BIA con diversos Estados. Queda claro por mi investigación, que la interpretación del artículo 98.2 del ER, es que el Estatuto no altere o modifique convenios internacionales bilaterales anteriores a la celebración de este instrumento. Este artículo está dirigido a "la entrega" de sus sujetos activos de delitos dentro de programas de cooperación internacional. Ningún contenido de los acuerdos o convenios sobre el ER, mucho menos los BIA, se apegan al espíritu y contenido del Estatuto.

iv. De la posición de la República del Ecuador frente al ER, la CPI y los acuerdos bilaterales de inmunidad

Es importantísimo señalar, que mi primera investigación fue encaminada años atrás, a descubrir y presentar principalmente la posición de la República del Ecuador frente

a la celebración y ratificación del ER. Igualmente, a la posición del país ante la creación y ejercicio de la CPI; y, a la posible firma de los "acuerdos bilaterales de inmunidad" para ciudadanos de los EEUU. Hoy mi aporte es más universal, aplaudiendo la posición adoptada por la República del Ecuador, que firmó el acta del ER el 7 de octubre de 1998, ratificó el instrumento internacional (previo dictamen constitucional por parte del Tribunal Constitucional)[218]el 5 de febrero de 2002, aceptando todos los preceptos del tratado, e incorporándolo a nuestro sistema jurídico como norma nacional.[219]

Igualmente, celebro la posición de la República del Ecuador frente a la no celebración de los "acuerdos bilaterales de inmunidad para ciudadanos de los EEUU" (**"Bilateral Immunity Agreements"-BIA**), que en su momento recibieron la presión de la primera potencia mundial. La presión apuntaba a que, de no celebrarse el acuerdo, la negativa significaría para el Ecuador la pérdida de la colaboración y aporte militar de los EEUU hacia nuestro país. La República del Ecuador nunca celebraría los BIA en un gesto de independencia[220] y soberanía, desde mi punto de vista. Finalmente, el Ecuador por varios motivos dejó de percibir los aportes anuales de los EEUU para colaboración militar (alrededor de 8 millones de USD), y mantuvo la posición de apoyo a la CPI y al ER (desde mi perspectiva, la "no-firma de los BIA tuvo muchísimo que ver en el asunto).[221]

EEUU, fundamentados en el texto del artículo 98.2 del ER, tuvo como blanco de la estrategia de los acuerdos a nuestro país. Al igual que con otros países de menor poder, la primera potencia mundial busca presionar a todos los Estados signatarios del Estatuto, por separado. En especial aquellos que dependen enormemente de la economía, soporte militar y política estadounidense. La interpretación de ese artículo por parte de la diplomacia estadounidense, es que el artículo abre las puertas a la supremacía a la legislación estadounidense, permitiendo la acción de los preceptos y alcances de su constitución

[218] Como se ha mencionado en el Capítulo Cuarto de esta investigación, el dictamen constitucional aprobando la compatibilidad del ER con nuestra entonces Constitución Política de la República del Ecuador, fue elaborado y dictado el 22 de febrero de 2001 por parte del Doctor Hernán Salgado P.
[219] Más profunda explicación puede encontrarse en el Capítulo Cuarto de esta investigación.
[220] La redacción del artículo 98.2 se encuentra en el Capítulo Tercero de la presente investigación.
[221] La Presidencia del Econ. Rafael Correa Delgado, rechazó unilateralmente en el año 2013 los aportes de los EEUU, argumentando que eso significaba un chantaje e intervención de EEUU en asuntos internos del Ecuador. En este caso, la no firma de los BIA no fueron el motivo para el "impasse" entre los dos Gobiernos.

(artículo VI de la Constitución de los EEUU). Esta interpretación que desconoce la firma del ER, es muy diferente a la interpretación que hacen activistas y defensores de los DDHH. Para activistas y defensores de los DDHH, existe supremacía jurídica del derecho internacional; en este caso, del derecho internacional penal sobre el derecho nacional.

Tal como he manifestado en el Capítulo Tercero de esta investigación y en el punto anterior, el verdadero sentido y objetivo que persigue el artículo 98.2 del ER, es que este instrumento internacional no altere o modifique los convenios internacionales bilaterales anteriores, que tratan especialmente sobre "la entrega" de sus sujetos activos de delitos, dentro de programas de cooperación internacional. No obstante, hoy tenemos negociación de acuerdos bilaterales que además de otorgar inmunidad en la entrega, llevan a la impunidad y destruyen todo objetivo perseguido por la CPI. Los acuerdos no se limitan a miembros de delegaciones de paz, cooperación internacional o labores humanitarias.

Desde mi perspectiva, reafirmo que los acuerdos violan la soberanía y autodeterminación de cada Estado independiente. Ha hecho muy bien la República del Ecuador en negarse a firmar aquellos BIA. Esperemos que esta posición se mantenga a futuro, ya que la "des-firma" puede darse en cualquier punto, so pretexto de asuntos de seguridad y lucha anti-terrorismo (como los convenios celebrados con Colombia, los países miembros de la OTAN y Unión Europea).

La posición de la República del Ecuador no es fácil, si pensamos en la enorme dependencia que tiene nuestro país, ya sea por su economía o por la moneda de uso legal que utilizamos (dólar estadounidense). La dependencia tampoco radica únicamente en ayuda militar, asistencia financiera, o capacitación. En objetivos a futuro, en relaciones comerciales, aspiraciones y retos nacionales, la relación con la potencia es asimétrica, y tremendamente profunda. En todo caso, las metas y objetivos propios del Ecuador, como lograr armonía en la comunidad internacional, la paz y la justicia, deberán obedecer siempre a la soberanía, autodeterminación y principios consagrados en nuestra Constitución Política.

Por haber participado activamente en el proceso de debate y creación de una corte penal internacional permanente, por los argumentos presentados al borrador del ER, por haber firmado este documento y haberlo ratificado, integrándolo a nuestro sistema jurídico, enfatizo que los objetivos que persigue la CPI, son los mismos que persigue la República del Ecuador. Por ello afirmo, que con apego al Derecho Internacional y por respeto a la Constitución Política del Ecuador, y al Estatuto de Roma, la República del Ecuador jamás deberá suscribir "un acuerdo bilateral de inmunidad". Mucho menos cuando estos acuerdos obedezcan a intereses foráneos o ajenos, provengan de donde provengan.

Al ser el Ecuador un país vulnerable a una posición difícil, aplaudo aún más su valiosa decisión, apegada a derecho, defensora de la convivencia internacional y la paz, y enemiga de la impunidad. Jurídicamente con esta investigación, busco defender la posición del Ecuador y del Derecho Internacional para la existencia de una jurisdicción penal internacional y de la condena ante la responsabilidad penal internacional del individuo.

v. De la efectividad en el ejercicio de la Corte Penal Internacional (CPI)

Comienzo este tema con una premisa, y es el de reconocer y encontrar que: *El ejercicio de la CPI mediante sus fallos, medidas, acciones y sentencias, si ha logrado cristalizar los objetivos perseguidos por el ER; ha combatido la impunidad de los más graves y espeluznantes crímenes contra la humanidad, juzgándolos y condenándolos en muchos casos; logra paso a paso la prevención al posible cometimiento de futuros atroces delitos contra el ser humano; y, para alcanzar la paz, armonía entre pueblos y justicia internacional, ha consagrado la vigencia en la comunidad internacional de las instituciones jurídicas de la "responsabilidad penal internacional del individuo" y la "jurisdicción penal internacional".*

Para confirmar lo expuesto, es necesario revisar los casos que han sido presentados ante la Corte, a partir de su entrada en funcionamiento y vigor el 1 de julio de 2002. La CPI y sus fallos se fundamentan en base a la jurisdicción penal internacional y la responsabilidad penal internacional del individuo, administrando justicia, previniendo futuros crímenes, y alcanzando la defensa de los valores y derechos más fundamentales del ser humano.

La institución de la jurisdicción penal internacional ha logrado que, en sus más de trece años de existencia, la CPI sea una Corte plenamente funcional, que ha revisado 23 casos, con 9 situaciones diferentes. La CPI ha dictado 26 órdenes de arresto y Oficina del Fiscal ("Prosecutor") desarrolla 8 investigaciones principales y 8 exámenes preliminares o de Pre-Juzgamiento. Lleva a cabo 5 casos que están en fase judicial y 2 en fase de apelación luego de haberse dictado sentencia.[222]

Es impresionante como en el transcurso de estos años, lo que parecía tan difícil de alcanzar, es ahora un hecho que la humanidad entera reconoce y los Gobiernos respetan, sean o no parte del ER. Un ejemplo de ello es la denuncia ante la CPI de dos Jefes de Estado en funciones (Omar al Bachir de Sudán y Muamar Al-Gadafi de Libia) y de varias autoridades en poder, algo que hasta hace poco parecía imposible, inimaginable y que demuestra que la CPI tiene jurisdicción penal internacional reconocida a nivel internacional. Tiene la Corte poder coercitivo para aprehender, investigar y juzgar a "todopoderosos". En muchos países se amenaza o planea enjuiciar a líderes en poder que han extralimitado sus mandatos constitucionales, abusando de su poder hasta cometer torturas, ejecuciones, saqueos, asesinatos o segregación hacia grupos opositores, rebeldes, rivales o vulnerables.

La justicia internacional ha logrado sobrevivir a los ataques y lobby de grandes potencias mundiales y países de enorme riqueza o población. El cabildeo de tales países no ha logrado opacar, aunque si coartar la práctica de una jurisdicción penal internacional. El reconocimiento y adhesión al ER por parte de Palestina, el 1 de enero de 2015, demuestra cómo internacionalmente se confía en el poder coercitivo y justicia que tiene la CPI ante poderosos criminales. Previamente, Palestina, una de las zonas más violentas del mundo, donde de lado y lado se violan DDHH, parecía un Estado incapaz de confiar en la justicia internacional, la diplomacia y las normas, antes que en la acción de la violencia. Es otro logro gráfico de la CPI, que logra establecer la responsabilidad penal internacional de individuos que abusaron de las armas, del poder, de la coyuntura, la riqueza, la prepotencia o la violencia ante la pobreza de otros.

[222] Información proporcionada en las oficinas de la CPI. La Haya, octubre 2015.

Al crear una corte penal internacional permanente para el futuro de la humanidad, aún con dificultades, se ha logrado impartir justicia para castigar gente con poder y lograr cooperación internacional. El objetivo logrado, es prevenir que se sigan cometiendo atrocidades y que, de cometerse, éstas queden impunes.

El que luego de un largo y minucioso proceso jurídico la CPI haya dictado sus dos primeras sentencias, (caso Lubanga y caso Katanga sobre la situación de la República Democrática del Congo), demuestra que se puede dar garantía y plena confianza a la gestión de la Corte. Tanto Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad y la comunidad internacional confían plenamente en la coerción, transparencia y justicia de la CPI, ya que las sentencias y varios casos remitidos, fortalecen la idea de una jurisdicción penal internacional.

Con la presentación de recursos de apelación a sentencias; y, que, por otra situación, se haya dirigido a la CPI la ejecución de una sentencia remitida por el Consejo de Seguridad de la ONU desde un tribunal especial híbrido sobre la situación de Sierra Leona (Caso Taylor), y su apelación, se demuestra esa confianza hacia la coerción, transparencia y justicia de la CPI por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, y los organismos de Naciones Unidas. En conclusión, se ha fortalecido la idea de una jurisdicción penal internacional.

La CPI ha logrado alcanzar altos estándares de independencia, efectividad y justicia, tal como era el reto al celebrarse el ER. Con las situaciones investigadas y procesadas por la Fiscalía de la CPI (Prosecutor) se ha logrado también ejercitar la función y competencia de las tres opciones que se tiene para presentar un caso ante la CPI: los Remitidos por Estados Parte del ER (situación en la República Democrática del Congo, Uganda, República Centro Africana y Mali), los presentados por orden del Consejo de Seguridad de la ONU (situación en Darfur/Sudán y Libia) y las iniciadas de oficio o por iniciativa Fiscal "motus proprio") autorizada por los jueces de la CPI (situación de crímenes graves cometidos en Kenia y Costa de Marfil).

Además, el hecho que se investiguen casos en Afganistán, Colombia, Georgia, Guinea, Honduras, Iraq, Nigeria, República de Corea del Sur y Ucrania, refleja esa credibilidad hacia la eficacia, justicia y transparencia de la CPI y su imagen en cuatro continentes. El que haya exámenes preliminares por presuntos crímenes cometidos en Palestina, Iraq, Venezuela y República de Corea del Sur también demuestran el que el poder y la forma de gobierno, no son barreras para la acción de la Corte.

El denominado "Caso Lubanga", presentado por la República Democrática del Congo, se convirtió en el juzgamiento que llevó a lugar al dictamen de la **primera sentencia** pronunciada por la CPI, el 10 de julio de 2012 (SPI I). La condena que se impuso a Thomas Lubanga (una pena de 14 años de prisión) por el reclutamiento y utilización de "Niños Soldado" en la región de Ituri, República Democrática del Congo, crea un hito y triunfo para la humanidad e impulsa la convivencia en armonía de la comunidad internacional. El que la sentencia haya sido recurrida, y se analice en la Sala de Apelación de la CPI, reafirma que otro objetivo era la imparcialidad, el respeto a los principios del derecho internacional, la legalidad de las normas y derechos del encausado. Es otro fin de la jurisdicción penal internacional, la garantía del debido y justo para los presuntos sujetos activo de graves delitos contra la humanidad.

Como he repetido en varias instancias, la primera sentencia dictada por la CPI es igualmente la consagración y confirmación de las instituciones jurídicas de la "responsabilidad penal internacional del individuo" y de "la jurisdicción penal internacional".

También se ha demostrado transparencia y debido proceso al relevar de sus cargos a presuntos sujetos activo y acusados (ej. a Mathieu Ngudjolo Chui o Callixte Mbaruchimana en la propia situación sobre la República Democrática del Congo) quienes han sido puestos ya en libertad. Se ha demostrado a diferencia de los Juicios de Núremberg o Tokio, que los jueces de la CPI son imparciales y no enemigos juzgando a vencidos en guerra.

En concreto, el "Caso Lubanga" mediante una sentencia imposición de penas corrige un número de errores, dudas y críticas que fueron formulados a los anteriores tribunales

penales internacionales (Nuremberg, Tokio, ExYugoslavia, Ruanda) y de cortes híbridas (Sierra Leona, Camboya, etc.).

En la SPI I, son las principales características de esta primera sentencia, el aporte de jurisprudencia en ciertos puntos, un mediano intento por plasmar las finalidades de la pena y una correcta defensa a los principios generales del Derecho Internacional. Estos principios fundamentalmente consagrados son el principio de legalidad, *"nullum crimen sine lege", "nulla poena sine praevia lege"* o "*ne bis in ídem*".

A futuro, el marco jurídico para la imposición de penas en las sentencias de la CPI con base en el ER y las Reglas Procedimentales Penales (RPP) del Estatuto, son muy importantes al momento de establecerse la condena. El régimen de imposición de penas y la defensa de los enumerados principios generales del Derecho Internacional deben ser claramente incluidos en las sentencias.

Es muy destacable que el ER tiene el limitante de una pena máxima de prisión de hasta 30 años. Tampoco establece una pena mínima y admite de forma excepcional, la prisión vitalicia "cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado"[223].

El precepto del artículo 78 del ER es un aporte para el debido proceso ya que menciona los factores que se considerarán para establecer los años de reclusión: la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

Otro aporte que destaco es la acumulación de penas que el ER y la CPI han puesto en práctica para establecer un marco jurídico y dictar sentencias. Basados en el artículo 78 del ER se menciona que la CPI deberá imponer una pena por cada crimen cometido. De tal forma, si la persona fue condenada por dos o más crímenes, se expresará la pena correspondiente a cada uno de ellos y se impondrá una pena común, no mayor a pena de 30 años de prisión (cuando no se haya impuesto la prisión vitalicia).

[223] Artículo 77 ER

Complementariamente, es destacable la regla de las RPP 145.1 que establece los factores que se considerarán para el cálculo de la pena impuesta (eximentes de responsabilidad, agravantes y atenuantes, las circunstancias del condenado, y circunstancias del crimen).

Es importante resaltar que además de la imposición de penas privativas de libertad, la CPI puede imponer una multa adicional a la prisión, que se aplicará cuando la prisión no sea considerada suficiente, tomando en cuenta la capacidad financiera de la persona condenada, la existencia de un decomiso y la reparación a las víctimas (artículo 77 RPP).

Con una corte penal internacional de carácter permanente y con los preceptos del ER, se ha respetado al máximo los principios "nullum crimen sine lege" y "nulla poena sine praevia lege". Estos son puntos ampliamente criticados en los fallos y ejecuciones de los anteriores y antecedentes tribunales penales internacionales.

A futuro, luego de la SPI I, la CPI tiene el reto de corregir imprecisiones en el uso de sus fuentes jurídicas para la redacción de la sentencia. La CPI tal como mencioné en mi investigación, al dictarse la SPI I no se mencionan los criterios para imponer penas.

Tampoco se refiere la SPI I a jurisprudencia de los tribunales ad hoc o a la práctica nacional, aun cuando es claro que al ser la primera sentencia de la CPI no existen precedentes jurisprudenciales propios que influyan en el establecimiento de la pena. Sin embargo, es necesario un justificativo para la imposición de penas.

En sentencias futuras, sugiero que se deben especificar los criterios para adoptar sentencia y condena (fuentes o jerarquías de pena) para favorecer al debido proceso de los futuros presuntos sujetos activos en casos de la CPI. Debe crearse un precedente claro para sus juzgamientos y para la jurisdicción penal internacional.
La materia de "Niños Soldado" ha sido un tema muy interesante para ser protegido ante la CPI mediante la SPI I. Creo que sin duda la SPI I fortalece los criterios de protección y del "interés primordial del niño, niña y adolescente".

Aplaudo la investigación, juzgamiento, sanción y condena de los casos de "Niño Soldado". Para ciertos sectores en la historia de la humanidad, el uso de menores en crímenes de guerra o su mera conscripción, no se consideraba como delito alguno y era una simple característica de la guerra o guerra civil. Hemos visto como en la SPI I se describen espeluznantes casos sobre el cruel reclutamiento de los niños, niñas y adolescentes, la fuerza utilizada para que los menores conscriptos violen o maten a poblaciones civiles, o trabajen como esclavos sexuales. La SPI I enfocó criterios relacionados con el reclutamiento, el alistamiento y la utilización de "Niños Soldado" en los conflictos armados, aunque sin hacer análisis sobre los crímenes de guerra en general.

Desde mi punto de vista, la primera sentencia de la SPI debió dejar en claro cuáles son los **fines de la pena**, quizá de mayor manera y explícitamente. Como he analizado, en la SPI I se transcriben tres párrafos que apuntan a que la **prevención** general es uno de los objetivos que busque la pena. Otros fines expresos en los párrafos transcritos, son los de **combatir la impunidad y de forjar una corte permanente para las generaciones futuras**. No obstante, creo que se pudo haber profundizado más, o establecer positivamente, las normas tomadas en cuenta, los criterios y el marco legal a aplicarse. Sería apropiado igualmente referirse más profundamente a los principios *"indubio pro reo", "ne bis in ídem",* principio de proporcionalidad o de legalidad para crear precedentes. Defiendo eso sí el criterio de la SPI I, de no hacer un "double counting" contra el acusado, haciendo distinción entre el tipo del delito y las agravantes.

Años antes a la celebración del ER y de la creación de la CPI, siempre fue asunto de mi profundo interés la lucha contra la impunidad y los procesos contra los graves crímenes de guerra y delitos contra la humanidad. La presente investigación fue realizada por una convicción personal en apoyo a esa lucha, a la garantía de los derechos fundamentales del ser humano y a la defensa a la justicia internacional. Una vez implementado el ejercicio de la CPI y dictada ya la SPI I, busco presentar una perspectiva jurídica contemporánea, a lo que representa uno de los mayores logros del derecho internacional. Espero que esta disertación pueda aportar en algo, la preparación académica de estudiantes e

investigadores, así como la necesaria acción de organizaciones y activistas defensores de los DDHH, en nuestro afán por lograr justicia internacional.