

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL UN AVANCE CONTRA LA IMPUNIDAD

*Augusto J. Ibáñez Guzmán**

SUMARIO

I. UNA CORTE GLOBAL: DEL ESCEPTICISMO AL ESTABLECIMIENTO. UNA POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD

- 1.1. Una aspiración antigua
- 1.2. Una idea que con anterioridad a Roma era compleja en demasía
- 1.3. De la posibilidad a la configuración
- 1.4. Una observación: una política criminal
- 1.5. En suma

II. LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL O PERSONAL

- 2.1. Una ruta
- 2.2. Un concepto

III. DE LA CULPABILIDAD Y EL ‘SISTEMA PENAL DE ACTO’

- 3.1. Presentación
- 3.2. De la norma
- 3.3. Contenido y alcance
- 3.4. De las circunstancias eximentes de responsabilidad
- 3.5. El ‘error’
- 3.6. Conclusión

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2004

* Profesor derecho penal general Pontificia Universidad Javeriana. Miembro de la delegación de Colombia, Comisión Preparatoria Corte Penal Internacional, Nueva York

IV. DE LA VÍCTIMA

- 4.1. Presentación
- 4.2. De los derechos de las víctimas en el proceso
- 4.3. En cuanto a la reparación y mecanismos para su consolidación
- 4.4. En consecuencia

V. DEL REFORZAMIENTO INTERNO AL REFORZAMIENTO DE PERSECUCIÓN

- 5.1. En la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” adoptada y abierta a la firma por resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968
- 5.2. En los “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad” adoptada por resolución 3074 (XXVIII), de 3 de diciembre de 1973
- 5.3. En la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por resolución 4034 de 29 de noviembre de 1985
- 5.4. En el documento ‘La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos’

VI. CONCLUSIÓN

Se nos ha invitado por la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas, Centro de Estudios ‘ALFREDO VÁSQUEZ CARRIZOSA’ y por la Comisión Colombiana de Juristas a este simposio que, sin duda, y en buena hora se realiza en nuestro país, razones múltiples, de todos conocidas, en homenaje del cultor y defensor de los derechos humanos profesor ALFREDO VÁSQUEZ CARRIZOSA, a quien el país debe éste y otros homenajes; asimismo por el tema, tan vinculado a los derechos humanos y al sistema de los derechos humanos, como es el establecimiento y puesta en funcionamiento de una corte global, la “Corte Penal Internacional”, por virtud de alcanzar vigor el Estatuto de Roma, que Colombia ratificó en agosto pasado y entró a regir para nosotros, el pasado 1º de noviembre.

El tema que nos concita ha sido titulado, “La Corte Penal Internacional un avance contra la impunidad” y sobre ello es mucho lo que se ha de decir pero, básicamente, por el tiempo asignado a esta intervención, lo haremos de la siguiente manera.

I. UNA CORTE GLOBAL: DEL ESCEPTICISMO AL ESTABLECIMIENTO. UNA POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD

1.1. Una aspiración antigua

Lo primero que se debe decir es que el experimento de la creación de una corte global no es nuevo, de antaño se hablaba de su constitución: ora por las experiencias de Núremberg y Tokio, ora por las recientes fórmulas de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda.

De igual recordación resulta la idea de constitución de una corte global, como lo ordenaban instrumentos internacionales como la Convención contra el genocidio de 1948 y la Convención contra el *apartheid* de 1973. La primera consideraba la Constitución de una Corte Penal Internacional y la segunda, refería al establecimiento de la misma¹.

Es necio repetir e insistir en las críticas que a estos tribunales se han hecho, entre otras cosas por lo *ad hoc* y, por supuesto por el origen político su constitución, así como por lo temporal y específico de sus funciones.

Desde luego se debe resaltar el concepto o coincidencia en el planteamiento de investigación y juzgamiento de actos atroces y de macrovulneración que fue, sin duda, la base para su constitución, y lo cual constituyó un avance, un avance en el concepto y fundamento: la lucha contra la impunidad que, de contera, permite observar un aceptación multilateral de la existencia de los lamentables hechos.

Luego de muchos debates y tiempo transcurrido el asunto, quedó en un obvio estancamiento político o de reflexión política, entre otras razones, por encontrarse o toparse la discusión con el concepto de soberanía, concepto que los estados guardan con especial celo. Largos 26 años pasaron de reflexión, hasta que en sesión especial sobre el tráfico de drogas (obsérvese el raro camino de llegada), en 1989 se inició nuevamente la discusión que, a la postre, dejó por fuera el crimen para el cual se había citado y se entró en la redacción de algunos de los crímenes internacionales, como aproximadamente se encuentra en el Estatuto de Roma.

Así las cosas, el antecedente deja observar cómo las ideas centrales fueron: la lucha contra la impunidad y, por supuesto, la protección a la víctima como con gran claridad aparece en el preámbulo del Estatuto de Roma.

1 BASSIOUNI, CHERIF, “Estudio histórico”, en *La Corte Penal Internacional*, Leyer, Bogotá, 2001, pág. 72.

1.2. Una idea que con anterioridad a Roma era compleja en demasía

a. La lucha entre la impunidad y la soberanía

En la situación general: de una parte, se tenía que los estados en procura del fortalecimiento de su soberanía no apoyaban la idea de un instrumento o mecanismo como la ‘corte global’, pues entendían que el *ius puniendi* era exclusivo, inherente como poder-deber y, por lo tanto, excluyente; sería pues una felonía una tal creación argüían.

Por otra parte, podríamos decir, que la globalización estaba entrando, dijéramos sin cuartel, por medio de la extradición y, especialmente, por la aplicación del ‘estatuto universal’ que daba posibilidad a la lucha contra la impunidad y la posibilidad de tener acceso a la justicia.

b. Del escepticismo a la posibilidad

Con todo, la situación presentada antes de Roma (1998) era, sin duda, de escepticismo. Veamos:

“La primera vez que ha encarnado en la realidad la idea de establecer una Corte Superior a la de cada una de las naciones, y de definir delitos sometidos a una competencia universal, ha sido como secuela de la guerra de 1939 a 1945. (...).

No podemos menos de anticipar nuestra profunda desilusión ante el rotundo fracaso jurídico de este primer intento de instaurar una justicia universal. La serie de actos que se han penado, inexorablemente teñidos de coloración política y por ende superlativamente apasionada; la “carta” para juzgarlos, escrita del proceso; la publicidad exagerada de las ejecuciones, y hasta los episodios concomitantes y posteriores que se han sucedido, creemos que desacreditan para siempre el ilusionado proyecto de un tribunal y de un código internacionales”².

Un doble sentimiento: la decepción por la imposibilidad y, la necesidad de investigación y juzgamiento de los crímenes más graves, entre los que se encontraban los crímenes de guerra. Esas eran las preocupaciones.

2 JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, t. II. Filosofía y la ley penal, 3ª edición actualizada, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1964. pág. 1221.

No obstante, el escepticismo resultó aminorado con respecto a la lucha contra la impunidad al tener en cuenta varias figuras que, desde el orden interno se estaban apropiando del tema, como por ejemplo el asilo, la extradición, la aplicación de la sentencia extranjera y, por supuesto, la jurisdicción por vía de la aplicación del estatuto universal. No es extraño entonces que se diga:

“Manteniendo la filosofía del principio absoluto de la extraterritorialidad del derecho de penar, tal y como, v.g., la formulara GROCIO, el significado del criterio comentado consagra el reconocimiento de que determinadas acciones delictivas violan o quebrantan ciertos valores esenciales del orden imperante en la comunidad internacional, convirtiéndose en auténticos delitos *societas generis humani*, que obligan a todos los estados a sancionar sus infracciones cuando los sujetos autores de los mismos se hallan en su territorio. Adquiere así plenitud el adagio grociano “*aut dedere aut punire*”, entregar, o castigar por sí al delincuente³.

Entonces, el acuerdo se encuentra en la idea de impedir la impunidad y el desacuerdo sobre qué y cómo se debe sancionar.

De esa manera, con el qué sancionar y con el cómo investigar y juzgar se superan las antiguas relaciones que habían sido ya observadas por CARRARA, en cuanto a la relación existente entre derecho internacional (instrumentos internacionales) y regulaciones tales como el ‘derecho de gentes’⁴; o mediante la diferencia de la regulación interna, con la posibilidad de ‘derecho de guerra’⁵. LISZT, se manifestaba contrario al principio de ‘absoluta extraterritorialidad de la ley, por variadas razones, entre otras, la diferencia entre las regulaciones penales, en su contenido, el procedimiento, la imposibilidad de prueba⁶. MEZGER, encontraba posibilidad de aplicación sólo en el caso de falsificación de moneda y excepcionalmente, en aplicación del principio de oportunidad⁷.

3 DIEZ SANCHEZ, JUAN JOSÉ, *El derecho penal internacional*, Editorial Colex, 1990, pág. 174.

4 CARRARA, FRANCESCO, *Programa de derecho criminal*, parte general, vol. I, Editorial Temis, Bogotá, 1983, pág. 22.

5 CARRARA, FRANCESCO, *Programa de derecho criminal*, parte especial, vol. IV, Ed. Temis, Bogotá, 1981, pág. 178.

6 LISZT, FRANZ VON, *Tratado de derecho penal*, t. II, 3ª edición, Ed. Reus, Madrid, pág. 115.

7 MEZGER, EDMUNDO, *Tratado de derecho penal*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946. ‘Este principio —el universal— en contraste al territorial, nos indica que el *punto de entronque* en la aplicación del derecho punitivo de Alemania es de índole *universal*, a saber: la ejecución de la acción. El sitio de ejecución de la misma, la nacionalidad del autor y los especiales intereses protegidos son irrelevantes; el derecho penal alemán abarca aquí el mundo entero (por ello se denomina también a este principio sistema de la administración de justicia mundial). (...) Debido a la significación internacional de la moneda conoce el Estado de todo delito de esta índole, incluso cuando se trate de moneda extranjera falsificada en el extranjero y el autor haya comparecido ante los tribunales extranjeros, pues la moneda falsificada no se detiene en los límites del Estado’.

Mayor dimensión vislumbra CREUS cuando refiere el marco internacional y la aplicación a los delitos del derecho internacional⁸; o, cuando ETCHEBERRY refiere la existencia de un sistema internacional penal sólo que con relación a los convenios internacionales que, por el momento, regulan la responsabilidad del Estado, pero que apuntan a una especie de responsabilidad personal, en tratándose de los crímenes de guerra y actualmente el delito de genocidio⁹; o, por la apreciación de JESCHECK, en donde para aceptar los postulados de la creación de un auténtico derecho internacional penal se requiere la creación de un conjunto de preceptos en orden a lograr establecer la responsabilidad personal, independientemente de la regulación del derecho interno (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional), así como de la supremacía del derecho internacional frente al derecho interno, como la exclusión de la ‘teoría del acto de soberanía’, para luego refundir los conceptos en un ente internacional y jurisdicción internacional¹⁰.

Posturas y tentativas que, decididamente, son consecuencia de los episodios y las reglas de Nuremberg¹¹; no obstante, la discusión no quedó en el campo estrictamente técnico, sino que se dio paso al campo de protección, es decir, de aceptar, por la comunidad internacional la existencia de actos atroces y el ánimo, la voluntad política, de erradicarlos por medio del instrumento penal.

1.3. De la posibilidad a la configuración

Es bien cierto que, la situación se encontraba larvada, pues como lo sostiene ÁLVAREZ LONDOÑO, S.J., el recorrido histórico revela la existencia de un trámite, una cuasijudicialización por las quejas y denuncias cuyo tratamiento conforme a las

8 CREUS, CARLOS, *Derecho penal*, parte general, Astrea, 1988, Buenos Aires, 1988, pág. 96.

9 ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho penal*, t. I, parte general, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1976, pág. 85 y sigs.

10 JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de derecho penal*, parte general, vol. I, Bosch Editores, Barcelona, 1981, pág. 166.

11 JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, t. II, Filosofía y la ley penal, 3ª edición actualizada, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1964, pág. 1230 y sigs. En el mismo y especial sentido: HEYDECKER, JOE J. LEEB, JOHANNES, *El proceso de Nuremberg. Balance trágico del III reich*, Círculo Azul, Barcelona. 1963. Cfr. GATER, DANIEL, “Nazismo, Shoá y el juicio de Nuremberg”, en: *Justicia penal internacional*, Santiago Corchera Cabezut; José Antonio Guevara Bermúdez (compiladores). Universidad Iberoamericana, Programa de Derechos Humanos, México, 2001, pág. 35 y sigs. LÓPEZ UGALDE, ANTONIO, “Los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda”, en: *Justicia penal internacional*, Santiago Corchera Cabezut. José Antonio Guevara Bermúdez (compiladores), Universidad Iberoamericana, Programa de Derechos Humanos, México, 2001, pág. 73. Y especialmente: AGUIRRE, XAVIER, “Penalización internacional de las infracciones al derecho internacional humanitario. La experiencia de los tribunales de Ruanda y Yugoslavia y el surgimiento de la Corte Penal Internacional”, en: *Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización*, Fiscalía General de la Nación, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000, pág. 231 y sigs.

materias que conocían las diversas comisiones o comités muestran no otra cosa que situaciones o eventos que los mismos instrumentos internacionales y diversos documentos universales o regionales reconocían ya como prohibidos, o que habían sido catalogados como delito o a los que se daba dicho alcance a nivel interno¹².

En suma, los instrumentos y mecanismos que se utilizaron en el camino hacia una corte global pueden ser hallados antes de Roma, en postura de revelar la existencia de un sistema, sistema que se encuentra desarrollado y plasmado en el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’.

Por otra parte y hablando de ‘sistema’, no es exótico el planteamiento de GUERRERO PERALTA¹³ en cuanto a la estructuración de un derecho penal internacional o un derecho internacional penal; y, no es exótico sostenemos, pues nos encontramos en el inicio de un ‘sistema penal’, un ‘sistema penal’ universal de protección y en contra de la impunidad.

1.4. Una observación: una ‘política criminal’

No puede existir, por lo menos en la hora actual del mundo, impunidad sin que ella no sugiera o no indique la posibilidad de encontrar herramientas para alcanzar su lucha; buscará desde reducirla hasta erradicarla. Impunidad entonces es una acepción que concita a la necesidad de una política, a un conjunto de estrategias en su contra y ello lo encontramos en la política criminal internacional en contra del delito, del crimen.

Se nos ocurre que tal política, que hemos de llamar ‘política criminal’, pues es ese su contexto, será observada o clasificada como una ‘política criminal de reforzamiento’ y una ‘política criminal’ denominada ‘de persecución’.

La primera, la ‘política criminal de reforzamiento’ tiene asiento en las estrategias regionales o multilaterales que invitan, exhortan a los estados a perseguir internamente determinadas conductas, por medio de documentos o convenciones: la Convención de Viena contra las drogas, la Convención contra el genocidio, la Convención contra el *apartheid*, la Convención contra la desaparición forzada, la Convención contra la pena de muerte, la Convención de Ginebra y sus protocolos, la Convención del niño, la Convención contra el tráfico de mujeres y niños, la

12 ÁLVAREZ LONDOÑO, LUIS FERNANDO, *Historia del derecho internacional público*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, pág. 373 y sigs.

13 GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN, “Justicia penal y paz. Hacia el derecho penal internacional”, en *El Estatuto de Roma. De la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

Convención contra el lavado de activos, etc. Allí la competencia sigue siendo interna o de régimen interno, no existe jurisdicción diferente que la de los estados. Compromisos internacionales todos que involucran a los estados para que dentro de su política criminal se investigue y juzgue la comisión de esos comportamientos.

A su turno, existe, y ahora lo podemos subrayar, existe una ‘Política Criminal de Persecución’, como la contemplada, establecida al entrar en vigencia el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, en donde, sin constituir un Código Penal, determina los comportamientos prohibidos, el proceso que se llevará a cabo y, por supuesto, el establecimiento de una Corte Global, una Corte Penal Internacional. Allí la competencia, se dirá, la jurisdicción que, aunque complementaria, corresponde a la corte global.

Así pues, la impunidad ya posee un correlato frente a las manifestaciones de macrovulneración establecida por una ‘política criminal internacional’

El esquema se puede presentar en la posición de configuración y diferencia que se encuentra en el dicho de FERNÁNDEZ-FLÓREZ¹⁴, cuando detalla el ámbito espacial sociológico dentro del marco internacional y nacional, por un lado y las nuevas fuerzas que se conciertan, separan y que entran en interrelación en punto de buscar un equilibrio frente y con respecto a una sistemática de relación, que se perfecciona en últimas con respecto y en derredor del hombre.

“Este es el complejo mundo internacional en que nos movemos hoy en día. Un mundo en el cual aparecen elementos que unen y fuerzas que separan, instituciones débiles y poderes independientes, estructuras incipientes y necesidades acuciantes, problemas múltiples y soluciones escasas, solidaridades impuestas e insolidaridades artificiales. Un mundo en el que la visión superficial podría inclinar al pesimismo. Un mundo sin embargo, en el que se mueve la imaginación esperanzada de hombre, proponiendo nuevos medios para realizar la paz y seguridad internacionales, en definitiva de justicia”.

Los esfuerzos por considerar la lucha contra la impunidad son un hito multilateral, como bien lo afirma YÁÑEZ-BARNUEVO¹⁵, dentro y fuera de las Naciones Unidas:

“Tenemos, pues, entre todos una ardua tarea todavía por delante. Pero quisiera resaltar el hecho de que el impulso adquirido desde Roma no se ha diluido; al contrario, se

14 FERNÁNDEZ-FLÓREZ, JOSÉ LUIS, *Derecho internacional público*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1980, págs. 140, 151 y 152.

15 YÁÑEZ-BARNUEVO, JUAN ANTONIO, “El proceso en marcha para la ratificación y puesta en práctica del Estatuto de Roma”, en *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2000, págs. 40 y 51.

mantiene y en algunos aspectos se ha incrementado aún más. Frente a los escépticos y los críticos, los que combaten la idea de la Corte porque les parece poco para perseguir a los responsables de grandes atrocidades o, por el contrario, porque ven en ella una amenaza intolerable para su libertad de acción en la escena internacional, frente a unos y otros (los que en otro lugar he denominado “ninguneadores” y “aniquiladores”), la comunidad internacional sigue su marcha”.

La fuerza de los documentos e instrumentos internacionales es indudable, ya sostenía VARGAS SILVA que el marco conceptual del ‘estatuto’ se encuentra en los convenios de Ginebra y los protocolos, en donde se resalta el interés del Estado en cumplir y hacer cumplir dicha normatividad a nivel interno: ‘cumplir y hacer cumplir’. El comentario que resulta de lo anterior es el siguiente:

“Esta formulación remite de manera ineludible al concepto de crimen internacional, tal como ha sido desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional, en el contexto de su labor sobre el tema de la responsabilidad internacional del Estado. Sin entrar en un debate, sobre el cual se ha producido ya una abundante literatura, es conveniente registrar que, en la autorizada opinión del CICR, las obligaciones incorporadas en los convenios y en el Protocolo I, que los estados se han comprometido a “respetar y hacer respetar”, son de tal naturaleza que su violación puede dar lugar a un crimen internacional, frente al cual se admite generalmente que cualquier Estado posee un interés que lo legitima a actuar, en lo máspreciado a una *actio popularis* que existe en el derecho internacional actual”.

Entendemos y es nuestro criterio, que la sistemática obliga al pensamiento global de aplicación, es decir, al acogimiento de que esa cláusula no es taxativa sino contextual, en el sentido de tener fuerza vinculante para todos los elementos y las figuras del ‘estatuto’; no de otra manera se entiende, entre otros el compromiso de implementación.

El planteamiento se extiende igualmente a los estados ‘no parte’, como lo sostiene FLORES LIERA¹⁶, ya sea que la competencia se radique en el hecho puesto en conocimiento de la Corte por el Consejo de Seguridad, ora cuando el hecho es realizado por un nacional del Estado no parte y el hecho lo cometa en un Estado parte o en un Estado no parte que ha aceptado la competencia de la Corte; en la notificación para, entre otros actos, la admisibilidad; el estudio de la situación por el fiscal, a fin de recabar información del Estado no parte y así posibilitar la aceptación de la competencia; en la protección de información que afecte la seguridad nacional; en la cooperación internacional, con algunas preocupaciones

16 Cfr. FLORES LIERA, SOCORRO, “La Corte Penal Internacional y los estados no parte”, en *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2000, págs. 224 y sigs.

sobre las que bien vale la pena reflexionar en otra oportunidad. En la financiación, en cuanto, la Corte requiera fondos de las Naciones Unidas, éstos serán sufragados por los estados miembros de la organización, sean parte o no del ‘estatuto’; igualmente, se determina financiar a la Corte con presupuesto de Naciones Unidas.

1.5. En suma

Entonces tenemos, un estatuto que por antecedentes, contenido y proyección impulsa una estrategia contra la impunidad y constituye, sin duda, una ‘política criminal internacional’, es este sentido una ‘política criminal de persecución’. Así se lee en su preámbulo:

“(…)

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

(…)

Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto,

(…)”.

II. LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL O PERSONAL

No podría tener dimensión lo que estamos exponiendo, si no fuera por el avance contra la impunidad, al puntualizarse hoy una responsabilidad de carácter personal. Veamos:

2.1. Una ruta

Se ha dicho, y con razón, que la aprobación y puesta en marcha de un estatuto, de un instrumento que establezca una corte global en la cual se investigue, juzgue y, eventualmente, se sancione a las personas, es decir, que desarrolle y precise una tal responsabilidad individual o personal, es un hito para el derecho internacional y obvio, para el derecho penal. Pasar de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de los derechos humanos, o por el incumplimiento del ‘cumplir o hacer cumplir’ el derecho internacional humanitario, al establecimiento de la responsabilidad personal de quien realiza los actos, sea servidor público o particular, es, sin duda, así observado, una ampliación bien que importante en el derecho internacional.

Se encuentra así, una interacción entre los conceptos contenidos en el derecho penal y en el derecho internacional. Nunca antes se había logrado tal dar paso y combinación.

El antecedente, la forma y el devenir que por los instrumentos y documentos internacionales se había logrado: del reconocimiento de los derechos, del establecimiento de prohibiciones, del intento de recomendar la sanción de ciertos comportamientos descritos a nivel internacional, de la indicación que determinadas conductas fuesen tenidas como crímenes o delitos internacionales, del diseño de conceptos y elementos de los crímenes o delitos, de la configuración de mecanismos de recepción de quejas (verdaderas denuncias de naturaleza penal), seguimiento e informe al establecimiento de una corte y la configuración de la responsabilidad individual y el señalamiento de penas por la realización de una conducta prohibida. Devenir y perfeccionamiento de gestión que se encuentra, tanto en la labor desarrollada por las Naciones Unidas como por la gestión de entidades gubernamentales y, en el momento de decisión, de las entidades no gubernamentales (ONG) que actuaron como verdaderos grupos de presión, que con su insistencia y cuidado, dieron por configurar el instituto.

Adicionalmente, se deben mencionar los intentos que se llevaron a cabo por medio de instrumentos y documentos, como la Convención contra el genocidio de 1948 y la Convención contra el *apartheid* de 1973, en cuyos artículos 6º y 5º,

respectivamente, se hacía referencia al establecimiento de una corte internacional y al establecimiento de una responsabilidad personal: Dos conceptos que estaban unidos al criterio de poder-deber propio de las soberanías nacionales.

Durante un amplio segmento histórico no se contó con un órgano permanente que pudiese hacer responsable al individuo por macrovulneraciones cometidas, concebidas en el marco internacional. Es tan sólo con el establecimiento y puesta en marcha del ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’, cuando surge la posibilidad de juzgamiento de carácter complementario, para que la comunidad internacional lo juzgue, si los sistemas judiciales de los estados, es decir, el derecho interno, está incapacitado para juzgar a un individuo por la comisión de un delito o crimen de su competencia (jurisdicción) o, no tiene la intención de hacerlo; lucha frontal y efectiva contra la impunidad y en protección de la víctima, en términos claros y precisos, en protección de la ‘población civil’¹⁷.

Por lo tanto, la idea de una Corte Penal Internacional complementa la labor de los tribunales de justicia interna que se encuentren en las condiciones anotadas; su existencia ofrece a los violentos el mensaje de rechazo y condena a la impunidad. A ello se debe agregar que se complementa la labor de la justicia interna con la obligación que surge para los estados de incorporar a su legislación los estándares internacionales en atención y cumplimiento de los compromisos globales¹⁸.

17 FERNÁNDEZ DE GURMENDI, SILVIA A., “El acceso de las víctimas a la Corte Penal Internacional”, en: *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana*, coordinado por Juan Antonio Yañez-Barnueva, Casa de América, Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, Cruz Roja Española, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 2000, pág. 164 y sigs. En el mismo sentido: FERNÁNDEZ DE GURMENDI, SILVIA A., “International Criminal Law”, en: *The International Criminal Court. The Making of The Rome Statute, Ussues, Negotiations, Results*, Edited by Roy S. Lee, 1999, 217 y sigs.

18 Un punto de partida, válido y de interés en la represión a nivel interno se encuentra en el escrito: DUTLI, MARÍA TERESA, “La represión, a nivel nacional de las violaciones de las normas del derecho internacional humanitario y los trabajos del servicio de asesoramiento del CICR”, en: *Represión nacional de las violaciones del derecho internacional humanitario (sistema romanogermánico) Comité Internacional de la Cruz Roja*, informe de la reunión de expertos, Ginebra 23 a 25 de septiembre de 1977, pág. 26,

“En la legislación penal que ha de promulgarse a fin de castigar las violaciones del derecho internacional humanitario se deberá, por lo menos:

- * Determinar, para cada infracción, la índole y el alcance de la pena, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad de las penas con respecto a la gravedad de los delitos;
- * Admitir la responsabilidad penal individual, no sólo de las personas que cometen, sino también de las que ordenan cometer una de esas infracciones; admitir la responsabilidad penal individual de los superiores jerárquicos;
- * Prever especialmente la represión de las infracciones cometidas por omisión, en caso de que las omisiones no sean ya punibles en aplicación de los principios ordinarios de las leyes internas;
- * Excluir como causa de justificación o como excusa absolutoria de esas infracciones los intereses y necesidad de índole política, militar o nacional, así como la orden superior;

2.2. Un concepto

a. La creación

Observada así la ruta de creación de la Corte Penal Internacional debemos aceptar que no encontramos, en verdad, una postura exclusiva y excluyente sobre la [‘una’] teoría del delito (crimen) o sobre la [‘una’] estructura del delito (crimen). El criterio de legislador no se encuentra en la discusión del acuerdo democrático por lo que la persona representa en un parlamento o congreso: una postura, sociedad, intención o interés. No. El criterio que se maneja es el de democracia en cuanto a intereses y posturas de los estados y en la representación de los diversos ‘sistemas’ jurídicos o tradiciones jurídicas internas. Se trata entonces de una democracia en las avenencias y una representación de ‘sistemas jurídicos’.

Lo democrático sienta su eficacia en el hecho de la deliberación y el concepto, en nuestro caso, de buscar que la ‘orden’ se imparta por el ‘juez’ (característica del milenio: la norma es lo que diga el juez en el marco de la tutela de los derechos humanos). Democracia es protección de los derechos humanos.

b. Elementos del concepto. Una traducción necesaria

Mediante la teoría del delito, desde CARRARA hasta nuestros días se ha tratado de dar piso, primero, de garantía a la persona cuando se coloca barrera de contención al poder-deber del Estado, ahora, de la Comunidad Internacional, en procura de la libertad; después, como tutela a la víctima en igualdad de condiciones y tratando así de solucionar o viabilizar la resolución del conflicto que por la realización de la conducta vulneradora se ha presentado.

Por ello no es necio pensar que la estructura del delito o del hecho punible, ahora del crimen, es un mecano¹⁹ que se entiende en cuanto y en tanto se nutre de

* Determinar para esas infracciones un ámbito de aplicación material y personal de la ley que permita su aplicación a todo autor de alguna de esas infracciones, cualquiera sea su nacionalidad o el lugar donde se cometa el acto;

* Garantizar a toda persona contra quien se ha incoado acciones penales o que comparece ante tribunal por tal violación del derecho a un juicio equitativo por un tribunal imparcial y legítimamente constituido, así como un procedimiento judicial reglamentario, que asegure el respeto de las garantías judiciales reconocidas generalmente;

* Respetar la obligación de facilitar la cooperación con otros estados en el ámbito de la cooperación y la asistencia judicial y la extradición”.

19 “Juguete a base de piezas, generalmente metálicas y atornillables, con las que pueden componerse diversas construcciones”, *Diccionario de la lengua española*, vigésima edición, t. II, Real Academia de la Lengua, Madrid, 1984, pág. 890.

una ideología, de una postura filosófica y por qué no decirlo, de una estrategia de poder²⁰.

Lo cierto es que la descripción de los comportamientos y los ‘principios rectores’ de un ‘sistema penal’ parten de la posibilidad, hoy, de la determinación de la conducta y su realización por una persona. Este es el primer eslabón para encontrar la razón del giro de la responsabilidad estatal hacia la responsabilidad personal, es decir, irrumpen el derecho penal y sus ‘principios’ en el campo del derecho internacional.

Por lo primero, por la descripción o demarcación, hablaremos de comportamientos típicos; por lo segundo, reduciremos la discusión a la posibilidad de un autor, agente o perpetrador.

Por lo tanto, los conceptos y el manejo ordinario, que de ellos hace la teórica penal, pueden y, en mejores términos, deben ser utilizados. Así lo haremos.

b.1. La tipología

Para alcanzar claridad y precisión con respecto a la responsabilidad personal, es menester referirnos primeramente a la tipicidad y al tipo penal, de tal suerte que en este marco se encuentra la lucha contra la impunidad de determinados actos y por ello, la garantía a los perpetradores.

Pues bien, tengamos en cuenta que tradicionalmente la *tipicidad* se ha definido como el estudio de los tipos penales y, que *el tipo penal* se puede definir como:

“la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible”²¹.

En el marco internacional se han realizado varios empeños de tipología, que encuentran gran diferencia y ponderación si se estudian sólo y para comenzar por sus nombres y contenidos. Veamos:

20 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, “La teoría del hecho punible en el derecho colombiano. Perspectivas”, en: *Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización*, Fiscalía General de la Nación, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000, pág. 325 y sigs. AGUDELO BETANCOR, NODIER, “La actitud evolutiva e integradora del Nuevo Código Penal”, en: *Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización*, Fiscalía General de la Nación, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000, págs. 347 y sigs.

21 REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Tipicidad*, 5ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1989, pág. 7.

- En el Tribunal Militar Internacional que se constituye en cumplimiento del Acuerdo suscrito el día 8 de agosto de 1945, se tienen los siguientes crímenes —cuyo origen es el concepto de crimen de guerra, según el mismo acuerdo—, en el artículo 6°:

“Los siguientes actos, o uno cualquiera de ellos, son crímenes sometidos a la jurisdicción del tribunal, por los cuales habrá responsabilidad individual:

a) *Crímenes contra la paz*: es decir, planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes.

b) *Crímenes de guerra*: es decir, violación de las leyes y de la costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas, asesinatos, maltratamientos y deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltratamientos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares.

c) *Crímenes contra la humanidad*: es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieren sido perpetrados.

(...)”.

Desde luego, las descripciones no encuentran técnica absoluta, mas la mayor crítica que han recibido se halla en el hecho de configurarse una tipología *ex post factum*. No obstante, éste ha sido considerado como el antecedente del paso de la responsabilidad estatal a la responsabilidad individual.

- En el Tribunal *ad hoc* para la ex Yugoslavia²², constituido en virtud de las resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobadas los días 22 de febrero y 25 de mayo de 1993, se hallaban las

22 Véase: www.derechos.org/nizkor/

descripciones y marcos de las ‘Infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949’²³; ‘las violaciones de las leyes de la guerra’²⁴; el ‘genocidio’²⁵, que

23 “Artículo 2. *Infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949.*

El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos dirigidos contra personas o bienes protegidos por los términos de las disposiciones de dicha convención:

- a) El homicidio intencionado;
- b) La tortura o los tratamientos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- c) Causar grandes sufrimientos intencionadamente, o atacar gravemente contra la integridad física o la salud;
- d) La destrucción y la apropiación de bienes no justificada por necesidades militares, ejecutadas de forma ilícita e innecesaria a gran escala;
- e) Obligar a un prisionero o a un civil a servir en las fuerzas armadas enemigas;
- f) Privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado de forma legítima e imparcial;
- g) La expulsión o el traslado ilegal de un civil o su detención ilegal;
- h) La toma de civiles como rehenes”.

24 “Artículo 3. *Violaciones de las leyes o prácticas de guerra.*

El Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra. Tales violaciones comprenden, sin que esto impida reconocerse otras, las siguientes:

- a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles;
- b) La destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias militares;
- c) El ataque o los bombardeos, por cualquier medio, de ciudades, pueblos, viviendas o edificios no defendidos;
- d) La toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico;
- e) El pillaje de bienes públicos o privados”.

25 “Artículo 4. *Genocidio.*

1. El Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que hayan cometido genocidio, tal cual está definido en el párrafo 2 del presente artículo, o cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 3 del presente artículo.

2. Se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal:

- a) Asesinato de miembros del grupo;
- b) Graves atentados contra la integridad física o psíquica de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial;
- d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslados forzosos de niños del grupo a otro grupo.

3. Los siguientes actos serán castigados:

- a) El genocidio;
- b) La colaboración para la comisión de genocidio;
- c) La incitación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio”.

sigue el contenido y dirección de la Convención contra dicha práctica; y, por último, los ‘crímenes contra la humanidad’²⁶.

- Se perfilan de mejor forma las descripciones y tipologías en el Tribunal *ad hoc* creado para Ruanda²⁷, en donde se configuran: el crimen de ‘genocidio’²⁸, que sigue todavía la dirección de la Convención; el crimen ‘contra la humanidad’²⁹;

26 “Artículo 5. *Crímenes contra la humanidad*.

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

- a) Asesinato;
- b) Exterminación;
- c) Reducción a la servidumbre;
- d) Expulsión;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violaciones;
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos”.

27 www.derechos.org/nizkor/

28 “Artículo 2. *Genocidio*.

1. El Tribunal Internacional para Ruanda tiene competencia para perseguir a las personas que hayan cometido un genocidio según queda definido dicho crimen en el párrafo 2 del presente artículo, o cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 3 del presente artículo.

2. Se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal:

- a) Asesinato de miembros del grupo;
- b) Graves atentados contra la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial;
- d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslados forzosos de niños del grupo a otro grupo.

3. Serán castigados los siguientes actos:

- a) El genocidio;
- b) La colaboración para la comisión de genocidio;
- c) La incitación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.”

29 “Artículo 3. *Crímenes contra la humanidad*.

El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:

y, con mejor técnica, el crimen de ‘violación grave al artículo 3º Común de los convenios de Ginebra y del Protocolo II’³⁰.

Baste mencionar ahora, que tal reglamentación ha sido criticada por las mismas razones referidas, pero se le ha reconocido mayor precisión en sus descripciones, a pesar de romper el principio de legalidad por la no taxatividad.

- En el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’³¹ se encuentran las figuras de crimen de ‘genocidio’, de ‘lesa humanidad’ y los crímenes de ‘guerra’. Debemos expresar que el artículo 5º del ‘estatuto’³² determina la competencia

- a) Asesinato;
- b) Exterminación;
- c) Reducción a la servidumbre;
- d) Expulsión;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violaciones;
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos”.

- 30 “Artículo 4. *Violaciones del artículo 3 común a las convenciones de Ginebra y al Protocolo adicional II.*

El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas en tiempos de guerra, y al protocolo adicional II a dichas convenciones del 8 de junio de 1977. Tales violaciones comprenden sin ser taxativa:

- a) Los atentados contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, en particular el asesinato, así como los tratamientos crueles como la tortura, las mutilaciones o toda forma de castigos corporales;
- b) Los castigos colectivos;
- c) La toma de rehenes;
- d) Los actos de terrorismo;
- e) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratamientos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor;
- f) El pillaje;
- g) Las condenas excesivas y las ejecuciones efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal constituido regularmente y provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- h) Las amenazas de cometer los actos precitados”.

- 31 En documento de la ONU A/CONF.183/9, “Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional” www.un.org

- 32 En documento de la ONU A/CONF.183/9, “Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional”, www.un.org
Artículo 5. *Crímenes de la competencia de la Corte.*

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;

y el artículo 9º *ibidem*³³ contiene la precisión acerca de los ‘elementos del crimen’, que serán desarrollados con posterioridad en el documento denominado ‘Elementos de los crímenes’³⁴ en cuya ‘introducción’ se determina la finalidad y fundamento de dichos elementos, así:

“Elementos de los crímenes

Introducción general

1. De conformidad con el artículo 9, los siguientes Elementos de los crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y a aplicar los artículos 6, 7 y 8 en forma compatible con el estatuto. Serán aplicables a los Elementos de los crímenes las disposiciones del estatuto, incluido el artículo 21, y los principios generales enunciados en la Parte III.

2. (...) Cuando no se hace referencia en los Elementos de los crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos.(...).

3. (...)

4. Con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos “inhumanos” o “graves”,

b) Los crímenes de lesa humanidad;

c) Los crímenes de guerra;

d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”.

33 En documento de la ONU A/CONF.183/9, “Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional”, www.un.org Artículo 9. *Elementos del crimen*.

1. Los elementos del crimen, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la asamblea de los estados partes.

2. Podrán proponer enmiendas a los elementos del crimen:

a) Cualquier Estado parte;

b) Los magistrados, por mayoría absoluta;

c) El fiscal.

Las enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la asamblea de los estados partes.

3. Los elementos del crimen y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto”.

34 En documento de la ONU, “Elementos de los crímenes” (PCNICC/2000/INF/3/Add.2), www.un.org

por ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa.

5. Los elementos correspondientes a cada crimen no se refieren en general a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal o su inexistencia.

6. Los Elementos de los crímenes no se refieren en general al requisito de “ilicitud” enunciado en el estatuto o en otros instrumentos de derecho internacional, especialmente de derecho internacional humanitario.

7. La estructura de los Elementos de los crímenes sigue en general los principios siguientes:

- Habida cuenta de que los Elementos de los crímenes se centran en la conducta, las consecuencias y las circunstancias correspondientes a cada crimen, por regla general están enumerados en ese orden;
- De ser necesario, después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente se indica un determinado elemento de intencionalidad;
- Las circunstancias de contexto se enumeran en último lugar.

8. (...)”.

Se debe afirmar que con respecto al ‘crimen de agresión’ muy poco se ha avanzado y, por el contrario, la discusión apenas parece empezar, como se detalla y observa en el documento PCNICC/2001/L.3/Rev.1, de octubre 11 de 2001.

Así las cosas, en el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’, el tipo penal, en el contorno mencionado, no agota su descripción en un artículo, sino que se hallan en una norma, compuesta ésta por las descripciones del crimen, que se halla en el propio ‘estatuto’ y los elementos del mismo que deben ser integrados por el documento contentivo de los ‘Elementos de los crímenes’.

En el campo interno, otra óptica la ofrece la concepción de tipo doloso o culposo.

“El *tipo penal de los delitos dolosos* contiene básicamente una acción dirigida por el autor a la producción del resultado. El *tipo de los delitos culposos*, por el contrario, contiene una acción que no se dirige por el autor al resultado” (bastardilla fuera de texto)³⁵.

35 BACIGALUPO, ENRIQUE, *Manual de derecho penal*, Temis, Bogotá, 1989, pág. 82.

Clasificación que hemos de dejar de lado, por lo menos en cuanto hace referencia a los tipos de delitos culposos, pues como es sabido en la estructura del ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’ solo existe espacio para la estructuración de los tipos penales de carácter dolosos.

Dejamos a salvo la discusión, en verdad interesante, acerca de la posibilidad de que la tipicidad no sea un elemento del delito como lo declara hoy tajantemente RODRÍGUEZ RAMOS, porque todo lo que el tipo pudiera contener está necesariamente incluido en la acción, la antijuridicidad o la culpabilidad³⁶, pues lo cierto para efectos de nuestro estudio son las conductas prohibidas descritas, taxativas y previas, que por razones de seguridad jurídica hemos de denominar tipo penal, aunque la acción lo englobe y contenga todo ello.

En suma, la traducción antes realizada ha sido necesaria, pues de esta manera la seguridad jurídica se encontrará como base de la discusión de la estructura del crimen, amén de las referencias que con respecto a las garantías para el acusado, se observan en los instrumentos y documentos internacionales.

b.2. Del autor. Agente, sujeto activo o perpetrador

Ahora bien, como se reconoce en la regulación, la conducta descrita, que hemos de denominar tipo penal, ha de ser realizada por alguien (individuo), hito del derecho internacional y, por supuesto, del derecho penal que ha logrado irrumpir en el ámbito internacional, y en ese contexto, frente a la descripción surge el interrogante: ¿quién realiza la conducta? Cuya respuesta es simple: el sujeto activo, agente, autor o perpetrador. Veamos cuál es el mensaje y la precisión que se realiza en el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’:

El sujeto activo, agente o autor será la persona que realice la conducta o núcleo rector descrito y contenido en el tipo penal, tanto en el contexto del *chapeau* como en el marco de los actos perpetrados y que han sido ambos, desarrollados y precisados en el documento de los ‘Elementos de los crímenes’; podemos decir también que el sujeto activo, agente o autor será quien vulnere el bien jurídico, en postura tradicional o, quien realice la vulneración en contra de la ‘población civil’.

No cabe duda de que se establece la responsabilidad personal o individual siguiendo la temática establecida en el Protocolo I adicional a los convenios de

36 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, Ed. Temis, vol. II, Bogotá, 1989, pág. 112.

Ginebra y el recorrido instrumental establecido en el Tribunal de Núremberg, además de la exigencia hecha a los estados para que persigan a los perpetradores de los graves crímenes considerados internacionales³⁷.

El ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’³⁸ contiene normas pertinentes a nuestro estudio sobre el autor. Veamos:

➤ En el preámbulo:

“Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,

(...)

Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales,

(...)”.

Sin perjuicio de la responsabilidad estatal, que no fue modificada por el ‘estatuto’, la persecución personal o individual posee, desde el mismo preámbulo, un doble contenido, de una parte, la persecución de los infractores dentro del Estado (‘cumplir y hacer cumplir’) y, de otra, la complementariedad de la jurisdicción por el establecimiento de la ‘Corte Penal Internacional’.

➤ En las normas. El propósito y la finalidad encontrados en el preámbulo, son sin duda desarrollados, entre otros, por las siguientes normas:

37 Cf. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, JOSÉ LUIS, “Un estudio sobre la parte general del derecho penal en el Estatuto de Roma: los principios generales de derecho penal”, en: *Justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América. Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, Cruz Roja Española, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 2001, pág. 134 y sigs. En el mismo sentido: DIJENA-WEMBOU, C. SANTORUM, CLAUDIO; DUBOIS, OLIVIER, (ponencia); ROTH, ROBERT, (moderador), Informe grupo II, “Principios de derecho penal”, en *Represión nacional de las violaciones del derecho internacional humanitario (sistemas romanogermánicos)*, Reunión de expertos, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, CICR, PELLANDINI, CRISTINA, 1997, págs. 114 y sigs.

38 En documento de la ONU A/CONF.183/9, “Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional”, www.un.org

- En cuanto a la competencia en razón de la materia (artículo 5º)³⁹, cuando determina cuáles son los crímenes de competencia de la Corte.
- En cuanto a los Principios generales de derecho penal (parte III), tenemos:
 - ❑ Principios rectores de garantía para la determinación del concepto y alcance de la responsabilidad personal o individual:
 - o ‘*Nullum Crimen sine lege*’⁴⁰ (artículo 22), en donde se establece la determinación previa de la conducta (como prohibición y como condicionante de la competencia-jurisdicción), estricta e inequívoca, lo que impide la analogía, la costumbre y las descripciones ambivalentes; cláusula que no modifica las definiciones que en el marco del sistema internacional se han producido frente a los crímenes internacionales.
 - o ‘*Nulla poena sino lege*’⁴¹ (artículo 23), en donde la legalidad de la pena se establece, en cuanto se determine en el ‘estatuto’; sería necio entonces decir, por lo obvio, que requiere ser cierta y previa establecida.

39 “Artículo 5. *Crímenes de la competencia de la Corte.*

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”.

40 “Artículo 22. *Nullum crimen sine lege*

- 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.
- 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.
- 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

41 Artículo 23. “*Nulla poena sine lege.*

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

- o La irretroactividad⁴² (artículo 24), en cuanto a su aplicación, salvo que se realice un cambio favorable para el acusado, caso en el cual éste se aplicará (reducción del principio de legalidad de la conducta, ya vista).
- En cuanto a la responsabilidad personal propiamente tal (artículo 25)⁴³, son varias las cláusulas generales que enrután el concepto, sin tener en cuenta aún el cargo oficial, la orden y la ejecución, unas palabras posteriores diremos:
- La Corte tiene competencia frente a las personas naturales; tal competencia se determinará en un juicio.
- Responsabilidad personal que cobija al autor y a los partícipes (incluido el encubrimiento), sea conducta consumada o tentada (salvo la tentativa desistida y eficaz);

42 “Artículo 24. *Irretroactividad ratione personae*.

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.
2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena”.

43 “Artículo 25. *Responsabilidad penal individual*.

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
 - a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste 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 la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
 - d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión 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 propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
 - ii) A sabiendas de 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;
 - 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 que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.
4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”.

- Por otra parte, sin importar, si es sujeto activo singular o plural y éste, sin consideración a ser sujeto plural eventual o necesario.
 - ❑ Con todo, no se modifica la responsabilidad del Estado.
 - ❑ Esta regulación integral, por último, posee, consecuencias de carácter tanto procesal como punitivo.

Es pertinente a nuestro estudio sobre el autor, la aclaración que aparece en la introducción del documento denominado ‘Elementos de los crímenes’⁴⁴, del siguiente tenor:

“8. El término “autor”, tal y como se emplea en los Elementos de los crímenes, es neutral en cuanto a la culpabilidad o la inocencia. Los elementos, incluidos los de intencionalidad que procedan, son aplicables *mutatis mutandi* a quienes hayan incurrido en responsabilidad penal en virtud de los artículos 25 y 28 del estatuto”.

La razón de incluir tal aclaración consiste en que se discutió cuál sería el término que técnicamente pudiera reflejar en los ‘Elementos de los crímenes’ el concepto de autor ya que existían varias expresiones posibles, como se observa al comienzo de este apartado: sujeto activo, autor, agente, perpetrador; cada una con contenidos diferentes y, a veces, contrapuestos. Por tal razón se consideró como el más aconsejable el término ‘*autor*’, pero con la aclaración acerca de la neutralidad del término, en donde no se involucra la responsabilidad.

b.3. Algunas precisiones sobre quién es ‘*autor*’

Otrora la pregunta se dirigía a saber quién era el destinatario de la norma, lo cual fue superado al encontrar que la ‘norma’ como tal tiene por destinatario a la comunidad: El particular o el agente estatal o servidor público.

Existe la posibilidad de que un comportamiento sea realizado por una o varias personas, en concurso necesario o eventual, lo que permite establecer la posibilidad de concurso de personas o coparticipación, *vr. gr.*, de los ‘crímenes de guerra’.

Con respecto a la capacidad, sin calificaciones, vale decir, sin que entremos en la discusión de la capacidad de pena, de delito o de acción, que en la literatura

44 En documento de la ONU, “Elementos de los crímenes” (PCNICC/2000/INF/3/Add.2) www.un.org

jurídica se observa inquietud en cuanto se refiere a la capacidad de los indígenas, de las personas jurídicas y de los menores de edad.

En el ‘sistema’ que estamos comentando de la corte global tal preocupación no figura, salvo, que se pudiera realizar una reflexión con respecto a la inimputabilidad.

En relación con las personas jurídicas, en el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’ la responsabilidad del Estado, como dejamos planteado, queda indemne, es decir, es posible deferir al Estado responsabilidad por infracciones de la competencia de la Corte Penal Internacional, por los canales y formas tradicionales.

En cuanto a los menores, la posición asumida en el ‘Estatuto de Roma para la Corte penal Internacional’, es de exclusión, veamos:

“Artículo 26. *Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte.*

La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen”.

Tal dispositivo es, sin duda, la aplicación de los documentos e instrumentos internacionales que hacen referencia a los derechos y la protección especial del niño.

c. De los componentes de un concepto omnicomprendivo de ‘autor’

c.1. En cuanto a la justificación del hecho

El ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’ ubica dichas permisiones dentro del contexto de la exoneración del comportamiento, de la siguiente manera:

“Artículo 31. *Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.*

1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

a) (...)

b) (...)

c) Actuar razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado;

d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá:

- i) Haber sido hecha por otras personas; o
- ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

2. (...)

3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de procedimiento y prueba”.

c.2. La ‘orden’ y la responsabilidad del superior⁴⁵

c.2.1. La ‘responsabilidad del superior’ se observa de la siguiente manera

En el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’ no existe posibilidad de eximir de responsabilidad a quienes actúen en cumplimiento de una ‘orden’, ni podrán los ‘superiores’ por dicha circunstancia quedar exentos de responsabilidad.

45 Crf. AMBOS, KAI, *Temas del derecho penal internacional*, traducción de FERNANDO DEL CACHO, MÓNICA KARAYÁN y ÓSCAR JULIÁN GUERRERO, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, págs. 22-45.

El antecedente próximo se encuentra en las reglas y normas del tribunal *ad hoc* de la ex Yugoslavia⁴⁶ y Ruanda⁴⁷.

El ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’⁴⁸, ordena:

“Artículo 28. *Responsabilidad de los jefes y otros superiores*.

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

46 Véase: www.derechos.org/nizkor/

Artículo 7. *Responsabilidad penal individual*.

1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.

2. 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.

3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.

4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia”.

47 Véase: www.derechos.org/nizkor/

“Artículo 6. *Responsabilidad penal individual*.

1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.

2. 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.

3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o lo había cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido o para castigar a los autores.

4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional para Ruanda lo estima conforme a la justicia”.

48 En documento de la ONU A/CONF.183/9, “Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional”, www.un.org

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

Esta cláusula, que por necesidad hemos transcrito, posee los siguientes elementos de interés:

- Es cláusula positiva, es decir, su redacción aporta no sólo la verificación y constatación de la responsabilidad personal, sino que tal responsabilidad personal o individual se ve reforzada, en los casos y para los alcances que pasa a determinar.
- El destinatario, en primer término es, sin duda, el ‘*jefe militar*’, expresión que no distingue ni realiza diferencia con relación a las fuerzas a las cuales pertenezca. En otros términos, el destinatario es el jefe militar a secas, sea cualquiera su pertenencia, lo cual indica que el debate no se encuentra en punto de legitimidad o poder legítimo al cual se represente, o a nombre del cual se actúe, sino el hecho de ostentar la calidad de jefe militar, lo que hace que sea evidente una aplicación obvia, y a veces necesaria, de los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales.
- Debe existir una relación causal entre el ‘poder’, vale decir, la actitud y actividad como jefe militar y la realización de la conducta de competencia de la Corte Penal Internacional: “*por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo*”.

- Nexo de causalidad que se condiciona al conocimiento o al hecho del deber saber, indica una posibilidad o disposición de conocimiento de las circunstancias, que sólo reproduce y refuerza el prisma de la realización del hecho “*por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo*”; y, la realización de una omisión, que constituye su punibilidad y reproche: “*No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión*”, lo que demuestra que, nos hallamos en presencia de una omisión pura o de una acción por omisión, que tanta dificultad ha encontrado en la doctrina, máxime cuando se habla de aquiescencia; o, “*para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento*”, que es norma relacionada con el deber de denunciar, situación que no posee dificultad alguna. Sin embargo, no se exige lo imposible, pues el límite de la responsabilidad se encuentra en lo necesario y lo razonable bajo la expresión “*a su alcance*”, factor que, en verdad, es atendible al caso concreto y en la ruta del factor probatorio, pues no existe ni puede existir un nivel general de medición.
- Además, la norma no sólo tiene por destinatario al jefe militar, de quien ya hemos hablado, sino, además, al ‘superior’ lo que constituye y precisa la línea de mando y, por ello, de responsabilidad. Por ello, la ruptura de dicha postura de poder, no es óbice para el estudio y reflexión de la responsabilidad.
- La responsabilidad en tal caso, se presenta con respecto a un especial nexo causal: el tener conocimiento o deliberadamente hacer caso omiso de la información de la existencia de un crimen de competencia de la Corte, lo que indica una omisión o una aquiescencia; el hecho de tener relación dicha conducta con las actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y, no haber adoptado las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir, o para colocar los hechos en conocimiento de la autoridad competente para su investigación y enjuiciamiento.
- Por último, se ha de decir que evitar la investigación y enjuiciamiento de los hechos, será factor fundamental a efecto de la admisibilidad del caso.

Sin duda, en términos técnicos, el ‘jefe militar’ o el ‘superior’ en el contexto de la norma en estudio, no es en sí el autor pero participa de la comisión del hecho, por su acción u omisión, por su omisión impropia o por su aquiescencia. Reiteramos que el destinatario de la ‘norma’ no son sólo las fuerzas regulares o ‘legítimas del Estado’ sino todas las fuerzas en general.

Surge la pregunta sobre si tal dispositivo y ampliación de la responsabilidad es sólo para los ‘crímenes de guerra’ y la respuesta debe ser negativa, no sólo por el

contexto de la protección general de la ‘población civil’, como se propone en el ‘estatuto’, sino que de la misma norma se extrae su aplicación:

“Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente estatuto por crímenes de la competencia de la Corte (...)”.

c.2.2. La ‘orden’ es regulada de la siguiente manera en el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’

“Artículo 33. *Órdenes superiores y disposiciones legales.*

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiera que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”.

Tenemos:

- La cláusula trascrita, al igual que en el ordenamiento interno, inicia con una redacción negativa a la permisión, es decir, la exclusión de permisión en ciertos casos.
- Al igual que lo que ocurre con la responsabilidad del superior y jefe militar, en el marco transcrito, se insiste, en la existencia de tres requisitos acumulativos: el encontrarse obligado por ley a obedecer; el no conocer que se trataba de una orden ilícita; y, que la orden no sea manifiestamente ilícita.
- En consecuencia, la permisión o justificación es viable y admisible cuando se obedece, por disposición de ley una orden, no se conoce su ilicitud y, ella, la orden, ‘a primera vista’⁴⁹ es lícita.

49 Expresión que se ha de manejar en el caso concreto.

Es de resaltar que la regulación internacional se acerca en todo a los contenidos y dirección ofrecida por nuestra Corte Constitucional^{50 51}.

c.2.3. En conclusión.

En el ‘sistema’ el término *autor* es absoluto e incluye todas las personas aun las que están o se encuentra fuera de la legalidad. Veamos:

“(…) el concepto formal de orden en el derecho internacional ha sido superado (casos *Celebici y Aleksovski* en el Tribunal penal *ad hoc* para la ex Yugoslavia) para abarcar los mandatos emanados de estructuras informales de mando (guerrilleros, parte adversa militarmente organizada) donde no existe un deber normativo de obediencia (no hay orden en sentido formal), pero hay fuerzas armadas jerárquicamente organizadas”⁵².

c.3. Los fueros y las inmunidades.

En el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’, no se admite privilegio alguno, ni trámite especial, ni proceso diferencial, ni reducción de pena, ni exoneración, ni constituye una excepción fundamentada en el tratamiento diferencial del derecho interno el hecho de desempeñar un cargo oficial; se aplica entonces integralmente el principio de igualdad ante la ley. Veamos⁵³:

“Artículo 27. *Improcedencia del cargo oficial*

1. 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 la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.

2. *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”.*

50 Para efectos de la aproximación a lo ordenado por la Corte Constitucional, véanse: C-7/93; C-152/93; C-240/94 y, obvio, C-141/95, C-399/95, C-17/96, C-47/96, C-57/96, C-196/97, C-358/97, C-561/97 y C-145/98, entre otras.

51 Sentencia C-578/95.

52 RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, JOSÉ LUIS, “Un estudio sobre la parte general del derecho penal en el Estatuto de Roma: los principios generales de derecho penal”, en *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, coordinada por JUAN ANTONIO YÁNEZ-BARNUEVO, Madrid, 2000, pág. 135.

53 En documento de la ONU A/CONF.183/9 “Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional”, www.un.org

d. Conclusión.

De esta manera queda demostrado el avance que constituye, en contra de la impunidad el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’, en cuanto y en tanto traza una responsabilidad personal omnicomprendensiva y por lo tanto, sin excepción alguna. Ningún antecedente lo registra de esa manera.

III. DE LA CULPABILIDAD Y EL ‘SISTEMA PENAL DE ACTO’

3.1. Presentación

El ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’ sigue la línea adoptada por muchos países, entre otros Colombia⁵⁴, del ‘sistema de derecho penal de acto o de hecho’, por lo tanto, se observa y aplica el principio de culpabilidad y en sede de culpabilidad, si se toma en sus formas, reconoce y regula solamente el dolo; o la estructura del delito intencional, para aparejar otras formas de manejo dogmático.

3.2. De la norma

El planteamiento se deriva de la simple lectura del artículo 30 del ‘estatuto’, que ordena:

“Artículo 30. *Elemento de intencionalidad.*

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de

54 Artículo 29 de la Constitución Política.

los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido”.

3.3. Contenido y alcance

De la estructura encontrada y regulada por el ‘estatuto’, es necesario, según lo observamos cuando hicimos referencia al autor, al partícipe y a los diseños que a partir de dichos conceptos se elaboran, la inclusión dentro de este marco del dolo, del dolo eventual, ceñido a la realización directa, mediata del hecho, en coautoría, por acción u omisión y, en fin, en el caso de la aquiescencia.

Fijar una estructura total y rígida no es posible; ello será trabajo de la corte global. No obstante, lo que es perfectamente viable es aceptar que el ‘estatuto’ considera el crimen dentro de lo que podríamos llamar estructura del crimen por la conducta intencional, no resultando acorde y coincidente la sola referencia del dolo como forma de culpabilidad.

3.4. De las circunstancias eximentes de responsabilidad

Sin perjuicio del planteamiento anterior y de la consideración de eximir de responsabilidad por lo que tradicionalmente se denomina justificación del acto, o causal de justificación o atipicidad conglobante, nos referiremos a la posibilidad de otorgar a una circunstancia subjetiva, el alcance de eximente de responsabilidad, que dista de la posibilidad de reconocer la existencia del hecho objetivo y se traslada a la reflexión y contenido del principio de culpabilidad. Veamos⁵⁵:

“Artículo 31. *Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.*

1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley;

b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin

55 En documento de la ONU A/CONF.183/9 “Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional”, www.un.org

de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera;

c) (...)

d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá:

i) Haber sido hecha por otras personas; o

ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

2. (...)

3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de procedimiento y prueba”.

En consecuencia:

- Creemos que, por un lado, siguiendo los Principios de derecho penal (favorabilidad), las circunstancias que eximen de responsabilidad penal no son taxativas y, por otro lado y en resalto, como se deduce de la lectura de la norma, las circunstancias eximentes de responsabilidad penal no se encuentran aglutinadas en su totalidad en dicha cláusula.
- Las causales de inimputabilidad, como la enfermedad mental o el trastorno producido por la intoxicación, salvo la inimputabilidad preordenada o *‘actio liberae in causa’*, son circunstancias que eximen de responsabilidad. Allí, pudiera predicarse un concepto de incapacidad de acción relevante al derecho penal, oírgase bien, al derecho penal o de incapacidad de pena, pues la consecuencia no llega a su destinatario.
- La coacción, que podría ser tomada y así también la hemos referenciado, como causal de justificación (estado de necesidad), se presenta como circunstancia

eximente de responsabilidad penal, de la tradicional línea de la inculpabilidad. Allí las categorías se refunden, al encontrar un punto común eximente, pero obvio, necesario es encontrar y resaltar ambas posibilidades, dentro del marco detallado en la norma trascrita, es decir, la expresión ‘*haber sido hecha por otras personas*’ sigue el corte de la causal de inculpabilidad en tanto que, la de ‘*estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control*’, se aproxima más al estado de necesidad.

- Son pues, circunstancias, las aquí referidas que, apuntan al factor subjetivo.
- Por último, la norma determina dos importantes contextos para efectos de reconocer las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, pues se podrán tomar en consideración no sólo otras circunstancias ya que como lo hemos señalado, no son taxativas, sino también aquellas que se desprendan del ‘derecho aplicable’, artículo 21⁵⁶, lo que indica, la aceptación incluso del derecho interno. Por otro lado, las ‘Reglas de procedimiento y prueba’, establecen lo siguiente⁵⁷:

“Regla 80

Procedimiento para hacer valer una circunstancia eximente de responsabilidad penal de conformidad con el párrafo 3 del artículo 31

1. La defensa comunicará a la Sala de Primera Instancia y al fiscal su propósito de hacer valer una circunstancia eximente de responsabilidad penal de conformidad con el párrafo

56 En documento de la ONU A/CONF.183/9 “Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional”, www.un.org Artículo 21. *Derecho aplicable*.

1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos del crimen y sus Reglas de procedimiento y prueba;

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados.

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

57 En documento de la ONU, “Reglas de procedimiento y prueba” (PCNICC/2000/INF/3/Add.1) www.un.org

3 del artículo 31. La comunicación se hará con antelación suficiente al comienzo del juicio, a fin de que el fiscal pueda prepararse debidamente.

2. Una vez hecha la comunicación prevista en la subregla 1, la Sala de Primera Instancia escuchará al fiscal y a la defensa antes de decidir si el defensor puede hacer valer la circunstancia eximente de responsabilidad penal.

3. Si se autoriza a la defensa a hacer valer la circunstancia eximente, la Sala de Primera Instancia podrá conceder al fiscal un aplazamiento de la vista para preparar su impugnación de esa circunstancia”.

Allí se establecen, como se observa, el momento procesal, el rito y la alegación.

3.5. El ‘error’

Colateralmente, se subraya, colateralmente, a las circunstancias que eximen de responsabilidad, se establece en el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’ un manejo y presentación del ‘error’ que merece una especial reflexión. Veamos:

No es del caso entrar en las discusiones de las posturas que constituyen la ‘teoría del error’. Lo cierto es que, la cláusula sobre el denominado ‘elemento de intencionalidad’ (artículo 30), y la aptitud y actitud que se encuentran en la base de las circunstancias eximentes de responsabilidad (artículo 31), examinadas en este apartado, poseen contraportada al primero y extensión al segundo por virtud de la aceptación del ‘error’. Me explico:

El ‘error’ es contraportada del ‘elemento de intencionalidad’ pues lo descarta y, es extensión a la aptitud y actitud establecida por algunas de las circunstancias que eximen de responsabilidad, pues en este caso, producen el mismo efecto, es decir, eximen de responsabilidad. De suerte que el ‘error’, cierra el marco de la responsabilidad y la exoneración.

Por ello, el error de hecho exime de responsabilidad si hace desaparecer el elemento intencional, mientras que el error de derecho, no exime de responsabilidad salvo que quede comprendido dentro de las cláusulas de la orden de superior y disposiciones legales, de que trata el artículo 33. Dice la norma:

“Artículo 32. *Error de hecho o error de derecho.*

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente estatuto”.

Con todo, será extensa la discusión en torno al contenido y dirección de la norma en comentario. ¿Cuál será el alcance de las diferentes presentaciones de error de prohibición o del error de tipo? ¿O, de la posibilidad del error de subsunción con respecto a las Reglas de procedimiento y prueba?, en fin, son varios los interrogantes, ahora sí frente a la ‘teoría del error’, lo cual merece otro análisis, que no en tema de presentación de los institutos.

3.6. Conclusión

El establecimiento de una tal responsabilidad personal, no puede en contenido penal, adscribirse a manera de ‘responsabilidad objetiva’, por el contrario, el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’ reconoce y se muestra afecto, como se demostró, a un ‘sistema de derecho penal de hecho o de acto’, ‘principio de culpabilidad’ que lo legitima y lo coloca como un bastión de persecución en contra de los graves atentados que son, complementariamente, de su competencia-jurisdicción. Que no exista duda: la lucha contra la impunidad debe realizarse con legitimidad y sin asomo de dubitación; el ‘estatuto’ la posee.

IV. DE LA VÍCTIMA

4.1. Presentación

Es menester por último, pronunciar unas cuantas frases con respecto a la víctima, como que la impunidad posee ahora doliente y no es una simple ecuación estadística de comportamientos no reprimidos.

La Corte funda su existencia y por esta vía su legitimidad, en tratar y lograr, la intervención de la víctima y desde luego, ya no sólo su indemnización, sino algo aferrado a un concepto mayor, su REPARACIÓN.

El tema es de mayor valía en cuanto no existen derecho penal y derecho procesal penal sin respecto a las víctimas, pues la impunidad engendra violencia y una forma para impedirla, entonces, es tratar de resolver el conflicto social que por el delito o crimen se ha creado; sin las víctimas, la venganza pública existe, queda

indemne el dolor y el recuerdo impide la paz; así se deslegitima el derecho y, por supuesto, el derecho penal.

No es ajeno el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’ a este propósito, cuando desde el preámbulo se advierte:

“(…)

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,

(…)”.

4.2. De los derechos de las víctimas en el proceso

a. En el artículo 68 del estatuto se prevé la participación de la víctima en el proceso, de manera genérica, así.

a.1. Cláusula general.

“3. La Corte permitirá, en las *fases* del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de procedimiento y prueba” (bastardilla fuera de texto).

El resalto es conveniente y necesario, pues no se hace referencia al juicio como parte del proceso, sino a las fases, en plural, del juicio, entendido éste en su acepción de ‘fases del proceso’. Por ello, en el estatuto existen citas de intervención, entre otras, las cláusulas especiales, que mencionaremos a continuación⁵⁸.

58 Cfr. SAMPEDRO ARRUBLA, JULIO ANDRÉS, “La humanización del proceso penal: la reformulación del proceso desde la victimología”, (tesis doctoral). PALACIO, MARISOL, *Contribuciones de la victimología al sistema penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001. SOLÉ RIERA, JAIME, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch Editores, Barcelona, 1997.

a.2. Cláusulas especiales.

- a.2.1. Al momento de ser presentada por parte del fiscal la petición de autorización para abrir la investigación, se prevé la intervención de la víctima, conforme a las “Reglas de procedimiento y prueba” (art. 15).
- a.2.2. En la impugnación de la admisibilidad o de la competencia, la víctima puede presentar sus observaciones (art. 19).
- a.2.3. En el trámite y decisión de la reparación también puede participar y allí su intervención debe ser de la mayor valía, pues apunta a la configuración de la responsabilidad y a la demostración del daño, punto de llegada al tema de la “reparación” y su admisibilidad (art. 75).

De interés el observar y resaltar que, cuando se configura un tal instituto de la “reparación”, no nos encontramos con la mera y excluyente indemnización, sino que siguiendo cánones internacionales, la “reparación” es una variante bien que distinta, que no diferente a la indemnización, lo cual quiere decir que no es estricta o exclusivamente dineraria, sino que constituye una pretensión, que puede ser dineraria o de otro contenido no necesariamente económico. En este orden de ideas, la indemnización es una forma de “reparación”, mas no la única, pues se debe atender la pretensión de la víctima.

- a.2.4. En la apelación de la decisión de reparación, de conformidad con las “Reglas de procedimiento y prueba” (art. 82).

b. Desarrollo en las “Reglas de procedimiento y prueba”

- b.1. En las Reglas de procedimiento y prueba se consignó una definición de víctima, siguiendo los antecedentes existentes en instrumentos internacionales (regla 85⁵⁹), así:

“Definición de víctimas

Para los fines del estatuto y de las Reglas de procedimiento y pruebas:

- a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;

59 PCNICC/2000/1/Add.1

b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado al culto religioso, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia o a sus monumentos, hospitales u otros lugares u objetos que tengan fines humanitarios”.

b.2. Desarrollo de la cláusula general (regla 92):

- Para intervenir en las actuaciones, la víctima deberá solicitarlo a la Corte, quien determinará la forma de intervención y el momento para realizarlo. La Sala puede rechazar la solicitud por no cumplir con los presupuestos señalados en la definición. La solicitud puede ser presentada nuevamente. También se puede actuar en su nombre (abogado) y la Corte decidirá el mecanismo de intervención, para asegurar la eficacia del procedimiento (regla 89).
- Podrán elegir su representante legal. Que de ser varios, se fijan reglas para que la actuación no sea en contra de la eficacia del proceso. La víctima sin recursos económicos será asistida (regla 90).
- Se podrá participar en las actuaciones y audiencias, salvo norma en contrario. Para que sea posible interrogar a un perito, a un testigo o al acusado, debe así solicitarse a la Sala. Dichas restricciones no se aplican cuando se está en trámite y diligencia exclusiva de reparación (regla 91).
- A la víctima se le notificarán varias decisiones, entre otras: la de no abrir la investigación o no proceder al enjuiciamiento conforme al artículo 53; la decisión de celebrar audiencia de confirmación de cargos conforme al artículo 61; por Secretaría se le notificarán: las actuaciones de la Corte, la fecha de las vistas o su aplazamiento y la fecha en que se dictará la decisión; las peticiones, escritos, solicitudes y otros documentos relacionados con dichas peticiones, escritos o solicitudes; en caso de que las víctimas o sus representantes hayan participado en una cierta fase de las actuaciones, el Secretario les notificará a la brevedad posible las decisiones que adopte la Corte en esas actuaciones.
- Una Sala podrá recabar observaciones de las víctimas o sus representantes que participen, sobre cualquier cuestión, incluidas aquellas en que se hace referencia a la decisión de no enjuiciamiento (art. 53 y reglas 107, 109), de celebrar audiencia de confirmación de cargos (art. 61 y regla 125), de notificación de cargos (art. 64 y regla 128), de acumulación o separación de cargos (art. 64, regla 136), sobre la decisión de la declaración de culpabilidad (art. 65, regla 139) y seguridades en la cooperación (art. 93, regla 191).
- Podrá, además, recabar observaciones de otras víctimas, cuando proceda.

4.3. En cuanto a la reparación y mecanismos para su consolidación tenemos

- a. En el Estatuto de Roma se tienen las siguientes normas sobre la reparación de la víctima, en tratándose de la ejecución de la sentencia:
 - Sobre el concepto, contenido y alcance de la ‘Reparación’ se tiene el artículo 75⁶⁰.
 - Medidas cautelares por cooperación internacional y frente al acusado o perpetrador, existe desarrollo normativo en el artículo 93.1.k)⁶¹.
 - En cuanto a la cooperación para la medida cautelar y la ejecutabilidad de la sentencia, en los artículos 57.3.e) y 75.4.⁶².

60 Véase PCNICC / 1999/INF./ 3 Estatuto de Roma, artículo 75, “*Reparación a las víctimas*.”

1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del fondo fiduciario previsto en el artículo 79.

3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.

4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 90.

5. Los estados parte darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional”.

61 Véase PCNICC / 1999/INF./ 3 Estatuto, artículo 93 “*Otras formas de cooperación*.”

1. Los estados parte, de conformidad con lo dispuesto en la presente parte y con los procedimientos de su derecho interno, deberán cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte en relación con investigaciones o enjuiciamientos penales a fin de:

a) Identificar y buscar personas u objetos;

b) (...)

k) Identificar, determinar el paradero o congelar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y (...). ”

62 Véase PCNICC / 1999/INF./ 3 Estatuto de Roma, artículo 57. “*Funciones y atribuciones de la Sala de cuestiones preliminares*.”

- La existencia de un ‘fondo fiduciario’, para el manejo y atención de la reparación, consignado en el artículo 79⁶³.
 - La integración económica del ‘fondo fiduciario’, en el artículo 77 y 109⁶⁴.
- b. En las ‘Reglas de procedimiento y prueba, desarrollo del Estatuto de Roma, las Reglas sobre la capacidad de ejecución de las decisiones con respecto a la ‘reparación’ de la víctima, se pueden resumir así:

1. A menos que el presente estatuto disponga otra cosa, la Sala de Cuestiones Preliminares ejercerá sus funciones de conformidad con las disposiciones del presente artículo.

2. (...)

3. Además de otras funciones que le confiere el presente Estatuto, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá:

a) A petición del fiscal, dictar las providencias y órdenes que sean necesarias a los fines de una investigación;

b) (...)

e) Cuando se haya dictado una orden de detención o de comparecencia con arreglo al artículo 58, y habida cuenta del valor de las pruebas y de los derechos de las partes de que se trate, de conformidad con lo dispuesto en el presente estatuto y las Reglas de procedimiento y prueba, recabar la cooperación de los estados con arreglo al párrafo 1 j) del artículo 93 para adoptar medidas cautelares a los efectos de un decomiso que, en particular, beneficie en última instancia a las víctimas”.

(...)

Artículo 75.4. Ya citado.

- 63 Véase PCNICC / 1999/INF./ 3 Estatuto de Roma, artículo 79. “*Fondo fiduciario*.”

1. Por decisión de la asamblea de los estados parte se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias.

2. La Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al fondo fiduciario.

3. El fondo fiduciario será administrado según los criterios que fije la asamblea de los estados parte”.

- 64 Véase PCNICC / 1999/INF./ 3 Estatuto de Roma, artículo 77. “*Penas aplicables*.”

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o

b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de procedimiento y prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

(...).

Artículo 109. “*Ejecución de multas y órdenes de decomiso*.”

1. Los estados parte harán efectivas las multas u órdenes de decomiso decretadas por la Corte en virtud de la parte VII, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe y de conformidad con el procedimiento establecido en su derecho interno.

2. El Estado parte que no pueda hacer efectiva la orden de decomiso adoptará medidas para cobrar el valor del producto, los bienes o los haberes cuyo decomiso hubiere decretado la Corte, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

- Definición y alcance de las funciones del ‘fondo fiduciario’, en la regla 98⁶⁵.
- Normas de cooperación, tanto de localización de la persona, como de ejecución de la sentencia a efecto de la ‘reparación’ de la víctima, en reglas 212 y 217⁶⁶.
- Se establece la orden de transferencia por parte de la Corte al ‘fondo fiduciario’, en las reglas 148 y 221.2⁶⁷.

3. Los bienes, o el producto de la venta de bienes inmuebles o, según proceda, la venta de otros bienes que el Estado parte obtenga al ejecutar una decisión de la Corte serán transferidos a la Corte”.

- 65 Véase PCNICC/2000/1/Add.1, que contiene el “Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición. Primera parte proyecto de texto definitivo de las Reglas de procedimiento y prueba”, regla 98. “Fondo fiduciario.

1. *Las órdenes de reparación individual serán dictadas directamente contra el condenado.*

2. La Corte podrá decretar que se deposite en el fondo fiduciario el monto de la orden de reparación dictada contra un condenado si, al momento de dictarla, resulta imposible o impracticable hacer pagos individuales directamente a cada víctima. El monto de la reparación depositado en el fondo fiduciario estará separado de otros recursos de éste y será entregado a cada víctima tan pronto como sea posible.

3. La Corte podrá decretar que el condenado pague el monto de la reparación por conducto del fondo fiduciario cuando el número de las víctimas y el alcance, las formas y las modalidades de la reparación hagan más aconsejable un pago colectivo.

4. La Corte, previa consulta con los estados interesados y con el fondo fiduciario, podrá decretar que el monto de una reparación sea pagado por conducto del fondo fiduciario a una organización intergubernamental, internacional o nacional aprobada por éste.

5. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 79, se podrán utilizar otros recursos del fondo fiduciario en beneficio de las víctimas” (bastardilla fuera de texto).

- 66 Véase PCNICC/2000/1/Add.1, que contiene el “Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición. Primera parte proyecto de texto definitivo de las Reglas de procedimiento y prueba”. Regla 212. “Información sobre la localización de la persona a los efectos de la ejecución de las multas y órdenes de decomiso, así como de las medidas de reparación.

A los efectos de la ejecución de las multas y órdenes de decomiso, así como de las medidas de reparación ordenadas por la Corte, la Presidencia podrá, en cualquier momento o por lo menos 30 días antes de la fecha de que el condenado termine de cumplir la pena, pedir al Estado de ejecución que le transmita la información pertinente acerca de su intención de autorizar al condenado a permanecer en su territorio o del lugar donde tiene la intención de trasladarlo”.

(...).

Regla 217. “Cooperación y medidas para la ejecución de multas y órdenes de decomiso o reparación.

A los efectos de la ejecución de las multas y de las órdenes de decomiso o reparación, la Presidencia, según proceda, recabará cooperación, pedirá que se tomen medidas de ejecución de conformidad con la parte IX y transmitirá copias de las órdenes correspondientes a cualquier Estado con el cual el condenado parezca tener una relación directa en razón de su nacionalidad, domicilio o residencial habitual o del lugar en que se encuentran sus bienes o haberes o con el cual la víctima tenga esa relación. La Presidencia, según proceda, informará al Estado de los créditos que hagan valer terceros o de la circunstancia de que ninguna persona a la que se haya notificado una actuación realizada con arreglo al artículo 75 haya hecho valer un crédito”.

- 67 Véase PCNICC/2000/1/Add.1, que contiene el “Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición. Primera parte proyecto de texto definitivo de las Reglas de procedimiento y prueba”. Regla 148. Orden de transferencia al fondo fiduciario de las sumas y bienes recibidos a título de multa o decomiso.

4.4. En consecuencia

Entonces ya no es el caso de exigencia al Estado, sino cooperación por parte del Estado y ejecutabilidad de la sentencia frente o con respecto al condenado.

V. DEL REFORZAMIENTO INTERNO AL REFORZAMIENTO DE PERSECUCIÓN

El cuadro del avance contra la impunidad que ofrece el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’, no quedaría completo si no se mencionara, por lo menos, el reforzamiento de persecución que nace del reforzamiento interno. Me explico: ya hemos mencionado la estrategia global contra la impunidad que constituye, en nuestro criterio, una ‘política criminal internacional’ y, a su turno, la hemos clasificado en ‘Política criminal de reforzamiento’ y ‘política criminal de persecución’. Es interesante cómo estas dos manifestaciones se van entrelazando y de una ‘política criminal de reforzamiento’ dentro del Estado, se pasa a un compromiso internacional que puede ser considerado como ‘política criminal de persecución’, pues, con los instrumentos y documentos que vamos a citar, lo que era un compromiso internacional, para ser desarrollado por los estados, se convierte en ‘política criminal de persecución’, pues colaboran y son punto de estrategia para la ‘Corte Penal Internacional’. Veamos:

5.1. En la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, adoptada y abierta a la firma por resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, tenemos⁶⁸

a. Aspectos generales

- Recuerda algunos importantes Instrumentos y documentos, en la lucha contra la impunidad.

“Recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el

Antes de dictar una orden de conformidad con el párrafo 2 del artículo 79, la Sala podrá pedir a los representantes del fondo que le presenten observaciones escritas u orales”.

68 www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de este tribunal, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de *apartheid*, por otra,

Recordando las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, (...)”.

- Se observa que en ningún documento o instrumento solemne e internacional se ha previsto un término límite para la investigación o juzgamiento de estos crímenes.
- Considera que los ‘crímenes de guerra’ y los ‘crímenes de lesa humanidad’ son delitos más graves del derecho internacional.
- La represión efectiva es un elemento importante para la prevención de los crímenes citados y la mejor protección de los derechos humanos.
- Advierte sobre la no muy sólida posición de las regulaciones de derecho interno, en cuanto a la investigación y especialmente acerca de las normas sobre prescripción.

“Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes, (...)”.

b. Contenido

- Se relacionan los crímenes (artículo I).

“Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I)

de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las “infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

- La imprescriptibilidad de los crímenes se aplica, cualquiera que sea el perpetrador: sea a nombre del Estado o realizado por particulares (artículo II).

c. **Conclusión**

La lista, por ser gravosa, se considera taxativa. Frente y con relación al listado, se pensaría que sería menester que el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’ lo hubiese actualizado. Empero, ello no fue necesario pues el ‘estatuto’ describe los crímenes, autoriza la confección de los elementos y sobre ellos ordena la imposibilidad de prescripción, así⁶⁹:

“Artículo 29. *Imprescriptibilidad.*

Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”.

No obstante, la ‘Convención’ sobre la imprescriptibilidad es, a nuestro modo de ver, mucho más estricta desde el punto de vista temporal, pues determina que la imprescriptibilidad se aplica ‘*cualquiera que sea la fecha en se hubiere cometido*’ el crimen, disposición ésta intemporal.

Obsérvese cómo, la ‘convención’, avizora la responsabilidad individual y determina que la imprescriptibilidad se aplica cualquiera sea el perpetrador del crimen.

69 En documento de la ONU A/CONF.183/9 “Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional”, www.un.org

5.2. En los “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad” adoptada por resolución 3074 (XXVIII), de 3 de diciembre de 1973, tenemos⁷⁰

a. Aspectos generales

- Recuerda algunos instrumentos y documentos.

“Recordando sus resoluciones 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969, 2712 (XXV) de 15 de diciembre de 1970, 2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971 y 3020 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972,

(...)

Habiendo examinado el proyecto de principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, (...)”.

- Tiene en cuenta la necesidad de adoptar, en el plano internacional, medidas con el fin de asegurar el enjuiciamiento y castigo de las personas culpables de ‘crímenes de guerra’ y de ‘crímenes de lesa humanidad’

b. Principios y alcance

- Obligación de investigación y juzgamiento, cualquiera sea la fecha en que se cometieron los hechos (principio 1).
- El derecho del Estado de juzgar a sus propios nacionales (principio 2).
- Cooperación internacional para prevenir y reprimir dichos crímenes (principio 3).
- Ayuda en la identificación, detención y enjuiciamiento de los presuntos autores y castigo en caso de resultar responsables (principio 4).
- La extradición, para efectos del proceso y de la sanción (principio 5).

⁷⁰ Véase www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst

- Cooperación en pruebas (principio 6).
- No se concederá asilo con respecto a la persona “de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad” (principio 7).
- El Estado no tomará medidas que contraríen o menoscaben las obligaciones internacionales que hayan contraído, “con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad” (principio 8).

c. Conclusión

El documento es punto indiscutible de observación con respecto al desarrollo de la cooperación en sede la Corte Penal Internacional, como lo detalla y ordena el ‘Estatuto de Roma’.

5.3. En la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, adoptada por resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, tenemos⁷¹

a. Conceptos y alcance

a.1. Víctimas de delitos. Concepto general

“1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembro, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

71 Véase: www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst

3. Las disposiciones de la presente declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico”.

a.2. Acceso a la justicia y trato justo

“4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional”.

(...).

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”.

a.3. Resarcimiento

“8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su

cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

10. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.

11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas”.

a.4. Indemnización

“12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;

b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido”.

a.5. Asistencia

“14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 *supra*”

a.6. Las víctimas de abuso de poder

“18. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

19. Los estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

20. Los estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.

21. Los estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio”.

b. Conclusión

La ‘declaración’, que hemos decidido transcribir, es oportuna e importante para el análisis que estamos realizando. No se trata de observar cuál es la dirección de la norma, en cuanto a la indemnización o reparación, sino en cuanto a la construcción de la figura de persona perjudicada y/o sujeto pasivo del delito. Como se sabe, son dos conceptos diversos pero complementarios que no vale la pena ahora desarrollar,

pese a lo cual diremos que el hilo conductor es el concepto y contenido de lo que se considera víctima, desde luego, para efectos internacionales y con amplias consecuencias a nivel interno.

Víctima, entonces, para efectos de la Corte Penal Internacional, según las Reglas de procedimiento y prueba, siguiendo el antecedente que estamos analizando se define así (regla 85⁷²):

“Definición de víctimas

Para los fines del estatuto y de las Reglas de procedimiento y pruebas:

- a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;
- b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado al culto religioso, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia o a sus monumentos, hospitales u otros lugares u objetos que tengan fines humanitarios”.

En consecuencia, a primera vista se halla una diferencia que implica un contenido diverso, que se explica por la textura y alcance de las figuras contenidas en el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’, pues en esta oportunidad se está construyendo un significado y alcance de la persona que ha recibido el daño y que, como tal, puede ser al mismo tiempo sujeto pasivo y perjudicado. Recordemos que la tutela no es propiamente individual y por ello el concepto de víctima es más omnicompreensivo. Es un concepto diverso del tradicional utilizado en derecho penal.

Debemos, no obstante destacar que desde tal época (1985) se avizoraban tanto la responsabilidad personal como el reforzamiento de la anciana responsabilidad estatal.

Dentro del mismo cuadro, se ha de observar que mediante este marco, se ha de construir el sistema de derecho penal, cuyo centro, como se ha dicho en varias oportunidades, es la víctima; pero, al mismo tiempo, la coincidencia y extensión de la definición, refleja y precisa el concepto y alcance del término ‘población

72 PCNICC/2000/1/Add.1 o en documento de la ONU, “Reglas de procedimiento y prueba” (PCNICC/2000/INF/3/Add.1) www.un.org

civil' (perjudicado) y, en concreto se repite, para estos fines, sujeto pasivo de la conducta.

5.4. En el documento 'La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos'. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) de la Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 49 sesión, punto 9 del orden del día⁷³, informe final que fuera elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la subcomisión⁷⁴

a. De la naturaleza de la acción civil en el proceso penal

- a.1. Concepto tradicional. Desde luego se tiene que la realización de un delito o crimen, es fuente de obligación civil.
- a.2. Concepto de transición. La postura del verdadero restablecimiento del derecho y reparación, como lo ordenan las normas internacionales: El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce el derecho de las víctimas del delito a acceder a la justicia en condiciones de igualdad para obtener "la determinación de sus derechos de carácter civil" que no son otros diferentes al restablecimiento de sus derechos y al resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la conducta dañina y lesiva de los bienes jurídicos tutelados.

b. De la nueva postura

Se transcribe la providencia en cita cuando advierte:

"7. De los derechos que genera la comisión de un delito: 1) Derecho a la verdad; 2) Derecho a la justicia y; 3) Derecho a obtener reparación.

73 Véase: www.unhcr.ch/spanish/html/intlinst ONU - Organización de las Naciones Unidas. ECOSOC - Consejo Económico y Social. Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev. 1, 2 octubre de 1997.

74 Aceptado por nuestro derecho interno, mediante sentencia C-1149/01, referencia: expediente D-3524, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 107, 108 inciso 3º y 305 parcial de la Ley 522 de 1999, MP Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, de fecha 31 días del mes de octubre del año 2001, se tiene una especial indicación con respecto al 'derecho a la verdad y al derecho a la justicia'.

El derecho de las víctimas o perjudicados con el ilícito penal a acudir al proceso penal, comprende tres (3) derechos importantes y que deben ser garantizados por igual dentro del respectivo proceso, a saber: a) Derecho a saber la verdad de los hechos; b) Derecho a la justicia y; c) Derecho a la reparación del daño.

(...).

“A. Derecho a saber

17. No se trata sólo del derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad. El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones. Como contrapartida, al Estado le incumbe, el “deber de recordar”, a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse. Tales son los principales objetivos del derecho a saber como derecho colectivo.

(...).

B. Derecho a la justicia

1. Derecho a un recurso equitativo y efectivo

26. Implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso equitativo y efectivo, sobre todo para lograr que su opresor sea juzgado y obtener reparación. Conforme se indica en el preámbulo del conjunto de principios, no existe reconciliación justa y duradera si no se satisface efectivamente la necesidad de justicia; el perdón, acto privado, supone, como condición de toda reconciliación, que la víctima conozca al autor de las violaciones y que éste haya tenido la posibilidad de manifestar su arrepentimiento: en efecto, para que pueda ser concedido el perdón, es menester que haya sido previamente solicitado.

27. El derecho a la justicia impone obligaciones al Estado: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si se establece su culpabilidad, hacer que sean sancionados. (...).

28. La competencia de los tribunales nacionales debería, por razones de principio, seguir siendo la norma, pues toda solución duradera implica que su origen esté en la propia nación. Pero con demasiada frecuencia ocurre, desgraciadamente, que los tribunales nacionales no están aún en condiciones de impartir una justicia imparcial o les resulte materialmente imposible desempeñar sus funciones. Entonces se plantea la difícil cuestión de la competencia de un tribunal internacional: ¿deberá tratarse de un tribunal especial del tipo de los que se crearon para las violaciones cometidas en la ex Yugoslavia

o en Rwanda, o bien de un tribunal internacional permanente, como el proyecto que ha sido presentado recientemente a la Asamblea General de las Naciones Unidas? Sea cual fuere la solución que se adopte, las normas procesales deben responder a los criterios del derecho a un juicio imparcial. No cabe juzgar al que haya cometido violaciones si no respeta uno mismo los derechos humanos.

29. Por último, los tratados internacionales de derechos humanos deberían contener una cláusula de “competencia universal”, que obligue a cada Estado Parte, bien a juzgar o bien a extraditar al autor de violaciones y es menester, además, que exista la voluntad política de aplicar dichas cláusulas. Se comprueba, por ejemplo, que las recogidas en los convenios de Ginebra de 1949 relativos al derecho humanitario o en la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura casi nunca han sido aplicadas.

2. Medidas restrictivas que se justifican por la lucha contra la impunidad

30. Cabe aplicar medidas restrictivas a ciertas normas de derecho, con miras a mejorar la lucha contra la impunidad. Se trata de evitar que esas normas sean utilizadas de forma que se conviertan en un incentivo a la impunidad, obstaculizando así el curso de la justicia. Fundamentalmente:

- a) Prescripción (...)
- b) Amnistía (...)
- c) Derecho de asilo (...)
- d) Extradición (...)
- e) Procesos en rebeldía (...)
- f) Obediencia debida (...)
- g) Leyes sobre arrepentidos (...)
- h) Tribunales militares (...)
- i) Principio de inamovilidad de los jueces (...)

C. Derecho a obtener reparación

40. El derecho a obtener reparación entraña medidas individuales y medidas de alcance general y colectivo.

41. A escala individual, las víctimas, ya se trate de víctimas directas o de familiares o personas a cargo, deberán disponer de un recurso efectivo. Los procedimientos aplicables serán objeto de la más amplia publicidad posible. El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima. De conformidad con el Conjunto de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, establecido por el Sr. THEO VAN BOVEN, relator especial de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/1996/17), este derecho comprende los tres tipos de medidas siguientes:

a) medidas de restitución (cuyo objetivo debe ser lograr que la víctima recupere la situación en la que se encontraba antes);

b) medidas de indemnización (que cubran los daños y perjuicios físicos y morales, así como la pérdida de oportunidades, los daños materiales, los ataques a la reputación y los gastos de asistencia jurídica); y

c) medidas de rehabilitación (atención médica y psicológica o psiquiátrica).

42. A nivel colectivo, las medidas de carácter simbólico, en concepto de reparación moral, como el reconocimiento público y solemne por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas, y las erecciones de monumentos facilitan el deber de recordar. En Francia, por ejemplo, ha habido que esperar más de 50 años para que el jefe de Estado reconociera solemnemente en 1996 la responsabilidad del Estado francés en los crímenes cometidos contra los derechos humanos por el régimen de Vichy entre 1940 y 1944. Cabe citar igualmente las declaraciones de esa misma naturaleza formuladas por el presidente del Brasil, Sr. CARDOSO, respecto de las violaciones cometidas en el país bajo la dictadura militar. Merece destacarse especialmente la iniciativa del Gobierno español, que acaba de reconocer la calidad de excombatientes a los antifascistas y miembros de las brigadas internacionales que, durante la guerra civil, lucharon en el campo republicano”.

Asimismo en el anexo 1 del mismo informe se enuncian y desarrollan una serie de principios para la “Protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” que se refieren a cada uno de los derechos de las víctimas del delito, y en los que tienen que ver con el “derecho a obtener reparación” se expresa:

“III. Derecho a obtener reparación

A. Principios generales

Principio 33 - Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar

Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor.

Principio 34 - *Procedimientos de recurso en solicitud de reparación*

Tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz, que incluirá las restricciones que a la prescripción impone el principio 24; en el ejercicio de dicho recurso, debe beneficiarse de una protección contra actos de intimidación y represalias.

El ejercicio del derecho a obtener reparación comprende el acceso a los procedimientos internacionales aplicables.

(...).

Principio 36 - *Ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación*

El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de satisfacción de alcance general, como las previstas en el Conjunto de principios y directrices fundamentales sobre el derecho a obtener reparación (véase el párrafo 41 *supra*).

En los casos de desapariciones forzadas, una vez aclarada la suerte de la persona desaparecida, su familia tiene el derecho imprescriptible a ser informada y, en caso de fallecimiento, se le debe restituir el cuerpo en cuanto se identifique, independientemente de que se haya establecido o no la identidad de los autores y se los haya o no encausado y juzgado”.

c. Conclusión

La actuación o intervención de la víctima en el proceso penal, cualquiera sea su naturaleza, es un derecho prohijado por normas y documentos internacionales, especialmente el ‘derecho a saber la verdad y el derecho a la justicia’.

En suma, la reparación es un derecho, pero no es viable limitarlo a la sola acción para la indemnización, digamos pecuniario, pues se involucran otros derechos también, atendibles y tutelables, como el derecho a la verdad y a la justicia.

VI. CONCLUSIÓN

Son varias las conclusiones. Veamos:

6.1. El ‘Estatuto de Roma para Corte Penal Internacional’ es un instrumento que venía en desarrollo y se encontraba larvado, en los diversos documentos e instrumentos internacionales.

6.2. La creación de una corte global es, sin duda un hito en el derecho internacional y, por supuesto, en el derecho penal.

6.3. La constitución de una corte global es sin duda una aceptación de la existencia de las macrovulneraciones, pero también una estrategia en contra de la impunidad.

6.4. Eclosiona así una estrategia contra el crimen, en reacción multilateral, que supera los mecanismos ofrecidos por el concepto clásico de soberanía y por ello constituye una ‘política criminal’ de la denominada ‘política criminal de persecución’.

6.5. Un avance contra la impunidad, a más de los ya expresados, consiste en el establecimiento de una responsabilidad personal, dejando indemne la responsabilidad estatal.

6.6. La responsabilidad personal, como la concibe el ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’ es, sin duda, omnicomprendensiva, es decir, no acepta prerrogativa o tratamiento diferencial alguno. Nadie escapa a la Corte Penal. Corte que, en verdad, no persigue a nadie, a nadie que no cometa esas macrovulneraciones.

6.7. La responsabilidad personal, hito en el derecho internacional y penal, alcanza a todo actor y coloca de presente la ninguna exoneración por ‘orden’ o aquiescencia; figuras que otrora poseían canales de exclusión de la responsabilidad y la pena en los regímenes internos.

6.8. La responsabilidad personal así concebida se fundamenta en el ‘sistema de derecho penal de acto o hecho’, lo que indica y demuestra que estamos hablando de un verdadero ‘sistema de derecho penal’. Recordemos las normas sobre el aspecto subjetivo y la exoneración.

6.9. Tanto el centro de la discusión como de la protección lo constituye la víctima, es decir, la ‘población civil’. Lo que implica una redefinición del ‘sistema penal’.

6.10. Desde el preámbulo, pasando por los derechos y llegando al concepto de reparación, la Corte Penal posee instrumentos, para resolver el conflicto que por el crimen se configura. No de otra manera se legitima el derecho penal, no de otra manera se evita la regular y normal impunidad: impunidad ya no por ausencia de pena, sino impunidad por ausencia de resolución del conflicto.

6.11. Existe ahora un reforzamiento internacional a la ‘política criminal de persecución’, pues existen documentos e instrumentos internacionales aplicables al derecho interno que serán férreos fundamentos para la Corte en procura de erradicar la impunidad: la imprescriptibilidad, la extradición, identificación de los perpetradores, la renovación de la protección de la víctima y el derecho a la verdad y a la justicia.

6.12. La figura de la imprescriptibilidad, unida a la nueva versión de la ‘cosa juzgada’ o *res iudicata* serán, sin duda, punto de atención y reflexión para los perpetradores y, desde luego para los estados que ‘no pueden’ o ‘no quieren’ investigar y juzgar esas macrovulneraciones. La norma ordena:

“Artículo 20. *Cosa juzgada*.

1. Salvo que en el presente estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”.

COLETILLA

Otra vez: ‘*levantar la reserva*’ de la Corte Penal Internacional

A partir del comunicado de prensa que informa lo que

“constituye un hecho histórico para nuestro país” —al hacer— “entrega formal del instrumento de ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (Min. Relaciones 06 07 2002),

se ha producido gran debate sobre la declaración final que denominan ‘reserva’ o ‘salvedad’ a la competencia de la Corte Penal Internacional sobre los crímenes de guerra, por el lapso de 7 años (artículo 124 del Estatuto de Roma —ER—). Se acusó al gobierno de turno por haber actuado ‘a espaldas del país’, aunque el contenido del artículo 124 (ER) era conocido por el Congreso de la República (que tramitó el acto legislativo y la ley aprobatoria), por la Corte Constitucional (control automático) y consultable en la *web* de Naciones Unidas⁷⁵. No obstante, sin duda, la declaración era —lo es hoy— una potestad del Presidente de la República, como director de las relaciones internacionales. En otras palabras la decisión era de carácter político. Para la Corte Constitucional en trámite de control automático, la razón de la declaración está, según los antecedentes del tratado en

“brindar a los estados parte tiempo suficiente para capacitar a todo su personal militar sobre los requisitos del estatuto con respecto a los crímenes de guerra, ya que algunas de las disposiciones del estatuto podrían ser contrarias a las obligaciones nacionales existentes”⁷⁶.

A su turno, el gobierno recién posesionado, en otro comunicado de prensa expresa su opinión informando que la decisión del gobierno anterior, no implica, obvio,

“dejar en la impunidad los crímenes de guerra a que se refiere el artículo 8 de la Corte (*sic*), ni evitar que sean juzgados, por cuanto dicho juzgamiento compete, en cualquier tiempo, a los jueces nacionales. Sólo cuando la justicia interna no pueda o no quiera juzgarlos podrá conocerlos la Corte Penal Internacional”; —no obstante, agrega—, el “gobierno nacional evaluará el tema” (Min. Relaciones 02, 09, 2002)⁷⁷.

A golpe de cada noticia y de cada tragedia nacional, un amplio sector de la opinión y un gran número de altos funcionarios encargados, especialmente, de velar por la protección de los derechos humanos y de la población civil en general, se manifiestan por el denominado ‘levantamiento de la reserva’ o de la ‘salvedad’.

75 www.un.org.

76 Corte Constitucional, sentencia C-578 de julio 30 de 2002.

77 www.minrelext.gov.co/Noticias/ComunicadosDePrensa

Lo cierto es que, la CPI: surge por la necesidad de luchar contra la impunidad y en atención de la víctima-‘población civil’; su competencia es complementaria, lo que indica que sólo es posible, cuando el Estado no pueda o no quiera investigar, juzgar o castigar los crímenes de su competencia; pero además su competencia es permanente y los crímenes, ante ella, son imprescriptibles; y, en la protección de la ‘población civil’ la descripción de los crímenes es bien que peculiar, pues distingue: población civil como tal (genocidio); violaciones a la población civil, en o por razón del conflicto (crímenes de guerra) y violaciones contra la población civil en general (lesa humanidad). Así lo que se produce es un delicado equilibrio entre los anteriores elementos: el no querer o no poder del Estado, con respecto a la investigación, juzgamiento y condena, posee un doble señalamiento, de una parte, no se consolida la cosa juzgada y al mismo tiempo, es un examen al aparato judicial; la imprescriptibilidad del delito, conduce a la imposibilidad de impunidad, aun con la ‘reserva’ o ‘salvaguarda’ de los 7 años; y, con la forma de estructurar la protección a la población civil, los suspendidos crímenes de guerra, tienen persecución nacional o internacional cuando los hechos están por fuera del conflicto o sin relación con él. Trascurridos los 7 años, la Corte recuperará la competencia, pues no se ha configurado la ‘cosa juzgada’ y la persecución sigue indemne, pues no existe ni siquiera la posibilidad de prescripción. Delicado equilibrio cuyos destinatarios son las partes, es decir, tanto los grupos alzados en armas y como el Estado.

En suma, el problema no es propiamente jurídico, sino exclusivamente político. Siempre lo fue.