

## PROCESOS DE PAZ Y CORTE PENAL INTERNACIONAL

Jan-Michael SIMON

SUMARIO: I. *Planteo del problema*. II. *Cambio del panorama*. III. *Complementariedad*. IV. *Deberes del Estado*. V. *Condiciones excepcionales*. VI. *Reglas concretas para situaciones excepcionales*. VII. *Conclusión*.

### I. PLANTEO DEL PROBLEMA

Uno de los problemas principales en el Estatuto de la Corte Penal Internacional consiste en la relación entre la Corte y un proceso de paz nacional para finalizar un conflicto armado interno. Pese a lo anterior, hasta ahora hay muy pocos estudios —incluso ninguno en castellano— que analice si el Estatuto requiere categóricamente una respuesta penal —incluso una respuesta penal amplia y completa— o, bajo ciertas condiciones, existen otras posibilidades para enfrentar las violaciones e injusticias perpetradas en un conflicto armado interno.

Por ello, es ésta la pregunta central con la cual intentaré analizar en adelante el panorama general de soluciones para la problemática relación entre la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y un proceso de paz nacional.

### II. CAMBIO DEL PANORAMA

Cabe recordar que desde la década de los años ochenta del siglo XX, las amnistías generales y otras medidas diseñadas para que no se aplique una sanción penal —dictadas en una fase de transición política—, en América Latina, eran frecuentes; el panorama de hoy ha cambiado.

Ya no es sólo el Estado el que es responsable internacionalmente cuando viola el deber de reaccionar frente a violaciones de derechos hu-

manos por individuos. Más bien, es el propio individuo el que ahora puede ser responsabilizado penalmente por un organismo internacional creado por los Estados, y este es obviamente la Corte Penal Internacional.

## II. COMPLEMENTARIEDAD

Este sistema internacional no establece una jerarquía de jurisdicción. Más bien, al contrario de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, lo que se establece aquí es un sistema basado en un concepto llamado de “complementariedad”.

Según este concepto, la Corte sólo tiene jurisdicción siempre y cuando la persecución nacional o la decisión de no perseguir muestran que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo una investigación, como también en el caso en que el Estado no esté en las condiciones de hacerlo.

Es específicamente dentro de este sistema que acabo de mencionar, llamado de “complementariedad”, que se plantea la problemática relación entre la Corte Penal Internacional y un proceso de paz nacional.

## IV. DEBERES DEL ESTADO

Sin embargo, antes de analizar cualquier solución a esta relación problemática, debo aclarar cuál es la regla con la que tengo que empezar para elaborar una solución.

El problema para definir si la Corte tiene jurisdicción radica en dos situaciones típicas de un proceso de paz, sobre todo cuando se quiere demostrar que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo una investigación y sancionar a la persona responsable.

### 1. Regla general

Una situación típica de un proceso de paz es la decisión de no aplicar la ley penal ni amplia ni completamente. La otra es la decisión de reaccionar frente a atrocidades con respuestas que ni siquiera pueden ser consideradas como una reacción penal.

En las negociaciones de Roma sobre el Estatuto de la Corte no se llegó a un acuerdo de cómo tratar estas dos situaciones típicas de un proceso de paz que acabo de mencionar.

Es precisamente por esa laguna en el Estatuto que en tanto la Corte no defina el ámbito de su jurisdicción en esta materia, se tiene que partir del siguiente concepto básico: la reacción penal amplia y completa es la regla general, mientras que otras respuestas son consideradas como una excepción.

## 2. *¿Deber categórico de castigar?*

Ahora bien, resulta difícil imaginar que esta regla es de naturaleza categórica. Más bien, una lectura categórica de la regla nos llevaría a un resultado equivocado, igual que una lectura aislada de la parábola de la isla en la obra de Emmanuel Kant, la *Metafísica de la costumbre*, nos llevaría a un resultado incompatible con su filosofía de Estado que tanto ha influido nuestro pensamiento sobre el Estado de derecho.

Y es precisamente en esta obra de Kant donde se encuentra la indicación de cómo debería entenderse el Estatuto de la Corte, cuando la misma se ve confrontada con un proceso de paz. Cito a Kant en la *Metafísica de la costumbre*: “Es precisamente el concepto de hacer las paces el que conlleva la amnistía”.

Por eso, basado en estas reflexiones, lo que se plantea aquí es que mientras el poder de sancionar esté monopolizado por el Estado, es este mismo Estado el que tiene el deber categórico de encontrar una salida al problema de la sanción penal en un proceso de paz, y no un deber categórico de sancionar. Es ésta la conclusión que se puede deducir tanto de la ética del Estado en la obra de Kant, como de un análisis integral del Estatuto, sobre todo del concepto de complementariedad.

## 3. *Salidas al problema de la sanción penal*

Ahora bien, cuando analizamos el problema de la sanción penal en un proceso de paz, el Estado se ve confrontado con dos problemas fundamentales del derecho penal, ambos enraizados en la concepción del propio Estado moderno. Uno —hasta con elementos paradójicos— es el problema del Estado que se ve obligado a sancionar cuando esta misma sanción depende de su capacidad de monopolizar efectivamente el poder. Es decir, cuando se plantea el problema del deber de castigar en una situación de conflicto —que defino aquí como ausencia de la paz—, el problema radica en la propia naturaleza de la sanción penal, la cual tiene como condición la paz en la sociedad.

El otro problema radica en la perspectiva de la víctima y su relación con el victimario, es decir, el conflicto a un nivel micro. No hay pocos que sostienen que el Estado tiene un deber de sancionar como corolario a un derecho de la víctima de ver a su victimario sancionado.

Independientemente de si esto es cierto, lo que sí es seguro es que el problema de la sanción penal aquí también radica en el Estado con la capacidad de monopolizar efectivamente el poder como condición básica del derecho penal. Es decir, la perspectiva de la víctima con su conflicto a un nivel micro tampoco escapa del problema de la paz en una sociedad en conflicto a nivel macro, cuando esta misma víctima exige del Estado una sanción penal. Y es precisamente la tensión entre estas dos perspectivas opuestas, la del Estado por un lado y la de la víctima por el otro, la que me lleva al centro del problema de la sanción penal en el derecho penal internacional.

#### 4. *Justicia restaurativa*

En la política criminal contemporánea, la tensión entre las dos perspectivas opuestas que acabo de mencionar se plantea, entre otros, en los discursos sobre la “justicia restaurativa”, la “conciliación” y las llamadas “penas alternativas”. Todos estos discursos tienen el mismo fundamento. Se trata del creciente escepticismo sobre las posibilidades del Estado en garantizar la paz en una sociedad.

A su vez, este creciente escepticismo se ve alimentado de una forma más radical cuando se trata de violencia de la magnitud de los hechos referidos en el artículo 5o. del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Es por la magnitud de la violencia en los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, su impacto en las víctimas y en las mismas instituciones del Estado, que la función del derecho penal llega a sus límites.

Basta recordar las cifras del genocidio en Ruanda con 800 mil víctimas y 180 mil victimarios calculados, como también las cifras del genocidio en el pequeño país vecino de México, Guatemala, con 200 mil víctimas y un número no calculado de victimarios, para que esta afirmación no se quede solamente en la teoría.

Es por eso que los discursos mencionados en la política criminal contemporánea, como el de la llamada “justicia restaurativa”, con mayor razón tienen su campo de aplicación en el derecho penal internacional.

## V. CONDICIONES EXCEPCIONALES

Dicho esto, no quiero decir que el Estado parte del Estatuto de la Corte sea completamente libre para determinar cómo tratar las violaciones e injusticias en un conflicto armado interno. Más bien, los Estados partes del Estatuto tienen que buscar la decisión para llegar a la paz en una sociedad en conflicto dentro del marco del propio Estatuto.

Este marco legal tiene su base en la diferencia regla y excepción. Por un lado, consiste en la regla general de la respuesta penal amplia y completa, y por el otro por la necesidad de buscar una alternativa a esta regla.

Ahora bien, la excepción a la regla de la reacción penal amplia y completa tiene que ser justificada, siempre tomando en cuenta que las condiciones para esta justificación varían de un caso a otro.

Es por las características muy variables de los conflictos en sociedades diferentes que no es posible fijar concretamente las condiciones para justificar una excepción a la regla de la reacción penal amplia y completa.

Ahora bien, lo que sí se puede exigir del Estado es que éste demuestre la necesidad de hacer una excepción a la regla como requisito imprescindible para la estabilidad política, social y económica de una sociedad en conflicto.

Generalmente, esta necesidad es puesta en evidencia en negociaciones de paz y en la suscripción de acuerdos por las partes de un conflicto armado interno con la participación de la sociedad civil y de un mediador, como lo es, por ejemplo, el secretario general de las Naciones Unidas.

## VI. REGLAS CONCRETAS PARA SITUACIONES EXCEPCIONALES

Conforme el Estado logre demostrar esta necesidad de buscar una respuesta excepcional a la regla de la reacción penal amplia y completa, la selección de la reacción apropiada es evaluada en el marco del Estatuto.

En el marco del Estatuto existen tres posibilidades para evaluar la alternativa a la respuesta penal amplia y completa. Una está en las manos del fiscal; la otra en las de la propia Corte, y la última en las del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Primero, es el fiscal quien tiene la facultad discrecional de no abrir una investigación, cuando ésta no asiste al “interés de la justicia”. Segundo, es la Corte quien tiene la facultad para determinar si en el asunto que fue objeto de una investigación y en el

cual no se llegó a una condena se trata de un proceso simulado. Y, tercero, es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas quien puede, con base en el capítulo VII de la Carta, impedir que se inicie una investigación ante la Corte, siempre y cuando se trate de asegurar la paz y la seguridad internacional.

Me referiré solamente a las opciones en manos del fiscal y de la Corte, y queda para otra oportunidad la discusión de las posibilidades del Consejo de Seguridad, lo que implicaría más que nada un análisis del derecho internacional público.

### 1. *Artículo 53 del Estatuto*

En el caso del fiscal, nos enfrentamos con el problema de la noción de “interés de la justicia”, sobre todo cuando se trata de una respuesta que ni siquiera puede ser calificada de ser una respuesta penal.

La parte del artículo 53 del Estatuto que nos interesa es la siguiente: “Al decidir si ha de iniciar una investigación, el fiscal tendrá en cuenta si... existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”.

Si se atribuye al término “interés de la justicia” una noción restringida, estaríamos solamente incluyendo a la justicia en un sentido de justicia penal. Pero este no parece ser el caso, tomando en cuenta la redacción del artículo 53, pues el texto de dicha norma contempla específicamente que la apertura de una investigación puede ser contraria al “interés de la justicia”, y esto aun cuando las condiciones típicas de la justicia penal, como lo son la gravedad del hecho y los intereses de las víctimas, sean particularmente altos en el caso. Por eso es posible que un proceso pueda ser considerado como de “interés de la justicia”, aun cuando sólo se enjuicia a los principales responsables o, bajo ciertas condiciones, no se enjuicia a nadie.

Ahora bien, reunidas las condiciones de justificación pueden plantearse los siguientes criterios para determinar el margen de discrecionalidad sobre el cual el fiscal de la Corte basaría su decisión de perseguir o no a los infractores:

- Que la medida tomada se base en una decisión democrática.
- Que las víctimas de las violaciones hayan participado activamente tanto en el diseño de la medida como en su implementación.

- Que se hayan investigado todos los hechos de la manera más amplia, exhaustiva y efectiva posible, siempre tomando en cuenta las posibilidades concretas de cada país.
- Que las entidades objeto de investigación reconozcan su plena responsabilidad a través de sus representantes y otros mecanismos idóneos para el efecto.
- Que se realice una depuración en la estructura del Estado cuando éste también es responsable de violaciones, para que éstas no obstaculicen el Estado de derecho.
- Que se repare adecuadamente el daño material de las víctimas. Asimismo, con relación a los daños no vinculados al Estado, que el Estado facilite asistencia material a las víctimas, siempre tomando en cuenta las posibilidades económicas de cada país.
- Que el responsable contribuya directamente a reparar tanto el daño material como el daño moral, ya sea por asumir la responsabilidad individual, pedir perdón, o por medio de actividades o programas específicamente desarrolladas para tal propósito.

Estos requisitos para una respuesta alternativa a la reacción penal amplia y completa pueden hacerse operativos a través de una Comisión de Verdad y Reconciliación, pero también pueden ser puestos en operación por medio de una comisión investigadora de los órganos de justicia o de otras entidades especialmente creadas para este objetivo.

## 2. Artículo 17 del Estatuto

Otra posibilidad para evaluar la alternativa a la respuesta penal amplia y completa está en las manos de la propia Corte. Bajo el régimen de la complementariedad, la acusación tiene la carga de la prueba para demostrar que un caso es admisible ante la Corte.

Hay principalmente dos posibilidades de que la Corte Penal Internacional determine la inadmisibilidad de un caso que es el resultado de un proceso de paz nacional. Primero, se trata de la posibilidad de que la Corte admita el trabajo de una Comisión de Verdad u otro mecanismo parecido como respuesta adecuada a atrocidades perpetradas en un conflicto armado. Segundo, se plantea que el caso no podrá ser procesado por la Corte si ya ha sido procesado penalmente por otro tribunal —*non bis in idem*—.

En otras palabras, mientras que en el primer caso se plantea el problema de la admisibilidad de un caso por el hecho de que una persona no haya sido procesada y condenada “auténticamente”, el segundo se refiere a la inadmisibilidad precisamente porque una persona ya ha sido procesada y condenada penalmente.

### 3. *Artículo 17, párrafo 1, inciso b, del Estatuto*

El primer caso que se plantea aquí fue precisamente expuesto por la delegación sudafricana en las negociaciones de Roma. Esta delegación quería que se reconociera explícitamente la experiencia con la Comisión de Verdad y Reconciliación de su país en el artículo 17 del Estatuto. Sin embargo, la propuesta fue rechazada.

Ahora bien, a pesar de que la propuesta sudafricana fue rechazada, aun así el artículo 17 del Estatuto ofrece a la Corte la posibilidad de considerar el trabajo prevalente de una Comisión de Verdad o de otro mecanismo similar, con el efecto jurídico de que la Corte no ejerce su jurisdicción, bajo tres condiciones: *a)* que se hubieran “investigado” los hechos; *b)* que se hubiera “decidido” no perseguir los hechos; y *c)* que la decisión no haya sido el resultado de la falta de voluntad (o de capacidad) del Estado para llevar a cabo un enjuiciamiento “auténtico”.

#### A. *Investigación*

Resulta cuestionable si la palabra “investigación” puede ser interpretada en el sentido de que no tiene necesariamente que ser una investigación penal. La respuesta a esta pregunta tiene que darla la propia Corte, quien tiene la facultad, siempre dentro de los límites de su mandato, de interpretar las condiciones de su jurisdicción.

De este modo, la Corte podría llegar a la conclusión de que el método de reunir las pruebas y establecer los hechos relacionados con la conducta bajo consideración, para determinar de modo objetivo y de acuerdo con criterios específicos lo que sucedió, es equivalente a una investigación penal.

#### B. *Decisión*

Una vez determinado el ámbito del término “investigación” por parte de la Corte, no resulta difícil determinar el sentido de la palabra “deci-



sión” en el artículo 17 del Estatuto. La palabra “decisión” aquí sólo tiene sentido cuando en el proceso bajo consideración hay más de una opción, es decir, cuando hay una posibilidad de decidir entre el sí y el no de la persecución penal. La función de la palabra “decisión” es, pues, diferenciar entre un proceso abierto y una opción única.

El principal ejemplo de un proceso abierto es el caso de la Comisión de Verdad y Reconciliación en Sudáfrica. En este caso la decisión de renunciar a la persecución penal sólo se daba a cambio de la revelación completa de todos los hechos relevantes en un caso concreto. Es decir, se trata de un proceso abierto que no habría avanzado sin haber estado basado en la amenaza general de la persecución criminal como opción real.

### C. Enjuiciamiento “auténtico”

Ahora bien, falta por determinar cuál es el contenido de la calificación de un juicio como “auténtico”. La función de la palabra “auténtico” es diferenciar entre el proceso de decisión abierto y, según el artículo 17 del Estatuto, un proceso que tiene como único objetivo el de sustraer a la persona de su responsabilidad penal o tiene un objetivo incompatible con la intención de hacer comparecer a esta persona ante la justicia. Esto, independientemente de si el proceso está diseñado para contribuir o no a un objetivo más allá de la respuesta penal, como es el caso del proceso sudafricano, el cual tiene como objetivo declarado la “reconciliación”.

Más bien, lo que interesa aquí son las características genéricas de la respuesta alternativa; es decir, si ésta puede ser considerada como una auténtica alternativa a la luz de la necesidad específica en el caso concreto de un proceso de paz nacional y bajo ciertos criterios mínimos que harían que esta respuesta fuese comparable con una respuesta penal.

Basado en el proceso penal y los estándares internacionales de garantías procesales, pueden plantearse los siguientes criterios sobre los cuales la Corte podría llegar a una decisión de inadmisibilidad.

Esta decisión se fundamentaría en el razonamiento de que en el caso concreto se trata de una medida alternativa comparable a una respuesta con un proceso penal:

- Que la medida alternativa se base en una decisión democrática.
- Que el órgano encargado de implementar esta medida pueda ser considerado independiente. Esto incluye que dicho órgano tenga los recursos suficientes para cumplir con su mandato.

- Que la medida alternativa tenga como objetivo la averiguación de los hechos formulados en una acusación individual, fundado en pruebas y explicable racionalmente.
- Que se respeten los derechos de la persona acusada, como son, principalmente, el principio de inocencia, el *nemo tenetur*, el derecho a la defensa y el derecho a un recurso efectivo.
- Que el proceso que decide sobre la responsabilidad de la persona acusada sea imparcial. Esto incluye que el establecimiento de los hechos y su valorización se lleven a cabo bajo criterios objetivos.
- Que se imponga alguna forma de sanción a la persona responsable de haber perpetrado atrocidades, como es, por ejemplo, el trabajo comunitario.
- Por último, un problema particular referido a la posición de la víctima. Sin poder entrar aquí en una discusión amplia de las funciones del derecho penal, lo que sí debe observarse es que la Corte no podrá basar su decisión de admisibilidad en un concepto más allá de la posición de la víctima en el propio Estatuto.

Es con estos criterios en las manos que la Corte Penal Internacional podrá en el futuro evaluar medidas alternativas a la respuesta penal amplia y completa, como es la Comisión sudafricana de Verdad y Reconciliación, pero también lo son los tribunales *gacaca* en Ruanda.

#### 4. Artículos 17, párrafo 1, inciso c, y 20, párrafo 3, del Estatuto

El otro caso que interesa aquí es cuando una persona haya sido procesada y condenada en un proceso penal y después de ser condenada se tomen medidas, de las cuales las principales son dos: *a)* medidas para que la sentencia condenatoria no sea ejecutada —como, por ejemplo, las amnistías y las medidas de perdón—, y *b)* cuando se determine la suspensión condicional de la ejecución de la pena. En ambos casos se trata de la garantía fundamental del principio *non bis in idem*.

En este caso, según los artículos 17 y 20 del Estatuto, la presunción de inadmisibilidad se mantiene a menos que se compruebe “que el proceso en el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”. Obviamente, estamos aquí ante la misma fórmula que en el primer caso que explique sobre la “autenticidad” del proceso.

En ambos casos el objetivo es evitar que el proceso tenga como único objetivo el de sustraer a la persona de su responsabilidad penal, es decir, evitar procesos simulados.

Por eso los criterios para establecer el verdadero objetivo del proceso son los mismos, ya mencionados, para que una medida pueda ser considerada comparable a un proceso penal y por lo tanto ser caracterizada como “auténtica”.

Además, dentro de la lógica desarrollada aquí tienen que ser los mismos criterios, porque, como es natural, si se aceptan estos procesos atípicos, la garantía del *non bis in idem* también tiene que extenderse a éstos.

## VII. CONCLUSIÓN

El Estatuto de la Corte Penal Internacional no plantea como única respuesta a hechos bajo su jurisdicción la reacción penal amplia y completa. Más bien es el propio Estatuto el que abre la posibilidad para soluciones alternativas a la regla general de la respuesta penal amplia y completa que pueden ser evaluadas con criterios concretos tanto por el fiscal como por la propia Corte.

De este modo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional no solamente responde a las necesidades de un proceso de paz nacional que por su propia naturaleza en muchos casos hace difícil y en ocasiones imposible la reacción penal amplia y completa.

Más bien, la propia Corte Penal Internacional se ve fortalecida frente al poder casi ilimitado del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas bajo el capítulo VII de la Carta y conforme a lo establecido en el artículo 16 del Estatuto de intervenir en la jurisdicción de la Corte con el argumento de garantizar el éxito de un proceso de paz.

Esto porque, siguiendo nuestra argumentación, es la propia Corte la que podrá decidir si un proceso que no implique una reacción penal amplia y completa responde a las necesidades de un proceso de paz, por un lado, y la necesidad de responder a graves atrocidades en un conflicto, por el otro. Fue precisamente esto lo que el secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, quiso expresar en 1998, año en el que concluyó la Conferencia de Roma sobre el Establecimiento de la Corte Penal Internacional. Respondiendo a la indicación de que la implementación de la Corte Penal Internacional podría en el futuro socavar iniciativas de paz,

el secretario general respondió, refiriéndose expresamente al caso sudafricano de la Comisión de Verdad y Reconciliación, que: “es inimaginable que... la Corte intentaría sustituir la decisión de una nación entera que está buscando la mejor manera de dejar un pasado traumático atrás y construir un futuro mejor, por su propia decisión”.