

IMPUNIDAD O INMUNIDAD EN SITUACIÓN DE GUERRA: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO DE IRAQ

Francisco José Falcón Gómez-Sánchez
Director de la Escuela de Derecho de la Facultad de Derecho
Universidad César Vallejo, Trujillo - Perú

SUMARIO: 1.- Introducción 2.- La situación de guerra o casus belli 3.- Los crímenes contra la humanidad 4.- El caso de la Orden 17 (CPA/ORD/17) 5.- ¿Impunidad o inmunidad? 6.- Responsabilidad penal individual 7.- Responsabilidad de los Estados de la Coalición.

1.- Introducción.-

La guerra es definida, usualmente, como la confrontación armada entre dos estados, causada por diferentes motivos. La guerra que ocupa nuestra atención ahora, es la que se desarrolla en el Iraq bajo ocupación armada de las potencias occidentales reunidas en la Coalición de los Estados Unidos de Norteamérica y el Reino Unido de la Gran Bretaña contra ese país y cuyo gobierno ha depositado en manos de la Coalition Provisional Authority (CPA) (Autoridad Provisional de la Coalición) que, aún hoy, "asiste" al gobierno iraquí elegido en últimos comicios populares, a pesar de que los señores Yalal Talabani e Ibrahim Jaafari han sido elegido, el primero, y designado, el segundo, como Presidente Provisional y Primer Ministro del Iraq, respectivamente. El primero de ellos ha estimado, recientemente ⁽¹⁾, en dos años el plazo para que los EEUU y sus aliados se retiren de Iraq lo que augura, todavía, una larga vida a la CPA.

Cuando la guerra oficial, por decirlo así, terminó, las fuerzas armadas del régimen del presidente Saddam Hussein, fueron derrotadas en el campo de batalla en algo más de un mes. La Coalición había ingresado al país por dos frentes y, luego de sucesivas batallas había llegado a tomar Bagdad y, posteriormente, todo el territorio iraquí se sometió a su control. Habiendo obtenido el triunfo militar, quedaban dos tareas importantes por hacer: la primera era la de conformar un gobierno provisional con funcionarios de la propia Coalición que gobernaría al alimón con el designado Consejo de Gobierno Iraquí, hasta que fuera formándose el nuevo gobierno con funcionarios iraquíes elegidos en comicios universales; la segunda, era la de reconstruir lo que había sido destruido por la guerra para lo cual la Coalición entregaría los

(1) El Universal; México, 10/04/05: Edición Virtual

contratos necesarios a empresas que pudieran dedicarse a llenar ese cometido. Ambas tareas serían llevadas a cabo paralelamente para que la conducción del país no se resintiera.

En el mes de junio de 2004, se formó el Gobierno Iraquí Interino y le fueron “entregadas” las potestades de gobierno que se necesitaban para ejercer un poder real, entre ellas, la de soberanía. Pero la CPA seguiría ejerciendo su velada autoridad hasta que, en enero del 2005 se llevaran a cabo las elecciones generales, como en efecto sucedió. En realidad, los poderes entregados al Gobierno Iraquí Interino y los que detenta ahora el nuevo Gobierno elegido, no revisten facticidad real sino solamente simbólica en numerosos aspectos, lo que demuestra que la “soberanía” entregada, desde su inicio, ha sido ficticia y lo sigue siendo ahora, como demostraremos más adelante.

Uno de los aspectos más relevantes del ejercicio de la soberanía es el de poder ejercer la actividad judicial con plena libertad y absoluta independencia de las injerencias de otros poderes o de influencias foráneas dentro del propio territorio. Como correspondería a un país libre y soberano, ese poder del Estado, en Iraq, no está libre de las influencias del invasor y ocupante sino aherrojado por normas compulsivas y determinantes que le limitan muy severamente. Como veremos, una de las situaciones más relevantes de esa imposibilidad de iniciar un proceso o de avocación legítima y legal se observa en los casos de los delitos cometidos por el personal de la Coalición, los que no pueden ser investigados ni menos juzgados por las autoridades judiciales del nuevo gobierno iraquí sino que están sujetos a las jurisdicciones de los países de los que proceden. Como ejemplo de ello tenemos los casos de los militares norteamericanos e ingleses juzgados en los tribunales de sus países de origen por las violaciones a los derechos humanos cometidas en Iraq, irrespetando el principio universal de la territorialidad de la ley penal. Y ese es el tema que intenta abordar nuestra pequeña disquisición.

Pero, empecemos por el principio.

2.- La situación de guerra o “casus belli”.-

La guerra de la Coalición contra Iraq empezó el 20 de marzo y no terminó, con la toma de Bagdad, el 9 de abril de 2003, ni con el anuncio del presidente Bush de la finalización de las operaciones de envergadura, 43 días después de iniciada, sino que continúa hasta hoy convertida en una guerra de guerrillas clásica, urbana y rural, en la que la Coalición y sus aliados de posguerra se encuentran empantanados. A grandes rasgos, la cronología de esta guerra y sus motivos desde la visión del agresor nos es bastante conocida: la búsqueda de supuestas armas de destrucción masiva en territorio iraquí y a expensas del uso de Saddam Hussein, la destrucción de uno de los puntos medulares del “Eje del Mal” y la desactivación de células de apoyo al terrorismo. Pues bien, esta situación nos obliga a remontarnos hasta los orígenes de esa confrontación ancestral y terriblemente humana que ha sido y es la guerra.

Las definiciones son redundantes pero nos sirven para saber que el mismo fenómeno social es aquel que se nos presenta siempre bajo variantes diversas y nuevas. Como bien escribió Juan Bautista Alberdi, “es un desorden social”. Usualmente, “*La guerra es el enfrentamiento armado de grupos humanos organizados, con el propósito de controlar recursos naturales, por razones religiosas o culturales, por mantener o cambiar las relaciones de poder, para dirimir disputas económicas o territoriales, u otras causas. La voz guerra viene del germánico werra con el significado de contienda. En latín se decía bellum y de esa palabra ha quedado en castellano o español las voces bélico, beligerante, belicoso, belicista, belígero*”⁽²⁾.

Von Clausewitz en “De la Guerra” la define así: “*La guerra no es otra cosa que un duelo en una mayor escala. Si concebimos como una unidad el número de duelos que hacen una guerra, coincidiremos en que lo haremos mejor imaginándonos como luchadores a brazo partido. Cada uno empleará su mejor esfuerzo para compeler al otro bajo su fuerza física y someterlo a su voluntad: su primer objetivo es vencer a su adversario y hacerlo incapaz de ulterior resistencia*”⁽³⁾ y Sun Tzu, otro clásico de la guerra, como: “*...un asunto de vital importancia para el Estado; un asunto de vida o muerte, el camino a la supervivencia o la destrucción*”⁽⁴⁾.

El concepto que de ella tenemos según el Derecho Internacional Humanitario es aquel conflicto armado internacional en el que participan, por lo menos, dos Estados. La insurgencia puede dar lugar a un estado de guerra si es que el pueblo, armado, reacciona contra una fuerza de ocupación que viola su territorio soberano, así no esté constituido como gobierno reconocido oficialmente. La guerra, o el estado de guerra, en este caso es fáctico, se da de hecho sin esperar a definiciones que la circunscriban o declaraciones que la inicien. ¿Será justa esa guerra provocada por la insurgencia?

Sabemos lo que es la guerra en sí, lo que acarrea y lo que deja. Pero, el concepto de la “guerra justa” es antiguo y discutible aún ahora. Mucho se ha hablado y escrito sobre ella y no es necesario aquí aumentar las discusiones sobre ese punto. Pienso que solamente será objetivo ver algunos aspectos del concepto para ver si aplicaría al conflicto que ahora nos interesa y desde qué perspectiva. El concepto de la “guerra honorable” parece surgir de la mente privilegiada de Aristóteles. Se inclina por regular los actos que devienen de ella dado que sus consecuencias son duras para los hombres. San Agustín de Hipona retoma el concepto y llega

(2) Disponible en: es.wikipedia.org

(3) Clausewitz, Carl Von; “On War”; Book I, Chapter I, On the Nature of War; Definition. Disponible en: <http://www.clausewitz.com/CWZHOME/On-War/Bk1ch01.html>

(4) Tzu, Sun; “El Arte de la Guerra”; Estimaciones; traducción al español por Antonio Rivas; disponible en www.gorinkai.com

a desarrollarlo de manera que se entienda de ella una guerra reparadora de injusticias. San Isidoro de Sevilla agrega el concepto del aviso previo y la recuperación de los bienes perdidos como condiciones para que la guerra sea considerada justa. Teólogos y pensadores de la talla de san Isidoro de Sevilla, santo Tomás de Aquino, Francisco de Vittoria, y otros posteriores han estudiado profundamente el concepto de la guerra justa y siempre se ha encontrado una causa basada en la ética o en la moral para hacer la guerra, en suma, la defensa propia del estado o la defensa de la supervivencia del pueblo cuando se refiere a la insurgencia de éste frente a un poder injusto que oprime su libertad o trata de imponer su modo de vida.

La oposición de las causas es aquí lo esencial; la oposición de lo justo contra lo injusto. Esta dualidad, sin embargo, nos deja la duda de siempre: ¿quién defiende lo justo y quién lo injusto?, ¿qué es lo justo y qué lo injusto? Obviamente hay veces en que las injusticias son tan plausibles que no nos cuesta mayor trabajo diferenciarlas de los actos justos, pero en algunas otras no. Es en aquellos casos limítrofes en donde la ética o la moral de los contrincantes debe primar. Pero, quizá esto es mucho pedir para la naturaleza humana. ¿Habría quien resignara, sin luchar, sus derechos por saber o estimar mejores los de su oponente?

Aún así, la guerra debe librarse de acuerdo con ciertas normas consensuadas por los beligerantes o lo que se llama "Derecho de Guerra". No es posible discernir con propiedad hasta dónde ése derecho es atendido por los beligerantes y cuándo es transgredido si esas normas no se obedecen con rigurosidad. Los antiguos romanos desarrollaron el *ius ad bellum* más como una competencia o atribución del estado para hacer la guerra en sí que como una legitimación de sus causas. El moderno *ius in bello* ya distingue otros matices que se refieren más a los límites del derecho de la guerra como la conducta y las responsabilidades de los estados involucrados en el conflicto, las de los estados que no intervienen y las de los particulares. Nacen así los derechos y obligaciones que es necesario respetar también *durante bello*, esto es, en el proceso de la conducción de la guerra. ⁽⁵⁾

En el caso que nos ocupa, se conjugan los conceptos de guerra justa y de guerra preventiva, o lo que es lo mismo, la Coalición hace la guerra al Iraq por considerarla como un acto de justicia para defender al mundo occidental de ataque de armas de destrucción masiva o del terrorismo árabe y, consecuentemente, inician esa guerra antes que el Iraq o los terroristas se la inicien a ella. El Iraq asume esa guerra convencional, la pierde en los campos de batalla y la continúa en su propio suelo combatiendo la ocupación extranjera.

(5) Koch, Robert; "Origen de la pareja terminológica ius ad bellum/ius in bello"; Revista Internacional de la Cruz Roja; No. 143, pp. 589-598, 1997

¿Existe, en este momento, un estado de guerra en Iraq? Por lo expuesto, creemos que sí y que esa guerra también es justa no desde el punto de vista de la Coalición sino desde la posición de la insurgencia iraquí que pugna por ver a su país libre del invasor.

3.- Los crímenes contra la humanidad.-

Para situarnos en la posición exacta, no estamos frente a una guerra convencional en progreso. Esta ya finalizó oficialmente a principios de mayo del 2003, a decir de las mismas autoridades que lideran la Coalición. La que sigue hasta ahora es la guerra escondida, la consecuencia de ocupar un país dividido políticamente, que no se doblega, y que surge a diario en acciones de fuerza contra las tropas de ocupación a pesar de los deseos de sus dirigentes oficiales. Pero es una guerra real y cruel como todas las guerras.

Las acciones bélicas de ataque y defensa por ambos bandos se suscitan todos los días y las acciones de prevención de las fuerzas de ocupación también. En estos continuos enfrentamientos mueren inocentes, mujeres, hombres, niños y ancianos no beligerantes que se encuentran ante la fatalidad y entre dos fuegos. ¿Quién responderá por esas muertes?

Los crímenes de lesa humanidad están codificados en el artículo 7 del Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en el artículo 8 de la misma norma. Ambos fueron definidos de forma primigenia por la Carta de Creación del Tribunal Penal Militar Internacional de Nuremberg, (Acuerdo de Londres de 1945), que incluyó también los crímenes contra la paz. Los dos primeros conceptos fueron ampliados y perfeccionados posteriormente por los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda hasta llegar a la configuración final que se observa en el Estatuto de Roma. Los primeros pueden ser cometidos antes o después de una guerra e importan una gravísima violación a los derechos de las personas y tienden a hacer imposible la convivencia natural de una colectividad; importan, adicionalmente, una violación que infama a quien la comete y que no solamente le señala severamente sino que afecta a la naturaleza de todo lo humano poniéndonos en el camino de la deshumanización.

Quien así actúa, conscientemente, retuerce los principios naturales de bien que existen en el hombre, deja de ser tal para convertirse en un ser dominado por sus miedos o por sus demonios y aparta de sí toda huella de buena voluntad y de respeto a sus deberes. Entendemos que pueden ser civiles o militares expuestos a una situación límite y que las reacciones que procedan de ellos sean impensables en momentos de tranquilidad pero que son disparadas por esa misma situación que viven. Aún así, aún en esos momentos difíciles y cruciales el hombre puede mantener su voluntad incólume si se esfuerza en hacerlo.

Para que se tipifiquen los crímenes de lesa humanidad es necesario que concurren tres condiciones: 1) ataque a una población civil, 2) que este ataque sea realizado en forma sistemática o generalizada y, 3) que haya conocimiento de dicho ataque (por parte de los

atacantes, por supuesto). Los once tipos de actos delictivos que pueden cometerse se subsumen en estas tres condiciones. En tal sentido, el asesinato, la tortura, la encarcelación con grave desmedro de las normas fundamentales de derecho internacional y los abusos sexuales, son crímenes de lesa humanidad que se practican en el Iraq de hoy por parte de las fuerzas de la Coalición. Recordemos el ejemplo de la prisión de Abu Ghraib y de los torturados en ella que han merecido amplia cobertura de la prensa internacional o el caso aquel del herido iraquí rematado por los soldados norteamericanos después de terminados los combates callejeros ⁽⁶⁾. Y, éstos son solamente los casos conocidos, ¿y los otros? Ahora bien, ¿existen las tres condiciones para que se configuren? Creo que sí.

A saber, los ataques de las fuerzas multinacionales, después de terminada la guerra “oficial”, han sido dirigidos contra la población civil, de manera generalizada en todo el país y no solamente contra los insurgentes ya que los atacantes no pueden distinguir con facilidad cuáles son los unos y cuáles los otros; los ataques se realizan de acuerdo con programas de “limpieza” sistemática que buscan disminuir la actividad de las facciones de la resistencia y, el conocimiento de que van a realizarse dichos ataques es obvio por parte de las tropas de ocupación que se sujetan a planes militares preconcebidos para este efecto. En estos ataques se producen muertes y capturas. Y no solamente entre los combatientes que se enfrentan en batalla amparándose en su derecho de legítima defensa sino entre la población civil que se encuentra, de pronto, entre los fuegos desatados. Estaríamos, entonces, frente a delitos de lesa humanidad como los que ilustran el final del párrafo anterior.

Los crímenes de guerra tienen otra connotación jurídica. Están señalados en el inciso 2, apartados a), b), c) d), e) y f) del artículo 8 del Estatuto de Roma e incluyen la violación a las leyes y/o a las costumbres de la guerra contra personas o bienes de uno u otro de los beligerantes. La amplísima relación que de ellos se hace no trata de ser analizada en este trabajo. Nos referiremos liminarmente a aquellos incluidos en los dos primeros incisos que afectan a conflictos internacionales, como en este caso de la guerra entre la Coalición e Iraq. Pensamos que estos delitos se cometen en el Iraq actual y demuestran conductas ilícitas contempladas en la normatividad internacional, como los de matar intencionalmente, tortura y tratos inhumanos, infligir deliberadamente graves sufrimientos, destrucción de bienes, privación de juicios justos e imparciales a prisioneros de guerra, lanzamiento de ataques a sabiendas de que causará pérdida de vida o lesiones a civiles y tratos humillantes o degradantes,

(6) “Irak- Una Corte Militar destituye a un soldado de EEUU por rematar a un iraquí herido pero no le condena a pena de cárcel”; Wiesbaden, Alemania; 1 de Abr. (EP/AP); Disponible en: <http://www.europapress.es>

Los crímenes de guerra tienen larga data en la historia y se han documentado casi desde siempre. Esto demuestra que la actitud básica del ser humano no ha cambiado sustancialmente cuando se ve sometido a experiencias tan traumáticas como las guerras. Es por esa razón que desde hace milenios el hombre ha tratado de atenuar los estragos de las contiendas propiciando el establecimiento de reglas de conducta que debían regir las acciones bélicas esforzándose, quizá, por humanizarlas. El Código de Hammurabi ya estipulaba que su existencia, en parte, se debía a prohibir que “el fuerte oprima al débil”; aunque en la Biblia se pueden encontrar episodios en los cuales se insta al vencedor a tomar del vencido no solamente la vida sino las propiedades. Alguna excepción a este comportamiento se hace en el Sagrado Corán, en el que, en la Surah xviii, se pretende la expresión de la magnanimidad del vencedor hacia la vida y propiedades del vencido.⁽⁷⁾

A través de los siglos y desde “El Arte de la Guerra”, de Sun Tzu, hasta las Convenciones de Ginebra, de 1949, la preocupación por el castigo a los excesos de los beligerantes contra combatientes o civiles ha sido constante. Como una revisión cronológica enumerativa podemos citar el jus armorum o lex armorum medieval, el Estatuto para el Gobierno del Ejército, de Ricardo II de Inglaterra (1386), las Ordenanzas de la Jerarquía Militar de Carlos VII de Francia (1439), el juicio y ejecución del *Landvogt* Peter von Hagenbach por los crímenes cometidos en el sitio de Breisach (1474), los Artículos sobre la Guerra de Gustavo Adolfo de Suecia (1621), el relevo de mando del Conde Rosen, Mariscal de Francia por Richard Hamilton, decidido por Jaime II de Inglaterra por las atrocidades cometidas en Londonderry (1689), el American Articles of War – Article IX (1776), la United States General Order 100 conocida como el Lieber Code (1883), el castigo del presidente Roosevelt al Brigadier General Jacob H. Smith por la masacre de Samar, Filipinas (1902); la Convención de La Haya (1907), las Recomendaciones de la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre el Cumplimiento de Penas de Versalles (1919), los artículos 228 y 229 del Tratado de Versalles (1919), la Convención de la Cruz Roja (1929); la Saint James Declaration (1942), la Carta de Creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este (Tokio).⁽⁸⁾

Los posteriores Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), han seguido esta evolución y han perfeccionado las intenciones de regular y perseguir con mayor idoneidad y efectividad,

(7) Levie, Howard S., “History of the law of war on land”; International Review of the Red Cross, No. 838, p. 339-350, 2000

(8) Mac Carrick, Gwyn; “History demands that General Wiranto be tried for war crimes”; march 01, 2004; Disponible en: [http:// www.onlineopinion.com](http://www.onlineopinion.com)

respectivamente, los crímenes y los castigos a los violadores de los derechos humanos fundamentales dentro del contexto de los conflictos bélicos.

4.- El caso de la Orden 17 (CPA/ORD/17)

La Coalition Provisional Authority (CPA), en Iraq, emitió, el 27 de junio del 2004, la Orden 17 “Status of the Coalition Provisional Authority, MNF-Iraq, - Certain Missions and Personnel in Iraq – (Revised)”, que, entre otros mandatos, (en traducción libre del autor), estipula lo siguiente:

- a) “La Autoridad Provisional de la Coalición, las Fuerzas Multinacionales, las Legaciones Extranjeras, su personal, propiedades, fondos y caudales y los consultores internacionales serán inmunes a todo proceso legal iraquí. (Sección 2, (1))”;
- b) “Todos los sujetos antes nombrados estarán sujetos a las jurisdicciones exclusivas de sus Estados de procedencia. Serán inmunes a cualquier otra forma de detención o arresto que no provenga de personal de sus Estados de procedencia en los casos de seria inconducta o para prevenir daños personales o a otros. En tales casos será notificado de inmediato el Estado de procedencia.” (Sección 2, (3));
- c) “Los Estados de procedencia del personal de las Fuerzas Multinacionales podrán ejercer, dentro del Iraq, cualquier jurisdicción criminal o disciplinaria conferida a ellos por las leyes de ese Estado sobre las personas sometidas a su fuero militar.” (Sección 2, (4));
- d) “La renuncia a la inmunidad, referida a todos los sujetos a quienes ha sido conferida, podrá efectuarse solamente frente al Estado de procedencia y deberá hacerse por escrito para que sea efectiva.” (Sección 5, (1) y (2)); y,
- e) “Demandas.- Excepto cuando haya renuncia expresa de jurisdicción, las demandas de terceros, incluyendo aquellas sobre pérdida o daños a las propiedades, daños, enfermedades, lesiones o muerte o cualquier otra materia atribuida a actos u omisiones previas de la CPA, Legaciones Extranjeras, Fuerzas Multinacionales, Consultores Internacionales y Contratistas, o cualquier persona empleada por ellos para el perfeccionamiento de sus contratos, que residan en Iraq o no, aunque no estén en directo contacto con operaciones militares, se someterán a la jurisdicción de los Estados de procedencia cuando se alegue que su personal, propiedades, actividades o caudales han causado las demandas por daños de acuerdo con las leyes, procedimientos y regulaciones del Estado de procedencia.” (Sección 18).

Finalmente, la más importante disposición: “Esta Orden entrará en vigencia al día siguiente de firmada. Seguirá en vigencia durante el mandato autoritativo, a las Fuerzas Multinacionales, de

las Resoluciones 1511 y 1546 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y de cualquiera de sus subsiguientes resoluciones. Su vigencia no finalizará hasta la partida del último de los elementos de las Fuerzas Multinacionales de Iraq, a no ser que sea derogada o enmendada por ley formal.”⁽⁹⁾.

Veamos, antes, el marco legal que enclaustra a esta norma y que le asigna su principal carácter. Las Resoluciones a que hace alusión, es decir la 1546, de 8 de junio del 2004, y la 1511, ambas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, son relevantes para la existencia de la Orden 17, sobre todo si ésta última fue emitida el 27 de junio del 2004, es decir 19 días después de adoptada la Resolución 1546. En los acápites 10 al 13 de la primera, se consigna la decisión de autorizar a las Fuerzas Multinacionales a tomar las medidas necesarias para la preservación y mantenimiento de la seguridad en colaboración con el gobierno “soberano” (el entrecomillado es nuestro) de Iraq; en el acápite 1 de la segunda se señala que se reafirma la soberanía e integridad nacional de Iraq pero hace recaer en la CPA las funciones acordadas en la Resolución 1483, es decir las de gobierno del Iraq hasta que se produzca una transferencia real a un gobierno iraquí elegido democráticamente.

La Resolución 1483, acápite 4, insta a la CPA a promover el bienestar del pueblo iraquí y a administrar su territorio en busca de su seguridad y estabilidad y, en la Resolución 1487, acápites 1 y 2, el mismo Consejo de Seguridad, pide, a la Corte Penal Internacional, la suspensión de investigación, persecución y enjuiciamiento por acciones u omisiones contra el personal de los Estados que forman parte de la Fuerza Multinacional y que no sean, a su vez, parte del Estatuto de Roma. Además, posibilita renovar esa suspensión. Esta última es una extensión de la Resolución 1422 del 12 de julio del 2002.

Ahora bien, teniendo en cuenta el tenor del artículo 13 del Estatuto de Roma, las situaciones de investigación pueden ser pedidas por un Estado Parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o el Fiscal de la Corte. El artículo 16 posibilita solamente la suspensión de las investigaciones ya iniciadas y frente a esa solicitud, respaldada en una resolución del CSNU, la Corte suspenderá la investigación hasta por un período de 12 meses en caso de amenazas, quebrantamientos a la paz, o actos de agresión con arreglo a los presupuestos del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

Por otro lado, la Orden 13 – The Central Criminal Court of Iraq (CCCI)-, de la CPA, del 22 de abril del 2004, menciona las limitaciones en cuanto a la ley aplicable en Iraq. Pueden ejercer su atribución, los jueces de la CCCI, siempre que se sujeten a las leyes penales iraquíes ya modificadas por la CPA y con arreglo a la Orden 13 (Sección 4). De igual manera, en la

(9) Disponible en: <http://www.iraqcoalition.org/regulations/>

Sección 13 se dictamina que las penas a imponerse corresponderán a las leyes previamente modificadas por la CPA. Dado que se modificaron los Códigos Penal y de Procedimientos Penales de 1969 y 1971, respectivamente, la independencia del Poder Judicial iraquí se ha visto seriamente limitada al no poder aplicar leyes que hayan sido discutidas ni aprobadas por sus propios representantes sino que han debido someterse a las modificaciones impuestas por el ocupante. ⁽¹⁰⁾

A mayor abundamiento, el 26 de junio del 2004, un día antes de la emisión de la Orden 17, la Oficina del Administrador de la CPA, emitió un Comunicado en el que se reafirmaba la inmunidad del personal de las Fuerzas Multinacionales, Legaciones Extranjeras y Contratistas frente a los procedimientos legales iraquíes y les sujetaba únicamente a la jurisdicción de sus Estados de procedencia, en cualquier materia, cerrándose así el marco que apuntaba a la inmunidad-impunidad del personal de las Fuerzas Multinacionales en el Iraq.

En oposición a estas normas particulares, emitidas in situ por una Autoridad de Gobierno fáctico como lo es la CPA, existen otras de mayores alcances, en realidad de alcances universales frente a las cuales las primeras debieran haber sometido su esencia. Veamos que, las Naciones Unidas ha seguido una línea bastante coherente, hasta la dación de las Resoluciones 1487, 1511 y 1546 que han confirmado una suerte de blindaje para el personal de las Fuerzas Multinacionales. Esta trayectoria se inició con la Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Nuremberg, aprobada por la Resolución de Asamblea General No, 95(I) del 11 de diciembre de 1946; continuó con la aprobación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, establecidos por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en julio de 1950, entre los que se halla el Principio IV que señala que la "obediencia debida" a la jerarquía política o militar no exime de responsabilidad a los autores de delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, siempre que hubieran tenido la opción moral de rechazar la orden. Siguiendo con este orden cronológico en el que la secuencia sustancial de doctrina protectora de los derechos humanos se mantiene, se promulgó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por Resolución de Asamblea General No. 2391 el 26 de noviembre de 1968 y que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Luego, reafirmaron estas posiciones de negativa a la inmunidad y a la impunidad la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y la institucionalización de la Corte Penal Internacional o el Estatuto de Roma en 1998. Hasta ese momento de la historia se habían defendido los

(10) Ordenes 7 y 31 de fechas 10 de junio y 10 de setiembre del 2003, respectivamente; disponibles en <http://www.iraqcoalition.org/regulations/>

derechos humanos de manera coherente fabricando una estructura legal fuerte y consistente para soportar los embates de las violaciones cotidianas a estos derechos.

Pero, tenemos que recordar también, el tenor de un instrumento que quizá haya servido de estribo legal para afianzar la inmunidad de las Fuerzas Multinacionales en el Iraq, según el cristal con que se mire. Me refiero al documento de proclamación de 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, adoptados por la Asamblea General de la Naciones Unidas con la Resolución No 3074 (XXVIII) del 3 de diciembre de 1973. Esta Resolución tuvo su propio y particular génesis en las Resoluciones Nos. 2583 (XXIV), 2712 (XXV), 2840 (XXVI) y 3020 (XXVII) desde 1969.

En este punto creo que será conveniente analizar los artículos principales que, creo, posibilitan la impunidad de los infractores a los derechos humanos, apartando al principio de territorialidad de la ley penal. El artículo 2 de la Resolución 3074, estatuye que: "Todo estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad". Esta situación puede darse de forma en que los Estados juzguen a sus propios nacionales por haber cometido crímenes de guerra o de lesa humanidad dentro del contexto de un conflicto bélico interno, como en el caso del capitán confederado Henry Wirz, que fue ejecutado por mandato de los tribunales estadounidenses por haber infligido tratos inhumanos a los prisioneros de guerra, durante la Guerra Civil Norteamericana. ⁽¹¹⁾; o puede interpretarse de forma que, aún en los casos en que los infractores hayan cometido esa clase de delitos en otro país soberano, éste resigne su jurisdicción penal (coaccionado o no) para permitir que el criminal sea juzgado por sus propios tribunales nacionales (¿Sending State o Estado de Procedencia?).

El artículo 5 parece contradecir al que hemos mencionado, o, al menos, parece contener un síndrome de ambigüedad que lo hace confuso. Dice que: "Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes. A este respecto los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas". ¿A qué se refiere específicamente la frase "por lo general"? Puedo colegir de ella que, si existe la referencia posterior a la institución de la extradición, los nacionales de un Estado A que hayan cometido crímenes en un Estado B, por lo general serán juzgados en B y no en A, por lo que cabría la posibilidad de que el Estado

(11) "Superior Orders and Duress as Defenses in International Law and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia – Historical Development – Superior Orders"; disponible en: <http://www.unt.edu/honors/>

A remita al detenido nacional suyo al Estado B para ser juzgado allí si media tratado de extradición o en mérito a este solo documento de las Naciones Unidas, previa solicitud de extradición de B. Ahora bien, si nos atenemos al tenor del artículo 2 ¿puede negarse el Estado A, que mantiene detenido a su nacional por crímenes de guerra o de lesa humanidad cometidos en el Estado B, negarse a extraditarlo al Estado B, solamente basado en su derecho a juzgar a sus propios nacionales, excluyendo el derecho de B a juzgarlo y castigarlo con sus propios tribunales? En este caso, ¿cuáles son los límites de los derechos de A y de B?

¿Podemos, entonces, hablar de un Iraq soberano y con plena independencia judicial? Creo que no. Al menos por ahora, no. Como todos sabemos la institución del Estado moderno se fundamenta en la separación e independencia de sus poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que, al equilibrarse mutuamente con un complicado sistema de contrapesos políticos y sociales, hacen que el Estado pueda desarrollarse de manera unitaria y consistente en la tarea de gobierno que le es consustancial. Si bien es cierto que las resoluciones de las Naciones Unidas hablan del restablecimiento de la soberanía en Iraq, sabemos también que tal aserto dista mucho de la verdad comprobable puesto que la CPA sigue manteniendo un grillete de hierro que atenaza las libertades principales del pueblo iraquí.

Como hemos visto en la Orden 17, ésta mantendrá su vigencia hasta que el último de los soldados de las Fuerzas Multinacionales o de los empleados de las Legaciones o de los Consultores o de los Contratistas hayan dejado el Iraq, esto es, el blindaje de inmunidad-impunidad se conservará hasta el momento de la partida final (además de ser inderogable por el gobierno provisional iraquí de acuerdo con el artículo 1 de la Resolución 1546). Si el Estado iraquí de post guerra, ya en pleno ejercicio de sus facultades soberanas estableciera responsabilidades de violaciones a los derechos humanos fundamentales en la categoría de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, identificara a los autores y solicitara su extradición para ser juzgados y castigados, los países que conformaron la Fuerza Multinacional, ¿entregarían a sus nacionales para ser juzgados en el nuevo Iraq bajo las leyes iraquíes y la legislación internacional? Creemos que no. Creemos que se ampararían en el artículo 2 del documento que hemos analizado, someramente por supuesto, y rechazarían las peticiones de extradición. Al menos ya tenemos los ejemplos de soldados y oficiales norteamericanos juzgados en su propio país por las violaciones a los derechos de los prisioneros en la prisión de Abu Ghraib, olvidando, los Estados Unidos, su participación en la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (Resolución de Asamblea General No. 3452 del 9 de diciembre de 1975). Además, las resoluciones de las Naciones Unidas han solicitado a la Corte Penal Internacional la suspensión de investigaciones y enjuiciamiento por períodos prorrogables, haciendo prácticamente impenetrable aquella coraza, como vimos anteriormente. Adicionalmente, precisemos que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional es solo complementaria a la de las jurisdicciones penales nacionales por lo que no las excluye. (Artículo 1 del Estatuto de Roma).

Debemos afirmar que, en este caso, las actitudes de los Estados cobran un importancia medular. Estas actitudes, que provienen de intenciones o de propósitos o de políticas de Estado, se ven reflejadas en la normatividad que los Estados emiten para su propia protección o la de sus nacionales, sobrepasando el artículo 8 de la Resolución 3074 que señala, para los Estados, la prohibición de "...adoptar disposiciones legislativas **ni medidas de otra índole** que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que han contraído respecto de la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.". Las "**medidas de otra índole**" pueden ser, pues, sumamente variadas como podemos imaginar y los Estados saben como usar de ellas para disímiles propósitos.

Y, si de las actitudes tratamos, debemos apreciar el comportamiento de los Estados Unidos de Norteamérica frente a sus compromisos internacionales. Respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ha tiempo resignó su integración como Estado Parte en virtud a su Comunicación del 6 de mayo del 2002 a la Secretaría General de las Naciones Unidas con el siguiente tenor: " Esta Nota es para informar a Ud. que, en conexión con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de julio de 1998, los Estados Unidos no desea convertirse en Estado Parte del Tratado. Consecuentemente, los Estados Unidos no tiene obligación legal alguna que se desprenda de su firma del 31 de diciembre del 2000. Los Estados Unidos demanda que su intención de no convertirse en Estado Parte, como se expresa en esta carta, sea considerada en las listas del estado de los depositarios relacionadas con este Tratado." (la traducción es nuestra) ⁽¹²⁾ .

Esto confirma, pues, lo que decíamos anteriormente. A ello debe sumarse la política impulsada por los Estados Unidos para vincular a los países de todo el orbe con tratados bilaterales de inmunidad-impunidad para sus nacionales militares o no, que enfrenten acusaciones por crímenes de guerra o de lesa humanidad lo que significa el compromiso de esos países de no entregarlos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; o la política de Estado por la que se resuelve incumplir los fallos de la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso de su agresión contra Nicaragua ⁽¹³⁾, a pesar de estar obligado a cumplirlos con arreglo al artículo 59 del Estatuto de esa Corte; o en el caso del fallo que le fue adverso, en la Corte Internacional de Justicia de La Haya, en marzo de 2005 respecto de la violación de los

(12) Disponible en <http://untreaty.un.org>.

(13) Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua – Nicaragua v. United States of America; 27 June 1986; disponible en <http://www.icj-cij.org>

derechos consulares de nacionales mexicanos condenados en los Estados Unidos, en el que violó la Convención de Viena (Protocolo Opcional sobre Relaciones Consulares) que él mismo propuso en 1963 y ratificó en 1969. Conocido que fue el fallo de la Corte por los Estados Unidos, éste, algunos días después, anunció su retiro del Protocolo Opcional de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares ⁽¹⁴⁾.

Debemos mencionar que, para este último caso existe, en la Corte Internacional de Justicia de La Haya, el antecedente del caso de Paraguay v. Estados Unidos de Norteamérica sobre la aplicación de la Convención de Viena – Protocolo de Relaciones Consulares, del 11 de noviembre de 1998 ⁽¹⁵⁾, en el que Paraguay se retiró del contencioso originado en la defensa de Angel Francisco Breard y cuya ejecución, por condena de asesinato, se llevó a cabo en el estado de Virginia, Estados Unidos, en abril de 1998. Finalmente, para aseverar esta conducta oficial y casi consuetudinaria de sustraerse a las jurisdicciones contenciosas, referiremos la exclusión de sus nacionales, que obtuvo Estados Unidos en la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el 31 de marzo del 2005, respecto de la situación en Darfur, Sudán, cuando el Consejo decidió remitirla, para conocimiento retroactivo a partir del 1 de julio del 2002, al Fiscal de la Corte Penal Internacional. Las exenciones se otorgan en los numerales 2 y 6 de esta Resolución y sigue el mismo patrón de respuesta protectora que las Resoluciones 1422, 1487, 1511 y 1546 del CSNU. El gobierno del Sudán ha rechazado la Resolución 1593 como atentatoria contra su soberanía y, parece ser, no desea resignar sus potestades soberanas de investigación y juzgamiento en los posibles casos de violaciones graves a los derechos humanos.

Estas, pues, son solamente algunas muestras evidentes de las actitudes ante la normatividad internacional, que puede parecerle incómoda a los Estados Unidos por lo que reacciona rechazando los compromisos que adquirió en determinados momentos. Estaríamos, entonces frente a una violación flagrante del artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas y en posición de ejercer el derecho de aplicación del artículo 6 de la misma Carta.

Este es el caso de la Orden 17, una disposición sumamente discutible y que sobrepasa los cánones más obsecuentes con la impunidad de quienes violan los derechos humanos.

(14) Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals – México v. United States of America; disponible en <http://www.icj-cij.org>

(15) Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations; disponible en: <http://www.icj-cij.org>

5.- ¿Impunidad o Inmunidad?

La impunidad es definida como "...la no persecución penal de conductas (acciones y omisiones), que encuadran en principio en el derecho penal nacional material y que pertenecen a la criminalidad común, pero que –por razones más bien fácticas que normativas– no resultan castigadas" (p. 35). Además, advierte que en sentido amplio la impunidad se entiende con los hechos subordinados al Derecho Penal general, pero en sentido restringido se vincula "(sólo) a la violación de los derechos humanos universalmente reconocidos" (p. 35). El autor no omite otros tipos de impunidad, como la procesal y la estructural, "inherente" (la estructural) "a una problemática sociopolítica, que representa una imagen de las relaciones socioeconómicas y políticas de una sociedad 'subdesarrollada'" (p. 42).⁽¹⁶⁾

La inmunidad, por el contrario, es definida como la "...cualidad de ser inmune, es decir... la que gozan los representantes diplomáticos acreditados cerca de un Gobierno, sus familias y demás personal de las embajadas o legaciones que no es súbdito del país en que éstas residen, o la parlamentaria, como prerrogativa de los senadores y diputados a Cortes, que los exime de ser detenidos o presos, salvo en casos que determinan las leyes, o procesados y juzgados sin autorización del respectivo cuerpo colegislador."⁽¹⁷⁾ Los conceptos jurídicos derivados de ambas definiciones implican un privilegio o cierta calidad o cualidad de ser, el infractor, no susceptible de castigo en el caso de la impunidad y, en el caso de la inmunidad, cuasi-intocable, es decir que sobre él no puede pesar una investigación, arresto, acusación, juicio o condena por sus actos salvo anuencia de su propio fuero o por flagrante delito. Esta última cualidad, que otorga la Orden 17, solamente puede ser acordada para casos y personas especialmente designadas por la ley o los gobiernos en virtud a delicadas y singulares labores, como las descritas, y no para un universo militar o civil de ocupación, precisamente porque la peligrosidad de sus labores y su entorno les acercan a la posibilidad de cometer delitos contra la humanidad.

Ahora bien, solamente los individuos pueden ser culpados de crímenes que puedan ser castigados por el Derecho Penal Internacional, no las instituciones, las organizaciones o las entidades. Estas últimas pueden mantenerse, entonces, inmunes o impunes frente a esos

(16) Ambos, Kai; "Impunidad y Derecho Penal Internacional"; Buenos Aires: Editorial Ad Hoc. Segunda edición actualizada y revisada, 1999, 479 pp. Coeditada por CIEDLA, Fundación K. Adenauer-Stiftung, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, la revista Ciencias Penales (Uruguay) y la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú, citado por Iván Bazán Chacón; disponible en <http://www.idl.org.pe>

(17) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; edición 2001

delitos (tema al que nos referiremos más adelante), aunque hayan instruido u ordenado, ancubiertamente, acciones de política de gobierno, por vía civil o militar, a sus agentes para que puedan cometer esos delitos. La consecuencia natural o esperable es que, si existe esa política, el Estado busque la inmunidad-impunidad para sus nacionales, civiles o militares que cometan el tipo de delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra. La actitud del Estado, del cual el comisor es nacional, es la de proteger a sus agentes frente a cualquier comportamiento de otro Estado que pretenda hacer valer su legislación para castigar los delitos o excesos de esos comisores o que pretenda utilizar la legislación y las organizaciones internacionales para buscar la justicia por esa vía. Eso lleva a la figura de la inmunidad y a la consiguiente impunidad.

Es aquí donde se unen arbitraria, forzadamente, estos conceptos que en sí tienen connotaciones jurídicas diferentes, para servir a un propósito especialmente tergiversado y antinatural como es el de una absoluta o muy relativa irresponsabilidad de los hechos del comisor. Se evade así, el principio general de la aplicación espacial o territorialidad de la ley penal (por el que el delincuente debe ser juzgado por las leyes del Estado donde cometió el delito) y también el de su tercera excepción, la de la obligación de persecución por la justicia universal (si consideramos la de nacionalidad y la de defensa como las dos primeras). En estos casos, el Estado del cual el nacional es comisor de delitos graves contra los derechos humanos, solamente aceptaría juzgarlo en su propio fuero, acogiéndose a la primera de las excepciones, lo que en principio, aseguraría un trato preferencial y penalmente tenue para el ofensor, como lo hemos visto con el caso mencionado en el capítulo 3 de este trabajo (**Corte Militar de Wiesbaden**).

Recordemos que la Orden 17 nos habla de “inmunidad” como un concepto usual y normalmente utilizable por las tropas de la Fuerza Multinacional o por los empleados de seguridad e inclusive por los civiles consultores o contratistas, cuando éste concepto, hasta la fecha se ha usado como aplicable únicamente a los Derechos Diplomático o Parlamentario por la exclusiva y diferente naturaleza de sus depositarios y de sus funciones. Apartándose de la doctrina que sustenta a estas dos ramas del Derecho, la Orden 17 no solo nos habla de “inmunidad” sino que retuerce y tergiversa la noción que se desprende de los Derechos anteriores, que le ha servido de sustento esencial, y la utiliza para su provecho. Este provecho reposa implícitamente en una factible impunidad asociada al primer concepto. Entendemos que este recubrimiento “legal” asegura la “libertad” de acción de los infractores o, en todo caso, la seguridad de que sus acciones no serán perseguidas internacionalmente ni serán proscritos por sus crímenes a nivel mundial sino solamente, en caso extremos, perseguidas ante sus fueros nacionales con la indulgencia plenaria o cuasi plenaria que esperan de ellos.

Retomemos, brevemente, algunos episodios de esa búsqueda de impunidad de los Estados Unidos para sus agentes nacionales:

- a) **Bilateral Immunity Agreement (“Article 98 Agreements”).**- Estos Acuerdos Bilaterales son impulsados por los Estados Unidos con el objeto de que sus nacionales (civiles o militares e incluso contratistas no nacionales del gobierno de los Estados Unidos) no puedan ser entregados a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (ICC – International Criminal Court). Estos Acuerdos han sido firmados por, á menos 60 países aunque muchos otros se han negado a refrendarlos sometándose a la suspensión de la asistencia económica norteamericana en diferentes rubros de su desarrollo.
- b) **2001 American Servicemembers’ Protection Act (ASPA).**- Limita la Coperación de los Estados Unidos con la Corte Penal Internacional, restringe la participación de los Estados Unidos en las misiones de protección de la paz de las Naciones Unidas, prohíbe la asistencia militar a muchas de las naciones que se han adherido a la Corte Penal Internacional y, autoriza al Presidente a utilizar todos los medios necesarios y apropiados para liberar a cualquier nacional estadounidense o aliado en custodia de la Corte Penal Internacional.
- c) **2002 Supplemental Appropriations Act for Further Recovery From and Response to Terrorists Attacks on the United States (HR 4775 – Containing the American Servicemembers’ Protection Act (ASPA).**- Versión nueva y modificada del ASPA anterior que incluye amplias renunciias a favor de la autoridad presidencial que resulta fortalecida por la estipulación de que ninguna institución gubernamental interferirá con la autoridad presidencial en política exterior. La Enmienda Dodd incluye la afirmación de que “...nada impedirá que los Estados Unidos presten asistencia a los esfuerzos internacionales para traer ante la justicia a Saddam Hussein, Osama Bin Laden, Slobodan Milosevic, otros miembros de Al Qaeda y a los líderes de la Jihad Islámica u otros nacionales extranjeros acusados de genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad” ⁽¹⁸⁾
- d) **Las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas Nos. 1422, 1483, 1487, 1511 y 1546.**- que han sido comentadas en el capítulo 4 de este trabajo y que reflejan una secuencia de inmunidad-impunidad que ha impulsado y obtenido Estados Unidos en beneficio de la protección a sus nacionales. ⁽¹⁹⁾
- e) **El caso del proceso judicial iniciado por A.A.Z., representante legal de A.H., y otros contra el General Tommy Franks, el Coronel Bryan P. McCoy y otros, Bruselas, Bélgica, mayo del 2003.**- Caso en el que veinte ciudadanos iraquíes y

(18) Citizens for Global Solutions; International Law and Justice; disponible en <http://www.globalsolutions.org>

(19) Disponible en <http://www.un.org>

jordanos iniciaron un proceso judicial contra el General Tommy Franks, el Coronel de los United States Marines, Bryan P. McCoy que comandaba el 3er batallón del 4to Regimiento de US Marines, en Iraq y a otros bajo su comando, por violaciones a los derechos humanos en ese país. Esta demanda se inició en Bruselas, Bélgica bajo la protección de la ley de "jurisdicción universal" ("**Ley de Castigo a las Graves Violaciones al Derecho Internacional Humanitario**") belga de 1993, modificada en 1999, que otorgaba competencia a sus tribunales para juzgar violaciones a los derechos humanos independientemente de dónde hayan sido cometidos. Bajo la presión diplomática de los Estados Unidos, el Parlamento belga enmendó la ley en agosto del 2003, 4 meses después de iniciado el proceso contra Franks, anulando la demanda y socavando así los principios que había ayudado a defender. La norma original de 1993 no prestaba inmunidades en razón de la posición oficial de los encausados. La controversia sobre las inmunidades fue cerrada por la Corte Internacional de Justicia por cuanto consideró que la inmunidad acordada internacionalmente para Jefes de Estado y Ministros no significaba necesariamente la impunidad frente a las violaciones de los derechos humanos y que la ley belga había sobrepasado las obligaciones del Reino de Bélgica respecto de la normatividad internacional sobre respeto a las inmunidades acordadas universalmente. La Enmienda o modificación del 2003 se efectuó bajo presión de los Estados Unidos e Israel, iniciado ya el proceso legal contra el general Tommy Franks, basada la objeción en que debería resitirse la ley dentro de los parámetros estatuidos por la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) y adecuarse a los nuevos principios e instrumentos internacionales. Además, se consideró que la enmienda debería comprender los juzgamiento de nacionales belgas que residan en ese país, apartando así todo peligro de juzgamientos a los nacionales de otros Estados. Finalmente, el caso fue entregado a los Estados Unidos.⁽²⁰⁾ En el año 2002, la Corte Internacional de Justicia, en el caso Democratic Republic of the Congo vs. Belgium, – Counter Memorial-, subrayó que había operado la substracción de la materia y, en todo caso, avaló las inmunidades del ministro Abdoulaye Yerodia Ndombasi, asestando un duro golpe a la competencia de la Corte Penal Internacional.⁽²¹⁾

- f) **El Artículo 98 del Estatuto de Roma:** Se refiere a las obligaciones de entrega de un nacional a la Corte para su juzgamiento, pero establece los casos en que esta

(20) Stefaan Smis y Kim van der Borgh; "A contested law with uncontested objectives", Julio 6, 2003; Law and Our Rights; The Daily Star - Online Edition; disponible en J:www.thedailystar.net

(21) Conclusions; 10.1 Second Submission, Fourth Submission; 10.3 Third Submission; disponible en <http://www.icj-cij.org>

situación puede darse de manera objetiva respetando las inmunidades a que estuviera sujeto el individuo supuestamente transgresor de los derechos humanos. Estas obligaciones del Estado requerido deben adecuarse a las normas internacionales y, si éstas pueden ser violadas por ese comportamiento, la Corte no podrá emitir peticiones de entrega salvo que las negociaciones con el Estado requerido sean llevadas a buen término y éste renuncie a sus potestades sobre ese nacional y a las inmunidades que pueda haberle otorgado. Este artículo ha sido sobrepasado por los BIA's suscritos entre Estados Unidos y muchos otros Estados, con dos objetivos primordiales: proteger a sus nacionales de ser llevados ante la CPI y destruir su competencia. Estos BIA's son extremadamente específicos en cuanto al tratamiento que deban dar los Estados que han firmado los Acuerdos respecto de los nacionales estadounidenses, sus amigos o aliados. Los nacionales de los Estados parte quedan también cubiertos, en una expresión manifiesta de siniestra reciprocidad. Estos BIA's han sobrepasado y desnaturalizado la esencia primigenia de los Acuerdos SOFA (Status of Forces Agreement) en vigor desde 1951, de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) (NATO), sobre inmunidades del personal, militar o no. ⁽²²⁾

Las inmunidades para los funcionarios de los Estados, fueron acordadas por el Derecho Internacional en las Convenciones de Viena de 1961 (misiones diplomáticas permanentes), de Viena de 1963 (misiones consulares) y de Nueva York de 1969 (misiones diplomáticas especiales) y les protege de las detenciones, por el término de su misión, cuando su estadía en el país anfitrión se efectúa en viaje oficial. Esa es la inmunidad diplomática pero la inmunidad política es la que puede adjudicarse a los representantes de determinados órganos del Estado con exclusión de su vía de acceso a la legitimidad, esto es, por haber sido elegidos o designados. Aquellos también pueden gozar de inmunidades con arreglo al derecho interno pero esta situación no será contemplada en el caso del artículo 27 in fine del Estatuto de Roma. Ahora bien, "La noción de inmunidad implica la de la inmunidad funcional y la personal. La primera significa "... que los actos efectuados en cumplimiento de una misión oficial no suelen entrañar la responsabilidad penal individual del actor sino solamente la responsabilidad eventual del Estado que ése funcionario representa. Por el contrario, la inmunidad personal es aquella que, siendo de naturaleza procedimental, garantiza la inviolabilidad del titular de la función en cuestión mientras se mantenga la misma." y "Se infiere,

(22) Agreement between the parties to the North Atlantic Treaty regarding the status of their forces; Article VII, Sending State; Receiving State; NATO Basic Texts; disponible en <http://www.nato.int>

de lo precedente que, en materia penal, los actos personales pueden ser cubiertos por la inmunidad funcional.” (la traducción es libre) ⁽²³⁾.

Aunque la CIJ ha convenido en fallar avalando la inmunidad “... las funciones de un ministro de asuntos exteriores son tales que, por la duración de su cargo, se beneficia de inmunidad de jurisdicción penal y de inviolabilidad total en el extranjero. Esta inmunidad y esta inviolabilidad protegen al interesado contra todo acto de autoridad de parte de otro Estado que intente obstaculizar el ejercicio de sus funciones” ⁽²⁴⁾. La Corte Internacional de Justicia ha sostenido que un antiguo ministro de asuntos exteriores puede ser sujeto de juzgamiento por otro estado solamente respecto de los actos efectuados a título personal, lo cual es impensable porque se evadiría la responsabilidad estatal quedando ésta solamente reducida al ámbito del acto personal del ofensor cuando, efectivamente éste actuó por mandato de su Estado dada su vinculación oficial. Además, quedaría pendiente de respuesta la demanda del Estado ofendido frente a la responsabilidad de Estado ofensor. Este asunto es tratado profundamente en un artículo de Marina Spinedi ⁽²⁵⁾ y en uno de María Torres Pérez ⁽²⁶⁾. Respecto de la inmunidad convertida en impunidad los autores de estas publicaciones no dejan de expresar su preocupación por el giro que la CIJ dio, en este tema, al asunto de la inmunidad.

Si el temor de los Estados Unidos es que sus nacionales sean sometidos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, enfatizamos que ella no está facultada para sustituir *a manu militari* a las jurisdicciones nacionales sino destinada a complementarlas. El artículo 1ro. del Estatuto de Roma establece claramente que esa disposición se activaría cuando los países no fueran capaces o no desearan investigar, procesar y castigar a los culpables de violaciones de los derechos humanos en los ilícitos penales que se han estimado en los artículos pertinentes del Estatuto y, el artículo 13 fija el ejercicio de esa competencia otorgando poderes de iniciación de los procesos al Estado Parte, al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o al Fiscal de la Corte, lo cual restringe los parámetros de acusación a esos actores y no a cualquier persona.

(23) B. Bertossa; P. Grant; AL. Huber, F. Membrez et A. Werner; “La lutte contre l’impunité en droit suisse” 4, 5; pp. 91. – disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal>

(24) Cour Internationale de Justice, “Affaire relative au mandat d’arret du 11 avril 2001” Arret du 14 fevrier 2002, 54; op. cit. pp. 91

(25) Spinedi, Marina; “State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium non Datur?”: disponible en <http://www.ejil.org/journal/>

(26) Torres Pérez, María; “Inmunidad de jurisdicción penal e impunidad: El fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002”; Revista de Derecho de la Universidad de Valencia, Estudi General; Jurisprudencia; No. 1; noviembre de 2002

6.- Responsabilidad penal individual.-

Está claro que la responsabilidad primordial a ser investigada, juzgada y, en su caso, castigada, es la del actor individual, esto es, de la persona natural, comisario o comisario por omisión de un acto violatorio de las normas del Derecho Internacional Humanitario y contenido, principalmente, en el artículo 5 del Estatuto de Roma. A partir de este punto, debemos coligar, con el anterior, el tenor de los artículos 27, 28 y 33 del Estatuto. Las particularidades contenidas en el artículo 31 deberán ser comentadas dentro del contexto propio de su naturaleza. El artículo 5 fija los crímenes de guerra en los de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión, delimitando los *nomen juris* en conceptos claros y extensos a fin de que no exista confusión entre los tipos penales y pueda adjudicarse a cada cual la responsabilidad objetiva frente a sus actos de manera concreta e indubitable (autoría, coautoría y autoría mediata). Es entonces el agente, estatal o no, militar o civil (con vinculación directa o indirecta, pero mensurable en términos jurídicos, con el Estado), y persona natural, la que puede ser enjuiciada por la Corte. El hecho de ser agente del Estado implica una vinculación de dependencia orgánico-funcionarial por pertenencia a los estratos de la estructura de poder que representa y cuyos actos pueden haber sido ejecutados en virtud de disposiciones superiores. También puede darse la posibilidad de que, a pesar de la vinculación orgánica, el agente haya actuado *de motu proprio*, caso en el cual la responsabilidad sería solo suya y no compartida con su mandante. En el caso en que el comisario no fuera agente del Estado, es decir, no le uniera vinculación alguna con el mandante estatal o con persona jurídica alguna dependiente de éste, es decir fuera un particular que cometió actos criminosos *per se* y por razones propias o inclinaciones personales, sociales o políticas, el juzgamiento le alcanza también en toda su dimensión.

Al comentar el Estatuto de Roma, Vélez Fernández, citando a Caro Coria, incluye elementos del derecho penal usual norteamericano en la comisión de los actos criminosos dentro del contexto del artículo 25 del Estatuto de Roma, como el *actus reus* (an act - actos objetivos que materializan tangiblemente el delito —acto de matar) y el *mens rea* (mental state - acto subjetivo que implica la intención dolosa de ejecutar el *actus reus*). “Las normas que prevén la responsabilidad penal individual están constituidas por elementos objetivos o *actus reus* y elementos subjetivos de responsabilidad criminal o *mens rea*”.⁽²⁷⁾ Disiento de esa opinión pues creo que la legislación norteamericana no se refiere a esos elementos como constitutivos de las normas que prevén la responsabilidad penal individual sino que, por el contrario, describen la conducta criminal del ofensor y mencionan esos elementos como constitutivos de ésta

(27) Vélez Fernández, Giovanna F.; “La desaparición forzada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y el Código Penal Peruano”; disponible en <http://www.alertanet.org>

conducta y no de la responsabilidad posterior al acto criminoso. Por el contrario, la doctrina norteamericana excepciona de esos dos elementos a los llamados “strict-liability crimes”. En ese sentido, creo, la conducta criminal del ofensor, en los delitos del artículo 5 sí incluye los conceptos de *actus reus* y *mens rea*, no así la responsabilidad que le compete por esos actos (al menos dentro de la doctrina norteamericana) que se guía por otros principios y está constituida por otros elementos. Los castigos que se impongan, probadas que hayan sido las responsabilidades penales, deberán estar de acuerdo con la magnitud de los graves delitos que se hayan cometido.

¿A quiénes alcanza esta responsabilidad penal individual? Es importante señalar que el artículo 27 estatuye que los sujetos pasibles de enjuiciamiento pueden ser desde Jefes de Estado hasta simples ciudadanos sin importar los cargos oficiales los que no representarán privilegio alguno en cuanto a la posibilidad de sufrir pena o de rebaja de penas. Asimismo, las inmunidades o cualquier otro procedimiento especial respecto del cargo oficial de una persona no obstarán para que la Corte ejerza sus competencias sobre ella. De esa manera, la inmunidad de origen político deja de ser un obstáculo para el proceso de investigación fiscal y subsecuente juzgamiento y condena; aún más, el numeral se refiere a “normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona” lo que deja abierta la posibilidad de integrar a este supuesto legal cualquier otra forma de inmunidad similar, paralela o desprendida de la anterior o cualquiera que trate de ser instituida como una nueva forma que escape a la competencia de la Corte, incluso con arreglo al derecho interno de los Estados, lo que bloquea la creación de artificios legales domésticos que busquen la protección ilegal (o ilegítima) de los ofensores, para evitar conclusiones similares a las que llegó el fallo de la CIJ sobre el caso Yerodia Ndombasi en el 2002.

El artículo 28 del Estatuto se ocupa de la responsabilidad de los jefes militares con mando de tropa o de quienes ejercen autoridad como tales si sus subordinados cometiesen crímenes contra la humanidad. El numeral es extenso en cuanto a delimitar los supuestos en los que operaría la competencia de la Corte sobre los sujetos en cuestión pero es importante definir la separación que hace entre el jefe militar y quien hace sus veces, sin serlo (puede ser un civil). En el primero de los casos adjudica mando y control efectivo y en el segundo adjudica autoridad y control efectivo. La distinción es evidente cuando quien ejerce mando lo hace por su calidad de militar y en uso de sus atribuciones jerárquicas dentro de esa estructura particular que es rígida, compartimentada y sujeta a normas escalafonarias que obligan a los integrantes de esa estructura al cumplimiento de órdenes que emanan de estratos superiores. En el segundo de los casos, la autoridad, denota el imperio de una persona sobre otra pero no necesariamente proveniente de un escalafón formalizado como el militar sino reconocido efectiva o tácitamente por las calidades o cualidades personales, profesionales o ascendente social o político de quien la ejerce. Este reconocimiento obliga a la obediencia de quienes se sienten, quizá hasta afectivamente, sometidos a esa autoridad. La responsabilidad se da,

principalmente, cuando estas personas no actúan para reprimir el comportamiento delictuoso de sus seguidores o cuando no previnieron esos actos.

El artículo recalca el “hubiera debido saber” lo que ratifica que un elemento determinante para dilucidar la responsabilidad es el control que debe ejercer sobre sus subordinados el jefe militar o quien ejerza la autoridad. Esta obligación, en caso de no ser cumplida, hace que la responsabilidad de los actos de otros le alcance y le comprometa decididamente. No puede objetarse desconocimiento o deficiencias de control o supervisión como defensa para considerarse irresponsable de los actos de terceros que están bajo el mando o autoridad de un superior, desde el precedente del caso del General Tomoyuki Yamashita establecido por el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este, que fue condenado y ejecutado por los asesinatos y violaciones cometidos por sus tropas en las Filipinas, contabilizándose cronológicamente su responsabilidad desde que tomó el mando de ese teatro de operaciones en octubre de 1944, precisamente por su falta de control sobre ellas. Esta decisión no fue unánime por el voto en discordia del Juez Frank Murphy quien argumentó la falta de precedente internacional para una decisión de esa naturaleza y el desacato al principio de la responsabilidad penal individual.⁽²⁸⁾ Consecuentemente, el supuesto de conocimiento de los hechos criminosos por el jefe militar o la autoridad y su inacción frente a ellos, hace que se active la responsabilidad que le compete, individualmente por los actos de terceros y, condicionalmente a esa responsabilidad, la competencia de la Corte, siempre y cuando no operen los incisos de eximencia que el mismo numeral contempla.

El artículo 33 del Estatuto nos lleva al campo de la “obediencia debida” dentro de la jerarquía militar o civil aunque el término se use más cuando se estiman relaciones entre militares. Los supuestos cruzados del numeral importan los conceptos de orden de un gobierno, orden de un superior, disposición legal mandatoria y, finalmente, la alternativa de tener, el subordinado, la calidad de civil o militar, lo que hace que se haya tratado de cubrir el mayor número de posibilidades respecto de la naturaleza del comisor u omisor. Entiendo también que la calidad de civil o militar pueda adjudicarse a la naturaleza política del gobierno que imparte la orden lo cual no obsta para que se configure la vinculación de mandante – mandatario con el subordinado que la cumplirá.

(28) “Superior Orders and Duress as Defenses in International Law and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia – Historical Development – Superior Orders”, disponible en: <http://www.unt.edu/honors/>; Case No. 21; Trial of General Tomoyuki Yamashita; United States Military Comisión, Manila and The Supreme Court of The United States; Judgment delivered on 4th february, 1946; Source: Law Reports of Trials of War Criminals. Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission. Volume IV. London: HMSO, 1948

Según la organización “Medios Para La Paz”, la Obediencia Debida es el “Cumplimiento racional de la voluntad del que legítimamente tiene autoridad y mando. Se da el nombre de obediencia debida a la que rinde un servidor público a su jefe o superior jerárquico. En ciertos casos penales la obediencia debida puede ser causal de justificación del hecho. Tal situación se da cuando el hecho ha sido cometido en cumplimiento de una orden de autoridad competente y emitida con las formalidades legales. En ningún caso es invocable la obediencia debida para sostener la falta de responsabilidad propia con respecto al subalterno que ha cumplido órdenes que condujeron a violaciones de los Derechos Humanos o de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario (genocidio, tortura, desaparición forzada)”. (Véase Derecho Internacional Humanitario)” ⁽²⁹⁾. Este concepto necesita de dos presupuestos iniciales para cumplirse, a saber, el cumplimiento racional de la orden, esto es la aceptación de cumplimiento de la disposición pero siempre limitada por márgenes razonables, morales y sociales de actuación respecto de ella y la visualización de las consecuencias en esos mismos ámbitos, de parte de quien la cumple y, la certeza, que debe tener el subordinado, de que quien ha emitido la orden lo hace debidamente investido de legitimidad en el ejercicio de su autoridad, lo que significa que ella le es reconocida por aquel no en virtud a presión o coacción alguna sino en el seguro convencimiento de que, efectivamente, lo está por lo que su mandato tiene el revestimiento, por así decirlo, de la competencia originaria del funcionario y de las formas o ritualidades o solemnidades que se prescriben para esos casos específicos.

Ahora bien, según refiere el concepto, la “obediencia debida” no es invocable para sostener irresponsabilidad ante graves infracciones contra el derecho Internacional Humanitario o violaciones a los Derechos Humanos. Convendremos así, que siendo esto cierto y universalmente aceptado, incluso desde la primigenia perspectiva del derecho natural, deben tenerse en cuenta las consideraciones que se expresan, tanto en la naturaleza de la orden emitida como en la acción que ejecuta el subordinado, entendiéndose ambas como producto de la acción de agentes del Estado que pueden actuar de acuerdo con sus propios criterios, el primero para dar una orden injusta y el segundo para decidir entre obedecerla o no ⁽³⁰⁾ .

Ahora bien, las eximentes de responsabilidad penal individual, del artículo 33, derivadas en exclusiva de la recepción y cumplimiento de órdenes superiores y disposiciones legales, que

(29) Disponible en <http://www.mediosparalapaz.org>

(30) Zúñiga Rodríguez, Laura; “La Obediencia Debida: Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales”; Nuevo Foro Penal, Julio 1991; No. 53, pp. 331; disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos>

estimo complementarias a las referidas en el artículo 31 del Estatuto y que incluyen al concepto de “obediencia debida”, implican:

- a) La obligación legal, o proveniente de una ley formal, que haya emanado del gobierno y que compela al subordinado a cumplir la norma. Esta situación importaría el criterio de dependencia política del subordinado a la ley y al gobierno que la emitió, pero esa dependencia debe ser tal que presione severamente al ofensor para que éste se vea determinadamente sujeto a su cumplimiento y sin alternativa para adoptar otra conducta que le permita evadir su obligación y, por consiguiente, el mandato legal.
- b) El desconocimiento de que la orden era ilícita, figura que nos parece bastante forzada por cuanto el criterio natural racional mínimo de quien recibe una orden que conlleve o entrañe algún tipo de crimen le va a permitir analizarla y presuponer que la misma es o puede ser violatoria de los derechos fundamentales de las personas. Esta suposición puede derivar en la conclusión de la certeza de ilicitud de dicha orden lo que haría desvanecer, como eximente, el supuesto de desconocimiento de su ilicitud.
- c) Que la orden no fuera manifiestamente ilícita. Supone una suerte de engañosa ambigüedad o confusión en el tenor de la orden que, por esa misma calidad intrínseca (librada intencionalmente o no), puede llevar a error al comisor y conducirlo a su cumplimiento en la creencia que su substrato es lícito y que por esa misma naturaleza, puede cumplirla sin afectar derechos fundamentales.

La historia de la utilización de la obediencia debida a las órdenes superiores como defensas para conseguir la eximencia de responsabilidad penal individual, se remontan a un pasado relativamente cercano y han sido unidas, tradicionalmente, a las defensas basadas en la exigencia de sometimiento al juez natural es decir, a ser juzgados por el juez preconstituido y establecido por la ley excluyendo los tribunales especiales, ad-hoc o ex post facto. El caso registrado más antiguo, data de 1474, es el del *Landvogt* Peter von Hagenbach que adujo como defensa la carta de acatamiento de órdenes superiores en las que no reconocía otro juez que su señor, Carlos “El Temerario”, Duque de Borgoña y la obediencia de sus mandatos. Esa defensa fue desestimada por el tribunal que lo juzgó y condenó a muerte por los crímenes de lesa humanidad cometidos contra la población de la ciudad de Breisach (citado en el capítulo 3). Otros casos importantes son aquellos que involucraron el hundimiento de los buques-hospital *Dover Castle* y *Llandoverly Castle*, durante la Primera Guerra Mundial por fuerzas navales alemanas, casos en que los juzgadores encontraron irresponsables a los marinos que activaron los mecanismos de ataque y hundimiento, por seguir órdenes superiores. Estos sucesos fueron denominados “Los Juicios de Leipzig” porque fue Alemania quien juzgó a sus

nacionales. ⁽³¹⁾. Desde esa fecha y hasta la actualidad, las defensas en ése sentido se han multiplicado siempre en base a estos dos factores: el no reconocimiento de las cortes y el deber de obediencia a los superiores. En la gran mayoría de los casos esas protecciones han sido desechadas en virtud a la gravedad de los crímenes cometidos y a la evidencia y peso del criterio de los juzgadores de que ambos argumentos no eximen de la responsabilidad penal individual a los ofensores que han obviado el análisis primordial que supone contraponer la vigencia e imperio de la orden ilegal a su propia y humana conciencia y a las consecuencias de sus actos.

Aún cuando median estos antecedentes de casi uniforme rechazo a la obediencia debida (ciega e irracional), cualquier persona que esté sujeta a la competencia de la Corte, podrá invocar las eximentes específicas de responsabilidad señaladas en el numeral 33 siempre que, dentro de sus actuaciones se hayan dado las circunstancias excepcionales que se reseñan y que, naturalmente, pueda probarlas en la investigación o el juicio subsiguientes. Esto resolvería el problema de su responsabilidad personal pero dejaría latente la responsabilidad vinculada con el gobierno o el superior que haya emitido la orden que ejecutó. La posibilidad de no atribución de esta responsabilidad remanente y principal, al gobierno que la impartió, es la que nos preocupa gravemente puesto que la eximencia probada de la responsabilidad penal personal del agente derivaría, por lógica inferencia, en la carga de la responsabilidad residual estatal.

El artículo 31 se refiere a las circunstancias que la doctrina clásica considera eximentes de responsabilidad penal. Básicamente, éstas se reducen a las causas de enfermedad y deficiencia mental incapacitantes para discernir, intoxicación involuntaria, defensa propia, de un tercero o de un bien necesarios, coacción por amenazas de muerte o lesiones para sí u otra persona. Estas causales están sujetas a los presupuestos que para cada una de ellas se prefiguran con el propósito de que se defina de manera concreta la posibilidad de aplicación de cada circunstancia excepcional si se diera la calificación legal previa que haga ingresar la figura del eximente particular que se invoca. Naturalmente, la Corte se reserva el derecho de determinar si las causales son aplicables al caso que está conociendo, como derecho suyo intransferible a su propia y autónoma decisión. Este artículo ha originado una controversia en cuanto a la aplicación de su párrafo 1, inciso c) que estatuye que no será penalmente

(31) "Superior Orders and Duress as Defenses in International Law and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia – Historical Development – Superior Orders"; <http://www.unt.edu/honors/>; y, Sentencia C-578-2002; Revisión de la Ley 742 del 5 de junio del 2002 "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día 17 de julio de 1998" Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 30 de julio del 2002; disponible en <http://www.hchr.org.co/>

responsable quien: *“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”.*⁽³²⁾ Veamos.

Según la interpretación de algunos especialistas en derechos humanos, el hecho de sancionar sin reservas este artículo, equivaldría a sancionar, también sin reservas, la impunidad frente a los delitos de agresión, genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad, los que encontrarían en ése numeral e inciso, una vía para excluirse de penalidad en alas de la justificación por medio de la legítima defensa, el estado de emergencia y el estado de necesidad militar (que llamaremos justificantes de la eximencia). Personalmente considero que el Estatuto, si bien es cierto considera como eximentes de pena los medios mencionados, también ha sido lo bastante cauto como para filtrar en la redacción los elementos de razonabilidad y proporcionalidad. El primero de ellos, la razonabilidad, implicaría que cualquiera de los justificantes de la eximencia, que fuera argumentada por los supuestos ofensores tendría que evaluarse, por la Corte, dentro de los límites de los usos racionales de la fuerza, es decir los usos universalmente aceptados como emanados de un criterio normal de reacción limitada, ponderada o mesurada frente a una amenaza o un ataque; el segundo, la proporcionalidad, indicaría que, si se ha hecho necesaria la utilización de cualquier medio razonable para ejercer legítima defensa, superar un estado de emergencia o hacer desaparecer la necesidad militar, la utilización de aquel medio deberá ser proporcional a la fuerza empleada por quien se opone, ataca o resiste, por quien invoca la justificación o eximencia.

En suma, los contrapesos de la razonabilidad y la proporcionalidad, creo, deben actuar de manera que las justificantes de eximencia no sean una patente de corso para sobrepasar la norma del inciso c) del párrafo 1 del artículo 31. En todo caso, funcionarían las salvaguardas de los párrafos 2 (admisión-aplicabilidad) y 3 (procedimiento y prueba) que prevé el mismo artículo 31 como mecanismos de seguridad para procesar con el debido detenimiento, esas circunstancias excepcionales, además del remisorio al artículo 21 de la misma norma, sobre el derecho de los conflictos armados. Finalmente, creo que ningún acto de aquellos tipificados

(32) Galand, Renaud y Delooz, Francois; “El artículo 31, párrafo 1, apartado c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿cuestionamiento de los logros del derecho internacional humanitario?”; Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 834 pp. 533-538; 2001

como crímenes o delitos en el artículo 5 del Estatuto puedan ser justificados por cualquiera de las invocaciones de legítima defensa, estado de emergencia o necesidad militar. La gravedad y magnitud de esos actos delictuosos es tan grande y sus consecuencias tan profundas que no podrían disculparse con la invocación de tan innecesarios argumentos de defensa para lograr la eximencia. No obstante, la gama de variedades de actitudes y comportamientos de los seres humanos es tal (y en tan diferentes sentidos), que cabría la posibilidad de que algunas de las figuras prefijadas en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto pudieran ser concretadas, activando el criterio discrecional de la Corte para la aplicación o no de las eximentes.

7.- Responsabilidad de los Estados de la Coalición.-

El artículo 25.1 del Estatuto de Roma indica: “De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales” y el 25.4: “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.”

Estos numerales nos sirven de base para iniciar nuestra disquisición acerca del asunto de las responsabilidades: la individual que afecta al agente del Estado y la que probablemente tiene el Estado por vinculación, *juris tantum*, con su agente. Entramos en un terreno doctrinal en el que los conceptos pueden resultar algo confusos y presentar variadas perspectivas desde las cuales apreciar los hechos y los supuestos legales.

La responsabilidad aquiliana o extracontractual del Estado es una institución del Derecho Administrativo que involucra a varias situaciones específicas, a saber, responsabilidad por error judicial, por acto legislativo, por acto administrativo y por acto internacional. La responsabilidad implica, desde su misma acepción, la susceptibilidad de adoptar una respuesta frente a un hecho que ha originado y que ha causado un daño cierto, comprobable e imputable al Estado. Implica también la obligación de la reparación de ese daño, por lo que los tres elementos, daño cierto, imputabilidad probada y obligación de resarcimiento o reparación, se conjugan para configurar esa obligación del estado de responder por sus actos lesivos. Pues bien, estos actos dañosos pueden adoptar ciertas variables como las de haber sido originados por un hecho administrativo, judicial, legislativo o internacional lícito y legítimo, ilícito e ilegítimo o por un hecho que sin ser lícito o ilícito, pudiera ser anormal o excepcional.

Obviamente, todo daño tangible o toda lesión a la persona o a su patrimonio debe ser resarcido por el Estado que es responsable de él, luego de que acepte su imputabilidad y culpabilidad en el hecho o que haya sido vencido en juicio para que actúe en consecuencia frente a las víctimas de esos actos. Esta responsabilidad es extracontractual (por oposición a la precontractual o contractual), porque no proviene de acuerdo específico previo ni comprobable alguno con los afectados, es decir que no media contrato que haya sido violado ex profeso por el Estado y que pueda ser invocado como obligación proveniente de una manifestación

explícita de voluntades concertadas, sino que proviene, por el contrario, de esa obligación difusa que el Estado tiene para con todos sus gobernados que fluye del concepto de “contrato social” y que le compele a ejercitar sus deberes de protección y tutela dirigidos a la sociedad en su conjunto. Si el Estado falla en su “cometido” de tutela o de servicio (“Teoría de los Cometidos”), y ese desequilibrio produce daño en el administrado, el Estado está obligado a resarcirlo, a compensarlo, a reparar, en suma, el daño infligido, independientemente de la existencia de intención dolosa, culpa o preterintención de sus agentes en la comisión del acto dañoso o en la omisión que, por sobrevinencia, produjo el daño.

Tenemos, entonces frente a nosotros, a un Estado responsable del acto dañoso, que ha causado lesión, en un sentido u otro (puede ser lesión física o moral), a los administrados. Este Estado es susceptible de ser requerido judicialmente para que efectúe la reparación del daño por parte de los agraviados o por quienes se consideren vulnerados por esa conducta estatal. Ello estriba en el reconocimiento ínsito de la capacidad y de la personalidad jurídica del Estado para responder por sus actos, ante sí y por parte de los administrados requirientes. La doctrina, en general, admite que los perjuicios indemnizables por el Estado deben ser causados por actos dañosos contra los derechos adquiridos de las personas sean estos fundamentales o no, siempre que sean reconocidos por las legislaciones nacionales o por los principios de la normatividad internacional universalmente aceptados. Ante la casi consuetudinaria ireresponsabilidad de Estado frente a sus actos, basada en el viejo principio *“The king cannot do wrong”*, (salvo el tratamiento del concepto del Fisco), el germen de la doctrina de la responsabilidad del Estado adquiere la mayoría de edad con las decisiones recaídas en los Grands Arrêts emitidas por el Consejo de Estado francés a partir de 1873, de las que parten diversas teorías que se van formalizando y universalizando con el paso del tiempo, como por ejemplo la de la Responsabilidad del Estado por Actos de sus Agentes (Caso Pelletier), la de la Responsabilidad sin Falta (Caso Cames), la de la Responsabilidad del Estado en Materia de Policía (Caso Tomasso Greco), la Responsabilidad de la Administración en Razón a las Faltas Cometidas por sus Agentes (Caso Epoux-Lemonnier), la Responsabilidad por Riesgo (Caso Renault-Desroziers), o, por oposición y en defensa de los actos emergentes de la administración, la Teoría de las Circunstancias Excepcionales (caso Heyriés).

Ahora bien, habíamos hablado de las situaciones específicas en las que puede encontrarse un Estado cuando efectúa actos dañosos de los cuales deviene responsabilidad extracontractual. Uno de ellos es el acto internacional que se materializa cuando el Estado efectúa actos lesivos a uno u otros Estados o a su población por diferentes medios, intencionales o no y que se encuadra dentro del Derecho Internacional Público tradicional, (como ejemplo de un hecho culposo podríamos citar al Desastre de Chernobyl, que tuvo repercusiones internacionales, y como uno intencional o doloso a la agresión de la OTAN contra la ex Yugoslavia que provocó la

iniciación de sucesivas demandas ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya; ⁽³³⁾; el otro acto es el que se enmarca dentro de los cánones recientes del Derecho Internacional Humanitario y que importa violaciones de los derechos fundamentales a las víctimas de los conflictos bélicos, realizadas por determinado Estado o por sus agentes. Trataremos de ocuparnos del segundo y de sus repercusiones en el Iraq de hoy.

Empezaremos con las principales normas internacionales que obligan a los estados parte a asumir su responsabilidad frente a los daños que inflijan. El Convenio de la Haya IV, de 18 de octubre de 1907, en su artículo 3 estipula que: "A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces." El artículo 91 del Protocolo Adicional de las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relacionado con la Protección a las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, del 8 de junio de 1977, dice:

"A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces." El Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, refiere en su artículo 7. "Extralimitación en la Competencia o Contravención de Instrucciones.- El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones."

Como vemos, las dos primeras disposiciones (La Haya y Ginebra), conservan ciertos comunes denominadores: a) involucrar a los estados parte beligerantes, b) la violación a las regulaciones o previsiones a las que están sujetos, c) responsabilidad por los daños que causen sus fuerzas armadas y, d) obligación de compensarlos. La tercera, (el Proyecto de Artículos) que no alcanza todavía la categoría de norma imperativa formal como para integrarse al *jus cogens*, (pero cuya utilización ya ha sido mencionada como instrumento de carácter universal por la información contenida en la 15ª sesión de la CDI-ONU, según el Resumen del Acta de la Sexta Comisión – Tema 139, Nueva York, 28 de octubre del 2004 y distribuida en febrero del 2005), tiene una elaboración más compleja. Las dos primeras

(33) Casos de Licitud del Empleo de la Fuerza (Yougoslavie c. Etats-Unis d'Amérique), (Serbie et Montenegro c. Royaume-Uni) – 1999

establecen parámetros que deben ser cumplidos por un estado que sea parte de una conflagración y cuyo personal armado (dependiente de sí y orgánicamente constituido por ése estado) cause daños a otros; de ahí surge la responsabilidad, esto es, la capacidad de respuesta que ínsitamente debe asumir ése estado y la obligación subsecuente de compensar por esos daños en virtud de la responsabilidad que le compete por acción de personal armado a su cargo. La concatenación entre los elementos de la institución jurídica es evidente al enlazar los conceptos de daño, responsabilidad y compensación. Existe una connotación que podría implicar cierta duda sobre la obligación del estado cuando ambas regulaciones establecen “if the case demands” (si el caso lo amerita). Esta inclusión dejaría en vilo la obligatoriedad de asumir la responsabilidad puesto que dejaría librada a la interpretación del estado considerar si infligió daño o no, o a deseo del agraviado, la iniciación o no de proceso penal que adjudique las responsabilidades, las penas y, secuencialmente, persiga la indemnización. En este aspecto final, el Estatuto de Roma en su artículo 15 estatuye que la iniciación de oficio, en caso de que se conozca información relevante sobre la comisión de los delitos cuya competencia sostiene, corresponde al Fiscal, funcionario que haría de vector para la iniciación de procesos de competencia de la Corte si los estados o el Consejo de Seguridad de las UN no los encauzaren. ⁽³⁴⁾.

La tercera disposición, fija supuestos de actuación que, en principio, deben desarrollarse dentro de los parámetros de las atribuciones conferidas. Si esto sucede así, el comportamiento del órgano, entidad o persona que ejerce ésas facultades se tomará, normalmente, como hecho del Estado que le otorgó esos poderes, donde la vinculación del Estado con su agente es evidente e imprescindible para la existencia del supuesto legal. Esto, para empezar, demuestra que desde ya, en el ejercicio normal de sus atribuciones, se reconoce la tutela del Estado al que el funcionario está vinculado. Ahora bien, el desequilibrio de poder sobreviene cuando se desbordan las competencias acordadas o las instrucciones recibidas por órganos del estado a una persona facultada por éste para ejercer ciertas atribuciones. Este desbordamiento requiere de un órgano o persona a quien se le hayan atribuido, legal y legítimamente esas competencias, primordialmente. La causal de extralimitación de esas competencias recibidas hace que tal órgano o persona actúe con un comportamiento que se vuelve automáticamente ilícito por transgredir los límites impuestos por las facultades que se le otorgaron.

Esto implica un abuso de autoridad, un ejercicio de exceso de poder (*excès de pouvoir*) o una desviación del poder (*détour de pouvoir*), --podría hablarse inclusive de un defecto de poder en caso de una omisión punible y dolosa o culposa,-- recibido y utilizado en perjuicio de las

(34) Sassòli, Marco, “La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario”; Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 846, 2002

personas o de los bienes de terceros. Aún así, dice el numeral, en condiciones de ilicitud por exceso en sus competencias o contravención de sus instrucciones, tales hechos serán tomados como provenientes del Estado que otorgó las atribuciones que están siendo desvirtuadas por el funcionario transgresor. La vinculación, entonces, entre el Estado y su agente, está dada y la responsabilidad por los actos ilícitos, también. Hay que señalar que, tanto el exceso en las competencias y/o la contravención de las instrucciones pueden provenir de actos privados del funcionario, lo que nos lleva a singularizar un aspecto del problema. No creo que las consecuencias de la actuación privada de los agentes del Estado (cualesquiera que fuesen, gobernadores, adelantados, comisarios, oficiales, soldados, o personal civil subordinado) deba recaer solamente en ellos, como personas naturales, sino en el Estado que es su mandante, como persona jurídica o moral, y al que se encuentran sujetos, tanto en su actuación o comportamiento funcional normal como en los actos ilícitos o anormales derivados de esas actuaciones o comportamientos. Cabría pensar que no es posible dicotomizar el comportamiento funcional y el privado si su fuente es una única persona, irrepetible, de la que provienen los actos derivados de esos comportamientos. La responsabilidad por el daño causado, estimo, es de ambos y de ambos es el deber de ser comprendidos en investigación, juicio, castigo y compensación por falta, del Estado, al deber de delegación idónea y supervisión al agente.

La tercera disposición que comentamos incluye también a los agentes privados o particulares contratados por el Estado para efectuar determinadas tareas y su comportamiento normal (recordemos la teoría de la Responsabilidad sin Falta del Consejo de Estado francés aunque ésta se refiera a agentes del Estado en ejercicio del poder público originario) o el anormal. Por el contrario, la Orden 17 recubre de inmunidad a los consultores y contratistas del Estado de procedencia (sending state) y los retrotrae a su jurisdicción nacional, a salvo de las leyes del país donde cometieron los actos ilícitos. Estamos, pues, frente a una disposición que, avalada por las Naciones Unidas, varias veces como hemos visto, ha establecido firmemente la Coalición para proteger a su personal, civil o militar, e incluso a los privados, de cualquier demanda, arresto o problema legal similar que pudieran tener en territorio iraquí y que pudiera haber sido originado en actos ilícitos cometidos por ellos. Si se otorga este tratamiento exclusivo al personal mencionado, nada podrá hacerse para corresponsabilizar al Estado de procedencia si el mismo autor, persona natural, se halla tan a cubierto de su propia responsabilidad; lo más probable es que el Estado de procedencia no admita esa corresponsabilidad, más aún si, como los Estados Unidos de Norteamérica, no son signatarios del Estatuto de Roma y menos prevé serlo del Proyecto de Artículos de la CDI cuyo tenor hemos comentado.

Obviamente, el problema es mucho más complejo de lo que parece o de cómo es presentado en este trabajo. Los estados no suelen asumir sus responsabilidades en cuanto a las violaciones, incluso flagrantes de los derechos humanos, en las que hayan incurrido por la sencilla razón de que una actitud de ese tipo llevaría a una probable cadena de demandas compensatorias y de solicitudes de penalidades que no estaría dispuesto a enfrentar, más por

las consecuencias que devendrían de ellas que por otra razón válida. Los argumentos legales de ejercicio de soberanía, aplicación del derecho interno, medidas de emergencia, protección del bien común y salvaguarda del orden establecido son comunes y muy recurridos para su defensa pero suelen dejar de lado los agravios cometidos y soterrada la responsabilidad que les compete, en muchos casos, sabiéndolo sin sombra de duda. Raros son los hechos que, sirviendo de ejemplo, destruyen esta regla, como el caso de la solicitud de perdón y reconocimiento de responsabilidad del Estado colombiano a los hermanos Wilson y Ricardo Gutiérrez Soler, ante la CIDH, en marzo de este año, por los abusos de que fueron objeto a manos de las fuerzas de seguridad de ese país; o el caso de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú, en cuyo Informe Final se solicitan compensaciones para los afectados por la guerra contra el terrorismo, o el perdón solicitado a la civilidad argentina por el general Martín Balza, o la petición de perdón del Papa Juan Pablo II, al mundo, por los errores de la Iglesia en el Jubileo del año 2000 o, abundando, la petición de perdón a la civilidad chilena por parte de la Policía de Investigaciones de ese país en noviembre del 2004 o la declaración del presidente Ricardo Lagos de que el Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura era una petición de perdón para los afectados por la violaciones a los derechos humanos entre 1973 y 1990, en diciembre de ese mismo año. Empero, sabemos que no bastan solamente las palabras; ni siquiera sabemos si bastarían los hechos concretos de las compensaciones efectivas para resarcir la tragedia del dolor humano o paliar su recuerdo.

La legislación internacional y la local ofrecen pocas oportunidades de remediar, efectivamente, los agravios que han sufrido las personas afectadas por violaciones a sus derechos humanos fundamentales, lo que sí prevé la legislación internacional humanitaria con profusión. Pero, no basta solamente preveerlas por escrito sino que estas compensaciones sean hechas efectivas de manera real y tangible y lleguen a restituir, si cabe la expresión, el daño moral y material causado. A este respecto, la Corte Penal Internacional tiene la facultad de determinar cualquier daño, pérdida o lesión en los afectados y disponer que la persona responsable de ellos los repare. Pero es el Estado quien debe asumir también su corresponsabilidad cuando los actos ilícitos han sido cometidos por sus agentes y contribuir a la reparación que hemos mencionado porque, recordemos, la CPI solamente acuerda competencias juzgatorias sobre las personas naturales y no sobre los Estados. Es ahí donde debe ingresar la restauración de los daños infligidos de parte del Estado, es decir, hacer efectiva su presencia como tal, al lado del infractor material, dejando de lado las defensas que suele esgrimir. Los Estados que forman la Coalición, ocupantes del Iraq en una guerra de agresión basada en el falso supuesto de las armas de destrucción masiva que se decía, poseía esta nación, deben sumarse como responsables de todo acto ilícito cometido por sus gobernados y restituir los agravios hechos a la población iraquí no refugiarse en sus propias jurisdicciones para evadir esa responsabilidad que les mancha como Estados. Esto lo manda no solamente la ética del gobernante sino también el sentido común y el espíritu y la letra de la legislación humanitaria internacional.

Un estudio sumamente provechoso para comprender el grado mínimo de atención que prestan los Estados a sus responsabilidades respecto de su conducta en conflictos bélicos que involucran daños o infracciones a los derechos humanos o al derecho Internacional Humanitario, ha sido expuesto en el artículo “Transnational State Responsibility for Violations of Human Rights”. En él, los autores concluyen que los Estados se sienten, aún, tan irresponsables que esa percepción raya en la impunidad; la profusa casuística internacional consultada por ellos así lo demuestra y, en el caso específico de los Estados Unidos de Norteamérica, las Cortes han tenido siempre una acusada inclinación a absolver al Estado y a sus agentes basándose en la obediencia debida (para defensa de los subordinados) o en la autoridad presidencial mandatoria (para defensa del superior) como en los casos *Saltany v. Reagan*, *Nejad v. United States*, *Koohi v. United States*, *McFarland v. Cheney*, salvo en *Sánchez-Espinoza v. Reagan*. Habría que precisar que este estudio data de 1999, cuando la CPI estaba naciendo al mundo y a las esperanzas de las víctimas. ⁽³⁵⁾. Hasta junio del 2004, esa tendencia no se redujo sino con la adopción de importante jurisprudencia en los casos de *Rasul v. Bush*, *Hamdi v. Rumsfeld* y *Rumsfeld v. Padilla*.

Acercándonos a la actualidad, en un Seminario sobre Responsabilidad Internacional y Derechos Humanos, iniciado en octubre de 2004, en el European University Institute, el profesor Francesco Francioni, se preguntaba, entre otras cosas: ¿Pueden los Estados ser considerados responsables por pasadas violaciones a los derechos humanos como la esclavitud, los trabajos forzados, la prostitución por sometimiento u otros crímenes contra la humanidad? ¿Cuándo los Estados son responsables por serias violaciones a los derechos humanos cometidas por personas naturales? ¿Hay alguna base, en el derecho internacional, para considerar directamente responsables a las personas naturales o a las corporaciones por violaciones a los derechos humanos? ¿Cuál es la relación entre la implementación de los mecanismos contenidos en los tratados de derechos humanos y el sistema internacional de responsabilidades? ¿Cómo pueden los individuos invocar la responsabilidad de los Estados por violaciones a los derechos humanos? ¿Existen accesos individuales a la justicia, en los niveles nacional o internacional, para obtener compensaciones por las violaciones a los derechos humanos? Estas preguntas, según el académico, se formulan a la luz del desarrollo de dos importantes factores en este campo: la reciente adopción de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado (CDI-ONU) y la creciente importancia del rol de los actores

(35) Gibney, Mark; Tomaševski, Katarina; Vedsted-Hansen, Jens; “Transnational State Responsibility for Violations of Human Rights”; Harvard Human Rights Journal, Volume 12, Spring 1999, ISSN 1057-5057

privados (individuos o corporaciones) en las relaciones internacionales ⁽³⁶⁾. Ignoro cuáles han sido las conclusiones de tan relevante estudio pero infiero que las interrogantes son comunes a quienes están interesados en que los Estados reconozcan la responsabilidad que les compete por los actos ilícitos que realizan sus agentes (públicos o privados) y no la evadan con disposiciones tan antinaturales como la Orden 17. Espero que las respuestas, también lo sean.

Abril, 2005

(36) International Responsibility and Human Rights – Professor Francesco Francioni – Seminar – First Term – Law – European University Institute