

Justicia internacional, procesos de paz y derechos humanos*

Buenos días. En primer lugar, quiero dar las gracias a los organizadores por la excelente organización y por la invitación, y decir que es un honor especial para mí que José Ramón, al que conozco de otros encuentros, sea mi moderador aquí, en esta cita.

¿En qué etapa se encuentra la justicia penal internacional?

Ustedes seguramente saben que el pasado jueves comenzó el *Pre-Trial Chamber*, la sala preliminar de la Corte Penal Internacional (CPI), con la audiencia de confirmación de cargos (*confirmation hearing*) en el caso del ciudadano congoleño Thomas Lubanga.¹ Éste es ciertamente un referente histórico, porque es el primer caso que llega a la audiencia de confirmación de cargos en la *Pre-Trial Chamber*. Es el caso del jefe de una milicia supuestamente responsable de varios crímenes internacionales cometidos en el norte de la Rep. Democrática de Congo (RDC) y, en este caso, acusado por el reclutamiento forzoso de niños. El caso también es importante porque es muestra de una buena cooperación entre la CPI, el Estado territorial (RDC) y una misión de paz de la ONU (MONUC²), pues Lubanga fue entregado a la CPI por las autoridades congoleñas en cooperación con la MONUC.³

Por otro lado, nos encontramos en un país vecino de la RDC, en *Uganda*, ante un *proceso de paz* en el cual varios actores se enfrentan. Uno de ellos es justamente Naciones Unidas, y puede ver uno claramente en qué dilema se encuentra la ONU en este tipo de procesos. En el caso de Uganda tenemos una situación muy especial, ya que el propio Presidente Museveni solicitó a la CPI la intervención penal, es decir, que investigara las actividades de la *Lord's Resistance Army* (LRA) en el norte del país, haciendo uso del artículo 13 (a) del Estatuto, que permite a un Estado remitir “una situación en que parezca haberse cometido uno o varios” crímenes competencia de la CPI al Fiscal. Vale la pena señalar que pocos pensamos, discutiendo esta norma en Roma, que vaya a tener jamás una importancia práctica. Con esta remisión del caso a la Corte, ésta obtuvo jurisdicción y se han dictado ya cuatro órdenes de arresto contra líderes del LRA, sobre todo contra su jefe, Joseph Kony. Ahora bien, cuando se dictaron estas órdenes de arresto, Kony y su gente se acercaron al gobierno de Museveni ofreciéndoles negociaciones de paz, claro, con la pequeña condición de que se retiren estas órdenes de arresto, pues no se puede negociar con seguridad cuando pueden detenerle a uno. Entonces, el dilema es obvio: tenemos, por un lado, estas órdenes de arresto de una institución creada en 1998 y en pleno funcionamiento a partir de finales de 2002, desde La Haya⁴, con una preparación minuciosa del caso contra Lubanga, con varias misiones de investigación a la RDC, etc. Y tenemos, por otro lado, este grupo rebelde que *ahora* – antes solamente hablaron las armas - quiere negociar la “paz”, pero con garantías para su seguridad, y en último término, para la impunidad de sus actos. Pero también tenemos miembros de las comunidades más afectadas por el conflicto, por ejemplo la comunidad indígena de los Acholi, que públicamente, varias veces, y últimamente, según el *Financial Times* el 7 de noviembre, solicitaron que se revoquen las órdenes de

* Versión revisada (con notas) de la ponencia en el *II Congreso internacional de derechos humanos: La resolución de conflictos*. Gobierno Vasco, Bilbao 14 al 16 de noviembre de 2006.

¹ El “confirmation hearing”, reglamentado en el Art. 61 del Estatuto de la CPI, comenzó el 9 de noviembre y terminó el 28 de noviembre de 2006. El Sr. Lubanga está siendo procesado por el reclutamiento y uso de menores de 15 años, lo cual constituye un crimen de guerra bajo el Art. 8 del Estatuto de la CPI. Esto puede ser considerado – contrariamente a la práctica de los tribunales Ad-hoc - como una nueva estrategia por parte de la CPI para tener casos con cargos específicos y evitar “megajuicios” que dificulten la labor de investigación y probatoria, que lleven a procesos sumamente largos y onerosos. Para más información ver: http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=202&l=en.html

² Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo.

³ Para más detalles ver: Hamann, Internationaler Strafgerichtshof und Vereinte Nationen in der Demokratischen Republik Kongo, ZStW 118 (2006), pp. 799-822

⁴ El Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de Julio de 2002 y tiene hasta la fecha (6 de diciembre) 104 Estados partes, ver sobre la historia de las negociaciones Ambos/Guerrero (comps.), El Estatuto de Roma de la CPI, Bogotá (Universidad Externado) 1999; Ambos (coord.), La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma. Valencia (Tirant lo Blanch) 2002; Ambos, Internationales Strafrecht, München (Beck) 2006, § 6 notas marginales (nm.) 40 ss. con ulteriores referencias. Sobre éste y otros temas (actuales) de derecho penal internacional ver Ambos, Temas de derecho penal internacional y europeo. Madrid (Marcial Pons) 2006.

arresto para facilitar las negociaciones de paz.⁵ Tenemos al propio Presidente Museveni, que, como buen político que usa estas órdenes de arresto como instrumento político en su estrategia de *stick and carrot*, dijo en una entrevista el 28 de octubre que la CPI debe mantener estas órdenes de arresto y sería un “*tactical error*” cumplir con las condiciones de los rebeldes de revocar las órdenes antes de firmar un acuerdo de paz: “The ICC is actually very good for us (Uganda) because it makes the terrorists (rebels) come up to seek peace and end impunity.”⁶ En otras palabras, lo que dice Museveni es que “por favor dejen intactas las órdenes de arresto, para que yo pueda presionar más a este grupo rebelde”; o sea, él usa las órdenes de arresto para su manejo político del conflicto interno. El propio Gobierno de Uganda hizo una declaración en la reciente Asamblea de los Estados Partes de la CPI en La Haya, el 23 de noviembre de 2006, y dijo lo siguiente:⁷

“El LRA (Lord’s Resistance Army – Ejército de la Resistencia del Señor) ha aterrorizado durante décadas a las gentes del norte de Uganda, del sur de Sudán y del este de la República Democrática del Congo. En diciembre del 2003 el Gobierno de Uganda decidió remitir el caso al Tribunal Criminal Internacional, no porque el gobierno no fuese capaz o no estuviese dispuesto a juzgar al LRA por sí mismo, sino porque dicho Tribunal fue establecido específicamente para tratar con crímenes de esta magnitud y porque el gobierno no era capaz de detener al LRA que operaba fuera del territorio de Uganda. Sin embargo, aunque el paradero general de los comandantes era conocido, la detención de los mismos y la liberación de los niños y mujeres raptados todavía es una cuestión pendiente.

Explicaré por qué Uganda hubo de comenzar con las conversaciones de paz. Las órdenes de búsqueda y captura se emitieron hace un año, pero, a pesar de los significativos esfuerzos realizados, no se cumplieron. El LRA tuvo que trasladarse al Parque Nacional de Garamba, República Democrática del Congo, debido a la presión militar del UPDF (Uganda Peoples Defence Force – Fuerza de la Defensa del Pueblo de Uganda) y del SPLA (Sudan People’s Liberation Army – Ejército de Liberación del Pueblo de Sudán), además de la presencia del Tribunal Criminal Internacional. El LRA se reubicó en tres Partidos Estatales donde se hallan cinco fuerzas militares que podrían ser de ayuda en lo relativo al arresto. Pero las fuerzas militares, incluyendo MONUC (Mission de l’ Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo – Misión de la Organización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo), UNMIS (United Nations Mission In Sudan – Misión de las Naciones Unidas en Sudán) y los ejércitos nacionales de Uganda, Sudán y del Congo fracasaron en su intento de arrestar a los cinco líderes del LRA. El LRA es una amenaza para la seguridad regional y fue una amenaza para la puesta en marcha del acuerdo entre el Gobierno de Sudán y el del sur de dicho país, de ahí que el presidente Museveni ofreciese al LRA un “amortiguador”.

Las conversaciones de paz en las que el mediador fue el vicepresidente Machar llevaron a la firma del Acuerdo del Cese de las Hostilidades este verano. La gente del norte de Uganda quiere regresar a casa. La seguridad ha vuelto al norte de Uganda y la gente ha comenzado a retornar a sus casas con ayuda del gobierno y de los asociados al mismo.

Uganda está continuamente en contacto con la OTP (Office of the Prosecutor – Oficina del Fiscal) para mantenerla al corriente de cómo se desarrolla el proceso de paz. Si no fuese por la orden de búsqueda y captura, el LRA nunca se hubiese involucrado en el proceso de negociación. Las órdenes continúan ejerciendo una presión constante sobre la presencia de los líderes del LRA en el proceso de paz. Uganda ha intentado cumplir las órdenes de búsqueda y captura. El UPDF había entablado conversaciones con una unidad del LRA dirigida supuestamente por Raska Lukwiya. Como consecuencia murió, lo que fue confirmado con ayuda del Tribunal Criminal Internacional.

Uganda se ha comprometido a concluir las conversaciones de paz con éxito. Hace poco el LRA se encontró en Garamba, República Democrática del Congo, con un equipo de abogados con el fin de que se les explicasen las disposiciones legales del Estatuto de Roma. Las conversaciones continúan y se especula para determinar los posibles resultados. Uganda no consentirá la impunidad.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha reconocido que el LRA es una amenaza regional. Los Partidos Estatales han de comprender que cumplir las órdenes de búsqueda y captura es una responsabilidad colectiva. Los Grupos de Trabajo no han de ser únicamente teóricos, no han de crear simplemente borradores de recomendaciones, han de ser capaces de proveer apoyo práctico en cada uno de los aspectos de la cooperación estatal, lo que incluye la consolidación de las sentencias y la reubicación de testigos, así como el cumplimiento de las órdenes de búsqueda y captura.

⁵ Financial Times, Comment & Analysis, Andrew England, Nikki Tait and Mark Turner, "Vague at The Hague? Why the UN war crimes trials may be off to a timid start," 7 November 2006.

⁶ The Monitor, Solomon Muyita, Grace Nataabaalo & Emmanuel Gyezaho, "Museveni Insists on Kony ICC Arrests," 28 October 2006 <http://allafrica.com/stories/200610270919.html>

⁷ Cita del resumen textual de la Coalición Internacional para la CPI <www.iccnw.org>.

La participación del Tribunal Criminal Internacional en Uganda ha tenido un impacto enorme, lo que ha llevado a un desarrollo positivo en varios aspectos en la región.”

Aparte del efecto positivo (disuasivo) que aparentemente tiene la CPI desde el punto de vista estructural, lo problemático es que existe el riesgo de una instrumentalización de la CPI en un conflicto interno por una de las partes del conflicto, que lo mismo no es para nada inocente y tiene un ejército que también viola los derechos humanos. Ahora bien, en este escenario interviene la ONU con su negociador, Jan Egeland, coordinador humanitario de la ONU y enviado por el propio Kofi Annan. Y, evidentemente, él se encuentra en un dilema, en un callejón sin salida, pues, por un lado, quiere que las partes lleguen a un acuerdo de paz, pero, por otro, apoya a la CPI y sus órdenes de arresto. Pero no solamente por la relación especial entre la ONU y la CPI⁸, sino también por la propia posición de la ONU en estos procesos de paz, por ejemplo en Centro América, donde nunca permitió amnistías plenas para crímenes internacionales. En esta tesitura, el pobre Señor Egeland se encuentra en un dilema. Así, el 12 de Noviembre había una reunión privada, sin prensa ni público, entre los Señores Kony y Egeland, en una tienda, casi en la selva. Y, claro, los rebeldes desde el primer momento querían hablar sobre las órdenes de arresto, para que Egeland presionara a la CPI para revocarlas, pero éste, como responsable de la situación humanitaria y sin poder sobre la CPI, quería hablar sobre un acuerdo humanitario. Naturalmente, como suele pasar en estos conflictos, los negociadores no son expertos en derecho, sino en la guerra. Y así, no entienden las cuestiones técnicas. En este caso concreto, piensan que Egeland viene de parte de la CPI, y que puede personalmente revocar las órdenes de arresto, etc. Bueno, dada esta situación no es sorprendente que la reunión terminara sin resultados concretos. Incluso los rebeldes negaron las acusaciones de crímenes: no querían hablar sobre ello. Y eso es un dilema.

Hay otro conflicto, por cierto con menos atención internacional, pero de la misma manera muy importante para analizar el aparente conflicto entre justicia y paz: se trata del caso de *Colombia*. Si bien todavía no existe investigación formal de la CPI, Colombia es Estado Parte y la Fiscalía de la Corte observa la situación en ese país, en particular el proceso de paz formalizado con la llamada “Ley de justicia y paz”⁹. Esta ley fue objeto de una queja ante la Corte Constitucional¹⁰, que la declaró compatible con la Constitución, pero demandó algunos cambios y/o aclaraciones que el legislador hizo a través del Decreto Reglamentario 3391 del 29 de septiembre de 2006. Si bien en el caso colombiano tenemos el mismo dilema, en principio, la argumentación técnica-jurídica es mucho más sofisticada por parte del gobierno del presidente Uribe, pero también por parte de la comunidad jurídica colombiana. Por lo tanto, creo que merece la pena explicar un poco más la solución jurídica a través de la sentencia de la Corte Constitucional, que me parece una de las más importante del mundo, si no la más, sobre el tema.

El sistema de justicia penal internacional

Pero hablemos primero, para tratar el tema de un modo un poco más sistemático, sobre el sistema de justicia penal internacional. El tema realmente no es tanto de procesos de paz y derechos humanos, sino de derecho *penal* internacional y procesos de paz. De hecho, hoy en día estamos a otro nivel. Ya superamos, dicho de un modo algo cínico, la ineficiencia de los derechos humanos, con el nuevo sistema de la Justicia penal internacional, de la CPI y los Tribunales Ad Hoc, pues no se trata únicamente de la responsabilidad colectiva de los Estados, sino de la responsabilidad individual de personas naturales, de los propios violadores de los derechos humanos. Podemos distinguir, como he expuesto en el cuadro 1 -> [link](#), varios niveles. En un *primer nivel* tenemos el estado territorial o el estado del sospechoso o de la víctima, que tiene el deber, reafirmado por el preámbulo del Estatuto de la CPI, de perseguir y sancionar a los responsables de crímenes internacionales – genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (ver Art. 5 a 8 del Estatuto de la CPI). Concretamente, es un deber del estado argentino castigar a los violadores de derechos humanos de la antigua dictadura militar; es un deber del estado congoleño, del ugandés, del colombiano, de los EE.UU. (en el caso de Abu-Ghraib) sancionar a los responsables de estos crímenes. Entonces, no es responsabilidad *primaria* de la comunidad internacional, sino del propio *estado* en cuyo territorio y por o contra cuyos nacionales fueron cometidos estos delitos. Es importante recordar que son los estados los que tienen este deber. Solamente si éstos no cumplen con este deber – que

⁸ “Relationship agreement“ del 4 de octubre de 2004, ver sobre la relación con la ONU mas detalles en: <www.iccnw.org/?mod=agreementsun>

⁹ Ley 975 de 2005. Ver mi dictamen sobre proyectos anteriores en <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/Forschung.html> -> dictámenes

¹⁰ Sentencia C-370 de 2006 del 13 de Julio de 2006 (publicación del fallo) <www.constitucional.gov.co>.

lamentablemente es, como muestra la alta impunidad, muchas veces el caso - necesitamos otro mecanismo y éste se encuentra en el *segundo nivel* referente a la CPI. Claro, la CPI solamente puede actuar si tiene competencia y ésta solo se ostenta, en principio, si el crimen fue cometido en uno de los 104 Estados partes (Art. 12 (2) (a)) o por un nacional de éstos (Art. 12 (2) (b)),¹¹ si fue cometido posteriormente a la entrada en vigor del Estatuto para el Estado correspondiente (Art. 11, 126) y se trata de uno de los crímenes mencionados en los Art. 5 a 8, es decir, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Además, la Corte tiene una limitación importante de competencia o de admisibilidad, que es la llamada *complementarity* (complementaridad), que de hecho es un tipo de subsidiariedad frente a la justicia nacional, que por eso pertenece al ya explicado primer nivel del sistema. Esto quiere decir que la CPI es un órgano que respeta la competencia del estado territorial, del estado de la víctima y del sospechoso, así como su soberanía. Incluso reafirma que es responsabilidad de los estados mismos el perseguir a estos criminales. La Corte solamente interviene cuando, por razones de falta de voluntad o de capacidad, el estado territorial no cumple con su deber de persecución y sanción. El hecho de que el propio estado, a través de su gobierno, como ha pasado en los casos de Uganda, de la República Democrática del Congo y de la República Centroafricana, solicite al Fiscal que intervenga puede ser interpretado como falta de capacidad. Sin embargo, esto no significa que un estado, sin más, pueda deshacerse de su responsabilidad primaria de persecución penal. Si suponemos que los estados tienen responsabilidad primaria, tampoco podemos permitir que puedan delegar esa responsabilidad fácilmente a la Corte. Si se toma en serio la responsabilidad primaria del estado, el mismo tiene que tratar primero de resolver su problema, con sus medios, con su poder judicial, pues es un problema de “su casa”.

Ahora bien, incluso con estos dos niveles, estamos con varios estados que no tienen un sistema eficiente de persecución de estos crímenes. Concretamente, esto se refiere a los estados que, por un lado, no son estados partes del Estatuto de la CPI, por ejemplo India, China, Rusia, Uzbekistán, Azerbaiján, y que, por otro, tampoco persiguen a estos crímenes a nivel nacional (por razones suficientemente conocidas de impunidad)¹². Por lo tanto, necesitamos todavía un *tercer nivel*, o sea, la famosa jurisdicción universal del tercer estado, que no es el estado territorial y, normalmente, tampoco el estado del sospechoso o de la víctima. En España han vivido muy de cerca esta situación con el caso de general chileno Augusto Pinochet, cuya detención fue provocada por una orden de arresto del famoso juez de instrucción Baltasar Garzón.¹³ El problema de este tipo de competencia o jurisdicción es evidente:¹⁴ un estado se atribuye la competencia sobre hechos fuera de su territorio, a miles de kilómetros distancia, sin acceso (fácil) al lugar de los hechos, sin conocimiento de la cultura, del idioma etc. Y con esta expansión de su derecho penal, se mete en los asuntos internos del estado territorial. Si bien el argumento de la no-intervención no puede y debe valer frente a la impunidad de graves violaciones de derechos humanos, el argumento es real y no es siempre fácil descartarlo. Seamos honestos: ¿a quién le gusta que otro se meta en su casa sin pedir permiso, que investigue hechos cometidos en un territorio extraño, si además el investigador es la antigua potencia colonial del investigado? De hecho, frente a los problemas diplomáticos creados por el caso Pinochet y casos similares, la creación de la CPI siempre ha sido vista por muchos estados y expertos como una alternativa a la competencia de un estado tercero. Claro, como vemos, siempre habrá situaciones en las cuales o un estado tercero ejerce la competencia (universal) o hay impunidad. Si ayer (14 de noviembre) escucharon las noticias, sabrán que había una conferencia en Berlín donde una coalición de abogados americanos y alemanes, el “Center for Constitutional Rights” de Washington con la “Asociación de Abogados Republicanos”, presentaron de nuevo una denuncia contra Donald Rumsfeld y otros por el caso de Abu-Ghraib,¹⁵ con base en la Ley alemana de derecho penal internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) que prevé, en su § 1, una norma de jurisdicción universal muy amplia.¹⁶ En otras

¹¹ Ver más detallado sobre el régimen de competencia Kaul/Kreß, en Ambos, La nueva ..., supra nota 4, pp. 297 ss.; Ambos, Internationales Strafrecht, supra nota 4, § 8 nm. 6 ss.

¹² Para más detalles ver Ambos, Impunidad y derecho penal internacional, Buenos Aires (Ad Hoc) 1999.

¹³ Sobre el caso Pinochet ver Ambos, Revista Penal (La Ley, España) No. 4 (1999), 3-20 = Nuevo Foro Penal (Medellín, Colombia) 62 (septiembre - diciembre 1999), 159-185.

¹⁴ Muy crítico, por ejemplo, Fletcher, Journal of International Criminal Justice 1 (2003), 580 ss.; contra el Eser, Tulsa Law Review 39 (2004), 955 ss.; resumiendo la discusión Internationales Strafrecht, supra nota 4, § 3 nm. 93 ss.; id., Temas, supra nota 4, p. 93 ss.

¹⁵ Ver, por ejemplo, Times, 16 de Noviembre de 2006, <<http://www.time.com/time/nation/article/0,8599,1560224,00.html>>

¹⁶ Sobre esta ley y la norma procesal que limita la jurisdicción universal (§ 153f de la Ordenanza Procesal Penal) ver Ambos, NStZ 2006, 434 ss., en castellano en Revista Penal num. 19 (enero de

palabras, se usa la jurisdicción universal también en un caso como el de Abu-Ghraib, con el argumento de que, en este ejemplo, nunca hubo una investigación de los *top*, de Rumsfeld y de la gente del Pentágono que, por lo menos, toleraron los abusos cometidos con Abu-Ghraib. Claro, es un caso complicado, pues ¿cómo puede Alemania reclamar, digamos, frente a EE.UU. que se haga justicia, frente a un estado que es un Estado de Derecho y que no tiene nada que aprender de un estado que, como Alemania, recientemente ha experimentado dos dictaduras totalitarias?

¿Conflicto entre justicia y paz?

Ahora bien, volvamos al tema principal de esta exposición, el dilema entre justicia y paz, y después veremos un poco más el *conflicto de valores* (ver cuadro 2 -> [link](#)). Tenemos, por un lado, un proceso de paz cuyo fin es, evidentemente, si es un proceso que merece este nombre, el de conseguir la paz. Nadie puede dudar que la paz es un valor, sobre todo si se trata de una paz profunda y duradera. Por otro lado, como contra-valor, tenemos la justicia y todo lo que ella implica: reconocimiento de responsabilidad, respeto frente a las víctimas (hasta reconocer su estatus como tales), restitución, reparación, no repetición y, últimamente, sanción (penal) de los responsables. Frente a este conflicto de valores entre paz y justicia, surge la pregunta de si existen criterios racionales, transparentes y democráticos para resolver este conflicto. Criterios que son más objetivos, más duros que los puros intereses políticos normalmente en juego en procesos de paz que nos llevan a la arbitrariedad, a la discrecionalidad política. Ahora bien, parece que existen reglas de derecho, reglas de derecho internacional, de derecho penal internacional. Estas reglas nos guían, ya que nos dan un marco formal para poder resolver el conflicto de fondo, para fundamentar límites al proceso político de paz: *paz si, pero no a cualquier precio*. Una de estas reglas, una regla fundamental, es, por ejemplo, que no debe haber amnistías para crímenes internacionales. Esta regla está reconocida en la jurisprudencia internacional, en los escritos de los académicos, podemos decir que es una regla de *derecho*.¹⁷ Pero esta regla, en la práctica *política* de un proceso de paz, ¿vale también frente a un grupo insurgente que tiene el poder de las armas, que tiene secuestrados, que puede en cualquier momento desestabilizar el gobierno? Imaginemos un negociador internacional, experimentado, como el Señor Egeland, en un proceso de paz como Uganda, donde las personas más afectadas le piden paz, una paz a cualquier precio, solamente paz. O un proceso de paz tan complejo – histórica, económica y políticamente – como el colombiano, donde no se decreta, a través de poderes de emergencia (como anteriormente ya se hizo), una amnistía, sino que se inicia un proceso de discusión, aparentemente democrático, en el Congreso, y también con ciertos sectores de la sociedad civil, que da como resultado una ley que, si bien conlleva una reducción sustancial de la pena, no da esta reducción gratuitamente, sino que tiene ciertas exigencias que, por lo menos al pie de la letra, son ambiciosas.¹⁸

Ahora bien, los valores de justicia que cualquier proceso de paz tiene que tomar en cuenta más concretamente, han sido desarrollados de forma más elegante y detallada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), justamente en casos contra Colombia, Perú y Estados Centroamericanos.¹⁹ La CIDH dice, en jurisprudencia permanente, que los derechos de la víctima consisten o tienen tres elementos o sub-elementos, que son: la restitución, la reparación y la no repetición (ver cuadro 2 -> [link](#)). ¿Cómo se pueden cumplir estos elementos o requisitos? Hay cierta flexibilidad. La CIDH ofrece muchas propuestas: pueden ser actos simbólicos, reconocer las violaciones (como ha hecho, por ejemplo, el antiguo jefe del ejército argentino, el Gral. Martín Balza), puede ser reparación económica y también – por los límites de la anterior - simbólica. Entonces, hay una serie de medidas que un estado puede implementar.

A nivel constitucional, el conflicto entre paz y justicia presupone que ambos valores son reconocidos constitucionalmente. Mientras éste es, normalmente, el caso para la justicia (sea como valor propio o como derecho al acceso a la justicia), pocas constituciones otorgan también un valor constitucional a la paz. Una de estas constituciones es la de Colombia (ver Art. 2, 22), según la cual el gobierno de Uribe siempre podía invocar la paz como valor constitucional, alegando que el gobierno cumple con sus

2007). El texto y la fundamentación de la ley se pueden encontrar en castellano en http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html

¹⁷ Ver Ambos, *Internationales Strafrecht*, supra nota 4, § 7 nm. 114 con ulteriores referencias.

¹⁸ Por lo tanto, para el gobierno colombiano esta ley “is fully in line with international standards” (Declaración en la Asamblea de los Estados Partes de la CPI en La Haya, 23 de noviembre de 2006).

¹⁹ Ver la sentencia más reciente en el caso “Masacres de Ituango vs. Colombia”, sentencia del 1 de julio de 2006, para. 345 y ss. con referencias a sentencias anteriores, <www.corteidh.or.cr>.

obligaciones constitucionales si promueve un proceso de paz. Por otro lado, tenemos la justicia que también tiene rango constitucional (Art. 250 no. 4) y que incluye, a través del bloque de constitucionalidad, el derecho de los derechos humanos, incluso la jurisprudencia de la CIDH sobre el derecho de las víctimas. Para resolver el conflicto entre justicia y paz, la Corte Constitucional ha usado el método de la *Abwägung*, de la ponderación, tal y como ésta ha sido desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemanas. Y así pregunta: en primero lugar, ¿es la medida *adecuada* o idónea para el fin que quiere lograr? Es decir, en el caso concreto, ¿es una ley de justicia y paz, un proceso de negociación sustentado por esta ley, una medida adecuada para lograr la paz? En segundo lugar, ¿es esta medida también *necesaria*, indispensable para lograr la paz? Normalmente, el grupo insurgente no negocia si no puede sacar ventajas o beneficios de la negociación, por ello normalmente es necesaria una ley que prevé un marco formal para estos beneficios. Finalmente, cabe la pregunta: ¿es proporcional la medida, en el sentido estricto? Eso es lo más complicado. Ahí opera la regla arriba mencionada de la prohibición de amnistías, de la siguiente manera: un acuerdo de paz que promete a las partes del conflicto una amnistía plena, sin considerar los intereses de las víctimas, es desproporcionada frente a estos intereses y al derecho a la justicia. Naturalmente, este proceso de ponderación es *muy valorativo* y, por lo tanto, su resultado raramente puede contar con plena aceptación. Además, es muy difícil, si no imposible, juzgar desde fuera. Por ejemplo, desde España, ¿qué deben hacer o no en Colombia; o, incluso, desde Madrid decidir qué es bueno para el País Vasco. El proceso pertenece la gente del lugar y si ellos no lo sustentan, está condenado al fracaso. No se puede sustituir la perspectiva de base, de la periferia por una perspectiva macro o una perspectiva de capital, de la metrópolis.

El Estatuto de la CPI como instrumento flexible

Si bien el CPI tiene como objetivo primordial, como ya se puede deducir del preámbulo, poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales (arts. 5 a 8) y por primera vez ofrece una clara y consensuada tipificación de estos crímenes, es de reconocer que el Estatuto no es un *instrumento* dogmático e inflexible, sino *flexible* y *abierto* a procesos de paz (ver cuadro 3 -> [link](#)). Esto se desprende no solamente de los trabajos preparatorios sino, fundamentalmente, de tres de sus normas. Éstas son:

- Artículo 16: prevé la posibilidad, para el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de suspender una investigación, de acuerdo con el capítulo 7 de la Carta de las Naciones Unidas.
- Artículo 17: consagra el principio de la complementariedad.
- Artículo 53: contiene la cláusula de los intereses de justicia (*interests of justice*), típica del derecho procesal norteamericano, del sistema *common law*, que deja a discreción del fiscal el inicio de la investigación (formal).

Estas tres normas muestran que el Estatuto no es un obstáculo para un proceso de paz. Ellas son el resultado de las consideraciones de los relatores del Estatuto (diplomáticos, gente que practica el derecho, funcionarios de ministerios de Justicia, entre otros), para quienes era muy importante tener en cuenta las controversias nacionales en situaciones de conflicto armado. En particular, el ya mencionado principio de *complementariedad* muestra que la CPI no desea sustituir ni desplazar la justicia penal nacional (como lo han hecho, por ejemplo, los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); por el contrario, se pretende que sea la *justicia penal del estado territorial la que persiga los crímenes internacionales* enumerados. En tal sentido, la CPI sólo actúa como motor y medio de presión ante un posible fracaso de la justicia penal nacional, ya sea por falta de voluntad o de capacidad de actuar.

Otra limitación *ratione materiae* puede surgir de la calidad y cantidad de los delitos cometidos en el marco de un cierto conflicto. La CPI es solamente competente para crímenes internacionales y esto implica que debe haber un elemento colectivo, generalizado o de contexto, es decir, una intención de destruir un cierto grupo (genocidio), una comisión sistemática o múltiple (crímenes contra la humanidad) o un conflicto armado (crímenes de guerra). No es suficiente la comisión de delitos “ordinarios”, por ejemplo, asesinatos selectivos, secuestros, tortura, todos delitos en nuestro derecho penal, pero no crímenes internacionales. En cuanto al caso del País Vasco, es muy difícil afirmar que los delitos cometidos aquí reúnen las condiciones de crímenes internacionales, es decir, que se haya cometido alguno de los crímenes de los artículos 5 a 8 del Estatuto de la CPI.²⁰ También es importante tomar en cuenta la

²⁰ Para un análisis más detallado de los crímenes internacionales ver Ambos, Internationales Strafrecht, supra nota 4, § 7 nm. 122 ss. y Ambos, Temas, supra nota 4, p. 271 ss.

metodología del proceso mismo de paz, o sea, si es un proceso decretado desde arriba o existe amplia participación de la población afectada. Existe, por lo menos, una participación popular a través de los canales democráticos formales (Congreso, parlamentos regionales, consejos municipales) o se decreta el acuerdo de paz desde arriba.

Más allá de estos aspectos, surge también otra pregunta más de fondo: ¿qué entendemos por la *obligación de investigar o castigar* los crímenes internacionales?²¹ ¿Cuál es el contenido exacto de ese deber? Está claro que no es posible investigar y castigar a todos los posibles autores de crímenes internacionales, por ejemplo los 17.000 (o más) paramilitares y los 20.000 ó 30.000 guerrilleros colombianos. Ningún sistema judicial del mundo tiene la capacidad de perseguir todos los delitos y castigar a todos los culpables. Ni en Nuremberg, ni en Tokio, ni en los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (ICTY) y para Ruanda (ICTR) se ha castigado a todos los posibles autores de violaciones del derecho penal internacional. Más bien, se ha establecido una política de *persecución selectiva*. Siempre se ha argumentado, como se hizo en Nuremberg, que debe haber una selección de los individuos que deben ser perseguidos y a los cuales se les ha denominado “grandes criminales, líderes, cabecillas de las organizaciones criminales”, etc. Pues bien, sabemos que muchas de las personas que trabajan en estos grupos son realmente víctimas de la demagogia, que no forman parte de esas organizaciones por convicción ideológica: hoy son paramilitares, mañana son guerrilleros; depende de quién pague mejor. En el año 1998, el Fiscal del ICTY y del ICTR decidió reevaluar su estrategia de persecución en los siguientes términos:

“En consonancia con esas estrategias (de persecución, K.A.), que implicaban focalizar la investigación en las personas con mayores niveles de responsabilidad o en quienes fueran personalmente responsables de delitos excepcionalmente aberrantes o extremadamente graves en algún otro sentido, juzgué conveniente retirar los cargos contra una serie de acusados ...”²²

La Cámara de Apelaciones aceptó la decisión del Fiscal, otorgándole, de hecho, una amplia discreción para desarrollar una estrategia de persecución:

“En este contexto, de hecho en muchos sistemas de derecho penal, el organismo encargado de las persecuciones sólo cuenta con recursos financieros y humanos limitados, por lo que resulta poco realista esperar una persecución de todos los que cometieron algún hecho delictivo que pueda entrar dentro de los términos estrictos de su jurisdicción. Necesariamente debe decidir acerca de la naturaleza de los crímenes y de los autores que serán perseguidos. Es indudable que el fiscal tiene amplia discreción en relación con la iniciación de las investigaciones y la preparación de las acusaciones.”²³

El mismo enfoque ha sido defendido por la Fiscalía de la CPI en sus recientes pronunciamientos sobre la estrategia de persecución. Por todo ello, está claro que existe una *limitación* de la obligación de persecución *ratione personae*, es decir, con miras a las personas que se pretende perseguir y sancionar: realmente, lo que se quiere es perseguir a las cúpulas de las organizaciones criminales, a los líderes; si eso es correcto para un sistema nacional, más lo es para la justicia penal internacional. La CPI nunca se va a preocupar por el pequeño guerrillero en el Cauca colombiano o el paramilitar en Antioquía. Se interesa

²¹ Sobre esta obligación ver Ambos, Impunidad, supra nota 12, p. 66 y ss.

²² El original dice: “Consistent with those strategies (of prosecution, K.A.), which involve maintaining an investigative focus on persons holding higher levels of responsibility, or on those who have been personally responsible for the exceptionally brutal or otherwise extremely serious offences, I decided that it was appropriate to withdraw the charges against a number of accused ...” (*Press release*, pág. 1, citado según *Prosecutor v. Delalic et al.*, judgement 20 February 2001, IT-96-21-A, para. 597).

²³ El original dice: “In the present context, indeed in many criminal justice systems, the entity responsible for prosecutions has finite financial and human resources and cannot realistically be expected to prosecute every offender which may fall within the strict terms of its jurisdiction. It must of necessity make decisions as to the nature of the crimes and the offenders to be prosecuted. It is beyond question that the Prosecutor has a broad discretion in relation to the initiation of investigations and in the preparation of indictments.” (*Prosecutor v. Delalic et al.*, supra nota 22, para. 602; ver también *Prosecutor v. Akayesu*, *Judgement 1 June 2001* (ICTR-96-4-A), para. 94; *Prosecutor v. Ntakirutimana*, *Judgement 21 February 2003* (ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T), para. 870 s.

por las cúpulas de estas organizaciones, y esto no es más que algo lógico. Con esto tenemos otro elemento de flexibilidad de la justicia penal internacional.

Finalmente, el término “interés de la justicia”, en el Art. 53 del Estatuto de la CPI ya citado arriba, también implica tomar en consideración otras *formas alternativas o tradicionales de justicia* para resolver conflictos. En el caso de Uganda, el propio Presidente Museveni hizo referencia al método tradicional de resolver conflictos, llamado Matu Put, que todavía usa la comunidad de los Acholi.²⁴ En Rwanda, varios acusados fueron juzgados a nivel local por los tribunales Gacaca.²⁵ En estos casos, es necesario repensar el concepto de proceso occidental, sea de corte inquisitivo o adversarial, puesto que los procesos de reconciliación locales son más eficientes que los procesos penales con miras a la convivencia y la paz en los territorios afectados.

²⁴ The Monitor, supra nota 6, citando Museveni diciendo: "In order to help these people get a soft landing, why not use a traditional system?"

²⁵ Ver S. Schilling, *Gegen das Vergessen: Justiz, Wahrheitsfindung und Versöhnung nach dem Genozid in Rwanda durch Mechanismen transnationaler Justiz: Gacaca Gerichte*, Bern et al. 2005.