

## ¿Impunidad?

Luis Narváez Rivadeneira\*

Para que no se produzca un derrape de ideas, séame permitido anticipar que esta tarea consiste en analizar el alcance y aplicación de las normas convencionales y de las conductas emanadas en el marco de la costumbre, unas y otras desarrolladas en el ámbito internacional y en la esfera del derecho interno, sin perjuicio de acudir a otras fuentes del derecho internacional público, a fin de estructurar y presentar una visión comprensiva acerca del Estatuto de Roma, como una propuesta universal –ya puesta en acción– a través de la cual se pretende crear un cauce normativo para canalizar, dilucidar y resolver los diversos y complejos conflictos de naturaleza penal que trascienden el espacio nacional.

Tras esa necesaria digresión, como punto de partida, estimo procedente hacer algunos pespuntos en materia penal. Fuerza es reconocer que en ese escenario se inscribe, irrecusablemente, el fenómeno criminal que emerge y se configura a través de los elementos sociales y culturales de una colectividad, con el aditamento de causas y efectos derivados

del desarrollo económico y de múltiples circunstancias que contribuyen a la presencia de ese fenómeno que no está exento de los remilgos que caracterizan a los intereses predominantes en cada momento histórico.

En el valioso estudio «Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio: Justicia Crítica», el autor al abordar esta temática nos dice:

La gravedad del fenómeno criminal en los distintos aspectos, vinculados con las circunstancias históricas de las colectividades, son determinantes para el avance que, desde el siglo pasado, en el delito, a través de sistemas generados a consecuencia del desarrollo social, han ocupado el primer plano en la problemática de la humanidad, en términos alarmantes como los conflictos bélicos que, luego de concluir, condicionaron secuelas de incertidumbre colectiva (Bucheli, 2009, pág. 198).

Apunta, además, que «el fenómeno criminal se da dentro del con-

\* Diplomático de carrera del Servicio Exterior Ecuatoriano en servicio pasivo. Expresidente de la ADIP y de la AFESE. Actualmente se desempeña como docente universitario.

texto conformado por las medidas de respuesta que adopta el Estado a través de los sistemas normativos. Así se configuran los modelos de política criminal en la historia». Aquello irrefrenablemente se manifiesta incluso en la definición de delito, el cual siempre tiene un criterio político, y no puede soslayar el hecho de que en una misma sociedad existan diversas orientaciones políticas, que con mayor o menor acento configuran el contexto de esa noción conceptual, precisan los tratadistas de las ciencias políticas y penales.

Interesa insistir, a la vez, en que los especialistas, cuando hablan de modelos de conductas regulatorias, coinciden en reconocer que estos suelen ser autoritarios o democráticos. No obstante, ambas corrientes se nutren de similares paradigmas con base en los cuales trazan las características de dichos modelos, según sea la preeminencia de unos prototipos respecto de los otros, y son: el poder de la autoridad (modelo autoritario), el ilimitado ejercicio de la libertad (modelo liberal individualista), y la búsqueda de la igualdad (modelo igualitario). En síntesis, la individualidad del sujeto se morigera en función de los derechos de los demás congéneres. Destacamos que en cuanto a la adopción de los referidos modelos, las tendencias actuales son la autoritaria y la democrática (Bucheli, 2009, pág. 240).

Sin abandonar el respeto a los conocimientos del lector, para desarrollar en este escrito el marco general de la ciencia penal, acudiré en apoyo mío a la semiología como una

disciplina que nos facilita desentrañar el alcance y el valor de los signos de la vida social, como lo son la palabra y su articulación, símbolos y expresión del pensamiento. De esa manera es básico acudir a ellos, aunque luzcan aparentemente elementales. Con esa llave me propongo, acaso audazmente, penetrar en los terrenos difusos de las utopías, en cuyos linderos cohabita uno de los valores sustantivamente más apetecidos por el ser humano: la justicia.

Téngase presente, por ejemplo, que el vocablo «impunidad», a la letra del Diccionario de la Lengua Española, lacónicamente evoca a la «falta de castigo»; en tanto que «castigo» es la «Pena que se impone al que ha cometido un delito o falta». Por esa vía, estamos convidados a ingresar a la esencia de una de las disciplinas jurídicas acaso más trascendentes para la convivencia y el comportamiento social: el derecho penal; por consiguiente, «el rol del derecho penal es singularmente significativo dentro del ordenamiento jurídico que define los conflictos sociales que son determinados como delito, así como el tipo y la cantidad de pena correspondiente a cada delito» (Bucheli, 2009, pág. 47).

Admitido ese propósito no podemos desatender al hecho jurídico determinado por las leyes penales, las cuales

deben estar en plena concordancia con las causas de justificación, excusas legales absolutorias y causas de exculpación

que lo conforman, debiendo también distinguirse claramente las tipologías de resultado dolosas, los hechos punibles de acción tentados, aquellos conocidos como omisión dolosa y cuasi dolosa, así como los delitos de omisión, negligente o culposa (Araujo, 2015, pág. 44).

Añadamos algunas otras aco-taciones esenciales. La ciencia del derecho penal se preocupa por definir los criterios, que deben ser previstos en una determinada sociedad con respecto a ciertas conductas, generadoras de situaciones conflictivas, para que adquieran caracteres de delitos; así como también las penas correspondientes (Bucheli, 2009, pág. 48). A fin de canalizar esos criterios debemos impulsar su sistematización e incorporarlos en un método que facilite la elaboración, institucionalización y conducción de la norma, que haga posible comprender, dirigir y asumir actitudes de la estructura jurídica penal, sustantiva y procesal, nos advierte el mismo Bucheli.

Paralela y simultáneamente, es pertinente reconocer que, en cierto modo, la legislación sustantiva es cosmopolita, no así la legislación adjetiva que es de índole doméstico. La primera está «basada directamente en los inmutables principios de la ley natural, (y) poco significan para ella las fronteras de los pueblos y la sucesión y vicisitudes de los tiempos; y sus modificaciones y cambios se operan lentamente, según lo exigen la

evolución y el progreso de las ideas» (Peñaherrera, 1958, pág. 8). El destacado penalista, con gran acierto, complementariamente nos advierte sobre el carácter interno de la legislación adjetiva, al afirmar que

Cosa muy diversa pasa con las leyes adjetivas. Ya por su relación íntima con las orgánicas y, en general, con las instituciones políticas; ya por la influencia especial que en ellas ejercen las costumbres y necesidades peculiares de cada pueblo y su grado de cultura y desarrollo; ya por otras causas que serían largo puntualizar, tienen en todas partes su sello bien marcado de nacionalidad.

No escapará a la observación académica, *prima facie*, que agazapados detrás de la precedente conceptualización se encuentran aspectos sustantivos para las ciencias políticas y jurídicas. Me explico: un primer elemento, la soberanía como patrimonio inherente al Estado; segundo, el debate doctrinal, aún no superado, acerca de la preeminencia del derecho interno respecto al derecho internacional y viceversa; tercero, la división del derecho en sustantivo y adjetivo; cuarto, lo atinente a la jurisdicción perteneciente al derecho público y la concerniente al derecho privado; y, quinto, las normas, principios y costumbres en los que se sustentan las entidades jurídicas para la aplicación del derecho en la solución de los conflictos,

diferencias y desavenencias entre las partes involucradas.

***De la soberanía como patrimonio inherente al Estado:*** Cuando la venganza privada deja de regir, es el Estado quien ejerce la responsabilidad tendiente a responder y controlar el fenómeno criminal. Tal enunciado —generalizado y admitido en el mundo académico— constituye un hito básico para la admisibilidad del derecho penal. Lo ratificamos con el siguiente postulado: «Es sólo el Estado dentro del campo social a quien corresponde la responsabilidad de conducir el sistema jurídico, en el cual se establecen los órganos en virtud de los cuales se responde al fenómeno social» (Bucheli, 2009, pág. 36). Es solo entonces que llega a prevalecer el principio de legalidad como expresión del rol de las instituciones jurídicas. No obstante, una visión holística sobre estos componentes devela que la concepción expuesta no contradice, al contrario reafirma la potestad del Estado cuando demandamos que este

debe ceder su poder en función de la observancia de los derechos humanos y el debido proceso, de manera que se produzca el equilibrio que impida el que se configure la concepción del autoritarismo propia del Estado gendarme, en que responda al fenómeno criminal a través de la inobservancia de principios fundamentales de la concepción democrática penal (Bucheli, 2009, pág. 137).

Para determinar lo que es el Estado, sin adentrarnos en las diversas y varias definiciones que de él se hacen, conviene circunscribirnos en la precisión y análisis de sus elementos constitutivos. Para enrumbar estas reflexiones, es menester, por lo tanto, ubicarnos en el contexto de la denominada Teoría del Estado, con sustantividad científica, para entender y captar a través de ella los resultados alcanzados por la investigación histórica y sociológica, y no como mero concepto jurídico abstracto, universal y generalizador (Narváez, 2014, pág. 194). Sumarnos, al mismo tiempo, a los razonamientos y planteamientos de los publicistas del Derecho Internacional Público. Hacemos esta admonición para orientar el siguiente enunciado:

El Estado tiene cuatro elementos constitutivos: el pueblo, que es su elemento humano; el territorio, que es su entorno físico; el poder político, que es la facultad de mando sobre la sociedad; y la soberanía, que es la capacidad de auto obligarse y auto determinarse sin sufrir interferencias exteriores (Borja, 1998, pág. 858).

Es importante precisar que, doctrinariamente, hay dos elementos que son inherentes a la soberanía: el gobierno propio o *autonomía* estatal, referida a los aspectos internos orgánicos, funcionales, administrativos, legales y jurisdiccionales; y otro atinente al ámbito externo, a través del cual se manifiesta y reconoce la representación del Estado o sea su *independencia*.

Con asiento en esas premisas, la autoridad es un elemento común, *sine qua non*, en todas las sociedades e incluso en las relaciones interpersonales, mientras que el poder es un atributo exclusivo de las sociedades políticas (Narváez, 2009, pág. 112). A fin de asimilar esa facultad de ejercicio del poder, derivada del mandato popular, procede recordar que el punto de partida para la dilucidación de este tema es buscar los orígenes y la naturaleza de la entidad *gobierno*, que posee potestades de acción para gobernar y gobernarse. En nuestra opinión el referente insoslayable es la *autoridad*, vale decir, la persona revestida de algún poder de mando o magistratura, aquel personaje convertido en líder, jefe o conductor del grupo social o de una colectividad. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, esa autoridad emerge y está subordinada a la ley, sin desestimar que nace adherida a la estimación que se tenga acerca de quién la ejerce y el carisma que este exhiba.

Retrotrayendo nuestra atención histórica hacia la vieja teoría del «contrato social», sistematizada por Juan Jacobo Rousseau, apreciamos que con ella se devolvió a la sociedad el dominio teórico de sí misma; al Estado se lo definió como una sociedad humana en la que existen diferencias entre gobernantes y gobernados; al poder que de hecho ostentan los gobernantes se lo sometió a normas jurídicas, a un estatuto regulador del poder con división y autonomía de funciones estatales.

Sobre esas bases generalizadas e incorporadas a los ordenamientos jurídicos internos y transmitidas a la estructura orgánica de la comunidad internacional contemporánea, en la actualidad el Estado, cualquiera que sea la orientación ideológica adoptada, se ve limitado –sino imposibilitado– para enfrentar individualmente al fenómeno de la delincuencia organizada que acosa materialmente desde ángulos diversos e insospechados –en sus vastas manifestaciones– al desenvolvimiento de las presentes colectividades, de manera que necesariamente debe recurrir, convencionalmente o no, en ejercicio de su libérrima voluntad soberana a la concertación de políticas y acciones con sus homólogos, si pretende salir al paso con medidas oportunas a enfrentar a un nuevo y diferente escenario externo que se extiende allende sus linderos territoriales. En ese orden el esfuerzo del Estado no puede soslayar los procesos que se inician, producen y ejecutan en virtud de las experiencias y necesidades colectivas.

Es hora, por cierto, de decantar estas amplias reflexiones por ductos que nos conduzcan a la extirpación de la criminalidad, sin perjuicio del pleno reconocimiento del hecho de que cuando se trata de la ley penal procesal o sustantiva, corresponde al interés del Estado, depositario de las potestades legislativas, ejecutivas y judiciales, dictar las normas punitivas y trazar y desarrollar las políticas criminales y las acciones correspondientes. Para ejemplificar: figuras

como el terrorismo, el narcotráfico, dentro de los cuales se pone de manifiesto la delincuencia organizada, vuelven inevitable la aplicación de la concepción criminológica tradicional positivista (Bucheli, 2009, pág. 117).

Una cuestión a tener en cuenta es que las leyes penales deben estar en plena concordancia con las causas de justificación, excusas legales absolutorias y causas de exculpación que lo conforman, debiendo también distinguirse claramente las tipologías de resultado dolosas, los hechos punibles de acción tentados, aquellos conocidos como omisión dolosa y cuasi dolosa, así como los delitos de omisión, negligente o culposa (Araujo, 2015, pág. 44), para lo cual la tarea legislativa al preceptuar «las leyes en general, y con más razón las penales, debe respetar un contenido mínimo de valores objetivos y alejarse de la simple voluntad de los legisladores», reconviene la misma autora.

*De la preeminencia del derecho interno respecto al derecho internacional y viceversa:* Las competencias estatales son poderes que se derivan de la soberanía del Estado. Cualquier Estado tiene la libertad para ejercer ese poder, y todos los Estados son igualmente soberanos, es decir, tienen el derecho para que se les garantice la *igualdad soberana* y la *no intervención* en los asuntos internos por parte de los otros Estados y otros actores foráneos. Estas competencias soberanas del Estado se las

ejerce sobre el territorio de este y, además, sobre la población del mismo (Narváez, 2014, pág. 360).

Estos elementos hay que vincularlos con los enunciados del acápite precedente relativo a la soberanía, y en particular con el concepto de soberanía como un derecho inherente a la personalidad jurídica del Estado, con ejercicio en los ámbitos interno y externo y con sus propias limitaciones.

A la matriz del tema acude una severa diferencia conceptual cuando se habla de los fundamentos del derecho; cuando se busca explicar cuál es su razón de ser, su esencia misma; en definitiva, los tratadistas ubican el tema en una suerte de encrucijada pretendiendo explicar si el derecho, en general, sin excluir al derecho internacional, se sostiene y emana del derecho natural, u obedece y emerge (en particular el segundo) del consentimiento entre los Estados.

Miremos el relativo al consentimiento entre los Estados en la base explicativa y rectora de las relaciones entre ellos. Los principios fundamentales que garantizan los compromisos asumidos son el libre consentimiento para el trato, la buena fe depositada en las negociaciones, la buena fe en la credibilidad a la otra parte contratante, así como la recíproca obligación para el cumplimiento de lo acordado. No viene al caso, dada la naturaleza de este ensayo, exhibir el pensamiento de cada una de las diversas teorías que analizan estos principios. Interesa destacar, en cambio, una regla perma-

nente para la existencia del estado de derecho en una colectividad determinada, con mínimas excepciones en el derecho público y en el derecho privado (materia que desarrollaremos más adelante), tras la desaparición de la venganza privada: se trata del enunciado de que «nadie puede hacerse justicia por sí mismo».

En el derecho interno la existencia de dicha regla tiene su espacio, circunscrito a un régimen de excepciones; por ejemplo en el derecho penal a través del reconocimiento para que la persona agredida pueda defenderse con sus propias manos frente a una agresión actual e ilegal. En el derecho internacional la regla de que «nadie puede hacerse justicia por sí mismo» enfrenta a una característica que prevalece en las relaciones externas, donde no existe una fuerza multinacional capaz de imponer el cumplimiento de las resoluciones por las cuales los Estados pueden recurrir a aplicar sanciones al imputado. Se trata de situaciones excepcionales para repeler al agresor, pero tal rechazo debe ejercitárselo siempre que previamente y de manera convencional estuviese determinado convencionalmente por la comunidad internacional y fuere avalado por la misma.

Cabe en este punto reproducir el pensamiento de un eminente constitucionalista chileno, quien afirma que:

El derecho es nacional o interno cuando rige para un Estado o territorio determinado; en cambio se habla de derecho

internacional para referirse a normas que rigen en el territorio de diversos Estados o que pretenden valer para todos los Estados (Bernaschina, 1958, pág. 25).

Wikipedia, con lenguaje abierto, define que el «derecho interno es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre individuos o instituciones o de éstos con el Estado. El término se usa en contraposición al derecho internacional que regula las relaciones entre Estados u otros sujetos de derecho internacional».

El constitucionalismo situado en esa dirección ha dado nacimiento a un problema que consiste en establecer si corresponde la primacía al Derecho Constitucional Interno o al Derecho Público Internacional; al propio tiempo los internacionalistas se inclinan a reconocer mayor jerarquía al Derecho Internacional, en tanto que los constitucionalistas lo hacen en sentido contrario. Sánchez Viamonte adiciona a esa desavenencia estos comentarios:

consideramos que los principios democráticos han modificado sustancialmente este planteo, al proyectar el derecho interno hacia el exterior, con caracteres de universalidad... no se trata únicamente de una jerarquía que tenga por fundamento la extensión geográfica del problema, que por afectar a la comunidad internacional, comprende a las comunida-

des que lo integran, las cuales, por consiguiente, están subordinadas. Eso no impide que el Derecho Internacional pueda y deba ejercer su influjo sobre el derecho constitucional interno, y hasta condicionarlo en cierta medida, pero tal cosa no puede ocurrir válidamente si no obtiene su consagración por el ejercicio del poder constituyente, que pertenece al pueblo y que sólo puede manifestarse dentro de cada comunidad nacional (Sánchez, 1961, pág. 359).

De cara al ejercicio práctico de la política internacional podemos encontrar, con propósitos pedagógicos, varias afinidades entre ambos derechos, así como también aspectos diferenciales que responden a la especificidad de cada una de dichas disciplinas jurídicas.

Existen diferencias importantes entre esos derechos:

el interno se caracteriza porque sus normas, con carácter general, emanan de instituciones determinadas y se imponen a los destinatarios, siendo posible la aplicación coactiva. Por el contrario, el derecho internacional surge de la coordinación y acuerdo entre los diversos sujetos y no existe un mecanismo consolidado de aplicación coactiva del derecho (Wikipedia, reproducción 06.04.2015).

Este apunte tiene su asidero en los criterios de múltiples publicistas particularmente de derecho internacional público, quienes han tratado de explicar la relación entre normas de uno y otro tipo, a través de diversas teorías y modelos que las describimos sumariamente:

- **Teoría monista:** Varios e importantes tratadistas centran y desarrollan sus argumentos en «la unidad del ordenamiento jurídico». Aparece en ese enunciado la reconocida pirámide escalonada del tratadista Karl Kelsen, constituida por varias categorías de normas, en la cumbre de las cuales se encuentra la norma base o esencial, de la que se derivan todas las demás y encuentra en ella la fuente de validez. Entiende como norma base o esencial a aquella fuente que la califica como hecho productor del derecho: la costumbre, resultante del comportamiento de unos con otros.

El hilo conductor del pensamiento del jurista alemán, artífice de la teoría monista, reconoció inicialmente al derecho internacional como preexistente y generador en el nacimiento del derecho nacional. «Esta unidad del ordenamiento jurídico conlleva la prevalencia del derecho internacional, que delega en los órganos nacionales la facultad para dictar el ordenamiento nacional», se lee en Wikipedia. Una visión jurídica, inscrita en los parámetros de la doctrina monista, originariamente proclamada de manera radical por Kelsen, expresaba:



En resumen puede decirse que la soberanía significa que el orden jurídico estatal es supremo, comprendiendo a todos los restantes órdenes parciales, determinando el ámbito de validez de todos ellos, sin ser a su vez determinado por ningún orden superior; es el orden unitario y único, desde el momento que excluye a los restantes órdenes.

Por ende, conforme al pensamiento de Kelsen, «hay un sistema normativo universal, en consecuencia un único sistema jurídico». Esta teoría según la cual el derecho interno y el derecho internacional forman un solo sistema jurídico, doctrinariamente admite dos variantes esenciales, por un lado la concepción monista con primacía del derecho interno, y por otro la concepción monista con primacía del derecho internacional.

Tal encrucijada de cara a la teoría dualista –que comentaremos a continuación– es desbrozada por el propio Kelsen en cuanto señala que «la construcción dualista, llevada a sus últimas consecuencias, conduce a plantear que el derecho internacional se fundamenta en una especie de moral o de derecho natural, y no un verdadero derecho». Su crítica le lleva a descalificar a la teoría dualista en cuanto a la aplicación simultánea del derecho interno y del derecho internacional, ya que al constituir dos sistemas de reglas independientes resultaría insostenible que ambos se manifesten al unísono sobre una misma cuestión sin entrar en conflic-

to de jerarquías. De allí que propugne, en apoyo a su propia doctrina, que las «reglas de derecho interno pueden aplicarse y se aplican de hecho a las relaciones entre Estado y sujetos, como inversamente las de derecho internacional se aplican a las relaciones entre Estados». Es así como con estas críticas consolidó el desarrollo de la teoría monista.

El jurisconsulto germano señala además que

No existe ninguna materia que, por su sola naturaleza, caiga en forma exclusiva dentro de la jurisdicción doméstica del Estado, y que en consecuencia no pudiera ser regulada por una norma general o especial de derecho internacional. El derecho internacional puede regular todas las materias, incluso aquellas que normalmente son reguladas por el derecho nacional solamente y consideradas, por lo tanto, como materias domésticas (Kelsen, 1966).

- **Teoría dualista:** Es defendida, entre otros, por Carl Heinrich Triepel, para quien existen dos órdenes jurídicos totalmente independientes, ya que el derecho internacional y el interno tienen fuentes diferentes y tratan de regular distintas realidades. Los panegíricos de esta teoría, cuyos planteamientos han logrado penetrar mayoritariamente en la aceptación académica, sustentan que el derecho internacional y el derecho interno son dos ordenamientos jurídicos separados que coexisten y se

coordinan, sin superponerse ni confundirse. Agregan que el valor propio del derecho nacional es independiente de su conformidad con el derecho internacional (Narváez, 2014, pág. 78).

La siguiente argumentación arroja más elementos:

El derecho internacional que se origina con el acuerdo, se aplica a las personas internacionales, regula las relaciones entre los Estados, tiene naturaleza positiva y dispositiva y obliga por la vía de la coordinación. El derecho nacional en cambio, regula las relaciones entre los individuos y procede de la voluntad unilateral del Estado... las normas del derecho internacional no abrogan, en principio, las normas contrarias del derecho nacional: sólo engendran obligación para el Estado que ha estipulado incorporarlas a su derecho interno, (por ende) su no aplicación o inobservancia le acarrea responsabilidad internacional (Portocarrero, 1966, pág. 12).

Por lo tanto, para que el derecho internacional tenga eficacia, en los ordenamientos estatales, debe producirse la recepción de la norma externa con primacía de esta sobre la normativa interna. En síntesis, para el dualismo moderno el derecho internacional se transforma en interno.

*De la división del derecho en sustantivo y adjetivo:* Una suerte de axioma, sostenido por Savigny, se

manifiesta en el reconocimiento de que el orden, o sea el estado normal de las relaciones jurídicas, depende de la conformidad de los actos con las reglas legales respectivas. Cabe, entonces, no desatender que los preceptos consignados en dichas normas y la manera de ejercitarlas están expuestos a los abusos de la libertad y a los errores de concepto de los involucrados; de allí que en el organismo social sean indispensables dos sistemas diversos de instituciones y leyes: el uno para establecer las relaciones jurídicas, determinando los derechos y obligaciones que, al realizarse ciertos hechos, ligan a los individuos; el otro para dar a esas relaciones vida y eficacia, removiendo los obstáculos generados por los interesados al estado normal del derecho (Peñaherrera, 1958). Con ese deslinde, a las instituciones de la primera clase se las llama sustantivas, en tanto que a las de la segunda se las denomina adjetivas. Sin perjuicio de dichas caracterizaciones, se postula válidamente que

El derecho procesal penal y el derecho penal, deben conducirse conjuntamente con los sistemas de ejecución y los agentes de control, dentro de procesos de interrelación y correspondencia doctrinaria, a fin de cubrir la seguridad jurídica y permitir que se haga efectiva la función punitiva del Estado (Bucheli, 2009, pág. 48).

La razón de ese encadenamiento sistémico está en el acto jurídico. Frente a él, es el derecho procesal pe-

nal el que cuenta con las normas que hacen efectiva la aplicación concreta del código penal.

De lo expuesto podemos deducir que el derecho adjetivo, considerado como ciencia, es un conjunto armónico de principios que regulan la jurisdicción y el procedimiento; se trata de una normativa con valor vinculante y fuerza coercitiva, que pretende anticiparse a la violación del orden jurídico –la razón de ese derecho– y a la vez restablecer ese orden turbado por la violación del mismo –como su objeto esencial–.

*De la jurisdicción en el derecho público y en el derecho privado:* El derecho internacional, vale insistir, forma parte del gran árbol del derecho en general, y tiene, por cierto, estrecha vinculación con las ciencias políticas. En consecuencia, no podemos prescindir de este marco doctrinario y científico para referirnos al tema.

A manera de guía, por no ser de la entraña de este escorzo, reconozcamos los conceptos de «derecho público» y de «derecho privado». El primero es aquel que rige las relaciones de los Estados entre sí y los de estos con los individuos cuando el Estado actúa como poder público o autoridad; el segundo es el que rige las relaciones de los individuos entre sí y de éstos con el Estado, cuando este último actúa como persona privada (Bernaschina, 1958, pág. 27).

Anticipemos en esta coyuntura doctrinal que conceptualmente el derecho penal ubicado como material o sustantivo es, en esencia, derecho pú-

blico, naturaleza que se pone de manifiesto cuando la venganza privada es sustituida por la aplicación estatal del orden jurídico, dentro de un esquema de persecución penal, también ejercida y absorbida por el Estado, con raras excepciones; concomitantemente surge el poder punitivo del Estado (Bucheli, 2009, pág. 241).

Podríamos, desde luego, ingresar en un vasto campo académico y doctrinario si intentásemos dilucidar el frondoso ramaje del derecho. Obviamente, no se trata de eso. Jellinek para el desarrollo de este acápite, nos brinda una excelente y razonable alternativa, aquella que se refiere a la imbricación del *derecho de coordinación* con el *derecho de subordinación*. Parafraseando su vigoroso pensamiento veremos que el Estado, en el derecho público, como representante de la sociedad, a través de los órganos del poder público, impone coercitivamente el interés colectivo sobre el particular. Esta referencia, que se extiende también a lo procesal, traduce una relación del superior (el Estado) al inferior (el individuo). Este es el denominado *derecho de subordinación*, avalado por la doctrina de Jellinek. En definitiva, para esquematizar, digamos que el derecho público es el ordenamiento jurídico que permite regular las relaciones de subordinación y supra ordenación entre el Estado y los particulares.

En ese marco se reconoce que la política criminal tiene relación con el ejercicio de una responsabilidad del Estado, que es quien ejerce el derecho subjetivo con respecto al sistema

jurídico-penal. Cabe añadir, en una línea de coherencia, que el derecho procesal penal y el derecho penal, deben conducirse conjuntamente con los sistemas de ejecución y los agentes de control, dentro de procesos de interrelación y correspondencia doctrinaria, a fin de cubrir la seguridad jurídica y permitir el que se haga efectiva la función punitiva del Estado (Bucheli, 2009, pág. 36 y 48).

En el derecho privado –ahora de la mano de Bernaschina– explícitamente hay garantías que interesan en exclusivo a los individuos, sin que se las considere de trascendencia para el cuerpo social. Sin embargo, un gran número de materias han pasado a ser cuestiones de jurisdicción estatal. Esta constatación –opinamos– imprime un nuevo rumbo a la aplicación e interpretación de una ley ordinaria de cara al espacio ampliado del constitucionalismo contemporáneo, cada vez mayormente admitido y extendido en las cartas constitucionales de los Estados.

Frente a esos dos tipos de derechos, lo que los separa a estos son las relaciones de origen: la *desigualdad* que se manifiesta en el derecho público, mediante normas imperativas, porque hay un sujeto que actúa con poder, que sería el Estado, y otro que está subordinado; y la *igualdad* que se consagra en el derecho privado, a través de normas dispositivas, cuando no hay un acuerdo entre las partes, que suelen comportarse con apego a la autonomía de la voluntad ya que ambas se encuentran en un mismo nivel.

Volvamos a Jellinek (1905, págs. 359-361). Nos dice:

La oposición entre el derecho privado y el derecho público puede referirse al principio fundamental de que en aquél los individuos son considerados principalmente en una relación de coordinación, los unos con respecto a los otros. Las relaciones jurídicas se mantienen en una posición horizontal, en un plano de igualdad.

El derecho público es aquel que establece relaciones entre la comunidad dotada de un poder de autoridad y personas que le son iguales o lo están subordinadas; se caracteriza por la participación del Estado, en una posición de supremacía. Las relaciones jurídicas, en consecuencia, son de subordinación.

Estas concepciones transferidas al ámbito del derecho internacional tienen también asidero en él, tanto para la rama del derecho internacional público como para el derecho internacional privado. Recordemos que el derecho internacional posee el carácter de derecho de coordinación, no es un mandato superior dirigido a un sujeto subalterno, sino la formulación jurídica de las relaciones entre Estados, un sistema de coordinación de voluntades soberanas.

*De las normas, principios y costumbres en que se sustentan las entidades jurídicas:* A manera de

axioma jurídico cabe aseverar que las normas que rigen las relaciones de los Estados provienen del consentimiento de estos, ya sea tácito o expreso. «Este consentimiento se manifiesta de diversas formas, por diferentes conductos. El estudio de las fuentes del Derecho Internacional interesa, pues, para explicar cómo se originan, de qué manera se constituyen las reglas y normas» (Portocarrero, 1966, pág. 6). En ese ámbito es común que los juristas, al hurgar sobre las fuentes del derecho, se refieran a los tratados, usos, costumbres y prácticas, a las sentencias de los tribunales, a la jurisprudencia y, además, a las doctrinas expuestas por los publicistas y especialistas del derecho internacional.

Recurriremos, como lo hicimos al inicio de este escrito, a rescatar e incorporar algunos conceptos. Así, cuando nos referimos a *principios generales del derecho* nos queda claro que son aquellos contenidos en la idea del derecho, que informan una determinada institución jurídica, o en los que se apoya la norma positiva, es decir, una gradación de lo más abstracto a lo concreto, según la clasificación hecha por Verdross. Desde la vertiente del ordenamiento interno, esos principios generales pasan a la categoría de internacionales cuando son incorporados al derecho internacional en un tratado o por la costumbre. Los más reconocidos principios generales del derecho universalmente admitidos, como ocurre con el Estatuto de Roma, son: la autoridad de cosa juzgada, lo pactado

debe cumplirse, el caso fortuito o de fuerza mayor, la no retroactividad, la prueba incumbe al demandante, la legítima defensa, no hay sanción sin previa ley, etc., según coinciden muchos tratadistas (Narváez, 2014, pág. 6).

Camino a lo específico del tema que estamos desarrollando, compáramos la admonición de la destacada penalista Paulina Araujo cuando frente al frenesí legislativo señala que no se atiende a la ponderación y a la sabiduría que emanan de «las abstracciones propias de la Filosofía del Derecho». Es importante retomar –nos dice– los principios básicos de la ciencia jurídica, en especial lo que tiene que ver con los criterios normativistas de la justicia y su vinculación con el sentido, contenido y alcance del derecho penal, al momento en que el legislador decide crear el ordenamiento jurídico punitivo (Araujo, 2015, pág. 38).

Advertidos del alcance de tales expresiones, para completar el marco conceptual que nos permita presentar una visión comprensiva acerca del Estatuto de Roma, como una propuesta universal a través de la cual se pretende crear un cauce normativo para canalizar, dilucidar y resolver los diversos y complejos conflictos de naturaleza penal que trascienden el espacio nacional, abordaremos en apretada síntesis algunas de las fuentes en las que se sustentan el derecho y las entidades jurídicas. Tenemos también que destacar que los modos de creación del derecho, es decir, sus fuentes son

muy diversas. Históricamente se distinguen dos grandes tipos: el derecho escrito y el derecho no escrito que es el derecho consuetudinario. Se reconocen, asimismo, dos clases de fuentes: las principales, que las conforman los tratados y la costumbre internacional; y las secundarias, que están constituidas por los principios generales entre Estados, o entre estos y organizaciones internacionales, o por organizaciones internacionales entre sí, que crea, modifica y extingue derechos y obligaciones entre ellos (Borja, 1998, pág. 960).

**Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.**- La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- Las convenciones internacionales, sean generales o particulares...
- La costumbre internacional como una práctica generalmente aceptada...
- Los principios generales de derecho reconocidos por las *naciones civilizadas*<sup>1</sup>
- Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas...

a) **Las convenciones internacionales.**- Constituyen por excelencia la fuente del derecho internacional. Son la esencia, la base del derecho positivo o convencional. Son «la ley para las partes». Recordemos que uno de los derechos inherentes

a la soberanía de los Estados como sujetos del DIP, «con capacidad total dentro de su comportamiento en la Comunidad Internacional», es la facultad de crear normas jurídico-internacionales que les compromete individual y colectivamente con otros sujetos del derecho internacional. Son instrumentos, bilaterales o multilaterales, que se los adopta bajo los principios de *pacta sunt servanda* y de la *buena fe* entre las partes, que es la que asegura la efectividad de su cumplimiento.

b) **La costumbre internacional.**- El derecho consuetudinario –y empleando este término en el sentido más limitado– se expresa a través de las conductas y prácticas observadas y admitidas de una manera general por la comunidad internacional. El tratadista Fenwick le rinde especial trascendencia al advertirnos que la costumbre internacional se manifiesta en un «vasto conjunto de reglas detalladas, que, hasta comienzos del siglo XX, constituían el cuerpo más importante de derecho internacional», y nos brinda una valiosa información con retrospectiva histórica, a punto tal que «Puede decirse, entonces, que por su verdadera naturaleza, el derecho consuetudinario fue un derecho indefinido» (Fenwick, 1963, pág. 82). A manera de cierre conceptual, me parece oportuno reproducir la siguiente sentencia doctrinal:

El derecho consuetudinario nace de los hechos, de la conducta seguida por legado

1 La cursiva es nuestra.

que se transmite con el paso de generaciones y con el convencimiento de que el modo de proceder es libre y no arbitrario sino más bien impuesto espontáneamente por la comunidad en el transcurso del tiempo (Blanco, 1997, pág. 137).

Una brevísima digresión. No se debe confundir la costumbre con el uso. El uso es un hecho. En cambio, la costumbre es un derecho. Puede haber uso sin costumbre; sin embargo, para que exista costumbre es necesario que haya habido uso.

c) *Principios generales de derecho.*- Debemos reconocer que la doctrina moderna está muy dividida en torno a la naturaleza de los principios generales de derecho, sostiene Alfonso del Cossio. De cualquier manera –al tenor del artículo 38 del Estatuto de la Corte de Justicia Internacional, ya citado– para la solución de controversias puede acudirse e invocarse los principios generales de derecho reconocidos por las *naciones civilizadas*; en tanto es evidente que «los principios generales son ideas que por su propia naturaleza inspiran valores permanentes del ser humano al margen de que estén o no expresados en un texto legal o constitucional del derecho nacional o internacional» (Blanco, 1997, pág. 74). Tal el caso de los principios declarados como *ius cogens*.

En concreto, podríamos acotar a lo dicho que los principios generales son la expresión de la conducta

internacional asumida por la colectividad de Estados. Tales principios para su reconocimiento, gradualmente tomaron una forma más definida, y como consecuencia de su aceptación fueron transformándose en disposiciones cada vez más específicas, para luego convertirse en normas tangibles de conducta internacional.

Al destacar la suprema importancia de la Carta de las Naciones Unidas, con motivo del vigésimo quinto aniversario de su vigencia, los Estados miembros, el 24 de octubre de 1970, adoptaron la Resolución 2625 (XXV) que contiene el texto de la denominada Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Conviene señalar, a la vez, que la Carta de San Francisco instituyó los principios jurídicos (Art. 2) que reglan la vida de la comunidad internacional universal, los cuales «son por un lado, acuerdos obligatorios entre los miembros, y por otro, directivas jurídicas a las cuales deben sujetar su acción los órganos de la comunidad» (Jiménez, 1958, Pág. 47).

d) *Las decisiones judiciales.*- En varias obras especializadas se recomienda que los tribunales, magistrados y juristas al acudir y emplear argumentalmente esta fuente auxiliar del derecho, la utilicen con prudencia como antecedente o elemento de prueba en apoyo de sus

planteamientos, puesto que las decisiones judiciales se ajustan y aplican a situaciones específicas, a casos controversiales concretos.

Es menester, en este punto, precisar dos estadios: aquel que engloba las decisiones de los tribunales nacionales, el uno; y el relativo a las decisiones de los tribunales internacionales, el otro. Téngase presente que al artículo 38.1.d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, califica y cataloga las decisiones judiciales «como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho».

Los fallos de las cortes nacionales se inscriben, por su competencia y jurisdicción, en el ámbito del derecho interno y alcanzan a nacionales y extranjeros que se encuentran en el territorio del país (Constitución, 2008, Art. 9). Con esta precisión, el criterio de los tribunales nacionales (para el caso ecuatoriano de la Función Judicial y de la justicia indígena) sobre los puntos de derecho involucrados, tienden lógicamente a reflejar la interpretación local de los principios generales. El tema adquiere relevancia cuando tales tribunales tratan de determinar cuál es la verdadera regla del derecho internacional que debe aplicarse al caso que se les ha planteado, su método de razonamiento y el despliegue de conocimientos históricos, que según Fenwick «llega a adquirir el valor de una prueba legal, con su correspondiente influencia sobre la evolución del derecho, y tanta tras-

endencia como los trabajos de los juristas internacionales».

Para el caso de las decisiones judiciales de los tribunales internacionales, es fundamental recordar y tener presente que la jurisdicción de ellos es «puramente voluntaria», y que en muchos casos nace de un acuerdo conocido como «compromiso», adoptado por las partes después de la definición del problema, y de haber dejado establecidos los principios que deben servir de base para la decisión. Esta otra aclaración del mismo Fenwick es sumamente importante cuando dice que las resoluciones anteriores de las cortes de arbitraje «no representan siempre, ni siquiera como intención, la aplicación de las reglas del derecho internacional consuetudinario... aunque los casos sometidos a arbitraje en el pasado hayan estado relacionados con una tan grande amplitud de temas...» (Fenwick, 1935, pág. 85).

*El Estatuto de Roma y la Corte Internacional Penal.*- Al acometer la esencia de este tema y la naturaleza del mismo, no podemos soslayar –por gruesos e ineludibles– los elementos doctrinarios y normativos que imperativamente nos impelen a la superación de los conflictos internacionales, a través de la solución pacífica de controversias. Sin embargo, no es de la índole de este ensayo ingresar a esos andariveles del derecho internacional. Debemos, no obstante, para administrar justicia y evitar la impunidad, tener presentes las causas y los efectos de los hechos



y actos internacionales; la actitud y conducta de los Estados y de otros actores internacionales y, en particular, la de sus dignatarios, agentes y connacionales, conductores activos o pasivos del Estado; y, desde luego, la responsabilidad internacional, individual y colectiva, inherente a la convivencia en el sistema de las relaciones internacionales, como garantía para la ejecución del debido proceso y la aplicación ponderada de las sanciones.

Con una inteligencia que incorpore el universo de los elementos antes enunciados, estaremos en capacidad de diseccionar complejas y persistentes rupturas a la coexistencia y entendimiento entre los seres humanos, y entre sus comunidades. A la par no debemos desconocer que existen principalmente tres áreas en las que están imbricados los conflictos y que han originado una suerte de torbellino para la aplicación de las normas del derecho internacional: las leyes de la guerra, las normas de aplicación de los derechos humanos, y las disposiciones para el tratamiento a los extranjeros. Para la emisión de las sentencias es insoslayable conjugar los basamentos de estos apuntes, configurar y fundamentar el juzgamiento de los hechos punibles, y la determinación de los autores de los mismos, todo lo cual –reiteramos– nos permitirá evitar la impunidad y revestirnos con la majestad de la justicia.

Apuntemos algo de historia y doctrina. De la mano con el denominado derecho internacional clásico,

cuya extensión en el tiempo hubo de prolongarse desde la época del holandés Hugo Grocio hasta la constitución de las Naciones Unidas en 1945, a esta disciplina se la dividía en dos grandes partes: el derecho de la paz y el derecho de la guerra. Esta división, en la que algunos tratadistas persisten en mantenerla, tiene como sustento el criterio de que la guerra constituye una sanción derivada del propio derecho internacional; en consecuencia, exclusivamente el perdedor es pasible de las penas.

La Sociedad de las Naciones no prohibió la guerra como sanción, ni pudo evitar el desencadenamiento de la Segunda Guerra Mundial. El Pacto de las Naciones estableció tres tipos de sanciones contra el Estado agresor: económicas, militares (con carácter voluntario para la aplicación de parte de los Estados miembros) y la exclusión.

El 27 de agosto de 1928, en París se suscribió el célebre Pacto Briand-Kellog, que constituye el primer instrumento multilateral que prohíbe expresamente la guerra como sanción del derecho internacional.

A partir de la Carta de San Francisco (1945) se estableció la acción colectiva como única sanción lícita del derecho internacional, con la legítima defensa como un acto de excepción. Tal acción coercitiva, de carácter colectivo –de aplicación contra el Estado agresor–, constituye excepción a la prohibición del empleo de la fuerza y también al principio de no intervención.

A pesar de la terminante prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y de los adelantos alcanzados para fortalecer y consolidar el desarrollo normativo del derecho internacional, desde los años noventa del siglo XX –posteriores a la terminación del período de la Guerra Fría–, el mundo convive con una infiltrada *guerra preventiva* y con una desembozada *injerencia humanitaria*, dos formas de la guerra contemporánea sustentadas en una «doctrina convenientemente forjada con el ánimo de adjudicar a esos conflictos la legalidad y el crédito que no pueden obtener en los hechos ni en las leyes» (Villagomez, 2013, pág. 33).

El ámbito de la guerra preventiva lo ocupan, en la actualidad, las potencias occidentales contra organizaciones terroristas y contra Estados acusados de albergar, encubrir y proteger a las bandas del crimen internacional organizado proveniente de vertientes diversas y perversas. Entre tanto, en el plano de la injerencia humanitaria se imputa a estas mismas organizaciones y Estados la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. A las decisiones y acciones de este tipo de conflictos se las califica como «injerencia humanitaria», «protección debida», «deber de proteger o intervenir» o simplemente «ayuda humanitaria», denominaciones soterradas bajo el apelativo de «*responsabilidad de proteger*», según el sutil lenguaje incorporado por las Naciones Unidas. Pensamos que tanto la guerra preventiva antiterrorista como la

de intervención humanitaria, en los términos esbozados, seguramente van a tener una fuerte incidencia en el futuro del derecho internacional general y en el derecho humanitario, cuyas instituciones han sido y son sacudidas –ahora mismo– por las actuaciones físicas directas o inducidas, llevadas a cabo por las potencias hegemónicas en diversas regiones del mundo (Narváez, 2014, pág. 332). ¡Pero esa es harina de otro costal!

Ineludible referencia debemos hacer al derecho humanitario, que por su naturaleza, características, contenido y objetivos específicos, es considerado como una rama especializada del derecho internacional. He aquí algo sobre sus orígenes:

con el fin de proteger ciertos principios de carácter humanitario durante los procesos bélicos, desde el siglo XVII los Estados concluyeron convenios referentes al tratamiento de los heridos y de los prisioneros de guerra... sin embargo estos tratados no constituyeron una norma de carácter general. Fueron sólo un principio de obligación entre los Estados que los suscribieron, que no siempre fueron observados... (Borja, 1998, pág. 475).

Concordes con Camargo, reconocemos que el objeto de las normas convencionales y de la costumbre de la guerra (*ius in bello*) es regular, mediante prohibiciones, el empleo irracional de la fuerza entre los com-

batientes, proteger a las víctimas, preservar a las poblaciones civiles y a la humanidad en general, contra los horrores de los conflictos armados. Hablamos, en consecuencia, del reconocimiento y cumplimiento de las obligaciones que imponen los instrumentos humanitarios y las normas internacionales aplicables, entre ellas las derivadas de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, el Protocolo de Ginebra de 1925, los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos I y II de 1977.

Complementariamente debemos validar la aplicación de las normas convencionales que configuran el moderno derecho internacional de los refugiados, que contiene pautas de conducta para mitigar la suerte de millones de desplazados que, por diversos motivos de persecución, se encuentran allende de sus países. Desconsolador es constatar y convivir con un tema que se inscribe en las penumbras del tiempo, que se registra desde la génesis de la humanidad, y que ha adquirido la categoría de fenómeno internacional. Por cierto esas patéticas situaciones tienen responsables, acaso encubiertos en la impunidad.

En síntesis no podemos desconocer que existen principalmente tres áreas en las que están imbricados los conflictos internacionales de consecuencias punitivas, a punto tal que se ha originado una suerte de torbellino para la aplicación de las normas del derecho internacional público: las leyes de la guerra, las normas para el tratamiento a los refugiados, y las disposiciones para la

aplicación de los derechos humanos. ¡He ahí una tarea inconclusa, con saldos pendientes!

• *Crímenes y delitos internacionales*: Algunos tratadistas no admiten que la materia penal pueda incluirse en el derecho internacional; tal fue la posición del Dr. Andrade Figueira, quien sostenía que era incompatible con el concepto de soberanía nacional el regir por leyes internacionales lo referente a la represión de los delitos, nos ilustra Larrrea Holguín. El mismo tratadista, a la vez, no deja de señalar que

la mayor parte de los autores consideran con razón que si la aspiración del DIP es la de coordinar las leyes de los Estados de modo que se haga en todo el mundo una justicia más plena, no hay razón suficiente para excluir el Derecho Penal, y en esta forma, tanto los Tratados de Montevideo como el Código Sánchez de Bustamante han englobado la materia penal en sus disposiciones de DIP (Larrrea, 2012, pág.449).

Doctrinariamente es irrecusable evocar que las leyes romanas de índole penal fueron marcadamente territoriales, aunque también se las aplicaba extraterritorialmente para proteger a los ciudadanos romanos en ciertos casos. Más tarde, la Escuela del Derecho Natural (siglos XVII y XVIII) introdujo una innovación importante: el concepto de que *el*

*delito afecta a la justicia universal, de modo que se debe castigar por cualquier Estado*, siendo competente el primer aprehensor del delincuente. En afán de dilucidar el tema podríamos añadir muchas páginas con sendas exposiciones de eruditos especialistas, cuyos puntos de vista no son coincidentes. Sin embargo, en la actualidad prevalece un principio universalmente admitido, el de que cada Estado cuando juzga un delito, aplicará exclusivamente sus leyes: *lex fori*. «Por esto el problema central del DIP Penal, radica en saber qué Estado es competente para juzgar y castigar un delito; una vez resuelto este problema, se sabrá inmediatamente qué ley es aplicable a la sanción penal...», apunta Larrea Holguín.

Cuestiones abigarradas, con matices heterogéneos, nos invitan a precisar y delimitar no solo conceptual y doctrinariamente, sino normativamente, los ámbitos de la jurisdicción y de la competencia del Estado cuando nos enfrentamos a hechos punitivos que se han producido en dicho Estado por inculpadados nacionales o extranjeros; los delitos cometidos en un Estado extranjero por los nacionales de otro Estado; o los delitos cometidos en un Estado extranjero por extranjeros en ese Estado o por sus connacionales, cuando tales reos se encuentran en el territorio de un Estado del cual no son originarios.

Cuestión de significativa importancia, vinculada a la anticipada complejidad, es la relativa al tipo y

clase de delito en que hubiere incurrido el inculpadado, la tipificación del delito, y que el acto punitivo con anterioridad esté prescrito como tal y sancionado por las leyes nacionales o a través de tratados internacionales incorporados a la legislación interna del Estado.

Acude para estas reflexiones el tema del control internacional. El derecho internacional, según destacan algunos sectores académicos, conoce una variedad de procedimientos de control, con mayor despliegue de sus efectos en el marco de las organizaciones internacionales (como sería el caso de la Corte Penal Internacional), por la sencilla razón de que a través de las mismas, pese al carácter de sujetos de derecho internacional que tienen estas, se preserva el nexo vinculante intergubernamental entre los Estados partes, titulares ante los que deben rendición de cuentas.

En los procesos de control internacional es tradicional distinguir entre control de oficio y control a instancia de la o las partes interesadas. Estas modalidades no se excluyen mutuamente, sino que suelen complementarse en un sistema de control complejo.

La incoación del control, mediante la queja de parte interesada, presenta diversas variantes según la naturaleza y condición jurídica del propio interesado, lo que origina una distinción entre las quejas de los Estados y las quejas o reclamaciones de los particulares, y según se reconozca o no a este la capacidad de obrar en las ulteriores actuacio-

nes de control. Es importante advertir, al mismo tiempo, que el control a instancia de los particulares presenta un interés muy cualificado en cuanto están en juego la vigilancia, protección y garantía internacional de los derechos humanos, situación que plantea un enfoque y una mecánica de otras dimensiones (Narváez, 2014, pág. 746).

• *Hacia la creación de una Corte:* Derivados de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, habían quedado sin resolver severos resabios de carácter punitivo. Al socaire del enjuiciamiento a los criminales de guerra de Alemania y el Japón, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional hubo de encaminar sus pasos primigenios hacia la creación de una institución permanente, autónoma y subsidiaria que tuviese el carácter de una Corte Penal Internacional, y que por lo tanto el juzgamiento de los crímenes y sus responsables no fuesen transferidos y canalizados a través de tribunales *ad-hoc*.

Generadores para tal entendimiento, entre los principales, están el reconocimiento de que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales; así como la firme convicción de que «todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común» y que ese «delicado mosaico puede romperse en cualquier momento». Pese a lo

atractivo de tales señalamientos que constan en el preámbulo del Estatuto de Roma, las aproximaciones para la concertación estuvieron condicionadas al escepticismo generado en especial en el seno de los «países chicos», que recelaban acerca de la aplicación y validez del derecho internacional; y al hecho de que para concretar tal acercamiento, sin perjuicio de admitir los cambios observados en las realidades políticas entre los Estados, debía superarse el encadenamiento originado en la constatación de que el juzgamiento punitivo había tenido, hasta ese momento, mayor asidero en los tribunales nacionales y regionales, a la hora de aplicar las normas del derecho internacional.

Entretanto, por mandato de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de cara a la concurrencia de crímenes y delitos internacionales, al compromiso para evitar la comisión de aquellos –por acción u omisión–, al deber de garantizar la paz y la seguridad internacionales, y, por cierto, desterrar la entronización de la impunidad para los autores, desde 1948 la Comisión de Derecho Internacional se encargó, entre otros asuntos, de examinar la conveniencia y la posibilidad de crear un órgano judicial encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio y otros delitos, bajo la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales. La Comisión debía, además, analizar otras alternativas, como la posibilidad de crear una sala penal dentro de la Corte In-

ternacional de Justicia de La Haya. A todo ello, la Comisión preparó en 1951 un proyecto de Estatuto para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, que tendría una estructura permanente y actuaría solo en casos sometidos a su estudio.

En ese contexto y como corolario de las atrocidades que conmovieran a la humanidad, a consecuencia de la primera y segunda guerras mundiales y vistas las experiencias de los enjuiciamientos a través de los célebres Tribunales de Nuremberg y Tokio (1946), desde esa época, a ritmos diferentes, los organismos regionales e internacionales emprendieron también la tarea de precautelar los derechos humanos y perseguir y sancionar a los perpetradores de tales delitos. En ese orden de ideas –cuenta Palacios–, en andariveles paralelos, instituciones nacionales, regionales y universales habían desplegado esfuerzos a favor del reconocimiento de los derechos humanos, su protección y vigilancia, así como el régimen punitivo para perseguir y castigar a los autores de los delitos prescritos convencionalmente, en definitiva para evitar la impunidad. En cuanto al enjuiciamiento y sanción para las personas –independientemente de su nacionalidad– que hubiesen cometido delitos de interés internacional, como es el caso del genocidio, la piratería, el apartheid, el derecho internacional reconoce a los Estados la competencia para juzgarlos y sancionarlos con apego a su legislación interna (*AFESE*, 2007, pág. 111).

- **El Estatuto de Roma:** Se inscribe en el ámbito de un proceso que no solo apuntalaba hacia la creación institucional de la pretendida Corte, sino, en lo fundamental, anhelaba impulsar y concretar un acuerdo internacional que, reconociendo la gravedad de los crímenes que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, establezca el compromiso de que tales crímenes no deban quedar sin castigo y, por lo tanto, poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes.

La Resolución 260 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 9 de diciembre de 1948, fue el punto de arranque para dar forma a la Corte Penal Internacional. No obstante solo el 25 de noviembre de 1992, al ser aprobada la Resolución A/RES/47/33, se dispuso que la Comisión de Derecho Internacional elabore un borrador de estatuto para la aún nonata Corte. Luego de más de cinco años de preparación y negociaciones, se realizó en Roma la Conferencia de las Naciones Unidas para acordar el nacimiento de este nuevo órgano jurisdiccional internacional. En efecto, el 17 de julio de 1998 se suscribió, en la capital italiana, el denominado «Estatuto de Roma de creación de la Corte Penal Internacional», que entró en vigencia el 1 de julio de 2002, tras el depósito del sexagésimo instrumento de ratificación ante la Secretaría General de las Naciones Unidas, depositaria de este tratado internacional.

La Corte es una institución permanente, facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, y tiene carácter complementario a las jurisdicciones penales nacionales. Su competencia y funcionamiento se rigen por el Estatuto y su reglamento. Tiene personalidad jurídica internacional, así como también capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos, con atribuciones para ejercerlas en el territorio de cualquier Estado parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado. Anotemos, al mismo tiempo, que la Corte, con sede en La Haya, está compuesta de los órganos siguientes: Presidencia; Sección de Apelaciones; Sección de Primera Instancia; Sección de Cuestiones Preliminares; Fiscalía; y Secretaría.

• **De la competencia, admisibilidad y el derecho aplicable:** La Corte Penal Internacional tiene *competencia* respecto de los siguientes crímenes:

- a) de genocidio;
- b) de lesa humanidad;
- c) de guerra; y,
- d) de agresión.

Concomitantemente con la tipificación de dichos crímenes y la incorporación, en cada caso, de los actos punibles comprendidos en ellos, el Estatuto (Arts. 17, 18 y 19)

inscribe el régimen procedimental al que deberá sujetarse la Corte para resolver sobre la *inadmisibilidad de un asunto* elevado a su conocimiento, cuando:

- i. el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga la jurisdicción sobre él;
- ii. un Estado haya decidido no incoar una acción penal contra la persona de que se trate, luego de la investigación realizada por este;
- iii. la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por su conducta a la que se refiere la sentencia; o,
- iv. el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otra medida por la Corte.

Anticipemos nuestro criterio favorable acerca de la pertinencia de la incorporación de esta y otras normas procedimentales en los textos del Estatuto y del reglamento, ya que de esa manera por la vía convencional entre los Estados partes se garantiza que se haga efectiva la aplicación concreta de las disposiciones penales sustantivas.

La Corte, asimismo, debe examinar las circunstancias que rodean al proceso a fin de definir si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, teniendo en cuenta los principios del debido proceso y la garantía reconocida por el derecho

internacional. Sobre esa base, en la *Sala de Cuestiones Preliminares*, con la participación del fiscal, se adoptan las decisiones previas relativas a la admisibilidad, sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados puedan recurrir a la *Sala de Apelaciones* interponiendo sus alegatos para volver a examinar la cuestión. Finalmente, tras cerciorarse de ser competente en las causas que le sean remitidas, la Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de las mismas o impugnarlas.

Un aspecto de singular importancia, establecido en el Estatuto de Roma, dice relación al *derecho aplicable*. En ese sentido, compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, la Corte aplicará (Art. 21):

1. En primer lugar: el Estatuto, los elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Pruebas;
2. En segundo lugar: cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos en el derecho internacional de los conflictos armados (derecho internacional humanitario); y,
3. En su defecto: los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerán jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean

incompatibles con el Estatuto, ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

En el citado artículo, en relación con el derecho aplicable, asimismo, se reconocen como elementos potestativos para el ejercicio procesal a cargo de la Corte, aquellos principios y normas de derecho que en decisiones anteriores hubieren dado lugar a una interpretación asumida por ella; y, subsidiariamente, para la aplicación e interpretación de una norma de derecho, deberá buscar que aquella sea compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

- **De los principios generales de derecho penal internacional:** Premisa fundamental en esta materia constituye el reconocimiento de que nadie será penalmente responsable, de conformidad con el Estatuto, a menos que la conducta de que se trate constituya un crimen de la competencia de la Corte, en el momento en que tuviere lugar. Este principio de la legalidad jurídica corresponde al adagio «No hay delito no hay pena sin ley», o sea, las expresiones latinas *Nullum crimen sine lege* y *Nullum poena sine lege*; principios rectores del derecho penal para determinar las condiciones sobre la validez de la imputación (Narváez, 2014, pág. 688). Sin una ley previa al delito o a la pena no hay responsabilidad penal, se consagra también en el Estatuto de Roma. «En los tiempos modernos sería difícil en-



contrar un Estado donde se respete la libertad y seguridad individual sin la presencia de esta regla que en su máxima expresión aparece en la Carta Suprema (del Estado) o en la ley adjetiva» (Jorge, 1997, pág. 76). En el caso ecuatoriano no es extraño este señalamiento del tratadista dominicano.

Enumeremos los principios generales de derecho penal que están expresamente reconocidos, incorporados y tipificados en la Parte III del Estatuto (Arts. 22 al 33), y que por lo tanto forman parte del derecho interno de los Estados:

- *Nullum crimen sine lege* (Art. 22)
- *Nullum poena sine lege* (Art. 23)
- *Irretroactividad ratione personae* (Art. 24);
- Responsabilidad penal individual (Art. 25);
- Exclusión de los menores de 18 años (Art. 26);
- Improcedencia del cargo oficial (Art. 27);
- Responsabilidad de los jefes y otros superiores (Art. 28);
- Imprescriptibilidad (Art. 29);
- Elementos de intencionalidad (Art. 30);
- Circunstancias eximentes de responsabilidad penal (Art. 31);
- Error de hecho y error de derecho (Art. 32); y,
- Órdenes superiores y disposiciones legales (Art. 33).

Bien podríamos dedicar, desde el punto de vista académico y doctrinario, atención especial y particula-

rizada al análisis de cada uno de estos principios generales; sin embargo, nos limitaremos a una brevísima cavilación acerca de los principios de irretroactividad y de imprescriptibilidad, materias concurrentes en la interpretación moderna y en la aplicación temporal de la ley. Queden advertidos de que los elementos doctrinales, de severo contenido y de consistencia jurídica, constituyen fundamentos para la creación de situaciones jurídicas y para ponderar los efectos de las mismas.

En ese contexto reiteramos que el derecho penal desde que adquirió definitivamente su carácter público y desde que la escuela clásica impuso el principio de legalidad, que constituye uno de los basamentos sustanciales sobre los que se ha levantado el derecho penal. El mecanismo fundamental para la aplicación de la legalidad es la irretroactividad de la ley, es decir, su vigencia en el tiempo solo para el futuro, que es por cierto inherente a todo ordenamiento jurídico, tanto que en el derecho civil se consagra como norma preliminar (Bucheli, 2009, pág. 64).

Insistamos en reconocer que el delito y la pena son dos componentes inseparables sobre los cuales se ha construido la ciencia del derecho penal. De allí que la definición de la ley penal conlleve dos elementos indivisibles: el precepto, o sea la conducta típica prohibida, y la pena, o sea la sanción jurídica que establece la ley para quien incurre en esa conducta (Régimen Penal, 1981, pág. 183). Consubstancial al bien jurídi-

co lesionado, corresponde examinar la forma en que las penas deben ser aplicadas en cada caso y los efectos de la ley penal, que como cualquier otra norma de derecho involucra un triple punto de vista: temporal, espacial y las personas.

Ernesto Albán formula este emplazamiento: «La ley penal no vive eternamente. Por muy diferentes razones, en determinado momento el legislador cree necesario reemplazar una ley penal por otra. En ese momento se plantea un problema: ¿Hasta cuándo se extiende la validez temporal de la ley penal derogada y desde cuándo rige la ley penal nueva?» (Régimen Penal, 1989, pág. 59). Ante esa cuestión aflora un principio general: la ley penal rige, desde la fecha de su vigencia, para el futuro, sin efecto retroactivo y hasta que sea derogada; sin embargo, el mismo especialista apunta que en el derecho penal se ha introducido un principio de excepción: la retroactividad de la ley penal más favorable al acusado, lo que significa que un delito cometido durante la vigencia de la antigua ley será juzgado de acuerdo con la nueva ley, si ésta fuere más favorable al reo.

De vuelta al Estatuto de Roma, bien hace este instrumento internacional en consagrar un enunciado capital: nadie será penalmente responsable por una conducta anterior a la entrada en vigor del Estatuto; vale decir, sus disposiciones adquirieron fuerza y vigor jurídico para situaciones punitivas ulteriores al 1 de julio de 2002, fecha del depósito

del sexagésimo instrumento de ratificación ante la Secretaría General de las Naciones Unidas (Art. 126). Bajo ese escudo normativo tiene acogida y validez el mandato que se anticipa en el segundo inciso del Art. 24, respecto a la retroactividad de la norma al señalar que «De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena».

Juntemos otra cavilación ahora alrededor del principio de imprescriptibilidad. El postulado contenido en el artículo 29 del Estatuto de Roma es categórico: «Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán». Recordemos que la prescripción opera solo por el paso del tiempo. Aunque algunos tratadistas consideran inaceptable este mecanismo dado el carácter público del derecho penal, la prescripción es una institución universalmente aceptada, por cuanto permite subsanar jurídicamente situaciones que no pueden quedar sin resolverse en forma indefinida, tomando en cuenta además que el tiempo transcurrido produce una disminución de los efectos morales del delito y de la alarma social (Régimen Penal, 1981, pág. 204). En el mismo Manual se destaca que «Sólo excepcionalmente se admite la imprescriptibilidad; tal es el caso de los crímenes de guerra en las legislaciones europeas o el de traición en tiempo de guerra, en el Código Penal Militar» ecuatoriano. Esta recon-

vención consta el Estatuto de Roma como un principio absoluto.

Guiados por el Manual de nuestra referencia y con apego a la doctrina en que se sustenta la legislación penal, en breves pinceladas, digamos que la normativa ecuatoriana atiende las siguientes situaciones: a) aquellas en que concurren los factores para determinar los plazos y formas en que opera la prescripción de la acción penal; b) si hay sentencia condenatoria, las reglas de la prescripción son mucho más sencillas, en efecto para las penas privativas de la libertad, éstas prescriben en un tiempo igual al de la condena, y si se trata de penas accesorias éstas prescriben en el mismo tiempo que la principal; c) tanto en el caso de la acción penal como en el de la pena, la prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito que merezca igual o mayor pena; d) respecto a la remisión o perdón del ofendido como forma de extinción del delito, sólo cabe en los delitos perseguidos por acusación particular; e) el cumplimiento de la condena como una forma de extinción, que «sólo podrá entenderse en el sentido de que una persona que ha sido condenada no puede volver a ser procesada ni condenada por los mismos hechos»; y, f) la rehabilitación, aunque tampoco pueda decirse que esta sea una forma de extinción propiamente tal (Régimen Penal, 1989, págs. 205-206).

• **De la cooperación internacional y la asistencia judicial:** Los Estados partes están obligados a coo-

perar plenamente con la Corte Penal Internacional en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes que son de competencia de ella. Hacia el cumplimiento de dicho compromiso, la Corte está facultada para formular solicitudes de cooperación bien sea por la vía diplomática y, cuando proceda, por conducto de la Organización de Policía Criminal (Interpol), o a través de cualquier organización regional competente. Persiste, asimismo, el compromiso de asegurar que en el derecho interno de los Estados partes existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la Parte IX del Estatuto.

Sin perjuicio de la coordinación normativa y de la introducción de cambios legislativos pertinentes en el derecho interno –que deben emprender los Estados para armonizar con las disposiciones del Estatuto–, previa entrega de los antecedentes que justifiquen el pedido de la Corte, el Estado o Estados requeridos están en la obligación de brindar dicha colaboración para facilitar las investigaciones y el enjuiciamiento penal, incluso deben proceder a la detención y entrega de las personas solicitadas.

Se avizora, desde nuestra perspectiva, un conflicto en ciernes que se originaría por el pedido de aplicación de este compromiso convencional –de derecho internacional positivo– por parte de la Corte y el mandato constitucional consagrado en el derecho interno de varios Estados (caso ecuatoria-

no) que prohíbe la extradición de sus nacionales. Materia importante que, por el momento, la dejamos enunciada.

\*\*

En este escrito, con el epicentro en el derecho penal, pretendí desarrollar orgánicamente el alcance y la aplicación de las normas convencionales y de las conductas emanadas en el marco de la costumbre, unas y otras presentes en el ámbito del derecho internacional y en la esfera del derecho interno, a fin de estructurar y presentar una visión comprensiva, conceptual y estructural de la Corte Penal Internacional, convertida en una propuesta universal, puesta en acción desde el año 2002. Hube de referirme, desde luego, a los mandatos derivados del Estatuto de Roma, a través de los cuales se pretende crear un cauce normativo para canalizar, dilucidar y resolver los diversos y complejos conflictos de naturaleza penal que trascienden el espacio nacional. Espero satisfacer el interés de los amables lectores.

A este escorzo lo titulé: «impunidad», y lo escribí entre signos de interrogación, no por la desazón que me abrumba el hecho de constatar en la geografía universal la ocurrencia de un persistente e ilimitado torbellino de acontecimientos de naturaleza punitiva, desgarradores de la paz y de la seguridad internacional, cuyos actos y efectos dramáticos son patéticos de cara al bienestar de la humanidad, sino por mi escepticismo

frente a la inercia ante los más graves delitos que socaban el ejercicio de la competencia de la Corte y sus órganos –determinada en el artículo 13 del Estatuto de Roma–, a punto tal de que me queda el presentimiento de que los crímenes incorporados en el artículo 5 y tipificados en los subsiguientes, son meras referencias convencionales. ¡Esta mi cuota sentimental!

### Bibliografía

- AFESE, 2007, No. 46: Revista del Servicio Exterior Ecuatoriano. Palacios Porras, Patricio: Aspectos constitutivos de la Corte Penal Internacional, su rol en el escenario mundial y el papel del Ecuador en su fortalecimiento. Camaleón Diseño Visual. Quito, septiembre 2007.
- Araujo Granda, M. Paulina. La ética normativa de la justicia, el principio de legalidad y la ardua y aún larga tarea en el derecho penal ecuatoriano (ensayo). Revista Novedades Jurídicas. Número 105. Quito, Marzo, 2015.
- Bernaschina González, Mario. Manual de Derecho Constitucional. Tomo I. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1958.
- Borja, Rodrigo. Enciclopedia de la Política. Fondo de Cultura Económica. México, 1998.
- Bucheli Mera, Rodrigo. Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio: Justicia Crítica. Editorial Universitaria. Quito, 2009.

- Camargo, Pedro Pablo. Tratado de Derecho Internacional. Tomo I. Editorial TEMIS Librería. Bogotá, 1983.
- Constitución de la República del Ecuador (y sus reformas).- R.O. 449, 20.10.2008, y R.O. Suplemento 490, 13.07.2011. Publicación Oficial de la Asamblea Nacional del Ecuador. Quito, 2011.
- Fenwick, Charles F. Cases on International Law. Chicago, 1935.
- Fenwick, Charles F. Derecho Internacional. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1963.
- Jellineck, George. Teoría General del Estado. 1905.
- Jiménez de Aréchaga. Derecho Constitucional de las Naciones Unidas. Escuela de Funcionarios Internacionales. Madrid, 1958.
- Jorge Blanco, Salvador. Introducción al Derecho.- Ediciones CAPEL-DOM. República Dominicana, 1997
- Kelsen, Hans. Principles of International Law. 2ª. Edición.- Editado por Robert Turker y otros.- 1966.
- Larrea Holguín, Juan / Narváez Rivadeneira, Luis. Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano. Comentarios y actualizaciones. Corporación de Estudios y Publicaciones. Sexta Edición. Quito, 2012.
- Narváez Ricaurte, Luis / Narváez Rivadeneira, Luis. Vademécum contemporáneo de derecho internacional público. Corporación de Estudios y Publicaciones. Tomo I, pág. 194.- Quito, 2014.
- Peñaherrera, Víctor M. Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal. Tomo I. Obra reeditada. Editorial Universitaria, Quito.- 1958.
- Portocarrero Olave, Felipe. Derecho Internacional Público. Ediciones Peruanas. Lima, 1966.
- Régimen Penal Ecuatoriano, Manual. Ediciones Legales. Imprenta Non Plus Ultra. Quito, 1989.
- Sánchez Viamonte, Carlos. La libertad y sus problemas. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1961.
- Verdross, Alfred. Derecho Internacional Público. 5ª. Edición. Editorial Aguilar. Madrid, 1967.
- Wikipedia: La enciclopedia libre. [http://es.wikipedia.org/wiki/Doctrina\\_Monista](http://es.wikipedia.org/wiki/Doctrina_Monista). Reproducción 06.04.2015.