

No. 30

REVISTA
IUSTITIA
ET
PULCHRITUDO



Panamá
2016

IUSTITIA et PULCHRITUDO
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Harley J. Mitchell D.

Decano de la Facultad de Derecho y C. Políticas

Constantino Riquelme Ortiz

Director de la Escuela de Derecho y C. Políticas

Laurentino Díaz López

Director de la Revista

La Universidad Católica Santa María La Antigua no se hace responsable de las ideas, opiniones y doctrinas expuestas por los autores de los trabajos publicados.

Quedan reservados todos los derechos de propiedad intelectual sobre lo publicado en esta revista.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Católica Santa María La Antigua
Editorial La Antigua
ISSN 1607-4319
Imprenta USMA

INDICE

PROCESOS DE GUARDA, CRIANZA Y REGLAMENTACIÓN DE VISITAS Y LA POSIBILIDAD DE MEDIACIÓN

ELIZABETH HUERTA MORALES 5

RETOS DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL Y LA CONVIVENCIA DE UN CONVENIO MULTILATERAL BEPS CON LA RED PANAMEÑA DE TRATADOS TRIBUTARIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

CAMILO A. VALDÉS MORA 19

LA “OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR” EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

MIGUEL VERGARA 47

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN PANAMA: UNAS REFLEXIONES CRÍTICAS

RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO 53

INDULTOS EN PANAMÁ Y DELITOS POLÍTICOS: UN PECULIAR BINOMIO DE ORIGEN COLOMBIANO

LUIS ANTONIO PEREIRA SÁNCHEZ 69

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: PROCEDIMIENTO Y SANCIÓN

CONSTANTINO RIQUELME ORTIZ 99

PROCESOS DE GUARDA, CRIANZA Y REGLAMENTACIÓN DE VISITAS Y LA POSIBILIDAD DE MEDIACIÓN

ELIZABETH HUERTA MORALES

En el año 1993 obtuvo su Título de Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Panamá y ya para ese entonces fungía como funcionaria judicial en la Corte Suprema de Justicia dentro de la cual en 21 años de labor, ocupó múltiples cargos, entre los que se destacan Magistrada Suplente en el Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia, Magistrada Suplente Titular en el Tribunal Superior de Familia, Jueza Seccional Suplente de Familia en San Miguelito, Juez Titular Quinta Municipal de Familia.

También se ha desempeñado como Profesora de la Maestría de Familia, Niñez y Adolescencia, en las Universidades ISAE y LATINA e imparte la clase de Derecho de Familia en la USMA.

Posee un Diplomado en Investigación y Desarrollo de Proyectos, Postgrados y Maestría en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia y cursa el Postrado y Maestría en Docencia Superior y ha intervenido en diversas conferencias, foros, seminarios, comisión y discusión de leyes, entre otros.

Actualmente ejerce la profesión privada como abogada de familia, entre otros.

A. Concepto de Guarda:

Como quiera que el presente trabajo versa sobre la guarda y crianza de la niñez y adolescencia, así como un enfoque en materia de mediación, consideramos oportuno conceptualizar lo que es la guarda en su terminología amplia y la definición de tenencia.

Al respecto tenemos que la doctrina relacionada al Instituto Jurídico de la Guarda de que esta tiene como finalidad otorgar a los niños, niñas y adolescentes un sistema de protección integral a fin de lograr su formación plena.

En este sentido, la guarda como instituto tiene como objetivo el darle al niño, niña y adolescente que no tiene hogar, el de procurarle una familia, donde el afecto, la educación y la protección estén presentes.

Jurídicamente puede definirse a la guarda, tal y como lo indicara la ilustre jurista Sonia Eliana Roca Serrano en su obra "*El Niño: El Derecho a una Familia*", como:

“La Guarda es una institución que tiene por objetivo el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente, con carácter provisional, es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores, en casos de divorcio y separación de las uniones conyugales, libres o a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal”.

B. Definición de Tenencia:

La tenencia según la enciclopedia Omeba, es definida como:

“El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa y representante de la posición de propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho”.

Se ha observado con acierto que de acuerdo con el texto legal tenencia tiene un elemento común con la posición: El poder sobre la cosa (hábeas).

La tenencia por su carácter precario y “voluntario”, en nuestro medio se practica con fines de buscar la prestación de servicios al interior de las familias, se corre el riesgo de que los niños, niñas o adolescentes sean utilizados temporalmente con fines laborales (empleadas domésticas, mensajeros, ayudantes, etc.), los interesados consolidan este lazo circunstancial con el nombramiento de padrinos ahijados, convirtiéndose estos últimos en criados, es decir, acompañantes de la familia en todas las labores que les designa a cambio de la simple alimentación. (Costumbre arraigada en muchas de nuestras provincias).

La tenencia constituye la mera posición de una cosa y por lo tanto, no es pertinente aplicarlo a las personas. La convalidación de este término para identificar un tipo de familia, responde a la ya superada doctrina de la situación irregular, en la cual los niños no eran considerados personas. Por lo sostenido, no debemos confundir la figura de la Tenencia con la de Guarda.

C. Fundamentos legales:

C.1 Constitución Política de Panamá

El Capítulo 2° de nuestra Constitución Política subtítulo “*La Familia*” prevé entre sus normas la obligación de los padres de alimentar, educar y proteger a sus hijos para que obtengan una buena crianza y un adecuado desarrollo físico y espiritual, y éstos a respetarlos y asistirlos.

Establece también que la Ley regulará el ejercicio de la patria potestad de acuerdo con el interés social y el beneficio de los hijos.

El Estado debe velar por la familia y proteger el matrimonio, la maternidad y la familia, además que garantiza que todos los iguales ante la ley y no existe distinción al respecto.

C.2 Convención sobre los Derechos del Niño:

Este Convenio, ratificado por Panamá, mediante la Ley 15 de 6 de noviembre de 1990 conceptúa en su Preámbulo que “*Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los*

niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”, contempla como principio rector el interés superior del niño, preceptuado en el artículo 3 de dicho Convenio, indicando que

1. *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.*
2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con este fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*
3. *Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”*

Asimismo, prevé en diversos artículos (5, 9, 10, 18, entre otros) lo referente a la guarda, crianza, relaciones paterno-filiales, como uno de los deberes del ejercicio de la patria potestad correcto, así como el derecho de los niños de relacionarse con éstos, estableciendo que incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

C.3 Código de la Familia y del Menor:

Tratando de adecuar la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestra Legislación Nacional se promulga mediante Ley 3 de 17 de mayo de 1994 el Código de la Familia y del Menor, indicando a los jueces y a las autoridades administrativas que al conocer de los asuntos familiares, concedan preferencia al interés superior del niño y la familia y otorgando a las disposiciones de dicha ley el carácter de orden público y de interés social y en consecuencia, no pueden ser alteradas o variadas por voluntad

de los particulares, bajo pena de nulidad, salvo los casos expresamente permitidos por dicho Código.

Nuestro ordenamiento jurídico familiar regula dentro del Título IV denominado “De la Patria Potestad o Relación Parental”, Capítulo I “Disposiciones Generales” De los derechos y deberes de los padres hacia los hijos, definiendo que la patria potestad o relación parental es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres respecto a los hijos y que éstos estarán bajo el cuidado del padre y de la madre y deberán obedecerles y respetarles.

Como parte del ejercicio de la patria potestad, se establece el derecho-deber de la guarda y crianza de los hijos, preceptuando específicamente en el artículo 319:

“La patria potestad con relación a los hijos o hijas comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1. Velar por su vida y salud, tenerlos en su compañía, suplir sus necesidades afectivas, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación íntegra;*
- 2. Corregirlos razonable y moderadamente; y*
- 3. Representarlos y administrar sus bienes”*

La patria potestad o relación parental se ejerce por ambos padres o por uno solo, con el consentimiento expreso o tácito del otro, sin eximir a éste último de su responsabilidad.

Por otro lado, y en caso de desacuerdo entre los padres en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos progenitores podrá acudir a un juez, quien posteriormente, y luego de haberlos escuchado a ambos y al hijo o hija, decidirá lo que más le convenga al interés superior de éstos.

Dentro del Capítulo III de nuestro ordenamiento jurídico familiar subtítulo “De la Guarda y Crianza y del Régimen de Comunicación y de Visita” se desarrolla en mayor amplitud esta figura que, en términos generales, contempla que cuando los padres no convivan juntos se estará al acuerdo de éstos en cuanto a la guarda y crianza y al régimen de comunicación y de visita siempre y cuando no vulnere el principio del interés superior.

En caso contrario y frente al desacuerdo de los progenitores, o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos o hijas, la controversia deberá ser decidida por autoridad competente.

Recogemos a continuación la normativa que contempla las dos figuras referentes al tema: guarda y crianza y la reglamentación de visitas, taxativamente plasmado en el artículo 329 del Código de la Familia que a la letra dice:

“La autoridad competente dispondrá lo conveniente para que aquél de los padres separados que no tenga la guarda y crianza de los hijos o hijas menores, conserve el derecho de comunicación y de visita con ellos, regulándose el mismo en el tiempo, modo y lugar que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los menores. El incumplimiento de lo que se disponga a ese respecto, podrá ser causa para que se modifique lo resuelto en cuanto a la guarda, sin perjuicio de la responsabilidad penal que se origine por tal conducta”.

La autoridad competente podrá hacer extensivo el derecho de comunicación y de visita a los ascendientes o a otros parientes del menor”

Los artículos 330 a 333 del Código de la Familia continúan regulando lo concerniente a lo anteriormente expuesto. Además, el artículo 489 del mismo instrumento legal, dentro del Libro II, Título Preliminar, Capítulo II “De los Derechos Fundamentales del Menor” establece en sus numerales 3 y 8 el derecho de todo niño de disfrutar todos los beneficios de la filiación, entre ellos, la obligación de los padres de otorgarles buen trato y de ofrecerles los cuidados y atenciones que propicien su desarrollo óptimo.

Luego de todo lo precedentemente expuesto, advertimos que dicho derecho-deber de guarda, crianza y reglamentación de visita, se encuentra contemplado a nivel Constitucional, Convenios y Tratados, Legislación Nacional, ya que el artículo 3 es de aplicación extensiva, no sólo a nivel legal, sino también administrativa y en todo lo que atañe a los derechos del niño, a fin de garantizarles un buen desarrollo integral.

Lo anterior, sin dejar de soslayar que en primer lugar, los primeros llamados a brindar esos cuidados es por parte de los progenitores y en casos expresos por parte de la familia ampliada y por último buscar otras

alternativas (adopción, tutela, etc.), ya que si bien es cierto el Estado debe proteger a la familia, corresponde a ésta dicha responsabilidad en primera instancia como parte de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad.

En casos de desacuerdo entre los padres establece nuestro ordenamiento jurídico que debe ventilarse ante la autoridad competente. No obstante, existe la figura del Conciliador y Orientador de Familia, previsto en Libro II, Título II, Capítulo II del Código de la Familia (Artículos 772 a 775), adscrito a un Juzgado Seccional de Familia (autoridad competente para conocer este tipo de procesos a prevención con Jueces de Niñez y Adolescencia, quienes también son competentes) cuyo papel es importantísimo en la búsqueda de conciliar las cuestiones planteadas, en beneficio de la integridad de la familia teniendo prevalencia el interés superior del niño.

D. Separación y divorcio

En efecto, producida la ruptura de la convivencia matrimonial, y modificado sustancialmente el vínculo que ligaba a los cónyuges, es evidente que ninguno de ellos puede exigir al otro el comportamiento propio de las personas que se aman.

Subsiste, no obstante, en el plano moral, la obligación de atenuar la enemistad que habitualmente surge entre las personas separadas, procurando que su relación pueda desarrollarse en un clima de respeto mutuo, que es importante sobre todo cuando hay hijos comunes, dado que la interrupción de la convivencia no elimina la relación entre los cónyuges separados y la prole.

Tal consideración, sin embargo, no nos lleva a basarnos en que el deber de asistencia subsista con posterioridad a la separación personal, criterio que aparece corroborado por el hecho de que la ley si bien prevé sanciones que corresponda aplicar por la violación de dicho deber (nuestra legislación penal ordinaria contempla el delito de incumplimiento por deberes familiares) en la realidad social, las mismas no se registran prácticamente, ya que se manifiesta que “no puede obligarse a querer” “sería contraproducente para el niño o adolescente, a nivel psicológico una relación obligada” y otros.

No obstante, la carencia de relaciones paterno o materno-filiales, tienen sus graves repercusiones en el desarrollo integral de todo niño, niña adolescente y no hay que ser expertos en la materia para darnos cuenta de los efectos de la misma en nuestra sociedad.

Nuestro ordenamiento jurídico familiar establece que cuando se trate de las causales de separación de hecho o de mutuo consentimiento, las partes deberán presentar un acuerdo de guarda, crianza y reglamentación de visitas, (y de los alimentos) a fin de garantizar la efectividad de dicho derecho. Sin esa prerrogativa, el juez del conocimiento no disuelve el vínculo matrimonial. (Art. 218 del Código de la Familia)

En un inicio, y con anterioridad a la aprobación de nuestro Código de la Familia, se había previsto exigir tal requisito a todas las causales de divorcio; no obstante, no se dieron, lo que no es óbice para que las partes acudan al ente judicial competente para ventilar dichos procesos.

Por otro lado, las partes tienen toda la libertad también de acudir al Centro de Mediación y lograr un acuerdo respecto a la guarda y crianza de sus hijos.

Tal acuerdo suele ser decisivo para la solución del problema, dado que la responsabilidad sobre el cuidado y educación de la prole pesa primordialmente sobre los padres.

II. LA MEDIACIÓN EN LOS PROCESOS DE GUARDA

A. Medios alternos de terminación de conflictos:

Vemos pues que nuestro ordenamiento jurídico familiar busca alternativas que brindan a las partes que acuden a la vía judicial, la oportunidad de resolver sus diferencias sin tener que pasar por todo un proceso judicial, ya que en caso de conciliación en materia de guarda, crianza y comunicación de visitas, el Conciliador levanta un Acta en donde establece los puntos acordados y lo remite al juzgador correspondiente, a fin que éste proceda a su ratificación y aprobación.

Por otro lado, también pueden las partes, sin tener que presentar una demanda al respecto en los Tribunales, acudir al Centro de Mediación de su Jurisdicción, a fin de exponer su caso y poder terminar el conflicto preexistente.

Es muy importante que el mediador en este tipo de procesos, posea muchos de los principios fundamentales que se requieren para este tipo de casos, tales como paciencia, tolerancia, lenguaje corporal positivo; recomendable sería comprobada y amplia experiencia en materia de familia, niñez y adolescencia para lograr una mayor efectividad en la mediación.

B. Responsabilidad profesional del mediador:

Es el mediador quien en una área de absoluta confidencialidad y de manera neutral e imparcial ayudará a las partes a deponer la intransigencia, avocarse al problema, dialogar en base a estratégicas pautas y encontrar caminos alternativos que les permitan consensuar acuerdos que eviten un juicio o conflicto judicial.

El mediador no debe dejar de ver permanentemente en su función entre partes en conflicto, que la autoridad final corresponde a los propios participantes. Debe influir en la voluntad de los participantes que la mediación es un proceso de triunfo, aun cuando no se logre total o parcialmente el resultado buscado, las partes que se han avenido a la mediación ya han aceptado que existen caminos alternativos para resolver su disputa.

Son decisiones libres, íntimas, personales y familiares de los protagonistas, que deben ayudarse a tomar a las partes en conflicto.

C. Cambio de paradigma: necesidad de la mediación obligatoria en los asuntos de familia:

Sabemos que un conflicto familiar enferma todo su sistema; el quiebre matrimonial desestabiliza emocionalmente al matrimonio, se transmite a los hijos y enferma la intimidad del hogar. Transmitir su drama personal y familiar al abogado y luego enfrentar un juicio ante los tribunales puede llevar a la muerte. El vínculo entre derecho, justicia y salud mental es íntimo; por ello toda disfunción en el seno familiar debe ser abordada interdisciplinariamente (el abogado desde la ley y un psicoterapeuta desde lo emocional).

A veces el abogado piensa que debe buscarse como fin último el acuerdo de partes homologado por los jueces, alguna vez llegan a pensar que no cumplen con su deber de abogados si insisten demasiado en una salida consensuada, cuando precisamente lo beneficioso es ello.

Lamentablemente vivimos en una sociedad que se rige por leyes que se aplican para regular la conducta de sus integrantes. No obstante, es nuestro deber que cada uno cambie tal paradigma.

Toda esta crisis, ha llevado a que los viejos métodos jurídicos, el juicio oral-escrito, donde necesariamente el tiempo es un factor fundamental ya que vemos a nuestros tribunales desbordados por el aumento de la conflictividad, y en consecuencia de la cantidad de expedientes que esperan ser resueltos, hacen necesario imperiosamente un cambio dentro de los métodos alternativos de resolución de conflictos,

que debe ir acompañado por un cambio en la educación de las personas y de los funcionarios y profesionales que deben ponerla en movimiento.

La mediación ha sido resistida arduamente en aquellos países como Estados Unidos, donde ya lleva más de 20 años de práctica, y donde es tomado como parte del sistema judicial y respetados los profesionales que a ella se dedican con exclusividad.

De allí que se proponga un cambio de paradigma que significa del griego Patrón, esquema de referencia para entender ciertos aspectos de la realidad, o sea, a través de nuevos enfoques jurídicos, del trabajo interdisciplinario, del enfoque sistémico de la conflictiva familiar, de los métodos alternativos de resolución de conflictos tales como la mediación-conciliación-negociación.

La filósofa Beatrice Brutea dice:

“No podemos esperar hasta que el mundo cambie ni hasta que vengan nuevos tiempos que nos hagan cambiar a nosotros, ni esperar que llegue la Revolución, y nos arrastre en su nueva carrera, el futuro somos nosotros mismos, nosotros somos la Revolución.”

III. Derecho Comparado:

a. Argentina

Mediante Ley 24.573 Argentina prevé la Mediación y Conciliación con carácter obligatorio previo a todo juicio, lo que se rige por dicha ley.

Dicha ley promueve la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las actuaciones son de carácter confidencial.

b. Canadá

En materia familiar, existen servicios de mediación. En Quebec se trabaja desde 1970 y tiene reconocimiento federal y provincial. Sólo la legislación menciona a la mediación por primera vez en la Ley Federal de Divorcio en 1985, dándole a este método un esquema multidisciplinario.

c. Inglaterra

En 1984 incorpora la mediación con una clara connotación negociadora, con estructuras y reglas propias, apoyada en antiguas tradiciones culturales, apareciendo con un sentido distinto al terapéutico y consultor.

En materia de divorcio ha incorporado la teoría sistémica, y en 1990 en Londres se crea el Centro para la Resolución de Disputas.

d. España

En el año 1990, España introduce a través del Ministerio de Asuntos Sociales el primer Programa de Mediación para la separación y el divorcio, con un enfoque interdisciplinario en el que participan equipos de psicólogos y abogados, por dos administrativos, uno para la atención telefónica y otro para la informática.

e. Colombia

Ha creado un cuerpo de Mediadores que depende del Poder Ejecutivo, más específicamente del Ministerio de Justicia.

La ley obliga a los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho a organizar su propio Centro de mediación, con prestación gratuita. El trámite es confidencial.

En Panamá, muchos consideran que no es posible mediar en asuntos en que las partes estén involucradas en o supuesta violencia doméstica; ello, por el grado de vulnerabilidad en que se encuentra la o posible víctima. Queda entonces discernir sobre la viabilidad o no de la mediación en beneficio de la familia. Cada uno de nosotros es responsable de ello

BIBLIOGRAFÍA

MOORE, Christopher. 1996. El Proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos. Buenos Aires. Editorial Gránica.

DAVISON. Dora. 2006. Separación y Divorcio Un Faro en el Camino. Buenos Aires. Editorial Universidad.

ORTIZ DE ROZAS. Abel Felitas, ROVEDA. Eduardo G. 2004. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires. Editorial Nexis Lexis Argentina, S.A.

Constitución Política de la República de Panamá

Código de la Familia y el Menor

Convención Sobre los Derechos del Niño

Decreto Ley No. 5 de 1999 mediante el cual se establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y de la mediación de la República de Panamá.

Acuerdo No. 294 de 6 de septiembre de 2001 mediante el cual la Corte Suprema de Justicia, por el cual se crea un Centro de Mediación en el Órgano Judicial.

Acuerdo No. 433 del 13 de diciembre de 2001 mediante el cual la Corte Suprema de Justicia, establece el Reglamento Interno del Centro de Mediación.

Acuerdo No. 252 de 31 de mayo de 2006, mediante el cual la Corte Suprema de Justicia, aprueba la creación de la Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial.

[http:// www. Infanciayjuventud. Com/anterior/academic/academic12.html](http://www.Infanciayjuventud.Com/anterior/academic/academic12.html)

[http://www. Courtinfo. Ca.gov/programs/cabs/families-fl1.html](http://www.Courtinfo.Ca.gov/programs/cabs/families-fl1.html)

<http://www.stancto.org/courts/familylaw/fammediation.htm>

<http://www.ub.es/sociaol/CDA/contenidosesp.html>

<http://www.infanciayjuventud.com/anterior/academic/academ12a.html>

<http://www.organojudicial.gob.pa/contenido/centros/mediacion/index.htm>

**RETOS DE LA FISCALIDAD
INTERNACIONAL Y LA CONVIVENCIA
DE UN CONVENIO MULTILATERAL BEPS
CON LA RED PANAMEÑA DE TRATADOS
TRIBUTARIOS PARA EVITAR LA DOBLE
IMPOSICIÓN INTERNACIONAL**

CAMILO A. VALDÉS MORA

El presente trabajo, realizado especialmente gracias a la gentil invitación del maestro y amigo profesor Laurentino Díaz López, tiene como raíz la Relatoría Nacional de Panamá que presenté sobre el Tema II denominado “Los retos de la fiscalidad internacional latinoamericana en el contexto actual. ¿Hacia la convivencia de un convenio multilateral BEPS con convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional?” dentro de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, organizadas por el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, que se realizarán en la ciudad de México en noviembre de 2015.

Posee una Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas, una Maestría en Derecho Comercial, un Postgrado en Derecho Tributario, un Postgrado en Derecho Tributario Internacional y un Doctorado en Derecho. Sus estudios universitarios los realizó en la Universidad de Panamá, en la Universidad Católica Santa María La Antigua y en la Universidad de Salamanca, España. Trabajó como Asesor Tributario en KPMG Panamá, fue Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua, Miembro del Equipo Negociador de Tratados Tributarios de la República de Panamá y Director de las Unidades de Tributación Internacional e Intercambio de Información de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas. Actualmente es Asociado Senior en la firma Tapia, Linares y Alfaro; Profesor de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Católica Santa María La Antigua, tanto a nivel de Licenciatura como de Postgrado; y, Presidente de la Asociación Panameña de Derecho Financiero y Tributario.

Sumario: I.- Introducción; II.- ¿Qué es BEPS?; III.- La Convención de Viena de 1969; IV.- Convenios para el Intercambio de Información Tributaria; V.- Justicia Tributaria Internacional; VI.- Nuevo Sistema Tributario Internacional; VII.- Consideraciones Finales; y, VIII.- Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN.

Sin duda, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) no descansa y eso golpea nuestro régimen fiscal territorial y por ende nuestra competitividad fiscal. La OCDE ha elaborado un estudio que ha denominado *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), que analiza los problemas que están sufriendo sus países miembros, en relación a la erosión de la base impositiva y traslado de beneficios que realizan empresas multinacionales a jurisdicciones con tasas impositivas más competitivas, según ellos nocivas, que desde luego, disminuyen su recaudo de ingresos tributarios.

Según el mencionado estudio, la OCDE observó que se están erosionando las bases tributarias de sus países miembros, entre otras situaciones, por el diferente tratamiento fiscal que se le da a los instrumentos financieros, a la aplicación de los tratados tributarios a operaciones de comercio electrónico, reubicación de riesgos usando las reglas de los precios de transferencia, todas reglas que ellos mismos inventaron, lo que ha traído que en algunas ocasiones se abuse, según la OCDE, de tratados tributarios, para que en vez de evitar la doble imposición, se dé la doble exoneración de impuestos, lo que en principio la misma OCDE ha aceptado que no es ilegal, porque las estructuras fiscales se montan en base a tratados tributarios que son leyes formales en los Estados que lo suscriben en conjunto con sus leyes internas o domésticas, que igualmente están en plena vigencia y cumplen con el principio de reserva de ley.

Sin embargo, argumentan para sustentar su nueva política que más que la forma o legalidad, lo que debe predominar es la coherencia, la substancia y la transparencia, lo que es un absurdo en toda regla y que es tierra fértil para el abuso de los países fuertes sobre los débiles. En

consecuencia, reconocen que para los intereses de los miembros de la OCDE esto es un problema global, razón por la cual se hizo una declaración sobre BEPS en París que fue adoptada el 29 de mayo de 2013, con su correspondiente plan de acción, que fue presentado a los Ministros de Finanzas del G-20 en Moscú, en julio de 2013, a fin de hacer de BEPS un “estándar internacional” en materia de tributación internacional, para implementar las quince acciones que forman parte del Plan BEPS, en los diferentes sistemas jurídicos de los países del mundo y que deberán aplicar sus correspondientes administraciones tributarias, lo que afectará a nuestro país, sobre todo en regímenes fiscales especiales de tanto éxito para la economía de nuestro país, que es eminentemente de servicios.

Dentro del plan de acción BEPS estuvo la celebración de reuniones regionales de consulta, tanto para el sector público como privado, para nuestro entorno se celebró recientemente en Bogotá dicha reunión de consulta el pasado 27 y 28 de febrero de 2014. En dicho evento se llegaron a diferentes conclusiones, entre ellas, de que la competencia fiscal que la OCDE denomina lesiva para captar inversiones extranjeras debe ser combatida, debido a que es según su posición, una competencia desleal de las empresas multinacionales en contra de las que operan localmente, ya que obtienen ventajas que no tienen las últimas.

Además, se debe promover un intercambio de información tributaria automático, redefinir el concepto de establecimiento permanente y evitar el abuso de tratados tributarios, reajustando las reglas de los precios de transferencia. En síntesis, lo que la OCDE busca con el pretexto de seguir el mandato que ha recibido del G-20 es influir en las políticas macro económicas y por ende en las políticas fiscales de los países y decidir qué leyes se deben mantener vigentes y cuáles deben ser derogadas o modificadas, según BEPS, lo que no debe ser permitido bajo ninguna circunstancia. Ya que entre otras cosas, están propugnando para que se dote a las administraciones tributarias, de la infraestructura jurídica y los dispositivos administrativos necesarios para poner en práctica los nuevos estándares BEPS y la conveniencia de reexaminar el régimen sancionador de cada país, para prevenir mejor las conductas que según sus intereses y la de sus países miembros, son considerados nocivas de elusión y evasión fiscal.

Por tanto, con el nuevo estándar BEPS, las presiones y amenazas de listas discriminatorias de la OCDE y sus miembros no cesarán, ya que con su actuar no hacen más que confesar la incapacidad manifiesta que tienen sus miembros de fiscalizar a sus propios contribuyentes y ante dicha ausencia de ideas, pretenden dictarnos guías para que nosotros cambiemos nuestra potestad, autonomía y soberanía de decidir qué país y qué sistema tributario queremos.

Es absurdo pensar que podemos liberar el comercio que se desarrolla en las actividades transfronterizas entre países, para impulsar el comercio y por ende aumentar la inversión extranjera, y suprimir por el otro lado la competencia fiscal entre países que es un aspecto importantísimo a la hora de valorar los riesgos de invertir o no en un determinado país.

Como ya hemos expresado, la globalización trajo como consecuencia la competencia comercial entre países por lo que es un abuso y violación al Derecho Internacional pretender prohibir la competencia fiscal entre los países, o peor aún, calificarla como nociva, en base a unos supuestos estándares internacionales que no tienen fundamento jurídico en el Derecho Internacional y que son además, tan cambiantes como el clima, porque así la OCDE se ha tomado la tarea que sean.

A nuestro juicio, con el estándar BEPS esto dejó de ser un tema eminentemente jurídico tributario y pasó a ser un asunto de Derecho Internacional y de soberanía de los Estados, misma soberanía en la que se basó el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para no utilizar el Euro a pesar de ser un miembro de la Unión Europea.

En la presente relatoría nacional, trataremos de explicar la situación de la República de Panamá y de cómo la OCDE a nuestro juicio está violando y pretende seguir violando conceptos básicos del Derecho Internacional, a través de sus estándares internacionales que impone bajo amenazas, listas discriminatorias y coerción.

II.- ¿QUÉ ES BEPS?

El nuevo estándar de la OCDE denominado *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) conocido también en español, como la Erosión de la Base Imponible y Relocalización de Utilidades, consiste en un plan de acción para evitar que los contribuyentes desplacen sus ganancias o beneficios obtenidos en una jurisdicción tributaria de alta tributación a otra donde exista un tratamiento más beneficioso, con la finalidad de reducir su castigo o carga tributaria a nivel internacional o global.

Lo que supuestamente está buscando la OCDE es que haya más coherencia, sustancia y transparencia, para de esta manera, entre otras cosas, evitar el abuso de los tratados para evitar la doble imposición, que curiosamente ellos promovían, hacer algunos cambios en los conceptos de establecimiento permanente, precios de transferencia y el intercambio de información.

El pasado 19 de julio de 2013, la OCDE publicó el Plan de Acción BEPS, que expone las quince medidas o puntos que deben resolver algunos de los problemas claves identificados en el Reporte BEPS, las cuales deberán estar listos a más tardar en diciembre de 2015. Veamos cuál es el Plan de Acción BEPS de la OCDE:

- a) **Abordar los desafíos de la economía digital:** Con esto la OCDE busca identificar las principales dificultades que la economía digital plantea para la aplicación de las actuales normas fiscales internacionales y desarrollar opciones detalladas para hacer frente a estas dificultades, tomando un enfoque integral y considerando tributación directa e indirecta.
- b) **Neutralizar los efectos de acuerdos híbridos:** Consiste en desarrollar cláusulas de los Modelos de CDI y recomendaciones para el diseño de legislación interna¹ para neutralizar el efecto, por ejemplo, de la doble no imposición, doble deducción, diferimiento de largo plazo, de los instrumentos híbridos y entidades híbridas.
- c) **Fortalecer reglas para el control de compañías extranjeras (CFC):** Consiste en desarrollar recomendaciones a la legislación interna de los países, referidas al diseño de normas para el control de compañías extranjeras.
- d) **Limitar la erosión de la base imponible vía deducciones de intereses y otros pagos financieros similares:** Consiste en desarrollar recomendaciones sobre las mejores prácticas para el diseño de normas para prevenir la erosión de base a través de la utilización de los gastos por intereses entre partes relacionadas o terceros y así evitar deducciones de intereses y de otros pagos que son equivalentes al pago de intereses.
- e) **Contrarrestar las prácticas fiscales agresivas de manera más eficaz, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia:** Consiste en renovar el trabajo sobre las prácticas fiscales agresivas con una prioridad en la mejora de la transparencia, que incluye el intercambio obligatorio y espontáneo de tax rulings otorgando regímenes de tributación preferenciales, y requiriendo actividad sustancial² para cualquier régimen preferencia. Con esto la OCDE busca revisar los regímenes fiscales de sus miembros,

¹ Con este plan la OCDE se está metiendo directamente en las políticas tributarias de cada país miembro y no miembro, lo que es una violación a la soberanía que tiene todo Estado de tener el régimen fiscal o tributario que quiera. Esto se verá de forma casi repetitiva en cada una de las quince recomendaciones o pasos dentro del plan BEPS.

² Con esto de actividad sustancial, la OCDE pretende que se vaya más allá de lo preceptuado en una ley y se busque lo que ellos denominan la sustancia sobre la forma, con lo que no estamos de acuerdo.

platear una estrategia para la revisión de los países no miembros y sobre todo, revisar en general los criterios que utilizan los países para el otorgamiento de regímenes fiscales preferenciales o especiales.

- f) **Prevenir el uso abusivo de tratados para evitar la doble tributación:** Pretende desarrollar cláusulas al Modelo de CDI y diseño de legislación interna para evitar el otorgamiento de los beneficios del tratado en circunstancias inapropiadas.

- g) **Prevenir la elusión artificial del estatus de establecimiento permanente:** Igualmente pretende desarrollar cambios en la definición de establecimiento permanente para evitar la elusión artificial de la condición de establecimiento permanente en relación con BEPS, incluyendo el uso de figuras de agentes y excepciones a establecimiento permanente, todo esto, con cambios al MC OCDE.

- h) **Asegurar que los precios de transferencia son consistentes con la creación de valor sobre intangibles:** Busca desarrollar normas para prevenir BEPS mediante la relocalización de intangibles entre los miembros del grupo, incluyendo: la adopción de una definición más amplia y clara de los intangibles, asegurando que los beneficios asociados a la transferencia de bienes intangibles se asocian con la creación de valor, el desarrollo de normas especiales para los intangibles difíciles de valorizar y la actualización de las guías de los precios de transferencia, sobre acuerdo de reparto de costos.

- i) **Asegurar que los precios de transferencia son consistentes con la creación de valor sobre riesgo y capital:** Pretende desarrollar normas para prevenir BEPS mediante la transferencia de riesgos o la asignación de capital excesivo, entre los miembros del grupo, incluyendo la adopción de normas para evitar retornos inapropiados a entidades vinculadas únicamente sobre la base de la provisión de capital o la asunción de riesgos contractuales.

- j) **Asegurar que los precios de transferencia son consistentes con la creación de valor sobre otras operaciones inusuales y de alto riesgo:** Persigue desarrollar normas para prevenir BEPS derivadas de transacciones que no se harían, o que ocurriría sólo muy raramente entre terceros, incluyendo la adopción de reglas de recalificación, aplicación de métodos especiales de precios de transferencia, es decir, reparto de beneficios en el contexto de las cadenas de valor globales, y la protección contra la erosión de base

imponible mediante pagos como management fees y gastos de oficina principal.

- k) Establecer metodologías para recolectar y analizar data sobre BEPS y las acciones para combatirlo:** Se hará desarrollando recomendaciones sobre los indicadores del impacto económico BEPS y garantizar que las herramientas están disponibles para medir la eficacia de las medidas para hacer frente a BEPS.
- l) Requerir a los contribuyentes divulgar sus estrategias de planificación fiscal agresiva:** Se desarrollarán recomendaciones sobre el diseño de normas de divulgación obligatoria de estructuras y transacciones agresivas o abusivas, teniendo en cuenta los costes administrativos de las administraciones tributarias y las empresas y sobre la base de experiencias de países que cuentan con este tipo de normas. Lo que busca es poder modificar las legislaciones internas de los países para la revelación de las estrategias de planificación tributaria.
- m) Reexaminar los requerimientos de documentación de precios de transferencia:** Busca desarrollar normas relativas a la documentación de precios de transferencia para mejorar la transparencia, incluyendo el requisito de que las entidades multinacionales proporcionen a todos los estados pertinentes toda la información sobre la asignación de ganancias, la actividad económica y los impuestos pagados entre los países de acuerdo con un modelo común.
- n) Hacer más eficientes los mecanismos de solución de conflictos:** Conlleva desarrollar soluciones para hacer frente a los obstáculos que impiden la solución de controversias relacionadas con los tratados en virtud de los procedimientos de acuerdo mutuo, entre ellos la ausencia de cláusulas de arbitraje y la imposibilidad de acceder a procedimientos de acuerdos mutuos.
- ñ) Desarrollar un tratado multilateral:** Analizar los aspectos de Derecho Internacional Público relacionados con el desarrollo de un instrumento multilateral para permitir que los Estados que lo deseen, adopten las medidas del Plan de Acción BEPS y enmienden los tratados bilaterales existentes. Dicho instrumento multilateral deberá estar listo para diciembre de 2015.

BEPS³ como ya hemos expresado, es el nuevo estándar internacional que impulsa la OCDE, pretende analizar y persigue evitar los problemas que están sufriendo sus países miembros, en relación a la erosión de la base impositiva y traslado de beneficios que realizan empresas multinacionales a jurisdicciones con tasas impositivas más competitivas, según ellos nocivas, que desde luego, disminuyen su recaudo de ingresos tributarios.

En consecuencia, entendemos que se llevará a cabo implementando las quince acciones que forman parte del Plan BEPS, ya citadas, en los diferentes sistemas jurídicos de los países del mundo y que deberán aplicar sus correspondientes administraciones tributarias, en tres etapas que la OCDE analizará para saber si un país o jurisdicción es un régimen preferencial, si ese régimen o país es potencialmente dañino y si genera efectos adversos. En síntesis, según BEPS un país o jurisdicción es dañino si:

1. Contempla una definición artificial de la base gravable;
2. No requiere cumplimiento de reglas de Precios de Transferencia;
3. Los ingresos de fuente extranjera se encuentran exentos;
4. Otorga opciones de negociar tasas impositivas;
5. Contiene reglas que no son de acceso público;
6. Otorga acceso a una red de tratados tributarios;
7. El régimen es promovido como una minimización de impuestos; y,
8. El régimen alienta la realización de operaciones con fines fiscales.

Desde luego, que no podemos estar a favor del Plan de Acción BEPS, porque a nuestro juicio vulnera y contradice principios fundamentales del Derecho Internacional Público y además, violaría algunos artículos de nuestra Constitución, sobre todo, por la manera en que la OCDE siempre impone sus estándares, a través de la amenaza de inclusión en listas discriminatorias a quienes cuestionen o no acaten sus estándares internacionales.

³ Ver las publicaciones de la OCDE tituladas *Addressing Base Erosion and Profit Shifting, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* y *Consulta Regional Sobre Erosión de Bases* ambas de 2014.

III.- LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969.

En la República de Panamá, se aplica la Convención de Viena⁴ sobre el Derecho de los Tratados del año 1969, desde el 7 de julio de 1980. Dicha convención nace a la vida jurídica panameña mediante la Ley No. 17 de 31 de octubre de 1979.

En cuanto a la aplicación de forma sucesiva de la Convención de Viena, habría que analizar el texto de su artículo 30, que sobre la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia establece lo siguiente:

“Artículo 30.- Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicara únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

⁴ Ley No. 17 de 31 de octubre de 1979, por la cual se aprueba la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicada en la Gaceta Oficial No. 19,106 del lunes 7 de julio de 1980. Panamá, República de Panamá.

a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3:

b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado”⁵.

Como podemos apreciar, la regulación del problema del conflicto de tratados en el marco de la Convención de Viena de 1969, se reconduce a las complejas reglas del artículo 30, que aborda esta cuestión bajo el enunciado de la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Sin embargo, a nuestro juicio esto debe ir de la mano de los artículos 31 y sobre todo el 32 del mismo cuerpo legal, que tratan sobre la aplicación de los tratados, tema que fue analizado durante las XXVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en la ciudad de Santiago de Compostela, España, en el año 2012, específicamente en el Tema I, sobre la interpretación y aplicación de los convenios de doble imposición internacional.

El artículo 30 de la Convención de Viena alude a un conflicto entre tratados sobre el mismo tema y entre los mismos Estados Contratantes, sin embargo, en el evento que Panamá por esos azares caprichosos del destino, se adhiera, ojalá que no, a una iniciativa multilateral BEPS, a mi juicio no aplicaría la forma sucesiva del tratado, debido a que Panamá siempre en su red de tratados tributarios para evitar la doble imposición, así como también para el intercambio de información tributaria, a manera

⁵ Ley 17 de 31 de octubre de 1979, por la cual se aprueba la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Publicada en la Gaceta Oficial No. 19,106 de 7 de julio de 1980, Panamá, República de Panamá.

de ejemplo, ha mantenido y defendido su régimen tributario territorial, los derechos de los contribuyentes y sobre todo ha negociado siempre el intercambio de información tributaria, a previo requerimiento y no de manera automática, como la OCDE está impulsando, en consecuencia, no aplicaría en Panamá la forma sucesiva, ya que la red de tratados tributarios panameños no son concernientes a las mismas materias, que impulsa la OCDE mediante el estándar BEPS.

En ese sentido, la Dra. Ana Gemma López Martín, Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid, ha expresado que la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia, presupone la existencia de tres factores que necesariamente deben concurrir y que son: el subjetivo, el objetivo y el temporal. Hablamos de elemento subjetivo en el sentido de que es necesario que uno o más Estados sean partes en ambos acuerdos. El componente objetivo viene referido al hecho de que una misma materia se encuentre regulada por una o varias disposiciones de los dos tratados. Finalmente, el factor temporal hace relación directa con la necesidad de que, para hablar de tratados sucesivos, es requisito indispensable que los dos acuerdos internacionales sean jurídicamente vinculantes, esto es, que se hallen en vigor o se haya procedido a su aplicación provisional⁶.

Sin dejar de lado, el artículo 103 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que alude el artículo 30 de la Convención de Viena, que establece lo siguiente:

Artículo 103.- En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

En cuanto al peso que se le da a los comentarios del MC OCDE, creemos que para la interpretación de un CDI, se debe partir del principio básico de los tratados internacionales, que consagra la buena fe según la cual los Estados Contratantes deben cumplir aquello a lo que se obligaron, de conformidad con el texto del CDI y por tanto, no ir en contra de sus propios actos.

⁶ LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. **Conflicto entre tratados. ¿Tempestad o calma en el Derecho del Mar?** Revista Foro, Nueva época, número 3 de 2006, páginas 241 a 278. Madrid, España.

En ese sentido podemos establecer que a la hora de su interpretación se hará siguiendo las reglas del Convención de Viena de 1969, que son aplicables a los tratados tributarios, las normas de derecho interno y de manera supletoria, como guía técnica, los comentarios al MC OCDE.

En cuanto a las reglas básicas del Convenio de Viena de 1969, sobre la interpretación de los tratados internacionales, su artículo 31 preceptúa lo siguiente:

“Artículo 31.- Regla general de interpretación.

1. Un tratado debe ser interpretado de buena fe en concordancia con el significado ordinario que se deba dar a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito. 2. El contexto para propósitos del tratado debe considerar, en adición al texto, incluyendo su preámbulo y anexos: a) Cualquier acuerdo relacionado con el tratado que haya sido hecho entre todas las partes en conexión con la firma del tratado, y b) Cualquier instrumento que haya sido hecho por una o más partes en conexión con la firma del tratado y aceptada por las otras partes en calidad de instrumento relacionado con el tratado. 3. Se deberá tener en cuenta, junto con el contexto: a) Cualquier acuerdo posterior entre las partes relacionado con la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones; b) Cualquier práctica posterior relacionada con la aplicación del tratado que establezca el acuerdo de las partes sobre su interpretación, y c) Cualquier regla relevante del derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes. 4. Un significado especial se debe dar a un término si se

establece que esa es la intención de las partes”⁷.

Por tanto somos de la opinión que primero se utiliza la Convención de Viena, luego las normas de derecho interno y de manera supletoria, como guía técnica, los comentarios al MC OCDE.

IV.- CONVENIOS PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA.

Los convenios de intercambio de información tributaria (en adelante CIIT), que forman parte de la red de tratados tributarios panameños, en cuanto a su aplicación, parten de la concepción generalmente aceptada y consagrada constitucionalmente del principio de la legalidad o reserva de ley, como principio rector del ejercicio del poder tributario del Estado panameño, en consecuencia, los CIIT no pueden ser instrumentos normativos ajenos a dicho principio. Sobre el particular, el artículo 52 de la Constitución Política de Panamá, consagra lo siguiente:

“Artículo 52.- Nadie está obligado a pagar contribución ni impuesto, que no estuvieren legalmente establecidos y cuya cobranza no se hiciere en la forma prescrita por las leyes”.

Es entonces a partir de la norma constitucional citada, aunque propiamente no dice nada con relación al intercambio de información, y de la respectiva ley que promulgue el correspondiente tratado que tenga una cláusula de intercambio de información tributaria, que se puede realizar el mismo, siguiendo una serie de parámetros o elementos esenciales, que nuestro país ha negociado en todos sus tratados y que por lo general, los incluye en protocolos que forman parte integral de los mismos.

El ámbito de aplicación que debe abarcar debe ser a nuestro juicio muy puntual dentro de lo posible, con la finalidad de evitar se realicen solicitudes de información tributaria que no estén lo suficientemente justificadas, por tanto, evitar solicitudes especulativas o mejor conocidas como *fishing expeditions*. Es decir, realizar una solicitud de información sin nexo aparente con una investigación abierta en el Estado requirente.

Es por ello que el artículo 26 del Modelo de la OCDE señala que será la información “previsiblemente pertinente” para la gestión y aplicación de

⁷ Op. Cit.

leyes nacionales la que se requerirá a la administración tributaria del otro Estado Contratante o Estado Requerido. Entendiéndose por tanto, que los mecanismos de asistencia administrativas provistos en el presente artículo no podrán en ningún momento incluir medidas dirigidas a la simple recolección de piezas de evidencias, o cuando es improbable que la información solicitada resulte relevante para la investigación que se adelanta en el Estado Requirente.

Ahora bien, Panamá no suscribió el Acuerdo de Berlín, estándar internacional que promueve la OCDE para el intercambio automático de información fiscal, mediante el Acuerdo Multilateral suscrito en dicha ciudad alemana el pasado 29 de octubre de 2014, toda vez que el mencionado mecanismos de intercambio de información, así como también el espontáneo, violaría preceptos constitucionales consagrados en nuestra Carta Magna y otras disposiciones legales que regulan nuestra plataforma de servicios que se brindan en y desde Panamá.

Por ejemplo, el acuerdo multilateral para el intercambio de información, de firmarlo Panamá, violaría el artículo 42 de nuestra constitución que es del siguiente tenor:

“Artículo 42.- Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en base de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley. Esta información solo podrá ser recogida para fines específicos, mediante el consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley”.

De ahí que nuestro país solamente negocia el intercambio de información a previo requerimiento, ya que es a través de una autoridad competente, que previamente lo solicita bajo los parámetros y el procedimiento en el tratado que corresponda.

De lo contrario, el intercambio automático y espontáneo plantearía un problema constitucional ya que el enviar y recibir información de forma periódica, automática y estandarizada es un mecanismo de intercambio de información muy amplio, sin dejar de mencionar que el mismo no necesitaría de la solicitud previa a las autoridades fiscales extranjeras, a la individualización de un caso específico, llevándose de calle en nuestro

medio los principios constitucionales de la presunción de inocencia, del debido proceso y una serie de garantías y derechos que por ley tienen los contribuyentes en nuestro país, como por ejemplo, el de la buena fe o presunción, es decir, ser tratado como un contribuyente cumplidor y además, derecho a saber que está siendo investigado.

En ese sentido, a nuestro juicio el intercambio automático de información tributaria podría lesionar lo establecido en la Ley Bancaria panameña⁸, que desarrolla la confidencialidad bancaria, que está regulada por el artículo 111 del mencionado cuerpo legal, que copiamos a continuación: Decreto Ley 9 de 1998, que establece:

“Artículo 111.- Confidencialidad Bancaria. Los Bancos solo divulgarán información acerca de sus clientes o de sus operaciones **con el consentimiento de éstos.** Los bancos no requerirán el consentimiento de los clientes en los siguientes casos:

1. Cuando la información les fuese requerida por autoridad competente de conformidad con la ley.
2. Cuando por iniciativa propia deban proporcionarla en el cumplimiento de leyes relacionadas con la prevención de delitos de Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y delitos relacionados.
3. A agencias calificadoras para fines de análisis de riesgo.
4. A agencias u oficinas procesadoras de datos para fines contables y operativos." (El énfasis es nuestro).

De la norma citada se colige, que existe un deber de confidencialidad no solo respecto a la información de los clientes de un banco con licencia otorgada por la Superintendencia de Bancos de la República de Panamá, lo cual incluye por supuesto su identidad, sino que también, existe un deber u obligación de mantener la confidencialidad sobre las operaciones realizadas por dichos clientes. La norma citada no expresa un deber de confidencialidad absoluta, sino que condiciona la divulgación de la

⁸ Véase el Texto Único del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, modificado por el Decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008, el cual fue adoptado mediante Decreto Ejecutivo No. 52 de 30 de abril de 2008, publicado en la Gaceta Oficial No. 23,499 de 13 de marzo de 1998, Panamá, República de Panamá.

información y operaciones a la existencia de un consentimiento de sus clientes.

Lo anterior significa que, nuestro sistema de confidencialidad bancaria, es un derecho a la privacidad e intimidad de los clientes o usuarios de la banca en la República de Panamá, protegido constitucionalmente, sobre todo, si la entidad bancaria opera bajo una licencia otorgada por la Superintendencia de Bancos de Panamá, quien la fiscaliza, siendo por tanto el bien jurídico tutelado, de carácter personal e individual.

En consecuencia, si la información solicitada no se encuentra dentro de las excepciones debidamente tipificadas en el artículo 111 de la Ley Bancaria, que son de orden público y bajo los parámetros de un estándar internacional para la lucha contra el blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo, el banco no debe bajo ninguna circunstancia revelar dicha información, sin el previo consentimiento y aceptación de su cliente, ya que le traería a nuestro juicio, sanciones administrativas y hasta posibles demandas de corte civil y penal según sea cada caso.

Igualmente, indica el numeral 1 como una excepción a la confidencialidad bancaria, cuando dicha información haya sido solicitada por autoridad competente. Bajo dicho numeral entrarían las solicitudes de intercambio de información a previo requerimiento, ya que cumplirían con el principio de reserva de ley, establecido en nuestra constitución y el cual es desarrollado por el artículo 20 del Decreto de Gabinete No. 109 de 7 de mayo de 1970, por el cual se reorganiza la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, tal cual quedó modificado mediante el artículo 26 de la Ley 33 de 2010⁹, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 20.- La Dirección General de Ingresos está autorizada y facultada para solicitar y recabar de las entidades públicas, privadas y terceros en general, sin excepción, toda clase de información necesaria e inherente a la determinación de las obligaciones tributarias, a los hechos generadores de los tributos o de exenciones, a sus montos, fuentes de ingresos, remesas, retenciones, costos, reservas, gastos, entre otros, relacionados con la

⁹ Véase la Ley 33 de 30 de junio de 2010, que adiciona un capítulo al Código Fiscal sobre normas de adecuación a los tratados convenios para evitar la doble tributación internacional, y adopta otras medidas fiscales, publicada en la Gaceta Oficial No. 26,566-A de 30 de junio de 2010, Panamá, República de Panamá.

tributación, así como información de los responsables de tales obligaciones o de los titulares de derechos de exenciones tributarias.

La Dirección General de Ingresos igualmente está autorizada y facultada para solicitar y recabar información, con el único y exclusivo propósito de darle cumplimiento a los convenios internacionales suscritos por la República de Panamá, para el intercambio de información tributaria, aun cuando no tenga relación con un interés tributario doméstico.

En todos los casos, esta información reviste carácter confidencial, secreto y de uso exclusivo o privativo de la Dirección General de Ingresos y, por ninguna circunstancia, podrá hacerla trascender, salvo con la finalidad de dar cumplimiento a los convenios internacionales suscritos por la República de Panamá para el intercambio de información tributaria o en circunstancias expresamente consagradas en la ley". (El énfasis es nuestro).

V.- JUSTICIA TRIBUTARIA INTERNACIONAL.

Apuntan las directrices y cuestiones a ser abordadas en el presente tema, que todos estos problema de la tributación internacional han sido tratados desde hace más de cincuenta años en múltiples informes de diferentes organizaciones internacionales y deja abierta la idea de que si la metodología empleada supone una solución de avance en la justicia fiscal internacional.

Desde luego, que a nuestro juicio estos estándares promovidos por la OCDE y el G-20, entre otros organismos internacionales, no promueven ningún tipo de justicia fiscal internacional, por el contrario, violentan principios básicos del Derecho Internacional Público, sobre todo porque a

los países que por una decisión soberana como Estado en el concierto de las naciones toma la decisión de no seguirlos, son discriminados, tachados de paraísos fiscales, jurisdicciones fiscales nocivas, amenazados e incluidos en listas discriminatorias lo que es intolerable desde la perspectiva de la diplomacia y del Derecho Internacional Público y que al final es el papel lamentable que viene desarrollando el Foro Global de Transparencia e Intercambio de la OCDE.

La Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua, María del Pilar Diez C., en su tesis de grado expresó sobre el Foro Global lo siguiente: “En lo que respecta al Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información en Materia Fiscal, sin importar si sus intenciones son buenas o malas, debemos estar conscientes de dos cosas: Primero, el Foro es un *off shoot* de la OCDE, que le rinde cuentas no sólo a esta organización, sino también a los poderosos del G-20, lo cual reafirma el vínculo estratégico de los gobiernos y los organismos internacionales. Segundo, el Foro realmente no existe en la vida jurídica internacional, pues no es una entidad reconocida por el Derecho Internacional, ya que no tiene un tratado multilateral constitutivo, es decir, que no es un ente creado por normas aprobadas jurídicamente por las ciento veintiún jurisdicciones que dicen llamarse países miembros, por lo que tampoco tiene personalidad jurídica derivada, que le es dada por los Estados que la forman y tampoco tiene capacidad jurídica”¹⁰.

En otras palabras, el Foro Global es una creación ficticia nacida de la necesidad de la OCDE para manejar y presionar a su gusto a aquellos países que no son sus miembros, toda vez que dicha organización, tiene una carta constitutiva cerrada, es decir, que no admite la firma de este por otro Estado, a menos que sus Estados miembros le hagan una invitación formal para ser parte de la misma, a diferencia de la Organización de las Naciones Unidas, que sí es un organismo internacional de carácter mundial que permite la entrada a cualquier Estado que quiera ingresar, por tener una carta constitutiva abierta. Por ende a nuestro juicio ni la OCDE ni su *bully* el Foro Global son fuentes de Derecho Internacional Público. No en vano, según la revista *The Economist* la OCDE es un club de países ricos, o un *Think Tank* como los bautizó Paul Krugman, profesor de la Universidad de Princeton y Premio Nobel de Economía.

Dicho lo anterior, surgen por lo menos en nuestro país una serie de interrogantes como ¿Por qué tenemos que seguir las supuestas sugerencias de la OCDE si no somos un país miembro? ¿Qué sucedería

¹⁰ DIEZ CAPARROSO, María del Pilar. **Los estándares internacionales en transparencia e intercambio de información tributaria**. Tesis de grado para optar por la Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua de Panamá, publicada en el 2014, página 96, Panamá, República de Panamá.

en el evento de que surja un conflicto con el Foro Global, porque afectan la economía panameña, quién lo dirime, bajo qué normas o jurisdicción, ante qué tribunal internacional? Teniendo presente que las obligaciones que un país decida adquirir voluntariamente y no bajo presión, son en relación a los demás países participantes del foro y de manera bilateral, y no en relación con la OCDE o su Foro Global en sí. El Foro como extensión de la OCDE, al no tener un tratado multilateral entre los países no crea obligaciones ni derechos para estos y, en consecuencia, no se presenta ni se podrá cumplir el Principio de *Pacta Sunt Servanda* o el Principio de *Bona Fides*, sobre todo si el país, como ha sido el caso de Panamá, ha tenido que actuar en contra de su voluntad por amenazas y presiones que emanan de dichas organizaciones internacionales y de sus miembros.

En ese sentido, varios juristas del foro nacional, sobre todo los especialistas en asuntos Constitucionales, Tributarios y de Derecho Internacional Público, han coincidido que los estándares internacionales que impulsa la OCDE a través del Foro Global, bajo presiones y amenazas de posibles sanciones e inclusiones en listas discriminatorias, vicia cualquier acuerdo o tratado que nuestro país pueda llegar a suscribir, y por tanto podría ser declarado nulo, con fundamento en el artículo 52 de la Convención de Viena de 1969¹¹, sobre el Derecho de los Tratados Internacionales, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 52.- Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza. Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios del Derecho Internacional, incorporado en la Carta de las Naciones Unidas”.

Por otro lado, entre las relaciones de la OCDE y los países no miembros de dicha organización, surge el Principio *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, que significa que los tratados no crean obligaciones ni derechos para terceros Estados, principio que está recogido en el artículo 34¹² de la Convención de Viena de 1969, a saber:

“Artículo 34.- Norma general concerniente a terceros Estados. Un tratado no crea obligaciones ni

¹¹ Ley No. 17 de 31 de octubre de 1979, publicada en la Gaceta Oficial No. 19,106 de 7 de julio de 1980.

¹² *Ibidem*.

derechos para un tercer Estado si su consentimiento”.

Las presiones de la OCDE sobre los países que no son miembros de dicha organización, son una modalidad de coerción, entendiendo por coerción y parafraseando a F. Von Hayek como el control de la tributación internacional por parte de la OCDE y sus miembros, para evitar un mal mayor para ellos, por lo que los demás países no miembros, sobre todo los más débiles, son forzados a actuar no siguiendo sus propios planes bajo estrictos principios de la soberanía de los Estados y del Derecho Internacional Público, sino para servir los fines e intereses de la OCDE y sus países miembros. Es decir, que la coerción ocurre cuando las acciones de la OCDE y sus miembros son hechas para satisfacer sus intereses, en detrimento de los demás que si no los siguen son discriminados y amenazados con posibles sanciones económicas por parte de sus miembros.

Sobre el particular, la Licenciada María del Pilar Diez Caparroso, en su trabajo de investigación ya citado, argumentó lo siguiente: “De acuerdo con la Teoría del Derecho, la coerción se materializa cuando un sujeto de derecho incumple las normas jurídicas. Los propios Estados, son los creadores y receptores de las normas y, en consecuencia, serán estos mismos los que se apliquen las sanciones (por regla general), cuando sea violada una norma de Derecho Internacional. El Principio *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, supone que un tratado no puede crear obligaciones para terceros Estados que no son parte del mismo, por lo que los Estados no miembros de la OCDE, no están incumpliendo ninguna disposición de su tratado ni ninguna norma de Derecho Internacional. Por esto, las medidas coercitivas, llámese listas negras, listas de paraísos fiscales, o en todo caso, sanciones económicas, tomadas por los países miembros de la OCDE, contra países no miembros, son ilegales de acuerdo al Derecho Internacional”¹³.

VI.- NUEVO SISTEMA TRIBUTARIO INTERNACIONAL.

Evidentemente lo que pretende la OCDE y sus miembros es crear un nuevo sistema tributario internacional, a través de un tratado multilateral que van a imponer mediante amenazas y coacción a los países no miembros sin consideraciones, sin distinguir si los demás países del mundo tienen un régimen tributario de renta mundial o de renta territorial,

¹³ DIEZ CAPARROSO, María del Pilar. **Los estándares internacionales en transparencia e intercambio de información tributaria**. Tesis de grado para optar por la Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua de Panamá, publicada en el 2014, páginas 96 y 97, Panamá, República de Panamá.

lo que a nuestro juicio es gravísimo, lo que representaría un vicio sustancial del consentimiento de los tratados internacionales.

Los vicios sustanciales del consentimiento de los tratados internacionales son cuatro: El error, el dolo, la corrupción y la coacción.

Para el Derecho Internacional se distingue la coacción o intimidación, en primer lugar, si es ejercida sobre el representante de uno de los Estados o sobre el mismo Estado o país o uno de sus órganos; y, en segundo lugar, si el tratado que se impone por la fuerza, intimidación o amenaza tiene propósitos distintos a los mejores intereses de un país o Estado que se entiende es soberano.

En relación al punto en mención, el Dr. Julio E. Linares, catedrático de la Universidad de Panamá y ex Canciller de la República, en su obra Derecho Internacional Público, citando a Marjorie Whiteman, comentó lo siguiente: “Refiriéndose ahora a la coacción o intimidación ejercida sobre el Estado o a alguno de sus órganos es interesante transcribir el resultado de las investigaciones realizadas, sobre este particular, por la Universidad de Harvard, el cual aparece en *Digest of International Law*, publicación esta del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, que a letra dice: Entre los escritores de derecho internacional parece existir unanimidad en la opinión de que, con la posible excepción de los tratados de paz, los cuales son frecuentemente impuestos por un beligerante victorioso sobre un Estado que ha sido vencido en guerra, **el consentimiento libre de las partes es una condición esencial para la validez de un tratado**”¹⁴. (El resaltado es nuestro).

Consentimiento que desde luego, no es libre por lo menos para el caso de Panamá, por las constantes amenazas e intimidaciones que sufre de otros países de incluirlo en listas discriminatorias, sin contar posibles repercusiones o sanciones económicas contra nuestra economía.

Para mencionar un ejemplo de las amenazas de organismos como la OCDE, tenemos las irrespetuosas declaraciones dadas por el señor Pascal Saint – Amans, que en su afán de explicarle al resto del mundo cómo se debe vivir y legislar en sus países, luego de la reunión del G-20 en Brisbane, Australia, en noviembre de 2014, en una conferencia de prensa que dio Saint-Amans, quien ataca directamente a Panamá buscando desprestigiar su centro bancario. Menciona en su rueda de prensa lo siguiente: *‘So pretty good success, especially when you see that all the jurisdictions have committed, except Panama. Not sure I would run*

¹⁴ LINARES, Julio E. **Derecho Internacional Público Tomos I y II**. Editorial Universitaria de la Universidad de Panamá, República de Panamá. Segunda Edición, impreso en febrero de 1996, en los talleres de Impresos y Diseños, S.A., páginas 263 y 264.

to Panama to put my money there. La traducción es mía: 'Muy buen éxito, especialmente cuando ves que todas las jurisdicciones se han comprometido, menos Panamá. No estoy seguro que iría a Panamá a poner mi dinero allá'¹⁵.

¿Se podría catalogar las declaraciones de Pascal Saint – Amans como una amenaza o intimidación contra Panamá, por no firmar el convenio multilateral de intercambio automático de información tributaria? ¿Por qué se le olvidó mencionar que los Estados Unidos de América tampoco firmaron dicha convención? ¿Cuál es el afán de este francés en desprestigiar a Panamá? ¿Cómo es posible que este señor se meta con la banca panameña, cuando los bancos de muchos de los países de la OCDE, a saber Estados Unidos, España, Francia, Italia, entre otros, tuvieron que ser rescatados por sus gobiernos o por Alemania, mientras que, en contraste, la banca panameña pasó esa prueba con la mejor nota? Nuestro centro fue ejemplo ante el resto del mundo. ¿Cómo es posible que Saint- Amans no mencione la banca europea, cuando sigue dando tumbos entre corrupción y escándalos? ¿Ya se les olvidó los casos del Banco Espíritu Santo de Portugal o Bankia de España? Estas son las posiciones ambivalentes de la OCDE y sus ejecutivos, que los retratan de cuerpo entero.

Por supuesto, todo esto para mantener los ineficientes modelos de Estado de Bienestar, que no es más que una promesa que jamás se podrá cumplir, de los países miembros de la OCDE y su estatus quo de proteccionismo y subsidios que son insostenibles en el tiempo y que afectan los patrimonios de las clases más pujantes de un país para el mantenimiento de aquellos que jamás querrán ser productivos porque el Estado todo poderoso les provee todas sus necesidades.

VII.- CONSIDERACIONES FINALES.

- a) Un sistema BEPS estaría en contraposición de un régimen tributario de corte territorial o de fuente, por tanto, sería incongruente para nuestro país, que basa su economía en los servicios, adoptar un sistema basado en el estándar BEPS;
- b) Como país de renta territorial, no hay ningún interés tributario en las rentas no gravables o generadas en el extranjero, en consecuencia no hay erosión de nuestra base tributaria, bajo el estándar BEPS;

¹⁵ Véase publicación titulada OECD, Press Conference of Pascal Saint – Amans, Head of the Centre for Tax Policy, Organization for Economic Co-operation and Development, G20 International Media Centre, Brisbane, November 2014, www.g20.org

- c) Nuestro país tiene una red de veinticinco tratados tributarios, dieciséis de ellos son para evitar la doble imposición y nueve para el intercambio de información, los cuales se verían afectados si se tuviesen que incorporar algunas de las “recomendaciones” BEPS;
- d) No existen para Panamá limitaciones derivadas por la pertenencia a organizaciones supranacionales, que obliguen a incorporar medidas tributarias internas derivadas de BEPS;
- e) El culpable de la situación actual de la fiscalidad internacional es la política de Estado de los países miembros de la OCDE en donde el Estado de Bienestar es innegociable, lo que trae como consecuencia que se desarrollen patologías a sus sistemas económicos como los son: la burocracia, la mediocridad y la corrupción, lo que a la postre trae un aumento de la fiscalidad y de la deuda externa a través de los rescates económicos, carga obvia para sus contribuyentes, para poder mantener el mega Estado que todo lo subsidia y todo lo da, a una población que cada día aumenta, así como también todos los derechos y necesidades de la misma, lo que ha traído en muchos de ellos colapsos económicos lamentables;
- f) Sin ninguna duda BEPS traerá una inagotable masa compleja, oscura y confusa de normas arbitrarias e ilógicas que la OCDE y sus miembros querrán imponer coercionando a los países más débiles para que no sean competencia para ellos y no “erosionen su base tributaria”, cuando en realidad lo que deben hacer es pensar en ser más competitivos; controlar el gasto público y combatir el fraude tributario de sus contribuyentes;
- g) Sumado a todo lo anterior, esto traerá un costo operativo enorme a los países de fuente territorial que todavía no se han adaptado al tema del intercambio de información y los precios de transferencia por citar un par de ejemplos, para ahora adoptar un estándar BEPS y los que se les ocurra a la OCDE en el futuro, para al final del día hacer el trabajo de policía fiscal de los contribuyentes de los países miembros de dicha organización;
- h) En conclusión lo que persigue la OCDE a través de BEPS es una violación flagrante a principios básicos del Derecho Internacional, a través de amenazas y listas discriminatorias que no tienen ningún sentido.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA.

CALDERÓN CARRERO, José Manuel. **La Doble Imposición Internacional en los Convenios de Doble Imposición y en la Unión Europea.** Editado por Aranzadi Editorial, Primera Edición, España, 1997.

CÓDIGO FISCAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, Editado y Publicado por Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., actualizado a enero de 2013, República de Panamá, Edición de 2010.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ DE 1972, Reformada por los Actos Reformatorios de 1978, por el acto Constitucional de 1983, por los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994 y por el Acto Legislativo No. 1 de 2004. Publicada en la Gaceta Oficial No. 25,176 de 15 de noviembre de 2004, según texto unificado. Impreso en Litho Editorial Chen, S.A. y Editado por el Instituto de Estudios Políticos e Internacionales de Panamá.

DECRETO LEY 9 DE 26 DE FEBRERO DE 1998, modificado por el Decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008, el cual fue adoptado mediante Decreto Ejecutivo No. 52 de 30 de abril de 2008. **Que regula la actividad bancaria en la República de Panamá.** Publicado en la Gaceta Oficial No. 23,499 de 13 de marzo de 1998, Panamá, República de Panamá.

DIEZ CAPARROSO, María del Pilar. **Los Estándares Internacionales en Transparencia e Intercambio de Información Tributaria.** Tesis de Grado para optar por la Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua, Panamá, República de Panamá, 2014.

FALCÓN Y TELLA, Ramón; y, PULIDO GUERRA, Elvira. **Derecho Fiscal Internacional.** Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, España, 2010.

LANG, Michael. **Introducción al Derecho de los Convenios para Evitar la Doble Imposición.** Traducido al español por Diego Quiñones, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2014.

LEY 17 DE 31 DE OCTUBRE DE 1979, **por la cual se aprueba la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.** Publicada en la Gaceta Oficial No. 19,106 de 7 de julio de 1980, Panamá, República de Panamá.

LEY 33 DE 30 DE JUNIO DE 2010, **que adiciona un Capítulo al Código Fiscal sobre normas de adecuación a los tratados o convenios para evitar la doble tributación internacional y adoptan otras medidas fiscales.** Publicada en la Gaceta Oficial No. 26,566-A de 30 de junio de 2010, Panamá, República de Panamá.

LINARES, Julio E. **Derecho Internacional Público Tomos I y II.** Editorial Universitaria de la Universidad de Panamá, República de Panamá. Segunda Edición, impreso en febrero de 1996, en los talleres de Impresos y Diseños, S.A.

LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. **Conflicto entre tratados. ¿Tempestad o calma en el Derecho del Mar?** Revista Foro, Nueva época, número 3 de 2006, Madrid, España.

MOLINO MOLA, Edgardo. **La jurisprudencia constitucional en Panamá en un estudio de Derecho Comparado.** Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, Colombia, Primera Edición, 1998.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Modelo de las Naciones Unidas sobre la Doble Tributación entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo.** Versión en español autorizada por la Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas, Publications Board and Exhibits Committee, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, New York, 2001.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO. **Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio.** Versión abreviada del 22 de julio de 2010, Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, Traducción y versión en español por el Instituto de Estudios Fiscales de España, 2010.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO. **Tax Co-operation 2010 Towards a Level Playing Field.** Assessment by the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. Editado y publicado por la OCDE, 2010.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting.** Editado y publicado por la OCDE, 2013.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.** Editado y publicado por la OCDE, 2013.

ROHATGI, Roy. **Principios Básicos de Tributación Internacional**. Primera Edición en español, traducción de Juan Manuel Idrovo, Legis Editores, S.A. Primera Edición, Impreso en Bogotá, Colombia, 2008.

SERRANO ANTÓN, Fernando. **Fiscalidad Internacional**. Compendio de Monografías Tributarias. Director Fernando Serrano Antón, Cuarta Edición, Ediciones del Centro de Estudios Financieros (CEF), Madrid, España, 2010.

SHARMAN, Jason. **El Sistema de Sociedades de Panamá y las Acciones al Portador. Una Perspectiva Comparativa**. Trabajo hecho a solicitud de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Panamá, República de Panamá, 2012.

SCHWARTZ, Pedro. **En busca de Montesquieu. La democracia en peligro**. Obra ganadora del Premio de Ensayo en Humanidades José Ortega y Gasset en 2008, Segunda Edición, Ediciones Encuentro, Madrid, España, 2009.

UCKMAR, Víctor; CORASANITI, Giuseppe; y DE' CAPITANI DI VIMERCATE, Paolo. **Manual de Derecho Tributario Internacional**. Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 2010.

UCKMAR, Víctor. **Principios comunes del Derecho Constitucional Tributario**. Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 2002.

VALDÉS MORA, Camilo Alberto. **Banca e Intercambio de Información Tributaria**. Publicado en la Revista Centro Financiero de la Asociación Bancaria de Panamá, septiembre – octubre – noviembre de 2011, año 24, número 151, Panamá, República de Panamá.

VALDÉS MORA, Camilo Alberto. **Marina mercante y acciones al portador**. Artículo de opinión publicado en el Semanario Martes Financiero del Diario La Prensa del 12 de agosto de 2014. Panamá, República de Panamá. Para mayor referencia véase el vínculo de internet http://www.martesfinanciero.com/history/2014/08/12/voz_calificada.asp

VARGAS VELARDE, Óscar. **Los Tratados y la Constitución Nacional**. Revista Parlamentaria Debate, Año VII, Número 16 de abril de 2009 - Ensayos, Monografías y Conferencias - Editada y Publicada por la Asamblea Nacional de Panamá, República de Panamá.

LA “OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR” EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

MIGUEL VERGARA

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, título obtenido en el año 1997, Universidad Santa María la Antigua, con una especialidad en Mediación y un Máster en Derecho Mercantil, actualmente dicta la Cátedra de Derecho Mercantil en esa institución académica. Dentro de su actividad profesional y gremial, se ha destacado como socio de la firma Ortega, Levy & Vergara y abogado especialista en las áreas del Derecho Administrativo, Civil y Comercial; consultor en la empresa privada, entidades bancarias estatales y privadas; Sub-Secretario, Secretario General y Director Jurídico a nivel de Junta Directiva de importantes entidades autónomas del país; Miembro de la Asociación Panameña de Ejecutivos de Empresas (APEDE), el Colegio Nacional de Abogados y actual Secretario General del Movimiento de Abogados Gremialistas (MAG). Ha complementado su instrucción académica con múltiples Diplomados y Seminarios relacionados al tema de la Transparencia, Derecho Probatorio, Procedimiento Administrativo y Responsabilidad Médico-Legal, materias sobre las cuales diserta como conferencista invitado, a nivel nacional, para reconocidas organizaciones.

Los recientes acontecimientos ocurridos en el ámbito nacional y ampliamente difundidos a nivel mediático, en los que se cuestionan actuaciones realizadas por servidores públicos de la anterior Administración Gubernamental, a los cuales se responsabiliza por la comisión de hechos que constituyen supuestas faltas administrativas o delitos y donde la sociedad reclama una acción enérgica y oportuna por parte de las autoridades competentes, nos llevan a reflexionar sobre una de las obligaciones propias del servidor público y la ciudadanía en general, así como su verdadero alcance.

Nos referimos al contenido del artículo 65 de la ley 38 de 2000, que regula el procedimiento administrativo general aplicable en la administración pública, el cual dispone los presupuestos en que se basa la denominada “**Obligación de Denunciar**”, mandato legal que contiene una serie de elementos característicos, a saber:

a) Que cualquier persona debe denunciar: Tienen esta obligación los particulares nacionales o extranjeros, así como los servidores públicos, éstos últimos en grado mayor por la responsabilidad funcional que los inviste el cargo que ostentan, tal cual lo señala el artículo 18 de la Constitución Política.

c) Que debe interponerse ante cualquier entidad pública: Se entiende como tal a todo organismo del Gobierno Nacional, incluyendo sus entidades autónomas o descentralizadas, lo cual desvirtúa la errada tesis de que el denunciante debe acudir *necesaria y directamente* ante la autoridad competente, *entiéndase el Ministerio Público*, bajo el supuesto usual que siempre estamos ante la comisión de un delito, lo cual no es correcto. En ese sentido, el artículo 29 del Decreto Ejecutivo 246 de 2004, sobre el Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos, coincide en permitir que el servidor público denuncie el hecho ante su superior jerárquico o ante las autoridades correspondientes, que bien pudieren ser las de la entidad pública en que labora.

No se puede pretender y menos exigir, que un particular o servidor público sin ninguna experticia legal pueda concluir cuando una situación determinada de la que tenga conocimiento constituye un acto ilícito o afecta el interés público, cuando es un delito o una mera falta administrativa, *conceptos complejos incluso para los profesionales del Derecho*, siendo el canal más lógico y adecuado la comunicación a su

superior y por su intermedio al cuerpo jurídico de la entidad, a fin de que éstos últimos califiquen el hecho y las medidas a implementar;

d) Que el denunciante no está obligado a probar los hechos denunciados: El mismo no es parte del proceso ni está obligado, por ende, a probar su relato o señalar las personas involucradas, en consecuencia, solo asume responsabilidad en los casos de falsedad en su denuncia, caso contrario del querellante que sí es parte del proceso.

Esto reafirma la importancia que las entidades públicas no se avoquen apresuradamente a interponer denuncias o permitir que servidores públicos bajo su mando lo hagan, al resultar comúnmente ineficaces por carecer de un exhaustivo análisis que les permita elaborar adecuadamente una relación de hechos y adjuntar el caudal probatorio requerido.

Actuar con mesura permitirá a las entidades constituirse en denunciantes cuando haya una causa probable y pruebas que la acrediten, entendiendo que está en juego la dignidad, honra y decoro de personas amparadas por un principio de presunción de inocencia, por lo cual resulta un tema muy delicado que requiere prudencia y responsabilidad. Del mismo modo, constituirse en querellantes en aquellas causas donde deseen obtener la restitución del bien y/o la indemnización por los daños y perjuicios causados.

e) Que podrá presentarse en cualquier forma: Pese a la carencia de exigencias de forma en cuanto a la presentación de la denuncia toda vez que opera a favor del Administrado un principio de informalidad, le corresponde a la Administración dejar constancia de las mismas

f) Que el denunciante debe identificarse debidamente: Las denuncias anónimas están prohibidas en aquellas entidades públicas que rigen su procedimiento al amparo de la ley 38 de 2000, y *en principio* no deben ser admitidas, toda vez que podría incurrirse en un vicio de nulidad por la omisión de un presupuesto fundamental que implica violación del debido proceso legal.

Queda clara la complejidad de aquellos elementos que al denunciante le cabe analizar a fin de cumplir su obligación de denunciar, lo cual reafirma nuestro criterio que la eficacia de la figura solo será posible en la medida que las entidades públicas brinden a los mismos los mecanismos de protección adecuados, así como la capacitación y orientación constantes sobre el procedimiento correcto a seguir y la información respecto a las unidades administrativas especializadas que en materia de investigación y análisis jurídico deben colaborarles.

Por lo expuesto, se hace necesario complementar la presente explicación analizando el concepto de la Denuncia Anónima, tema álgido y cuya discusión acerca de su licitud o ilicitud, ha generado un histórico e inconcluso debate jurídico.

LA DENUNCIA ANÓNIMA

El artículo 201 # 32 de la ley 38 de 2000, ya descrita, define la Denuncia como el “Acto por el cual se da conocimiento a la autoridad, por escrito o verbalmente, de un hecho contrario a las leyes, con objeto de que ésta proceda a su averiguación y castigo”, y se considera “Anónima” aquella de la cual se desconoce su autor.

El estudio de la denuncia anónima no deja de generar inquietudes y no pretendemos arribar en este ensayo a una conclusión que salde dicha discusión, pero sí exponer un punto de vista práctico con relación a la pregunta que resume el conflicto ***¿Tiene validez la denuncia anónima para dar inicio a una investigación?***

En general están **prohibidas** en aquellas entidades públicas que rigen su procedimiento al amparo de la ley 38 de 2000 y en consecuencia no deben ser admitidas, toda vez que podría incurrirse en un vicio de nulidad por la omisión de un presupuesto que implica violación al debido proceso legal que ampara al denunciado y su derecho de defensa, al contradictorio, a exigir responsabilidad civil y penal derivada por falsedad en la denuncia y por la posibilidad de abrir una puerta a la difamación pública de quien ocultándose en el anonimato quisiera afectar su honra, dignidad y decoro por enemistad manifiesta, envidia, odio o rencor.

Pero tan complejo asunto no puede analizarse bajo premisas absolutas y somos convencidos que no es una solución concluir que un servidor público, lisa y llanamente, ignore una denuncia porque desconozca el autor o su procedencia, siempre y cuando de su contenido se pueda inferir una relación de hechos, los sujetos involucrados o al menos deducir el acto ilícito y lugar en que se cometió, sin limitar que en ocasiones contienen suficientes elementos que indican con certeza la ocurrencia de un acto ilícito. Ante ese escenario surge la interrogante: ***¿Existen excepciones a esta prohibición?***

Recordemos que la obligación de denunciar tiene como presupuestos la ocurrencia de un acto ilícito contrario a la ley o que lesione el “interés público”, concepto último que hace referencia a situaciones en que no es posible identificar a una víctima porque se afectan los derechos de la colectividad que el Estado debe proteger. Citando un ejemplo, si un hecho afecta el patrimonio de la Institución

podría ocasionarse una afectación clara y directa del “interés público”, cuyo rango es superior a los derechos particulares que pretende proteger la obligatoriedad de identificar al denunciante y bajo este **supuesto de excepción a la regla** sería un deber de la entidad actuar de oficio según su ámbito de competencia y con base a lo establecido en el artículo 64 de la ley 38 de 2000, asumiendo su posición de **GARANTE**.

Pero esta actuación debe estar guardada por la prudencia, mediante un profundo examen de cada caso particular y los elementos que componen la denuncia anónima, tratando en lo posible de lograr la identificación del denunciante con los mecanismos de saneamiento que prevé el artículo 76 de la ley 38, y con sustento en los hechos referidos como prueba indiciaria iniciar una investigación preliminar, a fin de obtener una conexión sólida, estrecha, precisa y clara respecto al acto, el(los) sujeto(s) involucrado(s), el interés público afectado y el monto de tal afectación, que permita la formulación de cargos.

Ese deber de **GARANTE** se aplica en relaciones laborales estructuradas con base en principios de jerarquía y división del trabajo, donde el superior tiene determinadas labores de vigilancia frente a sus subordinados, lo cual le obliga a garantizar que éstos no realicen acciones inadecuadas en el desempeño de sus funciones; en caso contrario podría incurrir en un delito de omisión de funciones tal como lo contempla el artículo 25 del Código Penal.

Aún cuando nuestro criterio deja abierta la vía para considerar el valor probatorio de la denuncia anónima, esta posibilidad debe ser ejercida responsablemente por el Estado y con estricto apego a los supuestos de excepción establecidos. Entendamos que la denuncia anónima seguirá siendo tema de debate y una realidad que no podemos soslayar mientras al denunciante no se le brinden las garantías necesarias de confidencialidad, protección laboral y a su propia integridad física, por ser pieza fundamental en la lucha y prevención de la corrupción frente al poder económico y político.

**EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
EN PANAMA:
UNAS REFLEXIONES CRÍTICAS**

RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.

Un aspecto importante a tomar en cuenta para la eficacia de la fuerza normativa de la Constitución, el cual resulta por lo demás de gran relevancia, es el atinente a su interpretación como condición previa a su aplicación. Por tanto, y como nos lo recuerda el insigne jurista argentino, Segundo Linares Quintana, la interpretación constitucional desempeña un papel decisivo al grado tal que, *“la Constitución más perfecta ha de fracasar irremediablemente a través de una defectuosa o errónea interpretación y aún abrir el sinuoso y oscuro camino que únicamente conduce a la perversión constitucional”*.¹

Ello no significa, por lo que no se debe inferir de lo señalado, que la interpretación constitucional por sí sola sea más importante que la Constitución o que a quien competa esta función como último intérprete de tal norma suprema, haya de sustituir al Constituyente, cuando proceda a determinar cuál ha de ser el sentido de lo previsto en la Constitución, toda vez que, por importante o relevante que ésta sea, nos referimos a la interpretación constitucional, la misma no reemplaza ni mucho menos viene a ser la Constitución en sí.

Expresado de otra forma, si bien la interpretación constitucional es de gran significado para la consolidación del Estado constitucional de Derecho, lo que hace posible que la misma exista, que tan determinante o decisiva labor se dé, es la existencia de la Constitución, base o fundamento del ordenamiento jurídico del Estado constitucional. Es esta la que requiere ser interpretada para su defensa o tutela, a objeto de preservar los valores, derechos y principios en ella previstos o regulados.

Lo manifestado se hace a propósito de las reflexiones que motivan el presente trabajo, las que tienen como objeto la doctrina denominada el bloque de constitucionalidad, las que han de hacerse de forma sucinta y abordarse de manera concreta para el caso de Panamá.

Por tanto, estas reflexiones tienen como finalidad hacer un planteamiento crítico en lo que respecta al significado que tuvo y el contexto en el que se adoptó, por parte de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, la doctrina del bloque de constitucionalidad. Ello, a

¹ LINARES QUINTANA, Segundo V. **Tratado de interpretación constitucional**. Edit. Abeledo-Perrot, Argentina, 1998, p.116.

nuestro juicio, permitirá tener una idea más clara sobre lo que vino a representar esta doctrina en la justicia constitucional panameña en sus inicios y que la diferencian de su adopción en otros países.

II. ¿QUÉ IMPLICA EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD?

Diversos son los criterios que en la doctrina se tienen presentes a la hora de aludirse a lo que se entiende por bloque de constitucionalidad, lo que va a estar determinado, en gran medida, por la posición que sobre esta doctrina asuma el órgano del control de la constitucionalidad del país de que se trate.

De ahí que al tratar de desentrañar el significado del concepto bloque de constitucionalidad, ha de tenerse presente lo aseverado por el tratadista francés, Louis Favoreau, cuando sostenía que, *“la dificultad del derecho comparado consiste, principalmente, en que las palabras y las expresiones no tienen, forzosamente, el mismo sentido, ni siquiera cuando ha habido una transposición de la misma expresión de un derecho a otro”*.²

Ello es así porque las condiciones y circunstancias dentro de las cuales surgen y se desarrollan ciertas instituciones o se conciben determinadas doctrinas, ya sean jurídicas, políticas o económicas, va a depender del contexto y realidad que impere en el país en el que tal situación o acontecimiento se origine.

Teniendo presente lo anterior, se observa que *“en la doctrina francesa, la expresión bloc de constitutionnalité se utiliza para designar”*, como lo indica Francisco Rubio Llorente, *“el conjunto de normas que el Conseil Constitutionnel aplica en el control previo de constitucionalidad de la ley y de los Reglamentos Parlamentarios”*.³

Por su parte, el jurista colombiano Rodrigo Uprimny, al reflexionar sobre lo que implica la noción de bloque de constitucionalidad, lo hace expresando que ésta “puede ser formulada recurriendo a la siguiente imagen paradójica: El bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional”, a lo que adiciona:

² FAVOREAU, Luis. **El bloque de la constitucionalidad**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N°5. Enero-marzo 1990, p.45.

³ RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de constitucionalidad**. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9, N°27, Septiembre-Diciembre, 1989, p.15.

“¿Qué significa eso? Algo que es muy simple, pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supra legales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la Constitución escrita”.⁴

Estas nociones sobre lo que significa bloque de constitucionalidad son las que también comparte el jurista panameño, Arturo Hoyos, cuando sostiene al respecto, lo siguiente:

“El bloque de constitucionalidad es el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte Suprema de Justicia ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y de otros actos sujetos al control judicial de esa institución.”⁵

Como se deduce de lo expuesto, la doctrina del bloque de constitucionalidad parte de un supuesto concreto a saber: además de la Constitución existen otras normas con igual jerarquía que ésta, que son tomadas en cuenta por quien tiene atribuida la facultad o competencia de la tutela jurisdiccional de dicha norma suprema, a objeto de determinar si se ha producido o no una violación o infracción constitucional. Se está, por tanto, ante un conjunto de normas de jerarquía constitucional entre las que se encuentra, desde luego, la propia Constitución, que es la que determina que se hable de bloque de constitucionalidad.

Esta concepción doctrinal lo que nos viene a decir y sostener es que la Constitución no agota la materia constitucional de un país, en la medida en que van a existir otras normas jurídicas que por el contenido de la materia que regulan sean consideradas de naturaleza constitucional.

A este último planteamiento se refiere Luis Carlos SÁCHICA, jurista colombiano, cuando expresa que, *“una Constitución no agota, ni podría agotar, comprender, la totalidad de su vida institucional. Toda Constitución es fragmentaria, parcial. Contiene la normatividad fundamental, las reglas*

⁴ UPRIMNY, Rodrigo. **El bloque de constitucionalidad en Colombia**. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Pág.2. En el sitio web de justicia.org/admin./tile.php.

⁵ HOYOS, Arturo. **La interpretación constitucional**. Edit. Temis, Colombia, 1993, p. 98.

básicas que dan forma a su organización política, pero la realidad es más rica que el sistema normativo”. Termina sosteniendo el citado autor, que:

“Este no puede abarcar todos los elementos de aquella ni tampoco regular todas las formas de la actividad política, imprevisible de suyo”.⁶

Ahora bien, reconociendo tal realidad, aceptando que la Constitución no agota la totalidad de la realidad constitucional, las preguntas a formular serían, ¿quién o quiénes determinan cuáles otras normas forman parte del bloque de constitucionalidad? Si la Constitución integra o forma parte de este bloque de constitucionalidad, como no podía ser de otra manera, ¿cuál valor tiene ésta con relación a las otras normas jurídicas que comprenden este bloque de constitucionalidad? Si dicho conjunto de normas de contenido o jerarquía constitucional pueden ser tomadas en cuenta o empleadas por quien ejerce el control jurisdiccional de constitucionalidad, significa ello que, ¿podrá invocarse una o varias de éstas, sin aludirse a la Constitución, para reclamar o demandar la inconstitucionalidad de una norma o disposición jurídica sujeta al control de constitucionalidad?

Plantearse estas interrogantes no tiene la finalidad ni el propósito de negar o desconocer el significado e importancia de la doctrina del bloque de constitucionalidad sino, por el contrario, tener presente que al recurrir a ésta como parámetro para resolver controversias constitucionales, cuando surgen contradicciones entre normas de inferior jerarquía a la Constitución y ésta, lo que ya no se podrá pasar por alto son *“las consecuencias jurídicas y políticas”*, que va a entrañar, como nos lo advierte uno de los autores ya citados, el determinar no sólo el valor de esta doctrina sino también cuáles han de ser las normas que han de integrar tal conjunto normativo.

Uno de dichos temas es, por ejemplo, que no se puede olvidar o desconocer el origen y legitimidad de la Constitución, con respecto a las demás normas jurídicas que integran el bloque de constitucionalidad, cualquiera que ellas sean, de acuerdo al criterio que se adopte por parte del órgano constitucional al que corresponda el control de constitucionalidad y según el país de que se trate. Pasar por alto este tema, ignorarlo o, peor aún, subestimarlos, en nada contribuye a la comprensión de la Constitución como la norma suprema del Estado constitucional de Derecho, máxime cuando ésta constituye la ley

⁶ SÁCHICA, Luis Carlos. **La Corte Constitucional y su jurisdicción**. Edit. Temis, Bogotá, 1993. p.46.

fundamental en la que se regulan los principios, derechos y valores esenciales y básicos de la comunidad.

Lo antes expuesto es lo que explica y justifica los cuestionamientos que se le han formulado a ésta, por lo que habrá de prestar atención a observaciones como las manifestadas por el jurista panameño, Salvador Sánchez G., cuando sostiene que

“La doctrina del bloque no ha servido a la causa que invoca como justificación. En lugar de completar vacíos constitucionales, ha servido para contradecir el mandato expreso del constituyente. En este sentido, la expansión del concepto de Constitución sirve al propósito antidemocrático de privar al legítimo titular del poder constituyente de la determinación de lo que es o no constitucional, a través de sus representante electos”.⁷

Lo que significa, por tanto, que cualquier intento de estudio de lo que implica el bloque de constitucionalidad pasa, necesariamente, por tener presente la concepción democrática a la que responde la Constitución, a su legitimidad, así como al titular del poder de la cual ésta es producto, todo ello con miras a ubicar la referida doctrina en el contexto del Estado constitucional de Derecho. Ello contribuirá a un mejor manejo y comprensión del papel que debe desempeñar tal doctrina, al ser empleada por quien ejerce el control de constitucionalidad.

III. LA DOCTRINA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN PANAMÁ.

A. Explicación previa.

Como se indicó en su momento, estas reflexiones con respecto a la doctrina del bloque de constitucionalidad tienen como objeto el caso específico de Panamá y, en cuanto a ésta, el contexto en el que surgió dicha doctrina. Delimitar el alcance de estas reflexiones permitirá, de ahí, la comprensión en lo atinente a la problemática que se abordó con la adopción de dicha doctrina en nuestro país, lo que la distingue de las motivaciones que se han podido aducir para su empleo en el ejercicio del control de constitucionalidad, en lo que respecta a otros países.

⁷ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Salvador. **La doctrina constitucional y el bloque de constitucionalidad: una crítica.** Revista Estudios de Derecho Constitucional, vol. I, Edit. Universal Books, Panamá, 2009, p.55.

Ello puede explicar, de igual forma, el por qué esta doctrina se estuvo aplicando con cierta regularidad en sus primeros años, con posterioridad a que fuera adoptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control constitucionalidad y que, con el transcurrir del tiempo, ha sido poco su empleo por parte de esa máxima corporación de justicia.

Por tanto, no se va a entrar al análisis de cada uno de los elementos o normas jurídicas que se consideran integran el bloque de constitucionalidad en Panamá, pues no es esa la finalidad de este trabajo, sino, como se dejó señalado, lo que interesa es el estudio del contexto jurídico-político en el que ésta se adoptó por parte de la Corte Suprema de Justicia, lo que permitirá comprender el por qué de su incorporación como parámetro a emplear al ejercer el control de la constitucionalidad.

B. Contexto en el que surge la doctrina del bloque de constitucionalidad en Panamá.

El autor argentino Néstor Pedro Sagüés nos advierte que, *“una de las creencias modernas más pacíficamente aceptadas estriba en la distinción entre el mundo jurídico y el mundo político. A nivel universitario, en la praxis política y hasta para el hombre medio, tal punto de vista no merece mayor discusión. Se presume, por ende, que determinados fenómenos son políticos; y otros, en cambio, jurídicos. En cualquier caso, el estudioso podría distinguir cuándo un suceso reviste un carácter, y cuándo el otro.”*⁸

A lo antes expuesto el citado jurista argentino adiciona que, *“la creencia de la distinción entre el mundo político y el jurídico parte del supuesto de que determinados sucesos son de naturaleza política, y otros, distintos a los anteriores, de naturaleza jurídica. Consecuentemente, el hombre podrá actuar jurídicamente en determinado momento, y políticamente en otro. Legal o fácticamente, en ciertos casos se le exige aún que aniquile su dimensión política, o la jurídica.”*⁹

Hechas estas consideraciones, termina señalando Néstor Pedro Sagüés que, no obstante tales concepciones, *“la reconsideración del tema siempre resulta atractiva”*, lo que lo lleva a formularse las siguientes interrogantes: *“¿Es razonable, en efecto, sostener con absoluta certeza que el hombre puede abdicar de su dimensión política? ¿Es posible*

⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Mundo jurídico y mundo político.** Edit. Depalma, Buenos Aires, 1978, p.1.

⁹ *Ibídem*, p.3.

encontrar eventos políticos que, a su vez, nada tengan que ver con el área jurídica? ¿Es razonable pretender amojonar sin discusiones los límites del derecho y de la política? ¿Existen pautas claras y definitivas sobre el comienzo y el fin del territorio político, o respecto del nacimiento y conclusión del ámbito jurídico?”

Planteados estos cuestionamientos, el autor en mención concluye que

“Un breve repaso de la literatura jurídica –como de la política- mostraría que no obstante las categóricas afirmaciones de las normas y de la doctrina, la delimitación entre los dos campos considerados no es cierta ni concluyente.”¹⁰

Esta extensa cita y referencia a lo observado y expresado por el jurista argentino, Néstor Pedro Sagüés, ha de servirnos como marco conceptual que nos permita abordar el análisis del contexto dentro del cual surge y, en consecuencia, se adoptó por la Corte Suprema de Justicia la doctrina del bloque de constitucionalidad como parámetro jurídico a tener presente y, a su vez, emplear al ejercer el control de constitucionalidad.

Esto, desde luego, ha de hacer posible una mejor comprensión del por qué de la incorporación jurisprudencial de la aludida doctrina en nuestro país.

Consignado esto, y antes de entrar al desarrollo en concreto de lo que se pretende resaltar con respecto al contexto dentro del cual tiene su génesis la doctrina del bloque de constitucionalidad en Panamá, es necesario plantear, como condición previa, lo siguiente: ¿Se puede comprender a cabalidad el surgimiento de la doctrina del bloque de constitucionalidad en Panamá haciendo omisión de las condiciones jurídico-políticas en las que ésta se adoptó? ¿Se puede escindir el ámbito político del jurídico, con relación a lo que afrontaba nuestro país en dicho momento de nuestra historia? ¿Doctrinalmente es lo correcto? ¿Se podrá sostener que tal realidad no incidió, en absoluto, en la adopción jurisprudencial de la doctrina del bloque de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia?

Formuladas estas interrogantes, se procede a señalar y dejar consignados una serie de hechos y acontecimientos que han de permitirnos y, a su vez, servir de referencia y sustento, al análisis que se ha de realizar con miras al propósito que se persigue. Estos son:

¹⁰ Ibídem, p.p. 8 y 9.

1. Para 1989, el régimen militar que imperaba en Panamá se encontraba en el punto máximo de su descomposición así como de abuso del poder, de persecuciones políticas y de desconocimiento de los derechos fundamentales.

2. Dentro de ese ambiente y realidad se lleva a cabo el proceso electoral de ese año, el que se realiza con miras a elegir a las autoridades cuyo cargo debe ser producto de la voluntad popular, lo que ha de permitir la elección del Presidente y Vicepresidentes de la República, Legisladores, Alcaldes y Representantes de Corregimiento para el período 1989-1994.

3. Efectuadas las elecciones, éstas son anuladas por el Tribunal Electoral mediante el Decreto N°58 de 10 de mayo de 1989, aduciendo, entre otras causas, que una vez finalizadas éstas a las 5:00 p.m. del 7 de mayo, se habían producido hechos que alteraron “de manera significativa el resultado final de las elecciones en todo el país”. Lo cierto había sido que “una asistencia masiva a las urnas por parte de la población electoral” trajo como resultado “una aplastante victoria” de la oposición a la dictadura militar, lo que “impidió que el gobierno repitiera el fraude electoral perpetrado cinco años antes y optara por anular las elecciones tres días después.” ¹¹

4. Como resultado de lo anterior, se impidió la renovación de las autoridades de cargos de elección popular, lo que llevó, primero, a que se expidiera por parte del Consejo General de Estado, el Acuerdo N°1 de 31 de agosto de 1989, por el cual se procedió a “conformar un Gobierno Provisional”, el que sería integrado por dos miembros designados como Presidente Provisional de la República y Vicepresidente Provisional de la República, a los que se les atribuía las funciones que la Constitución y las leyes reconocían al Presidente y Vicepresidente de la República, respectivamente. Con posterioridad, y mediante el Acuerdo N°2 de 31 de agosto de 1989, dicho Consejo General de Estado procedió a designar a las personas que ocuparían tales cargos. No está demás señalar que tales medidas así adoptadas no tenían asidero alguno en la Constitución, lo que constituía, de esa manera, un acto arbitrario más de los muchos en los que se incurrió desde el poder para esa época.

5. En diciembre 20 de 1989 es derrocado el régimen militar, cuando se produce la invasión a Panamá por parte del ejército de los Estados Unidos de América, con lo que se puso punto final al régimen dictatorial iniciado el 11 de octubre de 1968.

¹¹ ARAÚZ, Celestino A. y PIZZURNO GELÓS, Patricia. **Estudios sobre el Panamá Republicano (1903-1989)**, Edit. Manfer, Panamá, 1989, p.631.

6. A raíz de este acontecimiento asumen el poder político quienes habían ganado las elecciones en mayo de 1989, expidiendo, como una de las primeras medidas adoptadas para reinstaurar la democracia, el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional, mediante el cual, salvo las atribuciones que compete ejercer al Presidente de la República, por sí solo, se dispuso que todo el poder público será “ejercido por el Presidente, el Primer Vicepresidente y el Segundo Vicepresidente de la República de Panamá, quienes actuarán por unanimidad” (artículo 1 del referido Estatuto). Se adicionaba, de igual forma, que el Consejo de Gabinete ejercería con carácter provisional o temporal, las funciones que “corresponden al Órgano Legislativo en materia legislativa y administrativa (artículo 3 del Estatuto), función que se llevaría a cabo a través de la expedición de Decretos de Gabinete (artículo 4 del Estatuto).

7. Como se observa, y ante la realidad jurídico-política que afrontaban las autoridades del nuevo gobierno, la expedición del Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional vino a representar, como lo dejaba consignado el Dr. Humberto Ricord, *“la plataforma de Derecho en la que el nuevo régimen pretendió enmarcar esencialmente su funcionamiento general.”*¹² Al llevar a cabo tal cometido recurrió, en diversas oportunidades y haciéndolo con respecto a distintas materias o aspectos, al ejercicio de la facultad de legislar que se atribuyó mediante el ya aludido estatuto. Por consiguiente, hasta tanto no se constituyó la Asamblea Legislativa electa en las elecciones populares de mayo de 1989, el Órgano Ejecutivo ejerció, de manera temporal, la potestad legislativa que, conforme lo dispone la Constitución, le compete a ésta.

Son estos hechos, circunstancias y acontecimientos previos los que configuraron el contexto dentro del cual surge y termina adoptándose, por la Corte Suprema de Justicia, la doctrina del bloque de constitucionalidad y es lo que, en una forma u otra, acaba determinando no sólo cuáles habrían de ser las normas que integrarían dicho “conjunto normativo de jerarquía constitucional que emplea la Corte Suprema de Justicia al llevar a cabo el control de constitucionalidad” sino, como no podía ser de otra forma, la intensidad con la que se recurrió a ésta en sus inicios y lo poco o nada de su referencia con el paso del tiempo, una vez se ha afianzado y consolidado la concepción de la fuerza normativa de la Constitución, en cuanto a su contenido, es decir, los principios, valores y derechos que en ésta se prevén.

¹² RICORD, Humberto. **Noriega y Panamá. Orgía y aplastamiento de la narcodictadura.** Impresora Eficiencia, México, 1991, p.520.

Decimos esto porque de lo que se trataba, en última instancia, era encontrar los criterios jurídicos-constitucionales con los cuales legitimar y, por ende, fundamentar desde la óptica de la Constitución no sólo el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional, sino que también todas aquellas medidas que se adoptaron bajo el amparo del mismo, como lo fueron los diversos Decretos de Gabinete que se emitieron en ejercicio de la facultad legislativa que temporalmente se atribuyó el Órgano Ejecutivo.

Sostenemos esto porque, ante el cuestionamiento constitucional del Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional, como de los Decretos de Gabinete que se expidieron en base a éste, ¿qué criterio jurídico se podía aducir y que sirviera de sustento en base a la Constitución a la expedición de tales actos o normas jurídicas? Confrontados uno y otros con el contenido de la Constitución, ¿cuál norma habría de prevalecer si se acreditaba, como a todas luces así era, la no conformidad del Estatuto con lo previsto en la Constitución?

Esta es la realidad constitucional y el contexto político en el que surge la denominada doctrina del bloque de constitucionalidad en Panamá. Son los hechos antes enumerados los precedentes que explican el por qué se hacía necesario contar con una doctrina como la del bloque de constitucionalidad que permitiera a las autoridades jurídicas de ese momento, representadas en el más alto de tribunal de justicia, justificar constitucionalmente los actos y normas que tuvieron que emitir las autoridades políticas recién instauradas una vez producida la invasión.

C. El sustento jurídico-político del bloque de constitucionalidad.

Si se parte del supuesto de la existencia de la Constitución considerada como la norma fundamental del ordenamiento jurídico, ello va a implicar la necesidad de, además de su aplicación, lo que no puede ser de otra manera, la conformidad con la misma por parte de todas las otras normas jurídicas que integran dicho sistema jurídico pero, ante todo, de su acatamiento tanto por parte de las autoridades como de los miembros de la comunidad. Pensar lo contrario resultaría todo un despropósito.

Planteado esto resulta obligado formular la siguiente pregunta ¿cuál es el sustento jurídico de la existencia del denominado bloque de constitucionalidad, nos referimos, desde luego y sobre todo, de las normas que formalmente no están incluidas en la Constitución y que se dice integrarían dicho bloque de constitucionalidad? Formulada esta interrogante de otra manera, ¿se prevé en la Constitución una norma en base a la cual se pueda sustentar la existencia de tal bloque de

constitucionalidad? En fin, desde la Constitución, y en base a ésta, ¿se podrá determinar no sólo la posibilidad de la existencia y, por tanto, que se emplee este parámetro de constitucionalidad en el ejercicio del control de la constitucionalidad, sino también cuáles normas sí y cuáles no integrarían este “conjunto normativo de jerarquía constitucional”?

Plantear estas interrogantes nos lleva ante una realidad incontrastable, consistente en que siendo la doctrina del bloque de constitucionalidad un problema de interpretación constitucional, determinar su existencia, así como las normas que lo integran, va a estar condicionado, qué duda cabe, por parte de lo que al respecto plantee el intérprete último de la Constitución. De igual forma, al tratarse tal labor de la interpretación de la norma fundamental del Estado constitucional de Derecho, la misma no va a escapar del contexto jurídico-político en el que ésta se desenvuelve, lo que ha de tenerse presente para una mejor comprensión de la aludida doctrina del bloque de constitucionalidad.

Con relación a esto último, cabe traer a colación lo sostenido por Pablo Lucas Murillo De La Cueva, cuando procedía a hacer la distinción entre lo que se entendía por Constitución en sentido formal y la Constitución en sentido material. Tenemos así que en un primer momento el citado autor nos dice que por Constitución en sentido formal se entiende “*al simple texto escrito en un documento solemne*” y, por Constitución en sentido material, “*a ese mismo texto, más aquellas normas que, aún siendo materialmente constitucionales, no forman parte de aquél*”.

Ahora bien, a lo anterior adiciona el autor en mención, y es lo que nos interesa resaltar, “*que también se puede entender otra cosa por Constitución en sentido material: así, hay quien la considera como aquel conjunto de fines y de fuerzas políticas que preside cada ordenamiento positivo o, dicho de otro modo, se identifica con las fuerzas políticas que se organizan en un grupo social y que en un determinado momento histórico consiguen interpretar activamente el interés general de la comunidad política*”,¹³ o, agregamos nosotros, los intereses de quienes detentan el poder político en un momento determinado.

Esto es lo que explica que, ante el dilema de tener que debatir sobre la constitucionalidad, tanto del Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional, como de los Decretos de Gabinete que se emitieron con fundamento a éste, se hacía necesario contar con un sustento jurídico que permitiera dar cabida al aludido Estatuto, pues, el sustento y legitimidad política ya se tenía, al haber sido expedido éste por el Ejecutivo que había ganado las elecciones de 1989 y ante unas

¹³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. La Constitución. En la obra **Introducción a la teoría del Estado**. Edit. Teide, España, 1983, p.121.

circunstancias en las que se había producido una ruptura constitucional, sustento o fundamento jurídico que vino a lograrse con la adopción por parte de la Corte Suprema de Justicia, de la doctrina del bloque de constitucionalidad. Explicado de otra manera, sería la adopción de dicha doctrina del bloque de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia lo que proporcionaría, como en efecto así ocurrió, los criterios o argumentos jurídicos que la Constitución por sí sola no permitía para dar asidero constitucional al Estatuto emitido por Ejecutivo instaurado en 1989 una vez ocurrida la invasión a Panamá. En efecto, fue la adopción previa de la doctrina del bloque de constitucionalidad, lo que permitiría dar sustento constitucional al Estatuto, pues no existía norma constitucional alguna en la que se pudiera fundamentar la expedición del mismo. Con ello fue posible dar resguardo constitucional a todos los Decretos de Gabinete que fueron adoptados por el Órgano Ejecutivo en los inicios del retorno del régimen democrático en 1990.

Es esa, a nuestro juicio, la razón que explica el por qué de la incorporación, vía jurisprudencial, por parte de la Corte Suprema de Justicia, de la doctrina del bloque de constitucionalidad, que es lo que termina explicando, además, los criterios que se siguieron al establecer cuáles si y cuáles no serían los elementos o normas jurídicas que integrarían, junto con la Constitución, dicho bloque, así como su profuso empleo en un inicio, una vez adopta la misma, para ir prácticamente desapareciendo de los criterios jurisprudenciales utilizados por la Corte Suprema de Justicia, al ejercer el control de constitucionalidad.

No está demás adicionar la forma como se dio el surgimiento de la doctrina del bloque de constitucionalidad en nuestro país. Así, y como lo reconoce el propio jurista que la plantea por primera vez en Panamá, Dr. Arturo Hoyos, magistrado de la Corte Suprema de Justicia para ese momento y uno de los juristas de mayor formación jurídica del país, es a través de unos artículos de opinión aparecidos en un diario de comunicación social (El Panamá América) y de su autoría, en los que se esgrime y desarrolla en concreto lo que la doctrina del bloque de constitucionalidad significa. Tales artículos de opinión se publican, el primero, el 20 de marzo de 1990 y, el segundo, el 2 de mayo de dicho año. Es a raíz de estos artículos de opinión la Corte Suprema de Justicia, en el fallo de 30 de julio de 1990, adopta la doctrina en mención¹⁴.

Como se observa, primero se da la publicación de sendos artículos y con posterioridad la Corte Suprema adopta la doctrina del bloque de

¹⁴ HOYOS, Arturo. El control judicial y el Bloque de constitucionalidad en Panamá. Trabajo publicado Primer Encuentro Jurídico de Cortes Supremas (Panamá-Costa Rica). Publicación del Órgano Judicial de Panamá, 1992, pp. 21-22

constitucionalidad, la que fue adoptada sin mayores debates casi que mecánicamente.

IV. A MANERA DE REFLEXIÓN FINAL.

Las reflexiones que se han expuesto, motivadas y basadas en la problemática de la adopción jurisprudencial de la doctrina del bloque de constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia, no tienen como finalidad, pues esa no es la intención, restar valor, importancia o descalificar lo que esta doctrina entraña. Lo que hemos pretendido exponer y desarrollar es un análisis que permita entender el contexto en el que surge la doctrina de constitucionalidad en Panamá, y el por qué de su incorporación como parámetro de referencia al ejercerse el control de la constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia, aspecto relevante de por sí, lo que se hace con miras a debatir sobre las condiciones en las que surgió por razón del contexto jurídico-político en el que se acogió dicha doctrina en nuestro país. Esto ha de hacer posible una mejor comprensión, por lo menos esa es nuestra posición o criterio, del por qué se incorporó y su consecuente empleo al llevarse a cabo el control de constitucionalidad de normas o de actos, según lo tiene previsto la Constitución y la ley al respecto.

En ese sentido, y como sostuvimos en su momento, era la falta de adecuación constitucional, desde la óptica de la Constitución vigente, al momento de emitirse el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional, lo que hacía necesario contar con una argumentación jurídica que le diera asidero, en el evento de someterse al control de constitucionalidad el referido Estatuto. Esta cobertura la vino a brindar la doctrina del bloque de constitucionalidad, al incorporarse a la jurisprudencia constitucional, de acuerdo a lo ya explicado.

Al exponer y sostener este criterio, lo hacemos teniendo presente lo manifestado por el jurista panameño, Carlos Bolívar Pedreschi, cuando señalaba que los fenómenos constitucionales exigen tener “una visión universal, esto es, con una visión comprensiva del todo, y no puramente angular o parcial”. Ello va a permitir comprender, adiciona el citado autor, “*por qué el Derecho Constitucional no puede verse como algo inmune a las influencias de su propio mundo exterior*”.¹⁵

Fueron, por tanto, las circunstancias y acontecimientos que se daban para el momento en que se instaura y se retorna al régimen

¹⁵ PEDRESCHI, Carlos Bolívar. **La Constitución de 1972: análisis y comentarios**. Instituto de Estudios Políticos e Internaciones, Panamá, 2002, p.p.2-3.

democrático, las que explican y nos permiten comprender el por qué de la adopción, en nuestro sistema de justicia constitucional, de la doctrina del bloque de constitucionalidad.

Este contexto no sólo permite comprender el por qué de su aplicación, sino también el de su contenido, es decir, las normas o elementos de jerarquía constitucional que venían a integrarlo y las imprecisiones o falta de sustentación del por qué ciertos elementos o normas sí y otras no, cuando no la contradicción en la que podía incurrirse en cuanto al por qué de la no pertenencia de ciertas normas. A ello se debe sumar otro tema de gran calado e importancia para la doctrina del principio de supremacía constitucional, a saber, ¿hasta dónde está permitida, al tribunal que compete ejercer el control de constitucionalidad, determinar que existen otras normas, fuera de la Constitución, con rango constitucional e individualizar éstas como si del poder constituyente se tratase?

En fin, la incorporación de la doctrina del bloque de constitucionalidad permitió afrontar, desde una óptica jurídica, las circunstancias dentro de las cuales se retornó al régimen democrático, pero que, una vez se ha ido consolidando éste, es necesario replantearse la importancia y el papel que ha de desempeñar, hoy día, en nuestro sistema de justicia constitucional dicha doctrina, como parámetro a tener presente en ejercicio del control de la constitucionalidad. Esto es necesario, sobre todo, a raíz de las reformas constitucionales de que ha sido objeto la Constitución en los últimos años.

**INDULTOS EN PANAMÁ Y DELITOS
POLÍTICOS: UN PECULIAR BINOMIO
DE ORIGEN COLOMBIANO**

LUIS ANTONIO PEREIRA SÁNCHEZ

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Latina de Panamá (con honores). Licenciado en Economía por la Universidad de Panamá (Graduado con el Primer Puesto y miembro del capítulo de honor —Sigma Lambda). Postgrado en Docencia Superior por la Universidad de Panamá. Autor de más de una docena de artículos de opinión en el diario La Prensa. Desde 2013, administra el blog Nuevos Paradigmas (<http://nuevosparadigmasjureco.blogspot.com/>) sobre derecho, economía y ciencias sociales en Panamá y el mundo. Ha colaborado con la Enciclopedia Jurídica Online (<http://panama.leyderecho.org/>) con la entrada de “Derecho de Autor en Panamá”.

Autor de los siguientes trabajos publicados por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá:

- Incendio en el relleno sanitario de Cerro Patacón: Estudio de caso sobre los problemas de la administración pública panameña, en Anuario de Derecho, 42, 2013, pp. 58-95.
- ¿Existe la acción de reparación directa en Panamá? Hacia una revisión del ordenamiento procesal administrativo desde una perspectiva de derecho comparado, diciembre de 2013, 178 pp. Disponible en la dirección electrónica:
http://www.up.ac.pa/ftp/2010/f_derecho/centro/documentos/LPereiraExistenciaAccion.pdf
- Aproximación a las normas sobre cumplimiento de indemnizaciones por responsabilidad extracontractual del Estado, en Boletín de Informaciones Jurídicas, 52, 2014, pp. 71 -108. Disponible en la dirección electrónica:
http://www.up.ac.pa/ftp/2010/f_derecho/centro/documentos/BOLETIN52.pdf
- Análisis en torno a la creación de entidades públicas y normas relativas a la estructura de la administración pública en Panamá, 2015, 102 pp. Disponible en la dirección electrónica:
http://www.up.ac.pa/ftp/2010/f_derecho/centro/documentos/analisispereira.pdf
- El caso de la revocatoria de indultos y su problemática situación jurídica en la legislación administrativa en Panamá, 2015, 114 pp. Disponible en la dirección electrónica:
http://www.up.ac.pa/ftp/2010/f_derecho/centro/documentos/indulto.pdf

Los edictos de gracia son un gran remedio para los gobiernos moderados. El poder de perdonar que tiene el príncipe, administrado con mesura, puede tener efectos admirables. El principio del gobierno despótico, que no perdona y al que no se perdona nunca, carece de estas ventajas.

Montesquieu, El Espíritu de las Leyes, Libro VI, Capítulo 16.

I. INTRODUCCIÓN. —II. EL ORIGEN DEL DELITO POLÍTICO COMO DELITO “ESPECIAL” EN EL DERECHO COMPARADO Y PANAMÁ. —III. EL DELITO POLÍTICO COMO CUESTIONABLE TÉCNICA DE DISCRECIONALIDAD. —IV. ESBOZO DE LA EVOLUCIÓN RECIENTE DEL ÁMBITO DEL DELITO POLÍTICO EN COLOMBIA. —V. REFLEXIONES DE LA SITUACIÓN COLOMBIANA SOBRE EL DELITO POLÍTICO EN EL ORDENAMIENTO PANAMEÑO Y LAS PERSPECTIVAS DE REFORMA. PRINCIPALES FUENTES DE INFORMACIÓN CITADA.

RESUMEN

El estudio indaga sobre el origen del delito político como límite para la facultad de indulto presidencial en Panamá, que representa una peculiaridad en el derecho comparado. Para tal motivo, se realiza un estudio histórico, comenzando en el siglo XIX hasta la actualidad, encontrándose dicho origen para el caso del indulto en el ordenamiento colombiano, analizándose la evolución y situación actual de la utilización de dicho concepto.

Se evalúa la frágil evolución del tema, que ha repercutido en la historia nacional de Panamá, como en el caso del fusilamiento de Victoriano Lorenzo a la postre de la Guerra de los Mil Días.

En atención a las diferencias entre el momento histórico en que surge tal regulación y las diferencias entre Colombia y Panamá, se propone eliminar el concepto de delito político del constitucionalismo panameño en materia de indultos.

Sin embargo, se rechaza la tesis de eliminar el indulto del cuadro normativo y, en su lugar, se proponen mecanismos que garanticen una utilización eficaz de esta facultad como vía de control del Órgano Judicial.

I. Introducción

Una de las primeras acciones del presente Gobierno fue la decisión de revocar numerosos indultos otorgados en las postrimerías del su antecesor. Dada la novedad del caso y de las múltiples opiniones, a favor y en contra de la decisión, publicamos una monografía explorando el tema desde el punto de vista de las posibilidades de la Ley 38 de 2000, de procedimiento administrativo general¹.

Como se sabe, la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha venido consolidando una línea jurisprudencial en materia de indultos reclamando como límite de esta facultad la existencia de un delito político, en aplicación de la regulación constitucional (art. 184, numeral 12)

Ahora bien, durante la preparación del citado trabajo, una revisión desde la perspectiva del derecho comparado nos ha llevado a encontrar como una verdadera peculiaridad del sistema panameño la limitación material de los indultos a los delitos políticos. Esta situación, no sólo no ha recibido poca atención dentro de la doctrina nacional sino que, muy por el contrario, se contrapone frontalmente con lo manifestado, por ejemplo, por Pérez Rice (2009), quien ha llegado a señalar: “De nuestro análisis se desprende claramente que el indulto en la Doctrina Jurídica Universal, se encuentra reservado para infracciones penales dotadas de contenido político” (p. 84).

Parece plausible que en las constituciones de países monárquicos (aun cuando la facultad resida o no formalmente en el monarca) como España (art. 62 i de la Constitución de 1978), Bélgica (art. 110 de la Constitución), Suecia (art. 8 del Capítulo 12 <<Administración>> del Instrumento de Gobierno de 1974), Reino Unido (prerrogativa histórica de la constitución “no escrita”, pero receptada en el derecho escrito, por ejemplo, en Canadá, antigua colonia y miembro de la Mancomunidad de Naciones, a nivel legal en el art. 748 y ss. del *Criminal Code* y el art. 9 del *Criminal Records Act*, ambos de 1985) o Japón (art. 7, inciso quinto de la Constitución de 1946) no se excluyan delitos sujetos al beneficio del indulto ni, en general, se establezcan mayores límites materiales en cuanto al uso de esta facultad.

¹ L. Pereira Sánchez (2015). El caso de la revocatoria de indultos y su problemática situación jurídica en la legislación administrativa panameña. Universidad de Panamá. Disponible en la dirección electrónica:

http://www.up.ac.pa/ftp/2010/f_derecho/centro/documentos/indulto.pdf

Nos mostramos a favor de la revocación, aunque aclaramos que la posibilidad encuentra varios escollos ante las limitaciones de la legislación actual.

Sin embargo, esta limitación tampoco existe en otras de las constituciones republicanas históricas como Francia (art. 55 de la Constitución de 1848 2ª. República, art. 3 de la Constitución de 1875 3ª. República, art. 35 de la Constitución de 1946 4ª. República, art. 17 de la Constitución de 1958 5ª. República) o Estados Unidos (art. 2, sección 2 de la Constitución).

En el caso de Estados Unidos es de notar que la constitución habla de que el indulto procede por “ofensas contra los Estados Unidos, excepto en el caso de juicio político”. Es decir, la presencia de delitos que conllevan un juicio político, que la propia constitución de EE.UU. define en la sección 4 del mismo artículo como “traición, cohecho u otros delitos y faltas graves”, claramente vinculados a la noción de delito político², es por el contrario causa de exclusión del beneficio de un indulto. Por esta razón la referencia a “ofensas contra los Estados Unidos” se ha entendido como una cláusula de territorialidad, es decir, delitos respecto de leyes penales de Estados Unidos, en tanto que la violación de leyes de las posesiones y territorios bajo jurisdicción de EE.UU. debe hacerse al oficial o agencia competente en esos territorios, como lo establece en la sección §1.4, parte 1 “*Executive Clemency*”, Título 28 “*Judicial Administration*” el *Code of Federal Regulations*.

Tampoco se restringe el indulto al delito político en otros ordenamientos de influencia del sistema continental como Italia (art. 87 de la Constitución de 1947), Alemania (numeral 2 del artículo 60 de la Constitución o Ley Fundamental de 1949), Austria (art. 65, numeral 2, literal c de la Constitución de 1920) o Suiza (art. 157, numeral 1, literal c y art. 173, numeral 1, literal k de la Constitución de 1999).

Y lo mismo se puede decir de otros ordenamientos de América Latina como Costa Rica (art. 147, numeral 2 de la Constitución de 1949), México (art. 89, fracción XIV de la Constitución de 1917), Perú (art. 118, numeral 21 de la Constitución de 1993), Uruguay (art. 85, numeral 14 de la Constitución de 1967), Argentina (art. 99, numeral 5 de la Constitución) o Chile (art. 32, numeral 14 y art. 63, numeral 16 de la Constitución de 1980). Incluso, en el caso de estas dos últimas, en los artículos 36 y 9, respectivamente, se deslegitima el otorgamiento de indultos a casos de

² Así se expone en el influyente texto del constitucionalismo estadounidense “*El Federalista*”, n° 65 (Continuación de las facultades del Senado) de Alexander Hamilton:

Un tribunal bien constituido para los procesos de los funcionarios, es un objeto no menos deseable que difícil de obtener en un gobierno totalmente electivo. Su jurisdicción comprende aquellos delitos que proceden de la conducta indebida de los hombres públicos o, en otras palabras, del abuso o violación de un cargo público. Poseen una naturaleza que puede correctamente denominarse POLÍTICA, ya que se relacionan sobre todo con daños causados de manera inmediata a la sociedad. (p. 277).

delitos que pudieran caracterizarse como políticos, el primero como reacción y el segundo como imposición de los regímenes militares que gobernaron durante el siglo XX.

El elemento del delito político es sólo compartido con el ordenamiento colombiano tal como aparece en el numeral 17 del artículo 150 respecto de indultos generales otorgados por el Congreso (además por mayoría de dos tercios de sus miembros), y el numeral 2 del artículo 201 respecto de indultos particulares otorgados por el “Gobierno” (que en el caso colombiano es sinónimo del Presidente y el Ministro del ramo, según lo indica el artículo 115 de la Constitución), debiendo además “informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad”, condición que no aparece en la Constitución panameña, ni tampoco tiene paralelo en el derecho comparado.

Por ello ante la inexactitud de la tesis antes referida y ampliamente aceptada en nuestro medio jurídico, parece conveniente indagar un poco más en cuanto al origen de este elemento en la facultad de indulto en Panamá y, por tanto, en Colombia.

II. El origen del delito político como delito “especial” en el derecho comparado y Panamá

Lo primero que se debe aclarar no es que resulte extraño la noción de delito político como tal, sino su utilización como límite a la facultad de otorgar indultos.

Y es que la noción de delito político tiene su aparición en el ámbito del binomio conceptual asilo-extradición, a partir de la Revolución Francesa. Al respecto, señala la profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad de Islas Baleares, Margalida Capellà (2014):

La Circular de 5 de abril de 1831 en Francia fue el primer texto oficial en que se declaró que los delitos políticos estaban excluidos de la extradición. En 1833, Bélgica fue el primer país que adoptó una ley de no extradición de delincuentes políticos y a principios del siglo XIX casi todos los tratados europeos contenían la excepción por delito político. La cláusula fue introducida progresivamente en tratados bilaterales en derecho anglosajón, y a partir de 1843 figuró en la práctica judicial de los Estados Unidos. Los manuales sobre extradición de finales del siglo XIX ya incluyeron como principio que los crímenes y los delitos políticos no daban lugar a la extradición. (p. 10).

Es en este ámbito donde ha tenido amplia aceptación; por ejemplo,

Van Den Wijngaert (1983, p. 741), señala que la aceptación universal de la excepción de extradición por delitos políticos se deduce del hecho de que casi todos los ordenamientos lo han adoptado por medio de tratados o reglas de derecho interno y en este último caso, apunta una lista enunciativa de 48 países que lo han promulgado en su legislación doméstica, lo que incluye casi la totalidad de los Estados mencionados antes³, así como Panamá y Colombia.

A pesar de lo dicho, esto no ha llevado a la imposición del delito político como límite a la facultad de indulto. Por otra parte, vale comentar que distinto a lo indicado para el derecho comparado, el concepto de delito político en Colombia y Panamá, surge a nivel constitucional en materia de indulto, para después ampliarse al caso de la extradición.

Si bien desde la Constitución de 1832 de Nueva Granada, la primera luego de la disolución de la Gran Colombia, se puede encontrar limitación del indulto sólo por “grave motivo de conveniencia pública” (art. 74, numeral 16 y art. 108, numeral 4) e, incluso, en forma negativa en la Constitución de 1853 “pero en ningún caso podrá concederlos por delitos comunes, ni a los empleados públicos, por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones” (art. 34, numeral 11). La limitación expresa del indulto al caso de delitos políticos aparece en la Constitución de 1858 de la Confederación Granadina y únicamente respecto de las “amnistías e indultos generales” otorgados por el Congreso (art. 43, numeral 13), en tanto que las “amnistías o indultos generales o particulares” otorgados por el Presidente en caso de “delitos contra el orden público” (se da en art. 29, numeral 9).

Curiosamente, esta limitación e, incluso, el propio concepto de delito político desaparece completamente de la subsiguiente constitución de 1863 de los Estados Unidos de Colombia (art. 49, numeral 7), volviendo a un criterio similar al anterior de “grave motivo de conveniencia nacional”.

Sin embargo, el concepto emerge una vez más en el artículo 22 del Código Penal de 1873, en el Libro Primero De los delitos y de las penas en general, en el Título Segundo División y clasificación de los delitos, donde incluso es definido por vez primera:

³ No menciona el caso de Austria, Chile, México o Uruguay. Sin embargo, hemos podido verificar que la excepción también está adoptada en México (art. 15 de la Constitución) y Uruguay (art. 13 del Código Penal). En el caso de Chile, se entiende aplicable por virtud de aprobación del Convenio de Extradición de Montevideo de 1933.

Art. 22. Los delitos se dividen en políticos, de responsabilidad, comunes o privados.

Son delitos políticos los que se cometen, sea por los empleados o funcionarios públicos o por los particulares, contra el orden general de la Unión, su seguridad interior o exterior.

Y además, se tipifican una serie de conductas bajo el capítulo *De los delitos políticos contra la libertad de la Nación*, que iban de los artículos 117 al 129 del Código. Por ejemplo, el artículo 117, que pudiera considerarse el tipo base señalaba:

Art. 117. Los que por vías de hecho desconocieren la Constitución nacional, disolvieren el Congreso, impidieren la reunión de este cuerpo, usurparen o se arrogaren las atribuciones constitucionales del mismo de alguna de sus Cámaras, estorbaren sus deliberaciones o el voto de alguno de sus miembros, serán declarados traidores a las instituciones...

Y en todos los casos, la pena era la expulsión del territorio colombiano por un período de años y el pago de una multa en proporción al valor de sus bienes.

De otra parte, hasta este momento ninguna de las constituciones colombianas, ni el Código comentado incluían la excepción de extradición por delito político.

Es la Constitución de 1886 la que definitivamente retoma el delito político como elemento determinante de la facultad de indulto, tanto para los generales otorgados por el Congreso (art. 76, numeral 21), como los concedidos por el Presidente de la República (art. 119, numeral 6). Pero, adicionalmente, esta constitución también hizo uso del delito político, no para establecer la excepción en materia de extradición, sino de manera notoria, para prohibir la pena de muerte respecto de tales delitos (art. 30), además de indicar que dichos delitos debían ser definidos por ley, remisión que se entiende hecha a la regulación ya referida del Código Penal.

Empero, posteriormente, se dicta un nuevo Código Penal en 1890. Es en esta norma, siguiendo la tendencia antes referida al derecho comparado, donde por primera vez en el ordenamiento colombiano se acepta la excepción en materia de extradición (justo un año después de la firma del Tratado sobre Derecho Penal Internacional de 1889 en Montevideo, uno de los primeros a nivel regional que recoge dicha excepción en su art. 23, aunque Colombia no fue parte) en el artículo 18 dice: "No es permitida la extradición por delitos políticos.

Desafortunadamente, la propia norma volvió a crear incertidumbre en la cuestión, puesto que no sólo se eliminó el capítulo específico de delitos políticos del Código anterior (si bien la mayoría de las conductas correspondientes se regularon en el capítulo “Delitos contra la paz interior, el Gobierno existente y la Constitución”, lo que incluyó mezclar parte del tipo básico antes descrito con el delito de rebelión (art. 120 y ss)., que en el Código previo era considerado un delito contra el orden público arts. 177 y 180), sino que además, apartándose de la normativa constitucional, el artículo 101 define el indulto como una gracia por “la cual se perdona la pena que se merece por infracciones de la ley, relacionadas con el orden público”, categoría totalmente distinta de las conductas consideradas por el Código anterior como sujetas al indulto.

Por su parte, en el caso de Panamá la primera constitución de 1841 estableció, siguiendo la regulación inicial del ordenamiento colombiano, que los indultos procedían por “motivo grave de conveniencia pública” (art. 46, numeral 16). Notablemente, la siguiente constitución de 1855, en forma previa a los cambios posteriores en Colombia, ya limitaba el ejercicio del indulto al caso de “delitos contra el orden público” (art. 34, numeral 6).

Posteriormente, influenciado por la Constitución de la Confederación Granadina de 1858, la Constitución de 1863, el mismo año en que la Constitución de Estados Unidos de Colombia eliminó la referencia a los delitos políticos, y aun cuando como esta constitución para el caso los indultos generales otorgados por la Asamblea volvía a la fórmula de la “conveniencia pública” (art. 43, numeral 11), respecto de los indultos particulares del Presidente establecía su procedencia respecto de “hechos políticos” (art. 59, numeral 6), terminología de cierta ambigüedad.

Pero, ya en contravía con la situación colombiana, es a partir de la constitución de 1865 cuando se introduce expresamente la noción de “delito político”, si bien respecto de los indultos “generales o especiales” concedidos por la Asamblea “cuando así lo exija algún grave motivo de conveniencia pública” (art. 45, numeral 12), en tanto que las amnistías o indultos otorgados por el Presidente eran únicamente por “delitos contra el orden público” (art. 71, numeral 25). Así, se mantuvo la situación en las constituciones de 1868 y 1870, que a su vez añadieron la prohibición contenida únicamente en la constitución de 1853 de la Constitución de Nueva Granada respecto de delitos comunes o de empleados públicos (arts. 116 y 115, respectivamente).

En la constitución de 1873, ocurre un sutil, pero relevante cambio en el caso de los indultos de la Asamblea ahora respecto de “delitos contra el orden político” (art. 62, numeral 5). Finalmente, la última constitución de Panamá en el período colombiano de 1875, antes de la constitución centralista de 1886, elimina la divergencia en el supuesto de indulto de la

Asamblea y el Presidente y lo equipara para ambos respecto de “delitos contra el orden público”, lo que estaba más en línea con la situación de la Constitución de 1863 que había rechazado el “delito político”.

Por ello si la Constitución de 1904 al regular el indulto (art. 73, numeral 18) no señalaba la naturaleza del delito, no es pertinente concluir que se trataba de un “error”, como lo hace Pérez Rice (2009, p. 75) o siguiendo a éste, la sentencia de 4 de julio de 2014 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá⁴, sino más bien al deseo de alejarse de estar categoría y alinearse con la situación del derecho comparado, que eventualmente cedió ante la influencia colombiana y que todavía hoy se mantiene en nuestra Constitución. No es un hecho menor, además, que la constitución panameña de ese momento (art. 65, numeral 17) ni tampoco la actual (art. 159, numeral 6) adoptó la mayoría calificada de dos tercios introducida desde la Constitución de 1886 para aprobar leyes de amnistía.

Por otra parte, vale observar que también a la zaga del derecho colombiano, es el Código Penal de 1916, el primero de la República, el que introduce la excepción de extradición por delito político en el ordenamiento panameño (art. 8, numeral 3), incluyendo también cuando el delito se considerará “conexo con la política”, así como otras condiciones (por ej., prohibición de extraditar nacionales en el numeral 4 o el numeral 7: “Cuando en el Estado reclamante estuviere señalada al delito la pena de muerte, salvo compromiso de aplicar al reo una inferior”) que no aparecían en la norma penal colombiana al momento de la independencia.

Por último, la criticada extensión de los efectos del indulto a la extinción de la acción penal que aparece desde este primer Código en el artículo 33 (“La concesión de tales indultos puede hacerse en cualquier estado del juicio, o después de terminado éste”) y reforzada en el Código de 1922 (art. 83), también encuentra su antecedente en el sistema colombiano, cuyo Código de 1890 así lo establece.

El artículo 101 que contenía una definición del indulto, que no aparece en la legislación panameña, definía el indulto como “gracia... en virtud de la cual se perdona la pena...”, sin embargo, el inciso siguiente agregaba “El indulto da por cierto que se merece la pena, pero la perdona”. Sobre todo, el artículo 104 confundiendo a la amnistía y al indulto decía: “Art. 104. Aunque en el decreto de amnistía o indulto no se mande sobreseer de oficio en los procesos, se deben dar por terminados, sin necesidad de solicitud de parte...”, aunque permitía un efecto diferido en el caso de indultos condicionales. Peor todavía, el art. 105 ni siquiera permitía al procesado alegar su derecho de inocencia, ya que si bien, en principio, permitía renunciar el indulto y solicitar la conclusión del proceso,

⁴ Magistrado ponente: Víctor Benavides

esto era posible “a menos que en el decreto se prohiba iniciar o continuar toda indagación criminal sobre el particular”.

III. El delito político como cuestionable técnica de discrecionalidad

El cuadro normativo antes descrito parece bastante claro en cuanto al alcance del delito político, por lo que cabe preguntarse la razón para el inconveniente de la jurisprudencia panameña en establecer en qué consistía el delito político.

Pensamos que la situación en Panamá demuestra que no hemos seguido el desarrollo de Colombia en la materia, sino más bien la situación generalizada en el derecho comparado en cuanto al concepto de delito político. Como lo dice el notable jurista Cherif Bassiouni, citado por Capellà (2014, p. 7), el delito político es una “etiqueta de dudosa exactitud legal”, cuya utilización corresponde con un mecanismo de discrecionalidad en la consideración de las conductas que pueden ser o no objeto de extradición y en el caso de Colombia y Panamá, sujetos a indultos.

Sobre todo, en este momento histórico de inicio de la República, esta discrecionalidad provenía de las dos vertientes del delito político: la objetiva y la subjetiva.

Respecto de la primera, cuando apenas nacía la teoría del delito, los tipos penales se caracterizaban por su casuismo y en la mayoría de las ocasiones se regulaban conductas idénticas o en extremo semejantes en categorías de delito separadas, lo que permitía un amplio arbitrio al momento de subsumir las conductas penales como delitos políticos o no.

Esto era especialmente claro en el Código Penal de 1873 de Colombia, pues como se ha dicho, el artículo 117 señalaba que quienes cometían tal “delito político” serían “declarados traidores a las instituciones”, conducta que era considerada en sí misma un delito contra el orden público (art. 177), junto con la rebelión, la sedición, el motín y la asonada y aun cuando la traición “simple” era también un delito autónomo “contra la paz y seguridad exterior de Colombia”. Posteriormente, el siguiente Código de 1890 eliminó la categoría explícita de delito político, y como se ha dicho lo fusionó con el delito de rebelión, el cual a su vez, dejó de ser considerado un delito contra el orden público, y pasó junto a la traición uno de los “delitos contra la Nación”.

En el caso de Panamá, a pesar de seguir más de cerca el Código Penal de 1873 que el de 1890, no se hace referencia expresa a “delitos políticos”, aun cuando se toman ciertos tipos penales semejantes como el supuesto del artículo 152 de los “Delitos contra los Supremos Poderes”, así como el artículo 219 de rebelión como “Delito contra el orden público”, cuya diferencia básica era que el primero era un delito calificado, predicado

respecto de funcionarios públicos y castigado, tal como en Colombia, con pena de “extrañamiento” o expulsión del territorio panameño, en tanto los segundos eran un delito común con pena de “relegación” a una colonia penitenciaria.

Este oscuro cuadro normativo ciertamente facilitó la discrecionalidad o más bien la verdadera arbitrariedad en la otra esfera de la definición de delito político: la subjetiva. Justamente, este componente del delito político lo que pretende es introducir una referencia adicional y exterior al tipo contenido en la norma penal, como elemento objetivo que describe el delito, permitiendo justificar cualquier acción siempre que se encontrara una supuesta actitud altruista, noble o de justicia.

Lo cual tiene como resultado, tal como la doctrina del acto de gobierno⁵, se entendía que era delito político aquello que el gobernante de turno que concedía el indulto entendía que era, haciendo de esta limitación carente de toda vigencia real. Para muestra de ello, el reciente estudio realizado por el profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Mario Aguilera Peña (2012) que señala textualmente:

Tomando alrededor de 200 perdones, entre amnistías e indultos, promulgados en toda la historia colombiana desde su vida republicana, hemos identificado la existencia de siete grandes eventos de perdón en los que con un mismo texto legal o con varios textos complementarios o por la forma como fueron aplicadas las medidas, se favoreció tanto a delincuentes políticos como a delincuentes comunes; se trata de siete procesos de clemencia, distribuidos cuatro en el siglo XIX y otras tres en el XX. (p. 7).

Es decir, consta la existencia reiterada de indultos dictados por delitos comunes, incluyendo al poco tiempo de la expedición de la constitución de 1863, pero especialmente luego de la promulgación de la constitución de 1886 que reintrodujo el delito político en materia de indulto, práctica que fue avalada incluso por la doctrina⁶.

Ello no es de sorprender en el contexto histórico colombiano, especialmente en el siglo XIX, plagado de inestabilidad política y continuas

⁵ Utilizada para categorizar los indultos, misma que consideramos impropia. Al respecto, véase el capítulo II de nuestra monografía (p. 6 y ss.).

⁶ Por ejemplo, Martínez (1899, p. 17, nota al pie 2), en sus comentarios al Código Penal, considera que bajo la norma de 1863, permitía al Congreso dictar indultos por delitos comunes.

guerras civiles⁷, una de las cuales marcó directamente a Panamá, la Guerra de los Mil Días, y cuyo desenlace simboliza uno de los momentos claves de nuestra historia en el fusilamiento del hoy proclamado “mártir de la nacionalidad panameña”⁸ Victoriano Lorenzo, otro evento que demuestra el uso arbitrario del concepto de delito político.

La pena de muerte ejecutada contra el líder del bando liberal panameño tuvo una obvia motivación política. No sólo porque la misma fue realizada una vez terminada la guerra por la jurisdicción militar cuya competencia era de cuestionable constitucionalidad⁹, sino que se le juzgaba por hechos ocurrido durante la guerra civil que enfrentó a los liberales y conservadores, que justamente cae en la definición de delitos políticos. Sin embargo, no conforme con juzgarle por tales delitos, se le acusó de múltiples “asesinatos” u homicidios premeditados con agravantes, sin existir prueba fehaciente de ninguno de los delitos¹⁰.

A nuestro entender, el objetivo de esta acusación, era garantizar la pena de muerte establecida para este delito en el Código Penal de 1890 (art. 598), vigente al momento, pero sobre todo, para soslayar la peculiar prohibición de pena de muerte por delitos políticos que imponía la Constitución de 1886, en su artículo 30, imputándole uno de los delitos que de acuerdo al artículo anterior, 29, era de los que permitía la imposición de la pena capital.

De esta forma, el caso de Victoriano Lorenzo coincide notablemente con uno de los ejemplos dados por Kelsen (1982) para resaltar el dualismo objetivo-subjetivo que se viene comentando:

Cuando una organización clandestina con el propósito de liberar a la patria de sus lacras, condena a

⁷ Véase, por ejemplo, Fabio Zambrano (2012). “Las guerras civiles”. Especial publicado en la Revista Semana de Colombia disponible en: <http://www.semana.com/especiales/articulo/las-guerras-civiles/109028-3>

⁸ Así lo declara la Ley 57 de 2007

⁹ Así lo reconocía, posteriormente, en Colombia Alfonso Reyes Echandía (1983, pp. 146 y ss.), como se puede observar en su trabajo “Legislación y seguridad nacional en América Latina” en *Nuevo Foro Penal*, 32, 141-150, en base a la interpretación del art. 61 de la Constitución de 1886 que señalaba: “Ninguna persona o Corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar”. Como lo señala el autor, posteriormente, la recta interpretación de esta prohibición constitucional sería aceptada por la jurisprudencia colombiana y consagrada definitivamente en la constitución de 1991, que dentro del capítulo “De los estados de excepción”, señala en el inciso final del artículo 213: “En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”.

¹⁰ Al respecto véase el trabajo colectivo de H. Ricord, C. Muñoz, J. Reyes y C. Santana (1974) “Análisis jurídico de la ejecución de Victoriano Lorenzo” en *Revista Jurídica Panameña*, 4, 121-141.

muerte a alguien considerado por ella como un traidor, lo que subjetivamente considera, y denomina, como una condena capital que hace cumplir por un hombre de confianza, objetivamente, desde el punto de vista jurídico, no constituye la ejecución de una sentencia de muerte, sino un asesinato político, aunque en cuanto el acontecer externo en nada se distinga del cumplimiento de una condena capital. (pp. 16-17).

Ciertamente, los constantes cambios constitucionales en materia de indulto no contribuyeron respecto de la incertidumbre sobre la materia, sobre todo cuando el tema era tratado a nivel legal. Por ejemplo, el Código Civil de Colombia en su artículo 315 al tratar la emancipación judicial señalaba:

ARTÍCULO 315. La emancipación judicial se efectúa por decreto de juez:

*...
4º) Cuando por una sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada, se ha declarado al padre culpable de un hecho a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra igual o mayor gravedad.*

*...
La emancipación tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena, a menos que en el indulto se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad.*

Dado que la causal se refiere al tiempo de la pena, y nada dice sobre la naturaleza de delito, dio lugar para que, por ejemplo, el distinguido civilista Fernando Vélez (1926) concluyera, en plena vigencia de la Constitución de 1886, que el indulto seguía siendo procedente respecto de delitos comunes, en un razonamiento sumamente plausible.

No debe confundirse el indulto con la amnistía. El primero es la remisión de la pena y se refiere a delitos comunes. La segunda, es el olvido de los delitos políticos. Juzgamos, en consecuencia que el número 4º del artículo 315 se refiere a penas impuestas a los padres por la ejecución de un delito común, y esto es lo razonable, pues no sería justo que a un individuo condenado por delito político, se le impusiese la grave sanción civil de perder la patria potestad.

La Constitución no dice quién puede conceder indultos por delitos comunes. Parece, por lo tanto, que el otorgarlos es atribución natural del Congreso, porque a éste

le corresponde legislar sobre todos los asuntos en general. Así es que por medio de una ley quizá puede indultar a un reo, y si esto pudiere, es claro que puede establecer en ella que el indultado conserve la patria potestad. (p. 347, Tomo I).

A pesar de esta situación de incertidumbre, la referencia al indulto del artículo 315 del Código Civil se mantuvo hasta su subrogación en 1974 (Decreto 2820).

Esta tensión entre el marco legal y la práctica también se trasladó a Panamá.

El deseo de ampliar la facultad de indulto del Presidente se infiere de la formulación utilizada en el Código Penal, que no aparecía en la norma penal colombiana, que señalaba en su artículo 32: “El Presidente de la República, tiene la facultad de conceder libremente indultos por delitos políticos”. Decimos esto pues, en Panamá, el adjetivo “libre” respecto de una facultad, supone brindar a una autoridad pública el máximo margen de discrecionalidad en la toma de una decisión¹¹, como ha aparecido y aparece respecto de la decisión del Presidente de elegir a los Ministros de Estados (“Nombrar y separar libremente a los Ministros de Estado”, actualmente en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución), así como respecto de los funcionarios administrativos no amparados por carrera pública o término fijo que por esta virtud son denominados “de libre nombramiento y remoción”. Justamente, en el derecho comparado, la jurisprudencia española ha calificado históricamente el indulto como una facultad “libérrima” y, por tanto, hasta hace poco, no sometida al control jurisdiccional, como lo comenta Tomás-Ramón Fernández (2014).

Posiblemente por ello, siendo que en Panamá nunca se presentó un conflicto interno de la naturaleza que ha experimentado Colombia, el concepto de delito político sufrió una mutación en atención a las vicisitudes de la incipiente democracia panameña aplicando a conductas delictivas en el contexto electoral.

Es así, que a pesar del marco constitucional y legal vigente en ese momento, se dicta la Ley 31 de 1918, por la cual se concede una gracia,

¹¹ Esto se observa, en el derecho administrativo, como lo expone Maurer (2012, p.12) al evaluar el grado de vinculación de la actuación de la administración a la ley: “La actividad administrativa libre de ley, en cambio, no se encuentra determinada legalmente. La administración, en el marco de la misma, puede actuar por propia iniciativa y según su propia concepción de lo que deba hacerse”, si bien agrega que debe observar límites y vínculos genéricos impuestos por el derecho como la competencia. (*Derecho administrativo alemán*. México, D.F.: UNAM.)

que con una supuesta conmemoración del fin de la primera Guerra Mundial, considera como delitos políticos “los hechos punibles ocurridos con motivo de las elecciones populares efectuadas en el año 1916” (art. 3), es decir, una amnistía por delitos que no entraban dentro de los definidos como políticos, además de conceder una rebaja de pena a todos los reos “en los establecimientos de castigo en la República... que hayan observado buena conducta y que anteriormente no hayan sido indultados” (art. 1), así como una amnistía a favor de *“los panameños ausentes del país, condenados o no, por creérseles responsables de delitos comunes que no sean asesinato, robo, asalto, incendiarismo, alcahuetería, sodomía y sus similares”* (art. 2).

IV. Esbozo de la evolución reciente del ámbito del delito político en Colombia

La divergencia entre la Constitución y el Código Penal en Colombia, dio lugar a que numerosas leyes y decretos que otorgaban indultos y amnistías atribuyeran el significado de delito político para tal efecto, algunas favoreciendo la tesis subjetiva, pero progresivamente la mayoría establecería un sentido objetivo del término.

En el caso de los decretos dictados por el Presidente, estos indultos, pero sobre todo, las amnistías (y figuras semejantes) que tal como sucede en Panamá, de acuerdo a la Constitución colombiana correspondía exclusivamente al Congreso de ese país, se expedían bajo el argumento de que eran medidas relacionadas con una previa declaración de turbación del orden público y estado de sitio, en aplicación del artículo 121 de la Constitución de 1886. Esta interpretación que podía ser aceptada bajo la regulación original del estado de sitio en Colombia que permitía al Presidente tomar “medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo”, era cuestionable a partir de la reforma constitucional realizada por Acto Legislativo 3 de 1910 que señalaba: *“El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio”*.

Si bien existen antecedentes¹², por motivos de extensión, nos concentraremos en los indultos y amnistías dictadas con posterioridad a 1980, habiéndose dictado un nuevo Código Penal, como el caso de la Ley 37 de 1981, por la cual se declara una amnistía condicional (aunque

¹² Como el Decreto 2184 de 1953 y el Decreto 1823 dictados luego del golpe militar de 1953 por el Teniente General Gustavo Rojas y dirigido a favorecer a miembros de las Fuerzas Armadas que habían participado en un frustrado intento de golpe.

también otorga un indulto general, como se deduce del art. 11 que señala “extiéndese el beneficio de amnistía a los colombianos que se encuentren privados de la libertad, procesados o condenados”), delimita el delito político en sentido objetivo al establecer la medida sólo para delitos de “rebelión, sedición o asonada y delitos conexos con los anteriores, cometidos antes de la vigencia de la presente Ley.” (art. 1). Esta norma tiene importancia, ya que es una de las primeras dictadas bajo la recién dictada normativa penal, reconduciendo el ámbito del delito político a una tipificación específica e incluso coincidente con el origen histórico de la figura en Colombia, puesto que como se dijo, las figuras de rebelión, sedición o asonada estaban incluidas como delitos contra el orden público en el art. 177 del Código Penal de 1873, y que ahora era reguladas en forma conjunta, junto a otras conductas dentro del Título “De los Delitos contra el Régimen Constitucional” del Código Penal de 1980 (arts. 125-132).

A párrafo seguido, la misma ley también establecía una enumeración, si bien abierta, de delitos conexos excluidos de la amnistía como “secuestro, la extorsión, el homicidio cometido fuera de combate, el incendio, el envenenamiento de fuentes o depósitos de agua, y, en general, con actos de ferocidad o barbarie”.

Este punto fue lo que llevó a una controversia constitucional por considerarse ilegítima la exclusión de estas conductas que fue decidida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia mediante sentencia de 22 de octubre de 1981 declarándose exequible tal exclusión.

A partir de entonces, se dictaron varias normas que favorecieron una definición objetiva del delito político limitado a la rebelión, sedición y asonada; y si bien todos excluían determinadas conductas, las mismas eran variables (diferencias en cursiva) y a medida que se acercaba la Constituyente de 1991, las exclusiones de delitos conexos fueron siendo menos restrictivas.

NORMA	DELITOS CONEXOS EXCLUIDOS
Decreto 474 de 1982, por el cual se dictan medidas tendientes al pronto restablecimiento del orden público interno	Homicidio fuera de combate, secuestro y extorsión, <i>o estén ilegalmente en libertad por haber incurrido en el delito de fuga de presos.</i> (art. 5).
Ley 35 de 1982, por la cual se decreta una amnistía y se dictan normas tendientes al	Homicidios fuera de combate, <i>cometidos con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o</i>

restablecimiento y preservación de la paz	<i>aprovechándose de esa situación.</i> (art. 3).
Ley 49 de 1985, por la cual se concede una autorización al Presidente de la República, se regula el ejercicio de la facultad de conceder indultos y se dictan otras disposiciones	Secuestro, extorsión, <i>delitos relacionados a estupefacientes</i> y homicidio fuera de combate, cometido con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación. (#2, art. 1).
Ley 77 de 1989, por la cual se faculta al Presidente de la República para conceder indultos y se regulan casos de cesación de procedimiento penal y de expedición de autos inhibitorios en desarrollo de la política de reconciliación.	Homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, colocando a la víctima en estado de indefensión, actos de ferocidad o barbarie o a <i>quienes formen parte de organizaciones terroristas.</i> (art. 6).

Respecto de estas normas, conviene resaltar lo siguientes

- La fórmula utilizada a partir de la Ley 35 de 1982 sobre exclusión de homicidios fuera de combate sólo en ciertas condiciones excedía lo dispuesto en el artículo 127 del Código Penal (y seguido por la Ley 37 de 1981 y el Decreto 474 de 1982) que sólo lo hacía respecto de la pena por “hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”. Por ello según CAJAR¹³ (2001) tal amnistía cobijó a los miembros del M-19 que tomaron la embajada de República Dominicana en 1980 y donde se cometieron delitos como homicidios, lesiones personales, toma de rehenes, destrucción de bienes, entre otras¹⁴.
- El Decreto 474 de 1982, sin mencionarlo por su denominación, otorga una amnistía —facultad exclusiva del Congreso colombiano— ya que declaraba extinguida la acción penal (arts. 3 y 7), así como la pena (art. 4) respecto de los procesados y condenados no detenidos. Por esta razón, se demandó su constitucionalidad y en sentencia 17 de 10 de mayo de 1982 la Corte Suprema en decisión dividida lo declaró *exequible* (o constitucional).

¹³ Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo de Colombia.

¹⁴ Véase la sección “Amnistías e indultos en procesos de criminalización de la protesta social y popular” en el Capítulo “Amnistía e Indulto para opositores Políticos”.

Estos precedentes son lo que explican que la Constitución de 1991, que es la que contiene la regulación actual del indulto en Colombia, haya mantenido la centenaria y peculiar restricción a delitos políticos, agregando el artículo transitorio 30:

*Autorízase al Gobierno Nacional para conceder indultos o **amnistías** por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente Acto Constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto el Gobierno Nacional expedirá las reglamentaciones correspondientes. Este beneficio no podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima.*

En atención a esta habilitación especial, se dicta el Decreto 1943 de 1991, por el cual se dictan medidas sobre indulto y amnistía. Tanto antes como después numerosas normas de indulto y amnistía siguen estableciendo en términos más o menos amplios los confines del concepto de delito político y sobre todo los delitos conexos¹⁵.

Sin embargo, es justamente por esta fecha CUANDO entra un elemento nuevo como la jurisprudencia de la recién creada Corte Constitucional de Colombia que se pronuncia en numerosas ocasiones sobre normas relacionadas con el delito político respecto del indulto y la amnistía. A partir de su creación, ha dictado numerosos fallos sobre la materia, que en líneas generales (y no sin ciertas contradicciones) han favorecido un concepto objetivo de delito político, aunque manteniendo un margen de discrecionalidad en cuanto a la delimitación de los delitos conexos. En forma resumida (y en orden cronológico), destacan las siguientes decisiones:

- C-171/93: Declara *inexequible* o inconstitucional el Decreto 264 de 1993, “Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios por colaboración con la justicia” respecto de delitos comunes, por considerar la Corte que algunos de los beneficios implicaba un “indulto disfrazado” “gracia ésta reservada exclusivamente a los delitos políticos” y agregó: “Los hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carrobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de

¹⁵ Como el Decreto 213 de 1991, la Ley 7 de 1992, el Decreto 1833 de 1992, el Decreto 445 de 1993 y la Ley 418 de 1997 (en particular, el Título III “Causales de extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos), sin perjuicio de otros que se mencionan a continuación.

profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos”.

- C-069/94: Declara *exequible* o constitucional las exclusiones del indulto y amnistía a los autores o copartícipes del delito de secuestro a título de delito político o conexo de la Ley 40 de 1993 (art. 14), por la cual se adopta el estatuto de nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones.
- C-179/94: Declara *inexequible* o inconstitucional la parte final de párrafo 2 del artículo 4 de proyecto de ley estatutaria "Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia" que permitía al Presidente en casos de conmoción interior otorgar amnistías e indultos generales por delitos políticos y conexos, por considerar que dicha facultad era una exclusiva e indelegable del Congreso, aun en estado de sitio o excepción.
- C-009/95: Declarara *exequible* los tipos penales de rebelión, sedición y asonada del Código Penal de 1980, así como el de conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal del mando. La Corte señala explícitamente que los tres primeros tipos engloban los delitos políticos.
- C-456/97: Declara *inexequible* el artículo 127 del Código Penal de 1980 y el artículo 184 del Código de Justicia Penal Militar de 1988 que excluía de la pena por hechos cometidos en combate por responsables de los delitos de rebelión o sedición salvo que hubiere sido acto de "ferocidad, barbarie o terrorismo", por considerar la Corte que constituía una "amnistía general, anticipada e intemporal", contraria a la disposición constitucional. Implícitamente, la decisión excluye como delito conexo el homicidio en forma general. Además, por un lado plantea que el delito político es un concepto excepcional y de aplicación restrictiva, pero por otro señala que es el Congreso quien debe definir los delitos comunes conexos con los políticos susceptibles de amnistía e indulto. Adicionalmente, la sentencia hace uso del derecho comparado aludiendo a la regulación de delitos políticos en España y Argentina, sin siquiera comentar la peculiaridad del indulto de Colombia.

Esta decisión supone una vuelta al sistema establecido desde el Código de 1890 cuyo art. 176 señalaba: "*Las penas señaladas a los rebeldes se les aplicarán sin perjuicio de las en que incurran por cualquier otro delito que hubieren cometido durante el movimiento*"; en tanto que el art. 177, matizando lo anterior, establecía una serie de actos considerados como "parte de la rebelión", agregando en forma reiterativa exclusiones de estos:

“Pero en ningún caso se considerarán como actos de rebelión, las violencias ejecutadas contra las personas o las propiedades de los particulares... o la violencia a la persona que de cualquier manera hostilice el movimiento, mientras se halle en tal condición...”

“Se tendrán como actos especialmente prohibidos en los dos incisos anteriores... el homicidio y demás violencias contra las personas, ejecutados fuera de una función de armas...”

- C-695/02: Refrendando la decisión de C-069/94, declara *exequible* la exclusión de amnistías e indultos a autores o partícipe del delito de secuestro, así como terrorismo o extorsión de la Ley 733 de 2002. (art. 13). Señala que el legislador tiene amplia capacidad para extender los beneficios constitucionales del delito político como la amnistía y el indulto a delitos conexos, de acuerdo a los criterios de razonabilidad e igualdad, según los cuales *“no puede extender arbitrariamente esos beneficios a conductas ajenas a su naturaleza, ni tampoco realizar inclusiones o exclusiones que comporten un tratamiento diferenciado injustificado”*.
- C-928/05: Declara condicionalmente *exequible* Ley 782 de 2002 que señalaba la posibilidad de conceder indultos a los *“que abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y así lo soliciten, y hayan además demostrado, a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil”*, sin señalar explícitamente que los indultos sólo son respecto de delitos políticos, circunscribiéndolo como lo había hecho en C-009/95 a los delitos de rebelión, sedición y asonada.

A partir de inicios del presente siglo, la Corte Constitucional ha discutido el delito político además del ámbito de la extradición, respecto de la participación política, otra peculiaridad del sistema colombiano, especialmente a partir de la presente década y que también revisaremos muy brevemente:

- C-986/10: Declara *exequible* el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009, que reforma el artículo 122 de la Constitución que excluye de cargos públicos y de elección popular (así como de correr como candidato) a personas condenadas por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales y otras conductas delictivas. Se mantiene la definición objetiva de delitos políticos; en cuanto a los delitos conexos, la Corte sigue estableciendo la libertad del Congreso de definirlos, pero en esta ocasión agregó que esto tenía la obligación de excluir una serie de ilícitos más amplia que en decisiones anteriores como **delitos atroces** según fueron definidos, por ejemplo por la C-171/93, así como *“crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, graves infracciones al derecho internacional humanitario o a los derechos humanos”*.

Posteriormente, el debate sobre el delito político se reabre, en el contexto del diálogo de paz iniciado en 2012, con la reforma constitucional del Acto Legislativo 1 de ese mismo año, que introdujo un nuevo artículo transitorio, 67, que en contra de la evolución jurisprudencial, reducía considerablemente las exclusiones de delitos conexos en una redacción oscura, aunque limitado exclusivamente a la participación política de los grupos armados:

*Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos **que adquieran la connotación** de crímenes de lesa humanidad y genocidio **cometidos de manera sistemática**, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos.*

Contra esta norma se interpuso acción de inconstitucionalidad y a pesar de las posiciones contrarias la Corte Constitucional en sentencia C-577/14 declaró exequible la misma, explicando que no era obligatorio la coincidencia de alcance del concepto de delito político en materia de participación política, y en cuanto al indulto y amnistía o extradición, relacionadas a una materia penal. En este caso, la Corte se observa más limitada en cuanto a las excepciones de delitos conexos para indultos y amnistías que la antes enumerada señalando:

En conclusión, se puede sostener que en materia de indulto y amnistía, la Corte Constitucional, si bien ha reconocido la libertad configurativa que tiene el legislador para establecer cuales delitos conexos al político podrán gozar de este beneficio, ha excluido expresamente conductas como el homicidio fuera de combate, el terrorismo, el secuestro y la extorsión utilizando parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y dejando clara la necesidad de respetar los estándares internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Y en cuanto al punto en discusión, reconoció implícitamente la peculiaridad del ordenamiento colombiano en cuanto al uso del concepto de delito político respecto de la participación política:

Por el contrario, frente al delito político en el ámbito de la participación política, los desarrollos jurisprudenciales

han sido mínimos y no existen estándares internacionales que limiten su aplicación, lo que implica que el Estado goza de pleno margen de discrecionalidad en especial, cuando se trata de un contexto de justicia transicional que busca poner fin a un conflicto armado de décadas.

V. Reflexiones de la situación colombiana sobre el delito político en el ordenamiento panameño y las perspectivas de reforma

Si bien, en este breve espacio, no es posible realizar una revisión detallada de la situación actual en Panamá sobre la materia, el recuento antes realizado nos permite extraer algunas reflexiones sobre la situación del delito político como causa de indulto en Panamá.

En cuanto al origen del delito político como restricción al indulto en Colombia —o en forma general, la facultad de impedir la aplicación de las leyes penales, si se incluye también la amnistía—, de este recorrido histórico se puede deducir que poco o nada tiene que ver con un deseo de limitar la facultad presidencial en la materia como medio para intervenir en la función judicial en respeto de la separación de poderes (como se observa de la frecuencia con que se han dictado normas para indultos y amnistías), sino con una práctica relacionada a una historia política rodeada de inestabilidad y violencia, entendido como una facultad plenamente discrecional, semejante al resto del derecho comparado, hasta tanto la Corte Constitucional no ha atajado esta costumbre en fecha relativamente reciente.

En cuanto a su contenido, lo primero que puede decirse es que contrario a lo que sugiere, por ejemplo, la sentencia de 4 de julio de 2014 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá el ámbito del delito político en Colombia es, como se ha visto, un producto principalmente jurisprudencial y no legal y, por tanto, su contenido sigue sin definirse en forma definitiva.

En cuanto a su ámbito concreto, si bien la normativa panameña ha empezado a tomar la dirección del ordenamiento colombiano en buscar un sentido objetivo del delito político mediante la indicación de conductas excluidas a título de delito conexo de este beneficio, como lo hace apenas el Código Penal de 2007 (art. 116 del Texto Único de 2010), pero especialmente el Código Procesal Penal de 2008 (art. 518, numeral 7), sobre todo, luego de la modificación de la Ley 35 de 2013, la jurisprudencia se mantiene apegada a una noción subjetiva del delito como se observa en la sentencia de 4 de julio de 2014:

...el Pleno de la Corte ha mantenido en materia de indulto, que la valoración de delito político no debe ser

restringida, sino que puede abarcar delitos comunes que se cometen dentro de un contexto histórico o una situación fáctica determinada, que conlleva una clara finalidad política.

Pero, incluso, respecto de los delitos políticos “puros” esta jurisprudencia se desmarca del sistema colombiano, pues desde la importante sentencia de 30 de junio de 2008, se sostiene que en Panamá esta categoría estaría integrada por los delitos contra la personalidad interna del Estado, en forma semejante al país vecino pero, además, por los delitos electorales, que en ningún momento han sido mencionados por la jurisprudencia del país vecino.

A nuestro entender, la anterior consideración sobre el delito electoral obedece no sólo a razones históricas y puramente lingüísticas, sino por su referencia, junto con el delito político, en la Constitución como una especie de “delito especial”, como se observa en el inciso final del artículo 136 de la norma superior panameña: “*La Ley tipificará los delitos electorales y señalará las sanciones respectivas*”, además vinculado con el régimen privilegiado de responsabilidad del Presidente de la República, en el art. 191.

En este sentido, es necesario observar que la noción de delito electoral aparece mucho después del delito político en el constitucionalismo panameño, a partir de la Constitución de 1946 (art. 104), también con un paralelo y posible influencia en el constitucionalismo colombiano, cuya constitución de 1886, originalmente art. 181, y luego de reformas, art. 180 introdujo el siguiente concepto: “*La ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinios, asegurando la independencia de unas y otras funciones; definirá los delitos que menoscaban la verdad y libertad del sufragio, y establecerá la competente sanción penal*”. Sin embargo, como se ha dicho, la jurisprudencia colombiana nunca ha dado un carácter especial a este tipo de delito y muestra de ello es que la Constitución de 1991 elimina tal referencia y lo deja como un elemento innominado a ser desarrollo por la ley electoral como se observa en el art. 265, #14 como parte de la competencia del Consejo Nacional Electoral, semejante a lo que hace la Constitución panameña en el artículo 143, #4 respecto de las atribuciones del Tribunal Electoral (“*Sancionar las faltas y delitos contra la libertad y pureza del sufragio, de conformidad con la Ley...*”).

Por ello, si atendemos al desarrollo jurisprudencial colombiano, coincidimos plenamente con Pérez Rice (2009), en el sentido de que tal categoría debe excluirse de la noción de delito político, para los efectos del indulto. E, incluso, es discutible que todos los delitos contra la personalidad interna del Estado sean delitos políticos y no sólo la rebelión (art. 434), la sedición (art. 435) y el motín (art. 436) del Texto Único de

2010, tal como lo hace la jurisprudencia colombiana, pues dentro de este capítulo existen conductas que no comparten los elementos característicos de estos delitos políticos como el soborno trasnacional contra los intereses nacionales (art. 438), más bien relacionado con delitos contra la seguridad económica o más ampliamente contra el orden económico, en tanto el art. 439 establece un delito por uso no autorizado de material exclusivo de la Fuerza Pública u otra institución de protección pública que tiene como propósito “facilitar o cometer cualquier hecho delictivo”, más bien dirigido a la delincuencia común.

Por lo dicho, es sumamente preocupante posiciones como la asumida por el Anteproyecto de reforma constitucional de 2012¹⁶ que definió el delito político como delitos “contra la personalidad jurídica del Estado y contra la pureza y libertad del sufragio” (art. 73), no sólo manteniendo lo relativo a delitos electorales, sino también ampliando la primera categoría, más allá de los delitos contra la personalidad interna, cosa que no sucede en el sistema colombiano.

Ahora bien, si aplicamos la noción objetiva de delito político en Panamá, ante la realidad institucional de los últimos años, con la reinstauración de la democracia, tiene la consecuencia de hacer prácticamente imposible que el Ejecutivo pueda otorgar indultos. Y aun cuando se podría pensar que esto supone una reducción del presidencialismo, lo cierto es que en esta forma Panamá contrastaría con el derecho comparado donde no se conoce sistema, presidencial o parlamentario, donde no exista el indulto.

Con todo, esto no sería problemático en tanto se mantiene la facultad de rebaja de penas y la concesión de la libertad condicional a delitos comunes, modalidad esta última de perdón que se encuentra regulada en el Código Penal.

Sin embargo, es en extremo preocupante que también la mencionada propuesta de reforma constitucional de 2012, con el propósito de reducir “excesivas competencias” del Ejecutivo (p. 26), haya pretendido quitar toda facultad de rebaja por delitos comunes pasando a ser competencia judicial exclusiva (art. 79), manteniendo, sin embargo, la posibilidad de dar indultos por delitos políticos (art. 320, numeral 12).

Nuevamente, esto obedece a una clara transposición del ordenamiento colombiano, donde la facultad ejecutiva de rebajar penas fue eliminada de la constitución de 1886, mediante la reforma de 1968 al

¹⁶ Disponible en la dirección electrónica:
http://www.concertacion.org.pa/pdf_doc/ANTEPROYECTO_DE_ACTO_CONSTITUCIONAL_VERSION_DEFINITIVA.pdf

artículo 119, numeral 4 y así se mantuvo en la Constitución de 1991 (art. 201, numeral 2). Sin embargo, nuevamente este cambio ha sido soslayado, en este caso, mediante leyes de rebajas de penas *ad-hoc* dictadas por el Congreso colombiano que, al igual que el Ejecutivo, sólo está facultado para dictar indultos (y amnistías) como se observa en el art. 76 de la Constitución de 1886 y el art. 150 de la Constitución de 1991.

Justamente, pocos días antes de la aprobación de la reforma, se dictó la Ley 40 de 1968, por la cual se concede una rebaja de penas con motivo del Congreso Eucarístico y desde entonces es común la discusión de este tipo de perdones como se observa en el reciente Proyecto de Ley numeral 82 “por la cual se concede rebaja de pena, por una única vez”¹⁷ presentado en el Senado en 2013 y que fue archivado, motivado en el hacinamiento del sistema penitenciario, causado por “*la lentitud de la justicia para definir los fallos, detenciones arbitrarias y fallas en el debido proceso, así como dificultades en la prestación de servicios de salud*”; esto, a pesar de decisiones de la Corte Constitucional como la sentencia de tutela T-153/98 donde se ordena tomar acciones al Presidente de la Republica “*acerca de la existencia del estado de cosas inconstitucional en las prisiones*” en Colombia y desde el año 2005, con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), se aplica un sistema de corte acusatorio, tal como se ha introducido en Panamá con el Código Procesal Penal. Esta situación ha sido incluso reconocida por el Ejecutivo, por ejemplo, en documento reciente del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) titulado “Política penitenciaria y carcelaria en Colombia” de 19 de mayo de 2015¹⁸, que impulsa numerosas líneas de acciones para enfrentar esta situación de violación de los derechos humanos.

Así, teniendo en cuenta los antecedentes y los resultados de la situación colombiana, no parece prudente eliminar la facultad ejecutiva de rebajar penas y conceder libertad condicional por delitos comunes, en tanto no se lleven a cabo reformas estructurales en materia de administración de justicia, tanto a nivel presupuestario, garantizando los recursos necesarios para realizar una labor eficiente, pero además en materia de organización administrativa, mediante la implementación de las normas de Carrera Judicial, así como en materia de transparencia, cumpliéndose con el Pacto de Estado por la Justicia a fin de combatir la corrupción.

¹⁷ Disponible en la dirección electrónica:
http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=82&p_consec=37507

¹⁸ Disponible en la dirección electrónica:
<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/Pol%C3%A9tica%20penitenciaria%20y%20carcelaria.pdf>

Así, en un Órgano Judicial con serios problemas de legitimidad, con la condena del ex Presidente de la Corte Suprema, Alejandro Moncada Luna, y la renuncia en medio de la investigación contra el Magistrado Víctor Benavides, no parece prudente despojar al Ejecutivo de mecanismos como la rebaja de pena o la libertad condicional, así como el indulto como mecanismo de corrección del funcionamiento de la administración de justicia¹⁹ y que encuentra ejemplos históricos como el asunto Dreyfus en Francia.

Finalmente, y a la luz del contraste entre la situación de Colombia, donde se desarrolla un extenso conflicto armado interno, y Panamá no existe justificación razonable para que el ordenamiento panameño siga prohijando este trato privilegiado del “delincuente político” frente al común, dándole únicamente al primero el beneficio del indulto, ya que en un Estado de Derecho sólo es la democracia y la paz el único mecanismo legítimo de cambio social, resultando reprochable toda estrategia ajena a este contexto, especialmente cuando la misma supone conflicto y violencia, por lo cual ambos tipos de delito deben ser igualmente desvalorados.

Mantener esta categoría en materia de indultos en la Constitución panameña, supone el mantenimiento de un concepto anacrónico, ambiguo e insólito en el derecho comparado, semejante a la situación del derecho a portar armas que contiene la Constitución de Estados Unidos, como lo ha comentado en ese país Law y Versteeg (2012, p. 805).

Pero, siendo que no resulta prudente eliminar la facultad presidencial del indulto, como no lo ha hecho ningún ordenamiento jurídico conocido, parece pertinente proponer la estructuración de un control efectivo sobre tal facultad, que puede verse en dos formas:

1. Estructura de naturaleza política, de lo cual muestra un atisbo la Constitución de Colombia (art. 201, numeral 2), cuando obliga al Gobierno a informar sobre el ejercicio de dicha facultad. Así, pudiera el Legislativo ejercer un control político sobre los indultos

¹⁹ Así lo ha reconocido la jurisprudencia española, por ejemplo, en la importante sentencia de 20 de febrero de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo: “La gracia del indulto, aún justificada su existencia en el intento de consecución de la justicia material del caso concreto inspirado en el valor justicia (art. 1 CE)...”, además de que su uso “permite compatibilizar las exigencias de la justicia formal con las de la justicia material, como se afirmó en el Auto del Tribunal Constitucional 360/1990”.

A esta misma conclusión llega, para el caso de Estados Unidos, Rachel Barkow (2015) *Clemency and Presidential Administration of Criminal Law*. *New York University Law Review*, 90(3), 802-869. Disponible en la dirección electrónica: <http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-90-3-Barkow.pdf>

dictados por el Ejecutivo, lo cual parece especialmente pertinente dado el criterio extrajurídico utilizado para otorgar el indulto, lo cual pudiera incluir la posibilidad de revocar un indulto mediante una mayoría calificada (tal vez mayor de la mayoría existente en la vigente constitución panameña), e incluso dejando la posibilidad de una iniciativa popular o un referéndum para evaluar la pertinencia de un indulto otorgado.

2. Estructura de naturaleza consensual, en la forma prevista en la Constitución de la cuarta República francesa de 1941²⁰, creándose una instancia independiente con diversos representantes del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como de la sociedad civil, que idealmente tome la decisión de indulto en forma colegiada o, como alternativa (de dudosa efectividad), rinda opinión consultiva no vinculante para la toma de decisión de la instancia correspondiente²¹.

La elección de una de estas dos opciones, evitaría la necesidad de una solución extrema, como la eliminación de la facultad de indulto del ordenamiento jurídico panameño, como mecanismo de contrapeso respecto de actuaciones del Órgano Judicial, evitando una nueva forma de aislamiento respecto de la situación del derecho comparado en la materia.

²⁰ Al respecto véase L. Pereira Sánchez (2015, p. 9).

²¹ Así lo proponen para Estados Unidos Barkow & Osler (2015), quienes son favorable a ampliar los poderes presidenciales en esta materia, actualmente regulado en un procedimiento especial dando amplios poderes al Departamento (Ministerio) de Justicia, sin perjuicio de la facultad presidencial, constitucionalmente prevista. Véase: *Restructuring Clemency: The Cost of Ignoring Clemency and a Plan for Renewal. The University of Chicago Law Review*, 82(1), 1-26. Disponible en la dirección electrónica: [https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/82_1/01%20Barkow SYMP Internet.pdf](https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/82_1/01%20Barkow%20SYMP%20Internet.pdf)

PRINCIPALES FUENTES DE INFORMACIÓN CITADA

- Aguilera Peña, M. (2012). Refundemos la Nación: Perdonemos a delincuentes políticos y comunes. *Análisis político*, 25(76), 5-40. Obtenido de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/43493/44768>
- Capellà i Roig, M. (2014). ¿Qué queda del delito político en el derecho internacional contemporáneo? (Observaciones en el ámbito de la extradición y el asilo). *Revista electrónica de estudios internacionales*(28). doi:10.17103/reei.28.10
- Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. (2001). *¿Terrorismo o Rebelión? Propuestas de regulación del conflicto armado*. Bogotá. Obtenido de <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/dih/index.html>
- Fernández, T.-R. (2014). Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto. *Revista de administración pública*(194), 209-225.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (1943). *El Federalista* (1a., 5a. reimpresión (1994) ed.). México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (2a. reimpresión ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Law, D., & Versteeg, M. (2012). The declining influence of the United States Constitution. *New York University Law Review*, 87(3), 762-858. Obtenido de http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-87-3-Law-Versteeg_0.pdf
- Martínez, M. (1899). *Código penal colombiano con anotaciones y leyes reformatorias*. Bogotá: Imprenta del Departamento.
- Pereira Sánchez, L. A. (2015). *El caso de la revocatoria de indultos y su problemática situación jurídica en la legislación administrativa panameña*. Panamá: Universidad de Panamá. Obtenido de http://www.up.ac.pa/ftp/2010/f_derecho/centro/documentos/indulto.pdf
- Pérez Price, A. R. (2009). Análisis comprehensivo del indulto en Panamá y su repercusión en la jurisdicción penal electoral. *Revista panameña de*

política(7), 73-96. Obtenido de http://cidempanama.org/wp-content/uploads/2011/04/7-05-Analysis_indulto_Pma-Ariel_Rene.pdf

Van Den Wijngaert, C. (1983). The Political Offence Exception to Extradition: Defining the issues and searching a feasible alternative. *Revue belge de droit international*, 2, 741-754. Obtenido de <http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201983/RBDI%201983-2/Etudes/RBDI%201983.2%20-%20pp.%20741%20%C3%A0%20754%20-%20Christine%20van%20den%20Wijngaert.pdf>

Vélez, F. (1926). *Estudio sobre el derecho civil colombiano* (Vol. I). (L.-A. Arango, Ed.) Paris: Imprenta Paris-America.

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: PROCEDIMIENTO Y SANCIÓN

CONSTANTINO RIQUELME ORTIZ

Actualmente se encuentra en la finalización de la Diplomatura de Estado en el Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Complutense de Madrid - España, tiene una Diplomatura de Estudios Avanzados en el Doctorado en Derecho Internacional Público por la Universidad Autónoma de Madrid España y una Maestría en Ciencias Políticas obtenido en la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Es Coautor en la Obra Jurídica “La Corte Penal Internacional: Una Perspectiva Latinoamericana”. Publicado por la Universidad For Peace de Naciones Unidas en el Tema: Los Crímenes Internacionales y los Mecanismos de Sanción en América Latina. Expositor Internacional en el Tema Derechos Humanos. Tutela Judicial Efectiva. Evento realizado en la Universidad de Guadalajara - México en Mayo de 2015; ha sido Expositor Internacional en el Seminario Venezuela y la Corte Penal Internacional en el tema Competencia y Admisibilidad en la Corte Penal Internacional. Evento organizado por el Centro para la Paz y los Derechos Humanos “Padre Luis María Olaso” de la Universidad Central de Venezuela en fecha 11 de Marzo de 2015; ha sido Expositor Internacional en el Tema Nuevas Tendencias en el Derecho Penal Internacional. Evento realizado en el Auditorio de la Universidad Libre de Colombia en fecha 22 de Septiembre de 2014. Reconocimiento como Docente ante el Trigésimo Primer Modelo de la Asamblea General de la OEA para las Universidades del Hemisferio. Washington, D.C, 26 de Julio de 2013; Reconocimiento a la Participación en la Décima Primera Edición de la Competencia Internacional “Víctor Carlos García Moreno” del Procedimiento ante la Corte Penal Internacional. México, D.F., Mayo de 2012; Expositor Internacional en el Tema Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Universidad Central de Venezuela celebrado el 13 de Marzo de 2012; Expositor Internacional en el Sexto Modelo de Naciones Unidas (MONUUNQ) en el Tema “Violaciones Sistemáticas a los Derechos Humanos” en la Universidad Nacional de Quilmes. Buenos Aires – Argentina en fecha de Agosto de 2011; Reconocimiento a la Sobresaliente Coordinación de la Delegación de la USMA en el XXVIII Modelo de Asamblea General de la OEA, para Universidades del Hemisferio. Invitado como Expositor Internacional por la OEA por iniciativa de la Cruz Roja Internacional en el tema “Aplicación y cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario en la actualidad”. Washington, D.C., 24 de Enero de 2008

La búsqueda de establecer una jurisdicción en el campo del derecho penal internacional tiene como antecedente la propuesta del Barón Descamps como Presidente del Comité Consultivo de Juristas de constituir una Corte Penal Internacional, producto del atentado terrorista cometido en Marsella contra el Ministro Francés Barthou y el Rey Alejandro I de Yugoslavia.

Desde la propuesta establecida en aquel momento por el Barón Descamps, la jurisdicción penal internacional, cuyo propósito descansa en la tipicidad de la calificación de crímenes de derecho internacional, han sido diversos eventos circunstanciales los que han prohiado un nuevo orden jurídico internacional, cuyo propósito descansa en preservar la paz y la seguridad internacionales por lo cual se hace necesario la cristalización de un Código Penal Internacional que homologue la sanción penal, ante la conformación de determinados crímenes del derecho internacional.

La práctica internacional logra un consenso en su evolución a través del derecho consuetudinario y convencional de tipificar actos de suma gravedad que atentan contra la protección internacional de los derechos humanos, así como del derecho internacional humanitario, logrando así su cometido el Estatuto de Roma – base jurídica de la Corte Penal Internacional – cuya jurisdicción representada en sus competencias, le permiten la imposición de sanciones ante la comisión de crímenes del derecho internacional.

La consolidación de este Tribunal en el año de 2002, le permite constituirse en el primer mecanismo permanente para la justicia en transición al establecer en su conformación una amplia institución jurídica, que logrará un avance en el desarrollo de la jurisdicción penal internacional, permitiendo, en consecuencia, fortalecer el respeto por la democracia y de los derechos humanos al que debe tener acceso todo individuo dentro del marco internacional. Claro está que la jurisdicción de este Tribunal no permitirá que las personas no puedan ejercer su *locus standi*,¹ como es el caso de las decisiones provenientes del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Véase. Bassiouni, M. Cherif. La Corte Penal Internacional. Elementos de los Delitos y Reglas de Procedimiento y Prueba. Editorial Leyer. Bogotá, D.C. Colombia. 2002. Pág. 158

Define Rafael Zafra este Tribunal² como el órgano jurisdiccional internacional de carácter permanente, establecido mediante instrumento convencional para disponer una solución judicial, en conformidad con su jurisdicción y competencia, a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

ESTRUCTURA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Una de las características principales de la Corte Penal Internacional instituida a través del Estatuto de Roma es que se constituye en un tribunal cuya conformación goza de un aparato judicial de carácter penal internacional, permanente, predeterminado, especializado, autónomo y compuesto por una personalidad jurídica internacional, de la cual deriva la conformación de privilegios e inmunidades, con funciones permanentes y con jurisdicción sobre personas y no sobre Estados. Al referirnos a "personas" estamos determinando la jurisdicción de este tribunal sobre personas naturales y no jurídicas como tales.

A su vez el Estatuto de Roma constituido y estructurado en 128 artículos, así como las reglas de procedimiento y prueba y los elementos de los crímenes constituyen los instrumentos de la jurisdicción penal internacional, para impartir justicia desde el marco universal y frente a la comisión de crímenes de mayor gravedad como son los crímenes de lesa humanidad, genocidio, guerra y agresión (tipificado en Kampala).

Al estudiar los instrumentos que protegen los derechos del individuo, podemos observar cómo ciertos conceptos, entre ellos el respeto a la dignidad humana, la prohibición de tratos humillantes y degradantes, son nuevas garantías judiciales recogidas en el Estatuto de Roma, pero que ampliamente han sido establecidas en instrumentos internacionales aprobados por las Naciones Unidas y que prevén sanciones ante la calificación de la comisión de estos actos.

La conformación en julio de 1998 en Roma de este tribunal internacional, como jurisdicción complementaria de los Estados, es consecuente con los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas, permitiendo así que las jurisdicciones internas de los Estados miembros desarrollen normas que les permitan sancionar a los responsables, reparar a las víctimas, y restablecer sus derechos.

² V. Zafra Espinosa, Rafael. El Establecimiento Convencional de la Corte Penal Internacional: Grandeza y Servidumbre. Carrillo Salcedo, Juan Antonio (Coord.) En Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000. Pág. 201

Sobre la base de su conformación es importante señalar que quienes cometan actos como crímenes internacionales, si no pueden ser juzgados por tribunales nacionales de un país, deben ser juzgados bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional con sede en La Haya.

La puesta en ejecución de la Corte Penal Internacional no busca reducir el ámbito de los tribunales nacionales, sino permitir la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional con respecto al ámbito jurisdiccional de un país, permitiendo así un desarrollo del principio de jurisdicción universal.

Señala al respecto el Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia Don José Manuel Cepeda³, en Sentencia 578 del 2002

³ Plantea el Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia que el Estatuto de Roma representa un gran paso hacia la protección efectiva de la dignidad del ser humano por numerosas razones de las cuales esta Corte Constitucional destaca las siguientes:

1. Por una razón histórica. La creación de una Corte Penal Internacional con jurisdicción permanente marca un hito en la construcción de instituciones internacionales para proteger de manera efectiva el núcleo de derechos mínimos, mediante juicios de responsabilidad penal individual, por una Corte que no es creada ad hoc, ni es el resultado del triunfo de unos Estados sobre otros al final de una guerra, ni es la imposición de las reglas de unos Estados poderosos a los habitantes de otro.
2. Por una razón ética: las conductas punibles de competencia de la Corte Penal Internacional comprenden las violaciones a los parámetros fundamentales de respeto por el ser humano que no pueden ser desconocidos, ni aún en situaciones de conflicto armado internacional o interno, los cuales han sido gradualmente identificados y definidos por la comunidad internacional a lo largo de varios siglos con el fin de superar la barbarie.
3. Por una razón política: el poder de quienes en el pasado han ordenado, promovido, coadyuvado, planeado, permitido u ocultado las conductas punibles de competencia de la Corte Penal Internacional, también sirvió para impedir que se supiera la verdad o que se hiciera justicia. La Corte Penal Internacional ha sido creada por un Estatuto que cuenta dentro de sus propósitos medulares evitar la impunidad de los detentadores transitorios de poder o de los protegidos por ellos, hasta la más alta jerarquía y garantizar la efectividad de los derechos de las víctimas y perjudicados a conocer la verdad, a obtener justicia y a recibir una reparación justa por los daños que dichas conductas les han ocasionado, a fin de que dichas conductas no se repitan en el futuro.
4. Por una razón jurídica: El Estatuto de Roma representa la cristalización de un proceso de reflexión, a cargo de juristas de diversas tradiciones, perspectivas y orígenes, encaminando a ampliar el ámbito del derecho internacional con la edificación de un régimen de responsabilidad penal individual internacional respaldado por una estructura orgánica institucionalmente capaz de administrar justicia a nivel mundial, respetando la dignidad de cada nación pero sin depender de autorizaciones políticas previas y actuando bajo la égida del principio de imparcialidad. Sentencia C-578 de 2002. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinoza. Corte Constitucional de Colombia. 30 de Julio de 2002. V. Bassiouni Cherif y otros. La Corte Penal Internacional. Editorial Leyer. Colombia. 2002. Pág. 381-382

refiriéndose a la exequibilidad de Ley 742 del 5 de junio de 2002, que aprueba el Estatuto de Roma por parte del Estado Colombiano, que la creación de la Corte Penal Internacional representa un gran paso, hacia la protección efectiva de la dignidad del ser humano, mediante la aplicación de instrumentos jurídicos internacionales.

Es preciso recordar la historia de muchos regímenes latinoamericanos, cuya condición de autoritarismo, hizo evidente el desconocimiento por los más elementales principios de protección de los derechos humanos, al igual que por el respeto a lo establecido en normas de protección del derecho internacional humanitario.

Aun cuando persiste en muchos países la conformación de desaparición forzada de personas, ejecuciones sumarias y extrajudiciales, como resultado del crecimiento delictivo y cometido por individuos y organizaciones delictivas, que ante la conformación de actos de corrupción en tribunales, perpetúan la impunidad como límite ante la eficacia de la justicia penal internacional. En América Latina el desarrollo o influencia de la doctrina de seguridad nacional, surgida del entorno de la guerra fría, permitió ejecutar los más horrendos actos criminales dejándonos un legado de investigaciones penales aún no concluidas que no garantizan la justicia integral a las víctimas directas o indirectas, de primera o segunda generación, conocer las circunstancias que motivaron la desaparición o muerte de sus familiares o vecinos.

Este crecimiento de la Corte Penal Internacional, nos permite que la tutela de los derechos del ser humano, no sólo pertenezcan a un Estado en particular, sino a un nuevo orden jurídico penal internacional. Es relevante destacar este nivel jurisdiccional, ya que estamos ante un caso de extraterritorialidad de la jurisdicción penal que busca, ante todo, castigar a los principales sospechosos de haber incurrido en la ejecución de acciones graves, como son la violación de los más elementales derechos.

Se comprende, así, la dificultad que motivó una tardía aprobación de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente, debido a la renuencia de muchos Estados a ceder soberanía territorial y legal, limitando el ejercicio de jurisdicción de un tribunal internacional, investido de poder de sanción, para juzgar a posibles infractores que han incurrido en el ejercicio de crímenes de derecho internacional.

El país benefactor o protector de presuntos responsables, debe ayudar en la extradición de un imputado, refugiado en aquel país que lo protege, para que responda ante una instancia internacional, por haber incurrido en la ejecución grave de crímenes de derecho internacional, permitiendo así un logro en el ejercicio de una verdadera jurisdicción

internacional penal, que le permita abrir causa procesal al infractor del crimen.

La validez jurisdiccional de un Estado parte, queda a criterio particular de la CPI, al momento de decidir si un hecho es ilícito y grave y en consecuencia de carácter internacional. Las críticas contra la Corte Penal Internacional se deben en mayor medida al papel supranacional de esta instancia judicial de carácter penal internacional.

Estas innovaciones producidas por la CPI, han motivado a muchos países realizar cambios estructurales, y entre ellos podemos mencionar la aceptación de lo normado por la República de Francia, que dispone en su Título VI de la Constitución, la incorporación de esta República a la jurisdicción de la CPI. De igual manera la República de Portugal, mediante Ley Constitucional incorporó a su artículo VII, un nuevo numeral 7, que dispone la aceptación de la complementariedad de la CPI, con respecto a la jurisdicción interna del país.

Por su parte otros países como Luxemburgo, han realizado modificaciones de lo preceptuado en su artículo 118; Irlanda lo ha incorporado mediante su Vigésima Tercera Enmienda. Sin embargo existe el caso de otros países que sus disposiciones constitucionales permiten adoptar lo preceptuado por la CPI, sin modificar sus constituciones, al permitirle sus textos constitucionales la autorización y transferencia de la soberanía en esta materia, logrando señalar dentro de estos países, a Argentina, Austria, Holanda e Italia. Otros Estados han optado por modificar sus sistemas penales internos al igual que la constitución para que no ocasione errores de interpretación e incompatibilidades entre la Corte Penal Internacional y los Tribunales de Justicia⁴ de los Estados.

Por su parte me parece relevante esgrimir la postura negativa de los Estados Unidos en la conformación de este tribunal penal internacional, quien suscribió el contenido del Estatuto en diciembre de 2000, y luego retiró el contenido de su firma. Sobre la base del rechazo podemos esgrimir los comentarios vertidos por el Senador Jesse Helms⁵ como

⁴ Un tratadista ha explicado que un “Tribunal de Justicia Constitucional, en su actuación, no sólo debe ejecutar técnica jurídica, sino también tener en cuenta, en los límites de los principios constitucionales, las corrientes de opinión, las transformaciones y la evolución social; debe considerar la realidad social a fin de que el texto de la Constitución no obstaculice los cambios requeridos por el desarrollo y progreso del país. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 8 de abril del 2002. www.capie.org.pe/cpich.htm. Pág. 55

⁵ Sergio García Ramírez nos señala que el Financial Times el 31 de julio de 1998, bajo el elocuente título “We Must Slay This Monster”. Este tribunal señala Helms – “pretende someter a juicio la política de seguridad de los Estados Unidos”. Añadió: “mientras yo siga respirando, los Estados Unidos nunca permitirá – y repito nunca – que sus decisiones sobre

Presidente del Comité de Relaciones Exteriores del Senado al diario londinense Financial Times el 31 de julio de 1998, donde calificaba de monstruo a la Corte Penal Internacional señalando al respecto que las decisiones de seguridad nacional, no podían quedar sometidas al dominio de un tribunal penal internacional.

Es importante observar las ventajas que ha representado la constitución de este Tribunal Internacional, considerando que el ámbito universal del cual está facultado, no es dependiente del lugar de la comisión del crimen, es decir, que su ámbito jurídico es reconocido hoy en día por la mayor parte de los Estados miembros del mundo. Su objetivo principal es sancionar a individuos que cometen crímenes de derecho internacional, buscando reparar, a través de su jurisdicción, que las víctimas logren el cumplimiento de una justicia promisoría.

Entre las desventajas del recién creado Tribunal Internacional se pueden considerar su limitación ante la jurisdicción de determinados tipos de crímenes internacionales, entre ellos el terrorismo, el narcotráfico, el lavado de dinero, la trata de blancas que constituyen delitos de tipo penal ordinario y son juzgados bajo la naturaleza de la jurisdicción interna de un Estado. Aún a pesar que la sanción por naturaleza del ilícito constituyen delitos internacionales propiamente, es lamentable el alcance de la jurisdicción complementaria de la CPI, la cual permite en gran medida que los mismos respondan ante la ilicitud al ejercicio de jurisdicción soberana de los Estados.

JURISDICCIÓN MATERIAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Ahora bien, la jurisdicción de la CPI (en lo sucesivo) no constituirá la justicia de un país en particular, sino una jurisdicción universal con límites, motivada en el propósito de combatir la impunidad existente en muchos países de permitir que presuntos responsables incurran en una serie de atrocidades, ejercidas contra víctimas inocentes, permitiéndoles a través del ámbito de la jurisdicción nacional, burlar el alcance de la justicia internacional de sancionar tan graves actos.

La aplicación del principio de complementariedad en un tribunal penal internacional, es innovador. Este principio surge como consecuencia de la creciente relación entre los Estados y organismos internacionales y representa una nueva concepción dentro del sistema jurídico internacional la cual constituye al ejercicio de jurisdicción estatal, como el primero en promover el *ius puniendi*, ante la comisión de conductas graves

seguridad nacional sean juzgadas por la Corte Penal Internacional. V. García Ramírez Sergio. Ed. Cit. Pág. 113

consideradas crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Sobre al particular el artículos 17 (sobre cuestiones de admisibilidad), y el 20 numeral (3) refieren a las causales de no procesamiento de un presunto responsable, si éste ha sido procesado por otro Tribunal en razón de los hechos también prohibidos y previstos en el Estatuto de Roma.

Señala el distinguido Profesor Jorge Pueyo⁶, en referencia al principio de complementariedad que este en gran medida pervierte la filosofía del Tribunal Penal Internacional que se crea, toda vez que el papel de este tribunal no es solamente combatir la impunidad existente con respecto a los autores de crímenes de derecho internacional, sino que constituye una respuesta del derecho internacional a la comunidad internacional, para sancionar los crímenes que afectan por su trascendencia al conglomerado de la sociedad.

Se puede considerar un ideal o logro que la mayor parte de Estados que conforman el sistema internacional adecúen su jurisdicción interna al principio de complementariedad de la CPI. Claro, es difícil imaginar este cambio en los Estados que han mantenido gobiernos autoritarios caracterizados por un débil desarrollo del marco jurídico de protección de los derechos humanos, siendo en consecuencia difícil adecuar a estos Estados, el respeto y garantías de estos derechos, donde la sustracción exclusiva del poder que mantienen dentro de sus jurisdicciones nacionales, se dificulta ante un tribunal internacional que resuelva el asunto, es decir, permitirle establecer una jurisdicción penal sustitutoria.

Los elementos requeridos para una jurisdicción sustitutoria, parten de la existencia de una norma similar o equiparable en el Estado de la comisión del delito, que junto al Estado sentenciador de la causa, el cual en principio, debe reconocer la soberanía jurisdiccional del otro Estado, que en gran medida coloca fin a la causa.

En el ámbito interestatal muchos Estados son partícipes de la jurisdicción concurrente; más que el alcance de la jurisdicción complementaria o de la sustitutoria. Prueba de ello y como ejemplo clásico son las funciones que ejercen los Tribunales Penales Internacionales creados para la región de la Ex – Yugoslavia y Ruanda, donde ha sido la jurisdicción concurrente la que determina el actuar de estos tribunales penales internacionales.

⁶ V. Pueyo Losa, Jorge. Un nuevo Modelo de Cooperación Internacional en materia Penal: entre la Justicia Universal y la Jurisdicción Internacional. Cooperación Jurídica Internacional. Colección Escuela Diplomática. España. 2001. Pág. 153

Concibe Escobar Hernández⁷ el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional como el mecanismo de cooperación entre las jurisdicciones penales nacionales e internacionales, permitiendo el logro de un doble objetivo, el cual consiste en la garantía de la actuación en primera instancia de los tribunales nacionales, y en segunda asegurar la actuación jurisdiccional de un tribunal penal internacional con respecto a un hecho o acto antijurídico señalado, en el que un tribunal nacional ha actuado de manera inadecuada o inactiva, frente al desarrollo del proceso.

Con respecto al aspecto sustantivo del principio de complementariedad, es importante destacar, cómo la regulación de este principio se sustenta en la complementariedad de la Corte, y no en la sustitución de las jurisdicciones nacionales. El sistema internacional revestido en el poder de la CPI, entrará en funcionamiento cuando el derecho interno decline o no satisfaga la justicia, de la cual debe tener acceso, toda persona que ha sido afectada.

El dilema de complementariedad de este Tribunal Penal Internacional siempre está latente, y sólo basta recordar el recelo de muchos Estados de ceder su soberanía. Si un Estado abre causa procesal a un acusado de la comisión de crímenes internacionales estará limitando en gran medida el ejercicio jurisdiccional de la CPI, en cuanto a la admisibilidad en el proceso; claro está que la CPI podrá ejercer jurisdicción si concluye que el Estado juzgador es ineficaz en la administración de justicia o bajo falsa simulación de justicia busca proteger al imputado, cuya calificación es atribuible a hechos de competencia de tribunales internacionales, propio de la gravedad en la comisión de los mismos.

Si nos encontramos ante un crimen de carácter internacional, el individuo no puede protegerse tras el poder del Estado, ya que las obligaciones contraídas o normas *ius cogens* obligan al Estado miembro a entregar el procesado a la jurisdicción internacional. El Estado, por su parte, puede recurrir a la eximente de responsabilidad ante un hecho del que el responsable haya sido encausado ante la jurisdicción del presente Tribunal Penal Internacional.

Si la balanza se inclina a favor de la jurisdicción nacional, se puede correr el riesgo de que muchas conductas queden impunes y la jurisdicción penal internacional no pueda operar sobre una acción juzgada *res iudicata* propio del ejercicio de jurisdicción soberana del Estado. Si la balanza es en sentido contrario, la jurisdicción penal internacional corre el riesgo de

⁷ Escobar Hernández, Concepción. La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional: la Corte Penal Internacional. Citada por Cabezudo Rodríguez, Nicolás. La Corte Penal Internacional. Editorial Dykinson, S.L. España. 2002. Pág. 72

que el papel de supervisor de este organismo muestre la ineficacia de las jurisdicciones de los Estados partes.

En este sentido se pueden observar las dificultades que puede presentar la puesta en práctica de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, sobre los mecanismos de validar o invalidar decisiones judiciales provenientes de los Estados. Sobre el particular es importante señalar que al invalidar una decisión judicial interna, puede constituir la Corte Penal Internacional un poder judicial de revisión de los sistemas penales de los Estados, y por el otro lado validarlos, puede incurrir en la protección que muchos Estados prevén a individuos acusados de la ejecución de crímenes internacionales, cuyo efecto de procesos simulados le permiten extender una impunidad judicial ante la comisión de los hechos cometidos.

Además es importante señalar que existe un riesgo en el alcance de la jurisdicción de la CPI ante el hecho que muchos países pueden ver esta justicia como selectiva⁸, es decir, como la de los Estados grandes o desarrollados contra otros pequeños o del Tercer Mundo, aunque sea contra dirigentes que torturan o asesinan.

Con respecto a la improcedencia del cargo oficial ante la CPI, es importante destacar cómo la jurisdicción complementaria de este Tribunal señala que existen dos principios generales de derecho penal, constituidos: primero a través del *ius puniendi*, o naturaleza material sustantiva, aplicable a todos y sin distinción de que ocupen cargos oficiales, y segundo el principio *ius perseguendi* que refiere a una regla de carácter procedimental, relativa a la inmunidad estatal, entendida como una excepción procesal, que extiende el ejercicio de jurisdicción de los actos que le amparan.

El numeral 2 del artículo 27⁹ del Estatuto de la CPI señala que esta inmunidad que mantienen los gobernantes, dentro de las normas internas de su país, al igual que muchas que rigen en el nivel internacional, no impedirá el ejercicio facultativo de la Corte Penal Internacional.

Estos hechos nos conducen a determinar si la aplicación del principio de complementariedad no permite la violación de obligaciones universales. Esta interrogante ha sido planteada muchas veces y cabe

⁸ *Ibidem*. Ortega, Andrés. Pág. 126

⁹ Señala el Artículo 27 numeral 2 que las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. CPI la Universalización de la Lucha contra la Impunidad. Instituto de Estudios Políticos e Internacionales. Editora Sibauste. 2004. Pág. 18

preguntarse al analizar el Proyecto de Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001), donde los Estados han sido muy reacios con respecto a este nuevo proyecto, que nos conduce a comprender los obstáculos que tendrá que enfrentar la sanción penal internacional, previo a que puede constituir una especie de doble sanción, ante la ejecución de crímenes de derecho internacional.

DE LA COMPETENCIA TEMPORAL Y PERSONAL

Al analizar la estructura del Estatuto de Roma podemos entender cómo los criterios – lógicos objetivos no estuvieron presentes en el debate, sino que ha sido resultado de las discusiones políticas – jurídicas. Solo basta recordar el carácter de complementariedad de la Corte Penal Internacional.

Los diferentes intereses políticos y criminales se hicieron presentes en las delegaciones de los Estados, observándose la presencia de una soberanía estatal fuerte, ante el alcance de una persecución judicial eficiente y eficaz, es decir, las perspectivas políticas primaron sobre la competencia judicial y sobre la jurisdicción antes que sobre los delitos.

La política de reconocimiento a la jurisdicción de los tribunales internos, fundamentados en el principio de territorialidad, nacionalidad y protección de la seguridad o integridad del Estado, permite el grado de competencia de los jueces para proteger determinados bienes jurídicos coincidiendo de manera expresa, en lo dispuesto por la comunidad internacional. Es decir la diferencia conceptual que Grocio en su obra *De Iure Belli ac Pacis* distingue entre delitos ordinarios¹⁰, que afecta a los particulares, y los delitos internacionales que afectan la sociedad humana en general.

La competencia de la Corte Penal Internacional se fundamenta en el respeto al principio universalmente reconocido de territorialidad del Estado, contrarrestando o imponiendo en gran medida un límite a la jurisdicción penal universal.

Claro está que el derecho internacional contempla que un crimen que se cometa en un determinado Estado, puede ocasionar de parte de un Tribunal Penal Internacional, la persecución del imputado en cualquier Estado. El carácter de complementariedad es claro al determinar que ante la inexistencia de jurisdicción interna de normas sancionadoras de este tipo de actos, tendrá que ceder su soberanía, al permitir el traslado a este

¹⁰ *Ibidem*. Gómez Colomer, Juan Luis. Pág. 16

tribunal de algún acusado o imputado del acto considerado crimen de derecho internacional.

La jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional, ha sido recogida en tres dimensiones *Ratione Temporis*, que comprende el ejercicio de competencia temporal de la CPI, y se encuentra establecido a partir de la entrada en vigor del presente Estatuto, conforme a lo señalado en el Artículo 11¹¹. El artículo 24 numeral 1, establece una competencia de irretroactividad, al enunciar que nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto, por una conducta anterior a su entrada en vigor.

El otro principio *ratione personae*, o razón personal, se alude a los sujetos de la responsabilidad criminal, refiriendo en su artículo 1 del presente Estatuto, la jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves. En su artículo 24 señala la irretroactividad de este Tribunal para penalizar a un responsable por conductas anteriores a la entrada en vigor del Estatuto y en su artículo 26 excluye al menor como posible imputado por estos crímenes, observando el cumplimiento de los 18 años como la edad mínima que debe tener un posible acusado, para poder ser juzgado por este Tribunal. Por su parte, el principio *ratione materiae*, refiere a los crímenes de competencia de la CPI señalados en el artículo 5, numeral 1¹² más adelante ampliados.

Entre los aspectos que forman parte del reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, podemos considerar que ésta no representa para un Estado sustitución de la jurisdicción nacional, si ese Estado mantiene, dentro de la jurisdicción penal interna, sanciones ejemplares dentro del marco penal del país, con respecto a crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio que son de competencia de la CPI y del cual se espera tenga una función disuasoria.

¹¹ El Artículo 11 del presente Estatuto refiere a la competencia temporal de la Corte Penal Internacional señalando 1. Que la Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. 2. Si un Estado parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12. V. Corte Penal Internacional. Estatuto. Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. Colombia. 1998. Pág. 36

¹² El Artículo 5 numeral 1 del presente Estatuto señala que la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) el crimen de genocidio; b) el crimen de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión. *Ibíd.* Corte Penal Internacional. Estatuto. Pág. 25

En la jurisdicción universal la competencia compartida, existe entre la jurisdicción de la CPI con respecto a las jurisdicciones internas, la misma ha recibido duras críticas, ante los límites de competencia y funciones de este tribunal internacional, la cual forma parte de las decisiones provenientes de las instancias judiciales de un Estado. Sin embargo, cabe destacar que un Estado, al adherirse al Estatuto de Roma, a través de su ratificación y admisión de competencia, se está obligando a respetar automáticamente la jurisdicción de Estatuto *automatic jurisdiction*. Es decir concurre en el principio y respeto de la buena fe de los tratados que derivan del contenido de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Con la puesta en práctica de la ratificación de estos instrumentos mediante un tratado, no se obliga al Estado a ceder parte de la jurisdicción nacional¹³ como equivocadamente sostienen algunos críticos, porque la actividad complementaria de la Corte Penal Internacional viene a completar el ejercicio de la jurisdicción universal que reconoce la validez y el ejercicio de competencia de los tribunales nacionales.

Al realizar un análisis valorativo del Estatuto de Roma, podemos comprender que en su totalidad este Estatuto aporta efectivamente una solución real al problema de competencia material de la CPI, comprendido en el desarrollo del derecho penal sustantivo. Prueba de ello, son los crímenes de competencia de la CPI, que han sido regulados mediante instrumentos jurídicos normativos, gracias a la labor codificadora que ha desarrollado la Comisión de Derecho Internacional.

Excepcionalmente, la CPI tendrá competencia, si la decisión judicial previa obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crimen de competencia del Tribunal¹⁴ o si la causa señalada no hubiera sido instruida de manera independiente o imparcial, o las circunstancias del caso fuesen incompatibles con la intención de someter al individuo acusado a la acción de la justicia.

JURISDICCIÓN O COMPETENCIA MATERIAL DE LA CPI

Cabe destacar, cómo la extensión del ámbito jurídico de los tribunales nacionales, al mantener jurisdicción en determinados crímenes internacionales, de competencia de la Corte Penal Internacional (lesa

¹³ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Pág. 10

¹⁴ Véase. Jiménez García, Francisco. Hacia una Jurisdicción Obligatoria en el Siglo XXI. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998. Studia Carande. Número 3. España. 1999. Pág. 122

humanidad, genocidio y guerra), le permite integrar una sanción penal fuerte y ejemplar, ante la ejecución de estos crímenes graves, propiamente lo establecido en instrumentos y tribunales internacionales, y adecuándolo dentro de la jurisdicción penal interna.

De este modo, un tribunal interno que conoce la causa podrá investigar o emitir sentencia generando en consecuencia que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional respete la decisión, y si mantiene causa abierta al imputado debe detener la investigación, porque lo contrario estaría incurriendo en el principio de cosa juzgada *res iudicata*. Claro está que el Estatuto no contiene normas que unifiquen la sanción penal punible atribuible a estos crímenes en las diferentes jurisdicciones nacionales. Estos delitos penales sujetos a sanción, son regulados por la legislación nacional de cada país, quien debe mantener lo normado en cumplimiento con los preceptos de justicia universal.

Se puede observar, en efecto, como los elementos que distinguen los crímenes de derecho internacional, se encuentran ampliamente definidos en el Estatuto de Roma; constituyen así, un aporte sustantivo al derecho internacional penal, el contenido de lo dispuesto en el Estatuto de Roma, que tampoco aporta nuevos elementos jurídicos, sino ante todo constituye un aporte jurídico al derecho preexistente.

La responsabilidad del hecho punible ante la ejecución de un crimen internacional permite establecer a quien ordena, solicita o induce a cometerlo, a quien facilita o colabora en su ejecución y a quien incide directa o indirectamente en cometerlos, permitiendo responsabilidad en quien comete el crimen y en quien tentativamente incide de manera directa o indirecta en la ejecución del hecho punible. Estas conductas consideradas como crímenes internacionales se han comenzado a ampliar, y como ejemplo clásico encontramos la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y sumarias, lo que permite un reconocimiento de la jurisdicción internacional quien juzga y sanciona estos actos típicos y punibles.

La definición establecida en el Estatuto de Roma con respecto a los crímenes de carácter internacional es específica: señala la pena y sanción ejemplar ante la ejecución de delitos graves y de carácter internacional. Las objeciones presentadas por los Estados Unidos¹⁵ con el

¹⁵ Como señala Gómez Benítez el argumento recurrente contra la Corte Penal Internacional utilizado, por ejemplo, por los Estados Unidos de América, como justificación de los pretendidos convenios bilaterales que excluyan a sus ciudadanos de la competencia de la Corte, consiste en que atenta contra la soberanía de las jurisdicciones nacionales, solo vale, pues para aquellos países que no están dispuestos a investigar los crímenes internacionales de sus nacionales y a enjuiciar ante sus propios tribunales. V. Gómez – Benítez, José

objetivo de reducir la competencia a este Tribunal Penal Internacional, se fundamentan en lo estatuido en el artículo 9¹⁶ del presente Estatuto, el que ofrece la oportunidad a la asamblea de los Estados miembros, de definir los elementos del crimen previamente establecido.

El desarrollo cristalizador de normas que regulan y sancionan conductas punibles encaja en la definición conceptual de un derecho internacional penal, en crecimiento con respecto al juzgamiento de elementos típicos y antijurídicos que involucran los crímenes internacionales, previamente establecidos en el contenido del Tribunal Penal Internacional, así como también de lo preceptuado en los tribunales temporales, creados para la Ex – Yugoslavia y Ruanda.

Es preciso reconocer como la Comisión de Derecho Internacional evita toda confusión, en cuanto a unificar el crimen internacional, con el crimen de derecho internacional, considerando: el primero como un hecho atribuible al Estado, y el segundo como un hecho imputable a los criminales, es decir, individuos y órganos del Estado involucrados en la perpetración del crimen¹⁷.

El artículo 5 del referido Estatuto señala cuales constituyen dentro del marco del presente tribunal penal internacional, los crímenes de competencia de esta instancia, considerando en consecuencia la posibilidad de aplicar el principio de la doble responsabilidad del Estado, ya que en ningún momento estos actos pueden trascender en el plano internacional, sin que hubiese sido ejecutado un acto de Estado dada la gravedad de las violaciones. Como ejemplo particular podemos establecer que el genocidio requiere ciertas especificaciones para tipificar este tipo de acto ilícito. Claro está que su ejecución desvincula al Estado en gran parte de la responsabilidad directa allí presentada.

A este respecto señala Pablo Fernández Sánchez¹⁸ al referir de manera crítica la detallada incorporación de las definiciones de los

Manuel. La Corte Penal Internacional como órgano de Jurisdicción Universal. Actualidad Penal. Número 45. Editorial La Ley. España. Semana del 2 al 8 de diciembre de 2002. Pág. 1200

¹⁶ Señala el Artículo 9 del presente Estatuto de Roma que los elementos del crimen, que ayudará a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobado por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. *Ibíd.* Corte Penal Internacional. Estatuto. Pág. 35

¹⁷ V. Drnas de Clement, Zlatas. Principio de Complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias sistemáticas. Anuario Argentino de Derecho Internacional. Volumen XI. Argentina. 2001/2002. Pág. 58

¹⁸ Señala el autor que es crítico con respecto a esa detallada incorporación de las definiciones de los crímenes más importantes, sin embargo, reconozco, como asegura Condorelli que el Estatuto tiene el mérito de definir por primera vez, de manera sistemática,

crímenes más importantes que está a su vez permite establecer una jurisdicción taxativa de la CPI, al enunciar cuáles son los crímenes de competencia de este Tribunal. En este sentido, según el autor, muchos crímenes graves quedan fuera del alcance de este Tribunal, al observar entre ellos, delitos internacionales como el terrorismo, el narcotráfico y otros tipos de actos delincuenciales que pueden ser considerados actos abominables por el nivel de afectación y de daño que ocasionan a la sociedad internacional, pero que en gran medida se vinculan al ámbito penal aplicable de los Estados, en el ejercicio de su jurisdicción o competencia legal.

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Cuando estudiamos la definición conceptuada que el derecho internacional penal enfoca a esta figura, podemos entender el avance y desarrollo que ha logrado alcanzar la criminalización de los crímenes contra la humanidad¹⁹ como una acción penal punible, que en su desarrollo convencional o consuetudinario, ha logrado en consecuencia un desarrollo evolutivo del derecho internacional, en el ámbito de sanción, ante la ejecución de un acto grave.

Las violaciones graves a los derechos humanos, tienen su génesis en las conductas explícitas e implícitas cometidas por regímenes autoritarios quienes, lo que ha llevado al derecho internacional avocarse a la búsqueda de sanciones graves, propio de la conducta incurrida por las partes de la que se generan los crímenes de derecho internacional.

Ambos Kai denomina el nexo de guerra²⁰, como el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad que surgió como una condición previa durante la jurisdicción militar del Tribunal de Nuremberg, pero su diferencia en el nexo del Estatuto del TPIY, hace difícil sostener que sea un requerimiento exigible, al conceptualizar esta figura dentro del derecho consuetudinario internacional.

los principales crímenes internacionales individuales, codificando, incluso, que el Estatuto consagra o cristaliza el derecho internacional general actualmente en vigor. V. Fernández Sánchez, Pablo. El Derecho Aplicable por la Corte Penal Internacional. En, Carrillo Salcedo, Juan Antonio (Ed). La Criminalización de la Barbarie: Corte Penal Internacional. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000. Pág. 255

¹⁹ Señala el autor que así criminalizar las peores violaciones de los derechos humanos fue una consecuencia lógica, y éstas coinciden con los crímenes más graves conocidos por la humanidad. V. Ambos, Kai. Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia. 2004. Pág. 126

²⁰ *Ibidem*. Ambos Kai. Pág. 114

Es decir, el desarrollo de esta figura criminosa responde al desarrollo del derecho internacional consuetudinario y convencional, cuyos frutos se han visto cristalizados desde la aparición del concepto en la Cláusula Martens recogida en un Tratado sobre el Derecho de la Guerra de la Convención de La Haya de 1907, así como también lo establecido en la Convención de la No Aplicabilidad de Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes contra la Humanidad de 1968 hasta, finalmente, el alcance y aprobación de lo dispuesto en el Estatuto de Roma.

Lo expresado nos conduce de igual manera a recordar lo planteado por el artículo 18 del citado Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954 que conceptuaba estos crímenes, como una abierta violación masiva y sistemática de los derechos humanos²¹ cometidos en gran escala e instigados y dirigidos por un gobierno u organización política o grupo.

Estos planteamientos expresados, nos conducen a determinar el presente crimen como un acto pluriofensivo, propio de estar conformado de una comisión múltiple de delitos cometidos contra bienes jurídicos instituidos dentro del marco de protección de los derechos fundamentales, entre ellos, los que establecen el respeto de las libertades fundamentales, sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica; es importante destacar la validez legal que se otorga a los derechos esenciales, entre ellos: el derecho a la vida, a no ser sometido a torturas ni a tratos degradantes.

Asimismo el artículo 7 del presente Estatuto²² describe estos crímenes como la realización de conductas varias, cometidas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, es decir, que debe contener la ejecución de múltiples actos o de conductas típicas como son el asesinato, exterminio y otros, permitiendo al mismo tiempo establecer una línea de conducta de la que forman parte tales

²¹ *Ibíd.* Pueyo Losa, Jorge. Pág. 145

²² En referencia al Artículo 7 del Estatuto de Roma señala que estos ataques comprenden el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, religiosos, sexuales u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte, desaparición forzada de personas, el crimen de apartheid y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. V. Ambos Kai y otros. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia. 1999. Pág. 432-433

actos, y que se ejecutan de conformidad con la política de un Estado o de una organización. En consecuencia y frente a estas consideraciones, el elemento de intencionalidad tiene que estar presente en el desarrollo de estos actos.

Señala Gómez – Benítez en referencia a los elementos que componen los crímenes contra la humanidad, que en lenguaje técnico – dogmáticos²³ constituyen elementos comunes distintos de los penales: es decir, los actos tienen que constituirse, como parte de la acción generalizada y sistemática²⁴ cometidas contra una población civil con conocimiento de dicho ataque.

Estos elementos permiten establecer el alcance del ámbito del presente crimen, el cual en sus requerimientos establece que las víctimas deben estar constituidas por una población civil; es decir, una multiplicidad de individuos, y que puede ser constituida por cualquier ser humano que no participa de manera activa en el desarrollo de un conflicto internacional o interno.

Por último, es importante destacar dentro de los elementos que integran los crímenes contra la humanidad, lo dispuesto en el artículo 7 literal k que define el alcance de otros actos inhumanos. Esta disposición recoge el resto de los otros ilícitos penales individuales siendo importante destacar la máxima *ejusdem generis*²⁵ que dispone que una violación de los derechos humanos debe ser por lo menos tan grave, como uno de los otros actos inhumanos anteriormente enumerados.

La intención presentada en Roma, con respecto al alcance de los crímenes contra la humanidad, y precisó otros actos inhumanos, es permitir contener en el futuro a posibles violadores de los derechos humanos que evadan lo dispuesto o enumerado como posibles actos imputables; por ello hay que redactar una lista o enumeración exhaustiva de los ilícitos penales que pueden imputar responsabilidad internacional penal en los individuos, no debe permitirse y la intención presentada de otros actos inhumanos, recoge la intención de la CPI de sancionar

²³ V. Gómez – Benítez, José Manuel. Elementos Comunes de los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Actualidad penal. No. 42. Editorial La Ley. España. Semanas del 18 al 24 de noviembre de 2002. Pág. 1127

²⁴ Con respecto a esta figura; Kai Ambos, concluye que tanto un ataque sistemático como uno generalizado necesitan algún tipo de vínculo con un Estado o un poder de facto en determinado territorio por medio de la política de esta entidad, la cual, en el caso de un ataque sistemático, consistiría en proveer cuando menos algún tipo de conducción hacia las presuntas víctimas, con el objeto de coordinar las actividades de los criminales individuales. *Ibidem*. Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional. Pág. 155

²⁵ *Ibidem*. Ambos, Kai. Pág. 224

cualquier acto grave que atente contra los más elementales derechos del ser humano.

EL CRÍMEN DE GENOCIDIO

Este crimen, propio de la evolución y desarrollo jurídico normativo de esta figura, se constituye en el crimen más claro y aceptado universalmente por los Estados. Dentro de las características generales del genocidio, es un tipo de crimen que puede ser cometido tanto en tiempo de paz como de guerra y forma parte del derecho internacional consuetudinario de carácter general.

Sin embargo, se ha desaprovechado la oportunidad en el Estatuto de Roma, de ampliar dicha figura penal que prácticamente fue transcrita a los crímenes de competencia de la CPI, de la definición de genocidio establecida mediante el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio aprobada en 1948.

Cuando observamos los elementos que constituyen el crimen de genocidio de acuerdo a lo planteado en el artículo 6²⁶ del Estatuto de Roma, podemos comprender que se delimita en tres elementos: los dos primeros constituyen tipos objetivos del delito *actus reus* y comprenden la identificación de un grupo nacional, étnico, racial o religioso; la comisión de los actos expresamente establecidos, es decir, atacar gravemente contra la integridad física de miembros del grupo y, el subjetivo *mens rea* que se describe, como la voluntad o intención de destruir total o parcialmente el grupo.

Cherif Bassiouni²⁷ concibe el genocidio cuando se cometen las cinco acciones listadas con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. En consecuencia, debe existir una relación propia entre el *dolus specialis* (dolo especial), que lo distingue de otros crímenes.

²⁶ El Artículo 6 del Estatuto de Roma refiere a que se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico o religioso como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que han de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por la fuerza del grupo a otro grupo. *Ibidem*. Ambos Kai y Guerrero Oscar Julián. Pág. 431

²⁷ Vid. Bassiouni M. Cherif y otros. Pág. 112

Otro de los aspectos críticos al alcance del crimen de genocidio y no expresado en su competencia de admisibilidad en el Estatuto de Roma, se circunscribe, con anterioridad ya enunciada, a los grupos políticos, económicos y culturales. Si bien estos constituyen grupos móviles y no estables, se pueden considerar y utilizar como excusa en la defensa de un imputado de detentar que el crimen incurrido por el presunto infractor, se motivaba bajo parámetros políticos o económicos. Kai destaca que la laguna puede llenarse con el crimen de persecución²⁸ como crimen contra la humanidad, según lo dispuesto en el Estatuto de Roma, artículo 7 numeral 2 (g).

CRÍMENES DE GUERRA

Los crímenes de guerra aglutinan tanto los conflictos armados internos como los internacionales. Son los crímenes más antiguos y más claramente establecidos. La prohibición de ejecutar este tipo de crímenes se constituye como parte de lo regulado en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, de Ginebra de 1925 y de 1949, al igual que lo establecido en sus dos Protocolos Adicionales de 1977.

El desarrollo codificador y de sanción a este tipo de crímenes, ha permitido aglutinar e incriminar conductas de doble naturaleza, permitiendo un desarrollo convencional de esta materia que enmarca la causal para incurrir en este tipo de crimen.

Con respecto a la lista de elementos que integran o forman parte de los crímenes de guerra, la Corte Penal Internacional, ha planteado en su artículo 8 que diferentes conductas descritas, integran este tipo de crímenes. Uno de los grandes logros de este tribunal penal internacional, es que finalmente, logra integrar en la misma categoría sanciones a actos realizados dentro del desarrollo de un conflicto armado internacional como de carácter interno.

Los planteamientos con respecto a los crímenes de guerra, referidos en el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, observa al respecto Xavier Deop²⁹ que el Estatuto concede jurisdicción a la Corte sobre una lista exhaustiva de crímenes de guerra, de los cuales 34 responden a conflictos armados internacionales y 16 a conflictos armados internos. Concluye el autor en referencia a lo planteado que no

²⁸ *Ibidem.* Ambos, Kai. Pág. 23

²⁹ V. Deop, Xavier. La Corte Penal Internacional un Nuevo Instrumento contra la impunidad. *Revista Cidob D Afers Internationales de Droit Penal.* 1 et 2 trimestres. Francia. 2002. Pág. 236

hubiera sido realista pensar en una equiparación absoluta, cuando hoy en día, el derecho internacional presta mayor atención a los conflictos armados internacionales.

Con respecto a la sanción punible que se comete ante la ejecución de violaciones en el desarrollo de un conflicto de carácter interno, es importante señalar que las definiciones empleadas por el presente Estatuto, integran obligaciones de las facciones o grupos en lucha; es decir, el alcance de lo expuesto permite integrar dentro de estas obligaciones a los grupos beligerantes. La responsabilidad de un grupo beligerante que tiene reconocimiento de la comunidad internacional, es obligar a la contra - parte cumplir con lo pactado, en acuerdos y tratados internacionales, que promueven y defienden los más elementales derechos de la humanidad.

El Estatuto de Roma, es el primer tratado multilateral que integra la responsabilidad penal del individuo, por violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, y específicamente en el desarrollo de los conflictos armados de carácter interno. Lo expresado nos conduce a determinar como el Derecho Internacional Humanitario ha admitido imputación en la violación de actos criminosos cometidos por individuos, propio del desarrollo de un conflicto interno, que no queda esclarecido la causal o comisión que conlleva la responsabilidad internacional penal del/los infractores.

Cuando observamos el respeto de los derechos de los civiles dentro del desarrollo de un conflicto armado, podemos considerar lo planteado, como medidas de protección dentro de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y de sus respectivos Protocolos Adicionales de 1977. La violación a normas del *ius in bello* permite determinar sobre el desarrollo de un conflicto armado, que el mismo constituye un acto considerado crimen de guerra.

Se comprende así la dificultad del alcance del Estatuto de Roma, de no incluir, como sanción punible dentro del desarrollo de un conflicto interno, elementos sancionables entre ellos, los disturbios, las tensiones internas, los motines, los actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos similares; solamente el alcance del Estatuto, enmarca como elemento sancionador los eventos generados en el desarrollo de un conflicto entre las fuerzas armadas y grupos alzados en armas.

El reto en su alcance y eficacia de la jurisdicción penal internacional lo constituye el contenido de la resolución 1653 de la AGNU que declaró ilegales las armas nucleares. Sobre el mismo es importante recordar la opinión consultiva de la CIJ del 8 de julio de 1996 sobre el asunto de la

legalidad o amenaza o el empleo de armas nucleares³⁰. Infiere sobre el particular la CIJ que a fin de reducir o eliminar el riesgo de una agresión ilícita, los Estados a veces indican que poseen ciertas armas que podrían utilizarlas en legítima defensa contra cualquier Estado que violase su integridad territorial o amenace su independencia política. Sobre el particular la CIJ destaca que la utilización de armas nucleares, siempre y cuando no afecte los principios y normas del derecho humanitario, es legal su uso en materia de legítima defensa.

EL CRIMEN DE AGRESIÓN

La definición conceptual de esta figura penal presentada de manera amplia en el contenido del borrador del Estatuto de Roma del 14 de abril de 1998³¹, y determinada su calificación en el Estatuto de Revisión – Kampala 2010, el cual fue calificado en el Tribunal de Nüremberg como el supremo crimen del derecho penal internacional.

El Crimen de Agresión determina el uso ilegítimo de la fuerza de un Estado contra la soberanía e integridad territorial de otro Estado, contraviniendo lo expuesto en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, tal y como lo establece el artículo 1³² de la Resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que logró conceptualizar la definición del concepto de agresión.

Este elemento típico punible, antijurídico y culpable recae directamente sobre el Estado quien se presume responsable por el ilícito ocasionado. En el debate surgido en torno al crimen de agresión cabe formular una pregunta: ¿cómo enjuiciar a un Jefe de Estado por la ejecución de un crimen de agresión? Sólo basta recordar el Tratado de

³⁰ Materiales Prácticos del Derecho Internacional Público. Ed. Cit. Pág. 870

³¹ Este borrador definía el crimen de agresión como los actos cometidos por una persona que esté en condiciones de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado, de planear, ordenar, iniciar o llevar a cabo un ataque armado por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, si ese ataque armado constituye una violación de la Carta de las Naciones Unidas, las múltiples alternativas de redacción y las dudas expresadas al respecto, llevaron a que el Estatuto difiera la definición de este delito a una futura revisión del Estatuto conforme a lo dispuesto en sus artículos 121 y 123. Véase. Consolidación de Derechos y Garantías: los grandes retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Consejo General del Poder Judicial. España. 1999. Pág. 373

³² Mediante Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974 en su artículo 1 define la agresión como el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía e integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal y como se enuncia en la presente Definición. *Ibidem*. Pueyo, Losa Jorge. Pág. 1056

Versalles de 1919, y observar la imposibilidad de enjuiciar al Ex – Káiser Guillermo II, por haber incurrido contra la ofensa, la moral internacional y la santidad de los Tratados.

Se discute en doctrina cómo el concepto de agresión, debe responder sin duda al contexto de la guerra, en el que históricamente se consolida el principio de responsabilidad internacional penal.

Cabe recordar que este tipo de crimen contra la paz fue calificado por el Gobierno de Sudán en representación de todos los Estados Árabes, como la madre de todos los crímenes, diferenciando los elementos punibles del contenido, anteriormente descrito, como causal del crimen de lesa humanidad, de guerra y de genocidio. Estos otros actos graves involucran de manera directa, el daño ocasionado contra civiles en particular, lo cual difiere de la figura de agresión que en sí constituye un ataque ejecutado por una persona jurídica a través de la facultad de un gobernante de una Nación o Estado de decidir, contraviniendo normas del derecho internacional con respecto a la seguridad y mantenimiento de la paz, ratificado mediante tratados que sustentan ante esta acción la ilicitud de atacar ilegítimamente a otro Estado, bajo el pretexto de restablecer el “orden y la democracia” en el otro Estado que se ataca.

Es claramente comprensible que el crimen de agresión motivaría las más grandes objeciones a su aprobación por parte de las grandes potencias. Prueba de ello es que este crimen coloca a la CPI bajo subordinación del Consejo de Seguridad a la hora de considerar el acto de agresión.

El artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas señala que es facultad del Consejo de Seguridad determinar toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y establecer las recomendaciones que permitan mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, que en otras palabras, al constituir el órgano principal de las Naciones Unidas, está facultado para determinar, si se ha producido o no, un acto de agresión por parte de un Estado contra otro Estado.

Los últimos hechos y circunstancias ocurridas en Irak demuestran un papel inactivo del Consejo de Seguridad y en consecuencia de las Naciones Unidas que debe velar por el mantenimiento y restablecimiento de la paz, bajo cualquier circunstancia. Estos hechos presentados nos conducen a preguntarnos sí, ¿será que nos encontramos ante un nuevo orden internacional que permite y legitima tanto geopolíticamente como geo - estratégicamente áreas de mucho interés económico para las nuevas “superpotencias”? Las últimas prácticas en el manejo de la política

internacional por parte de los Estados, nos permiten observar grandes cambios dentro del esquema del sistema político internacional.

Aún hoy en día, los Estados no han logrado estar de acuerdo sobre la definición real de la responsabilidad del crimen de agresión. La CPI, como resultado de las objeciones presentadas por las grandes potencias contra esta figura que genera responsabilidad internacional, tendrá que esperar, para ejercer su competencia hasta por lo menos 7 años después de que el Estatuto entre en vigor, con la posibilidad de enmienda para la adición de nuevos crímenes, que se presenten al actual Estatuto y que entrara en vigor con la aprobación de los Estados partes; los que determinarán que elementos constituyen este delito, el cual será aprobado por consenso o por mayoría de dos tercios. Tal crimen no será aplicado a los Estados que no han aceptado la enmienda, ni se aplicará de manera retroactiva.

DE LA ADMISIÓN, REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA

En cuanto al recurso de admisibilidad que prevé la CPI, dentro de su procedimiento en particular a seguir, se debe en gran medida al ejercicio de la causa y de la competencia. Señala al respecto Juan Luis Gómez³³ que esta admisibilidad con respecto a los ordenamientos internos consiste en analizar si concurren los presupuestos de jurisdicción, competencia genérica, competencia objetiva, funcional y territorial, sólo que, al ser un tribunal único para todo el mundo, el análisis se reduce a fijar su jurisdicción y competencia objetiva. El Estatuto de Roma, prevé que este Tribunal puede ejercer acción, ante la incapacidad o falta de voluntad de la jurisdicción interna de un Estado para actuar.

Aún a pesar del cumplimiento a la *regla aut dedere aut iudicare* - juzgar o extraditar - la limitación de la Corte puede suscitar la inadmisibilidad con respecto al principio de complementariedad, al hacer extensivo el alcance del principio de jurisdicción universal, que puede permitir que un Estado que ha celebrado acuerdos de extradición, reclame la inhibición de la Corte, por llevar a cabo este, una investigación del presunto hecho criminal; sin embargo, esta presunta acción alevosa puede ir en contra de la complementariedad de la Corte, al pretextar un Estado, que está investigando y juzgando hechos violatorios del *iuris gentium*, permitiendo en consecuencia derrumbar la eficacia de la jurisdicción de la CPI.

³³ Véase. Gómez Colomer, Juan - Luis. El Tribunal Penal Internacional: Investigación y Acusación. Tirant Lo Blanch. 2003. Pág. 134

Las condiciones señaladas en el Estatuto de Roma sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la competencia de la CPI, se encuentran señaladas en el artículo 17³⁴ con respecto a los requisitos previos, que debe contemplar este Tribunal Internacional para poder ejercer su competencia, motivada en el efecto, de que el Estado parte ceda el asunto de su jurisdicción voluntariamente o de lo contrario, este pruebe su falta de disposición o de incapacidad para abrir causa procesal al imputado dentro de su jurisdicción.

Botero Marino³⁵ amplía al respecto señalando que el artículo 17.3 del Estatuto de Roma, se refiere a la incapacidad para administrar justicia en aquellos casos en que un Estado no puede enjuiciar al presunto responsable los crímenes atroces debido al colapso total o sustancial de su sistema de administración de justicia, a la carencia del mismo, no disponer de las pruebas o de los testimonios necesarios para el juzgamiento del imputado o no están en condiciones de iniciar el juicio por otras razones.

En este sentido señala al respecto Ambos Kai que la complementariedad de la Corte³⁶ expresada en su artículo 18 afecta los dictámenes prejudiciales de admisibilidad, y de igual manera queda expresado en el artículo 19 que regula las impugnaciones de competencia y admisibilidad de este Tribunal Internacional.

Por su parte el *principio non bis in ídem* o prohibición de doble juzgamiento, determina el alcance del principio de complementariedad, al evitar la concurrencia de doble juzgamiento en el mismo y evitar así en la

³⁴ Señala el Estatuto de Roma que la Corte teniendo en cuenta el párrafo 4 del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no puede incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. V. Estatuto de la Corte Penal Internacional. Pág. 39

³⁵ Botero Marina, Catalina. Estándares Internacionales y Procesos de Transición en Colombia. Compilado por Rettberg Angelika. Entre el Perdón y el Paredón. Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional. Universidad de los Andes. Colombia. 2005. Pág. 56

³⁶ Véase. Kai, Ambos. Sobre el Fundamento Jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma. Revista de Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Número 5. España. 2000. Pág. 138

medida impedir que la jurisdicción penal internacional juzgue a quien ha sido procesado por la jurisdicción interna de un Estado miembro.

Cuando un Estado a través de su jurisdicción interna demuestra disposición de admisibilidad al presente Estatuto, debe impulsar la responsabilidad penal hasta el Jefe de Estado o de Gobierno. Por su parte, con respecto a la inmunidad en este derecho no debe estar contemplado ningún funcionario, sea cual fuere su posición. Esto permite integrar lo dispuesto en el Estatuto de Roma, a la jurisdicción interna, al evitar investigar a un acusado de haber incurrido en la gravedad de estos delitos, permitiendo a su vez, la admisibilidad de la CPI.

El distinguido Profesor Jorge Pueyo³⁷ considera esta valoración sobre la indisponibilidad o incapacidad de los tribunales internos que la Corte habrá de realizar, debe contener los principios de un proceso con las debidas garantías, reconocidos por el derecho internacional, a la luz de elementos y circunstancias; y que estas circunstancias, según el autor, pueden constituir en la decisión de sustraer a una persona de la responsabilidad de crímenes de competencia de la Corte Penal; motivado en la demora injustificada en el juicio, y que el proceso no haya sido o no esté siendo substanciado de manera independiente o imparcial.

La adhesión o ratificación de los Estados al Estatuto de Roma, obliga al Estado parte en cuanto a las disposiciones y compromisos adquiridos. El papel activo de la Corte se compone de tres principios: el Fiscal, un Estado parte y el Consejo de Seguridad. Sin embargo, el Estado parte puede solicitar la inhibición del Fiscal o impugnar la competencia de la admisibilidad de la denuncia, salvo que este hecho no ocurrirá si el Consejo de Seguridad solicite se juzgue a determinado acusado, y la CPI debe actuar frente a la presente solicitud, que se entiende deriva de un mandato de la comunidad internacional.

Cuando observamos los mecanismos de activación del funcionamiento de la CPI, podemos notar que la denuncia se constituye en el primer elemento de competencia dentro del Estatuto de Roma, que permite ser presentado por cualquier Estado parte ante el Fiscal; la otra función corresponde al Consejo de Seguridad que está habilitado para presentar denuncia al igual que los Estados miembros ante el Fiscal quien debe iniciar los trámites de búsqueda de la información. También podemos observar la iniciativa oficiosa que inviste al propio fiscal para solicitar que el Tribunal inicie causa procesal contra un imputado acusado de cometer crímenes graves y de carácter internacional.

³⁷ *Ibíd.* Pueyo Losa, Jorge. Pág. 154

Con respecto a las decisiones preliminares, es importante señalar que el procedimiento de admisibilidad se inicia a partir de la decisión del Fiscal de iniciar o no una investigación, tras la remisión o informe de un Estado miembro de la CPI.

Si el Fiscal determina que existe fundamento legal para recurrir a la apertura de una investigación este podrá iniciarla y notificar a los Estados partes al igual que a los Estados que podrían ejercer jurisdicción sobre los crímenes señalados conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del presente Estatuto. Claro está que los problemas políticos – jurídicos se podrían apreciar en los juicios de valor que se pueden evidenciar en el Asunto Lockerbie e incluso ante la solicitud de extradición del Pinochet a fin de juzgarlo por la concurrencia de una serie de crímenes graves.

En adición a lo antes vertido, es muy importante destacar la admisibilidad de los procedimientos ante la jurisdicción de la CPI, permitiendo una coexistencia armónica entre las estructuras jurídicas de la jurisdicción universal y lo dispuesto en la complementariedad de la CPI, con el fin de alcanzar un verdadero derecho internacional penal, que permita de una vez por todas acabar con una práctica constituida por muchos Estados de conceder impunidad favoreciendo a muchos responsables de haber actuado en el ejercicio de crímenes graves que atentan contra la humanidad.

FASE INSTRUCTORA Y DE JUICIO ORAL

En cuanto al procedimiento dentro de la investigación y enjuiciamiento del acusado dentro del Estatuto de Roma, podemos comprender que estos procedimientos, que son instrumentos necesarios y esenciales para la realización de los objetivos encomendados por la CPI, se caracterizan por la ausencia de un sistema riguroso que se fundamenta en la escasa relevancia que se le otorgó durante las discusiones técnicas – jurídicas del Estatuto de Roma, al tema procesal. En consecuencia, la debilidad existente en los procedimientos que mantiene el Estatuto de Roma, se deben ante la subordinación de las decisiones técnicas – jurídicas frente a las decisiones políticas.

Refiriéndose al procedimiento preliminar, señala Nicolás Cabezudo³⁸, que éstos se constituyen en cuatro fases. La primera fase, según el autor, se refiere a la fase instructora, es decir, la comprobación del hecho delictivo, permite formular la acusación y adoptar las medidas necesarias para el aseguramiento de las fuentes de prueba; la segunda es

³⁸ V. Cabezudo Rodríguez, Nicolás. La Corte Penal Internacional. Editorial Dykinson. España. 2002. Pág. 100

la fase del juicio oral o del enjuiciamiento va precedida por los medios de prueba; la tercera integra la fase de impugnación que comprende el recurso de apelación del juicio de revisión substanciada ante la Sala de Apelaciones y, finalmente, la cuarta comprende la fase de ejecución y que se caracteriza por la imprescindible colaboración de los Estados miembros.

Con respecto a la facultad de la CPI es importante destacar la actuación de los Estados no miembros del presente Estatuto, que en determinado momento el Consejo de Seguridad diluye límites de la potestad jurisdiccional de éstos. La decisión judicial de un Estado no parte de la decisión jurisdiccional que tome éste, en referencia a los crímenes graves, y de carácter internacional que establecen la interpretación de sus actuaciones, conforme a normas y reglas internacionales.

En cuanto a la relación entre el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional, es importante establecer la influencia o supremacía de este organismo en la actuación jurisdiccional del presente Tribunal Penal, quedando de antemano subordinado al actuar del Consejo de Seguridad que puede solicitarle suspender una investigación, lo que permitiría de parte de la CPI encontrarse impedido, durante el término de doce meses, para continuar el proceso o investigación que hubiese iniciado al imputado.

Evidente y notorio es observar como el procedimiento se encuentra disperso a lo largo del contenido del Estatuto de Roma, motivando, según Isabel Lirola Delgado que lo establecido mantenga discordias y contradicciones³⁹ por el hecho de que el procedimiento puede variar, según la fuente de la que provenga la *notitia criminis* o noticia del crimen.

El orden de prelación, de la CPI al aplicar estas normas legales que recogen elementos del crimen, sus procedimientos y pruebas planteados de los tratados, principios del derecho internacional aplicables al igual que los principios generales del derecho, deriva de las jurisdicciones nacionales de los sistemas jurídicos del mundo, siempre y cuando no sean incompatibles éstas, con los principios previamente establecidos en el Estatuto de Roma, ni con principios reconocidos por la comunidad internacional.

En referencia al derecho de las víctimas dentro de la fase del procedimiento, es importante señalar que éstas, pueden hacer oír sus opiniones y observaciones ante la Corte Penal Internacional, cuando sus intereses se encuentren afectados, lo que les permite solicitar a este importante organismo una reparación por el daño ocasionado,

³⁹ *Ibidem.* Lirola Delgado, María Isabel y otros. Pág. 182

indemnización y rehabilitación por los daños y perjuicios ocasionados en favor de las víctimas o de los causahabientes, establecidos conforme a lo dispuesto, en el artículo 73 del presente Estatuto.

DEL JUICIO AL IMPUTADO O ACUSADO

La colaboración de los Estados miembros es fundamental para la CPI al ejercer sus facultades jurisdiccionales con respecto a la entrega de un acusado, ante esta jurisdicción, donde la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará audiencias confirmando los cargos sobre la base de la solicitud del Fiscal, con respecto a los medios de pruebas que incriminan al acusado y por los cuales el Fiscal solicita se abra causa procesal al querellado.

Si bien la figura del Fiscal en la CPI carece de precedentes era propio que la investigación de los hechos y la acusación no se atribuía a un órgano internacional o independiente, sino que recaía en las autoridades nacionales o en los propios jueces⁴⁰.

Al iniciar una audiencia procesal se permite al Fiscal la aportación de pruebas fundamentales que incriminen al imputado; éste a su vez podrá impugnar los cargos y pruebas señaladas por la parte acusadora *in dubio pro reo*. La Sala resuelve en primera instancia esta decisión confirmando los cargos presentando o negándolos conforme a lo dispuesto en el artículo 61 numeral 7⁴¹ del presente Estatuto.

La participación del imputado dentro de la fase preliminar le permite estar en el planteamiento que definirá las cuestiones de competencia o admisibilidad de la causa, conforme a lo dispuesto por el artículo 19, numeral 2, del presente Estatuto, que permite la impugnación de la

⁴⁰ V. Martínez Martín, Magdalena. El Fiscal de la Corte Penal Internacional: ¿Un nuevo modelo de órgano acusador?. En Cuadernos de Derecho Público. INAP. N° 16 de Mayo-Agosto de 2002. España. Pág. 297

⁴¹ En referencia a lo establecido en el numeral 7 del artículo 61 señala el Estatuto que la Sala de Cuestiones Preliminares determinará, sobre la base de la audiencia, si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Según cuál sea esa determinación, la Sala de Cuestiones Preliminares: a) Confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que existen pruebas suficientes y asignará al acusado a una Sala de Primera Instancia para su enjuiciamiento por los cargos confirmados; b) No confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que las pruebas son insuficientes; c) Levantará la audiencia y pedirá al Fiscal que considere la posibilidad de: 1. Presentar nuevas pruebas o llevar a cabo nuevas investigaciones en relación con un determinado cargo, o 2. Modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto que sea de la competencia de la Corte. V. Estatuto de la Corte Penal Internacional. Pág. 85-86

admisibilidad de la causa de parte del querellado o acusado. De igual manera lo expresa el artículo 57, numeral 3, literal b, que faculta al acusado de participar en la práctica de diligencias investigadoras.

El Estatuto de Roma establece, conforme a lo dispuesto en su artículo 55, los derechos del imputado dentro de la investigación; entre ellos destaca los derechos predicables de todo procesado, a no declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable dentro del juicio que le imputa responsabilidad propia de la ejecución de la acción penal.

De igual manera señala la CPI que las audiencias que han realizarse bajo su jurisdicción, deben constituirse en públicas, justas e imparciales, propio del derecho del acusado a ser interrogado frente a su abogado defensor elegido propiamente por el imputado; de igual manera debe gozar de un intérprete competente y de todas las garantías judiciales establecidas de las cuales “obtendría” o tendría acceso en un tribunal nacional al que pertenece.

El proceso practicado en los tribunales internacionales e internos de establecer la prueba directa, sea testimonial o documental, como una de las pruebas en la que puede legítimamente una sentencia, permite al imputado gozar de mayores garantías procesales. Existen otros elementos que deben considerarse, entre ellos, la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para que aunados a las anteriores pruebas, permitan una conclusión directa y consistente sobre los hechos.

Por otra parte, el juicio o proceso a un imputado desarrollado dentro de la CPI, responde a la culminación del proceso penal al imputado, garantizándole a éste gozar de todas las garantías procesales en el ejercicio de su defensa y de un derecho penal liberal y democrático, conforme a los requisitos previstos en el artículo 14⁴² del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

JUICIOS IN ABSENTIA

Lo dispuesto mediante el artículo 63 del Estatuto de Roma, nos conduce a observar la necesidad del acusado propiamente como tal, de comparecer en la etapa o desarrollo del juicio. Esta solicitud de comparecencia, sin embargo, ha ocasionado grandes debates en torno al

⁴² El artículo 14 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. *Ibíd.* Pueyo Losa, Jorge (Co). Pág. 758

desarrollo de juicios en rebeldía o juicios in absentia donde el acusado no concurre ante el desarrollo de la fase preliminar del juicio, así como también al proceso en sí.

Isabel Lirola Delgado⁴³ señala al respecto que estos juicios se caracterizan por su excepcionalidad y temporalidad. Agrega la autora al respecto que de no existir una verdadera voluntad de evitar enjuiciamiento in absentia⁴⁴, lo que, observaremos dependerá del eficaz funcionamiento de los mecanismos de cooperación y asistencia previstos en el propio Estatuto.

Desde luego, el acusado, por encontrarse prófugo, no podrá gozar de antemano de los derechos previstos, y que como acusado le confiere el presente Estatuto. Lo expuesto nos conduce a determinar que no es objetivo que la CPI celebre juicios in absentia, sino debe facilitar, ante todo, que las partes, es decir, tanto el querrelado como a la víctima, deben aportar elementos probatorios (la carga de la prueba), que determinen el grado de inocencia o culpabilidad dentro del proceso.

De allí proviene que la práctica de la diligencia sumarial debe hacerse requirente para las partes dentro del desarrollo del proceso. Sobre el particular diversos autores⁴⁵ consideran como el reconocimiento en derecho internacional de las sentencias in absentia puede generar una grave confusión entre el ejercicio de la competencia y del proceso en sí.

DERECHOS Y GARANTÍAS DEL ACUSADO

Es preciso reconocer como el régimen de responsabilidad internacional penal del individuo establecido en la parte III del Estatuto de Roma, refiere a los Principios Generales del Derecho Penal, donde la máxima no hay crimen ni pena sin ley *nullum crimen, nullum poena sine lege* permite al acusado gozar de los principios establecidos del derecho penal moderno, es decir, de que el tribunal juzgador debe estar compuesto en su estructura de normas previamente democráticas.

⁴³ Ibídem. Lirola Delgado, Isabel. Pág. 208

⁴⁴ Ibídem. Delgado Isabel Lirola. Pág. 209

⁴⁵ Expresa Isabel Lirola al respecto que la regulación de los juicios en rebeldía evidencian el acierto de las soluciones alcanzadas, señalando la autora, que es más importante la medicina preventiva que la curativa. Ibídem Delgado Isabel Lirola, Pág. 209; por su parte el distinguido jurista Remiro Brotóns considera que la no presencia del acusado en el territorio no afecta la competencia, sino la ventilación del juicio. Citado por Bueno Aurus, Francisco. Pág. 151.

Señala Luigi Ferrajoli⁴⁶, con respecto a las garantías que debe gozar el individuo, que los derechos no caen del cielo y un sistema de garantías no se construye en diez o veinte años. Los derechos surgen de las luchas políticas y sociales, y un sistema de garantías tarda generaciones en construirse y ponerse al servicio de la gente de sudor y de pena, que sufre y muere. Esta importante mención del autor permite observar como el resultado de la Corte Penal Internacional se constituye en el avance de un derecho cristizador hecho realidad, como resultado de más de cincuenta años de esfuerzo.

Ahora bien, es importante destacar cómo el sistema jurisdiccional del Estatuto de Roma permite en todo momento al acusado en la investigación, enjuiciamiento y condena *in dubio pro reo* gozar de un procedimiento penal moderno; prueba de ello es que el Fiscal que lleva la parte acusatoria en el juicio es la Corte Penal Internacional la que tendrá la última palabra al emitir sentencia final y definitiva, permitiendo en el desarrollo del juicio público, respetar las garantías procesales del imputado.

Pero no hay que olvidar que los derechos y garantías del acusado se encuentran recogidos principalmente en el artículo 55 del presente Estatuto que reseña de manera directa los derechos del acusado dentro del proceso. El artículo 66 reconoce la presunción de inocencia hasta que no se pruebe lo contrario; y el artículo 67 enumera una serie de derechos del acusado dentro y durante el desarrollo del proceso.

Lo anteriormente expresado, nos conduce a observar cómo el principio de legalidad penal garantizado en el Estatuto de Roma, permite que nadie puede ser penalmente responsable de conformidad con lo preceptuado en el Estatuto por una conducta anterior ejecutada antes de la entrada en vigor tal y como refiere el contenido del numeral 1 del artículo 24 del presente Estatuto.

La subjetividad del individuo en cuanto a sus derechos y obligaciones nos permite recordar lo establecido en las dos teorías jurídicas que explican su existencia⁴⁷; por un lado la teoría pura del derecho la cual sostiene que un individuo al ser sujeto de derecho es suficiente para que una norma del orden jurídico prevea una conducta suya como contenido de un derecho o de una obligación jurídica. Por el contrario, para los partidarios de la teoría de la responsabilidad, se considera sujeto de derecho internacional a todo aquel que se encuentra

⁴⁶ V. Ferrajoli, Luigi. Derechos y Garantías: la ley del más débil. Editorial Trotta. España. 1999. Pág. 157

⁴⁷ *Ibidem*. Rueda Fernández, Casilda. Pág. 29

al menos en las dos situaciones: a) ser titular de un derecho y poder hacerlo valer mediante reclamación internacional; b) ser titular de un deber jurídico y tener la capacidad de cometer un delito internacional.

IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Ha sido el desarrollo y consolidación del conflicto este – oeste quien determinó, en gran medida, el fortalecimiento de muchos gobernantes en varios países de extender y aplicar el ámbito de impunidad ante lo actuado, eximiendo el nivel de responsabilidad ante la criminalidad ejercida por los gobiernos dictatoriales, que amparados ideológicamente por las dos grandes potencias, Estados Unidos y la Ex – Unión Soviética, en el desarrollo de la guerra fría, permitieron y coadyuvaron al propio crecimiento de la ayuda militar y material que extendían estas potencias, incurrir en la ejecución de las más grandes violaciones a los derechos humanos ejercidas contra quienes diferían de sus actuaciones, siendo afectadas en aquellos países el ejercicio al derecho a la vida, a la libertad de expresión y otros derechos, lo que permitió la extensión de una impunidad dentro y fuera del área de control de estos dictadores.

El artículo 29 del Estatuto de Roma marcó un gran avance al reconocer la imprescriptibilidad de la pena, en referencia a crímenes graves y de competencia de la Corte Penal Internacional. La no -prescripción de estos delitos y penas permitirá un establecimiento de cambios, en la naturaleza *per seculae secularum* o por tiempo indeterminado, que la ejecución de estos graves delitos había sido favorecida, marcando un inicio en la persecución y condena ante lo actuado.

Si bien, no se podrá abrir causa procesal a imputados por estos delitos, conforme a lo establecido en el principio de irretroactividad de la razón personal *ratione personae*, señalado por el artículo 24 del Estatuto, que nadie debe ser penalmente responsable por una conducta anterior a la entrada en vigor del presente Estatuto, éste ha marcado un desarrollo en el avance del Derecho Internacional Penal.

En referencia a esta acción de no -prescripción en determinados delitos graves, muchos Estados hoy en día han introducido enmiendas constitucionales que no permitirán la prescripción de estos crímenes.

Sin embargo, el planteamiento principal del Estatuto de Roma mantiene una redacción amplia al señalar que aun prescribiendo, en una jurisdicción nacional de un Estado miembro una acción criminal que atenta

contra bienes jurídicos internacionalmente protegidos, la Corte Penal Internacional tendrá competencia por el hecho punible cometido.

En este punto, señala el magistrado colombiano Manuel José Cepeda, en referencia a la acción de imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional⁴⁸, que esta acción plantea una inquietud ¿Qué sucede cuando una sentencia penal ha declarado la prescripción de la acción penal o de la pena por un crimen de competencia de la Corte y ésta pretende seguir y sancionar a uno o varios nacionales por los mismos hechos? Agrega el Magistrado que el Estatuto de Roma delimita la competencia de la Corte Penal Internacional con respecto a los delitos de competencia de la justicia penal nacional al restringir la admisibilidad de la intervención de la Corte Penal Internacional.

Por ello, cuando se ha declarado judicialmente la prescripción de la acción penal o de la sanción penal, salvo que se pruebe la intención de sustraer al acusado de su responsabilidad por crímenes de competencia de la Corte, no puede afirmarse que la jurisdicción nacional esté dispuesta o no sea capaz de perseguir el delito.

FASE DE EJECUCIÓN DE LA PENA

Si bien la pena constituye una justa compensación por el mal causado por un delito⁴⁹, en el sentido de una teoría de la retribución *punitur quia peccatum est* también es comprensible observar como el propósito de castigar, vía jurisdicción de un tribunal penal internacional, busca ante todo, crear un efecto de medida de prevención general positiva, derivada de la sanción punible, ante la gravedad de lo actuado.

El establecimiento de marcos penales en sentido estricto, tampoco ha sido acogido por el Estatuto de Roma, derivando como penas principales las establecidas en el artículo 75 del preceptuado Estatuto que destaca, entre ellas, la privación de la libertad temporal hasta por 30 años, la imposición de la cadena perpetua ante el ejercicio de un hecho grave, además de otras penas accesorias que permiten la multa y el decomiso de los bienes y haberes procedentes directa o indirectamente del hecho imputable cometido por el presunto responsable del ilícito cometido.

Con respecto a la pena privativa de libertad temporal esta podrá ser revisada tras haber sido cumplida por el condenado, dos tercios de su

⁴⁸ Ibídem. Magistrado Manuel José Cepeda. Pág. 427

⁴⁹ Véase. Kai Ambos. Sobre los Fines de la Pena al Nivel Nacional y Supranacional. Revista de Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Marcial Pons. España. 2003. Pág. 199

duración. La pena de cadena perpetua, según el Estatuto de Roma, podrá ser revisada transcurridos 25 años de reclusión. Es importante destacar que las penas impuestas y establecidas en el Estatuto de Roma responden, ante todo, al principio de legalidad de la pena, que forma parte del derecho al debido proceso.

Claro está, que la Corte Penal Internacional no impone un mínimo de reclusión por el delito ocasionado; sólo establece el máximo que contempla la pena, dosificando esta actuación, según la gravedad del crimen ocasionado y las circunstancias personales del imputado, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba permitiendo, ante todo, que la determinación de la pena, sea proporcional a la gravedad del crimen⁵⁰ y las circunstancias personales en que incurrió el condenado.

Referirnos a la legalidad en el cumplimiento de la pena, permite al Estatuto de la Corte instituir que la jurisdicción de un Estado debe ajustarse a lo dispuesto en convenciones internacionales, ante la sanción que puede aplicar un Estado, observando el acreciente peligro, derivado del hecho de que los sentenciados pueden optar por recurrir a un país, donde las penas sean más favorables, gozando de mejores beneficios penitenciarios y de un poder judicial manipulable.

Por ello la diversidad de penas, no sólo representaría beneficios a un imputado por la ejecución del acto punible, sino plantea interrogantes, cuando es ejercida en un país que mantiene la pena de muerte o donde no existen condiciones ni garantías constitucionales ni procesales, para que un acusado haga valer el ejercicio efectivo de éstas.

Lo expresado nos permite observar cómo los tratados internacionales que tipifican crímenes internacionales, remiten a la jurisdicción interna de los Estados, con el propósito sea a través del ejercicio de esta jurisdicción, se penalice al imputado que ha infringido normas de protección de los derechos humanos; señalando en consecuencia la obligación de los Estados, en adoptar medidas legislativas y judiciales, que sancionen hechos imputables, según la gravedad del crimen causado.

Digno es recordar el referido anteriormente Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad que pretendía unificar la pena en referencia a los crímenes graves con un máximo y un mínimo de sanción al responsable de la ejecución de tales actos punibles.

Con respecto a la concurrencia delictiva, prevista en el Artículo 78 del Estatuto, que se refiere a la gravedad del crimen, señalando las

⁵⁰ Vid. Magistrado Manuel José Cepeda. Pág. 455

circunstancias personales del imputado, permitiendo al Tribunal realizar un cálculo de la pena estableciendo los criterios para su cuantificación, y estableciendo en su imposición la gravedad del crimen y las circunstancias del condenado. Lo dispuesto permite la imposición de una pena por cada delito cometido por el imputado, estableciendo una suerte de regla concursal⁵¹ atendiendo a la previsión de que se imponga una pena común.

Las objeciones al presente Estatuto han motivado el rechazo de un número de Estados que consideran que la CPI debería haber establecido un cálculo de penas más duras. Es importante destacar cómo estas objeciones presentadas de parte de muchos Estados, permite recordar la jurisdicción concurrente del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, con respecto a la sanción ante la imposición de la pena, destacando la diferencia ante el mismo hecho grave; entre los tribunales nacionales ruandeses, y la jurisdicción concurrente del Tribunal Internacional para Ruanda.

El primero dispone la pena de muerte ante determinados delitos graves, lo que entra en colusión con la sanción impuesta por el Tribunal Internacional para Ruanda que permite con respecto a la misma pena aplicable o de mayor gravedad, un límite ante la sanción, es decir, la imposición de la cadena perpetua.

El lugar de la ejecución de la pena, según refiere el artículo 103 del Estatuto de la CPI, contará con una lista de Estados aspirantes a recibir los condenados por este Tribunal. Con respecto a esta decisión, la Corte debe tener en cuenta al momento de decidir sobre los Estados oferentes que desean brindar estas garantías penales, los criterios de elección de los Estados interesados.

Luego de observar el desarrollo del proceso en sí, en los recién creados tribunales penales internacionales, es importante destacar que aún a pesar de haber sido gestionada por las Naciones Unidas, con aceptación de los Estados, de una sede estatutaria que alberga los Tribunales Penales Internacionales para la Ex – Yugoslavia y Ruanda, así como también de la recién creada CPI donde se nos conduce a concebir en gran medida la creación de un sistema penitenciario en el Estado anfitrión, destacando el indulto como una posibilidad muy condicionada.

La CPI será libre de seleccionar al Estado en el cual el sentenciado debe cumplir la pena, pero ante todo, deberá analizar las normas internacionales que se refieren el tratamiento de los reclusos y observar si el Estado interesado otorga un debido cumplimiento a lo pactado; todo esto

⁵¹ *Ibidem*, Gómez Colomer, Juan Luis. (Co). Pág. 235

bajo supervisión de la Corte, tal y como lo dispone el artículo 106 del Estatuto de Roma.

CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

Con respecto a esta figura, es importante destacar como la circunstancia que exime o libera de responsabilidad penal al individuo, ante la ejecución de un acto o determinados actos, conocidos tradicionalmente como justificación del acto o causal de justificación, no se encuentra establecido dentro de ningún precepto de manera taxativa, ni en alguna cláusula en particular, de acuerdo a lo dispuesto en el Estatuto de Roma.

Dentro de las circunstancias eximentes de la responsabilidad en el Estatuto de Roma es importante destacar las contempladas dentro del ámbito del presente Tribunal Penal Internacional como son: la enfermedad mental, el trastorno producido por la intoxicación siempre y cuando no sea preordenada, el ejercicio de la coacción dimanante propio de la amenaza inminente de muerte o ante la ejecución de lesiones corporales graves, que podríamos establecer como producto del estado de necesidad.

De igual manera preceptúa el artículo 31 del Estatuto de Roma, como circunstancia que determinan inimputabilidad al acusado, el cual permitirá justificar como eximente de responsabilidad el error de hecho o de derecho, pero sólo si hace desaparecer el elemento de la intencionalidad requerido y preceptuado por el artículo 32 del referido Estatuto.

Opina Augusto Ibáñez⁵² al respecto, que la causal eximente planteada por el Estatuto de Roma, se refunden, al encontrar un punto común eximente; pero ante esta acción, es necesario encontrar y resaltar ambas posibilidades, dentro del marco detallado en la norma transcrita, es decir, la expresión “haber sido hecha por otras personas” siguiendo el corte de la causal de inculpabilidad de estar constituida, por otras circunstancias ajenas, a un control aproximado, más al estado de necesidad.

El artículo 33 del presente Estatuto, refiere al eximente de responsabilidad por obediencia debida y por cumplimiento del deber, señalando como esta causal debe contemplar tres condiciones concurrentes, entre ellas la de estar obligado a obedecer órdenes, la del acusado no conocer o saber si la orden era ilegal, o que la orden no debía ser ilegal.

⁵² Véase. Ibáñez Guzmán, Augusto. El Sistema Penal en el Estatuto de Roma. Universidad Externado de Colombia. Colombia.2003. Pág. 81

Asignar de modo genérico, la causal de defensa, como un bien necesario ante la supervivencia propia, o de un tercero, propio de estar en el ejercicio de una misión militar, se puede considerar según lo dispone la Convención de Ginebra y sus respectivos protocolos, como acciones que buscan incluir ante la ejecución de una acción indiscriminada de ataques arbitrarios que estamos ante un hecho típico, punible y antijurídico con su respectiva responsabilidad penal por el daño ocasionado. Por ello construir la eximente de manera incompleta, puede conducir a que estas causas operen como atenuante de la pena.

DE LOS CASOS PRESENTADOS

La Corte Penal Internacional, como institución de carácter penal internacional, en los últimos años se encuentra sobrecargada de muchas denuncias propio de la comisión de actos graves, cometidos durante el desarrollo de un conflicto armado. Son varias las situaciones que tiene pendientes en la admisión a trámite y el posterior juzgamiento de muchas personas por la gravedad de haber incurrido en graves actos de barbarie que atentan contra el derecho internacional que prevé los principios de humanidad como medida de protección de las personas tanto en tiempos de paz, como en el desarrollo de un conflicto armado sea interno o internacional.

La investigación de hechos ocurridos por parte de la Corte Penal Internacional en Uganda, República Democrática del Congo, la Región de Darfur, la Región Centroafricana, Kenia, Libia, Costa de Marfil y Malí, y de objeto de un Examen Preliminar entre ellos dos países latinoamericanos como Colombia y Honduras donde se refleja la excepción de Venezuela me permite destacar que el trasfondo de cada situación no puede desconocerse y que cumple con creces todos los parámetros de gravedad imaginables, cuya calificación de los mismos, determina la ejecución de crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

El Caso Lubanga ha sido uno de los más importantes en el desarrollo del ejercicio de la jurisdicción penal internacional, que faculta a la Corte Penal Internacional determina su competencia frente a la comisión de crímenes internacionales, propio de la gravedad de los mismos.

Thomas Lubanga fue detenido en Kinshasa (Capital de la República Democrática del Congo) el 17 de marzo de 2006 y fue entregado a la Corte Penal Internacional. La nacionalidad del acusado, congoleña, le motiva a ser fundador y líder de la *Union des Patriotes Congolais* (UPC).

La acusación presentada por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional le acusa de haber incurrido en la comisión de crímenes de guerra, en particular reclutar o alistar a niños soldados (menores de 15 años) o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. La detención se obtuvo a través de la cooperación de las autoridades congoleñas, que fueron quienes antes habían remitido el caso a la Corte Penal Internacional.

Por su parte la Sala de Apelaciones como instancia judicial de la Corte Penal Internacional, determina la legalidad de los actos establecidos por la Sala de Primera Instancia, quien dentro del caso Lubanga procedió a suspender el encausamiento del mismo, lo que determina en gran medida las dificultades de este Tribunal en los medios de adquisición de la prueba.

Sin embargo, la Sala de Apelaciones sostiene que la Sala de Primera Instancia no debió haber ordenado la liberación de Lubanga, al no ser esta la única consecuencia posible de la suspensión del proceso. En consecuencia, dispone la Sala de Apelaciones, que la acción inferida, impide la reiniciación de las actuaciones y la cuestión de asegurar la presencia del acusado durante el juicio.

Por su parte es importante señalar que en julio del año 2010, la Corte Penal Internacional ordena la libertad de Thomas Lubanga, frente al aplazamiento del caso, determinando según señala la Sala de Apelaciones, que el mismo se motivaba en que durante la fase de investigación los Fiscales no habían demostrado el grado de culpabilidad del acusado, y en opinión de los jueces no se garantizaba un juicio justo al procesado Lubanga.

De igual forma, se ha presentado en los últimos años ante la Corte Penal Internacional la investigación sobre los eventos circunstanciales desarrollados en la región de Sudán-Darfur. La misma fue remitida a la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas mediante la resolución 1593 (2005). La controversia surgió luego de que el 14 de julio de 2008 el Fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares que emitiera una orden de detención en contra del Presidente en ejercicio de Sudán, Hassan Ahmad Al Bashir, por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en Darfur.

Otro de los casos, cuya comisión ha determinado competencia la Corte Penal Internacional es el caso Jean-Pierre Bemba - Ex Vicepresidente del Congo y jefe del grupo rebelde *Mouvement de Libération du Congo* (MLC) y comandante en jefe del ala militar, la *Armée de Libération du Congo* (ALC). La calificación de la comisión de los

crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional encuentran la tipicidad en el contenido del artículo 7 del Estatuto de Roma que tipifica las crímenes contra la humanidad y la responsabilidad del superior desarrollada en el contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma.

Por último y para concluir sobre los casos presentados, en mi criterio, la Corte Penal Internacional, si bien es cierta la realidad internacional desarrollada en el contexto del respecto a la soberanía de los Estados, ha constituido barreras en el avance de la jurisdicción penal, la misma encontrará su cristalización en la medida que los Estados incurran en la sanción ejemplar en sus Estados o de igual forma cooperen con la justicia penal internacional en la entrega y obtención de pruebas, de individuos que han incurrido en la comisión de actos graves, cuya calificación determina la comisión de crímenes de derecho internacional.

VALORACIONES FINALES

Señala en su parte preambular la Corte Penal Internacional como decisión de poner fin a la impunidad de los autores de crímenes de derecho internacional, y a contribuir a la prevención de los mismos, considero en que se deben incorporar a través de la promulgación de Protocolos relativos a los Crímenes de Competencia de la Corte Penal Internacional, previsto en el Artículo 5 del Estatuto de Roma y desarrollado en los Elementos de los Crímenes, para evitar así la consolidación de actos de barbarie que aún prevalecen contraviniendo reglas de humanidad y logra dotar así de mayor efectividad al ejercicio de una verdadera jurisdicción penal internacional que incorpora nuevos instrumentos jurídicos del derecho y a través de:

1. Codificar instrumentos jurídicos que conlleven a una mayor responsabilidad humana; de los autores de determinados hechos graves, considerados crímenes de derecho internacional;
2. la Jurisdicción Penal Internacional aún no fortalece el ejercicio de ius standi de las víctimas a recurrir al ámbito internacional. Sobre esta materia es importante fortalecer el derecho de las víctimas (individuales o colectivas) de recurrir de forma directa ante la Fiscalía de la Corte Penal Internacional y denunciar a los autores de la comisión de crímenes de derecho internacional;
3. crear una Convención Penal Universal que unifique la sanción penal ante la comisión de crímenes de derecho internacional, considerados graves y de barbarie;
4. promover un protocolo relativo a la inserción de determinados actos considerados crímenes de genocidio que no se encuentran insertos en la calificación del crimen de genocidio;

5. incluir en la lista de crímenes cuya tipicidad y calificación son determinados en la jurisdicción penal internacional como crímenes de lesa humanidad a quienes violan o lesionan de forma directa el derecho a la democracia como un crimen que atenta contra los principios que establece la Carta de Naciones Unidas – como es la paz y la seguridad internacionales.