



Estudio del CURI

Dr. Heber Arbuet-Vignali

**INOPERANCIA DE LA INVIOABILIDAD Y DE LA INMUNIDAD DE
JURISDICCIÓN ANTE EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. EL
caso al Bashir 2015.**

*Consejo Uruguayo
para las Relaciones Internacionales*

14 de julio de 2015

Estudio N° 04/15

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales de sus Consejeros. El contenido y las opiniones de los “Estudios del CURI” y “Análisis del CURI” constituyen la opinión personal de sus autores.

INOPERANCIA DE LA INVIOLABILIDAD Y DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN ANTE EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

El caso al Bashir 2015.

Por Heber Arbuet-Vignali ¹
El Pinar, junio 2015.
Email: heber@arbuet.com

Índice. **1. El caso que da pié al comentario.** **2. Los intereses e interrogantes que abre el caso.** **3. Las normas a considerar:** a. El Estatuto de la Corte; b. Las decisiones de Naciones Unidas; c. El Derecho Diplomático y Consular consuetudinario; d. Las reglas internas de Sudáfrica; e. Un eventual Acuerdo General de la Unión Europea. **4. Balance jurídico:** a. En el derecho interno de Sudáfrica; b. En el Derecho Internacional Público. **5. Balance político:** a. Recapitulación; b, Los cambios en la civilización, las carencias del Derecho Internacional Público y el empecinamiento de los protagonistas.

Resumen. La Corte Penal Internacional es una noble institución y un instrumento tendiente a llevar paz a la sociedad internacional. No obstante no funciona a satisfacción y es objeto de muchas críticas. Esta situación de carencias se puso en evidencia a mediados de junio con el caso al Bashir. En este trabajo, a partir de la anécdota, pretendemos mostrar que la Corte dispone de instrumentos aptos para actuar y que el problema no es de ella, sino del sistema jurídico en la que se le ha insertado, el Derecho Internacional Público, que no sirve para estos propósitos.

1. El caso que da pié al comentario.

El 6 de junio de 2015 se abrió en Johannesburgo (Sud África) la XXVa. Cumbre de la Unión Africana con dos temas principales: la crisis política de Burundi y el problema de la emigración africana hacia Europa. El 13 de junio comenzó la fase de Alto Nivel, reuniéndose los Jefes de Estados y de Gobierno de 40 de sus 54 Estados miembros y prolongándose hasta el día 16. Entre los participantes se encontraba Sudán (norte) y su Presidente, Omar al Bashir ², quien viajó ese mismo día a Pretoria para participar de la

¹ Antigo catedrático de Derecho Internacional Público y antiguo catedrático de Historia de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho de UDELAR. Miembro del Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI) y antiguo Director del mismo. Premio CONICYT a la investigación jurídica, Grado III, 1999-2001.

² El Teniente General Omar Hasan Ahamad al Bashir, de 71 años, es Presidente reelecto ininterrumpidamente de Sudán desde 1993 (22 años). En 1989 siendo general, encabezó el golpe de estado militar que derrocó a un gobierno legítimo y democrático sustituyéndolo por una Junta Militar; en 1993 disolvió la Junta y se quedó en exclusiva con el poder. Actualmente sigue en él, en un país dividido ya que la región de Darfur no le acepta, y, además, en guerra por problemas fronterizos con Sudán Sur, aunque en este último caso y momento se está en un alto el fuego y en vías de normalización. Ha impulsado un proceso de islamización del país que influyera en los problemas de Darfur.

reunión cumbre, lo que hizo y, al final de ella, posó en el medio de “la foto de familia” de la misma.

Este Presidente no sólo es muy cuestionado, sino que también es un prófugo de la justicia penal internacional por sus responsabilidades en el caso Darfur ³. Tiene el dudoso privilegio de ser el primer jefe de Estado en ejercicio acusado ante la Corte Penal Internacional, en adelante CPI, ser requerida su detención para someterlo a la misma y, además, la primera persona acusada ante la Corte por genocidio.

Cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas comienza a ocuparse de los problemas de Sudán y, en especial, de los hechos de Darfur, en su Resolución 1593 del 31 de marzo de 2005 dice, “Determinando que la situación de Sudán constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Decide remitir la situación de Darfur, desde el 01/07/02 al Fiscal de la Corte Penal Internacional”. Además invita a los gobiernos de Sudán y a los demás implicados en el conflicto de Darfur a “...cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarle toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente Resolución.”

El 3 de junio de 2008 el Fiscal de la CPI, inició una investigación por los hechos de Darfur y acusó ante la Corte a al Bashir por los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en el caso Darfur. El 4 de marzo de 2009 la Corte dictó una orden internacional de arresto contra al Bashir en razón de 5 crímenes contra la humanidad y 2 crímenes de guerra perpetrados bajo su responsabilidad en Darfur entre 2002 y 2008; en cambio, no consideró probadas las 3 acusaciones por genocidio ⁴. Posteriormente la Cámara de Apelaciones de la CPI, ordenó a su Sala de Primera Instancia que revisara su fallo acerca de la acusación por genocidio y la Sala cambió de opinión librando el 12 de julio de 2010 una segunda orden de arresto contra al Bashir por 3 crímenes de genocidio también concretados en Darfur ⁵. Se trató de la primera orden de arresto dictada por la CPI en razón de este delito.

³ Darfur (el hogar de los Fur), es una región del oeste de Sudán compuesta por tres provincias, Al-Fashir, Geneina y Nyala, que limita además con Libia, Chad, República Centroafricana y Sudán Sur. Hasta 1916 constituyó un sultanato independiente, luego fue incorporado al Sudán Anglo Egipcio, a consecuencias de lo cual quedó comprendido en Sudán al independizarse este. Está habitado por los Fur, los Malasis y otras etnias negras dedicadas a la agricultura y la tribu Abbala, árabes criadores de camellos. La mayoría de ambos grupos son musulmanes. Entre ambos conjuntos se han suscitado conflictos de larga data, principalmente por el dominio de las fuentes y cursos de aguas. En febrero de 2003 se abrió un enfrentamiento militar por causas raciales entre los yayauid, grupos de milicianos de la tribu árabe Baggara, pertenecientes a los Abbara y grupos de los pueblos Fur, Zaghawa y Masalit, de etnia negra. El gobierno de Sudán fue acusado, aunque lo niega, de haber apoyado a los yanyauid dándoles armas y asistencia y acompañándolos en sus masacres a los grupos negros. Como consecuencias de estas acciones se calcula un número de 350.000 o más muertos y unos 2.700.000 desplazados o refugiados. En 2007 las acciones se detienen con un acuerdo en que interviene Naciones Unidas.

⁴ La misma Resolución exceptúa de esta obligación a los Estados no partes del Estatuto de la Corte, pero “...exhorta a todos los Estados y Organizaciones regionales y Organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente”. Exhorta también a la Unión Africana “...a que encamine arreglos prácticos que faciliten la labor del Fiscal y de la Corte, incluida la posibilidad de llevar a cabo actuaciones en la región, lo que contribuiría a las iniciativas regionales contra la impunidad”.

⁵ Además se han dictado otras órdenes de arresto contra otros dirigentes sudaneses, las que tampoco se han concretado por la protección que a estos proporciona el gobierno de Sudán, presidido por al Bashir.

En el marco de tal contexto, el 13 de junio de 2015, 7 años después del proceso, al Bashir no sólo sigue libre por la auto-protección que le da su propio gobierno en Sudán, sino que también se ha paseado por el mundo, primero cuidándose y yendo a Estados “ami-



gos” y no miembros del Estatuto de la CPI, visitando luego a “países amigos” que forman parte del Estatuto de la CPI ⁶ y ahora viajando a Sud África a la Reunión Cumbre de la Unión Africana y, además en un claro desafío y con desenfado, posando en el mismo centro de la “foto de familia” (ver foto, supra, el más bajo de blanco y turbante azul-celeste).

Estos incumplimientos de las obligaciones internacionales tienen su explicación parcial (excluida de ella la actitud de China, que se comprende por un afán imperialista económico comercial en África y las de Irán e Irak por razones políticas), en la indignación que tienen algunos de los Estados africanos, con la Corte Penal Internacional a quién reprochan de sólo ocuparse de ellos, preguntándose por qué no acusa a otros responsables de crímenes, como George Bush, Tony Blair, José María Aznar y otros.

⁶ En marzo 2009, poco después de la primer orden de arresto ya había visitado Egipto, Eritrea, Libia, Qatar y Arabia Saudita (Estados no partes de la CPI); también visitó posteriormente a China, Etiopía, Irán, Irak, Kenia, Kuwait, Rep. Democrática de Congo, Sudán Sur (al constituirse este en 2011) y Yibuti, todos Estados no miembros. Pero después fue más allá y en marzo de 2010 visitó Chad, el mismo año más adelante Kenia y después Nigeria en 2013, todos Estados partes del Estatuto. Finalmente arriba a Sud África, Estado parte del Estatuto, para participar en una notoria Cumbre de la Unión Africana. Además en septiembre de 2013 solicitó un visado a EE.UU. para concurrir a la 68ª. reunión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, visa que le fue negada y motivó una protesta sin consecuencias de parte de Sudán, presentada ante el Comité de asuntos legales de Naciones Unidas.

Cuando al Bashir arriba a Sud África, se producen dos acciones paralelas. La Corte Penal Internacional solicita a Sud África, que es Estado parte de la misma ⁷, el arresto del mandatario sudanés y una organización de derechos humanos sudafricana, el Centro para la Litigación de África Meridional (SALC), presenta ante el Tribunal Superior de Sudáfrica una acción legal urgente solicitando la detención de al Bashir, a consecuencia de la cual el Tribunal dicta una orden suspendiendo su salida. Debe señalarse que, previamente y como preparación para la reunión de la Unión Africana, el Poder Ejecutivo de Sud África, el 5 de junio de 2015, dictó un decreto garantizando la inmunidad de los líderes y delegados extranjeros que concurriesen a la Cumbre; y que la Unión Africana ha sostenido que al Bashir goza de las inmunidades por ser Jefe de Estado ⁸.

Las autoridades de la Unión Europea y de las Naciones Unidas instaron al gobierno de Sudáfrica exhortándolo para que detuviera a al Bashir y lo entregara a la CPI. En cambio, la Unión Africana condenó el reclamo y amenazó con que sus Estados miembros abandonaran en bloque el Estatuto del Tribunal ⁹. El Tribunal Superior de Pretoria dictó una orden impidiendo la salida de al Bashir del país, hasta que se resolviera el caso de la orden de arresto dictada por la CPI. Contrariamente la Presidente de la Unión Africana apoyó al gobierno de Sudáfrica, afirmó que al Bashir gozaba de inmunidades en este país al participar en él de una reunión oficial de la organización y no estar como huésped del mismo. Por supuesto al Bashir no reconoció la orden de arresto y afirmó que la Corte es una herramienta del colonialismo.

⁷ El Estatuto de la Corte, aprobado el 17 de julio de 1998; entró en vigor el 11 de abril de 2001 durante la Asamblea General de Naciones Unidas de ese año; Sudáfrica lo ratificó el 27 de noviembre de 2000; Uruguay lo hizo el 28 de junio de 2002. Cuenta con 139 firmantes y con 122 ratificaciones que obligan a esos Estados.

⁸ Hemos tratado de averiguar si la Organización de la Unión Africana dispone de un Acuerdo General de Prerrogativas de amparo para sus locales, funcionarios y autoridades acreditadas ante ella del cual Sud África sea Estado parte. No hemos obtenido resultado positivo de nuestra investigación; no obstante, a los efectos de este trabajo, partiremos de la base de que dispone de él como es el caso de Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos (ver H.Arbut-Vignali y D.Vignali Giovanetti, 2015 t/p, Capítulo XIV, Numerales 2 y 3, e infra Numeral 3 e)

⁹ Estas expresiones encuentran su explicación en el desencanto generalizado en los países africanos por el rumbo tomado por la CPI a la que acusan de no resultar eficaz y de ensañarse con su Continente al perseguir únicamente a responsables africanos. En cuanto a la ineficacia el reproche resulta correcto, pero buena parte de la responsabilidad corresponde a los Estados, algunos por no haber ratificado el Estatuto de la Corte (casos de China, EE.UU., India, Israel, Rusia, buen número de africanos y otros más) y otros, como Sudáfrica, ratificantes, por no colaborar con los arrestos y puesta a disposición. En 13 años de existencia, la Corte: dictó sólo dos sentencias condenatorias, ambas referidas a dos ciudadanos de la República Democrática de Congo (T.Lubanga a 14 años en 2012 y G.Katanga a 12 años en 2014); tiene causas abiertas contra ciudadanos de esta misma República y contra centroafricanos, ugandeses, sudaneses, keniatas, libios y costa marfilenses. Esta situación hace comprensible el “reproche anti africano”, aunque el Fiscal ha iniciado investigaciones pre sumariales respecto a ciudadanos de Afganistán, Colombia, Corea del Sur, Georgia, Guinea, Honduras y Nicaragua. Además, a mediados de junio 2015, la CPI ha abierto diligencias previas para determinar si inicia una causa por crímenes de guerra en la Franja de Gaza y, el 26 de junio, Palestina presentó en La Haya una acusación contra Israel por crímenes de guerra y contra la humanidad, en Gaza y Cisjordania, a partir del 13/06/14. También debe señalarse la prescindencia de actuaciones en Siria, donde más allá del veto chino y ruso (ver H.Arbut-Vignali 2013/2) debe tenerse en cuenta que en el caso, el Fiscal no intervino de oficio, ni ningún Estado se lo pidió, cosa que podían hacer.

En este marco fáctico y legal, el domingo 14 de junio, el gobierno de Jacob Zuma, desoyendo el mandato del Tribunal Superior de Sudáfrica, permite la salida de al Bashir rumbo a Sudán, la que se concreta viajando en su avión presidencial el 15 de junio, llegando ese mismo día a Jartum dónde se le recibe con festejos y honores.

Para intentar resolver este asunto desde el punto de vista del Derecho Internacional Público general, deben tenerse en cuenta, además, otras dos cuestiones. Sobre las prerrogativas y amparos que corresponden a un Jefe de Estado en visita en el extranjero, no existe ningún convenio general en vigor ¹⁰, no obstante lo cual sí existe una inmemorial práctica de los Estados que ha permitido el afianzamiento de un amplio estatuto consuetudinario de amparo a los Jefes de Estado frente al Estado que los recibe, pero no existe ninguna norma consuetudinaria de amparo ante Organizaciones o instituciones Internacionales, como lo es la Corte Penal Internacional.

2. Los intereses e interrogantes que abre el caso.

Enlazados por estos hechos, se encuentran varios intereses que pueden entrar en enfrentamiento. En primer lugar el del Jefe de Estado, delincuente requerido por la Corte Penal Internacional, que quiere eludir el brazo de la justicia, evitar comparecer y eventualmente ser condenado, pero que no se contenta con el amparo que le da su Estado, al que además gobierna, sino que quiere salir de él impunemente y, últimamente, exhibir su desenfado pretendiendo ser inalcanzable. El interés de este es no asumir su responsabilidad en los crímenes cometidos y continuar con el poder y la pompa que detenta. En realidad, debería estar en La Haya, sometido a los jueces y no paseando y exhibiéndose en eventos internacionales.

También debe considerarse el interés de la Comunidad Internacional, cuyo común de las gentes, son aquellos que forman su opinión pública de base; son también los mismos a los cuales los medios tecnológicos disponibles informan en vivo, en directo y en tiempo real, de las grandes maldades de dirigentes y regímenes políticos y de las trágicas consecuencias de estos sobre sus iguales que viven en otras latitudes. Estas realidades les mueven sana y solidariamente a militar para cambiar la situación, sin que escapen a ser infiltrados por grupos ideológicos que medran política o económicamente a la sombra de estas cruzadas. A estas corrientes se pliega, aunque más no sea por razones de marketing político interno, la opinión pública institucionalizada de los gobiernos y, por razones profesionales y de estatus, la del funcionariado internacional, los cuales vienen procurando erradicar los mas oprobiosos hechos creando instituciones tales como la Corte Penal Internacional (ver H.Arquet-Vignali 2008) o institutos como el de la Responsabilidad de Proteger (ver H.Arquet-Vignali y W.F.Baliero Silva, 2015 t/p) a los que inmediatamente ubican en un sistema jurídico, el Derecho Internacional Público, que no es el adecuado y les cercena eficacia.

¹⁰ Como ocurre, en cambio respecto a las misiones diplomáticas permanente (C.Viena/961), las misiones especiales (C.N.York/969), las oficinas consulares (C.Viena/963) o las relaciones diplomáticas en las Organizaciones Internacionales a nivel mundial (C.Viena/975).

Debe considerarse el interés de la Corte Penal Internacional respecto a que los Estados en general y, muy especialmente los que son parte de su Estatuto, respeten sus mandatos y les den cumplimiento en sus respectivos ámbitos internos, dando efectividad de esta forma no sólo a su “jurisdictio”, sino también a su “imperium” (ver H.Arbut-Vignali 2007, 2011 y 2013) y logrando una presencia real y no meramente testimonial, en las relaciones internacionales. Debe pensarse que esto es lo que quieren 122 naciones estructuradas en Estados, las que acordaron que no habrá impunidad para los responsables de estos crímenes, todos ellos de profunda gravedad.

Además hay que tener en cuenta los intereses políticos menores de los Estados, especialmente los no partes del estatuto, pero incluso los que son partes de él, de acoger en su territorio y en ciertas circunstancias ante un acontecimiento determinado, a personas, especialmente de alto nivel que son inculpados y requeridos por la Corte Penal Internacional. Por último, en este caso, también juega el interés de una Organización Internacional regional, la Unión Africana, que por razones de prestigio cuestiona las actitudes de la Corte (ocuparse sólo de problemas africanos) y se resiste a colaborar con ella.

Estas pujas de intereses contrapuestos que en los hechos tienen disimiles respuestas políticas según los intereses a tener en cuenta, abren grandes interrogantes jurídicas ¿quién tiene razón? Y ¿por qué?

3. Las normas a considerar.

a.- El estatuto de la Corte. Respecto al funcionamiento de la Corte Penal Internacional en el marco de las relaciones internacionales contemporáneas, el sistema enfrenta una dificultad que deja la eficacia de la institución casi totalmente en manos de la buena voluntad de los Estados que quieran cooperar con ella. La institución se ubica en el marco de un sistema jurídico internacional con estructuras exclusivas de coordinación, el Derecho Internacional Público y por ello este le trasmite a la CPI muchas de las limitaciones propias del sistema que le comprende, el que se funda y desarrolla a partir del Principio de la Igualdad Soberana de los Estados (ver H.Arbut-Vignali 2005, 2007, 2011 y 2013). En el marco de este tipo de sistema, si bien sus tribunales tienen amplia jurisdicción (capacidad de decir el derecho y obligación de acatar su dictado), tienen un imperium (capacidad de ejecutar coercitivamente lo dictaminado) limitado al ámbito internacional, ya que en el ámbito interno de los Estados se enfrenta al Principio de la Soberanía Territorial de estos y a su consecuencia el Principio de la No Intervención en los Asuntos Internos, lo que les impide actuar eficazmente en casos de rebeldía ¹¹. Para que un tribunal internacional con los fines y las funciones que se le da

¹¹ Salvo en las poco probables situaciones en que el desacato fuere tan grave que configurara una amenaza a la paz y seguridad internacionales, lo que abriría las puertas al Consejo de Seguridad para actuar dentro del marco del Capítulo VII de la Carta, y que aquel decidiera, sin que fuera interpuesto un “veto”, tomar medidas coercitivas, incluso el uso de la fuerza armada para hacer cumplir el fallo. Esta situación, que es de muy difícil acontecer, es la única que permitiría que el sistema funcionara legítimamente ejecutándose coercitivamente el fallo dentro de las fronteras de un Estado renuente a hacerlo. Si, fuera de esta circunstancia, la colectividad internacional, para ejecutar coercitivamente un fallo legítimo interviniera dentro del ámbito interno de un Estado que se niega a hacerlo desconociendo sus obligaciones, la

a la CPI, funcione correctamente, y pueda cumplir con sus fines, el mismo debería ubicarse dentro de otro tipo de sistema jurídico internacional, cuyas estructuras sean de coordinación y de subordinación, y cuyo fundamento descansara sobre el Principio de la Supranacionalidad (ver H.Arbuét-Vignali 2007 y 2013).

Teniendo en cuenta las limitaciones señaladas, propias del Derecho Internacional Público, analizaremos el Estatuto en las disposiciones que interesan al objeto de este trabajo. Dice el art. 4 inc. 2: “La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, en el territorio de cualquier Estado parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier Estado”. La Corte es competente (art. 5) respecto a crímenes de genocidio (art. 6), de lesa humanidad (art. 7), de guerra (art.8) y de agresión (sin definir) ¹². Los órganos de la CPI son: * el Presidente; * 1 Sección de Apelaciones, 1 de Primera Instancia y 1 de Cuestiones Preliminares; * el Fiscal; * y la Secretaría (art. 24). Las órdenes de detención las dicta la Sala de Cuestiones Preliminares a pedido del Fiscal (art. 58 inc. 1) y tendrán vigor hasta ser revocadas por la Corte (inc. 4).

consecuencia jurídica sería que, para hacer cumplir un fallo válido en el sistema, actuando en la forma que es necesario para ello, se estaría atentando contra las bases del propio sistema, el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados, y de esta forma destruyendo el sistema que se pretende hacer respetar.

¹² **Genocidio.** Es un delito internacional, cuyos límites no están aún totalmente definidos y en los cuales inciden sentimientos muy entrañables, como el del holocausto y el genocidio armenio, entre otros, pero que poco contribuyen a una definición jurídica precisa. La Real Academia Española lo caracteriza como “el exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivos de raza, religión o política”, otros agregan, creo que innecesariamente, los motivos de etnia o nacionalidad. Jurídicamente, en el momento actual, debemos recurrir a las tipificaciones de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y, especialmente a la definición del art. 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, que dicen: “Se entiende por genocidio, cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal...”; y enumera: matanzas o lesiones graves físicas o psicológicas al grupo; sometimiento del mismo a condiciones de existencia que conduzcan a su destrucción física total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo o el traslado forzado de niños del grupo a otro. El sujeto pasivo es el grupo humano y resalta la importancia del elemento subjetivo: la intención de destruirlo total o parcialmente. **Crímenes de guerra.** El art. 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone que lo son las “Infracciones graves a los Convenios de Ginebra del 12/08/949, realizadas como parte de un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”: homicidios; torturas u otros tratos inhumanos incluidos experimentos biológicos; causar grandes sufrimientos o atentar contra la integridad física o salud; destrucción y apropiación de bienes en forma ilícita, en gran escala y arbitrarias; forzar a prisioneros o a personal protegido a servir en las fuerzas armadas o privarlos de juicio legítimo e imparcial; la toma de rehenes. También son crímenes de guerra las violaciones graves “...de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, dentro del marco del Derecho Internacional...” que se enumeran en el literal b del art. 8. Y, en caso de conflictos no internacionales (internos), los que se enumeran en el literal c y sean cometidos contra personas que no participan de las hostilidades o depusieron las armas, están herido o enfermos. **Crímenes de lesa humanidad.** De acuerdo al art. 7 lo es “...cualquiera de los actos siguientes, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque...”: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzado; privación de libertad; torturas; violación y otras agresiones sexuales; persecución por razones políticas, raciales, nacionales, étnicas, culturales, religiosas, de género u otras inaceptables; desapariciones forzadas; crimen de apartheid; u otras inhumanas que atenten contra la integridad física o la salud mental. **Crimen de agresión.** La Asamblea de Estados Miembros de la CPI, en junio de 2011, agregó por Resolución RC/Res 6, un art. 8 bis, que determina que una persona lo comente cuando “...estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.”. Este artículo es parte del Estatuto y obliga.

Inmediatamente el art. 59 dispone “El Estado parte que haya recibido una solicitud de detención provisional o de detención y entrega, tomará inmediatamente las medidas necesarias para la detención, de conformidad con su derecho interno y el...presente Estatuto”. Por último, la Sección IX, regula la obligación de cooperar: “Los Estados partes...cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”, art. 86; el 87 establece los procedimientos; el 88 dice “Los Estados partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas,,” y el 90 da preferencia a la Corte sobre los Estados respecto a los pedidos de detención y entrega.

Para cerrar esta parte conviene tener en cuenta el Preámbulo del Estatuto. El Convenio de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados, establece en las reglas de interpretación de los mismos, art. 31 inc. 2 que, para los efectos de la interpretación de un tratado, su preámbulo forma parte del mismo. Del preámbulo del Estatuto resultan significativas las siguientes disposiciones. “2. Teniendo presente que en este siglo (se refiere al XX), millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”;..... “4. Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, no deben quedar sin castigo.....”. “5. Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”;..... “11. Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera...”. Toda esta terminología del Preámbulo, su radicalidad, fundamentación y encuadre filosófico nos conducen a afirmar que si bien en las disposiciones del acuerdo no se crean normas de “jus cogens” (ver H.Arbut-Vignali 2011/1), sí se establecen reglas cuyo cumplimiento reviste una acentuada importancia y cuyo desconocimiento conduce a una grave infracción, no sólo al derecho positivo, sino también a la conciencia moral, política y jurídica de la humanidad posmoderna.

Desgraciadamente la ubicación del Estatuto en el marco del Derecho internacional Público le resta a sus disposiciones efectividad y eficacia y conduce a situaciones como la que nos ocupa. No es el Derecho Internacional Público el sistema adecuado para lograr el real funcionamiento de instituciones como la CPI ¹³. Se debe exigir a los gobiernos de los Estados, porque los Pueblos de los Estados ya tienen ese anhelo, una mayor disposición para asumir compromisos que no sólo obliguen a los Estados, sino que, en algunos casos especiales y sin perjuicio del atributo de sus soberanías, les sometan y deban cumplirlos, aún cuando se rebelen contra ellos. Como bien lo dice el Santo Padre Francisco (2015): “Urgen acuerdos internacionales que se cumplan, dada la fragilidad de las instancias locales para intervenir de modo eficaz. Las relaciones entre Estados deben resguardar la soberanía de cada uno, pero también establecer caminos consensuados para evitar catástrofes locales que terminarían afectando a todos. Hacen

¹³ Como tampoco lo es para lograr la eficaz protección internacional de los derechos humanos y el medio ambiente; ni para que funcione correctamente la responsabilidad de proteger; ni para combatir las mafias y los delitos internacionales; ni para atender a muchísimos otros nuevos asuntos que la posmodernidad ofrece a las relaciones internacionales.

falta marcos regulatorios globales que impongan obligaciones y que impidan (subrayado nuestro) acciones intolerantes...” (Francisco, 2015, párrafo 173, pág. 133); y concluye “...urge la presencia de una verdadera Autoridad política mundial, como fue ya esbozado por mi predecesor (San) Juan XXIII...” (Francisco, 2015, párrafo 175, pág. 135). Más adelante, con gran valentía y autoridad, expresa “Respondiendo a intereses electorales, los gobiernos no se exponen fácilmente a irritar a las poblaciones con medidas que puedan afectar el nivel de consumo...” (el tema es otro, pero el resultado es igual) y concluye “La grandeza política se muestra cuando en momentos difíciles se obra por grandes principios y pensando en el bien común a largo plazo. Al poder político le cuesta mucho asumir este deber en un proyecto de nación...” (Francisco 2015, párrafo 178, pp. 136/37).

A los gobiernos les es fácil asumir compromisos que saben que en muchos casos podrán eludir amparados en las características y Principios del sistema del Derecho Internacional Público, pero hasta ahora se han negado a asumir esos mismos compromisos en el marco de sistemas más duros, compromisorios y efectivos (al menos para algunas materias, como esta, las de la llamada 13 y otras similares), aquellos fundados en el Principio de la Supranacionalidad que creen por ejemplo, estos mismos tribunales, e impongan las mismas obligaciones, pero que, además, posean órganos supranacionales, independientes y con disponibilidad de poder coactivo propio para imponer las decisiones del tribunal en los ámbitos jurídicos internacionales e internos y sean ajenos a las voluntades políticas de los ocasionales gobernantes de los Estados.

b.- Las decisiones de Naciones Unidas. La Corte Penal Internacional es un órgano independiente de la Naciones Unidas y que se financia por el aporte de sus Estados partes y donaciones. No obstante existen fuertes vínculos entre ambas instituciones y en el caso, es notorio que el TPI interviene a partir de una Resolución del Consejo de Seguridad (ver supra Numeral 1, párrafo 3). Existe un Acuerdo de relación entre la CPI y Naciones Unidas, firmado en la sede de Nueva York, el 4 de octubre de 2004 y, del propio Estatuto de la Corte resulta que su jurisdicción se abre a pedido del Fiscal por sí, motivado por un Estado o por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII (arts. 13 b y 16); no obstante este último camino sólo se utilizó dos veces, una en el caso Darfur Res. 1593/05 y otra en el caso Libia, Res. 1970/11, en tanto que en caso Siria fue repetidamente impedida por los vetos de China y Rusia (ver T.Quiroga, 2012).

¿Cómo se explica el poco uso de este instituto? Si bien la Carta de Naciones Unidas rescata valores como la preservación de la paz y seguridad internacionales, la cooperación internacional, la defensa de los derechos humanos y el castigo a los delincuentes, ella se funda en el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados (art. 2 inc. 1), lo cual la ubica en el sistema del Derecho Internacional Público con todos los límites que eso significa (ver supra Numeral 3 a, párrafo 1) y, además, si bien posee un sistema de seguridad colectiva este es muy acotado porque para decidir los casos que ponen en peligro la paz y seguridad depende de un órgano político, el Consejo de Seguridad, en el cual 5 países disponen de “veto” pudiendo cualquiera de ellos paralizar

las acciones que son apoyadas por la mayoría, por la necesidad y por la razón, como ya ha ocurrido en el caso Siria (ver H.Arbuét-Vignali 2011, 2012 y 2013). La normativa de Naciones Unidas, si bien muy importante, no es de aplicación en el caso.

c.- El derecho diplomático y consular consuetudinario. En este marco no existen normas convencionales que se refieran a los amparos y prerrogativas de que gozan los Jefes de Estado o de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores en visita oficial en el extranjero; en cambio se dispone de una nutrida cantidad de reglas consuetudinarias (ver H.Arbuét-Vignali y D.Vignali Giovanetti 2015 t/p Capítulo IV, Sección IV, Numerales 1 y 2).

En este caso, al menos en principio, se trata de un Jefe de Estado en visita a un país extranjero, África del Sur, con el propósito de concurrir a una reunión oficial de una Organización Internacional regional, la Unión Africana, en su cita de alto nivel. A los efectos de las relaciones internacionales se debe considerar Jefe de Estado (o de Gobierno) a la persona que es admitida por el sistema jurídico y político interno del Estado en que funge como tal, y al cual el Estado sede reconoce como gobierno y mantiene relaciones diplomáticas. Para que se acepte tal autoridad no importa el tipo de legitimación interna que posea (monárquica, democrática representativa, democrática popular, etc., régimen ideológico político o religioso u otra), o la falta de ella (dictadura u otro gobierno de facto); para ser reconocido internacionalmente al Jefe de Estado le alcanza con ejercer el gobierno efectivo del Estado en que actúa y que se le admita como tal en la comunidad internacional, regulada por el Derecho Internacional Público.

Cuando un Jefe de Estado integra una misión especial de las regladas por el Convenio de Nueva York de 1969 y por lo tanto esta se considere de alto rango, el tratado dispone que gozará "...además de las que otorga la presente Convención, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho Internacional" (art. 1, inc. 1). O sea de los que le reconoce el derecho consuetudinario. Una tradición centenaria, recogida por el derecho y admitida por el Convenio de 1969 establece que el Jefe de Estado puede estar en el extranjero de incógnito absoluto, de incógnito relativo o en visita oficial, como ocurre en el caso que nos ocupa. En visita oficial, esa misma tradición establece que al Jefe de Estado se le deben, en el Estado en que se encuentra, todos los honores debidos a su rango. Además, el Jefe de Estado extranjero goza de prerrogativas, las que se fundan en su carácter representativo y la teoría de la función: inviolabilidad personal activa y pasiva (amparo a su integridad física, moral y dignidad y amparo a su libertad en todos los sentidos); protección respecto a ataques de particulares; inviolabilidad de su residencia, documentos, correspondencia, equipaje, etc.; también le ampara la inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa frente a los tribunales locales ante los cuales no puede ser sometido a juicio, ni ser objeto de ejecuciones judiciales ¹⁴.

¹⁴ También tiene derecho a otras prerrogativas que no interesan en el caso: exenciones impositivas, aduaneras, de cargas públicas, libertad de comunicaciones, etc.,

d. Las reglas internas de Sud África. Además de las reglas del Derecho Internacional Público que obligan a Sud África también en su ámbito interno, parecería (y nosotros no las pudimos encontrar), que no existan leyes, decretos u otro tipo de disposiciones aplicables al caso, dado que, el Gobierno de Sud África, el 5 de junio, día anterior a la Reunión de la Unión Africana, dictó un decreto garantizando la impunidad (sic) de los líderes que concurrieran a dicha reunión.

También cuentan como reglas las jurisdiccionales dictadas específicamente para el caso. El 14 de junio el Tribunal superior de Sudáfrica con sede en Pretoria, presidido por el juez Hans Fabricius, a petición del Centro para la Litigación de África Meridional (SALC), una Organización humanitaria, dictó una orden de prohibición de salida del país contra al Bashir, para garantizar su permanencia hasta el dictamen de la Corte sobre su detención y entrega. Posteriormente el Tribunal consideró que debía ser arrestado dado que Sud África firmó el Estatuto de la Corte y al ratificarlo posteriormente se constituyó en miembro originario de la misma, situación en la que permanece. Luego de la salida del país de al Bashir, el juez Dunstan Mlambo, Presidente del Tribunal, recriminó al gobierno de Sudáfrica por no cumplir la orden de arresto.

e.- Un eventual Acuerdo General de la Unión Africana. Decimos eventual porque nuestra investigación no nos permitió afirmar ni descartar la existencia de un acuerdo de sede o de acuerdos generales con sus Estados partes que establecieran algún tipo de estatuto de prerrogativas y amparos a sus locales, sus altos funcionarios, los representantes de sus Estados miembros ante ella, etc., similar a los suscriptos, por ejemplo, por Naciones Unidas o la OEA (ver H.Arbut-Vignali y D. Vignali Giovanetti, 2015 t/p, Capítulo XIV, Sección II, Numerales 2 y 3). De cualquier forma, si existiera tal normativa, no sería aplicable al caso porque estos estatutos establecen la inmunidad de jurisdicción y sus consecuencias como un amparo frente a las autoridades del Estado receptor o sede, pero no alcanza a instituciones internacionales, como lo es la Corte Penal Internacional.

4.- Balance jurídico.

a.- En el derecho interno de Sud África. La situación no es fácil de dilucidar, aunque entendemos que la decisión del gobierno de Pretoria de no poner a disposición de la CPI a al Bashir es contraria al Derecho Internacionales Público y la de autorizar su salida del país, viola, además, su régimen jurídico interno, republicano y con separación de poderes. La República Sudafricana, desde 2000 es parte del Estatuto de la Corte y está obligada a cooperar con ella en la persecución y castigo de los criminales internacionales; esta ha sido una decisión soberana de un Estado independiente; si no la hubiese asumido seguiría libre de hacer lo que quisiere; pero al firmar y ratificar el tratado, se sometió voluntariamente a él, debe cumplirlo y ha incorporado automáticamente las normas internacionales a su derecho interno.

El decreto del poder ejecutivo sudafricano dándole protección a los delegados y dignatarios acreditados ante la Cumbre de la Unión Africana, sólo obliga en lo referido a

las autoridades internas del Estado sede: ellas no pueden actuar por su propia decisión para desconocer la inviolabilidad de los delegados amparados, ni los tribunales sudafricanos pueden someterlos a su jurisdicción por causas propias. Pero en el caso se trata de un pedido de sometimiento de y a la Corte Penal Internacional, de un persona que funge como Jefe de Estado, pero, antes de esta calidad, tiene la de reo inculcado de graves crímenes internacionales realizados precisamente desde su investidura de Jefe de un Estado. Si esta calidad le protegiera frente a los pedidos de Corte, la Corte Penal Internacional sería un gasto inútil, los esfuerzos doctrinarios para analizarla serían delirios y los compromisos asumidos por los Estados respecto a ella resultarían entelequias (en su segunda acepción). Un análisis jurídico en buena hermenéutica, no puede aceptar que se cree un tribunal para juzgar a dignatarios políticos internos indignos y que cometieron crímenes muy graves amparados en su calidad de tales, la que poseían y, en algunos casos la siguen poseyendo y, a la vez, se determine que esa calidad mal usada de altos dignatarios les ampare de la jurisdicción creada para castigarlos. Esto no es lógico ni racional y el derecho es una estructura lógico racional. La Corte Penal Internacional tiene jurisdicción para ordenar la detención y sometimiento a ella de cualquier reo inculcado por crímenes de su competencia, sea este un ciudadano común o un dignatario que en los casos normales y ante otras jurisdicciones, está amparado por el estatuto diplomático. Este estatuto diplomático no fue creado ni establecido para impedir la acción de la Corte, ni para dificultar la acción de las autoridades locales actuando por mandato de la Corte, sino para impedir los eventuales abusos de las autoridades locales, especialmente el Poder Ejecutivo, actuando motu proprio.

Se podrá argumentar que las autoridades sudafricanas actuantes lo hicieron como poderes locales y que eso les está vedado, no sólo por el débil decreto interno, sino también por el Derecho Internacional Público consuetudinario que ampara a los Jefes de Estado en el extranjero de su país. Esto no es correcto, pues actuaron determinadas por una autoridad internacional, la CPI, y esto marca la diferencia. Además el derecho consuetudinario nace de la larga práctica de los Estados y, en este caso, ella se refiere a amparar a los Jefes de Estado en el extranjero de decisiones de las autoridades locales que tiendan a someter al dignatario a ellas por problemas, de cualquier tipo, pero que se generaron en el ámbito doméstico. Esta protección no alcanza a los pedidos de la CPI por un simple razonamiento: no existe norma internacional convencional que lo determine para este nuevo supuesto y no se ha generado una práctica internacional capaz de crear una norma consuetudinaria que así lo estableciera, ya que, respecto a la CPI no hay tiempo, ni antecedentes que la avalen y, respecto a la Corte Internacional de Justicia, dada su competencia, ello no puede ocurrir.

No habiendo norma jurídica internacional consuetudinaria que respalde la decisión del gobierno de Pretoria, sólo resta analizar comparándolos al derecho exclusivamente interno y al Derecho Internacional Público incorporado al mismo. Desde este punto de vista, al no haber una norma expresa en la Constitución de Sudáfrica que disponga que todo su derecho interno es superior al Derecho Internacional Público, cosa que no existe

en ninguna parte del mundo por razones obvias ¹⁵, debe considerarse cuál puede ser la relación entre las normas del derecho internacional y las del derecho interno sudafricano. Lo habitual en las constituciones es que no tengan disposición expresa sobre ese punto. Entre las que sí las poseen se establecen varias soluciones: que los tratados o cierto tipo de ellos (como los que se ocupan de derechos humanos) son supraconstitucionales o de igual rango que la constitución; también suele ocurrir que consideren a los tratados infra constitucionales, pero supra legales, o del mismo rango que la ley; pero nunca se ha ido más allá. Cuando nada dicen al respecto, los tribunales constitucionales o supremos de los respectivos países, como es el caso del nuestro, les han otorgado rango legal o supra legal, solución que es acompañada por la generalidad de la doctrina (ver H.Arbuét-Vignali 2013/1).

En el caso que nos ocupa, en el orden exclusivamente interno, se dispone de un decreto del ejecutivo del Estado sede que reconoce un estatuto de amparo a un dignatario, el que se contrapone a un tratado ¹⁶. En cualquier derecho interno y también en el de Sudáfrica, este tratado posee al menos un rango legal superior al del decreto. Las autoridades judiciales de Bloemfontein, aplicaron correctamente el derecho interno al preferir a un tratado internacional frente a un decreto de Pretoria y el gobierno, con su protección y autorización de salida, no sólo violó el Derecho Internacional Público, sino también su derecho interno.

b.- En el Derecho Internacional Público. Sudáfrica, que podía no haber firmado ni suscripto el Estatuto de la CPI, manteniéndose ajena al mismo evitando ser alcanzada por las obligaciones que de él emanan, seguramente por considerarlo justo y apropiado, no solamente firmó el acuerdo, sino que también lo ratificó, en un acto absolutamente libre respaldado en su voluntad soberana. De esta manera, a partir de entonces (año 2000) quedó irremisiblemente ligado a sus disposiciones y obligado a cumplirlas (ver H.Arbuét-Vignali 2005/1, sección III). Resulta de esto que, en el caso que nos ocupa, al estar en su territorio un imputado ante la CPI y al haberle pedido esta su detención y entrega, tenía la obligación internacional de proceder de acuerdo a los compromisos que resultan de los arts. 4, inc. 2 y 59 del Estatuto (ver supra Numeral 3 a, párrafo 2). Debe tenerse en cuenta que no existe otra norma internacional, ni tampoco interna, salvo el decreto, que obliguen a Sudáfrica a una conducta diferente: las normas consuetudinarias de amparo a autoridades de alto nivel, Jefe de Estado en este caso, no existen en relación a las solicitudes de Tribunales Internacionales y tampoco existe norma convencional al respecto; en el ámbito interno, debe tenerse en cuenta que la única norma invocada es un decreto, de rango inferior a la equivalencia del tratado, el

¹⁵ Si así ocurriera, la consecuencia jurídica en el ámbito interno sería que cualquier norma de su ordenamiento jurídico, constitución, ley, decreto, etc., dentro del país, prevalecería legítimamente sobre cualquier compromiso asumido en un tratado, incluso la Carta de las Naciones Unidas; y las autoridades internas deberían preferirlas a este y aplicarlas por sobre de él. La consecuencia política internacional sería que, con ese Estado, ningún otro país celebraría un acuerdo, ni sería admitido en ninguna Organización Internacional ya que no habría la mínima seguridad acerca de que, en su ámbito interno haría honor a sus compromisos y, de esa manera, decidiría su auto aislamiento del mundo (ver H.Arbuét-Vignali 2013/1).

¹⁶ El tratado que crea el Estatuto de la Corte Penal Internacional, suscrito y ratificado por Sudáfrica y que la obliga a detener y entregar a los requeridos por ella en razón de crímenes internacionales.

que crea la CPI, ingresado en un ámbito interno (asimilado o a la ley o a la Constitución); y que, además, el Convenio de Viena de 1969 sobre interpretación y aplicación de los tratados dispone en su art. 27: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

Por estas razones entendemos que la República Sudafricana, al no atender el pedido de arresto y entrega de al Bashir a la Corte Penal Internacional ha violado claramente sus obligaciones internacionales e incurrido en responsabilidad internacional, por lo que debe responder, ya que, su único refugio sería la existencia de una inviolabilidad y una inmunidad de jurisdicción que amparara a los Jefes de Estado en el extranjero cuando fueran requeridos por la Corte, la que, por las razones expuestas no existe respeto a los pedidos de tribunales internacionales.

Estos tribunales, y los fines que persiguen, no pueden ser comprendidos en el fundamento, ni en la finalidad de los amparos diplomáticos: el carácter representativo y la necesidad de la función. Ellos tampoco entran en el interés internacional de proteger a funcionarios y dignatarios diplomáticos frente a los abusos en que pudiere incurrir el Estado receptor o sede. Todos los estatutos diplomáticos convencionales ¹⁷ amparan sólo frente a los abusos que pudiere cometer el Estado receptor o sede y no se refieren a los requerimientos de Tribunales Internacionales y, como se mencionó, tampoco se ha formado costumbre respecto a estos. Por otra parte sería absurdo que la Comunidad Internacional, por las altas y significativas razones que se exponen en el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, decidiera perseguir y castigar, aún a las más altas autoridades responsables de horribles crímenes internacionales que, abusando de su poder institucional los cometieron y, a la vez, eximiera de esa responsabilidad a los más conspicuos criminales (los Jefes de Estado o de Gobierno) que siguieran detentando el cargo, protegiéndolos con la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción.

5.- Balance político.

a.- Recapitulación. Ya hemos señalado los resentimientos que existen entre los países africanos en general y, en particular, en la Unión Africana, por las actuaciones de la Corte Penal Internacional respecto a su continente (ver supra Numeral 1, párrafo 8 y llamada 9) y en qué medida ellos se encuentran fundados. Sin embargo existen otros hechos objetivos y que impactan, a tener en cuenta. Nadie puede discutir, ni lo hace, la justicia de los propósitos que se persiguen con la creación de la Corte. Se procura castigar a grandes criminales internacionales sin recurrir a instituciones políticas, susceptibles de inclinarse y caer en diferenciaciones por razones no objetivas (como suele ocurrir en ocasiones en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas). Se busca, en cambio, confiar la solución de los casos a un órgano de naturaleza jurisdiccional, independiente de la influencia de los gobiernos, cuyos miembros no están

¹⁷ Los de alcance general vigentes: C.Viena/961, C.Viena/963, C.N.York/969 y C.Viena/975; los específicos de algunas Organizaciones Internacionales, convenios de sede o acuerdos generales, también en vigor, como los de las Naciones Unidas o la OEA, etc.; los regionales históricos como los de La Habana de 1928; etc..

supeditados a las instrucciones de los Poderes Ejecutivos de los Estados, entre los cuales unos valen más y otros significan menos, y que se integra con sus fiscales y jueces, funcionarios independientes y capaces, sólo sometidos a sus conocimientos, su honestidad y la hermenéutica jurídica, los cuales, por tener soportes humanos pueden equivocarse pero, no lo hacen por genuflexión a intereses sectoriales.

Tampoco nadie puede negar el avance socio-político y filosófico que significa el establecimiento de este tribunal en el marco de las relaciones internacionales. Pero tampoco nadie puede estar honestamente conforme en relación a los magros resultados que se han obtenido con esta institución en sus 14 años, 2 meses y días en que ha funcionado hasta la fecha. Esto tiene una explicación, y hay que mostrarla e insistir en ella, para poder corregirla.

El Instituto y sus propósitos son buenos; sería una ligereza dudar de la honestidad de sus soportes humanos; y resultaría atrevido negar buena intención y seriedad a los negociadores, autoridades y Estados que lo crearon. Pero corre un escalofrío al sentir que los Estados y las Organizaciones Internacionales, los poderes ejecutivos y sus negociadores, el funcionariado internacional y quienes deciden en las ongs que han participado en este esfuerzo, han ubicado todo su entramado en el marco de un sistema jurídico internacional, el Derecho Internacional Público, único que por ahora regula a las relaciones internacionales mundiales, cuya estructura y principios no permiten el funcionamiento satisfactorio de instrumentos como la Corte Penal Internacional.

Esto se produce porque el Derecho Internacional Público es un sistema jurídico y por lo tanto sus normas obligan absolutamente. Pero, además, por su naturaleza de sistema de coordinación, por su origen y desarrollo histórico, por las muy especiales y pocas materias que, originariamente estaba llamado a regular y por el peso que en él tienen los Estados, principales sujetos y, a la vez, protagonistas que se encargan de crearlo, interpretarlo y castigar las infracciones que se le producen, le torna en un sistema muy débil en su aplicación y puesta en práctica. Especialmente cuando se trata de algunas materias, como, por ejemplo, un sistema de justicia penal internacional o aquellos ámbitos de competencia señalados supra en llamada 13. Para regular estos nuevos ámbitos de competencias, productos de la posmodernidad, el sistema no resulta útil.

En conclusión, el Derecho Internacional Público, para estas materias, resulta ser un sistema muy permisivo, que crea lazos fuertes, pero eludibles sin mayores consecuencias. Cuya eficacia sigue descansando en el principio del Equilibrio de Poderes, que manejan los gobiernos de los Estados. Es un sistema ajeno a cualquier autoridad internacional supranacional y que, por eso, tiene dificultades para encarar los desafíos postmodernos, ya que extrae su fundamento en la independencia de los Estados y tiene un enorme respeto a la autodeterminación de los mismos en todos los campos de sus competencias.

Nuestro escalofrío se transforma en medular cuando uno comprueba que existen otros sistemas jurídicos internacionales, que funcionan a nivel regional, que se fundan en el Principio de la Supranacionalidad que, de ubicarse en él la CPI, podría funcionar bien,

sin graves omisiones y con eficacia. Lo más preocupante es que los actores humanos que crearon la CPI, no pueden desconocer la existencia y posibilidades que brinda este otro sistema jurídico, lo cual nos lleva a dudar de la existencia de una verdadera voluntad política para evitar estos enfermizos males de la humanidad. Brevemente desarrollaremos estas ideas.

b.- Los cambios en la civilización, las carencias del Derecho Internacional Público y el empecinamiento de los protagonistas. Desde hace al menos cuarto de siglo venimos primero hablando y después escribiendo, sobre algunas realidades. Una es que los avances tecnológicos y científicos han dado al mundo nuevos instrumentos y lo han transformado en una unidad global. La globalidad no se ve solamente en lo económico comercial como que en Rusia tomen Coca Cola y en China abran los Mac Donals, es más profunda y nos acercó a todos; ya casi no hay asuntos exclusivamente locales, la vieja “jurisdicción doméstica” se sigue reduciendo ¹⁸; casi nada nos puede ser ajeno y suponer que no nos alcanzará: lo que ocurre en cualquier lado lo conocemos y nos afecta casi como si ocurriera a nuestro lado y lo que pasa en cualquier lado, tarde o pronto, de alguna manera, modifica y afecta nuestra propia realidad. El mundo de los siglos XVII a mediados del XX era el del Estado nación que llegó a conseguir regular sus relaciones de una forma generalmente satisfactoria; desde entonces a hoy el mundo es el de la globalidad, integrado por Estados nacionales que procuran controlarlo con sus relaciones y las reglas que crean pero que compiten también con otros actores distorsivos y muy poco controlables.

Otra de las realidades es que el derecho que regula las relaciones internacionales no acompañó esos cambios o los acompañó en forma limitada e ineficaz. El Derecho Internacional Público, único que las regula a nivel mundial, es un sistema creado para atender los intereses del relacionamiento de Estados nacionales, protagonistas únicos del mundo internacional, respetando a raja tablas sus soberanías e independencias, claves de bóvedas imprescindibles de todo el sistema de reglas que se fue creando, con una idea y concepto de soberanía extraído de las ciencias políticas y que les permite asumir compromisos aparentemente muy fuertes, pero que si son violados, no les acarrearán ninguna sanción muy grave, salvo el extremo caso de que ello afecte a la paz y seguridad internacionales y todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad coincidan en esa opinión. Este sistema no está pensado para regular eficazmente un mundo de globalidades y nuevas amenazas; sólo es eficaz para lo que se creó y fueron sus únicos ámbitos de aplicación hasta mediados del siglo XX. No obstante tiene una gran bondad, deja un resquicio para abrir la puerta a una nueva realidad: a partir de sus Principios, normas y estructuras permite crear un nuevo sistema jurídico, sobre otros

¹⁸ Aun que existen algunas materias, muy particulares y puntuales, propias de cada Estado por separado, que los diferencian de los demás y que ellos quieren mantener protegidas por su soberanía, gobernables sólo por cada uno de ellos; lo que es posible y justo en cuanto ello no afecte a los demás Estados. Sólo estas materias deben ser amparadas fuertemente por el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados. Y esto puede ser reservado en un sistema que gire sobre el Principio de la Supranacionalidad que permite el sometimiento de los Estados a autoridades comunes, con su consentimiento, en materias determinadas y por un tiempo determinado, sin que por ello se vea afectada su soberanía en otros ámbitos de sus competencias.

Principios como el de la Supranacionalidad, con otras normas y otras estructuras que en algunos ámbitos de competencia obliguen y sometan fuertemente a los Estados, sin afectar en otros ámbitos su soberanía e independencia. Esto puede ser así mientras el sistema se aplique sólo para algunos asuntos determinados, referidos sólo a ciertos ámbitos de competencia y por el tiempo en que los Estados acepten quedar sometidos. Todos los que denuncian la “ineficacia” del Derecho Internacional Público, todos los que acusan a la soberanía como “el demonio que impide el bien”, todos los que “claman” por un mundo mejor tienen que conocer esto, pero no han hecho nada para intentar transitar estas nuevas vías que abre el derecho.

Esta situación resulta: de la responsabilidad directa del egoísmo de los intereses sectoriales de los actores emergentes ¹⁹; también, en forma gravitante de los gobiernos, en especial de los de las potencias mayores, que velan más por el mantenimiento de sus estructuras de poder competitivo, y las prefieren, a la cooperación que les permita limitar la eficacia de las agresiones globales; no menos culpa tiene un funcionariado internacional que en lugar de estudiar las causas jurídicas de los males y crear las soluciones para superarlos, plantea correctamente los problemas, pero para combatirlos hace propuestas complacientes con el interés de los Estados en no ver afectada su “independencia”; y tampoco hace mucho para dar respuestas efectivas la actitud contestataria y testimonial de los miembros de muchas Ongs que, en algunos casos viven de la existencia de los problemas que deben enfrentar.

Nosotros hemos denunciado estos hechos en muchas ocasiones, pero pocos nos han seguido y ninguno con poder político efectivo para intentar un cambio nos han escuchado (ver H.Arbut-Vignali 1995, 2002, 2005, 2007, 2007/1, 2007/2, 2009, 2011, 2012, 2012/1, 2013, 2013/3 y H.Arbut-Vignali y L.Barrios 2001).

¹⁹ Los grandes consorcios internacionales económico-comerciales, los intereses de grupos ideologizados como el Califato del Estado Islámico, las mafias internacionales, los piratas, los terroristas, los “pescadores a río revuelto” y otros.

Obras citadas.

Si hubiera dificultades para ubicar los trabajos del autor citados en el texto, los mismo se hayan en nuestro archivo de originales, a disposición de quienes lo soliciten a través del email indicado al comienzo del texto.

1. ARBUET-VIGNALI, Heber (1995): Mercosur: soberanía y supranacionalidad. Sus repercusiones políticas y jurídicas. En Relaciones Internacionales, revista del Instituto de Relaciones Internacionales, año 5, número 8, La Plata, Argentina, mayo 1995.
2. ARBUET-VIGNALI, Heber (2002): La protección ambiental y el interés privado en el marco internacional. Necesidad y posibilidades de un nuevo mando ordenador justificado. Ed. Libro colectivo. Congreso Medioambiental de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul. Ed. UFPA, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil 2002.
3. ARBUET-VIGNALI, Heber (2005): La sociedad y el orden jurídico internacionales. En E.Jiménez, H.Arquet y R.Puceiro, 2005, 08, 12 y 15, tomo I, Capítulo I.
4. ARBUET-VIGNALI, Heber (2005/1): El fundamento del Derecho Internacional. En E.Jiménez, H.Arquet y R.Puceiro, 2005, 08, 12 y 15, Tomo I, Capítulo III.
5. ARBUET-VIGNALI, Heber (2007): Actuales carencias de las jurisdicciones Internacionales. Ed. Libro de homenaje al Profesor Gualberto Lucas Sosa. La Plata 2007.
6. ARBUET-VIGNALI, Heber (2007/1): Los motivos que conducen a la llamada crisis del Derecho Internacional y algunas ideas para enfrentarlos. Ed. Revista digital de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Buenos Aires 2007.
7. ARBUET-VIGNALI (2007/2): Carencias jurídico institucionales para el gobierno de los actuales riesgos en el marco de las relaciones internacionales. Ed. Libro colectivo de la Red Latino Americana y Europea para el Gobierno de los Riesgos. Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2007.
8. ARBUET-VIGNALI, Heber (2008): Los tribunales penales internacionales. En E.Jiménez, H.Arquet y R.Puceiro, 2005, 08, 12 y 15, tomo II, Capítulo XVI.
9. ARBUET-VIGNALI, Heber (2009): El Estado posmoderno y la soberanía. Ed. Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI). Estudio 01/09, del 17 de julio de 2009.
<http://curi.org.uy/archivos/estudiocurio1del09arquet.pdf>
10. ARBUET-VIGNALI, Heber (2011): Un nuevo frente: los desafíos y amenazas de la posmodernidad en las relaciones internacionales. En Revista Estrategia, 3^a. época N° 3. Ed. Centro de Altos Estudios Nacionales (CALEN), Montevideo 2011.
11. ARBUET-VIGNALI, Heber (2011/1): Jus cogens. Un famoso poco conocido. Ed. Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI). Estudio 04/11 de 16 de junio 2011. Ed. digital
<http://curi.org.uy/archivos/estudiocurio4del11arquet.pdf>

12. ARBUET-VIGNALI, Heber (2012): ¿Intervenir o actuar?. El uso lícito de la fuerza armada. Ed. Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI). Estudio 01/12, 17 de abril de 2012, <http://curi.org.uy/archivos/estudiocurio1del12arbuets.pdf>
13. ARBUET-VIGNALI, Heber (2012/1): El papel del Derecho Internacional Público en el siglo XXI. Ed. Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI). Estudio 03/12, 23 de abril de 2012, <http://curi.org.uy/archivos/estudiocurio3del12arbuets.pdf>
14. ARBUET-VIGNALI, Heber (2013): Necesidad de un nuevo sistema jurídico para las Relaciones Internacionales posmodernas. Apuntes para una discusión. Ed. Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI). Estudio 02/13 de 12 de junio 2013. Ed. digital <http://curi.org.uy/archivos/estudiocurio2del13arbuets.pdf> Y, también, en ARA Editores, Lima, Perú 2013.
15. ARBUET-VIGNALI, Heber (2013/1): ¿Quién prima? El lastre de una teoría heredada, sobre un problema real en la posmodernidad. Ed. Consejo uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI). Estudio 08/13, Montevideo 8 de agosto de 2013. <http://curi.org.uy/archivos/estudiocurio8del13arbuets.pdf>
16. ARBUET-VIGNALI, Heber (2013/2): Balance sin perspectivas. La muerte de los sirios no afecta a los líderes. Edición Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI). Estudio 10/13, Montevideo 23 de diciembre de 2013. <http://curi.org.uy/archivos/estudiocurio10del13arbuets.pdf>
17. ARBUET-VIGNALI, Heber (2013/3): Un concepto entre las brumas. La construcción de la soberanía en las ciencias jurídicas. Ed. Revista de Derecho Público, año 22, número 43. Ed digital www.revistaderechopublico.com
18. ARBUET-VIGNALI, Heber y BALIERO SILVA, Washington Fredy (2015 t/p): La Responsabilidad de Proteger. Montevideo, 2015 t/p.
19. ARBUET-VIGNALI, Heber y BARRIOS, Luis (2001): La soberanía, los Estados y un marco coordinado u ordenado mundial. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2001.
20. ARBUET-VIGNALI, Heber y VIGNALI GIOVANETTI, Daniel (2015 t/p): Pequeño tratado de Derecho Diplomático y Consular. Montevideo 2015 t/p.
21. FRANCISCO, Santo Padre, Obispo de Roma (2015): Carta Encíclica Laudato si (Alabado seas) sobre el cuidado de la casa común. Roma, 16 de junio de 2015. w2.vatican.va/content/francesco/es/documents/papa-francesco_20150524_laudato-si.html
22. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, ARBUET-VIGNALI, Heber, PUCEIRO RIPOLL, Roberto (2005, 08, 12 y 15): Derecho Internacional Público. Principios – Normas – Estructuras. 4 volúmenes. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2005, 08, 12 y 15.
23. QUIROGA, Tamara (2012): Relación del Consejo de Seguridad de ONU y la CPI: Darfur y Libia. ¿Intervenciones sumamente selectivas en derecho internacional penal? En Revista Electrónica de investigaciones “Ambrosio L.Gioja”, año VI, N° 8, Buenos Aires 2012.

