

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y DE LA JUSTICIA PENAL
INTERNACIONAL**

Cuaderno de Trabajo N° 21

José Antonio Burneo Labrín

Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

Mayo, 2011

Vigésimo primer Cuaderno de Trabajo del
Departamento Académico de Derecho de la PUCP

“Globalización de los Derechos Humanos y de la Justicia Penal Internacional”

© José Antonio Burneo Labrín

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Av. Universitaria 1801, San Miguel
Lima 32, Perú

Primera Edición
Prohibida la reproducción de esta obra por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2011-06677
ISBN: 978-612-4057-40-3

Impreso en los Talleres de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Mayo, 2011

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL. DR. JOSÉ ANTONIO BURNEO LABRÍN

1. El orden público internacional y los derechos de los individuos y de los pueblos
 - 1.1 El orden público internacional que emergió con la era moderna
 - 1.2 La crisis del orden público internacional clásico nacido con la modernidad
 - 1.3 El surgimiento de un nuevo orden público internacional post 1945. Los Derechos Humanos como hecho nuevo en la historia.
2. El proceso de globalización de los Derechos Humanos
3. El proceso de globalización de la Justicia Penal Internacional
4. Conclusiones. Consideraciones finales
 - A. El Derecho Internacional hace 90 años
 - B. El fundamento de la globalización de los Derechos Humanos y de la Justicia Penal Internacional
 - C. Algunas limitaciones y desafíos finales

COMENTARIO DEL PROFESOR IVÁN ARTURO BAZÁN CHACÓN EL CRIMEN INTERNACIONAL DE TORTURA

Introducción

1. La tipificación internacional de la tortura
2. El régimen de protección
3. Cuestionamientos al régimen de protección internacional contra la tortura
4. A manera de conclusión

COMENTARIO DEL PROFESOR VICTOR AUGUSTO SACO CHUNG RECLAMOS JUDICIALES INTERESTATALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Reclamos interestatales en los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos, el caso europeo e interamericano.
2. Reclamos interestatales en el Derecho Internacional general
3. Conclusiones

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La Globalización es un fenómeno que sin duda ha influenciado en el Derecho Internacional y, dentro de esta rama del Derecho, especialmente en los derechos humanos. En este último caso, a pesar que los actores principales de la Globalización son los individuos, la protección de éstos por el Derecho Internacional ha tenido que pasar por el actuar de los Estados y no por una reivindicación propia.

Los tres trabajos que se presentan a continuación tuvieron como germen el Seminario “Globalización y Derecho internacional” organizados por el área de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con motivo del festejo de sus noventa años. En esa ocasión, se presentó la ponencia del Profesor Burneo que fuera comentada por los profesores Bazán, Saco y Patricio Rubio (quien acompaña este documento de manera espiritual).

Nutrida de la discusión de ese entonces, esta obra busca compartir con los lectores una lectura de la influencia del proceso de globalización en los derechos humanos, de cómo la interconexión entre los habitantes del planeta les ha permitido reconocerse mutuamente en su humanidad. Este reconocimiento les ha impuesto la obligación de proteger a esta última de manera universal mediante el Derecho. Sin embargo, este proceso no ha sido instantáneo, si bien inacabado, se ha dado por pasos pequeños, pero importantes en el derecho internacional, el cuál ha cambiado fundamentalmente justamente por este devenir.

Es esta problemática la que se recoge en el texto del Profesor Burneo, titulado “Globalización de los derechos humanos y de la justicia penal internacional” y que es complementado, a manera de profundizar sobre algunos aspectos específicos, por los textos de los profesores Bazán (“El crimen Internacional de Tortura” y Saco (“Reclamos judiciales interestatales para la protección de los Derechos Humanos”),

...

El autor y los comentaristas esperan contribuir con este Cuaderno de Trabajo a la concreción del mencionado proceso de la protección universal de los derechos humanos.

GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

DR. JOSÉ ANTONIO BURNEO LABRÍN (*)

La globalización de los derechos humanos y la globalización de la justicia penal internacional, esto es, su universalización, con las precisiones que haremos en este trabajo, constituye dos hechos nuevos y de extraordinaria importancia en la historia de la humanidad.

Regido el primero por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el segundo por el Derecho Penal Internacional, ambos procesos, a la vez que se complementan y retroalimentan, tienen un desarrollo institucional autónomo el uno respecto del otro. Su adecuada comprensión requiere, empero, ubicarlos como parte de un proceso mayor, el de la construcción de un nuevo ordenamiento jurídico internacional luego de la Segunda Guerra Mundial.

Cronológicamente posterior a la globalización económica contemporánea¹, y, según veremos luego, en contradicción respecto de asuntos importantes con la versión hoy en día imperante de ésta, la globalización de los derechos humanos, no fue un proceso instantáneo ni fácil a nivel mundial. En efecto, luego de la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas (octubre 1945), se desarrolló un proceso lento, complejo, politizado, plagado de ambigüedades, visto con desconfianza cuando no sabotado por diversos e importantes Estados -en algunos casos hasta la actualidad-. Los Estados que se opusieron o aún se oponen a los requerimientos internacionales, con carácter vinculante, en materia de derechos humanos, lo han hecho o lo hacen generalmente argumentando desde el secular principio jurídico internacional de la soberanía estatal. Esta argumentación, sin embargo, es una argumentación hoy en día desfasada, según puede concluirse a la luz de la práctica de las Naciones Unidas y de las Organizaciones Internacionales, de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otras entidades jurisdiccionales supranacionales a las que haremos referencia más adelante.

Es difícil fijar una fecha precisa a partir de la cual se pueda afirmar la vigencia global o universal de los derechos humanos. Creemos más bien que sí es posible afirmar que, con la Carta de las Naciones Unidas, se inició un complejo proceso de globalización de los derechos humanos que se consolidó recién en la década de los 80 del siglo XX al crearse, paulatinamente, diversos mecanismos que conforman el actual sistema de protección universal de los derechos humanos. Como se expone en este trabajo, si bien esta globalización de los derechos humanos es un hecho hoy en día internacionalmente aceptado, aún restan diversos puntos difíciles y confusiones a resolverse tanto en el nivel universal (ONU) como regional, interamericano (OEA) en nuestro caso.

¹ El término globalización es un término que nos remite ante todo y, como uno de las situaciones internacionalmente aceptada, a la economía mundial, Puede definirse como la “supresión de las barreras al libre comercio y la mayor integración de las economías nacionales” (Stiglitz, 2002 : 11). En otros términos, se trata de “la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras” (Stiglitz, 2002 : 37). STIGLITZ, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2002. Stiglitz es Premio Nobel de Economía, ex - Vicepresidente del Banco Mundial, y ex - Asesor económico del Presidente Clinton.

(*) **Profesor Ordinario Asociado a tiempo completo del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dicta los cursos de Seminario de Integración en Derecho Internacional, Derecho Penal Internacional y Derechos Humanos. Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina – Bélgica.**

En lo que se refiere a la justicia penal internacional, pese al antecedente del juicio internacional de Nuremberg (1945-1946) y las penas severísimas que entonces se impusieron a los más altos responsables civiles y militares del Estado nazi así como a líderes nacionalsocialistas², su globalización es aún más reciente que la globalización de los derechos humanos. Y es que temida -justamente visto el precedente de Nuremberg- por los responsables de graves crímenes internacionales perpetrados generalmente al amparo del poder del Estado, el proceso de aplicación universal de la justicia penal internacional fue bloqueada durante la Guerra Fría tanto por el mundo entonces comunista como por el denominado mundo occidental o capitalista. Bloqueado a fin de garantizar la impunidad, sí, pero sólo en beneficio de los vencedores de la Segunda Guerra Mundial, y, por extensión, de sus aliados o integrantes de alguno de los bloques en que se dividió el mundo luego de la última conflagración mundial.

Así, la justicia penal internacional durante la Guerra Fría se aplicó, verbigracia, por el Estado de Israel para juzgar a Eichmann en Jerusalén (1961-1962: condenado a la pena de muerte en tanto responsable del transporte de millones de judíos a los campos de exterminio) y por el Estado francés, para juzgar al nazi Klaus Barbie (1983: condenado a cadena perpetua falleció en prisión el año 1991). Pero extinguida la Guerra Fría, en el nuevo contexto mundial que se produce desde 1992 con la disolución de la URSS, el proceso de aplicación universal de la justicia penal internacional se desencadenó y consolidó muy rápidamente, al punto que fue reconocida solemnemente por la Comunidad internacional al adoptar, en el marco de las Naciones Unidas, el Estatuto de Roma (1998) que crea la Corte Penal Internacional. Como puede suponerse en una materia tan compleja, la aprobación del mencionado Estatuto en Roma gracias a la votación favorable de 120 (ciento veinte) Estados y su ulterior ratificación o adhesión por numerosos Estados -a la fecha son 114 (ciento catorce) Estados Partes- no significa que todos los problemas jurídicos, institucionales y políticos estén resueltos.

En el marco de lo anteriormente expuesto, nos proponemos en este artículo dar cuenta de los dos procesos que hemos antes aludido. Sostenemos así que, pese al poco tiempo transcurrido, se ha producido no sólo la internacionalización o ingreso en la agenda internacional de la temática de los derechos humanos y de la justicia penal internacional sino su globalización o universalización. A los efectos de este trabajo, de manera operativa respecto de ambas temáticas, por globalización o universalización, deberá entenderse al proceso mediante el cual la comunidad internacional reconoce la existencia de normas jurídicas internacionales que establecen (a) obligaciones jurídicas internacionales que se imponen a todos los Estados al margen de todo vínculo convencional, así como (b) derechos y obligaciones jurídicas inherentes a todo ser humano. La globalización o universalización de los derechos humanos y de la justicia penal internacional supone, de otra parte, necesaria e ineluctablemente una reformulación profunda de la secular soberanía de los Estados y el reconocimiento de nuevos principios jurídicos de derecho internacional general que devienen en esenciales para la existencia del Orden Público Internacional.

² Nos referimos al único juicio llevado al cabo por el Tribunal internacional que juzgó a los mayores criminales de guerra del eje europeo, en la ciudad de Nuremberg, según el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945. Cf. *Procés des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international. Nuremberg 14 novembre 1945 – 1er octobre 1946*. Tome I, Édité a Nuremberg 1947 para le Secrétariat du Tribunal, 1947. Luego, en la misma ciudad de Nuremberg, a cargo de los tribunales militares de ocupación estadounidenses tuvieron lugar importantes procesos penales contra diversos nazis y sus colaboradores en aplicación de la ley No. 10 del Consejo de Control en Alemania.

El esquema que seguiremos consta de una primera sección dedicada a esbozar el Orden Público Internacional que instituye, en sus aspectos esenciales, la Carta de las Naciones Unidas ; se trata en esta sección de ubicar, en el nuevo ordenamiento jurídico, la cuestión de los derechos humanos y de la justicia penal internacional. En las secciones segunda y tercera abordaremos el proceso de globalización de los derechos humanos y de la justicia penal internacional, respectivamente. Finalmente, presentaremos algunas consideraciones a modo de conclusiones.

1. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS DE LOS INDIVIDUOS Y DE LOS PUEBLOS

En esta sección, a fin de entender los alcances y elementos nuevos del actual Orden Público Internacional instituido por la Carta de las Naciones Unidas (1945), presentaremos previamente, en primer lugar, los elementos principales del ordenamiento jurídico internacional que emergió con la era moderna y, en segundo lugar, la crisis de este ordenamiento, crisis que se produjo al término de la 1ra. Guerra Mundial y que comprende el período entre-guerras 1919-1939.

1.1 El Orden Público Internacional que emergió con la era moderna.³

1. La era moderna trajo consigo, en la Europa centro del poder mundial, el quiebre del Orden Público Internacional pre-moderno donde el factor religioso, específicamente el católico romano, era uno de carácter esencial. Sin embargo, la irrupción y consolidación de la Reforma fue compatible con la institucionalización de un Orden Público Internacional propio de la Era Moderna en el que ciertamente participaron todos los Estados europeos. Nuestra aproximación a este Orden Público lo haremos desde el naciente Derecho de Gentes que luego se denominará Derecho Internacional⁴.

2. Uno de los fundadores del Derecho Internacional, el sacerdote dominico español Francisco de Vitoria, establecerá tempranamente algunos de sus rasgos principales. Los Estados Civilizados y, en la especie, históricamente entonces sólo Europeos, componen la sociedad o comunidad internacional. Tienen, bajo ciertas condiciones que cada Estado soberanamente evaluará, el derecho de iniciar guerras justas (*jus ad bellum*) y subsecuentemente el derecho de conquista, incluida la explotación de los bienes conquistados y del enemigo mismo. Existiendo simultáneamente Estados no-cristianos y/o *no* civilizados, cuyos habitantes son seres humanos inferiores, intelectual y moralmente, es conveniente para el progreso y desarrollo de tales Estados no civilizados, y la salvación de las almas de sus habitantes, que los Estados Civilizados les tutelen y, de ser necesario les conquisten. Se proclama entre los derechos de los Estados Civilizados susceptibles de ser defendidos mediante una *guerra justa*, el libre comercio, el libre

³ Nos inspiramos para el desarrollo de esta sección en el texto del profesor de la Universidad de Lovaina, F. Rigaux: "L'ordre juridique du «cercle enchanté» (Charmed circle) des nations chrétiennes". Cf. Francois Rigaux, «La notion d'ordre mondial (et d'un nouvel ordre mondial)», in *Mondialisation, mutations de sociétés et enjeux de justice*, Commission Justice et Paix asbl, Bruxelles, 1999. pp. 40 y 41.

⁴ "C'est un juriste-théologien espagnol, Francisco de Vitoria, qui va paraphraser le texte des Institutes en substituant le mot *gentes* au mot *homines* (*inter omnes gentes*), ce qui paraissait s'accorder avec l'expression familière aux juristes romain du *ius gentium* : mais alors que celle-ci désignait en droit classique des règles applicables aux relations interindividuelles (*inter homines homines*), elle désignera, après Vitoria, les relations entre les nations (*gentes*) et deviendra en français le *droit des gens* [*Derecho de gentes en español*], en anglais la *law of nations*. » El texto en latín según Vitoria será entonces como sigue : "*quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*". Cf. Francois Rigaux, loc. cit., p. 38. También, James Brown, *El origen español del derecho internacional moderno*, Universidad de Valladolid, Talleres tipográfico Cuesta, 1928.

tránsito, la libre instalación en esos territorios, el derecho a divulgar su ética y religión regeneradora y salvadora, a convertir tales habitantes a la religión cristiana⁵.

3. Con el advenimiento de la Era Moderna, luego de haber estado virtualmente abolida en la Europa del siglo XIV, a partir de fines del siglo XV se legitima y ejerce ampliamente el derecho a esclavizar a otros seres humanos, lo que fue aceptado y legitimado por la ética pública, la teología cristiana católica y reformada, así como por las normas jurídicas de los Estados Civilizados.

4. Se instala así un Orden Público Internacional desde el inicio de la Era Moderna cuyos rasgos centrales, que se mantienen con algunos cambios hasta la primera mitad del siglo XX, podemos intentar resumirlos como sigue :

- (aa) fue un Orden público eurocéntrico u occidental, construido por y al servicio de los Estados pertenecientes al “círculo encantado” de las naciones “civilizadas”;
- (bb) los Estados civilizados y por regla general cristianos son los únicos sujetos del Derecho de Gentes o Derecho Internacional, lo cual excluye a las naciones no-civilizadas, en general, no cristianas; los Estados, de otro lado, tienen una racionalidad propia que se expresa en la “razón de Estado”, encarnan intereses colectivos superiores por oposición a los individuos, reivindican una identidad “nacional”, y subordinan a los individuos que se reconocen como vasallos de, servidores de y sujetos de un Estado determinado;
- (cc) reconocimiento del *jus ad bellum* (derecho a hacer la guerra), justificado por la concepción de la guerra justa –cada Estado soberano decide por sí y ante sí cuando debe iniciar la guerra justa-, como potestad soberana de los Estados⁶ frente a los otros Estados; esta soberanía es incompatible con el reconocimiento de instituciones supranacionales que representen intereses de la comunidad internacional –*suprema potestas superiorem non recognoscens* (Ferrajoli 1999, 125) ⁷-;
- (dd) el Estado en virtud de su soberanía y “dominio reservado” no debía dar cuenta a la comunidad internacional respecto de su comportamiento hacia sus súbditos, ni respecto de los derechos y facultades a ellos reconocidos;
- (ee) inmunidad e impunidad internacional de los Jefes de Estado, y de otros órganos del Estado, justificadas en la teoría del “acto de Estado”;
- (ff) la esclavitud (siglos XVI a XIX) y el colonialismo (siglos XVI a XX) como instituciones legítimas ética y jurídicamente, particularmente en relación a individuos y pueblos no civilizados, lo que comporta la calificación de ciertas culturas, pueblos e individuos, como superiores respecto de otras culturas, pueblos e individuos calificados como inferiores ; se sostiene así la conveniencia para los pueblos no-civilizados de ser colonizados por los Estados Civilizados;

⁵ Cf. Francisco de Vitoria, O.P. *Doctrina sobre los Indios*, Editorial San Esteban, Salamanca, 1989, pág. 94 a 105. En la Relección intitulada De indis (1539), Vitoria concluye: “los príncipes estarían obligados a ello [a asumir la administración de los indios] como si se tratara de niños. Parece que en este asunto vale la misma razón que para los amentes (sic), porque en nada o en poco superan a los amentes (sic) en el gobierno de sí mismos. Incluso (...) tienen costumbres que en poco aventajan a las de las bestias.” Loc. cit., p. 104.

⁶ Sobre el *jus ad bellum*: con el advenimiento del positivismo jurídico en el siglo XIX, al constatar que no era posible determinar cuando una guerra era justa, se consideró que el Derecho Internacional debía limitarse a aceptar el hecho de la guerra, esto es, el *jus ad bellum* como una potestad soberana del Estado, y desarrollar más bien normas que regulen el *jus in bello* a fin de tener un mínimo de humanidad en la inhumanidad de la guerra. Cf. Ernest Nys, *Le droit international*, Tome III, Bruxelles, Paris, Éditeurs A. Castaigne - A. Fontemoing, 1906, pp. 101, 102, 114 y 115. A. Mérignhac (1912) explica: « En las relaciones entre Estados, no existe ninguna jurisdicción suprema que establezca el derecho (...). La guerra deviene entonces, en ciertos casos, la sanción necesaria. » Y « esto será así en tanto no se habrá establecido una jurisdicción internacional obligatoria ». (Traducción del autor). Cf. A. Mérignhac, *Traité de droit public international. Troisième partie. Le droit de la guerre (tome I)*, Paris, Édit. LGDJ, 1912, pp. 10 y 11.

⁷ Ferrajoli, Luigi, 1999, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, España, Trotta.

(gg) el importante papel de la doctrina cristiana –católica y reformada- en la formulación de la ética pública y justificación del orden eurocéntrico u occidental.

Este Orden Público Internacional, nacido con la modernidad, estaba pues muy lejos del reconocimiento de los derechos inherentes a todo ser humano y a todo pueblo, y de la noción de una ciudadanía universal propios de la concepción contemporánea de Derechos Humanos. El Orden Público, empero, no siendo estático sino dinámico, y en el marco de la transformación incesante de las relaciones internacionales no excluye posiciones divergentes que pueden llevar a importantes modificaciones, como lo fue la abolición de la esclavitud en el curso de siglo XIX.

5. El siglo XIX es pródigo en mostrar la manera como las potencias europeas hicieron uso de las normas que regían el Orden Público Internacional. Puede mencionarse así la Guerra del Opio 1839-1842, mediante la cual Inglaterra victoriosa logró imponerle a China el libre comercio del opio y se anexó la isla de Hong- Kong; la guerra anglo-francesa contra China a fin de ampliar las facultades de libre comercio, concluyendo con un tratado que otorgaba a Francia ventajas similares a las otorgadas a Inglaterra; el Acta General, firmada en Berlín (1885), mediante la cual las potencias europeas adoptan acuerdos sobre la colonización y ocupación de territorios en África.⁸

1.2 La crisis del Orden Público Internacional clásico nacido con la modernidad.

6. Este Orden Público Internacional nacido con la Era Moderna hizo crisis al producirse la Primera Guerra Mundial (1914-1919). Esta primera gran hecatombe de la historia de la humanidad –aproximadamente ocho millones de muertos- provocó una reacción en Europa que remeció hasta sus cimientos lo que había sido hasta entonces algunos de los postulados en que reposaban las relaciones internacionales.⁹

7. El tratado de Versailles (1919) expresa bien el cambio que empieza a producirse. En primer lugar, hubo el intento de juzgar al ex Emperador de Alemania por haber ejercido precisamente la potestad soberana estatal de hacer la guerra, el *jus ad bellum*. La argumentación de la delegación de los Estados Unidos para oponerse a este juicio fue finalmente aceptada por el resto de las delegaciones, al reconocerse que no había entonces en Derecho Internacional una norma que incriminara a un Jefe de Estado por haber adoptado la decisión de declarar una guerra. No obstante lo anterior, el tratado finalmente estableció que se constituiría un Tribunal Internacional (artículo 227) para juzgar al Kaiser Guillermo II. En segundo lugar, estableció el mismo tratado que se juzgaría penalmente a los responsables de crímenes de guerra (artículos 228-230), incluidos los más altos jefes militares, debiendo constituirse de ser necesario también un tipo especial de tribunal internacional para tales efectos. En tercer lugar, creó una entidad política supranacional encargada, entre otras funciones, de articular los esfuerzos de la comunidad internacional no solo para prevenir las guerras, sino para hacer la guerra a la guerra, toda vez que se entiende como una finalidad primordial de la Liga de las

⁸ Véase los textos relativos a los tratados mencionados en Modesto Seara Vázquez, *Del Congreso de Viena a la Paz de Versailles*, México, Editorial Porrúa, S.A., segunda edición, 1980.

⁹ Luego de la Primera Guerra Mundial, los juristas plantearon que “una reforma del derecho de gentes existente se impone absolutamente. Todas las naciones deberían ponerse de acuerdo para proclamar, en una convención solemne, que una guerra declarada o conducida al margen de los principios del derecho de gentes acarrea la responsabilidad personal de aquellos que sean culpables de tales violaciones”. (Traducción del autor). Cf. P. Fauchille, *Traité de Droit international public*, Tome II, 8^e édition, Pairs, Édit. Librairie A. Rousseau, 1921, pp. 1066-1067.

Naciones, el mantenimiento de la paz internacional. Finalmente, en el marco de la Liga de las Naciones se creó ulteriormente mediante un nuevo tratado (1921) una entidad jurisdiccional permanente (la Corte Permanente de Justicia Internacional) encargada de resolver los diferendos entre los Estados a fin de que éstos no se vieran obligados a recurrir a la guerra para resolverlos.

En cuanto a lo mencionado antes, como es sabido, los Países Bajos no concedieron la extradición solicitada por algunos países europeos para juzgar al ex emperador alemán, y ningún criminal de guerra fue juzgado por los vencedores debido a la oposición del nuevo gobierno alemán. Los Estados Unidos, luego de promover la creación de la Liga de Naciones no fueron parte de ella. Finalmente, Japón invadió China, Italia invadió Etiopía, y, con el apoyo de Alemania, los rebeldes ganaron la Guerra Civil española.

8. El fiasco del tratado de Versailles, sin embargo, no es todo lo que debe decirse al hacer un balance del mismo ni del período entre las dos guerras mundiales. En efecto, poco después fueron aprobadas en los años 1927 y 1928 sendas resoluciones por la Liga de las Naciones y la Conferencia Panamericana, respectivamente, las cuales declararon la guerra de agresión como un "*crimen contra el género humano*". Y, algunos meses más tarde, se aprobó el tratado Briand-Kellogg (Francia-Estados Unidos, 1928) ilegalizando -pero no incriminando- la guerra de agresión, tratado al que en la época adhirieron Alemania y Japón. La opinión pública mundial y la *opinio juris* estaba entonces expresando la condena jurídica y ética de la guerra de agresión, renegando así de un postulado que sostenía el Orden Público Internacional entonces vigente.

Es de relieves también que se aprobó un tratado, el cual no llegó a entrar en vigor al sobrevenir el nuevo conflicto mundial, para la creación de un Tribunal Penal Internacional antiterrorista, encargado de sancionar penalmente a quienes fueran responsables de actos de terrorismo.¹⁰ En la época, además, se creó la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, también, OIT) cuya actividad es hasta la actualidad de gran importancia.¹¹

Los imperios coloniales no fueron empero afectados en el marco de la Liga de las Naciones. No hubo ninguna condena al respecto.

1.3 El surgimiento de un nuevo Orden Público Internacional, post 1945. Los Derechos humanos como hecho nuevo en la historia.

9. Luego de la gigantesca hecatombe humana -más de cuarenta millones de muertos en las estimaciones más bajas-, de atrocidades perpetradas en nombre de la supuesta superioridad de razas, culturas y pueblos -genocidio perpetrado por el Estado nazi contra los judíos, así como otras minorías o pueblos en Europa-, o por razones de Estado o por supuestas necesidades militares -Bombas atómicas contra Hiroshima y Nagasaki--, la comunidad internacional decidió instaurar nuevas reglas de juego internacionales cuyo objetivo principal era -y lo es hasta la actualidad- evitar una nueva conflagración mundial, asegurar la paz, proteger a los seres humanos y a todo pueblo. Se trataba en

¹⁰ Convención de Ginebra para la prevención y represión del terrorismo, de 16 de noviembre de 1937.

¹¹ Una visión de conjunto sobre avances normativos e institucionales en Derecho Internacional durante el período entre guerras 1919-1939 puede apreciarse en el texto de Buergenthal et al. 1990, *Manual internacional de Derechos Humanos*, Caracas/San José, IIDH/Editorial Jurídica Venezolana.

cualquier caso de mejorar la experiencia habida en el marco de la Liga de las Naciones creada luego de la primera hecatombe humana según hicimos referencia en los párrafos precedentes. Surge así en 1945 un nuevo Orden Público Internacional basado en nuevos principios jurídicos internacionales que instituye y/o esboza la Carta de las Naciones Unidas. Este nuevo Orden Público genera nuevas ramas del Derecho Internacional Público, en lo que concierne nuestro trabajo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional. De otra parte, produce la consolidación del Derecho de Refugiados –gestado en el período entreguerras- y del Derecho Internacional Humanitario (denominado también en la época Derecho de la Guerra). Este nuevo ordenamiento jurídico internacional modifica y reformula sustantivamente aunque sin suprimirlo el principio de la soberanía estatal: en su dimensión externa mediante la ilegalización e incriminación del tradicional *jus ad bellum*, y en su dimensión interna al poner fin al dominio reservado y jurisdicción exclusiva del Estado sobre sus ciudadanos, los cuales paulatinamente serán objeto de protección internacional en caso de graves abusos que perpetre un Estado. Esta reformulación permite distinguir en adelante la noción de soberanía estatal clásica que imperó netamente hasta 1919, de la noción de soberanía estatal que instaura la Carta de las Naciones Unidas. Así es como inclusive la doctrina disertará, desde el período entreguerras 1919-1939, sobre el Derecho Internacional (Derecho de Gentes) clásico para diferenciarlo del nuevo Derecho Internacional o Derecho Internacional nuevo que preanuncia el Estatuto de la Liga de las Naciones y el Tratado de Versailles en 1919. La modificación de la noción de soberanía en Derecho Internacional debía traer consigo ineluctablemente consecuencias sobre el Derecho Constitucional de todos los Estados del mundo, permeando en consecuencia sin excepción alguna, en un proceso lento y complejo, todas las ramas del derecho interno. A este efecto, tres instrumentos internacionales deben tenerse en consideración, cuya interacción y proyección debe analizarse en relación a los principios y postulados del nuevo ordenamiento jurídico internacional. Estos tres instrumentos son: la Carta de las Naciones Unidas, el Derecho de Nuremberg y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Elementos esenciales del nuevo ordenamiento jurídico internacional post 1945.

10. Ilegalización de la guerra de agresión y nueva noción de paz.

Al aprobarse la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, también, la Carta), en 1945, concluyó el proceso mediante el cual se ilegaliza y se pone fuera de la ley a la guerra-crímen (Pella, 1926), el mismo que se iniciara netamente en el período entreguerras 1919-1939: se declaró fuera de la ley el *jus ad bellum* y se erigió la paz como un bien jurídico internacional (artículo 1.1. de la Carta). De acuerdo con el Derecho de Nuremberg¹², la guerra de agresión es un crimen internacional –crimen de agresión o crimen contra la paz- y los responsables de ella merecen una sanción penal. De acuerdo con la Carta de la ONU, los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en sus relaciones entre ellos (artículo 2.4), estando incluso autorizado el Consejo de Seguridad para hacer la guerra en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o un acto de agresión (Capítulo VII: *Acción en caso de amenazas a la Paz, quebrantamientos de la paz o*

¹² El Derecho de Nuremberg cuenta entre sus textos básicos: el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, la Carta del Tribunal anexa al Acuerdo, el Protocolo de Berlín de 6 de octubre de 1945, la Sentencia del Tribunal. Véase tales textos en *Proces des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international. Nuremberg 14 novembre 1945 – 1er octobre 1946*. Tome I, Édité à Nuremberg 1947 para le Secrétariat du Tribunal, 1947.

actos de agresión). En adelante, se considerará que existe una norma imperativa –*ius cogens*– que califica la guerra de agresión como un crimen internacional.¹³

11. Los derechos humanos.

El derecho internacional reconoce “*el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades*” (Artículo 55.c de la Carta de las Naciones Unidas). Se instituye de esta manera por primera vez en la historia humana un sistema de valores universales (Bobbio 1995, 564), trascendiendo religiones, doctrinas filosóficas y culturas, condensado en un texto no sagrado, la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este sistema universal limita el poder y la soberanía de los Estados respecto de los hasta entonces sus “*sujetos*”, funda la injerencia de la comunidad internacional en los asuntos internos de los Estados a través de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, y, excepcionalmente, del Consejo de Seguridad en los casos que se afecten la paz y la seguridad internacionales. A ello contribuyen las dos nuevas ramas del Derecho Internacional que se constituyen luego de la Segunda Guerra Mundial –el Derecho Penal Internacional que emerge de Nuremberg y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos–, conjuntamente con el Derecho Internacional Humanitario que se consolida en 1949, como expresiones jurídicas de una nueva ética pública internacional. Contribuyen, también, la acción conjugada de las instituciones estatales, supranacionales y de la sociedad civil en general, vinculadas a los asuntos humanitarios. En el marco de las Naciones Unidas, se entiende que la paz se verá afectada no sólo por la amenaza o el uso de la fuerza de acuerdo con el artículo 2.4 de la Carta, sino también por las violaciones graves a los derechos humanos y de los pueblos, Se afirma así en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que la paz tiene por base el respeto de los derechos allí enunciados (Preámbulo, primer párrafo), y, luego, en el Estatuto de Roma (1998), que los crímenes internacionales allí sancionados (los cuales incluyen, inter alia, graves violaciones a los derechos humanos y de los pueblos) “*constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*” (Preámbulo, tercer párrafo).

12. Los Derechos de los Pueblos.

Existe como postulado del nuevo Orden Público Internacional, un segundo nuevo sujeto internacional, los pueblos, a los que se les reconoce sin distinción alguna el derecho a la autodeterminación (Carta de la ONU : artículos 1.2. ; 55, primer párrafo, y 76.b). La autodeterminación, esto es, la descolonización del continente africano y de vastas regiones asiáticas, no obstante las normas de la Carta, fue un proceso difícil y en algunos casos violento; el surgimiento de decenas de nuevos Estados constituye uno de los hechos políticos más importantes de la segunda mitad del siglo XX y cambió la correlación política al interior de las Naciones Unidas. Este derecho a la autodeterminación ha sido codificado en el artículo 1 común de los dos tratados universales de derechos humanos más importantes –el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (ambos fueron aprobados el año 1966 y entraron en vigor el año 1976). Según estos dos tratados, “[*todos los pueblos tienen derecho de libre determinación (...) establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural*”, poseen también la potestad de

¹³ Cf. Corte Internacional de Justicia, Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, Recueil 1970, pâr. 33 y 34. Sobre la evolución de la incriminación puede verse Dumée, 2000, en Pellet, Alain et alt., 2000, Droit International Pénal, Paris, Pedone, pp. 251-264.

“disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales”¹⁴. Este es otro de los cambios importantes en Derecho de Gentes si se tiene en consideración la asimetría existente en el Orden Público clásico o moderno a partir de la noción de Naciones Civilizadas. No debe confundirse, empero, los alcances de este derecho a la autodeterminación que se reconoce a todo pueblo sujeto a dominación colonial –etapa concluida en Derecho Internacional- o sometido a ocupación o dominación extranjera –caso de Palestina-¹⁵, con lo establecido en el *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales (1989)*.¹⁶

13. La justicia penal internacional y los crímenes de guerra.

De acuerdo con el Derecho de Nuremberg, se considera crimen internacional determinados actos violatorios de las leyes y costumbres del derecho de la guerra –*jus in bello*–, cometidos durante un CAI (Conflicto armado internacional). Esto será luego reforzado mediante la aprobación de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, tratados que incluso autorizan la persecución o jurisdicción universal de las infracciones graves/crímenes de guerra durante un CAI. Ulteriormente, se establecerá finalmente en el Estatuto de Roma que también durante un CANI (conflicto armado no-internacional) determinados hechos constituyen crímenes de guerra.

14. La justicia penal internacional y los crímenes de lesa humanidad.

El Derecho de Nuremberg innova y revoluciona el Derecho de Gentes clásico al establecer que determinados actos cometidos contra la población civil propia o enemiga, en tiempo de paz o en tiempo de guerra, constituyen crímenes internacionales y acarrear responsabilidad penal internacional de quienes fueren responsables, sean jefes de Estado, altos funcionarios, miembros de la sociedad civil, o ejecutores directos. La innovación y revolución afecta la noción de soberanía e independencia estatal, de injerencia en asuntos internos, “acto de Estado” y “razón de Estado”, inmunidad e impunidad internacionales de los Jefes de Estado y de los más altos responsables sean o no funcionarios. En efecto, sea a través de tribunales internacionales de justicia, sea a través de la justicia nacional de un Estado cualesquiera en virtud de la jurisdicción universal, determinados actos son justiciables internacionalmente en sentido lato: el Estado ha perdido el “dominio reservado” sobre actos que afectan a sus “sujetos” o ciudadanos y debe aceptar la injerencia en sus asuntos internos de entidades extranjeras al Estado. Esta injerencia, inclusive, tratándose de normas de *jus cogens*, se le impone al Estado concernido al margen de todo vínculo convencional. Es el caso antes mencionado del crimen de genocidio, o de la tortura, incriminado en virtud de normas de *jus cogens*.

¹⁴ El artículo 1 común de los Pactos mencionados se lee como sigue :

“Artículo 1.

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales (...).
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación (...).”

¹⁵ Cf. Resolución 1514 (XV) de fecha 14 de diciembre 1960, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas e intitulada Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. Resolución 2625 (1970).

¹⁶ Véase al respecto el capítulo XIV, intitulado “La libre determinación, los derechos de las minorías y los derechos de las poblaciones indígenas”, del libro editado por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, pp. 847-909. También véase la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 61/295 de fecha 13 de septiembre 2007.

15. La representación de la Comunidad Internacional.

Se establece una entidad mundial, la Organización de las Naciones Unidas, encargada de promover y velar por la paz y la seguridad internacionales, de suprimir los actos de agresión -incluida la potestad a este efecto de intervenir militarmente-, de fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en la igualdad de derechos de los pueblos y la libre de determinación de éstos, de realizar la cooperación internacional en todos los ámbitos y en el desarrollo del respeto a los derechos humanos. Establece, además, la Carta de las Naciones Unidas, para solucionar los diferendos entre los Estados, la Corte Internacional de Justicia, cuya jurisprudencia y opiniones consultivas son una referencia autorizada para elucidar los aspectos centrales del nuevo Orden Público Internacional. El documento fundador entiende que la Organización *debe "servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes"* (Art. 1,4).

16. Una nueva noción de soberanía del Estado.

La prohibición de la amenaza o uso de la fuerza en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2.4), la incriminación de la guerra de agresión, la proclamación de los derechos humanos y de la justicia penal internacional, entre otros aspectos del nuevo Orden Público internacional, implican ciertamente una redefinición de la soberanía estatal en beneficio de la protección de la persona humana y de los pueblos, a fin de asegurar la Paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad (artículos 55 y 56 de la Carta). Esta redefinición implica una nueva concepción de la soberanía estatal tanto a nivel internacional como a nivel interno (Carrillo Salcedo, 2001, pp. 11-27; Ferrajoli, 1999, 125-158).

2. EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cuando nos referimos al proceso de globalización de los derechos humanos es necesario tener en consideración que uno de los rasgos que lo caracteriza es la constitución del sistema universal de protección de los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas. El papel principal en cuanto al alcance universal de este sistema está vinculado fundamentalmente a los diversos mecanismos de protección que se erigen en base al efecto combinado de la Carta de las Naciones Unidas (1945) y de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). En ese sentido, tienen un papel restringido los tratados de derechos humanos, por dos razones: en primer lugar, porque los tratados y sus mecanismos obligan únicamente a los Estados Partes en cada tratado, y, en segundo lugar, porque los dos tratados generales de derechos humanos se aprobaron el año 1966 y entraron en vigor diez años después, esto es, en 1976.¹⁷ De modo que durante varias décadas el único instrumento internacional que podía ser válidamente invocado fue la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual no crea ningún mecanismo para promover ni fiscalizar su vigencia.

Los primeros 33 años (1947-1980) de la Comisión de Derechos Humanos (ONU) y la no creación de ningún mecanismo de protección universal de los derechos humanos.

17. Pese a que en la Carta de las Naciones Unidas (1945) se sientan las bases para la protección universal de los derechos humanos, y que tres años después se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), los países más poderosos del

¹⁷ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales fueron aprobados por la Asamblea General mediante Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre 1966 y entraron en vigor el 23 de marzo y el 3 de enero, respectivamente, de 1976.

bloque occidental liderado por los Estados Unidos, así como los del bloque comunista liderado por la Unión Soviética, no estaban muy interesados en crear mecanismos de alcance universal para la protección de los Derechos Humanos. Muchos gobiernos tenían entonces temor de ser acusados de graves violaciones a los derechos humanos.

En este contexto, la recién creada Comisión de Derechos Humanos decidió, en su primera sesión (1947), declararse incompetente para examinar denuncias sobre violaciones a los derechos humanos.¹⁸

A su vez, el Consejo Económico y Social (ECOSOC), órgano al cual se reportaba la Comisión, aprobó mediante Resolución 75 (V), de fecha 5 de agosto de 1947, la declaración de incompetencia antes mencionada.¹⁹ Esta posición fue reiterada por el ECOSOC doce años después mediante la Resolución 728 F (XXVIII) de fecha 30 de julio 1959 en los términos siguientes : “1. *Aprueba la declaración según la cual la Comisión reconoce que no está facultada para tomar ninguna medida respecto a las reclamaciones relativas a los derechos humanos*”.²⁰

18. Esta renuncia a velar por la protección universal de derechos humanos, calificada por el gran jurista Lauterpach²¹ como una abdicación de las tareas que le correspondían a la Comisión, se fundamentaba en la interpretación del artículo 2(7) de la Carta de la ONU, a la luz del principio de la soberanía y dominio reservado de los Estados sobre sus ciudadanos. Esta interpretación era la que esgrimía contemporáneamente también el gobierno racista de África del Sur, el cual se oponía a que, en el seno de la Asamblea General, se le condenara por su política de Apartheid. Argumentaba así dicho gobierno que “*el trato a las personas (...) establecidas en la Unión sud-africana era una cuestión que dependía esencialmente de la competencia de las autoridades sud-africanas y no de la competencia de la Asamblea General [de las Naciones Unidas]*”.²² Lo interesante de la situación fue que la Asamblea General de las Naciones Unidas rechazó la tesis del gobierno racista de África del Sur desde 1946 -Resolución 44(1) de fecha 8 de diciembre de dicho año-, ratificando este rechazo mediante Resolución 265(III) de fecha 14 de mayo de 1949, toda vez que así la autorizaban “*los fines y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración de derechos humanos*”.²³ El rechazo no sólo fue de palabra, sino que, en 1952, la Asamblea General mediante su Resolución 616 A(VII) instituyó una comisión de tres miembros “*encargada de estudiar la situación racial en la Unión sud-africana a la luz de los fines y principios de la Carta, teniendo debida cuenta de las disposiciones del párrafo 7 del artículo 2, así*

¹⁸ Respecto de los temores compartidos tanto por los países occidentales como comunistas en la época, (1947) sobre el funcionamiento de la supervisión internacional a cargo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, P. Alston escribe : “*The United States (...) was worried about the certainty of complaints alleging racial discrimination (already in 1947 the Commission had been sent a petition said to be on behalf of 13 million American “Negroes”, alleging such discrimination) while the United Kingdom, France, Belgium, Portugal and the other colonial powers feared complaints about conditions and practices in their colonies. The Western States were joined in an unacknowledged alliance by the Eastern European adversaries who opposed such procedure, ostensibly on the grounds that it would involve a breach of article 2(7) of the Charter. But underlying their opposition was a clear sense that some of the more brutal dimensions of Stalinism and even the very ideology of Marxism-Leninism would probably be priority targets for any adversarial international complaints procedures*”. Cf. P. Alston, editor, *The United Nations and Human Rights*, Great Britain, Clarendon Press –Oxford (1ra edición 1992), p. 141.

¹⁹ Cf. *Les Nations Unies et les droits de l’homme 1945-1995. Séries Livres bleus des Nations Unies, Volume VII*, New York, Nations Unies, 1995. p. 158.

²⁰ Cf. Villán Durán, 2002, 913.

²¹ Cf. *The International Law Association. Report of the Forty-Second Conference. Prague 1947*, England, 1948, p. 18.

²² Traducción del autor, cf. “*Projet de résolution soumise á la Première Commission de l’Assemblée générale par l’Afrique du Sud*”, in *Activités de l’ONU dans le domaine des droits de l’homme*, Nations Unies, New York, Nations Unies, 1986, p. 63, par. 15.

²³ Cf. *Activités de l’ONU dans le domaine des droits de l’homme*, Nations Unies, New York, Nations Unies, 1986, p. 63, par. 16.

como (...) del literal c del artículo 55, del artículo 56 de la Carta y de las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la persecución y discriminación raciales".²⁴ Debe remarcarse, de una parte, que el artículo 55(c) establece que la ONU promoverá "el respeto universal a los derechos humanos a las libertades fundamentales de todos (...) y la efectividad de tales derechos y libertades", y, de otra parte, que el artículo 56 establece la obligación para todos los Estados miembros de la ONU de "tomar medidas conjunta o separadamente, en coordinación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55".

Es pertinente remarcar que, en esos primeros años de vida institucional, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó diversas resoluciones sobre violaciones a los derechos humanos en otros países y no sólo en relación a África del Sur, en este último caso promovidas por los países africanos con el apoyo del bloque socialista. En efecto, el bloque occidental, que votaba no a favor sino en contra de las resoluciones que afectaban al gobierno racista sud-africano, promovió y logró que se aprobaran resoluciones que condenaban la situación de derechos humanos en tres países del bloque socialista. Así, en 1949, la Asamblea General aprobó la Resolución 272 (III) mediante la cual: "Expresa la profunda preocupación que le inspiran las graves acusaciones formuladas contra los gobiernos de Bulgaria y de Hungría, respectivamente, relativas a la supresión de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en esos países."²⁵

19. Veinte años después de la abdicación efectuada por la Comisión de Derechos Humanos, ella cambió radicalmente de posición, en lo cual ciertamente influyó el proceso de descolonización en curso y el incremento del número de sus miembros. La Comisión, que contaba al instalarse en 1947 con 18 (dieciocho) miembros, por resolución del ECOSOC adoptada el año 1966, tuvo a partir de esta fecha 32 (treinta y dos) miembros.²⁶ Influyó sin duda alguna en este cambio la resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas exhortando al ECOSOC así como a la Comisión para que consideren los medios adecuados que permitan a las Naciones Unidas detener las violaciones de los derechos humanos allí donde ellas ocurran ("*wherever they may occur*").²⁷

Así es como, en su resolución 8 (XXIII), adoptada el 16 de marzo 1967, la Comisión de Derechos Humanos decidió ocuparse todos los años como un punto de su agenda del tema titulado "Cuestión de la violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (...) en todos los países"²⁸. Esta resolución fue aprobada por el ECOSOC mediante la resolución 1235 (XLII) de fecha 6 de junio 1967, dando lugar a lo que se

²⁴ *Activités de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme*, Nations Unies, New York, Nations Unies, 1986, p. 63, par. 21.

²⁵ Cf. Traducción del autor. Cf. Resolución 272 (III) : "Respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales en Bulgarie et en Hongrie", adoptada por la Asamblea general el 30 de abril 1949. También las Resoluciones 294 (IV) y 385 (V): "Observance in Bulgarie, Hungary and Romania of human rights and fundamental freedoms", adoptadas por la Asamblea general el 22 de octubre 1949 y el 3 de noviembre 1950, respectivamente. In DJONOVICH, D.J., *United Nations Resolution, Series I, Resolutions Adopted by the General Assembly*, Volume II 1948-1949 y Volume III 1950-1952, New York, Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, 1973, pp. 262 y 296 (Volume II) y 90 (Volume III).

²⁶ Cf. *Activités de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme*, Nations Unies, New York, Nations Unies, 1986, p. 71, par. 81.

²⁷ "Invites the Economic and Social Council and the Commission on Human Rights to give urgent consideration to way and means of improving the capacity of the United Nations to put a stop to violations of human rights wherever they may occur". Cf. Párrafo 2, parte dispositiva, de la Resolución 2144 A (XXI) adoptada por la Asamblea General el 26 de octubre 1966, in *United Nations Resolutions, Compiled and Edited by Dusan J. Djonovich, Volumen XI 1966-1968*, New York, Oceana Publications, Inc. 1975, pp. 162-163.

²⁸ Texto en Villán Durán 2002, 915-916.

conoce como el procedimiento público "1235".²⁹ Luego, en 1970, a petición de la Comisión, el ECOSOC creó, mediante Resolución 1503 (XLVIII) de fecha 27 de mayo del año mencionado, un nuevo procedimiento de carácter confidencial para el examen de las denuncias "que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertas fundamentales".³⁰

Estos dos procedimientos desde el punto de vista jurídico son muy importantes, toda vez que se interpreta claramente el artículo 2(7) de la Carta de las Naciones Unidas en el sentido que la soberanía de los Estados no será nunca más un obstáculo para que la Organización de las Naciones Unidas supervise y adopte medidas en relación a violaciones de derechos humanos que ocurran en cualquier país. La cuestión de los derechos humanos ha dejado de ser desde entonces un asunto reservado a la jurisdicción interna (dominio reservado) de cada Estado para convertirse en un asunto que compete a la comunidad internacional.

20. Sin embargo, desde el punto de vista operativo, desde la Comisión de Derechos Humanos de la ONU no se instituyeron todavía, hasta 1980, mecanismos de protección de alcance universal. En efecto, en esos años lo único que podía esperarse era que ciertos casos, vista su particular gravedad, ingresaran sólo como un punto de la agenda en la sesión pública anual de la Comisión (procedimiento público "1235") o como parte de una situación general en el procedimiento reservado "1503". Empero, sí se dieron pasos importantes que allanaron el camino. Nos referimos a la creación en 1975 del primer Grupo de Trabajo (GT) público en base al procedimiento "1235" sobre violaciones a los derechos humanos en un país, en este caso Chile tras el Golpe de Estado del general A. Pinochet en 1973.

Con el precedente chileno, la Comisión ha creado nuevos GT o Relatores sobre otros países aun cuando no exista en ellos una situación de apartheid ni políticas similares, pero si violaciones graves de derechos humanos. A la fecha se han creado 41 (cuarenta y uno) órganos de supervisión territorial *ad hoc* (focalizados en un país), de los cuales 8 (ocho) están en vigor.³¹

Estos órganos relativos a países son creados por acuerdo de la Comisión de Derechos Humanos -integrada entonces por 53 Estados- de la ONU; su creación debe ser refrendada por el ECOSOC, y no requiere consentimiento o acuerdo expreso del Estado concernido. La materia conocida por los GT o Relatores es debatida públicamente (Ginebra, sede de la ONU) en la sesión anual correspondiente, antes, de la mencionada Comisión, y desde su disolución el año 2006, por el órgano sucesor denominado Consejo de Derechos -integrado por 47 Estados- de la ONU elegidos por la Asamblea General.³²

La gradual institución del sistema universal de protección de los derechos humanos: 1980 hasta la actualidad.

²⁹ Texto en Villán Durán 2002, 917-918.

³⁰ Texto en Villán Durán, 2002, 919-921.

³¹ La lista de los órganos por países, vista el 8 de abril 2010, puede encontrarse en : <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/countries.htm>

³² El Consejo de Derechos Humanos es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas y reemplaza en todos sus efectos a la Comisión de Derechos Humanos, la cual era un órgano subsidiario del ECOSOC. Cf. Resolución 60/251 denominada Consejo de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General en su 72 sesión plenaria de fecha 15 de marzo 2006.

21. Siempre en base a la aplicación conjunta de la Carta ONU y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos creó en 1980 el primer Grupo de Trabajo (en adelante, también, GT) público "1235" de carácter temático universal. Se trata del GT sobre desapariciones forzadas de personas, creado por la Comisión mediante Resolución 20 (XXXVI) de fecha 29 de febrero de 1980. En los años siguientes se crearon nuevos GT o Relatorías Especiales con mandatos temáticos universales sobre: ejecuciones extrajudiciales; la cuestión de la tortura; mercenarios; niños; detención arbitraria; la violencia contra la mujer; racismo, independencia de la justicia, mercenarios, derecho al desarrollo, libertad de opinión y expresión, migrantes, vertidos tóxicos, extrema pobreza, ajuste y deuda, vivienda, alimentación, salud, pueblos indígenas, etc. Son aproximadamente 33 (treinta y tres) los órganos temáticos universales existentes en el sistema universal y a los cuales cualquier individuo o colectividad puede acudir cuando considera que un Estado ha vulnerado sus derechos, siendo a tal efecto suficiente fundamento jurídico la Declaración Universal de Derechos Humanos.³³

Nótese que no existe un Tribunal o Corte Mundial de protección de los derechos humanos al cual pudieran recurrir los individuos o grupos humanos en caso su situación no se hubiera resuelto favorablemente en el marco de los Grupos de Trabajo o Relatores temáticos universales. Esta es una debilidad de este sistema en su fase actual de desarrollo, si bien lo mismo sucede en relación al sistema convencional onusiano que carece igualmente de un órgano jurisdiccional para la protección de los derechos humanos. En cualquier caso, a nivel regional, los sistemas europeo, interamericano y africano de protección de los derechos humanos sí han creado en sus respectivos ámbitos geográficos órganos internacionales jurisdiccionales en base a tratados regionales de derechos humanos : Corte europea de derechos humanos, Corte interamericana de derechos humanos, Corte africana de derechos humanos (Fernández de Casadevante, 2007).

Pese a lo anterior, este sistema universal extra-convencional basado en la aplicación conjunta de la Carta de la ONU y de la Declaración universal de Derechos Humanos tiene una extraordinaria importancia. Así, entre los años 1972 y 1988, el sistema recibió 350 000 (trescientos cincuenta mil) denuncias de particulares, *"cifra [que] contrasta fuertemente con las escasas 1,850 [un mil ochocientos cincuenta] quejas que han sido tramitadas por la vía convencional desde 1976 hasta el de hoy [2007]"* (Villán Durán 2007, 44).

La puesta en funcionamiento del sistema de protección internacional de derechos humanos de carácter convencional en el marco de las Naciones Unidas.

³³ Los órganos temáticos universales tienen métodos de trabajo que incluyen lo siguiente :

- i) informes públicos anuales : discusión y aprobación en sesión pública del Consejo de DH;
- ii) *estudios públicos sobre una situación existente en un país, varios países, o sobre determinados aspectos de su mandato;*
- iii) visitas *in loco* y luego informe público ;
- iv) "acciones urgentes" de carácter humanitario ante los Gobiernos concernidos respecto de casos (presuntas violaciones de derechos humanos) que se les remiten desde cualquier parte del mundo; no se exige el agotamiento previo de recursos internos (son 19 los órganos temáticos habilitados para efectuar estas acciones urgentes);
- v) tramitación de denuncias sin el requisito de agotamiento previo de recursos internos (son 19 también los órganos temáticos así habilitados) ;
- vi) recepción de información de toda fuente.

Véase la lista de los mandatos y documentos pertinentes de todos los órganos temáticos universales en la dirección electrónica (vista el 8 de abril 2010): <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/themes.htm>>

22. El sistema de carácter convencional para la protección de los derechos humanos en el marco de la Organización de las Naciones Unidas es el que se deriva de los tratados de derechos humanos aprobados en el seno de la misma, y, en consecuencia, únicamente obliga a los Estados Parte en cada tratado una vez que éste ha entrado en vigor.

Los dos primeros tratados onusianos de protección de los derechos humanos, de carácter general, son los dos Pactos internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, sociales y culturales, respectivamente. Según mencionamos antes, ambos fueron aprobados por la Asamblea General mediante Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre 1966 y entraron en vigor el 23 de marzo y el 3 de enero, respectivamente, de 1976.

Si bien el número de denuncias que recibe este sistema no es muy grande en relación al sistema extra-convencional según vimos antes, y pese al hecho de carecer también de un órgano jurisdiccional para la protección de los derechos humanos, no podría en modo alguno afirmarse que carece de importancia. Todo lo contrario. Ha contribuido de una manera importante a mejorar la protección internacional de los derechos humanos, por tres razones. En primer lugar porque en ciertos casos no asumidos por los sistemas regionales o allí donde no existen, cumple un papel importante en la protección de los derechos protegidos por los tratados en vigor y que obligan al Estado concernido. En segundo lugar porque contribuye a consolidar y legitimar lo que se viene haciendo desde los sistemas regionales –europeo, interamericano y africano- de derechos humanos. Y, en tercer lugar, porque en diversos aspectos o temas ha mostrado el camino que debe recorrerse a nivel mundial y regional en atención a la importancia esencial de los derechos humanos para la comunidad internacional.

23. En este orden de ideas, debe mencionarse lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) respecto de la especial calidad de los tratados de derechos humanos. En efecto, en su artículo 60(5) la Convención precitada establece que ningún Estado podrá exonerarse de cumplir un tratado de derechos humanos alegando que otro Estado está violando dicho tratado (Quel López, 2007, 97 y ss.). Ello por cuanto los tratados de derechos humanos no tienen un carácter sinalagmático. Cuestión que fue afirmada ya en 1951 por la Corte Internacional de Justicia cuando sostuvo en relación a la prohibición del genocidio: *“los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención”* (Opinión Consultiva sobre la Validez de ciertas reservas a la Convención sobre genocidio)³⁴. En nuestra región, la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó una declaración análoga cuando declaró que *mediante “estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”* (Opinión Consultiva No. 2/82 del año 1982). En cuanto a la naturaleza de la obligación estatal, la Corte Internacional de Justicia precisará, de una parte, que respecto de ciertos derechos fundamentales de la persona humana, se trata de obligaciones *erga omnes*, esto es, hacia toda la comunidad internacional (Caso Barcelona Traction, 1970, pár.33 y 34)), y, de otra parte, que una grave violación de los mismos constituye *“una denegación de los derechos fundamentales de la persona humana, (es) una violación flagrante de los fines y principios de la Carta (de las Naciones Unidas)”* (OC de 1971 sobre la presencia de África del Sur en Namibia).

³⁴ Cf. Salmón, 2000, 55 y ss.

24. En este sistema convencional, por regla general, los tratados establecen órganos de control que, *inter alia*: i), supervisan su cumplimiento por los Estados Parte; ii), tramitan en procedimientos cuasi-contenciosos denuncias presentadas por individuos o grupos humanos cuando consideran que un Estado Parte viola los derechos establecidos por el tratado respectivo, y, iii) interpretan los alcances y sentido del tratado y de sus diversos artículos. A la fecha se han establecido los siguientes diez órganos de control³⁵, todos los cuales, excepto el último de la lista, conciernen al Estado del Perú toda vez que es Estado Parte en los tratados correspondientes a dichos nueve órganos :

- i. Comité de Derechos Humanos, órgano del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, adoptado el año 1966 y en vigor desde el año 1976, con 160 Estados Partes).
- ii. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, adoptado el año 1966 y en vigor desde el año 1976, con 156 Estados Partes). Este órgano de control es un caso excepcional porque no fue creado por el tratado sino mediante una decisión del ECOSOC).
- iii. Comité contra la Tortura, órgano de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT, adoptado el año 1984 y en vigor desde el año 1987, con 144 Estados Partes).
- iv. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, adoptado el año 1979 y en vigor desde el año 1981, con 185 Estados Partes).
- v. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, órgano de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD, adoptado el año 1965 y en vigor desde el año 1969, con 173 Estados Partes).
- vi. Comité de los Derechos del Niño, órgano de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC, adoptado el año 1989 y en vigor desde el año 1990, con 193 Estados Partes).
- vii. Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, órgano de la Convención de las NNUU para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (adoptado el año 1990 y en vigor desde el año 2003, con 37 Estados Partes).
- viii. Sub-Comité para la Prevención de la Tortura, creado por el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Tortura (adoptado el año 2002 y en vigor desde el año 2006, con 35 Estados Partes).

³⁵ Cf. Los instrumentos internacionales relativos a estos órganos de control en la dirección electrónica de la ONU (vista el 28 de abril 2011): <<http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>>

- ix. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, órgano de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, (adoptada el año 2006 y en vigor desde el año 2008 , con 85 Estados Partes).
- x. Comité contra la Desaparición forzada, órgano de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra la Desaparición forzada, (adoptada el año 2006 y en vigor desde el año 2010, con 25 Estados Partes).

25. Para concluir esta sección, es necesario remarcar que los tres sistemas regionales de protección de los derechos humanos –europeo, interamericano y africano-, si bien sus alcances son regionales y de carácter convencional, esto es, en base a tratados regionales de derechos humanos-, contribuyen sin duda alguna a la globalización o universalización de los derechos humanos. Estos sistemas regionales son autónomos respecto de los sistemas de protección de derechos humanos constituidos en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, si bien su orientación general debe ser conforme con los propósitos y principios de acuerdo con la Carta de la Organización.³⁶

Nuevos desafíos en materia de derechos humanos.

En el contexto de la globalización de la economía y de las relaciones internacionales, proceso que se acentúa y acelera en las últimas décadas, nuevos temas y nuevos desafíos se presentan en materia de derechos humanos. Siendo imposible el abordar cada uno de ellos, presentaremos a continuación algunas consideraciones únicamente respecto de tres temas: los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), el Derecho Internacional Ambiental, y, finalmente, los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Los DESC: de derechos “programáticos” a derechos exigibles y justiciables.

26. Durante un cierto tiempo, luego de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), un sector de la doctrina afirmaba que los derechos económicos, sociales y culturales no eran estrictamente derechos exigibles ni justiciables sino que debían entenderse como un programa de acción que los Estados debieran realizar en la medida de sus posibilidades (Pérez Luño, 1999, 84-97). Empero, la cuestión fue en parte zanjada cuando las Naciones Unidas adoptaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) el año 1966, bien que su entrada en vigor no se realizó sino diez años después. El órgano de control de este tratado, Comité de DESC, sin embargo, no fue creado en el mismo tratado sino casi veinte años después mediante resolución del ECOSOC del año 1985 (Buergethal, 1990, 34). Pese a las declaraciones de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas sobre la integralidad de los derechos humanos –Teherán 1968 y Viena 1993-³⁷, en el sistema onusiano de protección de los derechos humanos no se aceptaban denuncias por violación de los DESC. La situación comenzó a cambiar cuando en el sistema universal extra-convencional se crearon a partir

³⁶ Cf. Carta de las Naciones Unidas, Capítulo VII sobre Acuerdos regionales, artículo 52.

³⁷ En la Conferencia mundial de Teherán, 1968, se proclamó que “*la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible*” (Art. 13). En la Conferencia mundial de Viena, 1993, se afirmó que: “*los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí*” (párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena). Estos enunciados reiteran lo dicho en los Preámbulos de los dos pactos de 1966: PIDCP y PIDESC.

del año 2000 las primeras relatorías temáticas universales sobre ciertos DESC, cinco de las cuales fueron autorizadas a recibir denuncias³⁸.

El proceso de alguna manera ha culminado con la adopción reciente (2008) del Protocolo Facultativo al PIDESC. El Protocolo autoriza a que se presenten denuncias ante el Comité de DESC “*personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto*” (artículo 2).

27. En nuestra región, sobre este tipo de derechos se adoptó un tanto tardíamente el año 1988 -entrada en vigor el año 1999- el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”. Este Protocolo limita a dos tipos de derechos³⁹ las denuncias que pueden presentarse ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, por tanto, cuando proceda, susceptibles de llegar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De otro lado, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, único artículo sobre los DESC en esta convención, no ha sido aplicado ni interpretado de manera amplia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰. Como han señalado diversos autores, la tutela en sede jurisdiccional tanto nacional como internacional de los DESC es todavía una cuestión en gran parte pendiente que se espera debe ser debidamente atendida en los próximos años⁴¹.

28. En otro ámbito regional, en el marco del Consejo de Europa -con 46 Estados miembros (Díaz Revorio, 2004, 25)- también se ha accedido a las denuncias colectivas por violación de la Carta Social Europea en aplicación del Protocolo de 1995. Las reclamaciones colectivas pueden ser interpuestas por organizaciones de trabajadores o de empresarios, o por ONGs internacionales y nacionales.⁴²

29. Sin duda alguna que se han dado pasos adelante en la exigibilidad y justiciabilidad internacional de los DESC, si bien todavía falta mucho camino por recorrer. En el plano nacional existe una interesante jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional al respecto según podemos apreciar en un interesante trabajo de Victor Saco y Melissa Huerto⁴³.

30. En el actual contexto internacional, la relación entre los DESC y el Derecho Internacional Ambiental así como con los Derechos de los pueblos indígenas ha devenido en una tríada temática que se retroalimenta para beneficio de las personas, los grupos humanos y los pueblos en general.

³⁸ Estas relatorías temáticas universales sobre los DESC, autorizadas a recibir denuncias son las siguientes: derecho a la alimentación, derechos de los indígenas, derecho a la salud, derecho a la vivienda, y derecho a la educación. Cf. Villán Durán 2007, 52. La relatoría sobre el derecho humano al agua potable (2008) no ha sido autorizada a tramitar quejas individuales.

³⁹ Se trata de los derechos de asociación sindical y del derecho a la educación: véase el artículo 19(6) del Protocolo de San Salvador.

⁴⁰ Así, en el Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, la Corte en su sentencia de 28 de febrero 2003 no lo consideró aplicable toda vez que el desarrollo progresivo se debía medir sobre el conjunto de la población (párrafo 147). Por razones formales tampoco lo hizo en el Caso Acevedo Jaramillo vs. Perú, sentencia de 7 febrero 2006, (párrafo 285).

⁴¹ Cf. Abramovich, 2006, 1-63. Véase, también, Salmón, 2010, *Los Derechos Económicos, sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*, Lima, IDEHPUCP, 102 páginas.

⁴² Cf. Díaz Revorio, 2004, 25.

⁴³ Cf. Huerto y Saco, 2005, *Exigibilidad de los DESC ante el Tribunal Constitucional*, Lima, CEDAL, 312 páginas.

El Derecho Internacional Ambiental.⁴⁴

31. Con antecedentes históricos que remontan claramente a los albores del siglo pasado (París, 1902 : Convención para la protección de los pájaros útiles a la agricultura), la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente al término de la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972) puede considerarse según la doctrina mayoritaria como el hito principal en la formación de lo que hoy en día se conoce como el Derecho Internacional Ambiental (Foy, 2009, 74). Viabilizando uno de los acuerdos de esta primera Conferencia, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 2997 (XXVII), de fecha 15 de diciembre 1972, en virtud de la cual se creó el Programa de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente (PNUMA). Luego se han sucedido casi una vorágine de eventos mundiales, regionales, sub-regionales, etc., dando lugar a declaraciones y tratados sobre este tema y otros conexos.⁴⁵ Destacan por su importancia, en cualquier caso, la Declaración de Río al término de la segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro 1992), y la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo sostenible al término de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo sostenible (Johannesburgo 2002).

Las razones que explican el extraordinario dinamismo en temas relativos al Derecho Internacional Ambiental, radica en el hecho que entre los “grandes problemas que debemos resolver”, afirma la comunidad internacional en la Declaración de Johannesburgo 2002 sobre Desarrollo sostenible, se reconoce “la modificación de pautas insostenibles de producción y consumo”. Esta modificación constituye un “requisito fundamental de un desarrollo sostenible” (pár. 11). Los efectos del actual modelo de desarrollo se aprecian, de una parte, en la “profunda fisura que divide a la sociedad humana entre ricos y pobres, así como el abismo cada vez mayor que separa al mundo desarrollado del mundo en desarrollo” (pár. 12), y de otra parte, en el hecho siguiente :

“El medio ambiente mundial sigue deteriorándose. Continúa la pérdida de biodiversidad; siguen agotándose las poblaciones de peces; la desertificación avanza cobrándose cada más tierra fértiles; ya se hacen evidentes los efectos adversos del cambio del clima; los desastres naturales son más frecuentes y más devastadores, y los países en desarrollo se han vuelto más vulnerables, en tanto que la contaminación del aire, el agua y los mares sigue privando a millones de seres humanos de una vida digna” (pár. 13).

Esta situación gravísima extraída no de un sueño apocalíptico sino de la realidad, finalmente, no puede desvincularse de la globalización en curso – “[l]a globalización ha

⁴⁴ Podemos sostener que existe un derecho humano a un medio ambiente sano y equilibrado. En la Declaración pionera de Estocolmo 1972 la comunidad internacional afirmó: “*El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras*” (Principio 1). En el marco de la OEA, el Protocolo Adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia derechos económicos sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador establece: “*Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.*”

⁴⁵ “El desarrollo de la materia, -escribe Foy, 2009, 71-, en lo que va del siglo, ha impulsado más de 4 000 acuerdos bilaterales y numerosos y variados acuerdos y tratados de alcance universal. El análisis de estos documentos muestra un proceso caracterizado por permanentes cambios y evoluciones en la concepción de la relación sociedad-naturaleza. (...). Por ello, hoy resulta imposible enumerar y explicar el contenido y trascendencia de los acuerdos y convenios que integran el Derecho Internacional Ambiental actual.”

agregado una nueva dimensión a estos problemas”, afirma también la Declaración precitada (pár. 14).

La novedosa y reciente en términos históricos afirmación de la relación indisoluble entre la defensa del medio ambiente y el Desarrollo Sostenible nos parece que marca el inicio de un nuevo capítulo o una nueva era en la historia humana, que debe repercutir grandemente en el Derecho Internacional y en el Derecho interno de los Estados. Pareciera que el camino contrario nos puede conducir a la extinción como especie humana.

Los Derechos de los Pueblos y el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

32. Aprobado hace ya más de veinte años, el 27 de junio de 1989, y en vigor desde el 5 de septiembre de 1991, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales ha devenido en el momento presente a nivel mundial en uno de los tratados más importantes desde una perspectiva histórica y de mayor actualidad ante los graves problemas medioambientales que, agravados por la globalización de la economía, afectan crecientemente el planeta.

El Convenio 169 de la OIT es importante desde una perspectiva histórica porque es el primer tratado mediante el cual la comunidad internacional hace justicia a quienes habían sido invisibilizados y desconocidos en sus derechos no sólo en el contexto de la dominación colonial moderna -que se inició en el siglo XVI en las Américas y se prolongó hasta los años setenta del siglo XX en el caso del continente africano-, sino también luego en el nuevo contexto que se produjo cuando las antiguas colonias devinieron Estados soberanos e independientes. Empero, la deuda hacia los Pueblos Indígenas y Tribales debe incluir también su invisibilización y negación de derechos en los mismos viejos Estados Europeos y en otros -como el antiguo imperio Ruso- que nunca estuvieron bajo la dominación colonial que desde el siglo XVI ejerció la Europa moderna.⁴⁶

En efecto, los Estados modernos se han constituido, sea en la vieja Europa o en el resto del mundo, por lo general, bajo el liderazgo de un grupo étnico dominante que excluye o subordina a los otros pueblos, o, inclusive, en el caso de los Estados latinoamericanos, bajo el liderazgo de minorías “criollas” o mestizas que no solo desconfiaban sino que consideran inferiores a los pueblos autóctonos y a los descendientes de los esclavos africanos. En concordancia con esta situación, la actitud de las élites gobernantes ha sido la de, en algunos casos, eliminar y/o explotar a los pueblos excluidos, hasta en la versión más civilizada de integrarlos y asimilarlos a la lengua y cultura dominantes.

33. En el Derecho Internacional del siglo XX podemos encontrar diversos instrumentos que expresan las realidades que venimos reseñando.⁴⁷ El derecho a la libre determinación

⁴⁶ Sobre los problemas que se suscitan contemporáneamente al interior de los Estados en relación con pueblos autóctonos no mayoritarios o de pueblos minoritarios no autóctonos, véase Jouve, Ed. Le Droit des peuples, Paris, PUF, pp. 97 y 116.

⁴⁷ La Resolución 1514 (XV), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas con fecha 14 de diciembre de 1960, reconoce el principio de que “[t]odos los pueblos tiene el derecho de libre determinación” (numeral 1), incluyendo expresamente los pueblos que habitan en los “territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia”, debiendo en consecuencia “tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios” (pár.5). Este principio lo encontramos nuevamente formulado en el artículo 1 común a dos tratados de derechos humanos adoptados por la ONU en 1966 : Pacto Internacional de derechos civiles y políticos

de los pueblos con todo lo que ello implica se interpretó como un atributo propio de los pueblos que accedían a la administración del Estado, excluyendo en consecuencia a los pueblos originarios minoritarios -o “minorizados” en la práctica- o a cualquier otro pueblo minoritario. Así, el Convenio 107 de la OIT, adoptado el año 1957, sustituido por el actual Convenio 169, se autodenominó “*Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales [sic], 1957*” (Preámbulo, in finem) con el objeto de evitar confusiones. Ello, por cuanto, afirma el mismo Preámbulo, “*en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales [sic] que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional*”. (pár. 5). Se trata pues de lograr la “*integración progresiva [de dichas poblaciones] en la vida de sus respectivos países*” (artículo 2). Según la misma OIT, en su presentación del nuevo Convenio 169, el antiguo Convenio 107 de 1957 partía de la concepción según la cual los pueblos indígenas y tribales “*eran sociedades temporarias destinadas a desaparecer con la «modernización»*”⁴⁸. En cambio, el nuevo Convenio 169 de 1989, afirma la OIT, “[h]ace referencia a «pueblos indígenas y tribales»”, no a poblaciones, considera que “*los pueblos indígenas constituyen sociedades permanentes*”, y “[r]econoce y respeta la diversidad étnica y cultural”⁴⁹. Empero, el Convenio 169 expresamente establece en primer artículo (numeral 3):

“3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”

El Convenio 169 de la OIT en consecuencia, no confiere, a las colectividades cuyos derechos establece –pueblos indígenas y tribales–, el derecho de constituir un nuevo Estado soberano e independiente, toda vez que son parte ya de “*países independientes*” (artículo 1, numerales 1 y 2). Ningún pueblo indígena o tribal puede, por tanto, invocando el Convenio 169 de la OIT afirmar un supuesto derecho a devenir un nuevo Estado o la secesión territorial.

34. Recientemente, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha, de alguna manera, endosado y perfeccionado si cabe, lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. En efecto, la Asamblea ha adoptado mediante Resolución A/Res/61/295 de fecha 13 de septiembre de 2007, luego casi veinte años de negociaciones, la “*Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*”. A continuación relievamos algunos temas que consideramos importantes.

Esta Declaración, en primer lugar, establece netamente que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación en los términos siguientes:

“Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho

(PIDCP) y Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC). El PIDCP hará una referencia a los pueblos minoritarios pero no los denominará pueblos sino simplemente “grupo” o también “minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”: se les reconoce entonces a tales grupos no el derecho a la libre determinación sino el derecho de las personas de dichas minorías, “en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma” (artículo 27 del PIDCP). Véase también la Resolución 2625 (XXV), *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas con fecha 24 de octubre de 1970, principio 5.

⁴⁸ Texto disponible en la dirección electrónica siguiente, vista el 22 de abril 2010:

<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>

⁴⁹ Ibidem.

determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”

“Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.”

La Declaración, en segundo lugar, deja en claro también que el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas no entraña el derecho a constituir un nuevo Estado:

“Artículo 46

1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.”

La Declaración, en tercer lugar, afirma la igualdad de derechos de todos los pueblos entre sí:

“Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,”

Finalmente, en cuarto lugar, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas enuncia un conjunto de derechos de manera muy semejante a los establecidos en el Convenio 169 (OIT, 2009, 25 y 63), destacando entre ellos el derecho a la consulta previa y a sus territorios ancestrales.

35. Para concluir esta sección debemos destacar la actualidad que ha cobrado el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas. La defensa del medio ambiente contra la contaminación de la tierra, del agua, del aire y de la vida en general, atañe la existencia misma de miles de pueblos indígenas y tribales en el mundo (Boelens et al., 2006, 25). Su lucha ciertamente beneficia no sólo a dichos pueblos sino en primer lugar a los diversos pueblos del Estado concernido, y a la humanidad entera. Los Derechos de los Pueblos indígenas tienen entonces una indisoluble relación con el conjunto de los Derechos Humanos y en particular con el desarrollo del Derecho Internacional Ambiental, y la legitimación de la defensa a nivel nacional e internacional de los Derechos económicos sociales y culturales.

3. EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

36. Durante más de medio siglo, luego de la breve pero trascendental existencia del Tribunal internacional de Nuremberg (1945-1946), no se creó la Corte Penal Internacional permanente y con jurisdicción internacional de alcance mundial. Hubo que esperar la adopción (1998) y entrada en vigor (2002) del Estatuto de Roma para finalmente entrar en funciones, en su sede de La Haya, la Corte Penal Internacional una vez que fueron elegidos sus 18 (dieciocho) jueces.

Resulta legítimo preguntarse la razón de esta larga espera. Nuestra posición es que la razón fue, en el contexto de la Guerra Fría, una razón política: los líderes políticos de los Estados más poderosos no estaban dispuestos a exponerse a un proceso penal internacional semejante al de Nuremberg, ni a “debilitar” sus respectivos aliados entre los que se contaban dictadores responsables de crímenes atroces. Una larga lista de atrocidades semejantes a las juzgadas en Nuremberg ocurrieron en muchos países y colonias no sólo durante la Segunda Guerra Mundial o en los años inmediatamente anteriores a ésta, sino en el tiempo de la Paz “fría”. La impunidad de facto era lo mejor si no para todos sí para un número considerable de dirigentes estatales. Hasta hoy en día, determinados sectores tienen casi pavor a la jurisdicción internacional que se le ha otorgado a la Corte Penal Internacional.

Las tensiones y pugnas que lo anterior implica se expresaron ya en el juicio de Nuremberg, en el intento de restablecer mediante un tratado –Protocolo de Berlín de 8 de octubre de 1945- el dominio reservado estatal que asegurara la impunidad, recortando los alcances del tipo penal recién creado entonces y denominado “*crímenes de lesa humanidad*” y en el *post-Nuremberg*. Así es como en esos primeros años luego de la Segunda Guerra Mundial dos posiciones se enfrentan en el seno de las Naciones Unidas, a veces de una manera abierta y otras, soterrada. De una parte, una posición en minoría, la cual sostenía la validez del Derecho de Nuremberg sólo para los vencidos. De otra parte, una posición mayoritaria y que afirmaba que el Derecho de Nuremberg era no sólo para los vencidos sino de alcance mundial, esto es, acorde con el nuevo ordenamiento jurídico instituido por la Carta de la ONU y expresión del desarrollo del Derecho Internacional. Diversos instrumentos internacionales –Tratado sobre Genocidio y muchas resoluciones de la Asamblea General de la ONU- en la época dan cuenta de esta pugna y del desenlace a nivel jurídico. Pero en el nivel político, el acuerdo mayoritario será por la no creación del instrumento capaz de viabilizar a nivel mundial la aplicación del Derecho de Nuremberg, esto es, que los tipos penales se aplicaran también a los vencedores. Esto es lo que resumidamente presentaremos luego como la Primera etapa en la formación del Derecho Penal Internacional. En el contexto de la Guerra Fría, y puesto a hibernar el proyecto de creación de una Corte Penal Internacional, se produce una Segunda etapa en la formación del Derecho Penal Internacional en la que, aunque en algún sentido parezca paradójico, son los países del Tercer Mundo, los No-Alineados, los que impulsarán la consolidación del Derecho Penal Internacional al promover y lograr que se apruebe la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968) y de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid (1973). Habrá que esperar al fin de la Guerra Fría (1992), última década del siglo XX, para que el temor al otro “bloque” no paralizara la adopción de acuerdos internacionales que hicieran posible la puesta en marcha de la justicia penal internacional a nivel mundial. Esto es lo que constituye la Tercera etapa, en la que se produce la globalización de la justicia penal internacional –creación de los dos Tribunales Penales Internacionales, un para la ex-Yugoslavia (1993) y otro para Ruanda (1994), el ejercicio de la jurisdicción universal (caso Pinochet, 1998-2000), la creación de la Corte Penal Internacional, la invalidez de las leyes de impunidad, y la persecución penal al interior de cada Estado, la creación de Tribunales mixtos (Camboya, Timor), etc.

Veamos a continuación sucintamente las tres etapas a las que nos hemos referido en el párrafo anterior. Antes hemos considerado necesario presentar, a manera de antecedentes, el período entre-guerras, toda vez que durante el mismo se producen instrumentos jurídicos importantes para la formación de la justicia penal internacional.

El período “entre-guerras” 1919-1939 y los antecedentes inmediatos del Derecho Penal Internacional.

37. La Primera Guerra Mundial 1914-1919 fue la primera hecatombe humana producida por un conflicto armado en la historia de la humanidad. Se produjeron aproximadamente ocho millones de muertos. La irracionalidad de esta tragedia se expresa en el hecho que la declaración de la guerra a Serbia –desencadenante de la conflagración mundial-, realizada por el Imperio Austro-Húngaro --con el apoyo del entonces Imperio Alemán y justificada en la no sanción del asesinato de dos miembros de su casa real ocurrido en Serbia--, no fue un acto criminal desde el punto de vista del Derecho Internacional Público sino todo lo contrario. Fue el ejercicio de una potestad soberana, el *ius ad bellum* (derecho a hacer la guerra), reconocida a los Estados. La doctrina de los internacionalistas y constitucionalistas antes de esta Gran Guerra es unánime en reconocer el *ius ad bellum* como legítimo, conforme a derecho y un acto propio de la soberanía estatal.

El sufrimiento enorme que causó la Gran Guerra, las atrocidades -que hoy en día se calificarían todas como crímenes de guerra- cometidas por ambos bandos pero sobre todo por las tropas imperiales alemanas, condujeron a la mayoría de los Estados y juristas a un cambio de posición respecto del *ius ad bellum* así como respecto del derecho exclusivo de los Estados para imponer sanciones penales. El cambio consistió en el plano del Derecho Internacional, de una parte, en reconocer la necesidad de ilegalizar la guerra de agresión, más aun, de establecer sanciones penales contra los responsables de tales guerras, y, de otra parte, en establecer, siempre en Derecho Internacional, sanciones penales contra los responsables de la comisión de crímenes de guerra ; en ambos casos, sin importar el grado o la calidad de gobernante, con lo cual se dejaba de lado la impunidad otorgada por teoría del “acto de Estado” a los más altos responsables de tales actos porque actuaban, se decía, por razones de Estado. Estos cambios se concretizaron parcial e imperfectamente en el Tratado de Versailles de 1919. En efecto, este tratado, en su primera parte (artículos 1 a 26), creó la organización antecesora de la ONU, la Liga (o Sociedad) de las Naciones, la cual tenía como uno de sus fines promover la paz mundial, cometido en el cual fracasó totalmente. En su segunda parte, donde se establecían las condiciones impuestas por los vencedores al Estado Alemán, el Tratado de Versailles pretendió sancionar penalmente de una parte (artículo 227), al ex emperador por el ejercicio del *ius ad bellum*, y, de otra parte (artículos 228 a 230), a los responsables de la comisión de violaciones a las leyes y costumbres de la guerra (crímenes de guerra). Ni una cosa ni otra se logró. En ese sentido, el Tratado de Versailles fue un fiasco. Y no podría haber sido de otra manera toda vez que a esa fecha **no** existían normas jurídicas internacionales penales claras, salvo las consuetudinarias circunscritas, en todo caso, a las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Un paso adelante se produjo algunos años después cuando la Liga de las Naciones aprobó el año 1927 una resolución mediante la cual declaró que “la guerra de agresión constituye un crimen internacional contra el género humano” ; algo semejante declararon luego los Estados del continente americano mediante resolución adoptada durante la Conferencia Panamericana tenida a inicios del año 1928. Un segundo paso adelante se produjo con la adopción en agosto de 1928 - entrada en vigor en julio de 1929- de un tratado mediante el cual los Estados Partes “condenan recurrir a la guerra en búsqueda de de la solución de controversias internacionales y además renuncian a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones con otros Estados” (artículo I, traducción no oficial). Este tratado, promovido por los gobiernos de Estados Unidos y de Francia, conocido como el tratado “Kellogg-Briand” -apellidos de los cancilleres estadounidenses y francés, respectivamente,

principales promotores del mismo--, tuvo entre sus Estados Partes, entre otros, a Alemania, Japón e Italia.

38. El período “entreguerras” desde el punto de vista del desarrollo del Derecho Internacional y como antecedente del Derecho Penal Internacional, es un período muy importante. Durante este período se adoptaron normas jurídicas que expresan el abandono de postulados seculares que habían estructurado el orden público internacional antes de la Primera Guerra Mundial. En primer lugar, la guerra de agresión y por tanto el *ius ad bellum* (derecho a hacer la guerra) ilimitado dejó de ser un atributo propio de los Estados soberanos. En segundo lugar, se reconoce la existencia en Derecho internacional de crímenes internacionales, tanto respecto de la guerra de agresión como de las atrocidades que se comentan durante la guerra, tal como quedó evidenciado con las normas establecidas en el Tratado de Versailles y en los otros tratados que se adoptaron entre los vencedores y los vencidos de la Gran Guerra. En tercer lugar, se establece la pertinencia en Derecho Internacional –ver al respecto nuevamente el tratado de Versailles, artículos 227 a 229- de la instalación de Tribunales Internacionales que administren justicia penal en nombre de los Estados, particularmente cuando se trate de perpetradores que tuvieran la calidad de autores mediatos –jefes y gobernantes-, toda vez que, en tales casos, su crímenes se habrían cometido por sus subordinados durante la guerra en el territorio de varios países. La finalidad de estos Tribunales internacionales sería evitar el juzgamiento doble o múltiple, esto es, por más de un Estado y por los mismos hechos, en el caso del justiciable que fuera un autor mediato. Estos antecedentes, y otros que no es el caso detallar, están a la base del nuevo ordenamiento jurídico internacional que instituirá luego la Carta de la ONU en 1945, del juicio de Nuremberg y del surgimiento del Derecho Penal Internacional como instrumento para la sanción penal internacional de los crímenes internacionales que atentan contra los intereses de la comunidad internacional.

Primera etapa en el desarrollo del DPI.

De una justicia para los vencidos a un Derecho Penal Internacional de alcance universal: 1945-1954.

39. El Tribunal internacional de Nuremberg fue creado en virtud de un tratado celebrado en agosto de 1945 entre Estado Unidos, Inglaterra, Francia y la Unión Soviética ; posteriormente adhirieron otros Estados miembros de la ONU, cuya Carta fundacional entraría en vigor ese mismo año pero algunos meses después. El Tribunal tenía una jurisdicción limitada : era competente únicamente respecto de los crímenes cometidos por los nazis y sus colaboradores, siempre y cuando se tratara de justiciables que hubieran tenido las más altas responsabilidades en tanto jefes, gobernantes o promotores de la política criminal llevada al cabo durante la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) por el Estado Nazi y sus colaboradores. En cuanto a su competencia material, el Tribunal debía juzgar los crímenes denominados contra la paz (guerra de agresión), crímenes de guerra, y crímenes de lesa humanidad (o contra la humanidad), así como la conspiración para cometerlos. Fueron así juzgados una veintena de los denominados “grandes criminales de guerra”: doce de ellos condenados a muerte –ejecución que se realizó efectivamente-, algunos a pena de cárcel; dos de los procesados fueron liberados al no encontrarles responsabilidad penal. La competencia material otorgada al Tribunal, salvo en lo que se refiere a los crímenes de lesa humanidad, tenía los antecedentes reseñados a propósito del período “entreguerras”. El Tribunal optó, entonces, en relación a los crímenes de lesa humanidad a fin de no infringir el principio de legalidad, por considerarlos en general como constitutivos a la vez de crímenes de guerra, cuya sanción penal había sido

aceptada desde Versailles por la comunidad internacional. Pese a esta decisión, sin embargo, dos de los condenados lo fueron exclusivamente por la comisión de crímenes de lesa humanidad. Estos crímenes, sin embargo, en tanto generalmente consisten en homicidios y lesiones graves, al ser así calificados por los ordenamientos jurídicos de todos los Estados, constituyen principios de derecho que se encuentran en todos los sistemas jurídicos del mundo, siendo por ello susceptibles de ser reconocidos como válidos mundialmente por el Derecho Internacional. Los cuestionamientos al Juicio de Nuremberg, entonces, no estarían, en sentido estricto, en relación con el derecho material aplicado sino más bien con el hecho que fue una justicia internacional aplicada como dijimos antes sólo a los vencidos.

Teniendo como modelo el Tribunal internacional de Nuremberg, se creó el Tribunal internacional de Tokio, el cual fue competente para el juzgamiento de los más altos responsables, excepción hecha del emperador del Japón, de los crímenes cometidos por las tropas japonesas durante la Segunda Guerra Mundial. Vale para este Tribunal lo afirmado en el párrafo precedente respecto del Tribunal de Nuremberg.

40. Los esfuerzos por lograr que el Derecho aplicado en Nuremberg fuera un derecho de alcance universal, si bien no tuvieron éxito en el plano de las decisiones políticas durante este período –los Estados debían haber celebrado entonces un tratado de alcance mundial como el adoptado en Roma el año 1998-, no fueron en vano. De alguna manera sentaron las bases que permitirían luego transitar desde Nuremberg 1945 hasta Roma 1998. Dejaron así su impronta en las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas desde la primera sesión de la organización (1946), en el tratado sobre Genocidio adoptado el año 1948 y en los cuatro tratados o Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (en adelante, también, Convenios de Ginebra de 1949), y, finalmente, en los estudios aprobados y proyectos elaborados por diversos órganos onusianos durante este período.

40.1. En cuanto a resoluciones de la Asamblea General, es pertinente recordar que, pocas semanas después de concluido el juicio de Nuremberg y ejecutado el fallo expedido por el Tribunal del mismo nombre, ésta aprobó la Resolución 95(I) de fecha 11 de diciembre 1946 mediante la cual reconoce que el Estatuto del Tribunal así como la sentencia expedida expresan principios de Derecho internacional.

40.2. En lo que concierne el tratado sobre Genocidio (1948), adoptado unánimemente por la Asamblea General de la ONU, éste tiene una extraordinaria importancia para la afirmación del alcance universal del Derecho Penal Internacional. En primer lugar porque se reconoce en el Preámbulo que la Comunidad internacional desde el año 1946, mediante la resolución 96(1) de 11 de diciembre de dicho año, ha declarado que el genocidio es un crimen internacional; declaración que no puede sustentarse sino en una norma jurídica consuetudinaria pre-existente al tratado. En segundo lugar porque afirma que el genocidio, ahora en virtud del tratado en el plano convencional y sin derogar por tanto la norma consuetudinaria, es un crimen internacional convencional (artículo I). En tercer lugar porque este crimen puede ser perpetrado por cualquier Estado (artículo IX) o individuo (artículo IV) –ya no sólo por los vencidos-, siendo además sancionable todo individuo sin excepción alguna, sea gobernante, funcionario o particular. En cuarto lugar porque reconoce (artículo VI) la pertinencia en Derecho Internacional de la constitución de un Tribunal internacional penal para juzgar y sancionar a los individuos responsables de un crimen de genocidio.

Respecto de los Convenios de Ginebra de 1949, todos ellos establecen que las violaciones graves de los mismos, de acuerdo con la enumeración por ellos realizada, debe dar lugar a sanción penal, sea por el Estado del territorio donde se cometieron o, supletoriamente, por cualquier otro Estado Parte, instituyendo en consecuencia al ejercicio obligado de la jurisdicción universal convencional.

40.3. Finalmente, en lo que se refiere a los estudios aprobados y proyectos elaborados por órganos onusianos deben mencionarse los tres que detallamos seguidamente.

-Estudio y declaración (1950) de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el sentido que es conforme al Derecho Internacional la creación de una Corte Penal Internacional permanente y de alcance universal para el juzgamiento y sanción de los responsables de crímenes internacionales como los juzgados por el Tribunal de Nuremberg; este estudio fue realizado por decisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

-Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional permanente y de alcance universal, elaborado (1953) por una comisión ad hoc creada en su seno por la Asamblea General, luego de recibir el estudio mencionado en el párrafo precedente.

-Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad del año 1954 -derecho material que debería aplicar la futura Corte Penal Internacional-, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas según decisión adoptada en años precedentes por la Asamblea General de la ONU.

41. Y llegamos de este modo al fin de esta primera etapa cuando, paradójicamente, pese a los diversos hitos que hemos señalado -resoluciones, tratados, estudios, proyectos-, todos afirmando la necesidad y pertinencia en Derecho Internacional de crear una Corte Penal Internacional permanente y de alcance universal, la Asamblea General decidió en 1954 no crear dicha Corte hasta que hubiera un acuerdo de la Comunidad internacional sobre la definición jurídica de la guerra de agresión. No hubo ningún acuerdo ni resolución en contra de la creación de la referida Corte, sino todo lo contrario según hemos reseñado antes, pero sí un acuerdo político de posponer su creación -resolución 898(IX), 1954, de la Asamblea General-.

El argumento para justificar la postergación, visto en el contexto en que se produjo y en la evolución jurídica y política que constataremos en las siguientes etapas, expresa en nuestra opinión los temores que el mundo comunista liderado por la URSS y el mundo occidental liderado por los EEUU tenían a la puesta en funcionamiento de una Corte Penal Internacional competente para juzgar precisamente a los más altos responsables de crímenes internacionales que se producían en el contexto de la Guerra fría. Algo semejante había ocurrido con la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas según expusimos en el capítulo anterior: ella abdicó durante una primera etapa (1947-1967), previo acuerdo de ambos bloques políticos, a fiscalizar las violaciones de los derechos humanos que pudieran estar cometiendo los Estados miembros de la ONU.

Segunda etapa en el desarrollo del DPI.

El período ambiguo de la «Guerra fría» (1954-1990). No aplicación pero avances en la consolidación del DPI.

42. Esta segunda etapa ha sido decisiva para la consolidación en Derecho Internacional, pese al contexto político, del naciente Derecho Penal Internacional como un derecho de alcance universal y no limitado a los vencidos de la Segunda Guerra Mundial. Los hitos a destacar -nos limitaremos a algunos- comprenden resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la ONU, tratados celebrados en el marco también de esta organización, y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

42.1. En cuanto a las resoluciones de la Asamblea General, haremos referencia sólo a dos.

En primer lugar, la resolución aprobada el año 1973 e intitulada “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad” -resolución 3074(XXVIII)-. En la parte resolutive -numeral 1- de la resolución, la Asamblea General establece el alcance universal del DPI y su vigencia respecto de los hechos que se hubieran cometido durante la Segunda Guerra Mundial así como los cometidos ulteriormente:

“1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.”

Autoriza luego en la misma resolución, numerales 2 y 5 de la parte resolutive, a que cualquier Estado del mundo, en forma supletoria, sancione penalmente a los responsables de tales crímenes en ejercicio de una jurisdicción universal de naturaleza no-convencional, esto es, basada en normas jurídicas consuetudinarias o de *ius cogens*.

En segundo lugar, la resolución aprobada el año 1974: luego de un arduo y largo proceso de elaboración que tomó más de una década, la Comunidad internacional aprobó la resolución 3314(XXIX) mediante la cual estableció la definición de la guerra de agresión como crimen internacional. Esta calificación se fundamenta, no existiendo un tratado al respecto, en una norma de *ius cogens*, según años antes había ya afirmado la Corte Internacional de Justicia según veremos en los párrafos que siguen.

42.2. En lo que concierne a los tratados, vamos a referirnos primeramente al de Imprescriptibilidad de ciertos crímenes internacionales (1968) y luego al de Apartheid (1973), ambos adoptados por las Naciones Unidas.

El primero de los tratados mencionados, cuya denominación completa es “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, fue adoptado el año 1968 y entró en vigor al año siguiente; el Perú devino Estado Parte recién el año 2003 (Resolución Legislativa No. 27998 de fecha 12 de junio 2003). Este tratado es, juntamente con el de genocidio, de la máxima importancia para la consolidación jurídica del Derecho Penal Internacional como cuerpo normativo del Derecho Internacional contemporáneo y por tanto de aplicación universal. A continuación reseñaremos algunos de sus aspectos centrales. Uno: este tratado es producto de la decisiva intervención de los países del Tercer Mundo, los cuales impusieron sus puntos de vista a los países del entonces bloque occidental, cuyos integrantes, disconformes entonces con algunos de los extremos aprobados, se rehusaron ulteriormente a ratificarlo; en este sentido, marca el compromiso de los países menos

desarrollados, “tercermundistas”, con el Derecho Penal Internacional de alcance universal. Dos: reafirmó la existencia jurídica de crímenes internacionales materia del tratado, los mismos que se declaran imprescriptibles “cualquiera sea la fecha en que se hubieran cometido”; esto es particularmente importante en relación a los crímenes de lesa humanidad, cuya existencia se deriva no de algún tratado –a la época inexistente- sino de normas de *ius cogens*. Tres: se reafirmó durante su elaboración el consenso de la comunidad internacional sobre la noción de lesa humanidad contenida en las normas aplicadas en el juicio de Nuremberg, surgiendo la discrepancia respecto de los nuevos contenidos incluidos en el tratado por los países del Tercer Mundo.⁵⁰ Cuatro: instituye la responsabilidad penal imprescriptible de todo individuo, sin importar su nacionalidad, sea gobernante o particular, que fuera responsable o cómplice de los crímenes materia del tratado.

El segundo de los tratados que mencionaremos es el denominado “Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid”, adoptado el año 1973 y en vigor desde 1976; el Perú es Estado Parte desde 1978 (aprobación mediante Decreto Ley 22280 de fecha 5 de septiembre de 1978). Este tratado, promovido vigorosamente por los países del Tercer Mundo, establece “que el apartheid es un crimen de lesa humanidad (...) una amenaza para la paz y la seguridad de la humanidad” (artículo I). El tratado establece en sus artículos IV y V, *inter alia* : la responsabilidad de todo individuo, sin distinción de nacionalidad, que cometa dicho crimen ; la potestad de todo Estado Parte para ejercer la jurisdicción universal contra tales individuos ; la pertinencia de una Corte Penal Internacional que pudiera crearse y que sea competente de acuerdo con su norma de creación. De esta manera, la Convención sobre el crimen de apartheid reafirma lo que algunos años antes se había aprobado mediante el tratado sobre Imprescriptibilidad.

42.3. La Corte Internacional de Justicia efectuó un pronunciamiento de gran trascendencia respecto de las obligaciones de los Estados frente a la Comunidad internacional. En su sentencia recaída en el caso conocido como “Barcelona Traction” (1970), establece que existen determinadas obligaciones “*erga omnes*”, esto es, hacia toda la Comunidad internacional. Estas obligaciones con este carácter especial son las que “derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la puesta al margen de la ley de actos de agresión y de genocidio, pero también de los principios y reglas que atañen los derechos fundamentales de la persona humana” (párrafo 34).

43. Para concluir el análisis de este segundo período cabe hacer una observación final. No cabe duda que en el plano del Derecho Internacional la Comunidad internacional reafirma y consolida durante este período el carácter universal del Derecho Penal Internacional. Pero no es menos cierto que habrá que esperar a que la Guerra fría concluya, al final de los años ochenta del siglo XX, para que adopte la decisión de aprobar un tratado de alcance general en materia de Derecho Penal Internacional y para que se dote de una Corte Penal Internacional permanente que aplique dicho derecho a escala mundial.

⁵⁰ Los Estados árabes lograron, al mismo tiempo que reconocían la validez de la noción sobre lesa humanidad aplicada en Nuremberg, ampliar su contenido a fin de incluir expresamente la ocupación y expulsión que afectaba a Palestina. A su vez, los otros Estados africanos lograron ampliar el contenido de la noción de Nuremberg e incluyeron expresamente como crimen de lesa humanidad la política de apartheid que practicaba entonces el régimen racista de la minoría blanca entonces gobernante en África del Sur. Ver al respecto el texto del artículo I, literal b), del tratado sobre Imprescriptibilidad.

Tercera etapa en el desarrollo del DPI.

La Comunidad Internacional y la consolidación definitiva del DPI: 1990 hasta la actualidad.

44. El fin de la Guerra fría –caída del muro de Berlín en 1989, disolución de la URSS en 1992- marca el fin de una época y a la vez el inicio de un nuevo período político mundial.⁵¹ Desaparece el mundo político “bipolar” fuertemente ideologizado para dar paso a la configuración de un nuevo escenario mundial, que algunos denominarán inicialmente como “unipolar”, esto es, marcado por el dominio de una gran potencia planetaria. Los últimos acontecimientos sin embargo demuestran la fragilidad de los múltiples actores, la precariedad del predominio ejercido por las grandes potencias, y la falta de claridad sobre diversos aspectos de la vida internacional.

El nuevo período político mundial es el contexto en el que la Comunidad internacional tomará la decisión de adoptar un tratado de alcance universal en materia de Derecho Penal Internacional, el Estatuto de Roma adoptado el año 1998 –en vigor desde el año 2002- y de crear, mediante el mismo instrumento jurídico, la Corte Penal Internacional permanente y de alcance universal –en funciones desde el año 2003. Empero, el tratado de Roma 1998 tuvo algunos antecedentes inmediatos que, en lo jurídico, facilitaron su elaboración. En primer lugar, la aprobación en 1996, por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, luego de doce años de trabajos, de un nuevo Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; este proyecto sirvió de documento base para la elaboración del Estatuto de Roma. La Comisión elaboró además un proyecto de Estatuto de Corte Penal Internacional. En segundo lugar, la creación de sendos Tribunales Penales Internacionales (en adelante, también, TPI), uno para la ex Yugoslavia (1993) y otro para Ruanda (1994). Ambos TPI fueron creados por decisión del Consejo de Seguridad en base no un tratado –el Estatuto de Roma es posterior- sino en base a normas jurídicas penales internacionales consuetudinarias –en realidad de *ius cogens*- sobre los crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

El año que se aprobó el Estatuto de Roma se produjo el primer caso de aplicación, por la justicia de un Estado, de la jurisdicción universal contra un ex jefe de Estado y por la comisión de violaciones de derechos humanos en su propio país. En la especie, fue el «caso Pinochet»: un juez español de primera instancia (juez Baltasar Garzón) ordenó (octubre de 1998) la detención del ex dictador chileno cuando éste se encontraba de visita en Londres, siendo dicha orden ejecutada por la justicia británica. Ésta decidió, en marzo de 1999, que el detenido era extraditable a España por la comisión –autor mediato- de violaciones de derechos humanos en su propio país; no obstante lo anterior, por razones humanitarias, en marzo del año 2000, el Gobierno británico autorizó la salida del ex dictador hacia su país –donde fue por vez primera procesado por violación de los derechos humanos en un proceso accidentado que no culminó por el deceso del justiciable-.

⁵¹ El cambio que se produce a nivel mundial es tan importante que el historiador inglés Eric Hobsbawm, del mismo modo que considera la existencia de un siglo XIX largo que comienza con la Revolución Francesa (1789) y que concluye con el estallido de la Primera Guerra Mundial (1914), considera que existe un siglo XX corto : desde el “estallido de la Primera Guerra Mundial” hasta el “hundimiento de la URSS” . Su libro, intitulado “*Age of extremes. The short Twentieth Century 1914-1991*”, publicado el año 1994, ha sido traducido (1995) como *Historia del siglo XX 1914-1991*, Barcelona, Crítica, ver pp. 13, 15 y 576.

Una última modalidad que ha adquirido la represión penal internacional consiste en la creación de los denominados Tribunales Mixtos, los cuales se encargan de juzgar a presuntos responsables de crímenes internacionales en Timor Oriental 2000, Sierra Leona 2002 y Camboya 2003. Estos tribunales se constituyen mediante un acuerdo suscrito entre las Naciones Unidas y cada uno de los Gobiernos de los países concernidos, y están conformados por jueces nacionales e internacionales nombrados por los Estados mencionados y por la ONU, respectivamente.⁵²

4. CONCLUSIONES. CONSIDERACIONES FINALES

A. EL DERECHO INTERNACIONAL HACE 90 AÑOS.

A. 1. Hace algo más de 90 años, terminaba la Primera Guerra Mundial 1914-1919, y con ella la primera gran hecatombe causada por el hombre en el marco de un conflicto armado. Europa, pero no sólo ella, lloraba sus ocho millones de muertos. Entonces, entre los mismos maestros y profesores del Derecho Internacional denominado también generalmente Derecho de Gentes, surgieron voces criticando los dogmas jurídico-políticos que ellos habían defendido antes de la Gran Guerra. Fue así dicho que moría un tipo de Derecho Internacional caracterizado por la hipocresía y el cinismo, sin contenido respecto de los deberes de los Estados en el plano internacional, un Derecho de Gentes sin crímenes ni criminales.

A.2. Las críticas que luego de la Primera Guerra Mundial se hicieron al Derecho Internacional, denominado también a partir de entonces como clásico, dieron lugar a un importante pero insuficiente -fracasado- intento de construir un nuevo ordenamiento jurídico internacional en el período inmediato, conocido en la historia como el período "entre-guerras" 1919-1939. La nueva institucionalidad de entonces se expresó en la creación de la Liga (Sociedad) de las Naciones, la Corte Permanente de Justicia Internacional, la Organización Internacional del Trabajo, y la protección de refugiados con el pasaporte Nansen. Los cambios que se produjeron, sin embargo, mostraron sus límites en diversos aspectos, como mostraremos a continuación.

A.2.1. En primer lugar, no fue posible extraditar al ex - Jefe de Estado del Imperio Alemán refugiado en los Países Bajos -había huido a fines de 1918 luego de renunciar a su alta investidura de Emperador mediante una simple carta que dejó al partir precipitadamente. Era la impunidad asegurada para los más altos responsables.

A.2.2. En segundo lugar, resultaba irracional y anti - ético, ante los millones de muertos y de mutilados, aceptar, como conforme al Derecho Internacional, la declaratoria de una Guerra justificada en la muerte de dos personas miembros de la Casa imperial de Austria -crimen Sarajevo, 1914. La soberanía del Estado incluía, en Derecho Internacional clásico, la potestad irrestricta de hacer la guerra en defensa de sus intereses cuando así lo creyera conveniente: era un derecho, el *ius ad bellum*.

A.2.3. En tercer lugar, no estaba prevista en los tratados, como delitos de Derecho Internacional, la sanción penal de los responsables de violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. El Derecho Internacional de hace 90 años, según la opinión unánime de los publicistas de las época -especialistas en D.I, Constitucional, Penal- no

⁵² Puede hallarse información y artículos de análisis sobre los tribunales mixtos en la página web del Comité Internacional de la Cruz Roja : <www.cicr.org>

podía contener normas penales. La represión penal en general y en especial de lo que hoy en día conocemos como crímenes de guerra debía estar confiada a los Estados Parte, y así se estableció entonces en algunos tratados, adoptados en las Conferencias de la Paz de 1899 y 1907, cuyos alcances eran además limitados en virtud de la cláusula *si omnes*.

A.2.4. En cuarto lugar, escribió ya en 1905 uno de los grandes publicistas de entonces (Lassa Francis L. Oppenheim), los “*así llamados derechos humanos*” no sólo no gozan sino que no pueden gozar de protección alguna por parte del Derecho Internacional, “*ya que éste regula únicamente las relaciones entre los Estados y no puede reconocer derechos a los individuos*” (Carrillo 2001, 12). Cada Estado regulaba a su arbitrio los derechos de sus nacionales, lo que engendraba discriminaciones gravísimas por razones de raza, sexo, religión, ideas políticas, etc.

A.3. Es conveniente afirmar aquí, antes de continuar, que el Tratado de Versalles de 1919 expresa, pese a su incapacidad y fracaso para asegurar la paz mundial, el inicio del tránsito hacia un nuevo ordenamiento jurídico internacional que instituyó en sus aspectos centrales, pocos años después, la Carta de las Naciones Unidas. Además de los artículos 227 a 230 del Tratado de Versailles cabe mencionar en este sentido, por ejemplo, el tratado Briand - Kellog -nombres de los cancilleres de Francia y de Estados Unidos, respectivamente, que lo promovieron- mediante el cual se condena la guerra de agresión.

A.4. Hace 90 años, pues, en nuestra Facultad de Derecho como en todas las facultades de derecho del mundo, hubiera sido imposible y un absurdo jurídico, en el marco de un seminario de Derecho Internacional, incluir la temática de los Derechos Humanos y de la Justicia penal internacional toda vez que no existían en Derecho Internacional.

B. EL FUNDAMENTO DE LA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL.

B.1. Se ha dicho y con razón que la importancia y preeminencia contemporánea de los derechos humanos radica en sus fundamentos éticos –el ser humano no es instrumento sino un fin en sí mismo fue escrito por un filósofo hace más de dos siglos. Se trata de la dignidad inherente al ser humano.

Sin embargo, la fundamentación basada en una ética pública como lugar de encuentro entre ciudadanos y pueblos de culturas y credos religiosos diferentes, siendo plenamente válida, resulta insuficiente si no encuentra su expresión en normas jurídicas internacionales.

B.2. En nuestro concepto, la globalización o universalización de los derechos humanos debe fundamentarse en las siguientes proposiciones concurrentes.

En primer lugar, el ser humano y los pueblos que ellos conforman son sujetos de derechos protegidos por el Derecho Internacional en condiciones de igualdad en su dignidad, universalidad y sin discriminación alguna.

En segundo lugar, los derechos humanos y en particular el núcleo inderogable de éstos derechos, y los derechos de los pueblos, forman parte del Orden Público Internacional (OPI) que en sus aspectos centrales instituye la Carta de las Naciones Unidas. Este OPI se

expresa en normas jurídicas internacionales que se imponen a los Estados y a los individuos al margen de todo vínculo convencional.

En tercer lugar, la vigencia de los derechos humanos y en particular de su núcleo inderogable, y el derecho de los pueblos a la libre determinación, es fundamental para la existencia de la Paz, la seguridad y el bienestar de la Humanidad, de manera que la grave vulneración de estos derechos afecta la Paz internacional. La Comunidad internacional vela por la vigencia de tales derechos en forma pacífica mediante los sistemas de protección internacional de derechos humanos así como mediante la Justicia Penal Internacional. Puede, en virtud del capítulo VII de la Carta de la ONU-Acción en caso de amenazas o quebrantamiento de la Paz- disponer otro tipo de medidas que incluyen el uso de la fuerza.

En cuarto lugar, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su núcleo fundamental, y de los Pueblos han devenido en un principio constitucional del Derecho Internacional, principio que reformula, de una parte, el principio clásico de la soberanía de los Estados -sin que ésta soberanía estatal desaparezca-, y, de otra parte, es la clave que da coherencia al ordenamiento jurídico internacional y al ordenamiento jurídico interno de cada Estado (Ferrajoli, 1999, 125-128 ; Landa, 2002 ; Kresalja, 2009, 35; Rubio, Eguiguren y Bernales, 2010, 47-54, en lo que concierne al derecho constitucional exclusivamente a propósito del caso peruano).

B.3. El Derecho Penal Internacional (Justicia Penal Internacional) cobra entidad y sentido en la medida que se instituye un Orden Público Internacional de acuerdo con los principios y lineamientos de la Carta de las Naciones Unidas. Su objeto es sancionar penalmente *“los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”* y *“contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”* (Preámbulo, Estatuto de Roma 1998).

B.4. *Globalización: dos velocidades de dos procesos diferentes. La globalización, esto es, la universalización de los Derechos Humanos y de la Justicia Penal internacional corresponden a dos procesos diferentes y no coincidentes en el tiempo, de una parte en razón de sus características específicas, y, de otra parte, por razones políticas en el contexto de la Guerra Fría. Concluidas ésta, se produce una rápida y sorprendente globalización de la Justicia penal internacional. La confluencia entre ambas materias se producirá plenamente en el contexto de la post Guerra Fría. El Derecho Penal Internacional, de acuerdo con lo afirmado por la comunidad internacional en el Preámbulo del Estatuto de Roma, está al servicio de la Paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, esto es, protege los bienes jurídicos internacionales y cumple un papel de prevención general a escala internacional.*

C. ALGUNAS LIMITACIONES Y DESAFÍOS FINALES.

C.1. La revisión de la tetralogía de crímenes internacionales susceptibles de ser juzgados por la Corte Penal Internacional nos lleva a formular dos observaciones críticas sobre los alcances y límites de la globalización de la justicia penal internacional.

Primera observación, los tipos penales se refieren, en el caso de los crímenes de lesa humanidad, a la violación de ciertos derechos fundamentales tales como:

(aa) la vida en sentido restringido : supone la prohibición de actos susceptibles de ser calificados tradicionalmente como asesinatos u homicidios- ;

- (bb) la integridad personal –prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes-;
- (cc) la libertad –prohibición de toda forma de privación arbitraria de la libertad- ;
- (dd) el debido proceso (derecho a la defensa, a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, etc.).

El contenido incriminatorio de los tipos penales incluidos en el Estatuto de Roma no permite una defensa integral de los derechos humanos toda vez que no incluye como violación del derecho a la vida y de la integridad personal, la situación de extrema pobreza que con todas sus secuelas afecta el derecho a la vida y a la integridad personal y a la salud, ni tampoco la violación de derechos relativos a la protección del medio ambiente en general y, en particular del derecho al agua, y la preservación de la biodiversidad. Tampoco se incluyen violaciones graves a los Derechos de los Pueblos. En otros términos, el núcleo de derechos protegidos por normas imperativas *-jus cogens-* debiera incluir una acepción menos restrictiva de la noción jurídica derecho a la vida e integridad personal, de manera que pudieran incluirse otros derechos fundamentales conocidos como de carácter económico, social, cultural, medio ambientales en general y de los pueblos. De este modo se abriría la vía para la penalización internacional correspondiente.

Segunda observación, en determinadas situaciones de extrema gravedad, importantes órganos de la comunidad internacional se han abstenido de pronunciarse, de intervenir o lo hacen tardíamente. Es el caso en particular el Consejo de Seguridad y la Comisión de Derechos Humanos en el marco de las Naciones Unidas, por ejemplo, frente a los trágicos eventos que tuvieron lugar en los territorios de la ex-Yugoslavia y de Ruanda. Ahora bien, aunque tardíamente, no deja de tener importancia la creación de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* precitados. Para la creación de estos Tribunales, ambos organismos tuvieron un papel protagónico. Estas y otras entidades o instancias llamadas a intervenir oportuna y eficazmente, tanto en las Naciones Unidas como regionalmente, debieran perfeccionarse a fin de que cumplan adecuadamente su función de promocionar y resguardar el Orden Público Internacional.

C.2. Luego de 1992, la comunidad internacional en general, salvo excepciones notables, ha establecido con una nitidez no existente en los años previos, consensos sobre la no tolerancia de regímenes dictatoriales, y la necesidad de que los regímenes políticos se modelen en base a la noción de Democracia política desarrollada en países occidentales. También se ha impuesto la liberalización de la economía, con grandes asimetrías o inequidades, como condición para producir intercambios comerciales. Igualmente, desde ciertas entidades como el Fondo Monetario Internacional (FMI) se ha monitoreado con “(in)eficacia” en muchos países un nuevo concepto sobre el papel del Estado en la economía y en la satisfacción de las necesidades básicas de la población.

C.3. Los avances logrados en la globalización de los Derechos Humanos y de la Justicia Penal Internacional, en el contexto de los desafíos actuales a nivel mundial, nos hacen ver que son ampliamente insuficientes para asegurar la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

COMENTARIO DEL PROFESOR IVÁN BAZÁN CHACÓN (*)
EL CRIMEN INTERNACIONAL DE TORTURA

"La norma del cielo es dar beneficios y no dañar". Lao Tzu, El Tao te ching, poema LXXXI (siglo VI A.C.)
"Ninguno de ustedes dañe a su prójimo" (Levítico, 25, 17)

INTRODUCCIÓN

En complemento a la presentación del Dr. José Burneo sobre la Globalización y confluencia de los Derechos Humanos y la Justicia Penal Internacional, compartiremos unas reflexiones sobre el crimen de tortura. Mencionando su presentación del escenario internacional en 1919, con el Tratado de Versalles y el final de la primera gran guerra, destacamos el intento de juzgar al emperador de Alemania de entonces. Se le imputó suprema ofensa contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados.⁵³ La discusión que se generó cuestionaba la tipificación de la conducta prohibida por vaga e imprecisa.⁵⁴ Esta crítica fue progresivamente superada en las iniciativas posteriores de juzgamiento de crímenes internacionales. Haremos un breve recuento de la tipificación internacional de la tortura, de su régimen de protección internacional y los cuestionamientos actuales al mismo, para sugerir unas conclusiones.

1. LA TIPIFICACIÓN INTERNACIONAL DE LA TORTURA

El precedente más importante luego de Versalles fue la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, aprobada con fecha 8 de agosto de 1945. Sin embargo, el Art. 6.c. de dicho instrumento no tipificó la tortura. Consignó "otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra". A su vez, el crimen de guerra consistía en maltratos a la población civil o a los prisioneros de guerra (Art. 6.b).⁵⁵

Poco tiempo después, el Art. 3 común a los Convenios de Ginebra de fecha 12 de agosto de 1949⁵⁶ mencionó la prohibición de la tortura en caso de conflictos armados no internacionales.⁵⁷ En comentario a esta norma, el Comité Internacional de la Cruz Roja (en

(*) **Profesor Contratado del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Abogado y Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal por la misma casa de estudios. Dicta el curso de Seminario de Integración en Derecho Internacional.**

⁵³ Art. 227. Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado. *El Tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes*. Madrid, Editorial Reus, S.A., 1928, Págs. 369 y 370.

⁵⁴ Ídem., Págs. 117 a 119, Contraposiciones alemanas al Proyecto de tratado de paz.

⁵⁵ Citado por Roberge, Marie-Claude, "Jurisdicción de los Tribunales Ad Hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio", EN: Revista Internacional de la Cruz Roja N° 144, 1 de noviembre de 1997, pp. [696].

⁵⁶ Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Estos Convenios fueron ratificados por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 12412, promulgada el 5 de noviembre de 1955.

⁵⁷ **Artículo 3 - Conflictos no internacionales**

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: [...] a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; [...] c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes".

adelante, también CICR) justificó que la mención no contenga un listado detallado de las conductas prohibidas, amparado en que:

Por mucho cuidado que se ponga en enumerar todos los tipos de atrocidades, siempre se irá a la zaga de la imaginación de los eventuales torturadores que quieran saciar su brutalidad a pesar de todas las prohibiciones. Cuanto más precisa y completa pretenda ser una enumeración, tanto más adquiere un carácter restrictivo. La fórmula aprobada es a la vez más flexible y precisa. Lo mismo sucede con la letra c).⁵⁸

Pero será recién con la suscripción y ratificación de los tratados de derechos humanos, generales y específicos, que se prohíbe y define la tortura. En primer término, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de fecha 4 de noviembre de 1950 (Art. 3)⁵⁹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de fecha de fecha 16 de diciembre de 1966 (Art. 7)⁶⁰ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de fecha 22 de noviembre de 1969 (Art. 5)⁶¹.

Otras disposiciones específicas se regularon poco después. Fue el caso de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas, adoptada por su Asamblea General mediante Resolución 3452 (XXX) de fecha 9 de diciembre de 1975. Art. 1.⁶² En ése momento, la comunidad internacional recién llegaba a un consenso sobre la definición del delito, pero aún sin fuerza jurídica vinculante. Ello recién sucedió con la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes adoptada por las Naciones Unidas con fecha de 10 de diciembre de 1984.⁶³ Así, en su artículo 1 estableció que:

⁵⁸ Información disponible En: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMMU>> consultada el 24 de febrero de 2008.

⁵⁹ Artículo 3.- Prohibición de la tortura

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

⁶⁰ Tratado Aprobado por el Estado peruano en el Título VIII, Disposición General y Transitoria XVI de la Constitución Política de 1979. Instrumento de ratificación de fecha 9 de setiembre de 1980. Su artículo 7 dice:

"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

⁶¹ Tratado aprobado por el Estado peruano mediante Decreto Ley N° 22231 de fecha 11 de julio de 1978. Ratificación con fecha 28 de julio de 1978 y en la Décima Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución Política de 1979. Su artículo 5 dice:

Derecho a la integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

⁶² "Artículo 1

1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante."

⁶³ Adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 39/46. Aprobada en el Perú mediante Resolución Legislativa N° 24815 de fecha 12 de mayo de 1988.

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

En el ámbito interamericano, por su parte, el tratado correspondiente se adoptó en el año 1985. En este instrumento, destaca la mayor amplitud del concepto de tortura, pues a diferencia de la definición del tratado de las Naciones Unidas, no exige la configuración de la imposición de dolores o sufrimientos **graves** sino sólo el que se inflijan de manera intencional con diversos fines. La hipótesis comprende incluso la práctica de métodos que apunten a la anulación de la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, incluso en ausencia de dolor físico o angustia psíquica.⁶⁴ Su artículo 2 dice:

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Junto con estas diferencias, destacamos que existe en ambos tratados una confluencia respecto a los **fines** con que se produce la tortura, así en la norma de las Naciones Unidas, se establece como requisitos que se practique, "con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras" y en la norma de la Organización de Estados Americanos que se efectúe "con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin". En este punto, igualmente, la amplitud de la disposición regional

⁶⁴ Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985. Aprobada en el Perú mediante Resolución Legislativa N° 25286 con fecha 12 de diciembre de 1990.

americana es mayor puesto que entiende la tortura con un propósito abierto, pero supone siempre una intención especial.⁶⁵

La codificación de los más graves crímenes internacionales que ha efectuado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, también CPI)⁶⁶ comprende a la tortura. Como sabemos, este tratado fue adoptado durante la conferencia Diplomática celebrada en Roma el 17 de julio de 1998,⁶⁷ y busca el fin de la impunidad de las conductas más dañinas para la humanidad (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de agresión).

Sobre nuestra materia, nos interesa resaltar que se expresó el consenso internacional en calificar la tortura ya sea como crimen de lesa humanidad⁶⁸ o como crimen de guerra en un conflicto armado internacional⁶⁹ o no internacional.⁷⁰

Por su parte, en los Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma⁷¹, se reiteran los elementos que constituyen el hecho punible internacional de la tortura (Art. 7.1.f).⁷²

⁶⁵ En el caso de la Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la Mujer, adoptada en Belem do Pará, Brasil, con fecha 9 de junio de 1994, el art. 2,b) incluye la tortura como una de las formas de violencia contra la mujer que los Estados se comprometen a erradicar. El art. 4.d comprende como derecho de la mujer no ser sometida a torturas. Dicho instrumento fue aprobado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 26583 de fecha 22 de mayo de 1996.

⁶⁶ Doc. ONU A/CONF.183/9.

⁶⁷ El Perú es un Estado parte del Estatuto de la CPI y se encuentra vinculado por él. El Congreso de la República aprobó el tratado mediante Resolución Legislativa N° 27517, de fecha 13 de setiembre de 2001, y el Presidente de la República lo ratificó mediante Decreto Supremo N° 079-2001-RE de fecha 9 de octubre de 2001. El depósito del instrumento se efectuó el 10 de noviembre de 2001, según información disponible EN: <<http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties/country&id=36.html>> página visitada el 9 de abril de 2008.

⁶⁸ Art. 7. 1. F y 7.2.e: Artículo 7: Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” 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: [...] f) Tortura; [...] 2. A los efectos del párrafo 1: [...] e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

⁶⁹ Artículo 8: Crímenes de guerra:

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

[...] ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; [...].

⁷⁰ [...] c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) Los atentados (sic) contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

⁷¹ Adoptados por la Asamblea General de los Estados Partes con fecha 9 de setiembre de 2002, documento ICC-ASP/1/3 (part. II-B).

⁷² Crimen de lesa humanidad de tortura 14 Elementos:

1. Que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales.
2. Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control.
3. Que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese inherente ni incidental a ellas.
4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

14 Se entiende que no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen.

Dicho de otra manera, la tortura es una conducta con las siguientes características:

- a) Puede cometerla cualquier agente, estatal o no estatal.
- b) Supone causar intencionalmente dolores o sufrimiento graves.
- c) Los dolores pueden ser físicos o mentales.
- d) La víctima se encuentra bajo la custodia o control del agente.
- e) Si la tortura forma parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, con conocimiento de dicho ataque, es un crimen de lesa humanidad.

Esta definición, que se apoya en la contenida en el Estatuto de la CPI amplía el ámbito de protección en cuanto a quien puede cometer tortura. Anteriormente, en el Derecho internacional de los derechos humanos, la tortura era una práctica exclusiva de agentes estatales, ya sean funcionarios o servidores públicos o de particulares que actuaron bajo sus órdenes o tolerancia. No comprendía a quienes incurrieran en tal conducta desvinculados del Estado o en contra del Estado.

El aporte o diferencia sustancial con la definición aportada por los instrumentos del Derecho internacional de los derechos humanos es que el Derecho penal internacional codificado en el Estatuto de Roma respecto a los crímenes de lesa humanidad no exige la demostración de una intencionalidad específica para probar la existencia de la tortura como ilícito de lesa humanidad. Esta regulación no está exenta de problemas, como ha manifestado Rodley.⁷³

Mencionemos, brevemente cierta jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos y de Derecho penal internacional al respecto, así como algunos dictámenes de órganos de supervisión de los derechos humanos. Tales pronunciamientos contribuyen a precisar la definición de los instrumentos internacionales.

Así, la Corte Europea de Derechos Humanos se pronunció en el *caso Irlanda contra el Reino Unido*, distinguiendo entre el trato inhumano y la tortura a partir de la intensidad de los sufrimientos infligidos, criterio discutible en la doctrina.⁷⁴ En el *caso Soering vs. Reino Unido*, la Corte concluyó que entregar una persona condenada a muerte en un proceso de extradición a los Estados Unidos lo expondría a tortura o trato inhumano o degradante.⁷⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *caso Loayza Tamayo vs. Perú*, identificó ciertas prácticas como formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes: la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos.⁷⁶ En el *caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, la Corte aplicó el criterio de la intensidad del sufrimiento para distinguir la tortura de otros tratos o penas crueles,

⁷³ Rodley, Nigel S. *The definition(s) of torture in international law*. Freeman, Michael (editor). *Current Legal Problems*, 2002, Nº 55. Londres, Oxford University Press, 2003. Págs. 481 a 484 y 489 a 493. EN: [http://books.google.com.pe/books?id=hHorRDLsq_QC&pg=PA467&lpg=PA467&dq=Rodley,+Nigel+S,+The+definiton\(s\)+of+torture+in+international+law&source=bl&ots=E04Z3SojJ7&sig=NJpw9828S4XwlIpvVSEqC_M3aoc&hl=es&ei=vr1hS7vcEtCNIaeh3LmYCW&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CAwO6AEwAQ#v=onepage&q=Rodley%2C%20Nigel%20S.%20The%20definition\(s\)%20of%20torture%20in%20international%20law&f=false](http://books.google.com.pe/books?id=hHorRDLsq_QC&pg=PA467&lpg=PA467&dq=Rodley,+Nigel+S,+The+definiton(s)+of+torture+in+international+law&source=bl&ots=E04Z3SojJ7&sig=NJpw9828S4XwlIpvVSEqC_M3aoc&hl=es&ei=vr1hS7vcEtCNIaeh3LmYCW&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CAwO6AEwAQ#v=onepage&q=Rodley%2C%20Nigel%20S.%20The%20definition(s)%20of%20torture%20in%20international%20law&f=false) > fuente visitada el 3 de febrero de 2010.

⁷⁴ Sentencia de fecha 18 de enero de 1978, Serie A, Nº 25, párrs. 66 a 68, citada por O'Donnell, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima, primera edición, Comisión Andina de Juristas, 1988, págs. 76 y 77.

⁷⁵ Sentencia de fecha 26 de junio de 1989, Párrafos 91, 100, 105 a 107.

⁷⁶ Sentencia de 17 de septiembre de 1998, Serie C, Nº 33, párrafo 58.

inhumanos o degradantes.⁷⁷ El mismo tribunal admitió que el concepto de tratos inhumanos o degradantes podía ser calificado en el futuro de manera diferente, en el *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*,⁷⁸ llegando a concluir que algunos actos de agresión, similares a los sufridos por la señora Loayza Tamayo, podían ser calificados como torturas físicas y psíquicas.⁷⁹ En el *caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, la Corte profundizó en el aspecto psicológico de la tortura.⁸⁰ En el *caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, el citado tribunal apreció y determinó que de los hechos se demostraba la práctica de tortura en agravio de dos menores de edad.⁸¹

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el *caso Raquel Martín Mejía vs. Perú*, elaboró que la existencia de la tortura supone que concurren tres elementos: 1) que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas y sufrimientos físicos o mentales, 2) cometido con un fin y 3) por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero.⁸²

En cuanto a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, el Tribunal para la Ex Yugoslavia se pronunció en diversas oportunidades como en el *caso La Fiscalía vs. Delalic y otros*, en el que reiteró lo resuelto en el *caso Tadic* en el sentido que las violaciones del art. 3 común a los convenios de Ginebra no solo se pueden castigar con la legislación doméstica, sino que son pasibles de responsabilidad penal internacional individual.⁸³ En el *caso La Fiscalía vs. Kvočka y otros*, el Tribunal determinó que no se necesita la producción de heridas permanentes para que se configure el delito de tortura y que los golpes y actos de humillación a los detenidos no serbios se perpetraron con la intención de intimidar, humillar y discriminarlos.⁸⁴ Por su parte, en el *caso La Fiscalía vs. Furundzija*, el Tribunal siguió los criterios de la convención de las Naciones Unidas y destacó que la humillación de la víctima o de un tercero constituía uno de los fines de la tortura prohibidos por el Derecho internacional humanitario.⁸⁵ En el *Caso La Fiscalía vs. Kunarac y otros*, el tribunal distinguió la motivación de la tortura de su intención, en este caso, un crimen de naturaleza sexual con propósito o intención de discriminación constituye tortura.⁸⁶ En el *caso La Fiscalía vs. Brdanin*, el Tribunal precisó que el criterio de la Convención de las Naciones Unidas sobre la severidad de los dolores o sufrimientos no exigía que estos fueran extremadamente severos, según el Derecho internacional consuetudinario.⁸⁷

⁷⁷ Sentencia de fecha 11 de marzo de 2005, Serie C Nº 123, párr. 50.

⁷⁸ Sentencia de fecha 18 agosto de 2000. Serie C Nº 69, párrafo 99.

⁷⁹ Ídem, párrafos 91 y 104.

⁸⁰ Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2003, Serie C, Nº 103, párrafo 93.

⁸¹ Sentencia de fecha 8 de julio de 2004. Serie C, Nº 110, párrafo 117.

⁸² Informe Nº 5/96, caso Nº 10.970, Perú, de 1º de marzo de 1996.

⁸³ *Caso La Fiscalía vs. Delalic y otros*. También conocido como el *caso Celebici*. Sentencia de fecha 20 de febrero de 2001, Nº IT-96.21.T, párr. 163.

⁸⁴ *Caso La Fiscalía vs. Kovcka y otros*. Sentencia de fecha 2 de noviembre de 2001. Cámara de Apelaciones. Nº IT-98-30/1-T, párr. 148 y 157, respectivamente.

⁸⁵ *Caso La Fiscalía vs. Furundzija*. Sentencia de fecha 10 de diciembre de 1998. Cámara de Apelaciones. Nº IT-95-17/1, párr. 162.

⁸⁶ *Caso La Fiscalía vs. Kunarac y otros*. Sentencia de fecha 12 de junio de 2002. Cámara de Apelaciones. Nº IT-96-23-T, párr. 153.

⁸⁷ *Caso La Fiscalía vs. Brdanin*. Sentencia de fecha 3 de abril de 2007. Cámara de Apelaciones. Nº IT-99-36-A, párr. 249. En la sentencia apelada, el Tribunal de juzgamiento decidió que para apreciar la gravedad del maltrato y si se produjo tortura se deben establecer criterios objetivos para analizar el daño ocasionado. Factores como la edad, el sexo, la salud y la condición de inferioridad de la víctima también serán relevantes para medir la gravedad de la conducta. Sentencia de fecha 1 de setiembre de 2004, Nº IT-99-36-T, párr. 484.f. Respecto a la prohibición de la tortura como norma consuetudinaria internacional véase HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise. *El Derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*. Buenos Aires. Con contribuciones de Carolin Alvermann, Knut Dörmann y Baptiste Rolle. Traducido por Margarita Serrano García. Comité Internacional de la Cruz Roja. Primera edición, Octubre de 2007. Normas 90 a 92, pp. 359 a 368. Versión en internet. EN: <[http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/\\$File/ICRC_003_PCUSTOM.PDF](http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/$File/ICRC_003_PCUSTOM.PDF)> consultada el 10 de febrero de 2011.

El Tribunal Internacional para Ruanda, en el *caso La Fiscalía vs. Akayesu* estableció el crimen de tortura como ilícito internacional de lesa humanidad, si se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático, contra población civil, con motivaciones de discriminación en razón de nacionalidad, etnia, raza, religión y política.⁸⁸

2) EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN

Encontramos consenso en los distintos sistemas de protección. Así, en plano universal, el Comité de Derechos Humanos ha establecido con claridad que ningún Estado puede reservarse el derecho de torturar,⁸⁹ y que la protección contra la tortura forma parte de los derechos inderogables.⁹⁰

En el plano regional, la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió en el *caso Soering* mencionado, que la protección contra la tortura es absoluta.⁹¹ Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *caso Barrios Altos*, concluyó que:

Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁹²

Recordamos que el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula que el derecho a la Integridad Personal, ni las garantías judiciales indispensables para su protección pueden suspenderse. De tal suerte que la Corte ha concluido que “[...] se ha conformado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura”.⁹³

Dicho de otra manera, no se pueden violar normas de *jus cogens*. Lo cual significa que jurídicamente el asunto está resuelto.

3. CUESTIONAMIENTOS AL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA TORTURA

Sin embargo, los últimos años nos han revelado, desde la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica en su combate a los grupos terroristas en distintos lugares del mundo, que se ha reciclado la razón de Estado. Tal conducta significa un frontal

⁸⁸ Caso *La Fiscalía vs. Akayesu*. Sentencia de fecha 2 de setiembre de 1998. Cámara de Juzgamiento. ICTR-96-4, párr. 595.

⁸⁹ Observación General 24, *Observación General sobre cuestiones vinculadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, documento ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, de fecha 4 de noviembre de 1994, párrafo 8.

⁹⁰ Ídem. párr. 10.

⁹¹ Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia de fecha 26 de junio de 1989 mencionada, párr. 88.

⁹² Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75, párr. 41.

⁹³ *Caso Cantoral Benavides vs. Perú* precitado. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 103.

cuestionamiento a las normas convencionales y de Derecho internacional consuetudinario mencionadas de protección contra la tortura que hemos citado. Esta rebeldía se ha manifestado, entre otras medidas, en los indicios de aplicación de tortura a sospechosos de terrorismo⁹⁴ el confinamiento de detenidos sin control judicial en la cárcel de Guantánamo⁹⁵ y la aplicación de una legislación e institucionalidad al margen del Derecho, como se ha expresado en documentos como el denominado "Bybee Memorandum"⁹⁶. El presidente Obama ha manifestado su decisión de proseguir con investigaciones sobre las denuncias de tortura que habría practicado la Agencia Central de Inteligencia (CIA) pese a la oposición de varios de sus ex directores.⁹⁷ La reacción internacional ha sido firme. Destacamos la formulación de recomendaciones por parte del Comité contra la Tortura de la Convención ONU sobre esta materia hacia los Estados Unidos en el año 2006.⁹⁸ Asimismo, el pronunciamiento del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, que de forma tajante concluyó que no interesa cuán poderoso o influyente es un país, su práctica no deviene automáticamente en Derecho internacional consuetudinario.⁹⁹ También la anterior posición de los Estados Unidos ha sido firmemente criticada por diversos informes de organismos internacionales de derechos humanos.¹⁰⁰

En el Perú, de facto también se han producido situaciones calificadas como tortura o conexas con ella, cuando la Policía Nacional detuvo a campesinos en el campamento de

⁹⁴ *Bush y la tortura*. Editorial del diario *El País* de España, edición de fecha 7 de octubre de 2007. EN: <http://www.elpais.com/articulo/opinion/Bush/tortura/elpporopi/20071007elpepiopi_2/Tes> consultada el 6 de octubre de 2007. CIA admitió que aplicó en tres ocasiones 'asfixia simulada' en interrogatorios a detenidos de Al Qaeda. Noticia publicada en el diario *El Tiempo* de Colombia, de fecha 6 de febrero de 2008, EN: <http://observatoriodpi.org/serv/boletin/06i.php?pantalla=noticia&id=317&bolnum_key=1028&serv_key=1> consultada el 12 de febrero de 2008. *El Senado de EEUU culpa a Rumsfeld de las torturas en Abu Ghraib*. Diario *El País* de España, edición de fecha 13 de diciembre de 2008, EN: <http://www.elpais.com/articulo/internacional/Senado/EE/UU/culpa/Rumsfeld/torturas/Abu/Ghraib/elpeuint/20081213elpepiint_15/Tes> consultada el 12 de diciembre de 2008. Guerrero, Victoria. *El infierno tan temido. Mujeres en la guerra de Irak*. EN: <<http://www.demus.org.pe/Menus/Articulos/mujeresirak.htm>> consultada el 21 de enero de 2010.

⁹⁵ Véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución 02/06 sobre las Medidas Cautelares sobre los detenidos en Guantánamo*, de fecha 28 de julio de 2006, EN: <<http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2009/02-09sp.htm>> consultada el 16 de octubre de 2009. *CIDH celebra orden de cerrar el centro de detención en Guantánamo*. Comunicado de Prensa 02/09 de fecha 27 de enero de 2009, EN: <<http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2009/02-09sp.htm>> consultada el 16 de octubre de 2009.

⁹⁶ Citado por la defensa de Brdanin como argumento de defensa de entender que las imputaciones en su contra no constituían hechos de tortura. Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia. Sentencia de fecha 3 de abril de 2007 citada, párr. 244. Sobre la actuación de ciertos abogados que asesoraron al gobierno de los Estados Unidos para intentar legitimar estas prácticas ilícitas, véase Ohlin, Jens D. *The torture lawyers*. Cornell Law Faculty Working Papers, 2009. EN: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=clsops_papers> visitada el 19 de enero de 2010.

⁹⁷ Fresneda, Carlos. *Obama rechaza la petición de los ex jefes de la CIA para que no se investiguen las Torturas. Guerra contra el terror. Interrogatorios polémicos*. Diario *El Mundo* de España. Edición de 21 de septiembre de 2009, Año XXI, N° 7.217. EN: <<http://www.elmundo.es/2009/09/21/mundo/19401736.html>> consultada el 18 de octubre de 2009.

⁹⁸ "Preocupa al Comité que en 2002 el Estado Parte autorizó el uso de técnicas que han provocado la muerte de algunos detenidos en los interrogatorios [...].

El Estado Parte debe suprimir toda técnica de interrogatorio, como los métodos que suponen humillación sexual, el "submarino" o los "grilletes cortos" y la utilización de perros para atemorizar, que constituya tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todos los centros de detención que estén bajo su efectivo control de facto, a fin de cumplir sus obligaciones en virtud de la Convención." Comité contra la Tortura. *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. Estados Unidos de América*. Documento ONU CAT/C/USA/CO/2 de fecha 25 de julio de 2006, Párr. 24.

⁹⁹ Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia. Sentencia de fecha 3 de abril de 2007 citada, Párr. 247.

¹⁰⁰ Por ejemplo, Human Rights Watch. *Double jeopardy. CIA Renditions to Jordan*. Washington, Abril de 2008.

Majaz, sierra de Piura en el año 2005,¹⁰¹ o con ocasión de la renovada utilización del penal de Challapalca¹⁰² y con la falta de creación del mecanismo nacional de supervisión contra la tortura consistente en visitas inopinadas.¹⁰³ Es claro que cuando las autoridades nacionales competentes ignoran mandatos o recomendaciones internacionales, no actúan diligentemente o se inhiben de hacerlo, las denuncias encuentran eco en algún mecanismo internacional de protección. Estos hechos recientes nos llevan a reflexión de si no estamos como profesionales del derecho actuando técnica y éticamente conforme con la normatividad internacional y si tales prácticas no generan responsabilidad internacional del Estado, sin perjuicio de las responsabilidades políticas o penales individuales que pudieran detectarse.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Podemos sugerir las siguientes reflexiones. La prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*, las normas convencionales que la recogen solo reflejan una norma consuetudinaria existente. Por consiguiente, no se puede practicar la tortura en ninguna circunstancia.

Un aporte del Derecho penal internacional es que el perpetrador de la tortura ya no solo es el agente del Estado, puede ser un agente privado, quien asumirá su responsabilidad penal individual nacional o internacionalmente.

Existen diferencias entre el tipo penal de tortura en el Derecho penal internacional y el Derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto que aquel no exige una intención especial, en relación al acto mismo de tortura, para que constituya un crimen de lesa humanidad, si bien dicho acto debe ser parte de un ataque generalizado o sistemático. La jurisprudencia de los tribunales internacionales ha ayudado a la mejor comprensión de esta tipificación.

Ello nos lleva a plantear, sin que haya más espacio para compartir este punto, dada la naturaleza complementaria de esta reflexión, que debe adecuarse el tipo penal nacional de tortura previsto en el Código Penal peruano a la regulación del Estatuto de Roma de 1998.

¹⁰¹ Véase diario *La República*, edición de fecha 13 de enero de 2009, EN: <<http://www.larepublica.pe/majaz/13/01/2009/simon-pide-informe-por-torturas>> consultada el 2 de febrero de 2010; *El Comercio*, de fecha 19 de octubre de 2009, EN: : <<http://elcomercio.pe/noticia/356915/demanda-millonaria-contraminera-torturas-majaz-2005>> consultada el 20 de octubre de 2009 y, *The Guardian*, edición de fecha 18 de octubre de 2009, EN: <<http://www.guardian.co.uk/world/2009/oct/18/peru-monterrico-metals-mining-protest>> consultada el 20 de octubre de 2010.

¹⁰² Anteriormente, su creación mereció un informe adverso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Especial sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca, departamento de Tacna, República del Perú*, documento OEA.Serv.L/V/II.118 Doc. 3 de fecha 9 de octubre de 2003. EN: <<http://www.cidh.org/countryrep/Challapalca.sp/indice.htm>> consultada el 10-de noviembre de 2006.

¹⁰³ Cuya dilación en decidirse y organizarse ha sido criticada por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. *Informe sobre los derechos humanos en el Perú. Examen Periódico Universal*. Ginebra, mayo de 2008. Información disponible http://www.dhperu.org/descargar.php?url=documentos/informe/716478_informecndhparaelepuennnuusp.pdf, consultada el 24 de noviembre de 2009.

COMENTARIO DEL PROFESOR VICTOR A. SACO CHUNG (*)

RECLAMOS JUDICIALES INTERESTATALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como bien ha expuesto el Profesor Burneo, la globalización de los derechos humanos generó un cambio en la concepción de soberanía estatal. Esta última ya no es irrestricta, ha sido “autolimitada” por los Estados y restringida por el orden jurídico internacional. El tema que abordamos a continuación, refiere a la situación por la cual un Estado demanda a otro judicialmente¹⁰⁴, a nivel internacional, por el cumplimiento de obligaciones respecto a derechos humanos.

Piénsese por ejemplo un caso hipotético en el que un Estado Latinoamericano demande a otro de la misma región por el incumplimiento del derecho a la libertad de expresión, por el cierre de canales de televisión. A primera vista, pareciera que el Estado demandante no tendría ningún derecho de inmiscuirse en los asuntos internos del Estado demandado, salvo que este último se hubiera comprometido con el primero internacionalmente a cumplir el referido derecho.

Los reclamos interestatales se encuentran previstos explícitamente en los tratados de protección de los derechos humanos de sistemas regionales, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pero también es una posibilidad latente, fuera de estos sistemas, ante el derecho internacional general. En este último caso, a diferencia de los anteriores, no sólo se podrá demandar el respeto a cualquier obligación de derechos humanos contenida en tratados de derechos humanos, sino también a aquellas contenidas en normas consuetudinarias.

La anterior es la estructura de este documento, primero revisaremos estos reclamos ante los sistemas regionales. Luego de analizar estos antecedentes, analizaremos la posibilidad de utilizar las reglas del Derecho Internacional Público - general - en la protección de los derechos humanos.

Es un punto de partida, en ambos escenarios, la existencia de una obligación internacional y de un foro de solución de controversias competente para tratar la materia (Cortes Regionales en el primer caso, Corte Internacional de Justicia o Tribunal Arbitral, en el segundo).

1. RECLAMOS INTERESTATALES EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL CASO EUROPEO E INTERAMERICANO

En el caso del Sistema Europeo, el artículo 33 de la Convención, bajo el título de “Asuntos entre Estados”, le da la posibilidad a toda Alta Parte Contratante de someter a la Corte de Estrasburgo cualquier incumplimiento de la Convención y sus protocolos que de acuerdo a su juicio pueda ser imputado a otra parte contratante.

(*) Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y la Maestría de Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Internacional y Europeo por la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Abogado.

¹⁰⁴ Es cierto que también existen reclamaciones interestatales ante organismos no jurisdiccionales, como por ejemplo ante aquellos órganos supervisores de los tratados de derechos humanos del llamado Sistema Convencional de Naciones Unidas.

En Europa hasta el 2005 se han presentado 13 demandas interestatales¹⁰⁵, a esta lista debe agregarse el caso de Georgia contra Rusia cuya sentencia sobre el fondo sigue pendiente, la Demanda fue declarada como recibida el 3 de Julio del 2009¹⁰⁶; entre todas ellas, la Corte de Estrasburgo sólo emitió tres sentencias sobre el fondo¹⁰⁷, a pesar del pequeño número la experiencia europea nos deja importantes enseñanzas.

Primero, en un inicio los Estados utilizaron este mecanismo motivados sólo por un interés de protección de sus nacionales o de víctimas históricamente vinculadas a éstos; piénsese en el caso Austria contra Italia o Grecia contra Reino Unido, donde los Estados demandantes protegían a nacionales y personas que compartían su “cultura”¹⁰⁸. Sin embargo, posteriormente se pondrá en evidencia que esta relación no es necesaria para interponer una demanda de este tipo, como sucedió en el caso de Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia y Países-Bajos contra Turquía, donde no existía una relación de nacionalidad entre las personas protegidas y los Estados demandantes, incluso las víctimas no habían sido determinadas¹⁰⁹. Esta evolución denota que, si bien en un inicio compartían motivaciones comunes, en la actualidad estamos ante una figura distinta de la clásica protección diplomática (donde un requisito esencial es el del vínculo de nacionalidad efectiva).

Segundo, y relacionado con lo anterior, al invocar el artículo 33 ante la Corte Europea (y anteriormente ante a la Comisión), un Estado no busca que se protejan “sus derechos” sino el *orden público europeo* (ver en este sentido el caso Austria contra Italia¹¹⁰). De este modo, las partes del Tratado estarían cumpliendo con su obligación de ser garantes de la aplicación del tratado¹¹¹, en su vertiente de la protección de los derechos humanos en los Estados Partes de la Convención.

Tercero, el ejercicio de los reclamos interestatales, de acuerdo con el texto de la Convención Europea no estaría sometido a una condición de reciprocidad (Francia y otros contra Turquía)¹¹². Así, se reafirma que la Convención se protege mediante un mecanismo de garantía colectiva además de recalcar el carácter no sinalagmático de las obligaciones de derechos humanos.

¹⁰⁵ SUDRE, Frédéric. Droit européen et international des droits de l’homme (7^e édition refondue). Paris : PUF, 2005. p. 558

¹⁰⁶

Requête	No.	13255/07	Disponible	en:
http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=852078&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649				

¹⁰⁷ Casos: Irlanda contra Reino Unido de 1978, Dinamarca contra Turquía de 2000 y Chipre contra Turquía de 2001; citados por: TOUZÉ, Sébastien. Le conflit diplomatique entre la Géorgie et la Russie prend le chemin de la cour européenne des droits de l’homme. En : Sentinelle, edición del 1 de abril de 2007. Disponible en: <http://www.sfdi.org/actualites/a2007/Sentinelle%20103.htm#georgie> (visitada el 1 de febrero de 2010).

¹⁰⁸ Lo cual también podría ser utilizado como un instrumento político.

¹⁰⁹ Demandas 9940-1-2-3-4/82, que terminaron en una Solución amistosa el 7 de diciembre de 1985. En: BERTRAND, Gilles y Isabelle Rigoni « Turcs, Kurdes et Chypriotes devant la Cour européenne des droits de l’homme : une contestation judiciaire de questions politiques » En : Études internationales, vol. 31, n° 3, 2000, p. 413-441 ; p. 419. Disponible en: <http://id.erudit.org/iderudit/704182ar> (visitada el 1 de febrero de 2010).

¹¹⁰ « Considérant qu’il en résulte qu’en concluant la Convention, les Etats Contractants n’ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l’Europe, tels que les énonce le Statut, et instaurer un ordre public » Caso Austria contra Italia. Resolución 788/60 sobre la Admisibilidad, del 11 de enero de 1961. Posteriormente, la Comisión consideraría que la convención Europea no fue violada por Italia (Decisión del 23 de noviembre de 1963).

¹¹¹ “This provision [article 33] is the clearest expression of the role of *custodes legalitatis* which all states parties are expected to play as guarantors of unimpaired application of the ECHR”. TOMUSCHAT, Christian. Human Rights. Between Idealism and Realism. New York: OUP, 2003; p. 218.

¹¹² Caso 9940/82 y otros del 06 de diciembre de 1983; página 197, considerando 41.

Cuarto, en el caso de las demandas interestatales, el agotamiento de las vías internas será necesario en los casos cuando se denuncie una violación a los derechos de los particulares, a los cuales el Estado substituye de alguna forma. Pero no será obligatorio agotar estos recursos cuando el Estado demandante ataque una práctica administrativa, una práctica del propio Estado (como deportaciones) (Georgia contra Rusia, párrafo 40)¹¹³.

Quinto, y en conclusión, como menciona Sudre, cada Estado parte de la Convención tiene el derecho de velar sobre las políticas practicadas por los otros Estados contratantes en materia de derechos humanos y es responsable del cumplimiento de los derechos garantizados en todo territorio donde sea de aplicación la Convención. Un Estado parte puede intervenir en nombre de todos y en beneficio de cualquier individuo. Es decir, la demanda puede ser presentada por un Estado contra otro, incluso en ausencia de cualquier diferendo entre ellos. No es necesario que el Estado demandante sea víctima de una violación de la Convención, poco importa que la falta a la misma esté relacionada con uno de sus nacionales¹¹⁴.

En el caso del Sistema Interamericano, el artículo 61 de la Convención, permite que los Estados tengan derecho a someter un caso a la decisión de la Corte, siempre y cuando se hayan cumplido con los procedimientos ante la Comisión. El artículo 44 de la Convención recoge que el mismo derecho puede ser ejercido ante la Comisión.

El primer caso de un recurso interestatal fue presentado el 6 de febrero del 2006 por Nicaragua contra Costa Rica ante la Comisión Interamericana (Informe No 11/07 Inadmisibilidad en el Caso Interestatal 01/06 Nicaragua contra Costa Rica). Este caso fue declarado inadmisibile, por falta de agotamiento de los recursos internos. Nicaragua alegaba que no era necesario agotar los recursos internos, en tanto existía una “práctica generalizada de discriminación” que conllevaba a la inexistencia de recursos adecuados y efectivos para los nicaragüenses, sin embargo, de acuerdo con la Corte, la evidencia presentada por Nicaragua (dos casos) no era suficiente para evidenciar la mencionada práctica en Costa Rica. Esta evidencia tampoco permitía asumir la inexistencia de un recurso adecuado y efectivo para remediar las violaciones mencionadas.

Queda sin embargo una enseñanza jurídica de este caso. La Comisión reconoce, a diferencia de la Corte Europea, que las mismas normas de procedimiento rigen para las denuncias sean estas de individuos o de Estados (párrafo 127), en especial a lo referente al agotamiento de recursos internos, no existiendo excepciones.

En el sistema Africano también se ha producido un caso, el de demanda de la República Democrática del Congo contra Burundi, Ruanda y Uganda, también fue revisada por la Corte Internacional de Justicia¹¹⁵, como veremos más adelante.

2. RECLAMOS INTERESTATALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Los reclamos interestatales fuera de un Sistema Regional de Derechos Humanos donde exista una Corte y una disposición que los permita, son a nuestro entender jurídicamente

¹¹³ Requête No. 13255/07. Op. Cit.

¹¹⁴ SUDRE, Frédéric. Op. cit. p. 557.

¹¹⁵ TOMUSCHAT, Christian. Op. Cit. p 165.

viables y la utilización de las Cortes Internacionales para la protección específica de derechos humanos en el futuro es una posibilidad latente.

En este acápite, abordamos los reclamos interestatales ante la Corte Internacional de Justicia, para tutelar, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión como en el caso ficticio que propusimos al inicio de esta exposición.

Justamente, los últimos casos presentados en el 2008 ante esta Corte y que vienen siendo objeto de revisión por ésta, a saber el de Georgia contra Rusia y Ecuador contra Colombia, presentan reclamaciones que involucran entre otras normas, aquellas que protegen los Derechos Humanos.

La demanda del Ecuador, del 1 de Abril del 2008, solicita que se declare, respecto al rociamiento de herbicidas por parte de Colombia en su frontera común, que:

[...] (b) Colombia shall indemnify Ecuador for any loss or damage caused by its internationally unlawful acts, namely the use of herbicides, including by aerial dispersion, and in particular:

(i) death or injury to the health of any person or persons arising from the use of such herbicides; and

(ii) any loss of or damage to the property or livelihood or human rights of such persons; and

(iii) environmental damage or the depletion of natural resources; and

(iv) the costs of monitoring to identify and assess future risks to public health, human rights and the environment resulting from Colombia's use of herbicides; and

(v) any other loss or damage [...] ¹¹⁶ [los subrayados son nuestros]

En el caso de Georgia, el 14 de agosto del 2008, al solicitar medidas de protección provisionales, respecto a la incursión de Rusia en su territorio:

[...] Georgia requests that the Court indicate provisional measures in order to preserve its "rights [...] under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination ("CERD") to protect its citizens against violent discriminatory acts by Russian armed forces, acting in concert with separatist militia and foreign mercenaries".

La Corte Internacional de Justicia, a diferencia de las cortes regionales no tiene competencia para recibir denuncias de los individuos, ni a nivel contencioso ni consultivo, estos no pueden ser parte ante este Tribunal. Ello no implica que, los Estados no puedan someter a su jurisdicción casos en los que se alegue la violación de normas de derechos humanos ante la Corte (e, incluso, esta violación puede implicar víctimas claramente determinables).

Otra diferencia a tener en cuenta, en comparación con los Sistemas Regionales, radica en que la competencia de la Corte requiere de un acuerdo de las partes de someter su diferendo ante el Tribunal para cada caso concreto; aunque este acuerdo puede darse por adelantado.

Lo anterior explica los reducidos casos sobre esta materia por esta jurisdicción. La Corte no se ha pronunciado sobre la violación de derechos humanos *en concreto*, por ello será

¹¹⁶ Disponible en: <www.icj-cij.org> (visitada el 5 de abril de 2010).

interesante conocer el desenlace de las demandas de Ecuador y Georgia. Sin embargo, siguiendo a Scheinin, la Corte se ha pronunciado sobre violaciones a convenios internacionales *in abstracto* en el caso *Democratic Republic of Congo v. Uganda*, y *the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion*.¹¹⁷

La peculiaridad del caso anterior consiste en que, a diferencia de las cortes regionales, la Corte Internacional de Justicia no individualizó a las víctimas para su reparación¹¹⁸. La Corte, como en todo caso de Responsabilidad Internacional, determina la obligación internacional violada y atribuye ésta a un Estado, con la consecuencia de que éste tendrá que reparar al Estado víctima y no al Ser Humano víctima. Esto último es una opción del Estado Demandante que podrá transmitir el resarcimiento a la víctima humana por un proceso interno, que no tendrá efectos para el derecho internacional (salvo que involucren una nueva violación de una obligación internacional).

Sin embargo, dependiendo de las circunstancias del caso o si la Corte identifica a las víctimas, la sentencia podrá tener un efecto directo para estas últimas. Ejemplo de esto último son los casos Breard, LaGrand and Avena, donde incluso se pronunció sobre las reparaciones debidas a las víctimas. En el caso Avena, sobre la violación del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, luego de individualizar las víctimas de 52 casos, la Corte se pronunció sobre la posibilidad de reconsiderar penas y sentencias respecto a ciertos grupos de individuos¹¹⁹. De este modo, si bien la obligación alegada como violada no era de derechos humanos en sentido estricto, las reparaciones tuvieron un efecto sobre éstos.

Por lo tanto, la Corte tiene la capacidad de pronunciarse sobre la violación de derechos humanos y nada obsta a que se indique medidas para beneficiar a seres humanos de manera individual.

A nuestro entender, asumiendo que no existan problemas de competencia, la Corte Internacional de Justicia se presenta como un foro que puede servir como instrumento de protección de derechos humanos, con dos ventajas especiales:

Primero, como las obligaciones que se tratan ante este fuero son de naturaleza de *erga omnes*, tomando en cuenta que muchas normas que protegen los derechos humanos tienen naturaleza consuetudinaria, no se requiere que la violación afecte directamente a los nacionales del Estado demandante.

Segundo, en ciertos casos, no será necesario el agotamiento de los recursos internos, pues estamos ante obligaciones internacionales. Indicamos “en ciertos casos” pues, es posible prever el balance con otras obligaciones internacionales como el principio de la No Intervención en Asuntos Internos.

¹¹⁷ SCHEININ, Martin. The ICJ and the Individual. En *International Community Law Review*, 9 (2007), p. 123.137. A ello debemos adicionar que la Corte deliberó sobre la comisión del crimen de Genocidio en el caso “Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina)”, Sentencia del 26 de Febrero de 2007; encontrando la Corte que Serbia no cometió genocidio.

¹¹⁸ SCHEININ, Martin. Op. Cit. p. 128

¹¹⁹ Idid. P. 128-129.

3. CONCLUSIONES

1. El mecanismo de los reclamos interestatales ha existido en los sistemas regionales desde hace décadas, el uso de los mismos depende de la voluntad política de las partes.
2. En lo que respecta a los reclamos ante la Corte Internacional de Justicia, esta podrá pronunciarse respecto a la violación de normas que protegen derechos humanos e incluso pronunciarse respecto a la forma de repararlas.
3. La Corte Internacional de Justicia queda como una posibilidad para el cumplimiento de los derechos humanos a la espera de la voluntad política de los Estados, que si bien son unitarios a nivel internacional, a nivel interno dependen de la voluntad política de los ciudadanos - comprometidos en el cumplimiento de los derechos humanos.

Lima, abril 2010 (revisado el 30 de marzo del 2011).

Queremos concluir este trabajo con las palabras del entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, en su Informe del año 2000 sobre las tareas en el nuevo Milenio¹²⁰ a propósito de la situación existente en esta aldea global en que se ha convertido nuestro planeta :

“56. No hay formas previsibles de mantener la paz en esta aldea [global]. Algunos barrios son relativamente seguros, mientras que en otros reina la violencia organizada. En los últimos años, la aldea ha sufrido con cada vez más frecuencia desastres naturales relacionados con el clima, entre ellos, fuertes tormentas imprevistas y cambios repentinos de inundación a sequía, mientras que la temperatura media es claramente más elevada. Cada vez hay más indicios de que existe una relación entre esas dos tendencias y que el calentamiento está relacionado con el tipo y la cantidad de combustible que se utiliza tanto en los hogares como en la industria. Las emisiones de carbono, que son la causa principal del calentamiento, se han cuadruplicado en los últimos 50 años. El nivel freático de la aldea se está reduciendo rápidamente y una sexta parte de los habitantes ven amenazados sus medios de vida por la erosión del suelo en la zona rural circundante.”

“57. ¿Quién de entre nosotros no se preguntaría cuánto tiempo puede sobrevivir una aldea en esas condiciones si no se toman medidas para asegurar que todos sus habitantes puedan vivir sin pasar hambre, sin estar a merced de la violencia, bebiendo agua potable, respirando aire puro y sabiendo que sus hijos podrán tener auténticas oportunidades en la vida?”

“58. Esa es la cuestión que debemos encarar en nuestro mundo real de 6.000 millones de habitantes. De hecho, los participantes de la sociedad civil plantearon cuestiones como esa en las audiencias celebradas por las comisiones regionales de las Naciones Unidas en Addis Abeba, Beirut, Ginebra, Tokio y Santiago para preparar la Asamblea del Milenio.”

“59. El pasado otoño se expresaron ideas similares en la encuesta de opinión pública más amplia de la historia, en que participaron 57.000 adultos de 60 países de los seis continentes”.

“60. Cabe señalar que tanto en las audiencias como en la encuesta se insistió en la importancia de los

¹²⁰ Informe del Secretario General: “Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas”, Naciones Unidas en el siglo XXI”, A/54/2000, Quincuagésimo cuarto período de sesiones. Tema 49 b) del programa. Asamblea de las Naciones Unidas dedicada al Milenio. Distr. General 27 de marzo de 2000. Español. Original: inglés.

derechos humanos entre las expectativas de la población acerca de las funciones que debían desempeñar las Naciones Unidas en el futuro. Se consideró que actualmente no se respetaban esos derechos en una medida suficiente, y se criticó en particular la actuación de los gobiernos.”

“61. Los que contestaron a la Encuesta del Milenio expresaron opiniones igualmente firmes acerca del medio ambiente. Nada menos que dos terceras partes de ellos, procedentes de muy diversos países, dijeron que sus gobiernos no habían hecho lo suficiente para proteger el medio ambiente. En sólo cinco países de 60 estaba la mayoría satisfecha con lo que hacían sus gobiernos a ese respecto; los que vivían en países en desarrollo fueron de los que se mostraron más críticos.”

“62. La evaluación general de las Naciones Unidas resultante de las audiencias y la encuesta no fue del todo positiva. En la encuesta de opinión pública, los gobiernos recibieron respuestas más negativas.”

“64. Sin embargo, los pueblos del mundo nos dicen que no bastan los logros del pasado, dada la envergadura de los problemas a que hacemos frente. Debemos hacer más y hacerlo mejor.”

Lima, abril de 2011

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y C. COURTIS
2006 *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires: Del Puerto.
- ALSTON, P
1992 *The United Nations and Human Rights*, Great Britain: Clarendon Press -Oxford.
- ASCENSIO, H., E. DECAUX, y A. PELLET
2000 *Droit Pénal International*, Paris : Pedone.
- BOELENS, R., D. GETCHES y A. GUEVARA
2006 *Agua y Derecho. Políticas Hídricas, Derechos Consuetudinarios e Identidades Locales*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos /Water Law and Indigenous Rights.
- BUERGENTHAL, T., C. GROSSMAN y P. NIKKEN
1990 *Manual internacional de derechos humanos*, Caracas/San José : Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana.
- DE VITORIA, F.
1989 “De Indis (1539)”. En : De Vitoria, F., *Doctrina sobre los Indios*, Salamanca: San Esteban.
- DIAZ REVORIO, F.
2004 “El Tribunal de Derechos Humanos: significa y trascendencia”. En *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Lima: Palestra.
- DJONOVICH, D.J.
1973 *United Nations Resolution, Series I, Resolutions Adopted by the General Assembly, Volume II 1948-1949 y Volume III 1950-1952*, New York: Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry.
1975 *United Nations Resolutions, Compiled and Edited by Dusan J. Djonovich, Volumen XI 1966-1968*, New York: Oceana Publications.
- FAUCHILLE, P.
1921 *Traité de Droit international public*, Tome II, 8^e édition, Pairs : Librairie A. Rousseau.
- FERNANDEZ DE CASADEVANTE, C.
2007 *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3ra edición, Madrid : Dilex.

FERRAJOLI, L.

1999 *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, España: Trotta.

FOY, P., G. VERA, F. NOVAK, S. NAMIHAS

2003 *Derecho Internacional Ambiental*, Lima: Fondo editorial PUCP.

HOBBSAWM, E.

1995 *Historia del siglo XX 1914-1991*, Barcelona: Crítica.

HUERTO, M. y V. SACO

2004 *Exigibilidad de los DESC ante el Tribunal Constitucional*, Lima : Centro de Asesoría Laboral del Perú.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION

1948 *The International Law Association. Report of the Forty-Second Conference, Prague 1947*, England: ILA.

JOUVE, E.

1992 *Le Droit des peuples*, Paris: PUF, pp. 97 y 116.

KRESALJA, B. y C. OCHOA

2009 *Derecho constitucional económico*, Lima: Fondo editorial PUCP.

LANDA, C.

2002 "Dignidad de la persona humana". En: *Cuestiones constitucionales*, No. 7, México, UNAM.

MÉRIGNHAC, A.

1912 *Traité de droit public international. Troisième partie. Le droit de la guerre (tome I)*, Paris : Édit. LGDJ.

NYS, E.

1906 *Le droit international*, Tome III, Bruxelles/Paris: Éditeurs A. Castaigne/A. Fontemoing.

O'DONNELL, D.

2004 *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

1986 *Activités de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme*, New York: Nations Unies

1995 *Les Nations Unies et les droits de l'homme 1945-1995. Séries Livres bleus des Nations Unies, Volume VII*, New York : Nations Unies.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2008 *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, Perú :OIT.

PÉREZ LUÑO,

1999 *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, sexta edición, Madrid: Tecnos.

QUEL LOPEZ

2007 “La protección internacional de los derechos humanos: Aspectos generales”. En Fernández de Casadevante, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tercera edición. Madrid : Dilex.

RIGAUX, F.

1999 “La notion d’ordre mondial (et d’un nouvel ordre mondial) ». En : *Mondialisation, mutations de sociétés et enjeux de justice*, Burxelles, Commission Justice et Paix asbl.

SALMÓN, E.

2000 *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: Fondo editorial PUCP.

SEARA, M.

1980 *Del Congreso de Viena a la Paz de Versailles*, México : Porrúa.

TBUNAL INTERNATIONAL DE NUREMBERG

1947 *Procés des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international. Nuremberg 14 novembre 1945 – 1er octobre 1946*. Tome I, Nuremberg, Alemania : Secrétariat du Tribunal.

VILLAN DURÁN, C.

2002 *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Trotta.

2007 “La protección internacional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones y de sus organismos especializados”. En : *Cours fondamentaux. Espagnol. 2-27 juillet, Strasbourg, Institut International des Droits de lo’Homme*, Strasbourg: IIDH.