



TÍTULO

CAMINO A LA CONVIVENCIA

AUTOR

Jorge Augusto Lozano Delgado

Director

Curso

©

©

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2012

José de los Santos Martín Ostos

Maestría en Jurisdicción Penal Internacional (II)

Jorge Augusto Lozano Delgado

Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

CAMINO A LA CONVIVENCIA

Universidad Internacional de Andalucía
II Maestría en Jurisdicción Penal Internacional

Trabajo de grado presentado por:
JORGE AUGUSTO LOZANO DELGADO

Director de tesis: Doctor
JOSÉ DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS

Huelva, España 2006 ---- Ibagué, Colombia 2011

A la memoria de mi hijo

Raúl Augusto Lozano Talero

1966 – 2009

TABLA DE CONTENIDO

<i>CAMINO A LA CONVIVENCIA</i>	1
<i>Raúl Augusto Lozano Talero</i>	2
<i>Camino a la Convivencia</i>	8
<i>A manera de Prólogo:</i>	8
<i>CAMINO A LA CONVIVENCIA</i>	8
<i>CAMINO A LA CONVIVENCIA</i>	9
<i>CAMINO AL DIH</i>	9
<i>CAMINO AL DPI</i>	10
<i>CAMINO A LOS DDHH</i>	10
<i>RELACIONES</i>	11
<i>.... Y A MANERA DE EPÍLOGO</i>	11
<i>Camino a la Convivencia</i>	12
<i>Primer Camino:</i>	12
<i>CAMINO AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DIH</i>	12
<i>Primer Camino:</i>	13
<i>CAMINO AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DIH</i>	13
<i>CONCEPTO DE DIH</i>	13
<i>Orígenes</i> 14	
<i>FUENTES DEL DIH</i>	16
<i>Distinciones y distinciones</i>	18
<i>El Comité Internacional de la Cruz Roja</i>	19

<i>EL DERECHO DE GINEBRA.....</i>	<i>20</i>
<i>EL DERECHO DE LA HAYA</i>	<i>20</i>
<i>REGIMENES DE PROTECCIÓN DEL DIH.....</i>	<i>20</i>
<i>EL DERECHO HUMANITARIO Y LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES.....</i>	<i>21</i>
<i>APLICABILIDAD EN DISTURBIOS INTERIORES Y SITUACIONES DE VIOLENCIA INTERNA.....</i>	<i>21</i>
<i>Camino a la Convivencia</i>	<i>22</i>
<i>Segundo Camino:.....</i>	<i>22</i>
<i>CAMINO AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DPI.....</i>	<i>22</i>
<i>Segundo Camino:.....</i>	<i>23</i>
<i>CAMINO AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DPI</i>	<i>23</i>
<i>JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL.....</i>	<i>23</i>
<i>DERECHO PENAL INTERNACIONAL SUSTANTIVO</i>	<i>24</i>
<i>Derecho Penal Internacional Procesal</i>	<i>25</i>
<i>EL TRIBUNAL DE ROMA</i>	<i>26</i>
<i>NORMAS DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO.....</i>	<i>27</i>
<i>EL CRIMEN DE GENOCIDIO.....</i>	<i>28</i>
<i>LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD.....</i>	<i>37</i>
<i>LOS CRIMENES DE GUERRA</i>	<i>37</i>
<i>EL CRIMEN DE AGRESIÓN.....</i>	<i>38</i>

RELACIONES.....	41
NORMAS DE DERECHO PENAL ADJETIVO	42
ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES.	42
LA RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES Y OTROS SUPERIORES	65
<i>Jurisdiccion Penal Extra Territorial o Jurisdicción Universal</i>	<i>66</i>
CRÍMENES INTERNACIONALES Y JURISDICCIONES INTERNACIONALES.....	69
CONFLICTO ENTRE SOBERANÍA DE LOS ESTADOS Y JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL	70
Justicia De Transicion Y El Estatuto De Roma.....	75
<i>Camino a la Convivencia</i>	<i>80</i>
<i>Tercer Camino:.....</i>	<i>80</i>
<i>CAMINO A LOS DERECHOS HUMANOS DDHH.....</i>	<i>80</i>
<i>TERCER CAMINO:</i>	<i>81</i>
<i>CAMINO A LOS DDHH</i>	<i>81</i>
DEFINICIÓN-.....	81
CARACTERÍSTICAS.....	82
HISTORIA DEL CONCEPTO.....	83
Carta del Manden	84

<i>DIFERENCIA CON DERECHOS FUNDAMENTALES</i>	<i>86</i>
<i>LA FUNDAMENTALIDAD.....</i>	<i>86</i>
<i>LA TEMÁTICA EN COLOMBIA.....</i>	<i>88</i>
<i>CLASIFICACIÓN.....</i>	<i>90</i>
<i>CLASIFICACIÓN POR GENERACIONES.</i>	<i>91</i>
<i>LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS Y LA LIMITACIÓN DEL PODER.....</i>	<i>93</i>
<i>DESARROLLO Y LIMITES A LA POSITIVIZACION DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA</i>	<i>103</i>
<i>DERECHO INTERNACIONAL- DERECHO INTERNO...</i>	<i>106</i>
<i>PROCEDIMIENTO DE VINCULACIÓN.....</i>	<i>107</i>
<i>JERARQUÍA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES...</i>	<i>109</i>
<i>BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.....</i>	<i>111</i>
<i>EN COLOMBIA:</i>	<i>116</i>
<i>ORGANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN</i>	<i>119</i>
<i>EN EUROPA:</i>	<i>119</i>
<i>EN AMÉRICA:</i>	<i>121</i>

EN ÁFRICA:	128
EN ASIA.	131
DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS	132
VIOLADORES DE DERECHOS HUMANOS	134
<i>Camino a la Convivencia</i>	137
<i>Caminos concurrentes:</i>	137
RELACIONES	137
RELACIONES	138
ORIGEN	139
EPOCA DE APLICACIÓN	145
A QUIEN OBLIGA Y QUIEN LOS VIOLA	147
LOS JUZGADORES	150
LAS SANCIONES	153
EFICACIA DE LAS DISPOSICIONES	154
INTERACCIONES	156
BIBLIOGRAFIA	157
ANEXOS	160

Camino a la Convivencia

A manera de Prólogo:

CAMINO A LA CONVIVENCIA

CAMINO A LA CONVIVENCIA.

La humanidad evoluciona y muestra avances significativos. También, en veces, demuestra que elementos que no deberían ser propios del ser humano, cobran relevancia pues surgen episodios merecedores de reproche y vergüenza. Una de las constantes adversas a la condición humana lo es el ser conflictivo, carecer de la inteligencia y prudencia necesarias para superar discrepancias. Y, como constante histórica, recurrir al enfrentamiento como mecanismo solucionador de los distanciamientos. La guerra se torna en el recurso de un grupo social, así sea precario, para superar divergencias. Paradójicamente, es el mecanismo que se valora idóneo para restablecer el orden. Por ello, se acogió con interés el principio romano: *si vis pacem, para bellum*¹.

Empero, también de antiguo, ha tenido la humanidad manifiesta preocupación para atemperar la barbarie del conflicto, con un sesgo de racionalidad. Por ello desde los albores de la civilización fueron adoptándose formulas protocolarias para el desarrollo del enfrentamiento. Rasgos de racionalidad en la irracionalidad del trance. Nacen, entonces, acuerdos coyunturales, limitados al conflicto, consuetudinarios, que van adquiriendo forma y abren camino a una de las concepciones que preocupan en este trabajo: el derecho humanitario. Pautas de conducta que emanan de la guerra misma y para la misma.

Aconteceres trascendentales, vivencias de dolor y angustia, desolación y muertes, darán espacio, mejor que darán: obligaran a que la imaginación del hombre ausculte fórmulas permanentes y universales que hagan menos cruel el episodio. Ese camino nos conduce al Derecho Internacional Humanitario².

CAMINO AL DIH

La primera parte del tema se ocupará del trayecto que debió recorrer el ser humano para, aceptando la imposibilidad de erradicar la guerra, a lo menos atemperar métodos y medios para desarrollarla, estipulando normas de carácter universal, permanentes y aplicables a todos los conflictos internacionales o no.

¹ Si quieres la paz, prepárate para la guerra.

² En adelante DIH

Es un proceso de humanización que podemos convencionalmente radicarlo en su inicio en la Batalla de Solferino y que se concreta en los Tratados de Ginebra. Ni los acontecimientos precedentes a Solferino, ni los sucesos posteriores a los Tratados, podrán ser irrelevantes, ni dejan de pertenecer al DIH. Solo se pretende un marco de referencia didáctico.

CAMINO AL DPI

También la guerra nos lleva al Derecho Penal Internacional³. Las horribles escenas que conocen los habitantes del universo mundo al final de las llamadas Guerras Mundiales (I y II), concitan a una reflexión en torno a la sanción que merecen los promotores de la conflagración y los autores de los procedimientos inhumanos que se perpetraron. Es alarmante que la humanidad soporte inmovible los resultados y que sus autores eludan la responsabilidad que les incumbe.

Los primeros pasos condujeron a una inoperancia absoluta de la estructura penal para sancionar responsables. Principios seculares del derecho penal tradicional implicaban la imposibilidad de un juicio de responsabilidades.

En la búsqueda afanosa de una respuesta a la humanidad, se acude al Derecho Internacional, como normatividad aplicable y a su amparo se desarrolla incipiente juicio al concluir la I guerra mundial y luego, se estructura todo un andamiaje jurídico al final de la II guerra, que conduce a los juicios ad-hoc, precedente trascendental en la instauración de un DIP compendiado en el Estatuto de Roma⁴.

Ese camino al DPI es el contenido de la segunda parte de este análisis. Intentando precisar arbitrariamente un punto de partida y uno de llegada, diremos que parte del final de la 1ª guerra y se condensa en el ER.

CAMINO A LOS DDHH

Por otra vía, la humanidad fue elaborando mecanismos de consagración y protección de los principios básicos para el desarrollo del ser humano y su digno desenvolvimiento como persona, bajo el epígrafe de Derechos Humanos⁵, siempre en la mira de ofrecer al ser humano un Catálogo con el mínimo de derechos inherentes a todos por la sola condición de ser humano.

³ En adelante DPI

⁴ En adelante ER

⁵ En adelante DDHH

Ubicaremos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el inicio de esta evolución, también arbitrariamente pues antes de esta proclama el mundo había vivido importantes manifestaciones como en Inglaterra con Juan Sin Tierra y en Estados Unidos en la Declaración de Filadelfia, por rememorar apenas dos de ellas.

Y a ello se referirá el cuerpo 3 de esta temática.

RELACIONES

Ninguno de estos caminos contradice los otros. Al contrario, marcadas sus diferencias, son evidentes sus similitudes. Al final cada uno de ellos, y todos a la vez, se orientan a establecer pautas que tracen un utópico Camino a la Convivencia.

De estas relaciones se ocupará el cuerpo final.

... Y A MANERA DE EPÍLOGO

Intentando ilustrar el tema para exponerlo, se recurrió a soportes de informática. Así, entonces, se elaboró una especie de cartilla virtual sobre el mismo, que condujo a presentar en diapositivas el desarrollo de cada uno de los cuerpos del trabajo. Valorándolo práctico, se presenta como Anexo al presente.

Ojalá resulte útil.

Bogotá, Colombia, Mayo de 2011

Camino a la Convivencia

Primer Camino:

CAMINO AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DIH

CAMINO AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DIH

Una de las características del ser humano es la de ser guerrero. Desde del alboros de la humanidad el enfrentamiento ha sido el recurso para solucionar discrepancias. Se ha guerreado por valores esenciales del hombre y también por asuntos triviales.

Simultáneamente, acaso por ese principio según el cual si la guerra se torna inevitable, a lo menos hagamos de ella un recurso lo menos irracional posible, acaso por ello, decía, la humanidad recurrió a mecanismos rudimentarios y en torno de ellos fue configurando una especie de reglas para los enfrentamientos. Fueron, por supuesto, acuerdos primarios, nacidos al fragor de la contienda, que solo obligaban a los contrincantes, que solo tenían vigor durante la refriega y que no acarreaban sanciones en caso de incumplimiento y sustentados en la reciprocidad. Eran convenios coyunturales, que se fueron tornando consuetudinarios. Limitados en el tiempo, en el espacio y en cuanto a las personas. Aún en esa extrema precariedad, se han de constituir en los primeros pinitos de un DIH, absolutamente embrionario, como embrionarios serían los primeros enfrentamientos. Fueron naciendo normas de la misma guerra.

CONCEPTO DE DIH

El derecho internacional humanitario (DIH) es la agrupación de las distintas normas, en su mayoría reflejadas en los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales que tienen como objetivo principal la protección de las personas no participantes en hostilidades o que han decidido dejar de participar en el enfrentamiento.

Las distintas normas del DIH pretenden evitar y limitar el sufrimiento humano en tiempos de conflictos armados. Estas normas son de obligado cumplimiento tanto por los gobiernos, los ejércitos participantes en el conflicto como por los distintos grupos armados de oposición o cualquier parte participante en el conflicto. A su vez, limita el uso de métodos de guerra y el empleo de medios utilizados en los conflictos, pero no determina si un país tiene derecho a recurrir a la fuerza, pues esto es regulado por la carta de Naciones Unidas.

Es parte del derecho internacional, que regula las relaciones entre los Estados. Está integrado por acuerdos firmados entre Estados –denominados tratados o convenios, por el derecho consuetudinario internacional que se compone a su vez de la práctica de los Estados que éstos reconocen como obligatoria, así como por principios generales del derecho. El DIH se aplica en situaciones de conflicto armado. No determina si un Estado tiene o no tiene derecho a recurrir a la fuerza. Esta cuestión está regulada por una importante parte – pero distinta– del DIH, que figura en la Carta de las Naciones Unidas.

El DIH se encuentra esencialmente contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en los que son parte casi todos los Estados. Estos Convenios se completaron con otros dos tratados: los Protocolos adicionales de 1977 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados. Hay asimismo otros textos que prohíben el uso de ciertas armas y tácticas militares o que protegen a ciertas categorías de personas o de bienes.⁶

Orígenes

El DIH nace con el hombre mismo para reglamentar aspectos bélicos. Son acuerdos coyunturales, en sus albores rudimentarios. Durante largas etapas de la humanidad carece de una estructura, de una finalidad específica, del más precario sentimiento de compromiso. Algunos de esos primeros acuerdos han de constituirse en valioso aporte para una meta entonces no definida, acaso indiferente, acaso inconsciente: humanizar el conflicto. La reciprocidad será uno de los pilares fundamentales.

Un acontecer marcará un rumbo trascendental, dividirá radicalmente la historia del conflicto y sembrará en la conciencia de la humanidad la pertinencia de ocuparse racionalmente del asunto y con el paso de los años, se plasmará la tesis de que el DIH surge para proteger al ser humano de las consecuencias de la guerra, que es asunto que nos concierne a todos.

Actualmente diremos que es una rama del derecho internacional público que inspirada en el sentimiento humanitario se centra en la protección a la persona y cuya finalidad es «aliviar los sufrimientos de todas las víctimas de los conflictos armados en poder del enemigo, sean heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra o personas civiles»⁷. Pero este es un concepto moderno, decantado, evolucionado, configurado en el Siglo XX. Atrás quedará toda una historia de horrores y dolores del género humano y al futuro un largo proceso de consolidación y sólida implantación.

Hasta mediados del siglo XIX, los acuerdos concertados para proteger a las víctimas de la guerra sólo eran ocasionales y obligaban únicamente a las partes contratantes, según fórmulas de estricta reciprocidad que paulatinamente se ocupaban de arreglos de capitulación militar, válidos solamente mientras duraba el conflicto. Hoy

⁶ Basado en. <http://www.buenastareas.com/ensayos/Derecho-Internacional-Humanitario/141703.html>

⁷ Así lo presentará Jean Picket.

hablamos de Estados obligados por un tratado universal, aplicable en todo tiempo y en toda circunstancia.

Pero a este estadio se llegó por la presencia histórica de magnos acontecimientos. Al gran paso anteceden grandes sucesos.

En 1859, un suceso casual resulta determinante en este proceso. En ese año ocurre La Batalla de Solferino y se destaca la figura del ginebrino Henry Dunant⁸, quien horrorizado se ofrece para asistir a los heridos, constituye un Comité de Ayuda que será precedente de la Cruz Roja Internacional y se esfuerza por denunciar públicamente lo presenciado.

En 1864, Dunant logra persuadir al Gobierno suizo para que convoque una Conferencia Internacional. Participan doce Estados se firma, ese mismo año, el «**Convenio para mejorar la suerte que corren los militares heridos de los ejércitos en campaña**», de manera que al futuro, los militares heridos y enfermos serán socorridos y asistidos sin distinción alguna, sea cual fuere el campo al que pertenezcan y, además, se respetará al personal sanitario, el material y los establecimientos sanitarios. Una cruz roja sobre fondo blanco, será su distintivo. De esa terrible visión nace la idea de la Cruz Roja. Se suscribe el primer Convenio de Ginebra, que hoy se reconoce como el protocolo del nacimiento del Derecho Internacional Humanitario. Luego vendrían cuatro más y tres protocolos adicionales que integrados conforman el de nominado DERECHO DE GINEBRA.

En 1899, se firma en La Haya un Convenio en el que se adaptan a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra de 1864, y cuyas disposiciones se mejoran y completan en 1906. Se habla del DERECHO DE LA HAYA.

En 1907, en el IV Convenio de La Haya se define la categoría de combatientes que tiene, en caso de captura, derecho al estatuto de prisionero de guerra y que se beneficia de un trato particular mientras dure su cautiverio. Se reafirman y se desarrollan, en 1929, esos tres Convenios.

En 1949, se aprueban los cuatro Convenios de Ginebra actualmente en vigor. La Conferencia Diplomática de 1949 tiene capital importancia por más de una razón; de hecho, además de elaborar el «Convenio sobre protección de personas civiles en tiempo de guerra», permite revisar los convenios anteriores, cuyos textos quedan, así, armonizados. Los Convenios de Ginebra se valoran como un «monumento» jurídico, que garantiza, la protección de las víctimas de conflictos armados.

El DIH se nutre de dos fuentes principales: EL DERECHO DE GINEBRA Y EL DERECHO DE LA HAYA. En razón de su íntima relación, de sus objetivos comunes y

⁸ La historia de Solferino es bastante conocida. Se cuenta que DUNANT transita en viaje de negocios y cuando atraviesa Lombardía, la encuentra asolada a sangre y fuego. Aconteció que luego de un enfrentamiento en los campos de Solferino entre tropas francesas y austriacas, queda el resultado de una sangrienta batalla y presencia horrorizada que miles de soldados heridos yacen abandonados, desasistidos, condenados a una muerte segura. Con los habitantes de la región y con los medios a su alcance, improvisa una acción de socorro, que fructifica. Para que el mundo sepa la gravedad de lo sucedido, Dunant publica «Recuerdo de Solferino», libro que conmoverá a Europa. Es un éxito y allí propone una solución: su idea es paliar la carencia de los servicios sanitarios de los ejércitos preparando a «socorristas voluntarios» en tiempo de paz y obteniendo su «neutralización» hasta en el campo de batalla. Cuatro ginebrinos — Moynier, el general Dufour, los médicos Appia y Maunoir — se unen a Dunant para formar el «Comité internacional de socorro a los heridos».

del miramiento humanitario que los inspira, de diferenciación entre ellos resulta trivial. Se afirma que LA HAYA es eminentemente preventivo pues regula situaciones previas al conflicto en tanto GINEBRA actúa para el conflicto. Pero ambos son DIH.

FUENTES DEL DIH

El DIH contemporáneo⁹ tiene sus orígenes en dos fuentes principales: el derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya. Brevemente diremos ahora que el Derecho de Ginebra es una normativa encaminada a proteger a las víctimas de la guerra, en tanto el Derecho de La Haya, es una normativa encaminada a regular la conducción de las hostilidades. No obstante estas dos ramas confluyen cuando en la Conferencia Diplomática de 1974-1977, se aprueba el Protocolo adicional I. En la actualidad toda aproximación al derecho humanitario obliga referirse a ambas corrientes pues constituyen partes inseparables del DIH contemporáneo. La distinción tradicional, ya superada, muestra el "derecho de Ginebra" como el conjunto de normas sobre la protección debida a las personas que se encuentran en poder del adversario y el "derecho de La Haya" como el conjunto de normas relativas a la conducción de las hostilidades.

Dos iniciativas, sin relación entre ellas, marcan la estructuración del DIH contemporáneo.

La primera iniciativa fue la de Henry Dunant¹⁰ y sus colegas en el Comité Internacional de Socorro a los Militares Heridos, el futuro CICR, cuyo objetivo era prestar protección a los heridos y al personal sanitario de los ejércitos en el campo de batalla. Así se propició la aprobación del primer Convenio de Ginebra en 1864, para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, que luego se extendió la protección a los heridos y a los enfermos de las fuerzas armadas en el mar, mediante los Convenios de La Haya (Convenio III de La Haya, de 1899, y Convenio X de La Haya, de 1907) y el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar de 1949 (II Convenio). La protección se extendió también a los prisioneros de guerra mediante el Convenio III de 1929 y más tarde, mediante el Convenio IV de Ginebra, 1949, la protección se extendió de manera convencional a las víctimas civiles de la guerra. Tras la experiencia de la guerra civil española, la Conferencia Diplomática de 1949 extendió la aplicación de ciertos principios humanitarios a las víctimas de los conflictos armados no internacionales (artículo 3 común).

La cuestión central del derecho de Ginebra ha sido siempre la protección de las víctimas: militares heridos o enfermos, naufragos, prisioneros de guerra o personas civiles y, por extensión son cada vez más la categoría de víctimas protegidas.

⁹BUGNION François, en Revista Internacional de la Cruz Roja N° 844 pp. 901 – 922, fechado 31-12-2001. Artículo: El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya

¹⁰ Se hará especial referencia a Dunant al recordar la Batalla de Solferino en los albores de los CGs.

La otra iniciativa es la del zar Alejandro II quien preocupado porque los británicos habían desarrollado un tipo de balas huecas llenas de material inflamable y, más tarde, de balas explosivas, pensó en prohibir el empleo de tales balas por sus ejércitos. El temor a quedar en inferioridad de condiciones determinó prohibirlas solo si los otros soberanos también se comprometían a hacerlo. Por ello el Gabinete Imperial convocó a una conferencia, en la que se aprobó la Declaración de San Petersburgo de 1868, que contempla los principios fundamentales del derecho relativo a la conducción de las hostilidades y se prohíbe el empleo de proyectiles explosivos de menos de 400 gramos. Es, sin duda, importante antecedente. Años luego, el Gabinete de San Petersburgo retomó el proyecto de Dunant y lo incorporó en otro más amplio, que se refería al conjunto de las leyes y las costumbres de la guerra terrestre. En 1874 se aprobó en Bruselas la Declaración Internacional sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, la cual no fue ratificada. Ante ello en la Conferencia Internacional de la Paz, reunida en La Haya en 1899, se actualizó la Declaración de Bruselas y se llegó así al Convenio II de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899. Este Convenio fue revisado por la segunda Conferencia Internacional de la Paz, reunida en La Haya, el año 1907. La tercera Conferencia Internacional de la Paz citada para 1914, se frustró por causa de la guerra.

A pesar de La frustrada conferencia se elaboraron otros importantes instrumentos internacionales que merecen reseñarse así

- 1925, Protocolo sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos;
- 1954 en La Haya, la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado;
- 1972, Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción;
- 1980, Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados;
- 1997 en Ottawa, Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción.

Como los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907 siguieron siendo los pilares principales del derecho de la conducción de las hostilidades, se suele designar esa rama como derecho de La Haya.

Objetivo fundamental de ambos derechos es la protección de las víctimas. Difieren los métodos para prestar esa protección. Los CG procuran proteger a la persona cuando se ha convertido en víctima, mientras que el derecho de La Haya se propone proteger a los combatientes y a los no combatientes, restringiendo los métodos y los medios de combate. El derecho de La Haya puede considerarse que se aplica antes que el de Ginebra y que es preventivo. Los protocolos adicionales de 1977 (I y II), actualizaron y desarrollaron normas relativas a la protección de las víctimas de la guerra, y a las que rigen la conducción de las hostilidades, por lo que se estima que los dos ordenamientos confluyeron.

Distinciones y distinciones

“Si se examina la distinción entre el derecho de Ginebra y el derecho de La Haya, enseña el artículo en comentario-, se comprueba que no existe ninguna línea divisoria claramente definida entre esas dos normativas, sino que se trata de un continuum de normas, agrupadas bajo dos nombres distintos. Algunas disposiciones se han considerado, a veces, como pertenecientes al derecho de Ginebra y otras, al derecho de La Haya. Es el caso, particularmente, de las normas relativas a los prisioneros de guerra. En realidad, muchas normas pertenecen tanto al derecho de Ginebra como al derecho de La Haya. Es el caso de las normas que protegen los hospitales militares o civiles, así como a la población civil, de los bombardeos aéreos: dichas normas pueden analizarse en el marco del derecho de la guerra aérea y, por consiguiente, en el del derecho de la conducción de las hostilidades, si se toma el punto de vista del aviador. Pero también se trata de normas relativas a la protección de las víctimas –y, por consiguiente, pertenecen al derecho de Ginebra– si se tienen en cuenta los efectos en tierra de los bombardeos aéreos, así como a la protección de los hospitales militares o civiles y de la población civil. El mismo caso se da con las normas que obligan a los miembros de los movimientos de resistencia, de las milicias o de otros cuerpos de voluntarios, a distinguirse de la población civil mientras conducen sus operaciones militares. Indudablemente, esas normas pertenecen al derecho de la conducción de las hostilidades, ya que dan la definición de las personas autorizadas a participar en las hostilidades [6]; pero también pertenecen al derecho de Ginebra, ya que disponen la concesión del estatuto de prisionero de guerra a esos combatientes en caso de captura¹¹. --- En gran medida, los principios que subyacen a las normas del derecho de Ginebra y a las del derecho de La Haya son los mismos y fueron determinados en los considerandos de la Declaración de San Petersburgo de 1868 y en el Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907. --- Asimismo, las disposiciones sobre la represión de los crímenes de guerra englobaron en una misma definición la violación de las normas del derecho de Ginebra y la de las normas del derecho de la conducción de las hostilidades. Así pues, el artículo 6, letra b, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, adjunto al Acuerdo sobre el juicio y el castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres, el 8 de agosto de 1945, define los crímenes de guerra del siguiente modo: --- "Crímenes de guerra: violaciones de las leyes y las costumbres de la guerra. Estas violaciones abarcan, entre otras modalidades, el asesinato, los tratos crueles y las deportaciones de la población civil de los territorios ocupados, cuya finalidad sea el trabajo forzoso o cualquier otra, el asesinato o los malos tratos de los prisioneros de guerra o de los náufragos, le ejecución de los rehenes, el pillaje de bienes públicos o privados, la destrucción sin motivo o la devastación de ciudades o de poblados, no justificadas por las exigencias militares". --- Se puede hacer la misma comprobación con respecto a los Estatutos del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, del Tribunal Penal para Ruanda y de la Corte Penal Internacional. --- En definitiva, los dos ordenamientos jurídicos convergieron en el marco de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, aprobados el 8 de junio de 1977”.

No hay una frontera rigurosa entre los dos ordenamientos, tratase de normas que se completan recíprocamente, sin un alcance jurídico claramente diferenciado. Por ello se afirma que modernamente están integrados.

Cuando la CIJ¹² emitió concepto sobre la licitud o ilicitud del empleo de armas nucleares o la amenaza de ese empleo, opinó:

¹¹ La cita corresponde a BUGNION François, en *Revista Internacional de la Cruz Roja* Nº 844 pp. 901 – 922, fechado 31-12-2001. Artículo: *El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya*

¹² Corte Internacional de Justicia, *Opinión consultiva del 8 de julio de 1996 sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*.

"Estas dos ramas del derecho aplicable en los conflictos armados han desarrollado vínculos tan estrechos que se considera que, en forma gradual, han formado un único sistema complejo, hoy llamado derecho internacional humanitario. Las disposiciones de los Protocolos adicionales de 1977 expresan y dan prueba de la unidad y la complejidad de ese derecho".

En síntesis, si bien el DIH se alimenta de la normatividad internacional que contempla el Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya, a punto de convertirse ambas normatividades en su fuente, el desarrollo de las dos categorías jurídicas ha sido tan paralelo y los inspira un mismo propósito del bienestar del ser humano en el campo de batalla o en sus consecuencias, y el atemperar los rigores del inevitable conflicto, que terminan complementándose, algo más integrándose en la gran familia del DIH.

El Comité Internacional de la Cruz Roja

El CICR¹³, es una organización neutral y privada, encargada de velar por que los Estados que son signatarios apliquen los Convenios de Ginebra. Por su reconocido carácter de neutralidad, suele ser para ofrecer convocado para que preste sus servicios a las víctimas de los conflictos. Ha actuado en favor de los militares heridos, enfermos o náufragos; de los prisioneros de guerra en poder del enemigo; y en procura mejorar las condiciones de vida de los prisioneros. Visita los lugares de internamiento, de detención y de trabajo donde se encuentran los cautivos, se informa acerca de sus condiciones de alojamiento, de trato, de alimentación e interviene ante para que se superen deficiencias. El CICR despliega actividades también en favor de la población civil en territorio enemigo o bajo régimen de ocupación. Interviene en conflictos no internacionales, como intermediario neutral (artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949). Colabora en la búsqueda de los desaparecidos y en transmitir mensajes familiares entre las personas separadas por los acontecimientos. Además recibe solicitudes para prestar asistencia a la población civil hambrienta a causa de la guerra y transporta víveres, medicamentos, ropa. En **Colombia** ha colaborado en la entrega de personas en poder de la guerrilla u otros movimientos. Fundamentalmente es promotor del DIH y paralelamente a la evolución de los conflictos. Desde 1965, se advierte la insuficiencia de los Convenios de Ginebra que aun cuando conservan todo su valor, quedan cortos para las guerras o conflictos modernos y se le censura la insuficiente protección para las víctimas. El CICR estudia la posibilidad de remediar las deficiencias del derecho existente, respetando lo existencia y evitando el riesgo de que los Estados parte retrocedan en ciertos puntos, añadiendo textos suplementarios, en forma de Protocolos adicionales.

El contenido de los Protocolos y de los Convenios adicionales se analizará en su momento.

¹³ BORY Françoise en Génesis y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario. Tomado del link del CICR.

EL DERECHO DE GINEBRA

Los convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales.

EL DERECHO DE LA HAYA

Conferencias de Paz.

REGIMENES DE PROTECCIÓN DEL DIH.

El DIH¹⁴ tiene dos regímenes de protección:

a) En Conflicto armado internacional

La aplicabilidad de los CGs de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977, opera fundamentalmente para proteger a las partes en conflicto y a todo individuo o categoría de individuos que no participa, o ya no participa de forma activa, en el conflicto. De esta categoría serán, por ejemplo:

- militares heridos o enfermos en la guerra terrestre o marítima;
- miembros de los servicios sanitarios de las fuerzas armadas o servicios sanitarios de fuerzas navales;
- prisioneros de guerra; y
- población civil, tales como personas civiles extranjeras en el territorio de las partes en conflicto, incluidos los refugiados; personas civiles en los territorios ocupados; detenidos y civiles internados; personal sanitario, religioso, de los organismos de protección civil.

El Protocolo I, en su artículo 1º, establece que la guerra de liberación nacional, se equipara a un conflicto armado internacional.

b) Conflicto armado no internacional

¹⁴ Tomado de Derecho internacional humanitario: Respuestas a sus preguntas de mayo 1º de 1998 en link de CICR

La aplicabilidad del artículo 3 común a los CGs y el Protocolo II, surge en esta situación teniendo como destinatarios a las fuerzas armadas, regulares o no, que no tomen parte, o hayan dejado de tomar parte activa, en las hostilidades. Aquí cobijaría combatientes heridos o enfermos; personas privadas de libertad a causa del conflicto; población civil; personal sanitario, religioso.

EL DERECHO HUMANITARIO Y LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

En 1949 se acordó establecer el artículo 3 común a los cuatro CG norma que ha sido estimada como una especie de **convenio en miniatura**¹⁵. Esa norma complementada con las disposiciones del Protocolo II, rige para los conflictos armados internos. Se observa que su normatividad es menos elaborada que la rige los conflictos armados internacionales. El artículo 3 tiene valor de derecho consuetudinario y constituye el mínimo de respeto exigible a los beligerantes. Para su aplicación es notorio obstáculo el principio de la soberanía del Estado.

APLICABILIDAD EN DISTURBIOS INTERIORES Y SITUACIONES DE VIOLENCIA INTERNA

El DIH no tiene aplicación en situaciones de violencia interna, salvo que por su gravedad alcancen la intensidad de un conflicto armado. En este último evento se pueden invocar las disposiciones del derecho de los derechos humanos o la legislación interna.

¹⁵ El artículo 3 reza así: **Art. 3.** - 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; b.- la toma de rehenes; c.- los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d.- las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. 2.- Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. --- La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirán efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

Camino a la Convivencia

Segundo Camino:

CAMINO AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DPI

Segundo Camino:

CAMINO AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DPI

A nivel supranacional existen órganos permanentes para el conocimiento y resolución de controversias entre Estados. De tal naturaleza son la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya¹⁶ y la Corte Internacional de Justicia también sita en La Haya¹⁷. Hay acuerdos especiales o ad-hoc para resolver vía arbitraje, mediación o conciliación, controversias entre los estados.

Para la protección internacional de los derechos humanos existen diversos órganos de Naciones Unidas e incluso algunos convencionales. Estos organismos se originan en convenciones y pactos internacionales sobre la materia y se orientan a investigación, formulación de recomendaciones y aún pronunciamientos sobre reclamaciones individuales. De esta naturaleza son el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como claros exponentes de una jurisdicción especializada en la materia. Para África opera la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos CADHP y para Asia y Pacífico la Oficina Regional Del Sureste Asiático OACDH, con discutidas atribuciones jurisdiccionales, pero sí muy claras y amplias de protección.

Y para la represión de los crímenes de guerra, la humanidad inicialmente acudió a los tribunales ad-hoc y finalmente culminó su proceso evolutivo con la implantación, permanente y universal, de la jurisdicción penal internacional, a la cual nos referimos enseguida.

JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

En sede del sistema de justicia penal internacional, aparecen también precedentes históricos de las actuales instituciones¹⁸. Siguiendo la distinción tradicional

16 Creada en 1899 y es el Tribunal más antiguo para la resolución de controversias internacionales.

17 Establecida por la Carta de las Naciones Unidas, que fue precedida por la Corte Permanente de Justicia Internacional creada por la Liga de las Naciones en 1920.

18 Bassiouni, Cherif, “De Versalles a Ruanda en 75 años: La necesidad de establecer una Corte Penal Internacional Permanente”. En Revista de Derecho Público No. 10, Bogotá, Mayo de 1999, Universidad de los Andes; y

entre derecho penal sustantivo, adjetivo (o procesal) y ejecutivo (o penitenciario), se pretende establecer el estado de estas instituciones.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL SUSTANTIVO

Tipificación

Dejando a salvo que existen importantes y plurales antecedentes históricos¹⁹ suele enseñarse que el proceso de tipificación de crímenes contra el derecho internacional, así como el desarrollo de otras normas internacionales de carácter penal sustantivo, empieza su camino de consolidación a partir de la Carta de Nüremberg²⁰.

Desde entonces sucesivos instrumentos internacionales han tipificado crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crimen de agresión, categorías internacionales establecidas por la jurisprudencia de Nüremberg. Estas categorías se mantienen, siendo de resaltar la tipificación del modelo punible de genocidio y de ilícitos internacionales, incluyendo actos de terrorismo y de corrupción, tal como acontece en el Estatuto de Roma de 1998²¹.

Esta evolución se prolongó a lo largo de cinco décadas, desde 1945 hasta 1998, año de suscripción del Estatuto de Roma²² que establece la Corte Penal Internacional²³. Este instrumento recoge, amplía y sistematiza la tipificación desarrollada en los 50 años anteriores. En el ER se establecen cuatro categorías de crímenes, siguiendo la trilogía de Nüremberg, pero brindando autonomía al punible de genocidio, dadas sus especiales y graves características, como las connotaciones históricas y simbólicas que mueven a destacarlo separadamente.

Habrà de reconocerse, además, que con la aprobación del ER, se dio carta de naturaleza a la jurisdicción penal internacional, independizándola del derecho internacional. Es el tránsito del Derecho Internacional Penal al Derecho Penal Internacional.

El catálogo de conductas delictivas establecido por el ER (artículo 5º) es:

a) El crimen de genocidio;

Andre-Guzmán, Federico La Justicia Universal: Entre Luces y Sombras, en "Temas de Derechos Humanos en Debate", José Zalaquett, ed. Instituto de Defensa Legal y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Lima, 2004.

¹⁹ Acaso el más importante mas no el más remoto, puede ser el que pretendió juzgar al káiser alemán Guillermo II, al concluir la 1ª guerra mundial.

²⁰ El Tribunal Militar Internacional de Nüremberg fue creado en el Tratado de Londres suscrito por los aliados vencedores, en Londres el 8 de agosto de 1945. Por Resolución 95 (I) de diciembre 11 de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas, reafirmó los principios del tribunal de Nüremberg.

²¹ Bassiouni, Cherif, "Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea", en "18 Ensayos, Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia", CD publicado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005,

²² En adelante ER

²³ En adelante CPI

- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

Al dedicar un acápite al Estatuto de Roma, nos ocuparemos a espacio de cada una de estas modalidades del comportamiento criminal.

Los Principios pilares del derecho penal universalmente aceptados, tales como el *nullum crimen sine lege* (art. 22), *nulla poena sine lege* (art. 23), irretroactividad *ratione personae* (art. 24), responsabilidad penal individual (art. 25), exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte (Art. 26), responsabilidad de jefes y otros superiores (art. 28), la intencionalidad (art. 30), las circunstancias eximentes de responsabilidad penal (art. 31) y reglas específicas sobre el error de hecho y de derecho (art. 32) serán también revisados en ese preciso momento. Y se hará la referencia obligada a los institutos penales de prescripción, amnistía y obediencia debida.

LA Proyección De Los Principios De Legalidad Y Complementariedad

Los problemas de indeterminación que suscitaba un enfoque como el seguido por el Proyecto de Estatuto de la CDI de 1994 llevaron a que los trabajos del Comité preparatorio y de la Conferencia Diplomática se centrasen en la identificación y determinación del contenido de los crímenes de la competencia de la Corte. El análisis de los documentos en los que aparece reflejada esta labor pone de manifiesto que, aunque no llegasen a ser identificados formalmente como tales, en el desarrollo de la misma se tuvieron en cuenta una serie de criterios en relación con los siguientes aspectos:

La necesidad de que los crímenes estuviesen claramente definidos en el Estatuto.

La base consuetudinaria de todos los crímenes recogidos, matizada por la voluntad de introducir elementos de la práctica internacional más reciente.

La «trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» y la «gravedad» de los crímenes del Estatuto.

La búsqueda del compromiso entre las distintas posturas defendidas por los Estados y otros actores que participaron en el proceso de creación de la Corte, como el Comité Internacional de la Cruz Roja y otras organizaciones no gubernamentales.

Derecho Penal Internacional Procesal

Órganos jurisdiccionales

Precedieron a la CPI como organismos de juzgamiento en los años inmediatamente posteriores a la segunda guerra²⁴, tribunales internacionales penales ad hoc,

²⁴ Recordemos que en el periodo de postguerra que siguió a la 1ª Guerra mundial se pretendió el juzgamiento de los derrotados, especialmente del Káiser alemán Guillermo II.

como lo fueron, en primera instancia los conocidos como Tribunal de Nüremberg y Tribunal de Tokio²⁵, por parte de las fuerzas aliadas victoriosas con el fin de juzgar a los responsables de los crímenes cometidos por los regímenes de Alemania y de Japón. Por los años 90s, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instituyó tribunales penales internacionales ad-hoc para la ex Yugoslavia y para Ruanda y, finalmente tribunales especiales para Sierra Leona y para Camboya. Cada uno de dichos tribunales tiene su propia jurisdicción y reglas de procedimiento.

Los principales aspectos procesales relativos a la CPI, se centraran en: Jurisdicción y competencia, principio de complementariedad, de reglas de procedimiento y pruebas, instancias, recursos y penas aplicables.

Derecho Penal Ejecutivo Internacional

Ejecución de la sanción.

Para la ejecución de la pena, los tribunales ad-hoc han tenido sus propias normas y recintos carcelarios, como la célebre cárcel de Spandau donde se recluyó a los condenados del régimen nazi. Por su parte, el ER (artículo 103 y concordantes) reglamenta el tema.

EL TRIBUNAL DE ROMA

Con el muy sugestivo título de “LA CRIMINALIZACIÓN DE LA BARBARIE: LA CORTE PENAL INTERNACIONAL”²⁶, el Maestro español Juan Antonio CARRILLO SALCEDO²⁷ celebra el arribo al ESTATUTO DE ROMA, fruto del compromiso internacional en la sanción de aquellos comportamientos que afectan gravemente a la humanidad. El formalismo ritual del derecho penal, la dogmática en asuntos criminales, los postulados del garantismo, parecían levantarse, sin quererlo, en muro de protección de violadores de normas universales de convivencia.

El ER²⁸ presenta una estructura completa para el juzgamiento de asuntos de extrema gravedad penal que duelen sensiblemente a la humanidad entera y desarrolla, esquemática y metódicamente, cada uno de los estadios que un modelo penal debe contener. De manera global encontramos normas de parte general, de parte especial y de procedimiento penal, como también otras de carácter administrativo, de logística, a las

²⁵ Como Tribunal de Tokio se conoce el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, erigido para el juzgamiento de los criminales de guerra japoneses. Es coetáneo con el Tribunal de Nüremberg, tuvo funciones jurisdiccionales y ante él se desarrollaron los Juicios o Procesos de Tokio.

²⁶ CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, en la presentación de: LA CRIMINALIZACIÓN DE LA BARBARIE, La Corte Penal Internacional, Consejo General del Poder Judicial. MADRID, 2000 AA.VV.

²⁷ Eminentemente catedrático de Derecho Internacional Público y Director de la II Maestría en Jurisdicción Penal Internacional de la Universidad Internacional de Andalucía UNIA, año 2006.

²⁸ Se hace referencia al texto del ESTATUTO DE ROMA que se distribuyó como documento A/CONF.183/9 de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El ESTATUTO entró en vigor el 1º de julio de 2002. N. del Autor: Posteriormente se definió el crimen de agresión.

cuales nos hemos de referir de inmediato. No escapan normas instrumentales para sustentar el andamiaje de la nueva construcción, dentro de ellas con singular trascendencia las Reglas de Procedimiento y Pruebas y los Elementos de los Crímenes.

NORMAS DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO.

Los Estatutos penales, en su conformación esquemática, suelen iniciar su articulado consagrando expresamente los fundamentos en que se basa y que son aplicables para todas las descripciones punibles que luego ha de consagrar como modelos típicos. Les denomina Normas o Principios Rectores. Se contemplan aquí postulados de orientación filosófica, de política criminal y de contenido social, e incluso, de expresión religiosa. El ER no escapa a este prototipo y como Preámbulo, a manera de faro orientador invoca los estrechos lazos que unen los pueblos y sus culturas; las atrocidades que ha soportado la humanidad; la amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar que graves crímenes reportan; la impostergable urgencia de canalizar con compromiso internacional mecanismos que impidan la impunidad; el deber de los Estados de ejercer su jurisdicción contra los responsables de crímenes internacionales; los Propósitos y Principios de la ONU para la abstención de recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza, y en desarrollo de estos valores, se crea por la Organización la Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculante, como complementaria de las jurisdicciones penales nacionales. Tras la creación formal y legal de la Corte, se ocupa de la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable.

En sede de principios rectores, el ER consagra el Derecho Aplicable²⁹ por parte de la Corte e indica la preeminencia del ER, al lado de las Reglas de Procedimiento y Pruebas y los Elementos de los Crímenes. Subsidiariamente la Corte aplicará, cuando proceda, tratados, principios y normas de derecho internacional, incluido el derecho internacional de los conflictos armados³⁰. Y, en ausencia de ellos, podrá acudir a los

²⁹ Cfr. ER, Artículo 21 que dice: “Derecho aplicable. --- 1. La Corte aplicará: --- a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; --- b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; --- c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos. --- 2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. -- - 3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”

³⁰ Concepto de DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS (DICA). “La actividad castrense nunca fue ni será ajena a la ética y la moralidad pues todo militar debe responder por sus actos ante sí, ante su institución, ante la sociedad y ante Dios. El conocimiento cabal de las normas que rigen los tratados internacionales y las leyes de nuestro país otorgan al combatiente un respaldo fundamental para encuadrar a conciencia y legalmente, su conducta de hombre de bien en el plano profesional. A su vez, lo dota del discernimiento esclarecedor entre lo moral y lo inmoral, tanto en la guerra como en la paz, en resguardo de la dignidad humana, la que merece ser respetada en la persona

principios generales de derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo en cuanto no resulten incompatibles, como a decisiones propias asumidas con anterioridad; también dispone que la aplicación e interpretación que realice la Corte ha de conciliar con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción de ninguna especie. Este principio establece y a la vez limita el campo de aplicación del derecho por parte de la Corte. Es, sin duda, amplia garantía para los comprometidos en actos que se estiman violadores del ER.

La competencia material de la Corte se precisa taxativamente en el artículo 5º³¹ que señala la limitación a crímenes contra la humanidad en su conjunto, tal cual corresponde a un mandato de carácter internacional y a la filosofía y orientación de Naciones Unidas. La taxatividad ad inittio, debió ser condicionada a la posterior descripción del modelo punible de agresión, condicionamiento ya satisfecho a la fecha.

Obligada emerge entonces la referencia a cada uno de estos cuatro modelos típicos:

EL CRIMEN DE GENOCIDIO.

Iniciemos procurando precisar cómo se llegó a la tipificación de este crimen internacional³².

Camino al Genocidio.

PAZ MAHECHA al relatar la historia del genocidio y simultáneamente rendir homenaje a Rafael Lemkin³³, consigna:

de su contendiente y de la propia. «La obediencia debe ser valorada en su contenido ético, en su esencia, pero sobre todo en su legalidad», --- Condensa temas (...) ajustados a los contenidos de los Convenios de La Haya de 1907, de Ginebra de 1949 y de los Protocolos Adicionales. Tte Grl Martín Antonio Balza”. (N. del A. El documento agradece el aporte brindado a través del asesoramiento por la Delegación Regional para Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay del CICR y por el Grl BrJust (R-Art 62) Carlos Horacio Cerdá. Tomado literalmente de <http://www.taringa.net/posts/apuntes-y-monografias/3926836/Derecho-internacional-de-los-conflictos-armados.html>

³¹ ER, Artículo 5. --- Crímenes de la competencia de la Corte --- 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión. 2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

³² FRANCISCO LA PLAZA, le denomina genocidio.

³³ Raphael Lemkin, abogado y filósofo, a quien suele denominársele Padre de la Convención Sobre Genocidio. De él, dice el autor Paz Mahecha, se afirma que le obsesionaba la lectura con temas de atrocidad, como Quo Vadis?, que describe las masacres de conversos cristianos en el siglo I a manos del emperador romano Nerón. Su madre Bella ante un interrogante le respondió que una vez embarcado el Estado en exterminar a un grupo étnico o religioso, la policía y la ciudadanía se convertían en cómplices, en vez de ser los guardianes de la vida humana. También se informó sobre el saqueo de Cartago, las invasiones de los mongoles y la persecución de los hugonotes franceses. Tal vez por ello decidió dedicarse a poner fin a la destrucción de grupos étnicos. Fue su preocupación la suerte de los grupos humanos, la maldad

“Tradicionalmente se ha confundido el genocidio con las masacres, las matanzas colectivas, los homicidios múltiples y las campañas de exterminio, comportamientos que tienen profundas raíces en la historia de la humanidad; bastaría recordar solamente la destrucción de los indios de América, la mayor catástrofe engendrada por el hombre. Sin embargo y sin dejar de reconocer que en épocas pretéritas el exterminio y persecución de grupos humanos se realizó obedeciendo a razones políticas, religiosas, raciales, económicas o culturales, el horror y las atrocidades cometidas por los nazis en la Segunda Guerra Mundial despertaron en la conciencia universal la necesidad de crear instrumentos jurídicos que permitieran el castigo de los responsables por la destrucción de grupos raciales, religiosos, políticos y de otro orden, conductas que estuvieron presentes durante este período triste de la humanidad³⁴”.

La angustia de un aniquilamiento de la especie humana se evidenció tras la 2ª guerra. Las conductas humanas perpetradas exigían un juzgamiento lo que supuso la urgencia de brindar respaldo jurídico que diera protección a los grupos que soportaron el horror nazi. Pero se tropezaba con los principios de soberanía nacional y de legalidad que impedían un juicio penal. Para entonces el concepto obligaciones internacionales de los Estados no los comprometía y, de otro lado, tampoco existía una legislación internacional que permitiera que otros Estados intervinieran. La primera necesidad era replantear el dogma de la "soberanía", en forma tal que brindara protección tanto a los individuos como a los grupos humanos.

“Fue Raphael Lemkin un judío polaco y abogado, nacido el 24 de junio de 1900, al este de Polonia, quien alerta a la comunidad internacional sobre la necesidad de tipificar como delito contra el derecho de gentes (delicta juris gentium) conductas que comportan un peligro interestatal, en donde la voluntad del autor tiende no solamente a perjudicar al individuo, sino, en primer lugar a perjudicar la colectividad a la cual pertenece este último”, afirma Paz Mahecha³⁵

Lemkin cuestionaba que la bandera de la soberanía nacional cobijase quienes trataban de eliminar a toda una minoría. “Soberanía significa conducir una política interior y exterior independiente, construir escuelas, hacer caminos... todo tipo de actividad dirigida al bienestar popular: La soberanía no puede considerarse como el derecho a matar a millones de inocentes”. Para entonces la soberanía era un concepto sacrosanto que estaba por encima de los derechos individuales a la justicia.

Lemkin investigó códigos legales antiguos y modernos para buscar leyes que prohibieran las matanzas. Ocupó un cargo de fiscal local y, en 1929, empezó a trabajar en la redacción de una ley internacional que comprometiera a su gobierno y a los de los demás países a impedir la destrucción deliberada de grupos nacionales, étnicos y religiosos. Presenció episodios históricos que marcaron su compromiso con la preservación de los grupos humanos, como la fundación del Partido Obrero Alemán en 1919. Allí hace presencia Adolfo Hitler³⁶ y se inicia la historia del nacional-socialismo (1920).

y la impunidad con la que obraban los culpables. Durante la 1ª Guerra Mundial, mientras los armenios sufrían bajo el sombrío régimen de Talaat Pasha, la batalla entre rusos y alemanes llegó al umbral de la granja de los Lemkin. Sus padres enterraron los libros de la familia y sus escasos valores, y llevaron a los niños a esconderse en el bosque que rodeaba su tierra. En el curso de la lucha, la casa de la granja fue despedazada por fuego de artillería. Los alemanes se apoderaron de sus cosechas, ganado y caballos. Samuel, uno de los hermanos de Lemkin, murió en el bosque de pulmonía y desnutrición”.

³⁴ PAZ MAHECHA Gonzalo Rodrigo en: <http://www.raoulwallenberg.net/es/holocausto/articulos-65/genocidio/raphael-lemkin-padre/> Marzo 18 de 2010.

³⁵ PAZ MAHECHA cita anterior.

³⁶ En 1923, tras un fallido golpe de estado, Hitler es condenado a cinco años de prisión. Apresado escribe Mi lucha, que se convertiría en el evangelio del nazismo. Al recobrar su libertad (8 meses después) Hitler crea su propia fuerza armada, las milicias de asalto, las S.A. y las S.S., las que se entrenan contra los comunistas, los socialistas y los judíos. Para 1930 su partido tiene 107 diputados en el Reichstag y es apoyado por la extrema derecha, militares y hombres

El Tratado de Versalles tras la 1ª guerra mundial había impuesto a Alemania condiciones oprobiosas que muchos estiman como uno de los detonantes de la 2ª guerra mundial. El terreno estaba abonado para que las teorías nacionalistas de Hitler prosperaran y anunciando que Alemania necesita recuperar su "espacio vital", Hitler habla de la "Gran Alemania" a la que hay que unir bajo "una bandera, un pueblo, un país, un jefe" e inicia su campaña de anexiones pacíficas, mientras preparaba su maquinaria infernal. Entretanto las democracias siguen sin reaccionar³⁷.

"Lemkin se encuentra preocupado –continúa Paz Mahecha³⁸-, por el fenómeno de la destrucción de poblaciones enteras, de grupos nacionales, raciales o religiosos, tanto biológica como culturalmente y llama la atención por la falta de tipificación y castigo del crimen contra los grupos humanos y da la voz de alerta sobre Hitler. Ante la Quinta Conferencia de la Oficina Internacional para la Unificación del Derecho Penal, celebrada en Madrid en 1933 auspiciado por la Liga de Naciones, presenta un proyecto de ley que prohibía dos prácticas entrelazadas: "barbarie" y "vandalismo", con la intención de que los países asistentes los consideraran delicta iuris gentium, es decir perseguibles conforme al principio de represión universal, basado en la posibilidad de juzgar al delincuente por los Tribunales de un Estado con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad del autor. --- Lemkin no tenía duda de las verdaderas intenciones del nazismo, pues como él mismo lo afirma: 'Mucho antes de la guerra, los líderes nazis estuvieron anunciando al mundo y haciendo propaganda entre los mismos nazis, desvergonzadamente, del programa genocida que habían elaborado'. Como Hitler y Von Rundstedt, el filósofo oficial nazi Alfred Rosenberg declaró: 'La historia y la misión del futuro ya no significan la lucha de una clase contra otra, la lucha del dogma de la Iglesia contra el dogma, sino el conflicto entre sangre y sangre, raza y raza, pueblo y pueblo'.

Lemkin tenía una gran preocupación: los distintos ensayos por incorporar a la legislación internacional un delito en donde la voluntad del autor tiende no solamente a perjudicar al individuo, sino, en primer lugar, a perjudicar la colectividad a la cual pertenece este último´ habían fracasado en las Conferencias para la Unificación del Derecho Penal, celebradas en Varsovia (1927) y Bruselas (1930). Consideró inútil y superfluo incluir entre los delitos contra el derecho de gentes (delicta juris gentium) el terrorismo pues ´el concepto de peligro común en el cual se basa la fórmula de Varsovia es demasiado limitado; es necesario ampliarlo aún. No se trata, en particular, del peligro común, sino de un concepto más amplio, del peligro general, que queremos llamar peligro interestatal´. Estimó que ´[E]stas infracciones afectan no sólo el derecho del hombre, sino que sobre todo, minan los fundamentos incluso del orden social´ y advirtió que ´[E]l peligro constituido por estas acciones tiene la tendencia de volverse estable puesto que los efectos criminales, no pudiendo ser obtenidos por medio de un único acto punible aislado, requieren, toda una serie de acciones consecutivas´. Sus premoniciones encontrarían respuesta en las Técnicas de genocidio empleadas por el régimen nazi y que describió, con impecable precisión, en el Capítulo IX de su obra ´El dominio del eje en la Europa Ocupada (1944)´."

de negocios. En 1933 Hitler es nombrado Canciller y a raíz del incendio del Reichstag, acusa a los comunistas y se hace conceder poderes extraordinarios. Asume todo el poder dictatorial tras la muerte del Presidente Hindenburg. Cita y comentario de PAZ MAHECHA en ya link citado.

³⁷ Otras preocupaciones distraen al mundo como para atender las exaltaciones en Alemania: la guerra en el Extremo Oriente, la conquista de Etiopía por la Italia fascista; la guerra en España.

³⁸ Paz Mahecha cita anterior. En Lemkin confluyen varios aspectos que lo alientan a adelantar una verdadera gesta, a la que dedicó su vida, por la tipificación y castigo del crimen contra los grupos humanos: i) su preocupación, desde la infancia, por las masacres; ii) sus experiencias en la Primera y Segunda Guerra Mundial en donde perdió a la casi totalidad de su familia; iii) su conocimiento de derecho internacional y iv) sus estudios en filología y lingüística.

Es preciso, entonces, una descripción de la conducta que comprenda esas modalidades. En un primer esfuerzo se asevera que debe entenderse la barbarie como 'las acciones de exterminio dirigidas contra las colectividades étnicas, religiosas o sociales cualesquiera que sean los motivos (políticos, religiosos, etc); como por ejemplo masacres, acciones emprendidas para arruinar la existencia económica de los miembros de una colectividad, etc.', concepto dentro del se incluyen toda clase de manifestaciones de brutalidad por las cuales el individuo es alcanzado en su dignidad, en casos donde estos actos de humillación tengan su fuente en la lucha de exterminio dirigida contra la colectividad' y vandalismo como 'la destrucción organizada y sistemática de las obras que están en el dominio de las ciencias, o en el de las artes o de las letras, que son el testimonio y la prueba del alma y la ingeniería de esta colectividad'. Resalta en ambos conceptos el no disimulado anhelo de proteger grupos humanos. El documento expuesto ante la V Conferencia para la Unificación de Derecho Penal, pre-aprobado por el Presidente de la Comisión Polaca de Cooperación Jurídica Internacional establece:

“Art. 1) Cualquiera que, por odio respecto a una colectividad racial, religiosa o social, o con miras al exterminio de ésta, emprenda una acción punible contra la vida, la integridad corporal, la libertad, la dignidad o la existencia económica de una persona que pertenece a tal colectividad, es pasible, por el crimen de barbaridad, a la pena de (...) a menos que su acción esté prevista en una disposición más severa del Código respectivo. --- . El autor será pasible de pena, si su acción se dirige contra una persona que declara su solidaridad con una colectividad similar o que se pronuncia en favor de ésta.

”Art. 2) Cualquiera que, por odio contra una colectividad racial, religiosa o social, o con miras al exterminio de la misma, destruyere sus obras culturales o artísticas, será pasible por el crimen de vandalismo a una pena de (...) a menos que su acción esté prevista en una disposición más severa del Código respectivo”.

La propuesta no tuvo general acogida. En Polonia el gobierno antisemita de Varsovia la rechazó porque fortalece la condición de los judíos, 'insulta a nuestros amigos alemanes', se dijo, y despidió a Lemkim de su cargo de vicefiscal por negarse a contener sus críticas a Hitler.

En 1935, Hitler como Führer y Canciller del Reich, promulgó en Nüremberg la Ley «para salvaguardar la sangre alemana y el honor alemán»³⁹. En 1938, en la noche del 9 de noviembre, fueron destruidas en Alemania todas las sinagogas. Para 1939, los nazis invaden Polonia, y se redacta una orden sobre eutanasia destinada exclusivamente al exterminio de judíos⁴⁰. La “solución final al problema judío” era parte de un 'proceso preconcebido: exterminar a todo ser humano «imperfecto», vidas «carentes de valor»; el exterminio nazi fue una extensión lógica de las ideas sociobiológicas y las doctrinas

³⁹ Esta ley proclamaba: «Persuadido de que la pureza de la sangre alemana es condición primordial para la perpetuación del pueblo alemán, y animado por la voluntad inquebrantable de asegurar el futuro de la Nación alemana para todos los tiempos, el Reichstag ha aprobado unánimemente la Ley que se especifica a continuación». Cita y comentario de PAZ MAHECHA en ya link citado

⁴⁰ La redacción se atribuye directamente a Hitler y la ley establece: «[E]l dirigente Bouhler y el doctor en medicina Brandt quedan autorizados, bajo su responsabilidad, a ensanchar el margen de atribuciones reconocido a determinados médicos con objeto de poder administrar una muerte misericordiosa a aquellos enfermos que, tras un análisis exhaustivo de su dolencia dentro de las posibilidades humanas, resulten ser incurables». Se hace necesario resaltar que entre estos judíos incurables se encontraban esquizofrénicos, oligofrénicos, epilépticos de brotes periódicos y, a veces, simplemente homosexuales⁴⁰. Cita y comentario de PAZ MAHECHA en ya link citado

eugenésicas anteriores al III Reich y al problema judío, que valoraba la «calidad racial». Seis millones de judíos fueron exterminados por los nazis⁴¹.

Días después de la invasión de Polonia se recomendó a todos los hombres aptos para el servicio trasladarse a la capital. Lemkin acató. La Luftwaffe bombardeó e incendió el tren que los conducía. Lemkin salvó su vida y presencié el ataque de bombarderos alemanes a un tren repleto de refugiados y también a un grupo de niños acurrucados cerca de las vías. Tres de sus compañeros de viaje cayeron muertos en un ataque aéreo. Cientos de los polacos con quienes viajó perecieron por fatiga, hambre y enfermedad.

En 1939, los soviéticos invadieron Polonia con el propósito de “proteger a los ucranianos y a los rusos blancos⁴²”. En ese mismo año Lemkin llegó a un poblado en la parte de Polonia bajo ocupación soviética, pensaba ir a Suecia y luego a Estados Unidos. En calidad de asilado llegó a Suecia y dictó cátedra de derecho internacional en la Universidad de Estocolmo. Recolecto los decretos legales de los nazis en cada país que ocupaban con las cuales esperaba demostrar las maneras siniestras en que servía la ley para propagar el odio e incitar al asesinato. También esperaba que los decretos y ordenanzas en las propias palabras de los nazis harían las veces de “evidencia objetiva e irrefutable” para las legiones de escépticos de lo que él denominaba el “ciego mundo”.

En 1941 Lemkin llega a Estados Unidos, país que había idealizado, en donde se dedicó a difundir una campaña acerca de los crímenes de Hitler, a comprobar que Alemania estaba exterminando a los judíos. En 1942, laboró en la Comisión de Guerra Económica y la Administración de Economía Exterior en Washington, distrito de Columbia, y en 1944 el Departamento de Guerra lo contrató como experto en derecho internacional. Contactó al presidente Roosevelt y sugirió que Estados Unidos adoptara un tratado que impidiera la barbarie e instaba a que los aliados declararan la protección de las minorías europeas como una meta central de la guerra, la propuesta se consideró difícil en el momento pero USA reconoció el peligro que corrían esos grupos humanos. Se le pidió paciencia y comentó: “Paciencia’ es una buena palabra para cuando se espera un puesto, un subsidio o la construcción de un camino. Pero cuando la víctima ya tiene la soga al cuello y es inminente la estrangulación, ¿no es acaso la palabra ‘paciencia’ un insulto a la razón y a la naturaleza?”. Creía que se cometía un “doble asesinato”: uno de los nazis contra los judíos y otro por parte de los aliados, quienes estaban enterados de la campaña de exterminio de Hitler pero se resistían a publicarla o denunciarla. No consiguió apoyo para proteger a los judíos en peligro. Los aliados se negaron a denunciar las atrocidades de Hitler pero asilaron a los judíos de Europa, y bombardearon los ferrocarriles que iban a los campos de concentración nazis. Winston Churchill en 1941 declaraba: “Toda Europa ha sido devastada y pisoteada por las armas mecánicas y la furia bárbara de los nazis [...] A

En agosto de 1939, seis años después de la conferencia de Madrid, Hitler se reunió con sus jefes militares y pronunció un discurso tristemente célebre: son los vencedores los que escriben los libros de historia. Dijo: “[F]ue a sabiendas y despreocupadamente que Gengis Khan mandó a miles de mujeres y niños a su muerte. La historia lo ve sólo como el fundador de un Estado [...] El objetivo de una guerra no es alcanzar determinadas líneas geográficas, sino aniquilar físicamente al enemigo. Es de esta manera como obtendremos el indispensable espacio vital que necesitamos. ¿Quién menciona la masacre de los armenios hoy en día?”. Cita y comentario de PAZ MAHECHA en ya link citado.

⁴² Se cumplía el Pacto Molotov-Ribbentrop, que contenía unas cláusulas secretas que preveían el reparto de Polonia, así Alemania queda con la parte más rica, con 22 millones de habitantes y Rusia con 200.000 kilómetros cuadrados y una población de 13 millones de habitantes. Cita y comentario de PAZ MAHECHA en ya link citado.

medida que avanzan sus ejércitos, son exterminados distritos íntegros. Estamos en presencia de un crimen que no tiene nombre”.

Lemkin, convencido de su causa continúa en ella. Y se afana por encontrar un término apropiado que describa los ataques a todos los aspectos de la nacionalidad: físicos, biológicos, sociales, culturales, económicos y religiosos, para los cuales el de asesinato en masa no es suficiente.

Su doctrina se va consolidando:

En la Ponencia presentada en la V Conferencia para la Unificación del Derecho Penal. Madrid, 1933. sienta su doctrina al considerar que la noción de delitos contra el derecho de gentes (*delicta iuris gentium*) proviene de la lucha solidaria de la comunidad civilizada contra la criminalidad; defiende el principio de represión universal, la posibilidad de juzgar al delincuente aprehendido (*forum loci deprehensionis*), cualquiera que haya sido el lugar, el crimen y la nacionalidad del autor; sostiene que la creación del terrorismo como un delito contra el derecho de gentes es ”superfluo e insuficiente” pues no comprende las acciones nocivas y peligrosas para la comunidad internacional; y añade que ”estas infracciones afectan no solo el derecho del hombre, sino que sobre todo, minan los fundamentos incluso del orden social”. Es este, un claro precedente de lo que posteriormente él mismo denominaría genocidio. Presentó un proyecto de texto en el que se tipifican como delitos contra el derecho de gentes la barbarie, el vandalismo, la provocación de catástrofes, la interrupción de comunicaciones y la contaminación humana.

En el documento *El dominio del eje sobre la Europa Ocupada*, Lenkim, 1944, por primera vez aparece el neologismo genocidio, acuñado por él mismo. Lo presenta ”como la destrucción de una nación o de un grupo étnico (...) como un plan coordinado de diferentes acciones que buscan la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida de grupos nacionales con el propósito de aniquilar a estos mismos grupos”; advierte cómo “este crimen tiene como objetivo la desintegración de las instituciones políticas y sociales, de la cultura, de los sentimientos nacionales, de la religión y de la existencia económica de grupos nacionales y la destrucción de la seguridad personal, de la libertad, de la salud, de la dignidad e incluso de la vida de los individuos que pertenecen a tales grupos”. Reafirma: “El genocidio se dirige contra el grupo nacional como entidad y las acciones implicadas están dirigidas contra los individuos, no como tales sino como miembros del grupo nacional”. Se empieza a perfilar un concepto de bien jurídico supraindividual. Con absoluta precisión y detalle describe las técnicas genocidas en ocho campos: político, social, cultural, económico, biológico, físico, religioso y moral y sugiere introducir la definición de genocidio en el Reglamento de La Haya, es -concluye- “no sólo un problema de guerra sino de paz y, por ello, la represión debe basarse en el Derecho Internacional y en el Derecho interno de cada país, adecuando su Constitución y su Código Penal para brindar protección a los grupos minoritarios frente a prácticas genocidas”. Visionario de estas situaciones expresa que la obediencia debida debe ser excluida como causal de justificación y que deben responder quienes imparten las órdenes como los que las ejecutan y que se debe adoptar el principio de represión universal, según el cual ”el culpable estará sujeto a ser juzgado no sólo en el país donde cometa el crimen, sino también en el evento de que se fugara de allí, en cualquier otro país donde se haya refugiado”, debe ser incluido en la lista de *delicta iuris gentium*. Lemkin habla de la responsabilidad colectiva, pues, ”La presente destrucción de Europa no sería completa y perfecta si el pueblo alemán no hubiera aceptado

con libertad el plan nazi, participando de buen grado en su consecución, y del que hasta ahora ha sacado gran partido”, declara inaceptable que funcionarios superiores alemanes alegaran el cumplimiento de órdenes, pues “todas las clases y grupos importantes de la población asistieron por su voluntad a Hitler en su designio de dominación mundial”. Hoy se habla de conductas como formas omisivas de comisión y de “obediencia querida”.

En “Genocidio. Un crimen moderno” Abril de 1945⁴³, afirma que el genocidio es un fenómeno demasiado desastroso como para quedar en una ley fragmentaria. Pide un mecanismo de cooperación internacional para el castigo de los culpables. Hay aquí una versión mucho más elaborada del crimen de genocidio y de los elementos que lo constituyen. Es un aporte significativo para el Derecho penal en cuanto incorpora elementos que van a ser definitivos, tanto para la discusión en el ámbito de la Convención como para la doctrina. Habla del elemento intencional que lo distingue de los crímenes contra la humanidad: la destrucción de grupos nacionales, religiosos o sociales, y precisa que el bien jurídico protegido es el derecho a la existencia de grupos humanos.

En Genocidio, Abril de 1946⁴⁴, formuló a las Naciones Unidas llamado “para suscribir un tratado internacional que tipifique el genocidio como un crimen internacional ya sea que ocurra en tiempos de paz o de guerra; que sea tipificado como una conspiración cuya finalidad pretende el exterminio de grupos humanos a través de ataques contra la vida, la libertad o la propiedad; reclama que los países signatarios incluyan en su legislación penal este crimen perseguible a través de la represión universal; niega el carácter de delito político a este crimen y exige investigaciones serias en contra de los acusados; señala como responsables a quienes dieron las órdenes como a los que las ejecutaron, al igual que a los apologistas y a los que por omisión hayan tolerado el crimen; precisa que los Estados comprometidos deben responder internacionalmente ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que también podrá conocer de peticiones individuales elevadas por miembros de grupos humanos víctimas de genocidio; reafirma la necesidad de modificar la legislación internacional, de tal manera que un cuerpo internacional como la Cruz Roja Internacional verifique la situación de la población civil en los países ocupados durante la guerra y la posibilidad de que existan tratados bilaterales o regionales para una mayor protección contra el genocidio”.

Ante la Asamblea General de la ONU en Lake Success en 1946, retomó sus argumentos presentados en la Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal celebrada en Madrid, en 1933. Redactó una resolución que fue firmada por los representantes de Cuba, India, y Panamá como patrocinadores y con el apoyo de la delegación de los Estados Unidos, logró que se incluyera la resolución en la agenda de la Asamblea General. Con algunas modificaciones, la Asamblea General de la ONU, el 11 de diciembre de 1946, aprobó, por unanimidad, la Resolución 96 (I). No sin razón había expresado: “Sólo el hombre tiene la ley. La ley debe construirse... ¡Uno debe construir la ley!”⁴⁵

⁴³ Este artículo, apareció, por primera vez, durante la Segunda Guerra Mundial, en la publicación Free World. Cita y comentario de PAZ MAHECHA en ya link citado

⁴⁴ Este artículo fue publicado en American Scholar, en abril de 1946, Cita y comentario de PAZ MAHECHA en ya link citado.

⁴⁵ Cita y comentario de PAZ MAHECHA en ya link citado.

En El Genocidio como un crimen bajo el derecho internacional, 1946, artículo redactado terminada la guerra y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 96 (I) de 1946, que él mismo redactó. Aquí sostuvo: “Al declarar el genocidio como un crimen bajo el derecho internacional y convertirlo en un problema de interés internacional, se ha establecido el derecho de intervención en nombre de las minorías que son señaladas para su destrucción.” Ya no es necesario un tratado específico pues cuenta con la aceptación de las Naciones Unidas, pero insiste en que se tipifique el crimen de genocidio en las legislaciones penales de los Estados.

En “El Genocidio como un crimen bajo el derecho internacional. 1947”. Lemkin discrepó abiertamente porque los acusados no fueron condenados por genocidio en el juicio de Nüremberg⁴⁶, y dejó plasmado: “Finalmente, los Estatutos se interpretaron como que los actos inhumanos y las persecuciones a la población civil serían penalizados sólo cuando se cometieran durante o en relación con la guerra. Desde el punto de vista del derecho internacional, sin embargo, los actos cometidos antes de la guerra, por Alemania sobre sus ciudadanos, fueron más significativos. Si el Tribunal hubiera castigado tales actos, se hubiera sentado un precedente para efectos de que se evitara que un gobierno destruyera grupos entre sus propios ciudadanos”.

En la Convención para la prevención y sanción del genocidio. 1948. El secretario general de la ONU, solicita a Lemkin, asistido de los destacados juristas Vespasiano Pella y Donnedieu De Fabres, que ayude a preparar el primer borrador de la Convención sobre Genocidio y el 9 de diciembre de 1948, la Asamblea General votó y aprobó la Convención para la prevención y sanción del genocidio. Por primera vez las Naciones Unidas adoptaba un tratado sobre derechos humanos, con 55 delegados que votaron por el sí y cero (0) en contra. Fue su gran triunfo. Ahora dedica todos sus esfuerzos a conseguir que los Estados ratifiquen la Convención.

En 1950, el vigésimo país ratificó el Convenio sobre Genocidio, y se convirtió en crimen internacional.

La poetisa Gabriela Mistral diría: “La Convención sobre Genocidio reclama el respeto y el apoyo de todos. No debería nunca ser debilitada o eludida con medidas adversas... el éxito actual de la Convención sobre Genocidio y su mayor éxito mañana pueden ser atribuidos al hecho de que responde a necesidades y deseos de una naturaleza universal: la palabra genocidio involucra en sí misma un juicio moral sobre un mal, en el que todo hombre y mujer sensibles coinciden”.

Colombia aprobó la Convención en 1959 y en el año 2000, mediante ley 599, tipificó el genocidio como delito en el Código Penal. Los Estados Unidos ratificaron la Convención en 1988.

Ráphael Lemkin que fue nominado para el Premio Nóbel de la Paz en 1950, 1951, 1952, 1955, 1956, 1958 y 1959. Comenzó a redactar una historia del genocidio en cuatro tomos. El primero, que casi completó, tendría el título “Introducción al estudio del

⁴⁶ A pesar de que Lemkin hizo presencia en Nüremberg para que los acusados fueran condenados por genocidio, sólo logró que las acusaciones incluyeran cargos por genocidio -por primera vez se escuchaba la palabra genocidio en un espacio internacional-; pero finalmente se decidió que los actos cometidos antes de que estallara la guerra no eran delitos punibles. Si bien los acusados nazis fueron enjuiciados por las atrocidades cometidas durante la segunda Guerra Mundial, no fueron condenados por los delitos cometidos antes. Cita y comentario de PAZ MAHECHA en un link citado

genocidio”; el segundo trataría del genocidio en la antigüedad; el tercero, en la Edad Media; y el cuarto, hasta los tiempos modernos. Su esfuerzo fracasó. A cambio el 2 de septiembre de 1998, el Tribunal Internacional para Ruanda dictó la primera sentencia condenatoria por el crimen de genocidio⁴⁷; el 2 de agosto de 2001, el Tribunal Internacional para Yugoslavia condenó al general Krstic a la pena de 46 años de prisión, como responsable de genocidio; el 13 de abril de 2001, el TPIR condenó a Paul Bisengimana, exalcalde de la comuna de Gikoro, en Kigali, capital de Ruanda, a 15 años de prisión, por genocidio y crímenes contra la humanidad. La Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, empieza a mostrar resultados tangibles cuando se tiene la decisión política y el compromiso con la humanidad de que estos hechos no se repitan nunca. Lemkym murió en 1959, su lápida reza: “Doctor Raphael Lemkin (1900-1959), Padre del Convenio sobre Genocidio”. Fallece cuando aún no se consagra el ESTATUTO DE ROMA.

Tipificación del crimen de Genocidio

Del conjunto de crímenes a los que se refiere el Estatuto de Roma, el crimen de genocidio ha sido la figura cuya inclusión en el ámbito de la competencia material de la Corte suscitó menos problemas durante el proceso de elaboración del Estatuto (art. 6). Ello se ha debido a que las disposiciones de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, se consideran hoy en día reflejo del derecho internacional consuetudinario en función del amplísimo y significativo número de Estados que son parte de la misma.

Así, ya en el Proyecto de la CDI de 1994, el genocidio se distinguía del resto de la categoría de crímenes que se incluían en el ámbito de la competencia material de la Corte como un core-crime, en relación con el cual la Corte tendría competencia inherente, sin necesidad de una aceptación expresa por los Estados partes en el Estatuto. Con todo, esta competencia inherente sólo funcionaba en relación con los Estados partes en la Convención sobre genocidio, ya que en caso contrario el Estado tenía que ceder su competencia conforme a alguno de los mecanismos establecidos en el art. 21 del Proyecto de la CDI de 1994.

Posteriormente, durante los trabajos del Comité preparatorio, se discutió acerca de la conveniencia de ampliar la definición contenida en el art. II de la Convención con el objeto de incluir dentro de los grupos objeto de protección a los miembros de un grupo político o social.

Pero, para evitar la ruptura del consenso en torno al concepto de genocidio y los problemas que posteriormente se podían plantear en los ordenamientos internos de los Estados partes en el Estatuto, se optó por incluir dentro de la figura de los crímenes de lesa humanidad (art. 7.1 .h), la persecución de un grupo fundada en otros motivos distintos de los que caracterizan al crimen de genocidio según la Convención de 1948. En

⁴⁷ El acusado Jean Paul Akayesu fue condenado a cadena perpetua al encontrarse culpable de los cargos de genocidio, de instigación directa y pública a cometer genocidio y de tres cargos de homicidio intencional, de exterminio, de tortura, de violación y de otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad.

consecuencia, el Estatuto recoge el mismo concepto de genocidio que la Convención de 1948, entendiendo por tal los «actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal», siendo la misma solución que se recoge en el Proyecto de Código de crímenes[^] de 1996 (art. 17), el Estatuto del TPIY (art. 4) y en el Estatuto del TPIR (art. 2).

LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD

Concepto y elementos definitorios

Los crímenes de lesa humanidad constituyen otra de las categorías de crímenes sobre la que, desde un principio, existía consenso acerca de la necesidad de su inclusión en el Estatuto de Roma (art. 7.1). Ello no impidió, sin embargo, que a lo largo del proceso de elaboración del Estatuto se planteasen problemas y diferencias de opinión en la elaboración de su definición y en la tarea de precisar los comportamientos ligados a la comisión de crímenes de esta naturaleza.

En relación con el primero de los aspectos mencionados, el Estatuto sigue básicamente el concepto de crimen de lesa humanidad avanzado por el art. 18 del Proyecto de Código de crímenes de 1996. Como ha apuntado Robinson, los elementos definitorios que se recogen dentro de este concepto hacen referencia a los siguientes aspectos:

La ausencia del requisito de la conexión con un conflicto armado.

El carácter generalizado o sistemático del ataque contra una población civil.

La ausencia del requisito de la existencia de motivos discriminatorios.

El elemento del conocimiento de dicho ataque.

LOS CRIMENES DE GUERRA

La figura de los crímenes de guerra fue, sin duda, la categoría de todas las que integran la competencia material de la Corte Penal que fue objeto de mayores discusiones durante el proceso de elaboración del Estatuto. Las dificultades que se plantearon a propósito de los crímenes de guerra se debieron a distintas razones, tanto de índole formal como de orden material. Entre las primeras se sitúa la búsqueda de la utilización de una terminología adecuada que resultase omnicomprensiva para todas las

infracciones de esta naturaleza que resultasen incluidas dentro de la competencia de la Corte. De ahí la opción por la noción de «crimen de guerra», que ya había sido utilizada en el Proyecto de Código de crímenes de 1996, frente a otras denominaciones más confusas a las que se recurría en el Proyecto de Código de crímenes de la CDI de 1991 y en el Proyecto de Estatuto de la CPI de la CDI de 1994.

En el plano sustantivo, las discusiones se centraron en la determinación de las violaciones de las normas del DIH que debían considerarse suficientemente graves como para incluirse en el Estatuto y, particularmente, en la cuestión relativa a la inclusión de los conflictos armados de carácter interno. A ello hay que añadir, además, la voluntad de incluir y ampliar el grado de protección de las normas del DIH existentes a la vista de la práctica internacional más reciente, especialmente de la aportada por los estatutos y la jurisprudencia de los TPIY y TPIR.

EL CRIMEN DE AGRESIÓN.

La muy compleja definición del crimen de agresión obligó a que su descripción típica se aplazara por un tiempo⁴⁸. Para el año 2010, la Conferencia de Revisión, invocando los artículos 12º-1 y 5º-2 del ER, activó la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión⁴⁹; sancionó las enmiendas a los Elementos de los Crímenes; y aprobó los entendimientos respecto de la interpretación de las enmiendas mencionadas⁵⁰. En tres anexos desarrolla la temática así:

Anexo I, referido a las Enmiendas al ER de la CPI dispone suprimir el párrafo 2 del artículo 5 e insertar el texto siguiente a continuación del artículo 8:

Artículo 8 bis. Crimen de agresión. --- 1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974,

⁴⁸ ER. Artículo 5º-2: La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

⁴⁹ La Resolución establece que la Comisión de Revisión, se declara resuelta a activar la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión a la mayor brevedad posible; y que la Resolución está sujeta a ratificación o aceptación para que luego entre en vigor. Además de las enmiendas al Estatuto, sancionó las enmiendas a los Elementos de los Crímenes; aprobó los entendimientos respecto de la interpretación de las enmiendas acordadas: revisó las enmiendas relativas al crimen de agresión siete años después del inicio del ejercicio de la competencia de la Corte; y Exhortó a todos los Estados Partes para que ratifiquen o acepten las enmiendas contenidas en el anexo I conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 121 del ER.

⁵⁰ RC/Res.6 (advance version). Aprobada por consenso, el 11 de junio de 2010, en la decimotercera sesión plenaria.

cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

Esta tipificación llena el espacio vacío que contenía el ER (artículo 5°-2). Ciertamente la definición del crimen de agresión, resultó en extremo complicada. Los atentados contra la paz pueden parecer justificados para el agresor. En sede de este tema, los tribunales ad-hoc, vivieron la angustia de una precisión sobre el alcance y contenido de la modalidad de agresión. Ha de reconocerse la ardua labor de la Comisión que, como consta en las Actas no fue del todo pacífica en sus deliberaciones.

A la descripción del crimen de agresión tenía que sobrevenir el ejercicio de la competencia para el mismo. Por ello la Resolución RC/Res.6 dispuso insertar el texto siguiente a continuación del artículo 15 del ER:

Artículo 15 bis. --- Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión. (Remisión por un Estado, proprio motu) --- 1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo. --- 2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. --- 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de --- conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1° de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. --- 4. La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y el Estado Parte dispondrá de un plazo de tres años para tomarla en consideración. --- 5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo. ---6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes. --- 7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión. --- 8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el

Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16. ---- 9. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto. ---- 10. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5.”.

A continuación del Artículo 15 bis del ER, la Resolución inserta el Artículo 15 ter que regula el ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión pero por Remisión por el Consejo de Seguridad, no por un Estado proprio motu. Mutatis mutandis, las disposiciones siguen las pautas del literal 15 bis. 1.

Pero también decidió:

Insertar en el artículo 25 el numeral 3 bis, que dispone: “Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”.

Sustituir la primera oración del párrafo 1 del artículo 9 ER por la oración siguiente: 1. Los Elementos de los Crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis.

Sustituyó el encabezamiento del párrafo 3 del artículo 20 del ER párrafo siguiente; el resto del párrafo no se modifica: 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 u 8 bis a menos que el proceso en el otro tribunal:

Consolidada la estructura legal del crimen de agresión en el ER, es de esperarse que los atentados contra la paz se reduzcan de manera significativa en todo el mundo, pero también que en cuanto conmuevan al mundo por su ocurrencia, los autores sean sometidos a la justicia penal interna o complementaria y ejemplarmente sancionados los responsables.

Anexo III. En este anexo final la Resolución se ocupa de los Entendimientos sobre las enmiendas. Relativas a Remisiones por el Consejo de Seguridad; y a la Competencia *ratione temporis* ora; declara el entendimiento según el cual, se entiende que la agresión es la forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza, y que una determinación sobre si un acto de agresión ha sido cometido requiere el examen de todas las circunstancias de cada caso particular, incluyendo la gravedad de los actos correspondientes y de sus consecuencias, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Y también que para determinar la gravedad de un acto de agresión o una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, los tres elementos de características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación, como también que ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta.

RELACIONES

En estas categorías se evidencia de manera ostensible la estrecha relación entre los DDHH, el DIH y el DPI.

Es notorio que el afán por delimitar y precisar los criterios sustanciales y los elementos integradores de cada una de las cuatro modalidades finalmente adoptadas en el ER, no resultó tarea fácil. Un espacio amplio, global, informado por todos los instrumentos que tienen carácter internacional, un conjunto de figuras contempladas en normas de DDHH, del DIH y del DIDH, por un lado y, por el otro, un espacio restringido, limitado, reducido tan solo al Estatuto de Roma, muestran momentos de imprecisión y confusión, una matanza de un grupo humano deambula entre genocidio, lesa humanidad, crimen de guerra o crimen de agresión de manera que la estricta tipificación aparece como incierta. Por lo que se refiere al primero de estos ámbitos, se encuentran modalidades profundamente interrelacionadas, en la medida en que todas las categorías confluyen en el objetivo común de la protección de la persona humana, en el camino a la convivencia. Se integran en este apartado: los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad, figuras todas ellas que llevan aparejadas, clara y expresamente, la responsabilidad penal del individuo. En virtud de estas relaciones, los actos que les dan contenido son muy similares desde un punto de vista material, diferenciándose desde el punto de vista conceptual en función del contexto en el que resulten cometidos.

Así, la figura de los crímenes de guerra resulta de las violaciones de un conjunto de normas del DIH, de naturaleza consuetudinaria y convencional, que señalan la responsabilidad penal del individuo por actos cometidos en el marco de conflictos armados y contemplado en los cuatro convenios de Ginebra que enumeran una serie de comportamientos que se consideran «infracciones graves» y que generan la responsabilidad penal del individuo. El genocidio aparece tipificado en la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948⁵¹, como crimen internacional, en tanto los crímenes contra la humanidad, también de origen consuetudinario, integran un modelo en proceso de desarrollo a partir de su configuración como tal categoría autónoma en el Estatuto de los tribunales militares de Nüremberg y Tokio y luego por el TPIY y el TPIR. Y en torno a la protección del ser humano internacionalmente se consagran modalidades que sin incorporarse al ER si pueden dar lugar a la responsabilidad penal del individuo, entre las que se incluyen las relativas a la esclavitud, el crimen de apartheid y la tortura.

La responsabilidad penal del individuo aparece también recogida en un conjunto de instrumentos internacionales que carecen de unidad temática, en la medida en que tienen un carácter específico y sectorial. Estas normas encuentran un elemento aglutinador en el hecho de que están destinadas a reprimir determinados comportamientos que, sin perjuicio de mayores precisiones, puede decirse que resultan contrarios a los intereses internacionales o a un principio de interés internacional. En este sentido, la técnica

⁵¹ El artículo 1 se señala que «las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar».

de tipificación empleada en estos convenios no permite establecer con claridad si estamos ante crímenes internacionales en sentido estricto que generan la responsabilidad penal internacional del individuo. Para llegar a esta consideración, además del texto de las disposiciones del instrumento en cuestión, cobra gran importancia el mecanismo de sanción que lleve aparejado el convenio, que suele ser el de la incorporación de un sistema de jurisdicción universal, basado en el principio *aut dedere aut indicare*. Se incluyen en esta categoría los delitos contra la seguridad aérea internacional y la seguridad en el mar, la piratería, los delitos contra personas internacionalmente protegidas, el tráfico ilícito de estupefacientes y otras figuras ligadas a distintas formas de terrorismo internacional.

NORMAS DE DERECHO PENAL ADJETIVO

La gama de institutos y reglamentos que el ER consagra y desarrolla en torno a la instrumentalización de los procedimientos resulta absolutamente interminable. Puede afirmarse que no hay un aspecto del cual no se ocupe. Las comisiones que durante largas sesiones en muchos años fueron construyendo el rito a seguir, lo hicieron de manera metódica y exhaustiva, brindando un código acabado. Pero si algo faltase, las Reglas de Procedimiento y Pruebas y los Elementos de los Crímenes que lo complementan llenan cualquier vacío en forma tal que bien puede pronosticarse que el desarrollo de los procedimientos se cumplirá sin obstáculos.

Esa gama implica afirmar que el tema fue celosamente tratado. Acaso pueda suponerse que la definición de los modelos típicos -de suyo difícil- es tarea de menor envergadura que los trámites rituales. Por ello debieron ser muchos los institutos que debieron ajustarse o actualizarse y, seguramente, conciliarse.

En este estadio nos ocuparemos de aquellas figuras que a nuestro entender merecen subrayarse. Como metodología, a la arbitraria selección le brindaremos respeto por el orden de aparición en el cuerpo del ER.

En este orden de ideas, seleccionamos como temas:

ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES.

Los Elementos de los Crímenes son establecidos en el artículo 9° del ER⁵² y se dispone su forma de aprobación. Este mandato fue cumplido a cabalidad por la

⁵² Artículo 9.- Elementos de los crímenes.- 1. Los Elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. ---- 2. Podrán proponer enmiendas a los Elementos de los crímenes: a) Cualquier Estado Parte; b) Los magistrados, por mayoría absoluta; c) El Fiscal. ---- Las enmiendas serán aprobadas por

Asamblea de los Estados partes se constituye en primordial elemento para la interpretación y aplicación del Estatuto. Dedicaremos buen espacio a este trascendental tema.

La Asamblea de los Estados parte de la CPI reunida en Nueva York en septiembre de 2002 aprobó las “Reglas de Procedimiento y prueba” y los “elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional”, por su parte Colombia, mediante Ley 1268 de 2008⁵³, aprobó estos instrumentos⁵⁴.

Las “Reglas de Procedimiento y Prueba” y los “Elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional”, constituyen un instrumento para la aplicación del ER, le guardan subordinación y en su elaboración se procuró evitar la reiteración o repetición, acatando el contenido del artículo 51, párrafos 4 y 5 del ER⁵⁵. Todos los casos deben interpretarse conjuntamente con las disposiciones del Estatuto y con sujeción a ellas y, además, no afectarán a las normas procesales aplicables en un tribunal o en un sistema jurídico nacionales.

El instrumento internacional predica las siguientes REGLAS y en su desarrollo se divide en Capítulos, Secciones, Subsecciones, Reglas, Subreglas, reglas provisionales, acápite, numerales y literales para una correcta organización. Su estructura es, ciertamente, la que corresponde a un verdadero código de carácter internacional. Macroscópicamente encontramos:

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES. Regla 1 Términos empleados.- Regla 2 Textos auténticos.- Regla 3 Enmiendas.

CAPÍTULO 2. DE LA COMPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA CORTE.- Sección I. Disposiciones generales relativas a la composición y administración de la Corte. Regla 4 Sesiones plenarias.- Regla 5 Promesa solemne con arreglo al artículo 45

Regla 6 Promesa solemne del personal de la Fiscalía y de la Secretaría y de los intérpretes y traductores. Regla 7 Magistrado único, con arreglo al párrafo 2 b) iii) del artículo 39.- Regla 8 Código de conducta profesional.-

una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. --- 3. Los Elementos de los crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto.

53 Cfr. Ley 1268 de 2008, Diario Oficial 47.219 (diciembre 31) por medio de la cual se aprueban las “reglas de procedimiento y prueba” y los “elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional”, aprobados por la Asamblea de los Estados Parte de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002.

⁵⁴ Textualmente DECRETA: Artículo 1°. Apruébanse las “Reglas de Procedimiento y Prueba” y los “Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional”, aprobados por la Asamblea de los Estados Partes de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002. --- Artículo 2°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1944, las Reglas de Procedimiento y Prueba” y los “Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional”, aprobados por la Asamblea de los Estados Partes de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002, que por el artículo 1° de esta ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

55 Reglas de Procedimiento y Prueba. Artículo 51. -- --- 1. Las Reglas de Procedimiento y Prueba entrarán en vigor tras su aprobación por mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. --- 2. Podrán proponer enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba: --- a) Cualquier Estado Parte; --- b) Los magistrados, por mayoría absoluta; o --- c) El Fiscal. --- Las enmiendas entrarán en vigor tras su aprobación en la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios. --- 3. Una vez aprobadas las Reglas de Procedimiento y Prueba, en casos urgentes y cuando éstas no resuelvan una situación concreta suscitada en la Corte, los magistrados podrán, por una mayoría de dos tercios, establecer reglas provisionales que se aplicarán hasta que la Asamblea de los Estados Partes las apruebe, enmiende o rechace en su siguiente período ordinario o extraordinario de sesiones. --- 4. Las Reglas de Procedimiento y Prueba, las enmiendas a ellas y las reglas provisionales deberán estar en consonancia con el presente Estatuto. Las enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba, así como las reglas provisionales, no se aplicarán retroactivamente en detrimento de la persona que sea objeto de la investigación o el enjuiciamiento o que haya sido condenada. --- **5. En caso de conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las de las Reglas de Procedimiento y Prueba, prevalecerá el Estatuto.**

Sección II La Fiscalía.- Regla 9 Funcionamiento de la Fiscalía.- Regla 10 Conservación de la información y las pruebas.- Regla 11 Delegación de las funciones del Fiscal.

Sección III La Secretaría.- Subsección 1 Disposiciones generales relativas a la Secretaría.- Regla 12 Elección del Secretario y el Secretario Adjunto y condiciones que deben reunir.- Regla 13 Funciones del Secretario.- Regla 14 Funcionamiento de la Secretaría.- Regla 15 Registros.- Subsección 2 Dependencia de Víctimas y Testigos Regla 16.- Obligaciones del Secretario en relación con las víctimas y los testigos.- Regla 17 Funciones de la Dependencia.- Regla 18 Obligaciones de la Dependencia.- Regla 19 Peritos de la Dependencia.- Subsección 3.- Abogados defensores.- Regla 20 Obligaciones del Secretario en relación con los derechos de la defensa.- Regla 21 Asignación de asistencia letrada.- Regla 22 Nombramiento de abogados defensores y condiciones que deben reunir.-

Sección IV. Situaciones que puedan afectar al funcionamiento de la Corte.- Subsección 1 Separación del cargo y medidas disciplinarias.- Regla 23 Principio general.- Regla 24 Definición de falta grave e incumplimiento grave de las funciones.- Regla 25 Definición de falta menos grave.- Regla 26 Presentación de denuncias.- Regla 27 Disposiciones comunes sobre los derechos de la defensa.- Regla 28 Suspensión en el cargo.- Regla 29 Procedimiento en caso de solicitud de separación del cargo.- Regla 30 Procedimiento en caso de solicitud de adopción de medidas disciplinarias.- Regla 31 Separación del cargo.- Regla 32 Medidas disciplinarias.-

Subsección 2. Dispensa, recusación, fallecimiento y dimisión.- Regla 33 Dispensa de un magistrado, del fiscal o de un fiscal adjunto.- Regla 34 Recusación de un magistrado, del fiscal o de un fiscal adjunto.- Regla 35 Obligación de un magistrado, el fiscal o un fiscal adjunto de solicitar la dispensa.- Regla 36 Fallecimiento de un magistrado, el fiscal, un fiscal adjunto, el secretario o el secretario adjunto.- Regla 37 Dimisión de un magistrado, el fiscal, un fiscal adjunto, el secretario o el secretario adjunto.- Subsección 3. Sustituciones y magistrados suplentes.- Regla 38 Sustituciones.- Regla 39 Magistrados suplentes.-

Sección V. Publicación, idiomas y traducción.- Regla 40 Publicación de las decisiones en los idiomas oficiales de la Corte.- Regla 41 Idiomas de trabajo de la Corte.- Regla 42 Servicios de traducción e interpretación.- Regla 43 Procedimiento aplicable a la publicación de los documentos de la Corte.-

CAPÍTULO 3. DE LA COMPETENCIA Y LA ADMISIBILIDAD.

Sección I. Declaraciones y remisiones relativas a los artículos 11, 12, 13 y 14.- Regla 44 Declaración prevista en el párrafo 3 del artículo 12.- Regla 45 Remisión de una situación al Fiscal. La remisión de una situación al Fiscal se hará por escrito.-

Sección II. Inicio de una investigación de conformidad con el artículo 15.- Regla 46 Información suministrada al Fiscal con arreglo a los párrafos 1 y 2 del artículo 15.- Regla 47 Testimonio en virtud del párrafo 2 del artículo 15.- Regla 48 Determinación del fundamento suficiente para abrir una investigación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15.- Regla 49 Decisión e información con arreglo al párrafo 6 del artículo 15.- Regla 50 Procedimiento para que la Sala de Cuestiones Preliminares autorice el inicio de la investigación.-

Sección III. Impugnaciones y decisiones preliminares con arreglo a los artículos 17, 18 y 19.- Regla 51 Información presentada con arreglo al artículo 17.- Regla 52 Notificación prevista en el párrafo 1 del artículo 18.- Regla 53 Inhibición del Fiscal según el párrafo 2 del artículo 18.- Regla 54 Petición del Fiscal con arreglo al párrafo 2 del artículo 18.- Regla 55 Actuaciones relativas al párrafo 2 del artículo 18.- Regla 56 Petición del Fiscal tras el examen hecho con arreglo al párrafo 3 del artículo 18.- Regla 57 Medidas provisionales con arreglo al párrafo 6 del artículo 18.- Regla 58 Actuaciones con arreglo al artículo 19.- Regla 59 Participación en las actuaciones de conformidad con el párrafo 3 del artículo 19.- Regla 60 Órgano competente para recibir las impugnaciones.- Regla 61 Medidas provisionales con arreglo al párrafo 8 del artículo 19.- Regla 62 Actuaciones con arreglo al párrafo 10 del artículo 19.-

CAPÍTULO 4. DISPOSICIONES RELATIVAS A DIVERSAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO.

Sección I. La prueba.- Regla 63 Disposiciones generales relativas a la prueba.- Regla 64 Procedimiento relativo a la pertinencia o a la admisibilidad de la prueba.- Regla 65

Obligación de los testigos de prestar declaración.- Regla 66 Promesa solemne.- Regla 67 Testimonio prestado en persona por medios de audio o vídeo.- Regla 68 Testimonio grabado anteriormente.- Regla 69 Acuerdos en cuanto a la prueba.- Regla 70 Principios de la prueba en casos de violencia sexual.- Regla 71 Prueba de otro comportamiento sexual.- Regla 72 Procedimiento a puerta cerrada para considerar la pertinencia o la admisibilidad de pruebas.- Regla 73 Comunicaciones e información privilegiadas.- Regla 74 Autoinculpación de un testigo.- Regla 75 Inculpación por familiares.-

Sección II. Divulgación de documentos o información.- Regla 76 Divulgación, antes del juicio, de información relativa a los testigos de cargo.- Regla 77 Inspección de objetos que obren en poder del Fiscal o estén bajo su control.- Regla 78 Inspección de objetos que obren en poder de la defensa o estén bajo su control.- Regla 79 Divulgación de información por la defensa.- Regla 80 Procedimiento para hacer valer una circunstancia eximente de responsabilidad penal de conformidad con el párrafo 3 del artículo 31.- Regla 81 Restricciones a la divulgación de documentos o información.- Regla 82 Restricciones a la divulgación de documentos o información protegidos por las disposiciones del párrafo 3 e) del artículo 54.- Regla 83 Dictamen sobre la existencia de pruebas eximentes o atenuantes de la culpabilidad de conformidad con el párrafo 2 del artículo 67.- Regla 84 Divulgación de documentos o información y presentación de pruebas adicionales

Sección III. Víctimas y testigos.- Subsección 1.- Definición de víctimas y principio general aplicable.- Regla 85 Definición de víctimas.- Regla 86 Principio general.- Subsección 2 Protección de las víctimas y los testigos.- Regla 87 Medidas de protección.- Regla 88 Medidas especiales

Subsección 3 Participación de las víctimas en el proceso.- Regla 89 Solicitud de que las víctimas participen en el proceso.- Regla 90 Representantes legales de las víctimas.- Regla 91 Participación de los representantes legales en las actuaciones.- Regla 92 Notificación a las víctimas y a sus representantes legales.- Regla 93 Observaciones de las víctimas o sus representantes legales.-

Subsección 4 Reparación a las víctimas.- Regla 94 Procedimiento previa solicitud.- Regla 95 Procedimiento en caso de que la Corte actúe de oficio.- Regla 96 Publicidad de las actuaciones de reparación.- Regla 97 Valoración de la reparación.- Regla 98 Fondo Fiduciario.- Regla 99 Cooperación y medidas cautelares a los efectos de un decomiso en virtud del párrafo 3 e) del artículo 57 y el párrafo 4 del artículo 75.- Sección IV Disposiciones diversas.- Regla 100 Lugar del juicio.- Regla 101 Plazos.- Regla 102 Comunicaciones que no consten por escrito.- Regla 103 Amicus curiae y otras formas de presentar observaciones.-

CAPÍTULO 5. DE LA INVESTIGACIÓN Y EL ENJUICIAMIENTO.

Sección I Decisión del Fiscal respecto del inicio de una investigación de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 53.- Regla 104 Evaluación de la información por el Fiscal.- Regla 105 Notificación de la decisión del Fiscal de no iniciar una investigación.- Regla 106 Notificación de la decisión del Fiscal de no proceder al enjuiciamiento.-

Sección II. Procedimiento de revisión de conformidad con el párrafo 3 del artículo 53.- Regla 107 Solicitud de revisión de conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 53.- Regla 108 Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares con arreglo al párrafo 3 a) del artículo 53.- Regla 109 Revisión por la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 53.- Regla 110 Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 53.-

Sección III. Reunión de pruebas.- Regla 111 Levantamiento de actas de los interrogatorios en general.- Regla 112 Grabación del interrogatorio en ciertos casos.- Regla 113 Obtención de información relativa al estado de salud.- Regla 114 Oportunidad única de proceder a una investigación de conformidad con el artículo 56.- Regla 115 Reunión de pruebas en el territorio de un Estado Parte de conformidad con el párrafo 3 d) del artículo 57.- Regla 116 Reunión de pruebas a solicitud de la defensa de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 57.-

Sección IV Procedimientos relativos a la restricción y privación de la libertad.- Regla 117 Detención en un Estado.- Regla 118 Detención previa al juicio en la sede de la Corte.- Regla 119 Libertad condicional.- Regla 120 Instrumentos para limitar los movimientos.-

Sección V Procedimiento de confirmación de los cargos de conformidad con el artículo 61.- Regla 121 Procedimiento previo a la audiencia de confirmación.- Regla 122 Procedimiento de la audiencia

de confirmación en presencia del imputado.- Regla 123 Medidas para asegurar la presencia del imputado en la audiencia de confirmación de los cargos.- Regla 124 Renuncia al derecho a estar presente en la audiencia de confirmación de los cargos.- Regla 125 Decisión de celebrar una audiencia de confirmación de los cargos en ausencia del imputado.- Regla 126 Audiencia de confirmación de los cargos en ausencia del imputado.- Sección VI Conclusión de la fase previa al juicio.- Regla 127 Procedimiento que se ha de seguir en caso de dictarse decisiones diferentes sobre cargos múltiples.- Regla 128 Modificación de los cargos.- Regla 129 Notificación de la decisión sobre la confirmación de los cargos.- Regla 130 Constitución de la Sala de Primera Instancia.-

CAPÍTULO 6. DEL PROCEDIMIENTO EN EL JUICIO.

Regla 131 Expediente de las actuaciones transmitido por la Sala de Cuestiones Preliminares.- Regla 132 Reuniones con las partes.- Regla 133 Impugnación de la admisibilidad o de la competencia.- Regla 134 Peticiones relacionadas con la sustanciación del juicio.- Regla 135 Reconocimiento médico del acusado.- Regla 136 Acumulación y separación de autos.- Regla 137 Expediente de las actuaciones del juicio.- Regla 138 Custodia de las pruebas.- Regla 139 Decisión sobre la declaración de culpabilidad.- Regla 140 Instrucciones para las diligencias de prueba y el testimonio.- Regla 141 Cierre del período de prueba y alegatos finales.- Regla 142 Deliberaciones.- Regla 143 Audiencias adicionales sobre cuestiones relativas a la imposición de la pena o la reparación.- Regla 144 Anuncio de las decisiones de la Sala de Primera Instancia.-

CAPÍTULO 7. DE LAS PENAS.

Regla 145 Imposición de la pena.- Regla 146 Imposición de multas con arreglo al artículo 77.- Regla 147 Ordenes de decomiso.- Regla 148 Orden de transferencia de las multas o decomiso al Fondo Fiduciario.-

CAPÍTULO 8. DE LA APELACIÓN Y LA REVISIÓN.

Sección I Disposiciones generales.- Regla 149 Reglas relativas al procedimiento en la Sala de Apelaciones.-

Sección II Apelación de la sentencia condenatoria o absolutoria, de la pena o de la decisión de otorgar reparación.- Regla 150 Apelación.- Regla 151 Procedimiento para la apelación.- Regla 152 Desistimiento de la apelación.- Regla 153 Sentencia de la apelación de una decisión relativa a la reparación.-

Sección III Apelación de otras decisiones.- Regla 154 Apelaciones para las cuales no se requiere autorización de la Corte.- Regla 155 Apelaciones para las cuales se requiere autorización de la Corte.- Regla 156 Procedimiento de la apelación.- Regla 157 Desistimiento de la apelación.- Regla 158 Sentencia de la apelación

Sección IV Revisión de la sentencia condenatoria o de la pena.- Regla 159 Solicitud de revisión.- Regla 160 Traslado a los fines de la revisión.- Regla 161 Determinación relativa a la revisión.-

CAPÍTULO 9. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y FALTAS DE CONDUCTA EN LA CORTE.

Sección I Delitos contra la administración de justicia con arreglo al artículo 70.- Regla 162 Ejercicio de la jurisdicción.- Regla 163 Aplicación del Estatuto y de las Reglas.- Regla 164 Plazos de prescripción.- Regla 165 La investigación, el enjuiciamiento y el proceso.- Regla 166 Sanciones con arreglo al artículo 70.- Regla 167 Cooperación internacional y asistencia judicial.- Regla 168 Cosa juzgada.- Regla 169 Detención inmediata.-

Sección II Faltas de conducta en la Corte con arreglo al artículo 71.- Regla 170 Alteración del orden en las actuaciones de la Corte.- Regla 171 Negativa a cumplir una orden de la Corte.- Regla 172 Conducta a que se refieren los artículos 70 y 71.-

CAPÍTULO 10. INDEMNIZACIÓN DEL DETENIDO O CONDENADO. .- Regla 173 Solicitud de indemnización.- Regla 174 Procedimiento para solicitar indemnización.- Regla 175 Monto de la indemnización

CAPÍTULO 11. DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA ASISTENCIA JUDICIAL.

Sección I Solicitudes de cooperación con arreglo al artículo 87.- Regla 176 Órganos de la Corte encargados de transmitir y recibir comunicaciones relativas a la cooperación internacional y la asistencia judicial.- Regla 177 Conductos de comunicación.- Regla 178 Idioma elegido por un Estado Parte con arreglo al párrafo 2 del artículo 87.- Regla 179 Idioma de las solicitudes dirigidas a Estados que no sean partes en el Estatuto.- Regla 180 Cambios en los conductos de comunicación o en el idioma de las solicitudes de cooperación.-

Sección II Entrega, tránsito y solicitudes concurrentes con arreglo a los artículos 89 y 90.- Regla 181 Impugnación de la admisibilidad de una causa ante un tribunal nacional.- Regla 182 Solicitud de autorización de tránsito con arreglo al párrafo 3 e) del artículo 89.- Regla 183 Posible entrega temporal.- Regla 184 Trámites para la entrega.- Regla 185 Puesta en libertad de una persona a disposición de la Corte por razones distintas del cumplimiento de la sentencia.- Regla 186 Solicitudes concurrentes en el contexto de una impugnación de la admisibilidad de la causa.-

Sección III Documentos que acompañan a la solicitud de detención y entrega con arreglo a los artículos 91 y 92.- Regla 187 Traducción de los documentos que acompañen a la solicitud de entrega.- Regla 188 Plazo para la presentación de documentos después de la detención provisional.- Regla 189 Transmisión de los documentos que justifiquen la solicitud.-

Sección IV. Cooperación con arreglo al artículo 93.- Regla 190 Instrucción sobre la autoinculpación adjunta a la solicitud de comparecencia de un testigo.- Regla 191 Seguridades dadas por la Corte con arreglo al párrafo 2 del artículo 93.- Regla 192 Traslado de un detenido.- Regla 193 Traslado temporal desde el Estado de ejecución.- Regla 194 Solicitud de cooperación de la Corte

Sección V. La cooperación con arreglo al artículo 98.- Regla 195 Suministro de información

Sección VI. Regla de la especialidad con arreglo al artículo 101.- Regla 196 Presentación de observaciones acerca del párrafo 1 del artículo 101.- Regla 197 Extensión de la entrega

CAPÍTULO 12. DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

Sección I. Función de los Estados en la ejecución de penas privativas de libertad y cambio en la designación del Estado de ejecución con arreglo a los artículos 103 y 104.- Regla 198 Comunicaciones entre la Corte y los Estados.- Regla 199 Órgano encargado de las funciones de la Corte con arreglo a la Parte X.- Regla 200 Lista de Estados de ejecución.- Regla 201 Los principios de la distribución equitativa.- Regla 202 Momento de la entrega del condenado al Estado de ejecución.- Regla 203 Observaciones del condenado.- Regla 204 Información relativa a la designación.- Regla 205 Rechazo de la designación en un determinado caso.- Regla 206 Entrega del condenado al Estado de ejecución.- Regla 207 Tránsito.- Regla 208 Gastos.- Regla 209 Cambio en la designación del Estado de ejecución.- Regla 210 Procedimiento para el cambio en la designación del Estado de ejecución.-

Sección II. Ejecución de la pena, supervisión y traslado con arreglo a los artículos 105, 106 y 107.- Regla 211 Supervisión de la ejecución de la pena y condiciones de reclusión

Regla 212 Información sobre la localización de la persona a los efectos de la ejecución de las multas y órdenes de decomiso, así como de las medidas de reparación.- Regla 213 Procedimiento relativo al párrafo 3 del artículo 107

Sección III. Limitaciones al enjuiciamiento o la sanción por otros delitos con arreglo al artículo 108.- Regla 214 Solicitud de procesamiento o ejecución de una pena por conducta anterior.- Regla 215 Decisión sobre la solicitud de someter a juicio o de ejecutar una pena.- Regla 216 Información sobre la ejecución.-

Sección IV. Ejecución de multas y órdenes de decomiso o reparación.- Regla 217 Cooperación y medidas para la ejecución de multas y órdenes de decomiso o reparación.- Regla 218 Ordenes de decomiso y reparación.- Regla 219 No modificación de las órdenes de reparación.- Regla 220 No modificación de las sentencias por las que se impongan multas.- Regla 221 Decisión sobre el destino o la

asignación de los bienes o haberes.- Regla 222 Asistencia respecto de una notificación o de cualquier otra medida.-

Sección V. Examen de una reducción de la pena con arreglo al artículo 110.- Regla 223 Criterios para el examen de una reducción de la pena.- Regla 224 Procedimiento para el examen de una reducción de la pena.-

Sección VI. Evasión.- Regla 225 Medidas aplicables con arreglo al artículo 111 en caso de evasión.-

La visión macro reseñada permite inferir que se trata de un verdadero rito procedimental y de valoración probatoria. Referido a los más variados temas de procedimiento se edifica como un auxiliar indispensable en el complemento de la parte adjetiva o instrumental del ER. Quedando a salvo que en caso de discrepancia entre la normatividad del ER y las Reglas que nos ocupan, prevalece el Estatuto, no hay duda frente al carácter complementario de este pero tampoco de la importancia del instrumento internacional. Si hablando del artículo 3 común de los convenios de Ginebra se aceptó que era un convenio dentro de los convenios, mutatis mutandis diremos que las reglas son un texto de procedimiento dentro del Ordenamiento de Roma.

La muy extensa relación pretende resaltar cómo el Instrumento Internacional agota exhaustivamente el tema propuesto en lo que atañe a las Reglas de Procedimiento y Prueba. La prolija relación satisface la temática de manera tal que habrá de consagrarse como auxiliar indiscutible y afortunado del ER. No menos afortunado resultó el documento en lo que atañe a los Elementos de los Crímenes.

En efecto, la nota explicativa enseña que la estructura se ciñe a las descripciones típicas de los artículos 6º, 7º y 8º del ER. La relación observa que en cuanto en algunas hipótesis se enumeran crímenes múltiples, para ellos los elementos de los crímenes figuran separadamente con lo cual se espera facilitar la identificación de los respectivos elementos. El desarrollo en el documento en comento es igualmente exhaustivo y se refiere a los elementos de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Por supuesto no era pertinente referirse al crimen de agresión, pero posteriormente, cuando se definió este punible, también se legisló sobre sus elementos, como se anotó en precedencia.

A manera de ejemplo, en gracia de brevedad, se presenta la estructura de una de las modalidades: los crímenes de lesa humanidad que de manera esquemática, ordenada y precisa analiza el documento, así:

Introducción general. --- 1. De conformidad con el artículo 9, los siguientes elementos de los crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y a aplicar los artículos 6, 7 y 8 en forma compatible con el Estatuto. Serán aplicables a los elementos de los crímenes las disposiciones del Estatuto, incluido el artículo 21, y los principios generales enunciados en la Parte III. --- 2. Como lo señala el artículo 30, salvo disposición en contrario una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento. Cuando no se hace referencia en los elementos de los crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos. A continuación se indican excepciones a la norma del artículo 30 sobre la base del Estatuto y con inclusión del derecho aplicable en virtud de las disposiciones del Estatuto en la materia. --- 3. La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso. --- 4. Con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos “inhumanos” o “graves”, por ejemplo, no es necesario que el autor haya

procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa. --- 5. Los elementos correspondientes a cada crimen no se refieren en general a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal o a su inexistencia [1].

6. El requisito de ilicitud establecido en el Estatuto o en otras normas de derecho internacional, en particular del derecho internacional humanitario, no está en general especificado en los elementos de los crímenes. --- 7. La estructura de los elementos de los crímenes sigue en general los principios siguientes: – Habida cuenta de que los Elementos de los Crímenes se centran en la conducta, las consecuencias y las circunstancias correspondientes a cada crimen, por regla general están enumerados en ese orden; --- Cuando se requiera un elemento de intencionalidad específico, este aparecerá después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente; --- Las circunstancias de contexto se enumeran en último lugar. --- 8. El término “autor”, tal y como se emplea en los Elementos de los crímenes, es neutral en cuanto a la culpabilidad o la inocencia. Los elementos, incluidos los de intencionalidad que procedan, son aplicables, mutatis mutandis, a quienes hayan incurrido en responsabilidad penal en virtud de los artículos 25 y 28 del Estatuto. --- 9. Una determinada conducta puede configurar uno o más crímenes. --- 10. La utilización de expresiones abreviadas para designar a los crímenes en los títulos no surtirá ningún efecto jurídico. (...)

Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad.- Introducción. --- 1. Por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22, deben interpretarse en forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo. --- 2. Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole. --- 3. Por “ataque contra una población civil” en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la “política... de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil.

Artículo 7 1) a). --- Crimen de lesa humanidad de asesinato

Elementos

1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas.
2. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
3. 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.

Artículo 7 1) b) --- Crimen de lesa humanidad de exterminio

Elementos

1. Que el autor haya dado muerte, a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población.
2. Que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte de esa matanza.

3. *Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*

4. *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.*

Artículo 7 1) c) --- *Crimen de lesa humanidad de esclavitud*

Elementos

1. *Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.*

2. *Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*

3. *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.*

Artículo 7 1) d) --- *Crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso de población*

Elementos

1. *Que el autor haya deportado o trasladado por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional y mediante la expulsión u otros actos de coacción, a una o más personas a otro Estado o lugar.*

2. *Que esa o esas personas hayan estado presentes legítimamente en la zona de la que fueron deportadas o trasladadas.*

3. *Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la legitimidad de dicha presencia.*

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.*

Artículo 7 1) e)--- *Crimen de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física*

Elementos

1. *Que el autor haya encarcelado a una o más personas o las haya sometido de otra manera, a una privación grave de la libertad física.*

2. *Que la gravedad de la conducta haya sido tal que constituya una infracción de normas fundamentales del derecho internacional.*

3. *Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta.*

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.*

Artículo 7 1) f) --- *Crimen de lesa humanidad de tortura*

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.*

Artículo 7 1) g)-1 --- Crimen de lesa humanidad de violación

Elementos

- 1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.*
- 2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.*
- 3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*
- 4. 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.*

Artículo 7 1) g)-2 --- Crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual

Elementos

- 1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.*
- 2. Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.*
- 3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*
- 4. 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.*

Artículo 7 1) g)-3 --- Crimen de lesa humanidad de prostitución forzada

Elementos

- 1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.*

2. *Que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.*

3. *Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*

4. *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.*

Artículo 7 1) g)-4 --- Crimen de lesa humanidad de embarazo forzado

Elementos

1. *Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición*

étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.

2. *Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*

3. *Que el auto 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.*

Artículo 7 1) g)-5 --- Crimen de lesa humanidad de esterilización forzada

Elementos

1. *Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica.*

2. *Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento.*

3. *Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*

4. *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.*

Artículo 7 1) g)-6 --- Crimen de lesa humanidad de violencia sexual

Elementos

1. *Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.*

2. *Que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7 1) g) del Estatuto.*

3. *Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta.*

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.*

Artículo 7 1) h) --- Crimen de lesa humanidad de persecución

Elementos

1. *Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional[21].*

2. *Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales.*

3. *Que la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.*

4. *Que la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.*

5. *Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*

6. *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.*

Artículo 7 1) i) --- Crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas

Elementos

1. *Que el autor: a) Haya aprehendido, detenido o secuestrado a una o más personas; o*

b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas.

2. *a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o*

b) Que tal negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad.

3. *Que el autor haya sido consciente de que: a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o*

b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad.

4. *Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia.*

5. *Que tal negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo.*

6. *Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.*

7. *Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*

8. *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.*

Artículo 7 1) j) --- Crimen de lesa humanidad de apartheid

Elementos

1. *Que el autor haya cometido un acto inhumano contra una o más personas.*
2. *Que ese acto fuera uno de los mencionados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o fuera de carácter semejante a alguno de esos actos.*
3. *Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto.*
4. *Que la conducta se haya cometido en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales.*
5. *Que con su conducta el autor haya tenido la intención de mantener ese régimen.*
6. *Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*
7. *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.*

Artículo 7 1) k) Crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos

Elementos

1. *Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.*
2. *Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto.*
3. *Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto.*
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.*

Mutatis mutandis, se esquematiza la presentación del crimen de genocidio y de los crímenes de guerra.

Al revisar el articulado del ER en las normas que refieren los crímenes que cobija, parecería -en veces- que pecan de un excesivo casuismo; que vulneran aquel principio de la tipicidad penal que exige que el relato del comportamiento sea preciso de manera que no se preste a equívocos. Si así fuese -particularmente opino que no lo es-, la amplia y detallada precisión que brinda el documento que consagra los elementos de los crímenes, favorecerá al operador de justicia que encontrará en estos Elementos, razonamientos suficientes para decidir sobre la ocurrencia o no de un modelo criminal y, de serlo, sobre el grado de responsabilidad que corresponda a los acusados. Este instrumento auxiliar contribuirá de manera eficaz a la función de dispensar justicia y a la conformación de la jurisprudencia internacional de manera sólida y uniforme.

La estructuración, ya bastante cimentada, de la Jurisdicción Penal Internacional se sustenta notablemente en la adecuada aplicación e implementación de “Reglas de Procedimiento y prueba” y los “Elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional”. Son ellas un verdadero Manual auxiliar en esta importante área del Derecho Internacional.

Posteriormente la ONU desarrolló el mandato del artículo 5º-2 del ER y se ocupó del crimen de agresión. La Organización desarrolló el mandato estableciendo los Elementos de los crímenes respecto del modelo de agresión y en el año 2010 la Comisión de Revisión, estableció en el Anexo II que contiene enmiendas a los Elementos de los Crímenes referidas al crimen de agresión, para dar viabilidad al nuevo Artículo 8 bis.

Como Elementos de este crimen consagra:

Que el autor haya planificado, preparado, iniciado o realizado un acto de agresión.

Que el autor sea una persona que estaba en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado que cometió el acto de agresión.

Que el acto de agresión – el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas – se haya cometido.

Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban la incompatibilidad de dicho uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas.

Que el acto de agresión, por sus características, gravedad y escala, haya constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían dicha violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

Respecto de un acto de agresión, puede suceder que más de una persona se halle en una situación que cumpla con estos criterios.

La competencia. Competencia material personal y temporal, y condiciones de ejercicio y al control de la Corte de su competencia.

La competencia de la CPI, inicia con acalorado debate en torno a la soberanía del Estado. Desligarse de ella en aras de la primacía de intereses comunes, tal cual lo exige naturalmente una jurisdicción penal internacional, no es asunto de poca monta. Ceder en el ejercicio de la jurisdicción aparece como una renuncia expresa a un valor caro al sentimiento nacional. Acertadamente Kay Ambos, precisa que las dificultades aparejadas a la consecución de «la arriesgada empresa entre una persecución penal eficiente y una consideración adecuada a los intereses de la soberanía estatal» se evidencian precisamente en las partes del Estatuto especialmente significativas desde la perspectiva política que son las que se identifican con las disposiciones sobre la competencia de la Corte.¹

Desde la perspectiva de su ubicación sistemática, la parte II del Estatuto de Roma («De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable», arts. 5-21) trata de un conjunto de aspectos interrelacionados, relativos a la jurisdicción y competencia de la CPI. De entre ellos, se pueden distinguir los que se refieren a la atribución de un asunto concreto a la CPI en relación con los conceptos de competencia material personal y temporal, de los relativos a las condiciones de ejercicio y al control de la Corte de su competencia. Junto con estas disposiciones, hay también que tener en cuenta en esta materia, las contenidas en la parte III del Estatuto («De los principios generales del derecho

La configuración de la competencia material de la CPI

La competencia material de la Corte aparece tratada en los arts. 5-8 del Estatuto, en los que se establecen y definen cuáles son los crímenes de la competencia de la

Corte. Estas disposiciones se completan con el art. 9, que introduce la figura de los «Elementos de los crímenes» como instrumentos complementarios de finalidad interpretativa. Es este un enfoque sustantivo, no procesal como se recogía en el Proyecto de la CDI de 1994. Es decir el presupuesto del carácter primordialmente procesal y adjetivo del Estatuto fue relegado. Las razones simultáneamente políticas y de conveniencia obligaron a la nueva y final visión. Se exigía obviar el tratamiento de aquellas cuestiones que, por su particular dificultad, pudiesen llegar a impedir la redacción de un Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional. Por esta razón el aspecto relativo al contenido de las normas sustantivas se planteó primordialmente desde la perspectiva procesal de la determinación del ámbito de competencia material de la Corte.

La configuración de la competencia personal de la CPI

El ER declara solemnemente que la CPI solo juzga personas naturales⁵⁶. Es decir, se aplica solo a los individuos (postulado propio del derecho penal) mas no a personas Jurídicas (los Estados son únicos sujetos del derecho internacional clásico). Es decir se predica una responsabilidad individual en materia internacional penal. Auscultaremos, entonces, cómo se llega a esta responsabilidad individual internacional.

La Responsabilidad De Las Personas En El Derecho Internacional

Característica secular del Derecho Internacional en torno a responsabilidad lo es que solo los Estados son sujeto suyo; se les considera a la par creadores y destinatarios de las normas internacionales. Este principio debió ser replanteado y en torno a una nueva dimensión, se modificaron criterios y, tras ellos, se abrió camino al pensamiento en torno a una Corte Penal Internacional, hoy felizmente constituida. El reconocimiento de la personalidad internacional de la persona humana emerge primero a través de la imposición de obligaciones y luego el reconocimiento de derechos.

Fue -necesario será reiterarlo- el fatal corolario de las dos grandes conflagraciones mundiales en el transcurso del Siglo XX, lo que incitó a remover ese paradigma. Hubo de buscarse el mecanismo idóneo y ejemplarizante que determinará la responsabilidad de quienes oficiando como supremos o medianos jefes habían causado o patrocinado o encubierto tan espantosas tragedias. El camino al DPI brota de la tragedia: es el sino permanente del derecho penal, violento por antonomasia. Así pues, paralelo al reconocimiento de su personalidad internacional, el ser humano asume responsabilidad penal internacional por aquellos crímenes de guerra que por su repercusión concitan a la comunidad internacional a impetrar juzgamiento y sanción.

El recurso de los tratados internacionales es expedito y los mismos Estados en grandes organizaciones mundiales, se comprometen a perseguir a quienes con sus procederles afectan los sentimientos y los valores que sustentan la convivencia universal y la propia supervivencia de la especie. El Tratado de Versalles y la Organización de Naciones Unidas, se comprometen en este esfuerzo. Uno y otra, contribuyen en su medida a la final implantación de una jurisdicción penal universal, lo que no solo resultaba utópico sino que para su implantación debían removerse principios que se estimaban pétreos como la soberanía y la legalidad.

⁵⁶ ER, Artículo 25.- Responsabilidad penal individual.- 1. **De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.** ---- 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte **será responsable individualmente** y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. (...)

“Desde los primeros y fallidos intentos de crear un órgano jurisdiccional internacional con competencias penales, -destacan las juristas ibéricas Martín y Lirola-, resulta fácil identificar los distintos obstáculos de orden jurídico y político a un proyecto de esta naturaleza. Entre los primeros, hay que subrayar los derivados de los recelos estatales frente a la constitución de una institución internacional encargada de asumir el ejercicio de la jurisdicción penal, tan estrechamente ligada al núcleo duro de las competencias soberanas de los Estados. Por lo que respecta a los segundos, la creación de una jurisdicción penal internacional requiere un contexto político-internacional receptivo, en el que haya un alto grado de consenso acerca de su necesidad y viabilidad⁵⁷”.

El camino a la creación de una Corte Penal Internacional se presentaba arduo, por ello antes consolidarse tránsito por los tribunales ad hoc, recurso privilegiado para la coyuntura, pero que en muchos de sus principios va en contravía del derecho penal. En otros términos para un juzgamiento que determina responsabilidades y aplica sanciones, el camino ofrecido no lo es el derecho sancionador, el derecho de las penas, sino el derecho internacional, invocando la responsabilidad de los seres humanos que, en principio, no es - o no era- de su esencia. Y el pilar jurídico, la piedra angular sobre el cual se edifica la constitución de los juicios ad hoc, no lo es la ley penal, sino los instrumentos internacionales.

La comunidad internacional representada en sus organizaciones supranacionales, enfrentan dos situaciones que urge resolver: 1º. La terrible realidad, particularmente al fin de la segunda guerra mundial, de dejar en el olvido tan cruentos resultados; necesario es advertir a los ciudadanos del mundo sobre las secuelas de estimular, fomentar, realizar, practicar o consentir actos que diezman la humanidad y advertir también que de hacerlo serán sojuzgados y sancionados. No es factible ética ni jurídicamente dejar en el olvido acontecimientos que removieron hondas entrañas de toda la humanidad; y 2º. La experiencia enseña que es necesario prevenir amargas repeticiones y nada mejor que establecer de antemano tribunales de juzgamiento. Para lo 1º la respuesta lo fueron los tribunales ad hoc, para lo 2º el final feliz de la Corte Penal Internacional.

Es por ello que si bien desde la esquina del penalista encontramos que los tribunales ad hoc muestran severo desconocimiento de los principios rectores del derecho penal; es también evidente que desde la esquina del derecho internacional esta área jurídica lanza importante salvavidas a la humanidad para que no queden sin sanción los actos que de manera severa y ostensible atentaron contra la supervivencia de la especie y reportaron cuantiosos perjuicios humanos y materiales. Los millones de muertos, de lesionados, de desaparecidos, de mutilados que claman por el juzgamiento; ciudades arrasadas, economías maltrechas, escuelas, iglesias, hospitales devastados; fuentes de agua contagiadas, tierras estériles, cultivos perdidos, animales sacrificados y la elevada contaminación ambiental que generan hambrunas, epidemias, desempleo, desolación y ruina, viudas, madres sin sus hijos, hijos sin sus padres, son apenas una pincelada del dramático cuadro. Cuando la estructura penal, fundamentalmente dogmática, no es recurso, la estructura esencialmente consuetudinaria del derecho internacional acude en defensa de la comunidad internacional.

Por eso resulta lógico que la materialización de la idea, concretada en cada una de las Resoluciones de la ONU que convocan sendos tribunales ad hoc, se sustente en instrumentos internacionales. Así al beneplácito por los Tribunales de Nüremberg y de Tokio, seguirían los tribunales para la ex Yugoslavia, para Ruanda, para

⁵⁷ LIROLA DELGADO Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ Magdalena M., LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, Justicia vs. Impunidad, editorial Ariel Derecho, 2004, MADRID España, 1ª edición, págs. 7 y ss.

Sierra Leona y para Camboya, prototipos de una política similar, pero cada uno con características propias y coyunturales. Ya antes, desde el tratado de Versalles, anterior a Naciones Unidas, se había erigido el Tribunal ad hoc para el juzgamiento del Káiser alemán Guillermo II.

*“[P]ero todos ellos responden a situaciones particularizadas, coyunturales y transitorias, que terminan acomodados a “una justicia penal selectiva, temporal y maniquea, que orilla la sanción de comportamientos de igual o mayor gravedad [...] Resulta así que hoy en día la persona humana ocupa ya un lugar preferente en el derecho internacional, viendo reconocido toda una serie de derechos destinados a proteger su dignidad. El derecho se humaniza, el hombre se preocupa por el hombre, y la protección del individuo en todas las situaciones, incluidos los conflictos bélicos, atañe no sólo a los Estados, sino también a las sociedades civiles.”*⁵⁸.

Deslindar el Derecho Penal de las áreas propias del Derecho Internacional o de los Instrumentos Internacionales, resulta hoy irracional. La responsabilidad penal internacional funda su posición en el derecho internacional. Transitado un largo camino hacia la humanización la persona adquiere un grado de subjetividad en el derecho internacional contemporáneo, conquista individual adquirida luego de la 2ª Guerra Mundial, pero en toda forma en condiciones inferiores a las reconocidas a los Estados. Serán los Estados siempre sujetos primarios y originarios del derecho internacional; será de su resorte reconocer mediante normas internacionales una subjetividad del individuo en el plano internacional y serán ellos quienes precisen los mecanismos para hacer efectiva dicha responsabilidad. Asume así el individuo, simultáneamente al reconocimiento de su titularidad subjetiva, un compromiso vinculante de plurales consecuencias internacionales por su actuar y, cuando ese actuar se adecua al mandamiento penal que interesa al derecho internacional, responde por ello a título penal, internacional e individualmente. En efecto, el derecho internacional contemporáneo contiene normas que imponen directamente obligaciones a la persona humana y cuya violación lleva incita la aplicación de un principio de responsabilidad penal internacional individual. Las personas naturales, entonces, al vulnerar los ordenamientos consagrados como crímenes por el derecho internacional, se arrojan ante éste responsabilidad por sus actos y tal responsabilidad es de naturaleza penal, técnicamente diríamos que controvierte el mandato penal internacional.

El Derecho Internacional emerge como el elemento adecuado para conseguir la tipificación y el castigo de aquellas modalidades punibles que atentan contra la supervivencia, la humanidad, la paz y la seguridad internacionales. A esta rama del Derecho Internacional Público desplaza la comunidad internacional el juzgamiento de los comprometidos en su vulneración. No es viable, en esta instancia, invocar una jurisdicción penal inexistente, ni la aplicación de legislaciones penales locales, éstas no solo improcedentes sino que por su sólida conformación dogmática resultan contrarias a la finalidad que se reclama la humanidad⁵⁹.

Aun cuando las expresiones derecho internacional penal y derecho penal internacional, suelen utilizarse como sinónimo, valoramos pertinente intentar una distinción. El primero (DIP) responde al proceso de internacionalización del derecho penal

⁵⁸ LIROLA y MARTÍN ya citadas, págs. 8 y ss.

⁵⁹ Para ese momento histórico, recordamos ningún código penal del mundo tipificaba el genocidio por lo tanto no se había precisado tipificación de la conducta, ni procedimiento aplicable, ni juez competente. Además principios como obediencia debida, orden de autoridad superior e invocaciones de prescripción y responsabilidad individual, impedían un juzgamiento conforme a los cánones de un código penal sustantivo, un código de procedimientos penal o un código penitenciario.

y el último (DPI) al proceso de penalización del derecho internacional; históricamente el DIP precede al DPI, es más, se constituye en una de sus fuentes, acaso la más importante, es su precedente mediato. El primero se materializa en la creación de los tribunales ad hoc, en tanto el último cobra carta de naturaleza con la creación de una Corte Penal Internacional. Aquí se evidencia mucho más la distinción: los tribunales ad hoc reposan jurídicamente en instrumentos internacionales, resoluciones de la ONU, en tanto el derecho penal internacional descansa en el Estatuto de Roma, código universal, íntegro, permanente, dogmático, que rige los destinos de la Corte Penal Internacional. El Derecho Penal aporta mecanismos y sistemas de cooperación interestatal, orientados a asegurar el cumplimiento de las legislaciones penales nacionales, revistiendo por tanto un carácter más procedimental que sustantivo en tanto el proceso de penalización del derecho internacional se centra en la incorporación al orden internacional de normas consuetudinarias y convencionales que incriminan comportamientos realizados por el individuo a quien se conmina con sanción penal.

“[P]uede considerarse que el derecho penal internacional opera en el ámbito de la justicia nacional o transnacional, mientras que el derecho internacional penal constituiría la base normativa y el derecho sustantivo de un concepto amplio de justicia internacional penal, en que se incluirían, además, los aspectos relativos a la organización judicial para la persecución y la represión de los actos tipificados por el derecho internacional. Es decir: una jurisdicción penal internacional y el sistema penitenciario eventualmente adoptado para la ejecución de las penas por ésta establecida. De esta forma y en consonancia con lo señalado, el ideal de una justicia internacional penal requeriría para poder ser realizado de forma racional y convincente un doble presupuesto que se refiere, por una parte, a la existencia de un código de delitos y penas preexistentes a los hechos criminales y, por otra, a la existencia previa de una corte o tribunal internacional con competencia para juzgar dichos hechos, respetando los principios de legalidad y juez legal”.

Discutible es también definir la naturaleza del «crimen o delito internacional», siguiendo a Rama-Montaldo⁶⁰, y de acuerdo con el criterio de la naturaleza de la norma de tipificación, un «crimen o delito internacional» es «aquella conducta cuyo carácter penalmente ilícito está determinado, no por el derecho interno sino por el propio derecho internacional, ya por normativa consuetudinaria, ya por vía convencional». Ahora bien, si como apunta Pigrau Solé⁶¹, se intenta precisar este concepto a través del recurso a otros criterios, tales como el motivo de tipificación, la técnica empleada o especialmente el de la naturaleza del ^interés jurídico protegido, se pone de manifiesto la dificultad de distinguir entre normas internacionales relativas a un derecho penal transnacional, establecidas para la protección de intereses que afectan esencialmente al ámbito interno, y las que responden realmente a exigencias universales y a la protección de intereses de la comunidad internacional en su conjunto, teniendo en cuenta que sólo en este último caso podríamos hablar de crímenes internacionales stricto sensu.

Volviendo a la responsabilidad internacional penal del individuo recordamos que el derecho internacional clásico rechaza en absoluto esta hipótesis si, en últimas, únicos sujetos suyos son los Estados. La doctrina positivista clásica se niega siquiera a considerar la posibilidad de que una norma suya vulnerada por personas

⁶⁰ RAMA-MONTALDO Manuel Domingo, profesor Derecho Internacional, Universidad ORT Montevideo, Uruguay, 2010., "http://archive.wikitree.org/index.php? citado por LIROLA y MARTÍN ya citadas, págs.36/ 8

⁶¹ **Pigrau Solé**, Antoni. PROFESOR Universidad de Barcelona en: La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, en www.reei.org/reei20/doc/Recension_PIGRAU_Antoni.pdf, citado por LIROLA y MARTÍN ya citadas, págs.38/41.

individuales. No obstante la radical posición, ya para entonces había hecho carrera y ocupaba reducido espacio, la tendencia a predicar que existen delitos de naturaleza consuetudinaria calificados como *delicta iuris gentium*, tales como piratería, atentados a personas internacionalmente protegidas o violación del bloqueo y contrabando de guerra.

A propósito de un *core delicta iuris gentium*, cuando la Corte Constitucional colombiana resolvió sobre la exequibilidad de la ley aprobatoria del ER⁶², dentro de los múltiples temas jurídicos magistralmente afrontados dedicó amplio espacio a esta figura. Consignó allí que un aspecto sobresaliente de la construcción del consenso de la comunidad internacional para la protección de los valores de la dignidad humana y de repudio a la barbarie, es el reconocimiento de un conjunto de graves violaciones a los DDHH y al DIH como crímenes internacionales, cuya sanción interesa a toda la comunidad de naciones por constituir un *core delicta iuris gentium*, es decir, el cuerpo fundamental de "graves crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones. Recuerda la Corte colombiana que la expresión *delicta iuris gentium* fue acuñada en el juicio contra Adolph Eichmann por la Corte de Israel al señalar la necesidad de contar con una jurisdicción universal para juzgar crímenes atroces en los siguientes términos:

"Los crímenes atroces se definen como tales tanto en el derecho de Israel como en el de otras naciones. Aquellos crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones constituyen "delicta iuris gentium". Por lo tanto, el derecho internacional antes que limitar o negar la jurisdicción de los Estados con respecto a tales crímenes, y en ausencia de una corte internacional para juzgarlos, requiere que los órganos legislativos y judiciales de cada Estado creen las condiciones para llevar a estos criminales a juicio. La jurisdicción sobre estos crímenes es universal" (Traducción no oficial)⁶³.

El término "core", destaca la misma sentencia, fue adicionado posteriormente para referirse al conjunto de crímenes que como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra más graves son objeto de jurisdicción universal por los Estados, independientemente de la nacionalidad del autor o de las víctimas y del lugar en donde fueron cometidos, incluidos la piratería, la esclavitud, la tortura y el apartheid.

Nuevamente retomamos el tema central de la responsabilidad penal del individuo indicando que desde finales del siglo XIX se emiten pronunciamientos supranacionales recogidos en plurales tratados que consagran, así sea discretamente, la responsabilidad penal del individuo pero en ellos, generalmente, la imposición de sanción penal se remite a los Estados. Significativo es reiterar que la responsabilidad de estos delitos recae directamente en los individuos autores de los comportamientos prohibidos.

⁶² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 2002 -julio 30-, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, dentro del expediente LAT-223, referido a la revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)", sentencia en la cual la Sala Plena de la Corte Constitucional, RESOLVIÓ: "Primero.- Declarar EXEQUIBLE la Ley 742 del 5 de junio de 2002 `Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)` ---- Segundo. - Declarar **EXEQUIBLE** el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)".

⁶³ Corte Constitucional colombiana en sentencia 578/2002 citada.

Para los tribunales ad hoc, el principio de la responsabilidad penal del individuo es determinante. Solo invocando este principio fue factible desarrollarlos.⁶⁴

Desde entonces, se realiza un gran desarrollo del aspecto puntual. El DI contemporáneo contempla una serie de normas orientadas a la protección de la persona humana o a la represión de comportamientos atentatorios de intereses comunes. En sede de la protección de las personas en DI recoge las figuras consagradas en el DIH y del DIDH (DI de los DDHH) normas todas que marcan como visión, como meta ineludible y acaso inalcanzable: la protección de la persona humana dentro de un plan de convivencia. Confluyen entonces los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad, y confluye también la responsabilidad individual que se expresa de manera contundente, clara y expresa. Se asemejan en cuanto a su contenido material pero señalan sus propios perfiles desde el punto de vista conceptual; se distancian conforme al contexto en que actúen autor o autores.

La modalidad crímenes de guerra es secuela de las violaciones a normas del DIH, normas éstas de naturaleza consuetudinaria y convencional con señalamiento de responsabilidad penal del individuo cuando los ejecuta en el marco de conflictos armados. El Derecho de Ginebra⁶⁵ consagra las que denomina «infracciones graves» al DIH e indica que todos los compartimientos descritos bajo ese epígrafe generan responsabilidad penal del individuo, predicamento que se refuerza cuando el DI convoca los tribunales penales ad hoc para Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR), instrumentos internacionales ambos que consagran la responsabilidad penal del individuo e invocan el artículo 3 común a los CGs. Es así como, amén de las Resoluciones que integran los tribunales ad hoc, éstos Tribunales Internacionales en su prolífica construcción jurisprudencial generan importantes institutos penales, para el caso, referidos a la responsabilidad penal de carácter individual por las violaciones al artículo 3 común citado. Allí habrá de aparecer el genocidio⁶⁶, los crímenes contra la humanidad⁶⁷, la esclavitud, el crimen de apartheid y la tortura.

Otros modelos de comportamientos que resultan contrarios a los intereses internacionales o a un principio de interés internacional penalmente reprochables forman en instrumentos internacionales que tratan temas diversos tales como la seguridad aérea internacional y la seguridad en el mar, la piratería, los delitos contra personas internacionalmente protegidas, el tráfico ilícito de estupefacientes y otras figuras ligadas a distintas formas de terrorismo internacional, en los cuales se consagra la responsabilidad penal del individuo, en los cuales el mecanismo de sanción que apareja el convenio es la incorporación de un sistema de jurisdicción universal, basado en el principio *aut dedere aut indicare*.⁶⁸

⁶⁴ Rememoremos que los convocados a los juicios de Nüremberg, alegaron como uno de sus argumentos de defensa que el Tribunal no era competente para juzgarlos como individuos. Celebre es la frase de Gobels: **Podrán condenarme, pero juzgarme NO.**

⁶⁵ Una de las fuentes del DIH al lado del Derecho de La Haya e integrado fundamentalmente por los 4 convenios de Ginebra y 3 protocolos adicionales.

⁶⁶ Tipificado en la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9-XII-1948, en cuyo artículo 1 se señala que «las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar».

⁶⁷ Entendidos como una figura de desarrollo consuetudinario, configurada en el Estatuto de los tribunales militares de Nuremberg y Tokio y luego ratificada en los estatutos que crean el TPIY y el TPIR.

⁶⁸ En virtud de la norma **aut dedere aut judicare** (extraditar o juzgar) un Estado no debe proteger a una persona sospechosa de haber cometido crimen de DI. Se le exige que ejerza su jurisdicción o proceda a extraditarla a un Estado

No es aventurado concluir que contemporáneamente se fueron consolidando en forma paralela la necesidad de implantar una jurisdicción penal internacional y con ella la nueva visión de la responsabilidad penal internacional del individuo

Por este camino se llega a la creación de la Corte Penal Internacional, simbolizada en el ER de 1998. Fue un camino largo y plagado de dificultades, a la par jurídicas, políticas y de conveniencia. Una jurisdicción internacional golpea duramente la soberanía absoluta tan propia de los regímenes imperantes entonces. Remover el concepto de soberanía y declarar que los Estados tienen limitaciones en el plano internacional no es tarea fácil; un consenso político a este nivel exige un alto nivel de compromiso de las naciones que deben superar, entre muchos, los criterios de necesidad y viabilidad. Por ello la fórmula intermedia (si así puede denominársele) de los tribunales ad hoc, resultaba teóricamente menos comprometedora y por ello menos dificultosa. La idea parcelada y que solo compromete a uno o a muy pocos Estados tuvo acogida ágil si, además, se refería a muy graves acontecimientos que la comunidad internacional generalmente reprochaba.

Advirtiendo la existencia histórica de escaramuzas precedentes, convencionalmente se suele ubicar en el Tratado de Versalles, al final de la 1ª guerra, un juzgamiento internacional cuando las potencias aliadas vencedoras pretendieron juzgar al kaiser Guillermo II de Alemania y a otros oficiales germanos y turcos, por un Tribunal Especial, como se consignó en su oportunidad. A los muy famosos Tribunales de Nüremberg y Tokio siguieron los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda que se muestran como otra de las realizaciones efectivas de la idea del establecimiento de una jurisdicción penal en el plano internacional, como también en menor escala lo son los Tribunales Especiales para Sierra Leona y para Camboya. Todos los relatados adolecen de un grave falencia: son coyunturales, limitados, parcelados puesto que los presupuestos a los que responden son distintos, aun cuando los identifica que se erigen para atender situaciones de agravios a la paz y la seguridad internacionales. Particularmente a los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda se les configura luego de una fase preparatoria en el Consejo de Seguridad que se ocupa de la existencia de sendos conflictos armados de grave escala y ante la presencia de indicios de violaciones al DIH. En primera instancia reclamo respeto a esta normatividad, pedimento no atendido. Una segunda fase lo fue la condena de los hechos y el recorderis de que esos proceder atentaban contra el DIH y configuraban delitos que entrañaban la responsabilidad penal de los individuos.

Mas la idea de un tribunal permanente y universal persistía. Discusiones interminables precedieron el resultado final. Se cuestionó hasta el mecanismo de creación y, por supuesto su contenido. Al final la Comisión de Derecho Internacional para establecer una Corte Penal Internacional de ca nivel dearácter permanente fructificó en la reunión de Roma de 1998.

que sea capaz de hacerlo y esté dispuesto a ello, o que la entregue a un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre la persona y el delito. La sociedad de derecho internacional más antigua, el Institut de Droit International, determinó en 1983 que “la norma aut judicare aut dedere debería consolidarse y desarrollarse, y debería prever métodos detallados de asistencia jurídica”. La CDI incluyó una norma sobre la obligación aut dedere aut judicare en el Proyecto de Código de de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (Proyecto de Código de Crímenes de 1996).

<http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR40/001/2009/en/a5d56bab-341e-4dfe-9ce2-50ab5dfa5ea/ior400012009spa.html>

En la Asamblea General de Naciones Unidas celebrada en 1989, se revivió en el marco del examen del tema relativo al Proyecto de Código de crímenes, se revivió – decía- una temática que venía abandonada a nivel de los altos organismos internacionales. Se solicitó a la CDI que reconsiderara la idea del establecimiento de una Corte o Tribunal Penal Internacional⁶⁹. Correspondió a Trinidad y Tobago ser adalid de la propuesta pues los países caribeños soportaban graves dificultades debido al auge internacional del tráfico ilícito de estupefacientes⁷⁰, que se vio favorecida por los nuevos aires internacionales oxigenados por la finalización de la guerra fría. La CDI reasume el tema en un contexto político y jurídico nuevo y favorable y la necesidad de una jurisdicción penal internacional, cobra una visión diversa y también favorable. Los trabajos de la CDI se muestran en las sesiones XLII de la Asamblea General de 1990 periodo XLII que constituyó un Grupo de Trabajo, que entregó conclusiones y aprobadas estas por la Comisión, terminaron incluidas en el informe a la Asamblea General. En el periodo siguiente (XLIII de 1991), la CDI volvió sobre el tema que permanecía en fase de estudio y discusiones. Para entonces tenía luz verde la aprobación en primera lectura del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad, texto en el cual se considerada el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional.

EL mecanismo de creación de un Tribunal Penal Internacional, su naturaleza jurídica se concibió a través de un tratado internacional, formula que fue objeto de discusiones severas al interior de la Asamblea, particularmente en el seno de la CDI durante la elaboración del Proyecto de 1994.

Las opciones transitaron desde;

una resolución de la Asamblea General con la que se crease un órgano subsidiario (art. 22 Carta de Naciones Unidas);

una modificación de la Carta de Naciones Unidas, destinada de forma específica a la creación de una institución de esta naturaleza, en términos similares a los de la CU;

Una resolución del Consejo de Seguridad, (adoptada en el marco del capítulo VII, el art. 29 de la Carta); y

Por medio de un Estatuto, incorporado a un tratado multilateral.

Fue la última la fórmula adoptada.

Al nacer la CPI está dotada de un sistema institucional suficiente y propio para su funcionamiento: Las disposiciones institucionales del ER, texto que contempla: la parte I («Del establecimiento de la Corte»), la parte IV («De la composición y administración de la Corte»), la parte XI («De la Asamblea de los Estados Partes»), la parte XII («De la financiación») y la parte XIII («Cláusulas finales»).

Los aspectos más relevantes de la nueva CPI, al ser creada mediante un Tratado Internacional son: gozar de personalidad jurídica internacional, estar vinculada con

⁶⁹ Resolución 44/39 de 4 de diciembre de 1989.

⁷⁰ Paradójicamente dentro de los modelos tipificados por el ER no se incluyó el tráfico ilícito de estupefacientes. Colombia, por su parte, anhelo siempre esa tipificación.

las Naciones Unidas y el estar dotada de un sistema institucional conformado por órganos de naturaleza jurisdiccional y política.

“A juicio de Pigrau Solé -citado por Martín y Lirola-, tanto la composición como la estructura interna son dos de las esferas en las que la influencia de los tribunales penales internacionales ad hoc sobre la Corte es más visible, puesto que en ambos casos el objetivo común es el establecimiento de instituciones sólidas y eficazmente organizadas. --- La Corte Penal Internacional la compondrán dieciocho magistrados (art. 36.1). Su composición numérica es muy similar a la de otros tribunales internacionales, pese a que la elección de una cifra par podría a priori plantear dificultades en caso de empates en las deliberaciones. Tal opción ha resultado a la postre irrelevante, al haberse articulado la actividad del órgano jurisdiccional en tomo a las salas, que estarán integradas por uno, tres, cinco o siete jueces (art. 39 y regla 7). --- La determinación del número exacto de magistrados fue objeto de largos debates, ya que la experiencia del TPIY y el TPIR aconsejaba una composición reducida para minimizar los costes económicos. Sin embargo, tres circunstancias influyeron en la elección de dieciocho como cifra ideal. --- Primero, que el listado de crímenes objeto de la competencia de la Corte es considerablemente más amplio que el del TPIY y el TPIR, por lo que el volumen de trabajo también será presumiblemente mayor. Segundo, que la vocación de universalidad de la jurisdicción penal internacional y la inexistencia de la figura de los jueces ad hoc imponían cierta flexibilidad tanto en la composición numérica como en el procedimiento de selección de los magistrados (presencia de las diferentes tradiciones jurídicas, distribución geográfica equitativa, e incluso cuotas en razón del género). Tercero, que el número de magistrados no tendría por qué ser inmutable, sino que se adecuaría a las necesidades de trabajo, pudiendo, como veremos, aumentar o disminuir en función del volumen de casos (art. 36). --- El Estatuto contempla que inicialmente los dieciocho magistrados ejerzan sus funciones en régimen de dedicación exclusiva y con disponibilidad inmediata desde el mismo momento en que comience su mandato (art. 35.1), a diferencia del Proyecto de la CDI de 1994, que disponía que la Corte sólo se reuniese cuando surgiera una necesidad concreta, sin exigir dedicación a tiempo completo. --- Sin embargo, dado que por el juego de la complementariedad pudiera ser que la intervención de la Corte fuera ocasional, en la Conferencia de Roma se intentó combinar la permanencia con la economía para evitar costes excesivos. Así, finalmente se ha optado por que los magistrados que compongan el órgano encargado de la correcta administración de la Corte (la Presidencia) desempeñen su cargo en exclusiva (art. 35.2), mientras que los demás podrán combinar el ejercicio de la función judicial con otras actividades profesionales compatibles con el cargo (art. 35.3 en relación con el 40). De esta forma se abre una puerta para que, superada la fase inicial, y despejada la incertidumbre sobre el volumen real de trabajo, la Corte funcione como un órgano flexible de naturaleza mixta, en el que tengan cabida magistrados con dedicación exclusiva y otros a tiempo parcial. --- Por último, los magistrados tienen asimismo atribuidos poderes de autoorganización. La principal manifestación de este poder estriba en la facultad de elaborar y aprobar, por mayoría absoluta, su propio Reglamento de funcionamiento interno (art. 52)”⁷¹.

Este acápite, orientado a determinar la responsabilidad individual en el plano del Derecho Internacional, que removió la reestructura de uno de los pilares del internacionalismo que enseñaba que solo a los Estados se aplicaba el DI, también obligó a precisar como ese criterio de responsabilidad individual esta indisolublemente ligado a una jurisdicción penal universal. Por ello aparejado al recuento de cómo se llegó a esta innovación internacionalista resultó imprescindible establecer quién, cuándo y cómo puede ejercer esa competencia.

Desde otra óptica: La CPI ejerce exclusivamente su competencia sobre las personas naturales o físicas (arts. 1 y 25, p. 1, concordante con el Proyecto de Código de crímenes de la CDI de 1996 (artículo 2), y los estatutos de los TPIY y TPIR (arts. 6 y 5). Se deduce, entonces, que siendo la Corte es un mecanismo destinado a la sanción de la responsabilidad penal internacional de los individuos, quedan excluidos del ámbito de su competencia personal otros entes, tales como personas jurídicas, como v.gr. asociaciones u

⁷¹ **Pigrau Solé**, Antoni. PROFESOR Universidad de Barcelona en: La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, en www.reei.org/reei20/doc/Recension_PIGRAU_Antoni.pdf, citado por LIROLA y MARTÍN ya citadas, págs.67 ss.

ONGs. En el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (art. 10), se dio cabida a juzgar organizaciones criminales. Hay que entender que la CPI tendrá competencia solamente sobre los individuos que hayan actuado en el marco de tales asociaciones u organizaciones, pero no sobre éstas.

La configuración de la competencia temporal de la CPI

En cuanto a la competencia temporal se regula en el Artículo 11⁷² que reglamenta la competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto y dispone también que si un Estado se hace Parte después de su entrada en vigor, la competencia únicamente se ejerce con respecto a los crímenes cometidos con posteridad, salvo lo dispuesto en el artículo 12^o-3⁷³. El artículo 16^o da una opción de suspender la investigación o el enjuiciamiento, que ha dado lugar a críticas, por la posibilidad de interferencia política⁷⁴.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES Y OTROS SUPERIORES

La cuestión relativa a la responsabilidad de los superiores por actos cometidos por sus subordinados se vincula, como hemos avanzado, al aspecto relativo a la autoría y las posibles formas de participación criminal. En este sentido, los superiores pueden resultar responsables directos de dichos actos cuando ordenan su comisión (artículo 25.2.b)⁷⁵, o responsables indirectos cuando no impiden ni sancionan la conducta de sus

⁷² Artículo 11.- Competencia temporal. ---- 1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. ---- 2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.

⁷³ Artículo 12. Condiciones previas para el ejercicio de la competencia. ---- 1. --- 2 ---- 3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.

⁷⁴ Artículo 16.- Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento.- En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

⁷⁵ Artículo 25.- Responsabilidad penal individual. ---- 1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. ---- 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. ---- 3. De conformidad con el presente Estatuto, **será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:** a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; **b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, va sea consumado o en grado de tentativa;** c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo

subordinados (art. 28⁷⁶). En concreto, mediante esta segunda hipótesis el Estatuto desarrolla el principio de la responsabilidad de los jefes y otros superiores por no prevenir o reprimir los actos cometidos por sus subordinados.

Este principio tiene su origen y se ha desarrollado a partir de varias decisiones judiciales dictadas después de la Segunda Guerra Mundial. En la actualidad, el principio de la responsabilidad de los jefes y otros superiores por actos cometidos por sus subordinados aparece expresamente recogida en el Proyecto de Código de crímenes de la CDI de 1996 (art. 6), en los estatutos del TPIY y del TPIR (arts. 7 y 6), y en el art. 86 del Protocolo Adicional I. Así pues, como confirma la jurisprudencia del TPIY y el TPIR, estamos ante un principio que forma parte del derecho internacional consuetudinario.

Jurisdicción Penal Extra Territorial o Jurisdicción Universal

la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respeto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. ---- 4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional. ---- (Resaltas fuera del contexto)

Artículo 26. - Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte. --- La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.

Artículo 27.- Improcedencia del cargo oficial --- 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. ---- 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

⁷⁶ Artículo 28.- Responsabilidad de los jefes y otros superiores. ---- Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: ---- a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: ---- i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. ---- b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; --- ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Las convenciones internacionales reconocen que los Estados pueden atribuirse jurisdicción penal para enjuiciar los crímenes que en sus legislaciones internas se codifiquen y coincidan con los contemplados en el ER. Además del fundamento territorial, se aplican principios de personalidad pasiva (o de nacionalidad de la víctima) o de personalidad activa (o nacionalidad del perpetrador), y el principio de “juzgar o extraditar” (aut dedere, aut judicare), según este último un Estado en cuyo territorio se encuentre una persona acusada de un crimen contra el derecho internacional, debe ser sometida a proceso o ser extraditada a algún país al que se apliquen los criterios de territorialidad o de personalidad pasiva o activa⁷⁷. Esta modalidad de jurisdicción extraterritorial se conoce también como jurisdicción universal.

En sentido estricto, solo en el DIH se establece la obligación de las partes contratantes de perseguir y enjuiciar a los responsables de crímenes de guerra, sin otra consideración que la de ser partes de los instrumentos respectivos de DIH. Tal es el caso del artículo 129 del Convenio de Ginebra III de 1949, norma que reproducen los otros tres Convenios de Ginebra de la misma fecha.⁷⁸

El artículo 1º del Estatuto de Roma establece que se instituye CPI de carácter permanente que está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional. También estatuye el ER la naturaleza complementaria de las jurisdicciones penales nacionales. En virtud de este principio de complementariedad corresponderá a la CPI ejercer su jurisdicción cuando las jurisdicciones penales nacionales no han actuado o lo han hecho de modo meramente formal o bien se ha producido una demora injustificable en administrar justicia a nivel nacional

La prescripción y la amnistía como causales de extinción de responsabilidad penal

A la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, siguieron una serie de normas, interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que la solidificaron y abrieron camino a una aceptación tal que en esta época, casi todas las normatividades positivas la recogen expresamente, en tratándose de crímenes contra el derecho internacional.

Previamente la Convención había sido invocada y aplicada, de manera particularmente notoria en los juicios de Nüremberg. En las legislaciones internas de los países, se daba cabida al principio de la imprescriptibilidad vía bloque de constitucionalidad. En particular los países latinoamericanos se mostraron partidarios del mandato de la Convención y al momento, las Constituciones locales han modificado los añejos textos que declaraban la prescriptibilidad de todos los asuntos. La Constitución

⁷⁷ Cfr. Otros instrumentos como la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984 (art 5) y la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996 (Art. V).

⁷⁸ Artículo 129 del Convenio de Ginebra III, de 1949, inciso 2: Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

colombiana consagró expresamente la imprescriptibilidad. Como culminación de ese proceso, el artículo 29 del Estatuto de Roma establece expresamente que “Los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán”.

La cuestión de la no amnistía de crímenes contra el derecho internacional no ha sido tratada en forma expresa por los pactos y convenciones internacionales relevantes. De hecho el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, sobre conflictos armados internos, establece en su artículo 6 numeral 5 que

“A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

El CICR ha interpretado esta norma en el sentido que dicha amnistía debería extenderse al hecho de levantarse en armas o de haber defendido al gobierno por las armas, pero no incluiría los crímenes de guerra., opinión ampliamente compartida por la doctrina. Subsiste el hecho, sin embargo, que ésta es la única referencia expresa a la institución de la amnistía en las convenciones y pactos sobre DDHH y DIH. Sin embargo por vía doctrinal y jurisprudencial se ha desarrollado una teoría de la inamnistabilidad de graves crímenes contra el DIH a partir de las obligaciones perentorias que diversos instrumentos internacionales imponen a los Estados de investigar, someter a juicio y sancionar tales crímenes o, además, a partir de los derechos de las víctima o sus familiares a la verdad y la justicia.⁷⁹

Obediencia debida

El principio IV del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg establece que “El hecho de que una persona actúe bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales, siempre que se demuestre que tenía posibilidad de actuar de otra forma” Por su parte el artículo 33 del estatuto de Roma dispone

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

- a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
- b) No supiera que la orden era ilícita; y
- c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

⁷⁹ Corte I.D.H., Caso Barrios Altos . Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. También el informe 28/92 sobre Argentina, de 2 de octubre de 1992, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que consideró que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida así como el Decreto Presidencial de indulto N° 1002 del 7 de octubre de 1989, son incompatibles con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CRÍMENES INTERNACIONALES Y JURISDICCIONES INTERNACIONALES

La elaboración del concepto "crímenes internacionales" dentro de un derecho penal común, entendidos en su sentido formal (de infracción establecida por una norma internacional) y en su sentido material (de infracción que atenta contra el orden público de la sociedad internacional), es compleja y evolutiva, opina el profesor Antonio Cassese⁸⁰, Profesor de la Universidad de Florencia, ex presidente del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. En 1979, el profesor Lombois escribía lo siguiente con referencia al Tribunal de Nüremberg: "No es la menor de las paradojas que ese derecho de las infracciones internacionales, sobre el cual tanto y desde hace tanto tiempo se ha filosofado, sea un derecho no formulado y haya sido un derecho aplicado. Tres veces no formulado, prepara sus textos, espera a sus jueces y busca a sus justiciables. No sorprende en absoluto, entonces, que su aplicación constituya un acontecimiento⁸¹". En esa época, en efecto, tras la oportunidad perdida del Tratado de Versalles en 1919, los procesos de Nüremberg y Tokio, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, representaban un acontecimiento. Y continúa su reflexión: Cerca de veinticinco años después, ¿qué pasa con la paradoja? Con la creación de los tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia (TPIY, 1993) y Ruanda (TPIR, 1994), se redactaron textos y se designaron jueces; luego se firmó en Roma (1998), una convención redactora del estatuto de la futura Corte Penal Internacional (CPI), que tendrá por primera vez un carácter permanente. Pero la aplicación del derecho internacional penal a cualquier justiciable constituye aún un acontecimiento, y sus instancias más célebres son la decisión de la Cámara de los Lores británica de rechazar la inmunidad del ex jefe de Estado chileno en el caso Augusto Pinochet Ugarte y el proceso incoado contra Slobodan Milosevic por el TPIY. Estos ejemplos muestran ya que el proceso de persecución y represión de los crímenes internacionales es doble, pues puede ser de la competencia de jueces pertenecientes a jurisdicciones nacionales o de jueces internacionales. Para el análisis de estas investigaciones en su doble dimensión nacional e internacional, Cassese cita dos publicaciones⁸².

Novedosa en el paisaje jurídico mundial, la justicia penal internacional aún está a la búsqueda de sí misma. La primera Corte Penal Internacional permanente inició en el año 2002, cuatro años después de la firma del Tratado de Roma. Pero nace debilitada por la resistencia de grandes Estados como China, Estados Unidos y la India. Superar las

⁸⁰ CASSESE Antonio y DELMAS-MARTY Mireille, CRÍMENES INTERNACIONALES Y JURISDICCIONES INTERNACIONALES, Colección Vitral, Grupo Editorial Norma, Bogotá, Colombia, 2004, 1ª edición, traducción de Horacio Pons en: Palabras preliminares, págs. 10 y 11.

⁸¹ C. Lombois, Droit pénal international, París, Dalloz, 1979, 44, citado por CASSESE Antonio y DELMAS-MARTY Mireille en CRÍMENES INTERNACIONALES Y JURISDICCIONES INTERNACIONALES citado, pág. 11.

⁸² El autor invoca, orientado hacia la presentación de los sistemas nacionales y su comparación, el libro Juridictions nationales et crimes internationaux; y, orientado a los aspectos internacionales.

dificultades es su reto, ya que a la idea misma de justicia penal internacional, pueden añadirse el establecimiento de instituciones de carácter supranacional y la expresión de prohibiciones de pretensión universal. No obstante a la fecha (2011) el camino recorrido se muestra difícil pero prometedor.

Fundada en la experiencia ya abundante de los tribunales ad hoc⁸³, se aborda la evaluación de las dificultades desde tres planos diversos: el plano político, con la dificultad de la soberanía de los Estados; el plano axiológico, con el problema del surgimiento de valores comunes de la humanidad, y el plano jurídico, la con el problema de la articulación del derecho nacional, regional e internacional.

1. El problema de la soberanía nacional enfrenta con la competencia de una justicia penal internacional, pues "todos los aspectos de la soberanía ocupan el primer plano de la escena: la idea de una jurisdicción supranacional, el cuestionamiento de hecho de la competencia territorial de los Estados, la hipótesis de un derecho penal internacional superior a las leyes nacionales, el borramiento de la calidad de súbdito nacional y la aparición de una capacidad de sanción e incluso, tal vez, de ejecución de la sentencia por parte de autoridades internacionales"⁸⁴. Esta evolución exitosa para muchos, resulta preocupante para quienes temen que ante la tutela política de los proveedores de fondos, los jueces pierdan imparcialidad y se corra el riesgo de favorecer "el derecho contra la fuerza" sólo "cuando la fuerza no es demasiado fuerte"⁸⁵ y privilegiar de ese modo los intereses, incluso militares, de quienes los financian. Bueno es advertir que en tanto las resoluciones del Consejo de Seguridad dan primacía a los tribunales internacionales ad hoc, el ER reserva la competencia de los Estados y afirma ya en el preámbulo que la CPI es "complementaria de las jurisdicciones criminales internacionales".

CONFLICTO ENTRE SOBERANÍA DE LOS ESTADOS Y JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Antonio Cassese narra esta experiencia personal⁸⁶: "Algunos meses después de haber sido designado juez del Tribunal Penal de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia, tropecé con un eminente parlamentario que comenzó a tronar: "¡Las comunidades europeas están expropiándonos nuestro poder legislativo! Y ahora, con ese

⁸³ Recordamos que parten de Nüremberg y Tokio, desfilan los tribunales de La Haya y Arusha, creados por Naciones Unidas a través del Consejo de Seguridad en 1993 y 1994, para la ex Yugoslavia y Ruanda,

⁸⁴ B. Badie, Un monde sans souveraineté, les États **entre ruse et** responsabilité. París, Fayard, 1999, p. 280. Cita de citado por CASSESE Antonio y DELMAS-MARTY Mireille en CRÍMENES INTERNACIONALES Y JURISDICCIONES INTERNACIONALES citado, pág. 14.

⁸⁵ Cita de Charles Péguy, en T. Todorov, Mémoire du mal, tentation du bien - Enquête sur le siècle. París, Robert Laffont, 2000, p. 298 [Memoria del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo xx, Barcelona, Península, 2002]. A su vez citado por CASSESE Antonio y DELMAS-MARTY Mireille en CRÍMENES INTERNACIONALES Y JURISDICCIONES INTERNACIONALES citado, pág. 18.

⁸⁶ CASSESE Antonio y DELMAS-MARTY Mireille, CRÍMENES INTERNACIONALES Y JURISDICCIONES INTERNACIONALES, Colección Vitral, Grupo Editorial Norma, Bogotá, Colombia, 2004, 1ª edición, traducción de Horacio Pons en: Palabras preliminares, págs. 24, 26

tribunal internacional, vienen a sacarnos el último bastión de nuestra soberanía: el poder de castigar. Si seguimos así, el Estado soberano terminará por disolverse". Desde entonces, me pregunté hasta qué punto tenía razón ese parlamentario tan sensible al respeto de la soberanía de los Estados. Voy a tratar de dar una respuesta. Para ello, quisiera plantear tres reflexiones. La primera es que la justicia penal internacional está, en efecto, erosionando la autoridad de los Estados en varios aspectos. Sin embargo -y esta es mi segunda reflexión-, no es menos cierto que los Estados soberanos siguen siendo los amos y actores principales en la escena mundial, pues conservan el poder esencial de emplear la fuerza. Por último, mi tercera reflexión: ¿por qué no considerar que una manera de conciliar el progreso de la justicia penal internacional, y por lo tanto el fin de la impunidad, con el respeto de ciertas prerrogativas de los Estados soberanos podría consistir en atribuir mayor importancia a las jurisdicciones nacionales, a fin de que tengan cada vez más competencia en los crímenes de alcance internacional?"

1. La alteración de la autoridad del Estado

Esta alteración es secuela de la instauración de los tribunales penales internacionales, que evidencian pérdida de la autoridad soberana del Estado. Los jueces internacionales responden que en desarrollo de un principio del derecho internacional claramente establecido, los Estados no pueden invocar su legislación, aunque sea de nivel constitucional, para sustraerse a una obligación internacional. Pero este planteamiento tradicionalista es rechazado por uno innovador que afirma que las normas constitucionales en cuestión deberían aplicarse, a lo sumo, en las relaciones entre Estados soberanos y no en las relaciones entre un Estado y una jurisdicción penal internacional.

Las relaciones entre Estados se basan en el principio de la igualdad formal; las existentes entre un Estado y una jurisdicción penal internacional se inspiran, en cambio, en el principio jerárquico. Así pues, mientras que entre Estados puede hablarse de extradición, entre un Estado y un tribunal penal internacional se habla de entrega. Pero deberán coincidir en que los derechos del acusado son plenamente respetados en las instancias judiciales internacionales. "Esa figura protectora del Estado nacional -remata Cassese- ya no tiene sentido. Los jueces de La Haya propusieron así una nueva concepción jurídica que rompe con conceptos anticuados y hace prevalecer la visión de la comunidad internacional preconizada por Emmanuel Kant por sobre la sostenida por Hobbes."⁸⁷

2. Los Estados soberanos siguen siendo los amos y actores principales en la escena mundial.

Continua Cassese: "El segundo aspecto de la alteración producida por la justicia penal internacional en la autoridad de los Estados se manifiesta en el plano legislativo. Todo Estado considera como uno de los atributos de su soberanía la promulgación de leyes de amnistía. Ocurre lo mismo con los crímenes amparados por esa medida o las personas a quienes se otorga. Pues bien, en el caso Furundzija, mediante un fallo que tuvo gran eco y fue citado varias veces por la Cámara de los Lores británica en el caso Pinochet, una Cámara de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional de La Haya declaró en 1999 que, como la prohibición de la tortura se había convertido en una norma imperativa de derecho internacional, es decir, una norma de jus cogens, de ello se derivaba, entre otras cosas, que los Estados no podían sancionar leyes de amnistía que la incluyeran. La cámara dedujo que si un Estado, no obstante, promulga una ley de esas características, los demás Estados no deben reconocer sus posibles efectos internacionales (véase el fallo del 10 de diciembre de 1999, §§ 153-155). La Corte Interamericana de

⁸⁷ CASSESE, ya citado pág. 37

Derechos del Hombre fue aún más lejos. En un fallo del 14 de marzo de 2001 concerniente al caso de Barrios Altos, consideró que dos leyes del Perú que amnistiaban delitos de tortura, ejecuciones sumarias y otras violaciones graves de los derechos humanos eran contrarias a ciertas disposiciones fundamentales de la Convención Interamericana de Derechos del Hombre, como las que reconocen el derecho efectivo a un recurso judicial contra toda violación de esos derechos. La Corte decidió entonces que esas leyes estaban "desprovistas de efectos jurídicos". En otras palabras, las declaró nulas y sin valor. Al mismo tiempo, ordenó al Perú iniciar diligencias penales contra las personas acusadas de los crímenes en cuestión⁸⁸. Por lo que sé, es la primera vez que una jurisdicción internacional declara que leyes nacionales carecen de efectos jurídicos dentro del sistema estatal en el cual fueron adoptadas y, por consiguiente, obliga al Estado a actuar como si jamás se hubiesen sancionado. Una vez más, vemos surgir aquí, como si fuera en filigrana, una nueva visión de la comunidad internacional que exige a los Estados soberanos una elección clara entre olvido legislativo y castigo judicial de atrocidades y vejaciones, y llega a borrar cualquier acción estatal que opte por la primera de las dos posibilidades."

Como una alternativa suficiente para conciliar el respeto de la estructura actual fundada en una pluralidad de Estados soberanos aparentemente enfrentada a una justicia penal eficaz, se propone fortalecer la competencia de los jueces nacionales. Si los códigos penales locales amplían su competencia penal a todo crimen internacional cualquiera fuera el territorio en el que se hubiese cometido y cualquiera la nacionalidad de su presunto autor o de la víctima, el radio de acción de los Estados sería mayúsculo y, paradójicamente, se reduciría el de la CPI. Sería implantar la competencia penal universal de los Estados. Cassese sostiene: "A mi juicio, los legisladores nacionales podrían promulgar una norma como la que está en vigencia en Alemania, e incluso mejorarla"⁸⁹. Podrían establecer que cada vez que un crimen internacional está previsto en un tratado internacional ratificado por el Estado o en una norma consuetudinaria de derecho internacional, el Estado en cuyo territorio se encuentra el acusado es competente para iniciar las diligencias penales y ejercer su competencia jurisdiccional, pero con dos condiciones: i) en primer lugar, que el Estado donde se haya cometido el crimen no ejerza su jurisdicción ni solicite la extradición del sospechoso, y ii) si el Estado territorial pide la extradición, que sea manifiestamente incapaz de asegurar un proceso equitativo, rápido y eficaz o, en todo caso, que no pueda garantizarlo"⁹⁰.

Esta solución ya había sido anunciada por Grocio en el siglo XVII; los crímenes internacionales pueden ser castigados por cualquier Estado, pues afectan a la sociedad internacional en su conjunto. Ese gran jurista decía lo siguiente: "Desde el establecimiento de las sociedades civiles se ha convenido, en verdad, que cada Estado o quienes lo gobiernan son los únicos dueños de castigar o no castigar, según lo juzguen adecuado, las faltas de sus súbditos que afecten propiamente el cuerpo del cual son miembros. Pero no se les ha concedido un derecho tan absoluto y específico con respecto a los crímenes que, en cierto modo, afectan a la sociedad humana. Pues, en lo concerniente a ellos, los otros Estados, o sus jefes, tienen derecho a procurar su castigo, así como las leyes

⁸⁸ Véase el fallo del 14 de marzo de 2001, 41 – 44 y 51 (en español, el texto se encontrará en www.oas.org. serie C, "Resoluciones y sentencias"). Cita de CASSESE ...

⁸⁹ Véase §6, capítulo 9 del Código Penal (Strafgesetzbuch). Este establece que el derecho Alemán se aplica a todos los actos cometidos en el extranjero que Alemania tiene la obligación de perseguir en virtud de un tratado internacional que prevea el principio de la universalidad de la persecución. Por lo común, la jurisprudencia ha exigido un criterio de conexión (Anknüpfungspunkt) entre el crimen y Alemania, tal como la residencia del acusado en este país. En su fallo del 21 de febrero de 2001 sobre el caso Sokolovic (todavía no publicado), el Tribunal Federal declaró, empero, que ese punto de conexión no es indispensable (en este ejemplo, el acusado había residido durante veinte años en Alemania y viajaba a ella con regularidad para cobrar su pensión de retiro). Cita de CASSESE ...

⁹⁰ CASSESE ya citado, pág. 43

de un Estado en particular dan a cada uno la posibilidad de accionar ante las justicia para la persecución de ciertos crímenes⁹¹. Según Grocio, “los Reyes, y en general todos los soberanos, tienen derecho a castigar no sólo los agravios hechos a ellos o a sus súbditos, sino también aquellos que no le conciernen en particular, cuando suponen una enorme violación del derecho de la naturaleza o del derecho de gentes, hacia quienquiera. Digo hacia quienquiera y no solamente hacia sus súbditos”⁹². Grocio defendió con ardor el principio de una represión universal de los crímenes graves, pues creía en el derecho natural. Pero luego él, como lo mostró con mucha claridad el presidente Guillaume⁹³, Montesquieu, Voltaire, Rousseau y Beccaria se opusieron a esa idea y prefirieron el principio de territorialidad de la ley penal, consagrado por la Revolución Francesa en el decreto del 3 – 7 de septiembre de 1792 (“los extranjeros acusados de delitos en su patria sólo pueden ser juzgados según las leyes de su país y por sus magistrados”; por consiguiente, “no será retenido en los calabozos de Francia ningún extranjero por crímenes cometidos fuera del territorio francés”).

Sin duda, la competencia universal en materia de crímenes internacionales adquiere absoluta justificación por la naturaleza, porque al ofender a toda la comunidad internacional, cada miembro de esa comunidad está autorizado a perseguirlos y castigarlos; y se justifica, además, por consideraciones prácticas. Ella apunta a eliminar todo riesgo de impunidad, ya que el juez extranjero sustituye al juez territorial contumaz. Como lo señaló el juez español Garzón en un mandamiento de 1997, “esta competencia universal puede revelarse más eficaz que los sistemas actuales de cooperación internacional policial o judicial”⁹⁴. La competencia universal tiene un efecto de incitación sobre los jueces territoriales que suelen adoptar una actitud contumaz y conduce a que el Estado territorial a quien por competencia territorial le corresponde una competencia penal, la acciones para impedir que sea ejercida por jueces extranjeros.

Esa competencia universal, empero, ha sido cuestionada por dos motivos: 1°. Porque jueces de un Estado terminarían por tomar injerencia en los asuntos internos de otro país, contrariando un principio fundamental de las relaciones internacionales. 2°. Porque los jueces nacionales terminarían por poner trabas a las relaciones diplomáticas internacionales cada vez que el sospechoso o acusado fuera un funcionario importante, por ejemplo un jefe de Estado o de gobierno, un ministro de relaciones exteriores, etc.

Las objeciones no parecen sólidas. La 1ª recuerda la actuación de jueces españoles en dos casos muy publicitados (don Alfonso Francisco Scilingo y don Augusto Pinochet, autos de la Audiencia Nacional 1998), y de la Corte Superior Federal alemana (caso Sokolovic 2001). Parece deducirse que tratándose de pronunciamientos por graves crímenes internacionales cometidos en el extranjero por extranjeros, actúan en virtud del

⁹¹ H. Grocio, *De jure belli ac pacis* (Le droit de la guerre et de la paix), traducción de J. Barbeyrac, Amsterdam, chez Fierre de Coup, 1729, vol. II, p. 132 (libro II, capítulo 21, § 3(1)) [Del derecho de la guerra y de la paz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987]. Cita de CASSESE ...

⁹² *Ibid.*, p. 103 (libro II, capítulo 20, § 40). Cita de CASSESE ...

⁹³ G. Guillaume, "La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles", en *Mélanges offerts á Georges Lévassieur*, Gazette du Palais, París, Litec, 1992, pp. 29-30. Cita de CASSESE ...

⁹⁴ Véase V. Bück, "Droit espagnol", en A. Cassese y M. Delmas-Marty (eds.), *juridictions nationales...*, op. cit. La autora recuerda con justa razón un mandamiento del 23 de enero de 1997 del juez Garzón, en el cual este, frente a la negativa del ministro de relaciones exteriores de Argentina a brindar asistencia judicial por hechos cometidos en ese país, afirmaba que el carácter universal de la acción penal debía restringir la posibilidad de que un Estado se negara a cumplir un exhorto internacional. Cita de CASSESE ...

derecho internacional o de la legislación nacional para proteger los valores fundamentales reconocidos por la comunidad internacional, que prevalecen sobre el principio de no injerencia en los asuntos internos.

“Una vez más, estamos aquí en presencia de un enfrentamiento entre dos concepciones diferentes de la comunidad internacional, la arcaica, en la cual la no injerencia en los asuntos internos de los otros Estados constituía un pilar esencial de las relaciones internacionales, y la moderna, centrada, en cambio, en la necesidad de realizar valores universales y que, por lo tanto, autoriza a los jueces nacionales a soslayar e incluso a derribar el escudo de la soberanía”, comenta Cassese⁹⁵.

La 2ª objeción, realmente histórica, fue planteada por el Congo contra Bélgica ante la Corte Internacional de Justicia. En 2000 (11 de abril) Bélgica libra orden de arresto contra el Ministro de Relaciones en ejercicio de la República Democrática del Congo por violaciones al DIH, cometidas antes de asumir el cargo. La CIJ en 2002 resolvió declarar que procedió indebidamente Bélgica ya que los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores gozan de inmunidades, incluso la inmunidad de jurisdicción, mientras se encuentren en funciones. Las inmunidades conciernen a los actos que cumplen a título oficial como a los realizados en privado. Emitir una orden de arresto contra el ministro de relaciones exteriores en ejercicio por presuntas violaciones graves del DIH, cometidas antes de asumir su cargo, reporta que Bélgica ha infringido el derecho internacional. La CIJ ha reforzado un escudo que protege a los más importantes funcionarios estatales. Esta forma de conciliar las exigencias de la cooperación internacional con las de la justicia penal internacional puede considerarse satisfactoria, dicen tratadistas. En toda forma la Corte declaró que “un tribunal puede juzgar a un ex ministro de relaciones exteriores de otro Estado en razón de actos realizados durante el período en el que ocupó su cargo, sólo con dos condiciones: i) que el tribunal extranjero sea "competente según el derecho internacional", y ii) que los actos se hayan realizado "a título privado". Pero el fondo de asunto es que resulta difícil estimar que el hecho de ordenar actos de tortura, masacres de civiles, detenciones masivas arbitrarias o tolerar o no castigar dichos actos pueda considerarse como algo realizado "a título privado". Si esas acciones se consideraran actos públicos, en opinión de la Corte escaparían a la jurisdicción penal de los Estados (al margen del Estado nacional). De ello se deduciría, siempre según la Corte, que el ministro de relaciones exteriores u otros funcionarios de alto rango, una vez finalizadas sus funciones oficiales, sólo podrían ser castigados en el exterior por delitos "privados" como el robo de joyas, el asesinato de un doméstico o un miembro de su familia, etc⁹⁶”.

Si quien decide en últimas es la jurisdicción internacional se exige una armonía entre el fallo y el derecho internacional, armonía no exigible a los jueces nacionales cuando intervienen directamente en razón de su competencia concurrente (artículo 9º ER). En este aspecto, el caso de Ruanda es particularmente significativo, pues la pena de muerte sigue en vigencia y se aplica, aunque parezca paradójico, a los crímenes juzgados por los tribunales ruandeses, aunque se los pueda suponer menos graves que los pertenecientes a la órbita del TPIR.

⁹⁵ Cassese, ya citado pag. 49

⁹⁶ Cassese, ya citado pag. 51

Para evitar discriminaciones, lo que convendría armonizar todos los casos con el derecho penal internacional es el conjunto del derecho penal de fondo y de procedimiento. No parece ser eso lo consagrado en el ER al prever CPI será "complementaria de las jurisdicciones criminales nacionales" (artículo 1º), complementariedad concebida por el artículo 17º con un verdadero carácter subsidiario.

3. Armonización del conjunto del Derecho Penal.

En lo concerniente a la armonización del conjunto del derecho penal parece mas necesaria a medida que se afirma, una determinación de los jueces nacionales a ejercer su plena competencia, no sólo sobre la base del principio de territorialidad o de la competencia personal, activa o pasiva, sino además en razón de la competencia universal que el derecho internacional tiende a desarrollar y el derecho nacional, a integrar, lo cual cobra relevancia luego del caso Pinochet.

Termina Cassese afirmando:

"Un estudio comparativo ha mostrado los riesgos desnaturalización del traslado al derecho interno de las disposiciones sobre el genocidio, e intentó una modelización de los procesos de recepción de la incriminación cuando se pasa de la Convención de 1948 a los códigos penales nacionales, a partir de la comparación de una decena de países y regiones (Alemania, América Latina, Australia, Bélgica, Camboya, Canadá, Estados Unidos, Francia, Israel, Reino Unido, Rusia), Mediante la adopción de los criterios del valor protegido (indicado sobre todo por el lugar de la incriminación en el código), el alcance de la competencia (en el espacio y el tiempo) de las jurisdicciones nacionales y la estructura de la incriminación (por ejemplo en función del grupo protegido y elemento moral de la infracción), los autores caracterizaron varios modelos que van de una concepción de dominante universalista a otra de dominante nacionalista, pasando por diversas variantes. Se miden así los grados de armonización y las distancias, a veces considerables, entre el denominador común, tal como lo define de entrada la norma internacional, y la "nacionalización" efectuada por la integración al derecho interno: "De un concepto único, el de la Convención de 1948, se pasó entonces a un concepto de geometría variable, que incluye, por cierto, un núcleo duro común, pero sobre todo particularidades nacionales, más o menos afirmadas".

La temática en torno a los crímenes internacionales demuestra ser asunto de nunca acabar. No obstante los significativos avances de la jurisdicción internacional que se consagran fundamentalmente en la creación de la Corte Permanente de carácter penal internacional, aún subsisten dificultades de apreciación e interpretación. La doctrina y la jurisprudencia allanarán buena parte del camino y decantarán la institución internacional, pero la falencia de muchos países no vinculados al ER muestra una severa limitación, máxime si dentro de los ausentes figuran indiscutibles potencias universales.

Justicia De Transición Y El Estatuto De Roma

La justicia de transición es una modalidad propia de comunidades en época de conflicto o recién salidas de esa situación. Busca Justicia y Paz. Para su aplicación

requiere algunas medidas judiciales o extrajudiciales, que contribuyan a la reconciliación; con frecuencia facilitar la transición pacífica obliga a no investigar o no castigar.

Para establecer el marco legal de la justicia de transición y fijar los lineamientos para una hipotética negociación de paz, “necesarios para ‘judicializar’ las políticas de la justicia de transición, es preciso primero determinar los contenidos del elemento justicia en la justicia de transición. (...) Justicia en este sentido ha de ser entendido de manera amplia, yendo más allá de la mera justicia penal e incluyendo ciertos elementos clave tales como responsabilidad, equidad (fairness) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y el castigo de infracciones”⁹⁷.

El fundamento jurídico se sustenta en el deber de perseguir crímenes internacionales nucleares en los términos del ER (artículos 6º a 8º⁹⁸ y, a la fecha el artículo 9º⁹⁹, agregamos), pero esta radical postura impediría acudir a amnistías u otras medidas de exención en relación con los crímenes. Por ello el concepto debe matizarse, pues “el interés justicia ha de ser complementado con los derechos de las víctimas de los crímenes internacionales nucleares; estos derechos van mucho más allá de la persecución penal e incluyen, además del derecho a la justicia, los derechos a la verdad y reparación en sentido amplio”¹⁰⁰. Por ello se opta por alternativas a la persecución penal, como las comisiones de la verdad, que complementan pero no sustituyen a la justicia penal. Las medidas deben ofrecer una alternativa para afrontar el pasado sin desconocer el interés de las víctimas.

Debe agotarse el complejo proceso de ponderación de los intereses en conflicto que se realiza a través de un test de proporcionalidad de tres niveles. “Este test conduce, -continúa Kay Ambos-, en su tercera fase de la proporcionalidad stricto sensu, a algunas importantes limitaciones (ratione materiae y personae) y exigencias (especialmente, alguna forma de responsabilidad) que deben ser tenidas en cuenta para evaluar la admisibilidad de las medidas de exención (...) De ello se sigue un enfoque bifurcado en cuanto a la admisibilidad de amnistías: Por un lado, las amnistías absolutas (blanket amnesties) son generalmente inadmisibles (enfoque estricto), dado que su objetivo primario es sepultar por completo crímenes pasados a través de prohibir toda investigación; por el otro, las amnistías condicionales (“responsables”) que resultan en principio admisibles (enfoque flexible), dado que —a diferencia de las amnistías generales— no eximen automáticamente de castigo a los autores, sino que condicionan la exención a la ejecución de ciertos actos o concesiones por el beneficiario como la promesa incondicional de deponer las armas, la satisfacción de legítimas exigencias de las víctimas, y en particular una completa revelación de los hechos, el reconocimiento de responsabilidad y el arrepentimiento”. La CPI ha creado un mecanismo permanente de atribución de responsabilidad, como parte del proyecto de justicia de transición, tal cual se realizó en Uganda¹⁰¹. El artículo 16 da al Consejo de Seguridad la facultad de suspender el

97AMBOS KAY, EL MARCO JURÍDICO DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN, Estudio preparado para la Conferencia Internacional Building a Future on Peace and Justice, Núremberg, 25-27 de junio de 2007 Versión actualizada del texto El marco jurídico de la justicia transicional, Bogotá: Temis, 2008

98 Artículo 6: Genocidio; Artículo 7: Crímenes de lesa humanidad; Artículo 8: Crímenes de guerra.

99 Ya ha sido definido el crimen de agresión.

100 Kay Ambos ya citado.

¹⁰¹ En Uganda, la CPI ha librado órdenes de detención contra líderes del ERS, lo cual deviene en posible conflicto. La estrategia del fiscal limita su accionar a los mayores responsables de los crímenes más graves, reduciendo considerablemente el conflicto y deja la mayor parte de los procesos a los sistemas judiciales nacionales, pero queda en expectativa a la hasta donde la CPI puede ejercer jurisdicción. Se acude por la fiscalía a un instrumento flexible,

procedimiento, pero no altera la competencia de la CPI para revisar indirectamente la decisión del Consejo. La cláusula del interés de justicia del artículo 53¹⁰² otorga al fiscal un instrumento adicional para ejercer su discreción.

Las medidas aplicadas en tales situaciones pueden ser de naturaleza judicial y/o no judicial “con distintos niveles de participación internacional (o sin ella)” y pueden consistir en “persecuciones individuales, reparaciones, búsqueda de la verdad, reforma institucional, descalificación y destituciones, o una combinación de ellas”. La clase de transición y el rol de la (antigua) elite en el proceso afectan la clase de justicia de transición y su éxito, dado que las posibilidades de la justicia de transición aumentan a medida que disminuye la influencia de la (antigua) elite. El éxito de la justicia de transición puede ser medido por la calidad de las reformas políticas logradas; en particular, si y en qué medida, la justicia de transición contribuye a la reconstrucción y consolidación de la democracia⁹ y del sistema judicial doméstico. El elemento justicia en la justicia de transición –remata Kay Ambos-, debe ser comprendido ampliamente. En consecuencia, justicia es “una idea de responsabilidad y equidad (fairness) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones. Justicia implica consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo. Es un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales y, aunque su administración implica usualmente mecanismos judiciales formales, son igualmente relevantes mecanismos tradicionales de resolución de conflictos (...) El abstenerse de una persecución penal y/o del castigo es a veces una condición necesaria para facilitar la paz y la reconciliación. Para decirlo sin rodeos, el precio de la paz es a menudo la justicia o un “compromiso [trade off] entre paz y justicia”. Una definición de justicia de transición centrada en la víctima no toma suficientemente en consideración esta tensión. Es un

acudiendo al ER, que permite tomar en consideración situaciones de transición y a su discrecionalidad sustentada en los artículos 17 (sobre la complementariedad), 16 (sobre la intervención del Consejo de Seguridad) y 53, #1 y #2, c) (sobre el interés de justicia). Es decir se trata de establecer un adecuado equilibrio entre el ejercicio soberano de los Estados de la jurisdicción (penal) y el interés de la comunidad internacional en prevenir la impunidad de los crímenes internacionales nucleares otorgando prioridad a los Estados partes si estos están dispuestos y tienen la capacidad para investigar y enjuiciar tales crímenes.

¹⁰² Artículo 53.- Inicio de una investigación. --- 1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: --- a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte; --- b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17; --- c) **Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.** --- El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares. --- 2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que: --- a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58; --- b) La causa es inadmisibles de conformidad con el artículo 17; o --- c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13. --- 3. a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión; --- b) Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares. --- 4. El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones.

argumento común que una política de persecución penal consecuente podría desencadenar mas y peores abusos y hacer peligrar una pacífica transición de un gobierno dictatorial hacia uno democrático o, en última instancia, hasta destruir una incipiente y aun frágil democracia. Se dice que el dilema de las negociaciones de paz es que no se puede excluir a los mayores responsables por los crímenes internacionales sin poner en peligro la paz misma; sin embargo, si se los incluye puede dárseles una legitimación inmerecida¹⁰³.

La Corte Constitucional sudafricana¹⁰⁴, en histórica decisión sobre la disposición de amnistía contenida en el epílogo a la Constitución interina de 1994, recuerda que una transición exitosa no requiere solamente “el acuerdo de aquellos victimizados por abusos, sino también el de aquellos amenazados por la transición a una sociedad democrática [...]”. En otro escenario la Comisión de la Verdad de Sierra Leona reconoció la credibilidad de la posición del gobierno en cuanto a que sin una oferta de amnistía e indulto el Acuerdo de Paz de Lome no habría existido. Pero estas excepcionales situaciones no son argumento suficiente para otras situaciones; suelen carecer de respaldo empírico y pueden confundir la precisa definición de los conceptos paz, reconciliación y justicia. Renunciar a la persecución penal no es asunto de poca monta, no basta la socorrida expresión “coexistencia no letal”. La técnica más importante para eximir de persecución penal a los autores es la concesión de una amnistía en la forma de una amnistía política o posconflictual. Curiosamente, Immanuel Kant, el gran defensor de la retribución, escribió en su *Metafísica de las costumbres* que “el verdadero concepto de paz supone la idea de la Amnistía”.

El ER se edifica como el instrumento legal más importante a nivel mundial para la persecución penal de crímenes internacionales, persecución que está en la vanguardia de la lucha global contra la impunidad. Es su razón de ser, baste para ello recordar el párrafo 4 del Preámbulo: “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia...”.

Bajo este supuesto, la justicia de transición no tendría fundamento jurídico alguno en la jurisdicción penal internacional. La factibilidad de invocarla y aplicarla deviene de dos consideraciones absolutamente necesarias:

el concepto de justicia en la justicia de transición debe ser amplio, los ciudadanos miran con esperanza el arribo de la paz y para lograrla, sin sacrificar principios

¹⁰³ Cita de Kay Ambos: Véase Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law* (La Haya: TMC Asser Press, 2005), p. 66 (nm 190): “En realidad, el abstenerse de castigar crímenes de derecho internacional puede ser necesario en casos concretos para restaurar la paz doméstica y hacer posible la reconciliación nacional

¹⁰⁴ Cita de Kay Ambos: El título del epílogo es “Unidad nacional y reconciliación”. La Constitución se propone tender “un puente histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividida, caracterizada por luchas, conflicto, sufrimiento e injusticia incalculables, y una futura, fundada en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia, la coexistencia pacífica y el desarrollo de oportunidades para todos los sudafricanos, independientemente del color, raza, clase, creencia o sexo” (epílogo, párrafo 1). Para este propósito establece el párrafo. 5, cláusula 1 del epílogo: “Para avanzar hacia tal reconciliación y reconstrucción, la amnistía será concedida respecto a hechos, omisiones y delitos asociados con objetivos políticos y cometidos en el curso de los conflictos del pasado”. La Constitución del 18 de diciembre de 1996 no contiene este epílogo.

éticos y seculares, necesitan una mirada benigna en la interpretación de la gama de posibilidades que debe auscultar.

Para no cerrar cualquiera opción el recurso legal de la CPI para tolerarlo y aplicarlo, lo es la clausula del interés de la justicia consagrado en el artículo 53 del ER, ya transcrito.

Los Estados, muchos Estados, Colombia dentro de ellos, que padecen severos conflictos internos y aún externos, no pueden permitirse perpetuar la situación por la estructura secular de las instituciones. Sacrificar algunos dogmas, o mejor dar espacio para que otras consideraciones exhiban sus bondades no puede, ni debe cercenarse.

En síntesis: la justicia de transición no está en contravía del Estatuto de Roma, es factible y necesario conciliarlos.

El Derecho Penal Internacional DPI es hoy una institución determinante en el proceso de la búsqueda de la paz y de la sanción de los autores directos e indirectos de graves crímenes contra la humanidad. La CPI está llamada a brindar a la humanidad una sensación de tranquilidad y llamada también a advertir a los posibles infractores la seriedad y severidad de su punibilidad. El largo camino recorrido, sobre escombros de dolor y vergüenza, debe conducir a tener la certeza de juicios imparciales, pero severos y estrictamente celosos de la custodia del bien jurídico que se consagra: la humanidad entera.

Camino a la Convivencia

Tercer Camino:

CAMINO A LOS DERECHOS HUMANOS DDHH

TERCER CAMINO:

CAMINO A LOS DDHH

El tercer camino que hemos propuesto recorrer en la búsqueda del CAMINO A LA CONVIVENCIA, es el de los DERECHOS HUMANOS. Igual que los senderos anteriores, no está aislado. Por el contrario ha marchado paralelo en la historia con el DIH y con las normativas punitivas, a punto que se suelen hermanar o confundir. A ellos también los inspira la mejora de las condiciones de convivencia del ser humano, solo que, estos DDHH se predicen en todo tiempo, pero especialmente en épocas de paz.

Precisar tanto su contenido como su alcance y verificar cuándo en un acontecer concreto se ultraja uno u otro, o cuando un mismo acaecer puede agraviar simultáneamente varias de estas sendas, ha sido la mira que nos hemos propuesto. Por ello este espacio ha sido reservado a los DDHH.

DEFINICIÓN-

Se admite que es harto difícil lograr unificar la definición de DDHH. En simplista y afortunada enunciación se predica que son aquellos derechos inherentes a la persona por su simple condición de ser humano. Tal vez la más sencilla pero, igual, la más afortunada.

Otra corriente¹⁰⁵ los define como “(...) el conjunto de prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico social y cultural, incluidos los recursos y garantías de todos ellos, que se reconocen al ser humano considerado individual y colectivamente”. Parecería exigir que deban reconocidos.

Para algunos¹⁰⁶ son “(...) el conjunto de garantías que pertenecen frente al poder público a toda persona humana, cualesquiera que sean su sexo, nacionalidad, raza, edad; es decir, la libertad y la igualdad civil y el derecho de propiedad”. No precisa

¹⁰⁵ Cfr. Rodríguez y Rodríguez Jesús, en DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, , México, Tomo III, UNAM, 1983

¹⁰⁶ Capitans Henry, en VOCABULARIO JURIDICO, DE PALMA Editores, Buenos Aires, Argentina, 1966, pg. 210.

reconocimiento, le pertenecen al ser para enfrentar el poder político, a los abusos del Estado.

Y para otros¹⁰⁷, “(...) son las prerrogativas que, conforme al derecho internacional, tiene todo individuo frente a los órganos de poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del estado, para satisfacer sus necesidades básicas y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de la que forma parte”. Sin duda plenamente integral.

Todos estos criterios coinciden en el contenido de la titularidad del ser humano y la pertenencia por el solo hecho de ser. Y todos se proyectan a un bienestar que garantice la dignidad humana e indican que es deber primordial de los Estados tomar medidas para su protección. Igual no depende su reconocimiento de una implementación normativa.

El profesor Antonio Pérez Luño¹⁰⁸, afirma que se pueden señalar tres tipos de definiciones de derechos humanos:

Tautológicas: Los derechos del hombre son los que corresponden al hombre por el hecho de ser hombre.

Formales: Los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado.

Teleológicas: Los derechos del hombre son aquellos que son imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización.

CARACTERÍSTICAS.

Los DDHH poseen básicamente seis características, a saber:

Son universales, porque todos los individuos poseen los mismos derechos, sin distinción alguna.

Son indispensables, porque sin ellos las personas no pueden subsistir dignamente como seres humanos dentro de la sociedad.

¹⁰⁷ Faundes Ledesma H., “ El sistema interamericano de protección de derechos humanos” I. Interam de Der num., s.n, José CR, 1996 pág. 21

¹⁰⁸ Cfr. PÉREZ LUÑO Antonio, DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, en: TEORÍA DEL DERECHO: UNA CONCEPCIÓN DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA, Editorial TECNOS, Madrid, 2007, pg. 17 y 18.

Son connaturales o inherentes, pues nacen con la persona misma y no son resultado de actos de autoridad, es decir, que su origen no es el Estado o las leyes, decretos o títulos, sino la propia naturaleza o dignidad de la persona humana.

Son limitados, porque terminan donde comienzan los derechos ajenos.

Son obligatorios, los Derechos Humanos imponen una drástica obligación a todas las personas y al Estado, de respetarlos y hacerlos cumplir. Es así como los DDHH son indivisibles, interdependientes, complementarios y no jerarquizables. Y,

Son integrales, se parte del principio de que todos los derechos son fundamentales por lo que no existen diferencias de importancia entre ellos.

HISTORIA DEL CONCEPTO.

La expresión aparece por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional de Francia el 26 de agosto de 1789, su propósito fue señalar solemnemente los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. En nuestros territorios sudamericanos fue introducida por el prócre de la Independencia D. Antonio Nariño. La expresión “les droits de l’homme”, si bien surge a la vida jurídica 1789, tiene ya antecedentes históricos, ideológicos y éticos.

Los antecedentes históricos tienen su origen en las luchas, primero de los barones, después del parlamento y de los tribunales ingleses para alcanzar su supremacía e independencia frente al poder real. Estas luchas produjeron la consagración de los derechos natos de los ingleses “the birth rights of englishmen”.¹⁰⁹

No se puede olvidar que históricamente, la revolución americana precedió a la francesa y que en cierto modo sirvió de inspiración libertaria en el viejo mundo a los movimientos antimonárquicos que surgían a raíz de las desigualdades sociales y el absolutismo real. Años después de la proclamación de los Derechos del Hombre y del Ciudadano entraron en vigor en los Estados Unidos las diez primeras enmiendas de su

¹⁰⁹ Headrick, William C. Los Derechos Humanos en Europa y América. Universidad Iberoamericana. Primera Edición. Santo Domingo, 2004, p. 2.

onstitución, conocidas como el “Bill of Rights”¹¹⁰, y aquí, por primera vez en la historia, se contemplan restricciones a los actos emanados del Congreso¹¹¹.

La siguiente etapa en la protección de los derechos humanos ha sido la internacionalización del control sobre los actos legislativos, ejecutivos o judiciales, para asegurar su adecuación a los derechos humanos en forma jurídicamente vinculante. Esto se logró en la esfera de las Naciones Unidas con el Pacto relativo a los Derechos Civiles y Políticos, que creó los compromisos internacionalmente vinculantes para los estados partes pero solamente frente a otros estados característica del Derecho Internacional. En este estadio los particulares víctimas de violaciones de los derechos humanos no pueden recurrir a este Pacto para su protección.

La evolución, particularmente la internacionalización, permitirá la creación de organismos protectores de alto nivel, que harán viable el acceso universal para reclamar por las violaciones a los DDHH:

Carta del Manden

Pero sin duda, un valioso precedente, por allá a principios del siglo XIII, lo constituye la Carta de Manden, nacida en el África. Se narra que a raíz de una gran victoria militar de Soundiata Keita, fundador del Imperio de Mali, este Mansa (rey) se reunió con su Consejo de Sabios en Kurukan Fuga y proclamaron la Carta del Manden, que recibe su nombre del territorio de la cuenca alta del río Níger situado hoy de uno y otro lado de la frontera entre Guinea y Mali¹¹².

Esta Carta es una de las constituciones más antiguas del mundo y sólo existe en forma oral. Consta de un preámbulo y siete capítulos en los que se proclaman: la paz social en la diversidad, la inviolabilidad del ser humano, la educación de las personas, la integridad de la patria, la seguridad alimentaria, la abolición de la esclavitud por razia y la libertad de expresión y comercio. Aún cuando el Imperio Mandinga no perdura, la Carta se sigue transmitiendo de generación en generación, en forma codificada y oral, dentro de los clanes malinké. La tradición se perpetúa en ceremonias anuales conmemorativas de la

¹¹⁰ La **Carta de Derechos (Bill of Rights)** es el término por el que se conocen las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América. Estas enmiendas limitan el poder del gobierno federal, y garantizan los derechos y libertades de las personas. Entre los derechos y libertades que la Carta de Derechos garantiza se encuentran los siguientes: la libertad de expresión, la libertad de asamblea, la libertad religiosa, la libertad de petición, y el derecho a tener y portar armas; el derecho a no ser sometido a registros e incautaciones irrazonables, o a castigos crueles e inusuales; el derecho a no testificar contra uno mismo, al debido proceso, y a un juicio rápido con un jurado imparcial y local. Además, la Carta de Derechos establece que “la enumeración en la Constitución, de ciertos derechos, no debe ser interpretada para negar o menospreciar otros retenidos por el pueblo.” Tomada de http://es.wikipedia.org/wiki/Carta_de_Derechos_de_los_Estados_Unidos

¹¹¹ La Carta de Derechos también reserva a los estados o al pueblo todos los poderes no delegados al gobierno federal. Estas enmiendas entraron en vigor el 15 de diciembre de 1791, cuando fueron ratificadas por tres cuartas partes de los estados. http://es.wikipedia.org/wiki/Carta_de_Derechos_de_los_Estados_Unidos

¹¹² Cfr. <http://www.ikuska.com/Africa/Etnologia/Pueblos/Malinke/carta.htm>, 20 mayo 2011.

histórica asamblea. La Carta del Mandén no sólo es una fuente de normas jurídicas, sino también un mensaje de amor, paz y fraternidad que ha perdurado a través de los siglos, ella es cimiento de los valores y tradiciones de las poblaciones, a punto que en 2009 fue incorporada a la Lista del Patrimonio Cultural Inmaterial de Humanidad de la UNESCO.

Se estima que es más importante que la Gran Carta de los ingleses (1215), habiendo sido proclamada el día de la entronización de Sundiata Keita, el gran emperador de Mali en África occidental, en 1222 o 1235. Sus principios son:

Toda vida es una vida.

El daño exige reparación.

Ayudarse mutuamente.

Velar por la patria.

Ruinar la servidumbre et la hambre.

Que cesen las tormentas de la guerra.

Cada quien es libre de hablar, de hacer y de ver (113).

Juan Montero (114) presenta su versión así: “[S]ólo la victoria de Sunyata Keita el año 1235, en la batalla de Kirina, sobre el rey de los Soso Sumaoro Kante, cierra este período de debilidad y abre el camino al Imperio de Malí, del que Sunyata será su primer Mansa (emperador) y su primer legislador otorgando, en asamblea celebrada en el claro de Kurukan Fuga, las cuarenta y cuatro leyes que conformaron la Carta del Mandingo o Carta de Kurukan Fuga, columna vertebral y nexo de unión de todas las comunidades del Mandingo que, todavía hoy, rige buena parte de los destinos de estos pueblos. --- Vislumbrada apenas por el gran historiador guineano Djibril Tamsir Niane en su obra de referencia: “Soundjata ou l’épopée Mandingue (Sunyata o la epopeya Mandinga)” (París, Présence Africaine, 1960), el texto íntegro de esta carta, estructura de un profundo pensamiento político en África negra y origen y fundamento del más importante imperio negro de la historia, no fue definitivamente descubierto hasta un encuentro entre comunicadores tradicionales y modernos organizado, a iniciativa de la Agencia de la Francofonía, Intermedia Consultants International y el Centro de Estudios Lingüísticos e Históricos para la Tradición Oral (CELHTO), en la ciudad de Kankan (Guinea Conakry), del 3 al 12 de marzo de 1998 y en el que, de forma totalmente azarosa y por lo tanto inesperada, los griots tradicionalistas, puestos a declamar las tradiciones orales en torno a la epopeya fundacional del Imperio de Malí (S. XIII), desgranaron íntegras todas las leyes dictadas en su día por Sunyata Keita, fundador de este imperio, y con ellas extrajeron del olvido la Carta del Mandingo, texto oral constitucional, inmediatamente transcrito y posteriormente traducido bajo la supervisión de destacados lingüistas guineanos. --- De este texto, que ha supuesto una rehabilitación del pensamiento político negroafricano, dice el propio Djibril Tamsir Niane en su introducción al libro a él dedicado: “...El descubrimiento de la Carta de Kurukan Fuga es, sin ninguna duda, el mayor acontecimiento cultural de fines del siglo XX en el África negra...”(1). ---- Primer texto de este tipo recogido en África del Oeste, la Carta es a la vez un código moral y un conjunto de leyes destinadas a organizar la vida en sociedad. Se trata pues de un texto constitucional al que apenas veinticinco años separaron su promulgación (1240) de la de la Magna Carta inglesa (1215). Como dice el investigador senegalés Hamidou Dia: “... En el mismo momento en el que Inglaterra se daba su Magna Carta como factor de paz y cohesión social, por uno de esos guiños de los que la Historia guarda el secreto, los hijos del León y del Búfalo proponían, con idéntico espíritu, un pacto similar: la Carta del Mandingo”115. ---- El Código, que incluye 44

¹¹³Cfr. <http://anti-novlangue.blogspot.com/2007/06/la-carta-de-manden-espanyol.html>, 20 mayo 2011.

¹¹⁴ MONTERO Juan en **Kurukan Fuga** http://www.guinguinbali.com/index.php?lang=es&mod=news&task=view_news&cat=11&id=210 en 21 mayo 2011.

¹¹⁵ La Charte de Kurukan Fuga. Aux sources d’une pensée politique en Afrique” (“La Carta de Kurukan Fuga. En los orígenes de un pensamiento político en África”), Société Africaine d’Edition et de Communication (SAEC), CELHTO y L’Harmattan, 2008, pg. 141. Cita de Montero Juan en cita anterior.

leyes, gira en torno a cuatro puntos básicos: ---- El respeto a los derechos de la persona humana ---- La prevención de los conflictos ---- La igualdad entre los sexos ---- La defensa del medio ambiente”.

Y concluye Montero: “[C]omparte ya rango entre los códigos y otras constituciones que han expresado con fuerza los derechos humanos y los principios democráticos... La carta es un documento mayor. Para no haber sido una ley escrita, no por ello ha marcado menos la vida de las poblaciones del Imperio de Malí. Muchas de sus leyes se han convertido, debido a su uso, en costumbres, en imperativos que informan las actitudes de las gentes del pueblo. Esto habla del impacto de este importante documento de casi ocho siglos de antigüedad (116)”.

DIFERENCIA CON DERECHOS FUNDAMENTALES

Suele tomarse las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales como sinónimas. La principal diferencia radica en que los DDHH son aquellos cuya protección y defensa está consagrada en los Instrumentos Internacionales suscritos por los Estados, en tanto que los Derechos Fundamentales son los consagrados como tales en las Constituciones. La categorización de derechos humanos amplía la esfera de protección a un ámbito internacional.

Son derechos fundamentales los derivados de la libertad individual. Y son DDHH el conjunto de principios de aceptación universal en el marco del Derecho Internacional Público, reconocidos constitucionalmente y garantizados jurídicamente bajo el nombre de Derechos Fundamentales dentro del Derecho Público Interno.

LA FUNDAMENTALIDAD

La fundamentalidad de los derechos se determina por tres criterios principales

Que el derecho sea esencial para la persona

Que el derecho, de no ser fundamental se encuentre en conexidad con uno de esta naturaleza

Que el derecho tenga reconocimiento expreso como fundamental por parte del constituyente.

Sucintamente veamos estos criterios:

Que el derecho sea esencial para la persona

116 Ib. Anterior, pág. 159.

Este criterio corresponde a una clausula abierta o de textura abierta o concepto jurídico indeterminado, en la cual la determinación de lo fundamental o no del derecho, se declara en frente al en caso concreto. La esencialidad es lo que hace que una cosa sea esa cosa y no otra de acuerdo con el criterio aristotélico. Por eso podemos decir que el derecho es esencial si al prescindir de él, afecta la vida misma de la persona o su dignidad de manera estructural.

Los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona. Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo, que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos

Los valores y principios materiales de la persona, están inspirados en el primer inciso del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre¹¹⁷.

Que el derecho, de no ser fundamental se encuentre en conexidad con uno de esta naturaleza.

Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales, sin embargo su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ejercicio de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos, sociales o culturales, un derecho fundamental de aplicación inmediata aparece como insuficiente para respaldar una decisión, pero esa insuficiencia puede superarse si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural. Esto obedece a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos.

Que el derecho tenga reconocimiento expreso como fundamental por parte del constituyente

Requisito esencial: Conexión directa con los principios Ya se señaló que los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en dichos principios.

De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios. La movilidad del sentido de una norma se encuentra limitada por una interpretación acorde con los principios constitucionales. Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia.

¹¹⁷ Dice el Preámbulo de la DUDH, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;..." y agrega: "Los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres;"

Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.

LA TEMÁTICA EN COLOMBIA.

En nuestro país tanto en el cuerpo normativo de la Constitución como en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta temática ha tenido amplio desarrollo.

El Preámbulo de nuestra Carta¹¹⁸ contiene los valores de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz; y en el cuerpo de la Constitución figuran además la moral social, la riqueza natural y el pluralismo expresado en la diversidad política, étnica y cultural. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la Carta Política.

En los artículos 1º y 2º de la Constitución¹¹⁹, en el Título De los Principios Fundamentales, se establece que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana; y dentro de sus fines esenciales está el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma Carta Política. El sujeto, razón y fin una Constitución es la persona humana.

En este sentido, con el fin de verificar si un derecho constitucional fundamental se deriva del concepto de derecho esencial de la persona humana, precisa relacionar racionalmente la Norma Superior, específicamente los artículos 5º y 94 de la Constitución¹²⁰, Ambas normas interpretadas a la luz de la Convención Americana de los Derechos del Hombre (norma interpretativa constitucional según el artículo 93 de la Carta¹²¹). En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San

¹¹⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. –“PREÀMBULO. EL PUEBLO DE COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA”.

¹¹⁹ TÍTULO I. De los principios fundamentales.- --- ART. 1º—Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. ---- ART. 2º—Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. -- Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. ---

¹²⁰ Artículo 5º: "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad". --- Artículo 94: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos". Esta disposición tiene como antecedente la enmienda 9ª de la Constitución de los Estados Unidos, aprobada en 1791.

¹²¹ Artículo 93. —Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos

José de Costa Rica", fue aprobada por Colombia¹²². Ella es por tanto una norma jurídica vinculante en el derecho interno. Allí se encuentra la idea de que son los atributos de la persona humana los determinantes para establecer la esencialidad de un derecho, pues así lo plasma el Preámbulo de la Convención Americana¹²³. Por vía jurisprudencial, la Corte Constitucional ha efectuado plurales pronunciamientos que ratifican el criterio de esencialidad. Así, en la sentencia T- 02 de 1992, se lee: "Los criterios principales para determinar los derechos constitucionales fundamentales son dos: la persona humana y el reconocimiento expreso. El primero contiene una base material y el segundo una formal"¹²⁴.

Desde otra óptica, la Corte Constitucional colombiana, fija un nuevo criterio para determinar si un derecho es fundamental o no, caso en el cual si un derecho como el del medio ambiente que no es fundamental de acuerdo a su ubicación en la carta constitucional, se encuentra conexo con un derecho que si lo es, como la vida, se torna también en fundamental¹²⁵.

Una característica de algunos de los derechos constitucionales fundamentales es la existencia de deberes correlativos. La persona humana además de derechos tienen deberes; ello es como las dos caras de una moneda, pues es impensable la existencia de un derecho sin deber frente a sí mismo y frente a los demás. Como diría Kant¹²⁶, ser persona es ser fin de sí mismo. Por ello en el artículo 95¹²⁷ de la Constitución Política patria se encuentran los deberes y obligaciones de todo nacional colombiano.

Ahora bien, la eficacia directa no se reduce a los derechos de aplicación inmediata o a los derechos humanos de la llamada primera generación, ya que en algunos casos los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser objeto de protección

y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. --- **Adicionado. A.L. 2/2001, art. 1º.** El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de plenipotenciarios de la Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. --- La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

¹²² Cfr. Ley 16 de 1972, ratificado el 31 de julio de 1973. Entró en vigencia el 18 de julio de 1975.

¹²³ PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.- PREÁMBULO: "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

¹²⁴ Son también importantes: Sentencias C-152-1992, C-251-1992, C-575-1992; T-406-1992, T-499-1992, T-505/1992; T-428/1997. C-587/1992; T-406/1992; SU-476/1997; T-523/9; C-574/1992; C-2719/93; C-774/2001; C-67/2003; T-572/2008, entre otras.

¹²⁵ Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-406 de 1992.

¹²⁶ Emmanuel Kant, en Fundamento de la Metafísica de las Costumbres.

¹²⁷ ART. 95. —La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. --- Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.. --- Son deberes de la persona y del ciudadano: --- 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; -G2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; --- 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales; --- 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; --- 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; --- 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz; --- 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; --- 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; --- 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad. --- TAMBIÉN Cfr. Sent.. T-426, 505, 532/92; T-125/94; T-1750/2000 de la Corte Constitucional..

especial, como v. gr., en la protección a los derechos de los niños; los principios mínimos fundamentales de los trabajadores; el derecho obtención de información contenida en documentos públicos, etc.

En Colombia estas protecciones especiales hacen parte del cuerpo constitucional, así: Artículo 50 (derechos de los niños). Artículo 53-2 (principios mínimos fundamentales de los trabajadores); Artículo 73 (obtención de información contenida en documentos públicos).

Son también objeto de amparo aquellos eventos en los cuales se considere que una prestación del Estado consagrada como derecho económico, social o cultural, pone en entredicho de manera directa y evidente un principio constitucional o derechos fundamentales, de tal manera que, a partir de una interpretación global, el caso sub judice resulta directamente protegido por la Constitución.

Es importante tener en cuenta que la eficacia de las normas constitucionales no se puede determinar en abstracto; ella varía según las circunstancias propias de los hechos: una norma de aplicación inmediata (art. 85) puede tener mayor o menor eficacia dependiendo del caso en cuestión; lo mismo un valor o un principio. Se debe encontrar, en la relación hecho-norma la decisión más razonable, no sólo desde el punto de vista jurídico sino también desde el punto de vista fáctico.

De acuerdo con esto, la enumeración del artículo 85 no debe ser entendida como un criterio taxativo y excluyente. En este sentido es acertado el enfoque del artículo segundo del decreto 2591 de 1991¹²⁸ cuando une el carácter de tutelable de un derecho a su naturaleza de derecho fundamental y no a su ubicación.

De manera más completa, la Corte Constitucional señaló los requisitos esenciales que debe reunir un derecho para ser catalogado de esencial en la sentencia T-406 de 1992¹²⁹. de la libertad negativa, es decir del derecho a la no injerencia o afectación de los mismos, en donde la obligación del Estado es de respeto y protección. Dependerá de la interpretación de estos principios el grado hasta donde se los hace llegar en los ordenamientos jurídicos. Estos derechos fundamentales generalmente se los identifica como la primera generación de derechos.

CLASIFICACIÓN

La doctrina ha realizado un importante esfuerzo por clasificar y sistematizar los DDHH. Normalmente se dividen en dos categorías: derechos positivos y derechos negativos. Los derechos negativos que se definen exclusivamente en términos de obligaciones ajenas de no injerencia -como el derecho a la intimidad-, y los derechos

¹²⁸ Este punto hace referencia al único caso expreso en que el legislador calificó directamente de fundamental un derecho que fue en el artículo 44 de la constitución política al hacer referencia a los derechos de los niños.

¹²⁹ Sent. T-406/1992, así. Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales

positivos que imponen obligaciones a otros agentes la realización de determinadas actividades positivas, (tradicionalmente, –aunque ya no de manera exclusiva-, al Estado).

Otra clasificación muy extendida es la que ordena los derechos humanos en generaciones, atendiendo por lo general al momento histórico en que se produce su reivindicación.

CLASIFICACIÓN POR GENERACIONES.

La clasificación por generaciones solo obedece a un criterio referido a la época en que los DDHH surgen, mas no a una escala de importancia o preferencia. Hay solo un referente cronológico. Son varias estas clasificaciones, no siempre coincidentes, recordemos dos de ellas:

PRIMERA GENERACIÓN. Puede estimarse que a partir de 1789, en la revolución Francesa, se planteó la Primera Generación de Derechos Humanos, contemporáneamente denominados Derechos Individuales, Garantías Individuales o Derechos Civiles o Políticos, destinados a proteger la vida, la seguridad y libertad de la persona. En éste periodo el Estado se abstiene de participar e intervenir en la vida económica y social, es el Estado Gendarme.

SEGUNDA GENERACIÓN. Surge al término de la Primera Guerra Mundial, en dos niveles: 1°. Un nivel Nacional, en el cual los textos constitucionales de muchos estados independientes¹³⁰, consagran los derechos sociales, entendidos como derechos clásicos, aquellos derechos que exigen la intervención estatal para la satisfacción de necesidades comunitarias referentes a salud, vivienda, educación, seguridad social, etc. 2°. Un nivel internacional, en el cual dichos derechos sociales consagran en Tratados o Instrumentos Internacionales, particularmente en tres: El Tratado de Versalles, que pone fin a la Primera Guerra Mundial; la Liga de las Naciones de 1919; y la creación de la Oficina Internacional del Trabajo OIT en 1919.

TERCERA GENERACIÓN. Entre 1919 y 1939 surgen los denominados Derechos de Solidaridad, como el derecho a la paz, al medio ambiente, al desarrollo, a un nuevo orden internacional, etc. La ONU reconoce los Derechos de Solidaridad, después de su creación en 1945. Esta la tercera categoría de DDHH fruto de la evolución histórica y dinámica de los Derechos Universales, de un nuevo orden internacional.

NUEVAS GENERACIONES

. Se había advertido que la enunciación de los DDHH a través de generaciones, no responde a un criterio sólido, ni uniforme. Es una nomenclatura que

¹³⁰ V.gr. Constitución colombiana 1886, Constitución mexicana 1917, Constitución alemana de Weimar 1919, entre muchas.

responde más bien a la época en la cual se van desarrollando. Por ello a las tres anteriores que podríamos denominar tradicionales, se agregan -y se seguirán agregando-, otras conforme resulten necesarias. Esta etapa abarcará desde la guerra fría, 1947-1990, hasta nuestros días.

CUARTA GENERACIÓN. Para algunos comentaristas de DDHH, una Cuarta Generación la podrá integrar el nuevo Derecho Internacional de las Minorías y de las comunidades Indígenas, tema sensible en las comunidades precolombinas latinoamericanas, especialmente México, Guatemala, Nicaragua, Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia.

Otros comentaristas, hablando de la 4ª generación, ubican en ella los Derechos que se refieren a la manipulación genética, en sus diversas manifestaciones.

QUINTA GENERACIÓN. El auge de la tecnología¹³¹, que a diario sorprende con sus avances, insinúa una Quinta Categoría que lo será el Acceso de los Pueblos a la Ciencia y tecnología.

Otra clasificación, no menos rígida e interesante se presenta en Sapere Audere · (Enciclopedia de Filosofía de Stanford · Diccionario de Filosofía de la Mente)¹³². La formulación de las varias generaciones de DDHH, se presenta así:

La primera generación resulta a lo largo de la progresiva secularización y redefinición de los códigos morales contenidos en las sagradas escrituras de las más significativas religiones monoteístas, como el Nuevo Testamento, Antiguo Testamento y el Corán. Ese humanismo religioso, genera y se convierte en los derechos civiles y políticos básicos de los ciudadanos. Ejemplo, el mandamiento "No mataras" que se ha convertido en el derecho a la vida. La formulación, opinamos, arranca de una teoría religiosa, no política.

La segunda generación dimana de los movimientos sociales surgidos durante la Revolución Industrial y que perseguían liberar a los trabajadores del yugo ejercido por parte de las fábricas todopoderosas. Ejemplo: el derecho de asociación y huelga.

La tercera generación se perfeccionó tras la 2ª Guerra Mundial y el periodo de la guerra fría y que aun levanta discusiones. Ejemplos son el derecho a la auto-determinación

No elude esta presentación la formulación de otras generaciones que responden a las siguientes valoraciones:

La cuarta generación condensa derechos que estrictamente no son conferidos o no les son atribuibles a seres humanos, sino que corresponde a los derechos de los animales no-humanos. Ejemplos son la conservación de especies en peligro de extinción y trato ético a animales no-humanos. DDHH para no-humanos.

La quinta generación tampoco será estrictamente extensible a seres humanos. Lo será a maquinarias, artefactos, robots y software inteligente. Ejemplo será el día en que un robot pueda tener una conducta autárquica con respecto a su programador y

¹³¹ -¿Que vamos a entender por nuevas tecnologías?-. Los semiconductores, la robótica, la informática, la ingeniería genética, la biotecnología, las arcillas y los nuevos materiales paradigmas o arquetipos que están en la faz de esta revolución científica tecnológica que comienza en 1953. Cfr. **DÍAZ MÜLLER Luis Teodoro en: GLOBALIZACIÓN, BIOÉTICA Y LOS DERECHOS HUMANOS, 30/01/2003 en:**

¹³² Sapere Audere. Enciclopedia de Filosofía de Stanford · Diccionario de Filosofía de la Mente, en: <http://sapereaudere.blogspot.com/2006/04/tercera-cuarta-quinta-y-sexta.html>

realice un acto ilegal. ¿Habría que castigarle?, ¿otorgarle derechos de protección legal justa? (El interrogante hace parte del planteamiento).

La sexta generación de derechos humanos será aplicable a seres humanos, o no exactamente a humanos, sino que lo será seres trans-humanos y en un estadio ulterior post-humanos, o por utilizar una expresión mucho más viable, personas con identidad genética-cognitiva-informacional alterada por la modificación geno-nano-robo-tecno.

La clasificación no deja de ser interesante y, acaso, concite más de un interrogante.

LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS Y LA LIMITACIÓN DEL PODER

En torno a la naturaleza de la Declaración de Derechos y su relación con los textos constitucionales, se han planteado diversos problemas a la par políticos y conceptuales. Así entre la enunciación y los grandes principios de Derecho Natural, evidentes a la razón, y la concreta organización del poder por medio del Derecho Positivo, que impone a los órganos del Estado precisas órdenes y prohibiciones: en concreto, o si dichos derechos quedan como meros principios abstractos o son principios ideológicos que sirven para subvertir el ordenamiento constitucional. Conflicto que se deriva de la naturaleza de estos Derechos.

Quienes opinan que son Naturales, pertenecientes al hombre en tanto hombre, opinan también que el Estado puede y debe solamente reconocerlos, admitiendo, así un límite preexistente a su soberanía;

Para quien no siga al iusnaturalismo, éstos son Derechos subjetivos convertidos a los individuos por el Estado en su autónoma soberanía, que de tal manera se autolimita.

Una posición intermedia es tomada por aquellos que siguen el contractualismo, los cuales fundan estos derechos en el contrato -expresado por la Constitución- entre las diversas fuerzas políticas y sociales.

Para intentar presentar esta problemática (iusnaturalismo, positivismo y contractualismo) y sus criterios fundamentales haremos breve repaso las doctrinas y exponentes, en escala de periodos, siguiendo casi literalmente el juicioso análisis elaborado por el profesor argentino Carlos Parma¹³³, quien discurre:

¹³³ PARMA CARLOS, DERECHO NATURAL, NOCIONES FUNDAMENTALES DE DESARROLLO HISTÓRICO, en: http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=51:carlos-parma&catid=40:quienes-somos&Itemid=61

PRIMER PERÌODO: DERECHO NATURAL ANTIGUO

PERÌODO PRESOCRÁTICO:

LOS PRESOCRÁTICOS: Los pensadores presocráticos elaboraron planteamientos e ideas cosmológicas, intentando encontrar un fundamento del ser de las cosas naturales, su causalidad y su elemento primigenio o primer principio, del cual estaban formadas todas, que denominaban **arjé**. Los filósofos del siglo IV y V a.c., se sintieron atraídos por el problema del mundo físico, y es en ese mundo en el que han procurado hallar la esencia universal, no eran atraídos todavía por los problemas éticos, jurídicos y políticos. Su filosofía era una filosofía de la naturaleza.

Los griegos presocráticos centraron su atención en el cosmos. Esta idea “cosmológica” precisa un orden superior que reina en el Universo para que impere la armonía e impida que el “caos” (su opuesto), se imponga.

En la idea de justicia y en la de orden jurídico, se inspiran para presentar el mundo físico como un todo armónico y ordenado (cosmos). Hay un modelo de orden instaurado en la sociedad por la razón humana.

HOMERO: Con Homero conocemos cuál fue la primitiva concepción tuvieron de la ley los griegos: la ley como *themis*, decreto de carácter sagrado revelado a los reyes por los dioses a través de sueños y oráculos, que se transmite de padres a hijos como norma sagrada del grupo gentilicio y patrimonio de la clase dominante. Más tarde con la transformación de la sociedad patriarcal, en sociedad pacífica de economía preferentemente agrícola, cambia también la concepción de la ley, y a la legislación de inspiración divina la sustituye una legislación auténticamente humana. A *themis* le sustituye *diké* en la cual predomina la idea racional de igualdad.¹³⁴

HERÁCLITO, concibe que todas las leyes humanas se nutren de una única ley divina, apareciendo por primera vez la idea de un fundamento absoluto de las leyes positivas. Para Heráclito esta ley divina, que es la primera y verdadera ley, no puede ser otra cosa que el *logos*, la razón universal, sustancia y principio (*arjé*), de toda la realidad a la que el hombre accede gracias a la filosofía.

Heráclito de Éfeso, llamado “el oscuro”, predica que “todas las leyes humanas son nutridas por una única ley, la divina, cuyo poder se extiende según su deseo, basta para todo y a todos sobrepasa”. Hay en este filósofo presocrático un apego hacia el “orden impecable, que produce armonía y procede de un principio inteligente, un *logos* que gobierna todas las cosas. Este cosmos es eternamente viviente y rige no sólo el universo sino también se transfunde en leyes humanas. Para el efesino la legislación cósmica es el fundamento del derecho de los hombres.

Se va perfilando unos de los temas clásicos de la filosofía jurídica, que es precisamente el de la distinción entre moral y derecho.¹³⁵

¹³⁴ Guido Fassó, “Historia de la Filosofía del Derecho”, Ed. Pirámide, 1980, pág.20.

¹³⁵ Guido Fassó, “Historia de la Filosofía del Derecho”, Ed. Pirámide, 1980, pág.25.

SÓFOCLES Será el poeta quien por primera vez ofrece el contraste entre una legislación superior y la humana, deliciosamente invocada en su famosa tragedia Antígona¹³⁶ en donde personifica tal contraste¹³⁷:

LOS SOFISTAS: Con esta Escuela se inicia la distinción entre ley positiva o convencional y naturaleza. Una de tales distinciones referidas a sus ideas fundamentales, es la distinción entre lo que es justo por naturaleza y lo que es justo por ley. También los sofistas pusieron relieve en el hecho de que el orden establecido por las leyes de la ciudad, no se ajustaba al orden establecido por la naturaleza y conciben que el hombre debe actuar conforme a la naturaleza.

Los sofistas sacrifican la absolutez y la universalidad, asumiendo una posición relativista en el campo del conocimiento e incluso en el de la moral. Por tanto la verdad como el bien lo son a condición de que lo sean para el hombre, para el hombre como individuo. Es precisamente este rasgo el que distingue a los sofistas de Sócrates, quien por el contrario reivindica y afirma la universalidad de la verdad y el bien.

SÓCRATES. . Dos grandes temas centraron su reflexión: a.) la relación esencial del conocimiento con la moral y la virtud, y b.) la existencia de normas de conducta de validez universal¹³⁸.

En punto a la relación esencial del conocimiento con la moral y la virtud, concluye que la moral surge naturalmente del conocimiento del bien, es decir, es obra de la razón y de la inteligencia, capaces de conocer y distinguir la verdad y el error. La valoración del conocimiento hace de la virtud una ciencia de la moral. Proclamó la necesidad de cultivar las virtudes como medio de perfeccionamiento personal. El hombre bueno es el hombre sabio, por lo que el reconocimiento de la propia ignorancia (“sólo sé que nada sé”), es el primer paso para alcanzar el conocimiento.

Respecto de la segunda, la existencia de normas de conducta de validez universal, deriva del primero, ya que, si todos los hombres pueden conocer y distinguir la verdad y el error, es porque existen principios universales accesibles a la razón humana. La justicia depende de la virtud, con lo cual el pensamiento socrático se muestra profundamente ético. Sócrates reclama el respeto a la ley no por el valor intrínseco, objetivo de la misma, sino en virtud de una exigencia moral, propia de la conciencia del hombre. La justicia consiste en obrar conforme a la ley, pero no porque la ley sea por sí misma buena, sino porque aun cuando resulte molesta no se debe violar. La obediencia a las leyes de la polis, es un deber del ciudadano, aún cuando fuere injusta. Así el valor de la ley encuentra fundamento en el consentimiento de los ciudadanos, quien la viola comete una injusticia, no solo por no obedecer, sino también por no haber cumplido con lo que se

¹³⁶ Sófocles, “Antígona”, págs. 450-457.

¹³⁷ Antígona, obedeciendo a su propia conciencia, ha dado sepultura al cadáver de su hermano Polinice, muerto en la batalla de Tebas, violando así un decreto real de Creón, quien había ordenado dejar insepulto el cuerpo. Conducida a presencia del rey, y ante la pregunta de por qué había osado violar sus leyes, Antígona le responde: “porque es evidente que no es Zeus de quien ha emanado este edicto, y la Justicia que habita en los dioses subterráneos, no ha establecido jamás para los hombres leyes semejantes. Yo no creo que tus decretos tengan tanta fuerza como para que un mortal pueda vencer las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Porque éstas no son de hoy o de ayer, sino de siempre, y nadie conoce el instante en que tuvieron origen”

¹³⁸ Cfr. Fernando Martínez Paz, “INTRODUCCIÓN AL DERECHO”, Ed. Abaco, varias reimpressiones, Córdoba Argentina, 1994, pág.54.

había obligado tácitamente. El valor moral de la ley es ratificado de este modo con el reconocimiento que el ciudadano lleva a cabo.

Al no dejar escritos, cuanto sabemos de él procede de sus discípulos, especialmente Platón y Jenofonte

PLATÓN: El ateniense retoma la idea de justicia como parte de la virtud humana y la conecta con la idea de naturaleza. Desarrolló una concepción de las ideas como realidades existentes en un mundo propio. Las ideas permanecen inmutables y siempre idénticas a sí mismas, en contraste con el mundo cambiante de lo sensible. Son también independientes de las cosas y de los hombres y tienen una escala jerárquica en cuya cima se encuentra el bien. Las cosas del mundo se ven como reflejos de la verdadera realidad, de la esencia existente por sí misma. Todo lo creado por el hombre, debe reflejar la idea que le corresponde según su naturaleza.

En “La República”, desarrolla su concepción de Estado, como un organismo perfecto, un todo formado por individuos, sólidamente constituido, en el que debe reinar la armonía, la cual se alcanza a través de la justicia. La república platónica no tiene necesidad de leyes para constreñir a los individuos a practicar el bien, ya que sus ciudadanos son conducidos espontáneamente a hacerlo en virtud de la obra educativa del Estado, ni tampoco se tiene necesidad de ellas para garantizar a los ciudadanos de la arbitrariedad de los gobernantes, porque estos, siendo buenos por definición, no pueden cometerla. Para él la ley debe ser verdadera y procurar el bien común, y la contrapone a la ley positiva, convirtiendo a la primera en la medida de la segunda.¹³⁹

La verdadera justicia, vive en el mundo de las ideas, y las leyes positivas no pueden pretender ningún valor sino en tanto participen de la idea de la ley justa. La justicia pasa a ser un principio constitutivo de la naturaleza humana. Esta idea de la justicia lleva a Platón a revalorar la naturaleza y el significado de las leyes positivas, cuya autoridad y validez habían sido puestas en duda, sobre todo por la sofística. Además, vuelve a unir los conceptos de ley y justicia: “la legislación y el establecimiento de un orden político, son los medios perfectos de que puede valerse el mundo para lograr la virtud.” (Platón)¹⁴⁰

ARISTÓTELES replantea los conceptos de idea y de naturaleza, dándole una perspectiva realista a la teoría de las ideas y abriendo camino para la formulación de un derecho natural en sentido propio. Las ideas se conciben como principios inmanentes a las cosas, es decir como algo que les pertenece y permanece en ellas, como la naturaleza que hace que las cosas sean lo que son y no algo distinto. De esta manera quedan identificados los conceptos de idea y de naturaleza. Desde este punto de vista, las cosas son normales cuando responden a lo que reclama su esencia y realizan los fines propios de su naturaleza.

También retoma la idea del hombre como ser social por naturaleza y llamado a formar comunidades que le permitirán compartir sus fines. Esa tendencia natural exige un orden social y político que las leyes deben establecer afirmándose en la justicia.

No se aparta de la concepción tradicional de la justicia como la virtud ética por excelencia. Por ser virtud perfecta, la justicia parecía ser una misma cosa que la virtud pura y simple. Mas si bien justicia y virtud coinciden, su esencia no es la misma, ya que el

¹³⁹ Guido Fassó, ob. cit., pág. 20

¹⁴⁰ Fernando Martínez Paz, ob. cit., pág.19.

mismo comportamiento es virtud en cuanto disposición en sí, mientras que es justicia en cuanto se refiere o contempla a los demás. Para él, la justicia es virtud esencialmente social, que se realiza en la comunidad¹⁴¹

Hace la observación de que siendo la ley general, hay veces en las que no es posible formular mandatos de carácter general en relación con los casos particulares.¹⁴² La justicia legal es por esto insuficiente y necesita de un correctivo, en virtud de que no puede prever siempre los casos singulares a los que ha de ser aplicada. Es el problema de la generalidad y abstracción del derecho, a la que Aristóteles ofrece como correctivo, aquella forma de la Justicia que él llama epiéikeia, que corresponde a equidad. Esta clase de Justicia es, superior a aquella otra que consiste en la conformidad con la ley, puesto que ella corrige a ésta allí donde es insuficiente a causa de estar expresada de forma general.

Expresa que las leyes son necesarias para hacer eficaces los preceptos racionales de la ética. La ley tiene la capacidad y por ende la función de racionalizar la vida política, sustituyendo el dominio de las pasiones por el de la razón. Respecto a la gran función de la política, cuyo fin y materia es precisamente la ley, afirma que las leyes son un producto de la actividad política, y su tratamiento, instrumento último de la ética.

CICERÓN. Clásico exponente de la Escuela Estoica. Se inclina por exponer la Justicia como virtud total, calificándola de única, señora y reina de todas las virtudes¹⁴³. Es ella de naturaleza intersubjetiva, su principio esencial es el dar a cada uno lo suyo. De ahí su definición de justicia como “la disposición del espíritu, que respetando la utilidad común, atribuye a cada uno su valor”. Afirmó que el derecho natural no ha sido producido por ninguna opinión, sino que está impreso en la naturaleza. La ley natural es ley verdadera, por lo que desobedecerla es negarse a sí mismo, rechazando la naturaleza humana, ya que la ley natural es la ley del hombre en cuanto tal. De modo que la naturaleza de la que deriva la ley no es externa al hombre, sino que es la naturaleza del hombre mismo, la esencia del hombre que es “(...) la razón natural que es la ley divina y humana”. El parámetro para determinar lo justo y lo injusto es la naturaleza.

Cicerón desarrolla su tratamiento de las leyes ocupándose del derecho Positivo. El derecho Civil es la aequitas establecida por aquellos que pertenecen al mismo Estado a fin de que ellos obtengan lo que es suyo. Aequitas es aquello que, en circunstancias iguales, reclama igual tratamiento jurídico para iura. Lo que caracteriza al Estado es la voluntad común de vivir según el Derecho, en una sociedad en la que todos sus miembros deben tener iguales derechos.

SEGUNDO PERÍODO: DERECHO NATURAL CRISTIANO

SAN AGUSTÍN (Aurelio Agustín). Figura central del pensamiento antiguo, ofrece la teoría más completa de la ley natural. Su teoría de Ley Eterna, como ejemplar divino de la ley natural, fue la más sobresaliente de sus ideas. Todo su pensamiento gira en torno de Dios. Por ello, su doctrina de ley natural, también estará centrada en Dios, como principio de las cosas creadas. La creación es un universo

¹⁴¹ Fernando Martínez Paz, ob. cit., pág. 20.

¹⁴² Aristóteles, “Ética a Nicómaco”, V, 10, 1137 b.

¹⁴³ Cicerón, “De Officiis”, III, 6, 28.

armónico, equilibrado en donde existe un orden, que es para él “(---) aquélla disposición de las cosas iguales o dispares que atribuye a cada una el lugar que le corresponde”¹⁴⁴, y éste orden tiene sentido finalista. Los conceptos de orden y ley guardan estrecha relación entre sí: el orden es la realización de la ley, y ésta, expresión del orden.

Todas sus definiciones jurídico-políticas presuponen una idea de orden, entendido como la adecuada disposición de cosas semejantes o diferentes en función de un fin. Existe implícito un principio regulador capaz de disponer adecuadamente los diversos elementos, y ese principio regulador es la ley.¹⁴⁵

Existe una ley universal que es la Ley Eterna, que define como la sabiduría ordenadora de Dios, es decir, “(...) la razón o voluntad de Dios, que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo”. Se identifica con la Razón Divina, es por ello, trascendente del hombre. La Ley Eterna es única y universal. La Ley Natural, es la transcripción de los preceptos de la ley eterna en el alma racional del hombre. Así, de la ley Natural, que deriva de la Eterna, vemos cuanto hay de justo o injusto en la ley humana. Para San Agustín, “nada es justo que no derive de la ley eterna”.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. Exponente máximo de la escolástica, utiliza un método de trabajo estrictamente filosófico y coloca la idea del fin en el eje del sistema. Tres ideas se unen para fundar el orden jurídico: razón, orden y fin, vinculadas a su vez a los conceptos de ley y de derecho. El orden tiene su principio en la ley eterna, para luego incidir en la ley natural y concluir en la ley humana. Dicho orden determina la tendencia a los fines propios de la naturaleza de las cosas y de los seres creados por Dios. La razón es el elemento para conocer el fin y para juzgar acerca de los medios más apropiados para conseguirlo. Con estos conceptos generales de razón, orden y fin se vincula la idea de ley. La ley es una medida o regla de las acciones, por medio de la cual se induce a obrar o a abstenerse de hacerlo. Toda ley supone un orden propuesto por la razón, y dicho orden debe lograrse mediante la aplicación de la ley, de modo que la ley por ser instrumento de orden, es producida por la razón.¹⁴⁶

Retoma la distinción de los diversos tipos de leyes, pero la complementa de la siguiente manera:

Ley Eterna: como fundamento de toda ley y por consiguiente de la ley natural. Siendo Dios quien gobierna el mundo creado, es en él en donde está la razón de las cosas. La ley es eterna, porque existe en Dios y no en el tiempo. Al ser la ley eterna la razón de la sabiduría divina, es principio de toda verdadera ley.

Ley Natural: es la participación de la ley eterna en la criatura racional, es decir, en el hombre. Así, ley eterna y ley natural, son dos modos distintos de ser de la misma ley. En cuanto está en Dios es ley eterna; en cuanto participa de las criaturas, es ley natural. En cuanto al contenido de la ley natural es que “se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal”.

¹⁴⁴ Fernando Martínez Paz, ob. Cit. 85

¹⁴⁵ Fernando Martínez Paz, ob. cit., Pág. 87.

¹⁴⁶ Fernando Martínez Paz, ob. cit., Pág. 107.

Ley Divino-Positiva: es la emanada del mismo Dios, por revelación. El hecho de la revelación, es una positivización para mayor cognoscibilidad de los mismos por parte de los hombres.

Ley Humana: La define como “la ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad¹⁴⁷”. La ley humana, para ser verdadera, debe derivar de la ley natural y nunca oponerse a ella.

Además, señala una clara distinción entre ley y derecho natural. El derecho es el objeto de la justicia, es decir, aquello que se adecua y se debe a otro de acuerdo con una razón de igualdad. La ley es la razón o regla del derecho. Esta regla existe en la mente del legislador, como punto de referencia o medida. La ley no se identifica con el derecho, porque lo que el derecho da en justicia, lo da en razón de la ley. Así la ley es la causa del derecho. Así distingue, a su vez, ley natural que comprende todo el orden ético, del derecho natural, que se refiere a los preceptos de la ley natural que ordenan las relaciones jurídicas y sociales de los hombres; es, una parte de la ley natural.

Toda ley y todo derecho están ordenados a un fin. La idea de bien común se presenta como una evidencia inmediata a los individuos que forman una comunidad solidaria, es el bien de todos, del que participan todos sin exclusiones. A partir del concepto de bien común, Santo Tomás define la ley humana como “una ordenación de la razón dirigida al bien común promulgada por el que tiene el cuidado de la comunidad¹⁴⁸”.

Así el derecho considera como justo, lo que no se opone a la justicia natural. La determinación de lo que es justo se logra mediante el acuerdo común de la razón y de la voluntad de quienes tienen la autoridad para establecerlo.

TERCER PERÍODO: DERECHO NATURAL CLASICO O RACIONALISTA

Durante la Edad Media los principios del derecho se tomaban de la religión cristiana, de la teología. Frente a ésta mentalidad, se produce una sustitución de la teología, por el concepto de derecho natural ley básica de la convivencia social. Dentro de este período es posible identificar tres grupos:

Grocio, Hobbes, Spinoza: . Aquí el derecho natural queda entregado solamente a la prudencia y moderación del gobernante.

Locke y Montesquieu: Para ellos, el derecho natural precisa una mayor protección y se la otorgan a través de la separación de los poderes del Estado.

Rousseau: Cree en la existencia de la soberanía popular y la democracia. La protección al derecho natural sólo puede concederla la voluntad general del pueblo.

En síntesis, se parte de la concepción de un Estado de Naturaleza, entendido en sentido empírico, en el cual, el hombre como ser sociable debe establecer pautas de convivencia. Así, emana un pacto o contrato social, que da origen a la sociedad, y que surge del consentimiento de los hombres.

¹⁴⁷ Fernando Martínez Paz, ob. Cit. Pág. 54

¹⁴⁸ Fernando Martínez Paz, ob. Cit., pág. 54

HUGO GROCIO: separó netamente al derecho de su fundamento religioso y moral. Dio una fundamentación científica y filosófica a las relaciones jurídicas que debían mantener los distintos Estados, la que expuso en su libro “De iure bellis et pace” (Del derecho de la paz y de la guerra). Sostiene la existencia de un derecho natural fundado en la naturaleza social, derecho que puede conocerse a priori, mediante la iluminación racional que indica la conformidad o disconformidad de la conducta humana con los principios que se deriven de esa naturaleza sociable.

THOMAS HOBBES. Parte de la condición en la que supuestamente vivió el hombre antes de formar un sistema de leyes y un Estado. En éste estado, la naturaleza otorgaba a cada uno el derecho de hacer cualquier cosa. Todos podían hacer lo que quisiesen y poseer todo lo que desearan. Pero este derecho, equivalía a la guerra de todos contra todos. Así, el hombre en su condición natural se deja llevar por su egoísmo. En consecuencia, el miedo mutuo es lo que impulsa a los hombres a buscar la paz, “Las pasiones que inducen al hombre a la paz, son el miedo a la muerte”.¹⁴⁹ Así la búsqueda de la paz constituye una exigencia fundamental para la auto preservación del hombre. El hombre debe estar dispuesto a renunciar a su derecho a todo y a contentarse con tener hacia los otros la misma libertad que está pronto a acordar hacia sí mismo.¹⁵⁰ Ese contrato social da origen al Estado. No es la benevolencia mutua sino el miedo recíproco lo que origina el Estado¹⁵¹. Este Estado es el único medio para salvaguardar la auto preservación del hombre; a tal fin, someten sus voluntades a la de un príncipe o consejo, cuya decisión se considerará voluntad de todos. Sin embargo, los ciudadanos pueden exigir que se les den ciertas garantías de manera que no tengan más razón que temer a los otros, si ellos mismos no cometen ninguna injusticia. En efecto, la seguridad es la única razón por la cual las personas se someten a alguien. Por consiguiente, el poder del gobernante es absoluto, y Hobbes justifica este absolutismo apelando al derecho natural, ya que únicamente el orden jurídico y el ejercicio del poder pueden vencer a la barbarie¹⁵². Hobbes reconoce la existencia de una ley moral, a la que están sometidos tanto las autoridades del Estado como los ciudadanos, pero recalca que esta ley no entra en vigor a menos que el poder del Estado compela a los ciudadanos a observarla.

SPINOZA. Para él, el poder y la fuerza por los cuales todo lo natural existe y actúa se reducen en última instancia al poder y la fuerza de Dios y como el poder de Dios es ilimitado y en consecuencia Dios tiene derecho a todo. Así resulta que el derecho de todo cuanto existe en la naturaleza es el derecho natural, y el derecho natural se extiende hasta donde llega el poder de la naturaleza y de cuanto existe en ella. Esto quiere decir que el derecho del hombre a lo que existe en la naturaleza se extiende hasta donde llega su poder sobre la naturaleza. Entonces, si el hombre viviese de acuerdo con su razón, los derechos naturales del hombre estarían determinados por el poder de su razón. Pero el hombre no vive de acuerdo a su razón, se deja dominar por las pasiones y deseos y por lo tanto son naturalmente enemigas unas de otras. Considerando que en la condición natural cada uno es su propio amo en tanto es capaz de resistir la violencia de los toros (sic), concluimos que ningún individuo aislado puede ejercer poder sobre otros, por lo que los derechos reconocidos al hombre por la ley natural, adquieren existencia dentro de la sociedad del

¹⁴⁹ Hobbes, “Leviathan”, Pág. 84

¹⁵⁰ Hobbes, “Leviathan”, Pág. 85.

¹⁵¹ Hobbes, “De cive”, c. I, 2.

¹⁵² W. Luypen, “Fenomenología del derecho natural”, Ed. Carlos Lohlé, 1968, Pág. 71.

Estado. Se desprende que cada miembro del Estado tiene menos derecho en proporción directa al mayor poder que tienen los otros juntos. Spinoza llama al poder de la sociedad, “su autoridad”. Esta autoridad está en manos de quienes por consentimiento común tienen a su cargo el bien común. Así, todo ciudadano depende por completo del Estado. Sea lo que fuere lo que mande el Estado, él tiene que hacerlo sin reservas, aunque considere que ciertas órdenes van contra la razón. La importancia del Estado con respecto a la eliminación del miedo y al establecimiento de orden, es una amplia compensación por los inconvenientes que trae la obediencia a una orden contraria a la razón.¹⁵³

LOCKE. Afirma que la soberanía no reside en el Estado sino en la población y que el Estado es supremo pero sólo si respeta la ley civil y la ley natural. Mantuvo más tarde que la revolución no sólo era un derecho, sino, a menudo, una obligación, y abogó por un sistema de control y equilibrio en el gobierno, que tenía que tener tres ramas, siendo el poder legislativo más importante que el ejecutivo o el judicial. También creía en la libertad religiosa y en la separación de la Iglesia y el Estado.

MONTESQUIEU. En su obra maestra **El espíritu de las leyes (1748)**, analiza las tres principales formas de gobierno (república, monarquía y despotismo). Sostiene que debe darse una separación y un equilibrio entre los distintos poderes a fin de garantizar los derechos y las libertades individuales.

ROUSSEAU: rechaza la suposición de un impulso social originario en el hombre. Funda la institución del Estado porque expresa que es justamente gracias a él, que el individuo goza de todos los derechos, y su función fundamental es asegurar la libertad del individuo.

*“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo, y quede tan libre como antes”.*¹⁵⁴

La intención era buscar una constitución política en la que la voluntad del Estado fuere siempre justa por su propia existencia. La voluntad general es siempre justa porque abarca el interés igualmente común de todos los ciudadanos de modo que cada individuo al perseguir el interés común, persigue el suyo propio, y contrariamente, al perseguir el suyo propio, persigue el interés común.¹⁵⁵

CUARTO PERIODO: RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL

SIGLO XX. En éste periodo se produce un renacimiento de las ideas del derecho natural, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, como reacción contra los abusos de los derechos humanos, y el surgimiento de un sistema de justicia con tendencia internacional.

Al término de la Guerra el positivismo se derrumbó frente a la realidad de la historia. La situación obliga la búsqueda de nuevos caminos que permitan replantear un esquema conceptual cuyo fracaso había dejado importantes vacíos que hacían temer hasta por el destino mismo del derecho.

¹⁵³ Jean Jacques Rousseau, “Contrato social”, IV, 8.

¹⁵⁴ Jean Jacques Rousseau, “Contrato social”, IV, 8.

¹⁵⁵ Hans Welzel, “El derecho Natural y Justicia Material”, Ed. Aguilar, 1957.

Entre las causas más importantes del renacimiento iusnaturalista pueden señalarse:

la crisis de los positivismos formalistas y normativistas.

La experiencia negativa de la concepción centrada en la única validez del derecho estatal.

El reconocimiento universal de los derechos del hombre.

Las corrientes iusnaturalistas contemporáneas entienden por reglas de derecho natural a un conjunto de normas de carácter jurídico y obligatorias, aunque no pertenezcan al los ordenamiento jurídicos positivo, lo cual supone aceptar que existe un orden natural de contenido intrínsecamente justo.

La obligatoriedad y la validez de las normas de derecho natural se fundan pues, en su propio valor y no el haber sido promulgadas por el legislador.¹⁵⁶

Un filósofo y jurista norteamericano, John Finnis, actualmente reputado como el máximo exponente del iusnaturalismo, pero con características, que si bien tienen estrecha relación con el primer período que analizamos, tiene, significativas innovaciones en cuanto al concepto de derecho natural. Se podría sintetizar diciendo que desarrolla una teoría iusnaturalista positivista.

FINNIS¹⁵⁷ coincide con los positivistas en que lo más relevante en el ámbito jurídico son las normas. Pero él toma un punto de vista según el cual aquellas deben pasar por un tamiz de razonabilidad para justificar su carácter central como objeto de estudio de la ciencia del derecho.

Si bien su teoría no excluye el tratamiento del derecho injusto, éste es visto como una versión licuada o aguada del caso central que es el derecho justo. Así vemos que la justicia no es indiferente para esta teoría, por lo que podemos decir que en este sentido no es una teoría pura del derecho. Así se vislumbra la diferencia entre el positivismo legal y lo que puede ser la teoría jurídica ius-naturalista de Finnis.

Hablar del ius-naturalismo de Finnis, permite resaltar que el derecho natural, no es una teoría del derecho más. La ley natural no es siquiera una teoría: es una realidad, de igual manera que son reales, en otro orden de cosas, las leyes físicas. Cualquier teoría jurídica con pretensiones de acierto, debe basarse en la ley natural, que es una especie de denominador común mínimo e indispensable.

El derecho positivo, es una derivación del derecho natural; es una realidad necesaria y exigida por el propio derecho natural, que requiere concreción temporal y espacial. Y la validez moral de todo derecho positivo depende de que éste respete y se adecue a las exigencias universales y perennes que la ley natural impone.

El fundamento último del derecho positivo se halla en Dios, a cuyo conocimiento se puede acceder por la razón, plantea el citado doctrinante.

¹⁵⁶ Fernando Martínez Paz, "Introducción al Derecho", Ed. Ábaco, 1994, Pág. 207.

¹⁵⁷ Finis John, LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES, Editorial Abelardo Perrot, México, 2000, pág. 455.

DESARROLLO Y LIMITES A LA POSITIVIZACION DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

Siguiendo al profesor italiano Giancarlo Rolla¹⁵⁸, en la traducción realizada por Carlos Ortega Santiago, transcribimos ad literam:

“Otra tendencia que caracteriza a la actual fase de tutela de los derechos de la persona está constituida por su especificación y positivización, es decir, por la inserción en el seno de los documentos constitucionales de amplios catálogos que enumeran las posiciones subjetivas tuteladas. Basta con leer los textos de las Constituciones para darse cuenta de que los elencos de los derechos de la persona tienden a ser cada vez más articulados y minuciosos, diferenciándose de la esencialidad de la Constitución norteamericana y de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

“De la misma forma que es posible destacar que la tendencia a una amplia codificación de los derechos se manifiesta sobre todo en las Constituciones que se han formado sobre la base de una ruptura político-institucional, como respuesta a la crisis de regímenes autoritarios. Es el caso de las Constituciones europeas aprobadas después del segundo conflicto mundial que sancionó el fin del fascismo y del nazismo (Alemania, Italia); de las Constituciones mediterráneas nacidas de la crisis de regímenes autoritarios (Grecia, España, Portugal); de las Constituciones de los países que se han dotado de nuevos ordenamientos de inspiración democrática con posterioridad a la caída de los regímenes comunistas (Polonia, Hungría, Eslovenia, Eslovaquia); o de las Constituciones de los países de América Latina y de los nuevos Estados de África, siempre expuestos a regresiones golpistas.

“La conexión entre la conquista de nuevos ordenamientos democráticos y la especificación detallada de los derechos reconocidos como fundamentales, induce a las cartas constitucionales a subrayar aquellos perfiles de la dignidad y de la libertad de la persona que los regímenes precedentes han conculcado más repetidamente.

“Los ejemplos a los que se puede apelar son muchísimos, pero a título de mera ejemplificación se pueden citar las normas que prohíben la esclavitud y la segregación racial en las Constituciones africanas, las que excluyen la tortura y tutelan el derecho a la vida en las Constituciones de América Latina, o las que aseguran el pluralismo y los derechos políticos en las Constituciones europeas.

“Diversa se manifiesta la estructura de las Constituciones de los ordenamientos que se caracterizan por su continuidad, que han registrado una evolución progresiva, sin sufrir cesuras violentas y autoritarias. En este caso, las partes del texto constitucional reservadas a la disciplina de los derechos fundamentales de la persona a menudo tienen dimensiones notablemente más reducidas y presentan una estructura más simple. La razón de dicha diferencia se puede buscar, en nuestra opinión, no ya en el elemento temporal, en virtud del cual se está en presencia —en general— de documentos que se remontan en el tiempo, sino más bien al hecho de que la continuidad constitucional ha permitido que determinados valores y principios reconducibles a la persona humana hayan penetrado en profundidad en el tejido social, convirtiéndose en parte integrante de la cultural de ese país.¹⁵⁹ Tal constatación permite introducir algunas consideraciones de orden general.

¹⁵⁸ En esta parte, se toma un capítulo del texto **Las Perspectivas De Los Derechos De La Persona A La Luz De Las Recientes Tendencias Constitucionales** del profesor italiano **Giancarlo Rolla** cuya traducción es realizada por el doctor Carlos Ortega Santiago, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid. **Su importancia radica en la concepción contemporánea de la positivización de los derechos humanos frente a las constituciones actuales por lo cual se extrae el fragmento en su integridad para no deformar su contenido.**

¹⁵⁹ A este propósito, es interesante lo que señala TAMM: «Enunciazione ed effettività dei diritti fondamentali nei paesi escandinavi», en *Enunciazione e giustiziaabilità dei diritti fondamentali nelle corti costituzionali europee*, Milán, 1994, págs. 65 y sigs.

“En primer lugar, una codificación constitucional detallada produce una cierta estratificación de los contornos de la persona humana objeto de tutela, en el sentido de que la reafirmación de los derechos conculcados precedentemente se acompaña del reconocimiento de nuevas posiciones subjetivas, de la misma forma que a los primarios derechos de libertad se asocian los derechos propios del Estado social. En general, el punto de referencia se encuentra representado por las principales codificaciones internacionales, en relación con las cuales las Constituciones nacionales se proponen reconducir a la unidad, en torno a la noción de la dignidad y de la libertad de la persona, derechos que el ordenamiento Internacional ha reconocido a través de diversos Pactos y Declaraciones.160

“Si dicha característica constituye un trazo común a gran número de las Constituciones del presente siglo, se puede resaltar una línea de demarcación que separa las nuevas cartas constitucionales elaboradas al término del segundo conflicto mundial, de las sucesivas y más recientes de los años setenta. Dicha línea se puede individuar en la presencia —en las Constituciones de América Latina, de África y de algunos países de Europa oriental— de disposiciones constitucionales dirigidas a tutelar no sólo los derechos individuales, sino también los derechos colectivos o a la identidad cultural de los grupos sociales.

“Dicha proyección comunitaria de la persona, de su dignidad e individualidad, representa una indudable novedad en el panorama constitucional, que ha encontrado a la doctrina constitucional sin preparación para sistematizarla a la luz de los tradicionales esquemas interpretativos, perfeccionados para proteger al individuo más que a la comunidad de la que los mismos forman parte.161 En segundo lugar, debe precisarse que una amplia y analítica positivización no es de por sí índice de una efectiva y sustancial tutela de los derechos de la persona.

“Su inserción en el texto de las Constituciones —por cuanto sea necesario e importante— no permite determinar con inmediatez su nivel de efectividad, que sólo puede ser reconstruido verificando la presencia de otras opciones constitucionales y la previsión de específicos remedios procesales. Por ejemplo, constituye un factor de crecimiento de los ámbitos de tutela de la persona la existencia de fórmulas constitucionales que introducen en el ordenamiento interno las normas de las Convenciones internacionales en materia de derechos fundamentales, o bien prescriben una interpretación evolutiva de los derechos codificados. En relación con el primer punto, es interesante la experiencia de las Constituciones de Centroamérica y Sudamérica, las cuales atribuyen en casi su totalidad valor constitucional a los derechos reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por la Declaración Americana sobre los Derechos del Hombre, y por los principales Pactos internacionales sobre la materia.162 Mientras que, por lo que se refiere a la obligación constitucional de una interpretación amplia de los derechos de la persona inspirada en el principio del favor libertatis, —merece subrayarse particularmente la reciente Constitución sudafricana, cuyo artículo 39 —dedicado a los criterios para la interpretación del Bill of rights— dispone que los jueces deben atenerse a tres criterios en la interpretación de los artículos de la Constitución relativos a los derechos de la persona: Promover una interpretación en sintonía con la dignidad humana, la igualdad y la libertad; considerar el Derecho internacional; además de valerse, si lo consideran oportuno, del derecho extranjero.163

“Viceversa, la ausencia de remedios procesales eficaces o la previsión de órganos de tutela no adecuadamente profesionalizados ni dotados de un status de autonomía respecto del poder político,

¹⁶⁰ Téngase en cuenta, por ejemplo, que en la gran parte de las cartas constitucionales recientes se consideran unitariamente los derechos comprendidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos.

¹⁶¹ PÉREZ LUÑO: «Las generaciones de derechos fundamentales», en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 203 y sigs.

¹⁶² Baste referirse, por todos, al artículo 7 de la Constitución de Costa Rica, al artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, y al artículo 93 de la Constitución de Colombia.

¹⁶³ En el sentido de la posibilidad de utilizar las codificaciones internacionales para ampliar la interpretación de las disposiciones nacionales con base en el principio del favor libertatis, se ha pronunciado también la Corte Interamericana para los Derechos del Hombre. A este propósito, véase AA. W.: La Corte Interamericana de derechos humanos, San José, 1986; RUBÉN HERNÁNDEZ y GERARDO TREJOS: La tutela de los derechos humanos, San José, 1972; Fix ZAMUDIO: «Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de derechos humanos», en Los sistemas constitucionales iberoamericanos, Madrid, 1992, págs. 849 y sig.

representan una de las principales causas que impiden una tutela amplia de los derechos de la persona, amplitud que se desprendería en principio de su codificación.¹⁶⁴

“Difícilmente se puede refutar que los estándares más elevados de tutela se han conseguido —hasta ahora— en los sistemas en los que la positivización de los derechos de la persona se ha acompañado de los institutos y de los principios del constitucionalismo; cuando la positivización se ha insertado en un contexto institucional que se inspira en la dimensión más evolucionada del Estado de Derecho: rigidez de la Constitución, justicia constitucional, principio de legalidad, reserva de ley, separación de los poderes. Lo dicho es fácilmente comprensible en cuanto se tiene en cuenta que la gran parte de las reglas elaboradas por el constitucionalismo son instrumentales para la consecución del libre desarrollo de la persona humana. Alrededor del valor de la persona humana gira la propia estructura del Estado constitucional, nacido como poder limitado que quiere tutelar las libertades de los individuos frente al ejercicio arbitrario del poder.

“Se puede apelar a dos ejemplos —de signo opuesto— tomados de la experiencia Constitucional más reciente para confirmar que la aceptación de los principios del constitucionalismo en la adopción de algunos de sus institutos más significativos, contribuye a acrecentar la tutela de la persona humana. En Israel, donde falta — como es sabido— un texto constitucional escrito, la exigencia advertida de producir normas para tutelar algunas dimensiones de la libertad de la persona, ha alimentado un proceso que ha producido gradualmente la existencia de normas de rango constitucional y, en consecuencia, formas de judicial review. En efecto, la Ley Fundamental sobre la Dignidad y la Libertad del Individuo, y la Ley sobre la Libertad Profesional de los Ciudadanos, contienen normas consideradas jerárquicamente superiores a las otras normas primarias, y susceptibles de servir de parámetro judicial para verificar la legitimidad de las otras normas.¹⁶⁵

“En sentido contrario, se puede apelar al ejemplo de ordenamientos que no sólo tienen una Constitución escrita que ha codificado un amplio catálogo de derechos, sino que también han previsto la institución de una Corte constitucional competente para la tutela de los derechos de la persona. A pesar de lo referido, la eficacia de la acción de dicho órgano constitucional parece comprometida por los criterios de composición de la misma, por la disciplina de sus modalidades de funcionamiento, o por las modalidades de acceso ante ésta. En efecto, en muchos sistemas constitucionales este órgano no posee autonomía respecto de los órganos de dirección política y no puede ser activado para una tutela eficaz de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

“En otros términos, dicha Corte se muestra carente de los requisitos principales para que pueda ser un juez de la legitimidad constitucional o, más sencillamente, un órgano supremo de garantía. En tercer lugar, se puede destacar que la positivización de determinados derechos es eficaz si expresa un valor sentido como tal por la comunidad social, si es el reflejo de una convicción más que de una prescripción meramente formal; en otros términos, si sucede que el sistema de protección de los derechos se encuentra entre los valores fundacionales de la Constitución —en sentido sustancial— de un determinado pueblo.

“Diversas perspectivas inducen a considerar que el poderoso proceso de positivización y de especificación de los derechos de la persona presente en estos años ha permitido convertir —con absoluta certeza— en suficientemente homogéneo el número de los derechos «universalmente» aceptados y reconocidos. Sin embargo, la efectividad de los mecanismos de tutela depende de los caracteres del ordenamiento constitucional en su conjunto y de los valores que lo han inspirado, haciéndolo vital.

“En otros términos, la positivización de los derechos de la persona concreta históricamente el valor general y universal de la persona humana reconocido por las grandes Declaraciones universales; tanto los derechos como las técnicas y los instrumentos de tutela deben ser no sólo codificados, sino también aceptados y convalidados por la cultura jurídica y política de un determinado país. En otras palabras, las modalidades de tutela de los derechos de la persona se encuentran disciplinadas por las cartas

¹⁶⁴ Acerca del problema de la creación de estándares para realizar una especie de benchmarking internacional en el ámbito de los derechos fundamentales, véanse las aportaciones de LAWRENCE: «Measuring human rights: problems of methodology and purpose», en *Human rights quarterly*, 1993, págs. 87 y sigs.; CINGARELLI: *Human rights: theory and measurement*, Basingstoke, 1988

¹⁶⁵ Cfr., ETZION: *Le controle juridictionnel de l'Administration en Israel*, París, 1970; KERBER: *Les droits de l'homme dans les territoires administrés par Israel*, París, 1978.

constitucionales, pero la idea de tutela se forma necesariamente en el interior de la comunidad y sólo de esta forma entra a formar parte de su Constitución sustancial.

“Se pueden compartir totalmente las posiciones doctrinales que introducen un nexo de coesencialidad entre derechos fundamentales y Constitución; en el sentido de que si, por una parte, se manifiesta aún como convincente la afirmación contenida en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano según el cual toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution; por otro lado se debe reconocer que los derechos fundamentales nacen con las Constituciones, son —por usar las palabras de Cruz Villalón— una categoría dogmática del Derecho constitucional¹⁶⁶.

“La estrecha relación que se produce entre la positivización de los derechos y la inserción de los mismos entre los caracteres de la Constitución sustancial, permite interpretar —entre otras— algunas situaciones de hecho evidentes. Por ejemplo, el éxito desilusionante —en una visión de conjunto— que ha tenido en África y en los Estados de Europa oriental la tendencia a trasplantar institutos típicos de la historia constitucional europea, inspirados en particular en el estatualismo francés. O bien, por el contrario, la circunstancia de que, inmediatamente después del desarrollo del proceso de descolonización, países pertenecientes a la Commonwealth e influenciados por una base legal común constituida por el common law inglés, han asumido posturas claramente diferenciadas en cuanto al reconocimiento y a la garantía de los derechos fundamentales.

“En este sentido, baste considerar el diferente éxito que la problemática de los derechos de la persona ha tenido, por una parte, en Australia y en Nueva Zelanda y, por otra parte, en India y en Sudáfrica. Por otro lado, que la tutela de los derechos fundamentales deba ser considerada en su dinamismo y que no se deba ceder a las tentaciones mecanicistas, se confirma ampliamente por la historia: La Magna Charta del 1215 no ha impedido a los ingleses reprimir las aspiraciones de independencia de las colonias; la Declaración de Independencia de 1776 no frenó la práctica de la esclavitud y la destrucción, física y cultural, de las poblaciones indígenas; la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 1948 no hizo cesar el apartheid”.

DERECHO INTERNACIONAL- DERECHO INTERNO

Las relaciones derecho internacional-derecho interno se encuentran sometidas a una severa revisión. La tendencia a limitar la soberanía y la evolución constante del derecho internacional, obliga a adaptar el derecho interno a las nuevas exigencias de los organismos supranacionales en especial en temas como DDHH y DPI. La relación no es solo tema teórico y por ello las Cartas Superiores abren espacios a los derechos y libertades individuales y colectivas, admiten su carácter normativo y concilian la aplicabilidad de mandatos supranacionales de manera directa¹⁶⁷,

¹⁶⁶ CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en Introducción a los derechos fundamentales, Madrid, 1988, pág. 162. En Italia, acerca de la imposibilidad de configurar una categoría de derechos fundamentales más allá de aquellas codificadas en el texto formal de la Constitución, se ha pronunciado autorizadamente y de forma repetida PACE: «Diritti fondamentali al di là della Costituzione?», en Política del diritto, 1993, págs. 3 y sigs.

¹⁶⁷ ORTIZ, Loretta. Integración De Las Normas Internacionales De Derechos Humanos en Los Ordenamientos Estatales De Los Países De Iberoamérica, 04-12-2010. Disponible en: www.enj.org. Tomado de: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/3/art/art10.htm

Los caminos para ese proceso de incorporación al derecho interno, son¹⁶⁸:

Vía reforma constitucional. Se erige una nueva Constitución o se adopta un ajuste vía precedentes judiciales, ante la falta de regulación expresa en los viejos textos,

Vía reconocimiento de la existencia de mutaciones jurídicas. Sin variar la normatividad el derecho material del Estado sí ha sufrido un cambio.

Vía reconocimiento de la falta de posibilidad de control sobre la base de la aplicación de nuevas soluciones jurídicas. La forma de solucionar el conflicto consiste en eliminar el control, por manera que si el control es judicial, se invoca la famosa categoría de "cuestiones políticas" con lo cual quedan exentas del control.

Conforme a la misma autora Loretta Ortiz, las Constituciones de Iberoamérica pueden clasificarse en cuatro grupos, así

El grupo del silencio, conformado por las Constituciones más antiguas, con mayores dificultades de rearticulación interna para reordenar las pirámides jurídicas, como en el caso de México.

El grupo integrado de las Constituciones de los países de centroamérica que al conformar un Estado (el centroamericano) que permanece vigente, ostentan una temática integracionista muy marcada.

El grupo de aquellas constituciones que han adoptado la decisión política fundamental a favor de los procesos de integración, pero que no han articulado los mecanismos y entonces recurren a cláusulas programáticas, no directamente operativas, como en el Ecuador y.

El grupo de constituciones donde se han tomado la decisiones políticas fundamentales, se han articulado los mecanismos y procedimientos y se contempla un nuevo rango para los tratados en materia de DDHH, tales como Argentina, Colombia, España, Portugal, Honduras y Guatemala.

La incorporación de las normas internacionales de DDHH en los sistemas internos en el ámbito Iberoamericano, se analiza a través de tres vertientes.

Los procedimientos de vinculación,

La forma de recepción de dichas normas y

La jerarquía.

PROCEDIMIENTO DE VINCULACIÓN

¹⁶⁸ Vanossi, Jorge Reinaldo A., "El derecho internacional en el derecho constitucional comparado de América", varios autores, XV Curso de Derecho Internacional-Comité Jurídico Interamericano, Washington, D. C., OEA, 1986, pp. 85 y ss. Cita de ORTIZ LORETTA, en llamado anterior.

El procedimiento exige que el derecho interno incorpore a través de un mandato constitucional las normas del derecho internacional que van a integrar el ordenamiento nacional, presupuesto pertinente bien que se adopte la teoría monista o la dualista. En general se conocen dos sistemas de vinculación de los tratados al derecho interno: el de incorporación y el de remisión.

El sistema de incorporación opera en todos los países de Iberoamérica. En él sujetan la aplicación en el ámbito interno al cumplimiento de prerequisites, como una declaración previa de su conformidad con la Constitución, o una aprobación simple o calificada por un órgano parlamentario. En tanto el de remisión, hace un reenvío en blanco a las normas internacionales, No es un mecanismo frecuente y suele ser utilizado en asuntos tales como fronteras marítimas, espacio aéreo y la incorporación de los principios de derecho internacional. En ambos casos, con la remisión a principios o normas de derecho internacional se incorporan normas consuetudinarias o de *ius cogens*; las convencionales están sujetas a distintos requisitos. De manera clara se expresa dicha distinción en el caso de la Constitución de Portugal¹⁶⁹.

En materia de derechos humanos, proceden ambos procedimientos de vinculación. Para la incorporación de los tratados, deben ajustarse dichos instrumentos a diversos requerimientos establecidos en su legislación; para las normas consuetudinarias contenidas en diversas declaraciones, la incorporación deviene del mandato constitucional que remite a la norma internacional de derechos humanos.

PROCEDIMIENTO DE RECEPCIÓN

Incorporada la norma internacional al derecho interno, debe resolverse su aplicación. Las normas auto-aplicativas, ingresan sin requerimiento legislativo al derecho interno, se publican en gacetas o diarios oficiales, sin más exigencia. Las normas no-autoplicativas requieren en algunas ocasiones de un acto legislativo o administrativo, mediante el cual el Estado en cuestión instrumenta la aplicación interna¹⁷⁰. La función instrumentalizadora interna se dificulta en los gobiernos federales¹⁷¹. El procedimiento mayoritario de incorporación sin modificar su naturaleza jurídica del Tratado presenta excepciones en España (Constitución, artículo 93)¹⁷² y Venezuela (artículo 128)¹⁷³.

¹⁶⁹ Constitución de Portugal, Artículo 8. Derecho internacional: --- 1. Las normas y los principios de derecho internacional general o común pasan a formar parte integrante del derecho portugués. --- 2. Las normas contenidas en convenciones internacionales ratificadas y aprobadas entrarán en vigor una vez publicadas oficialmente y en cuanto vinculen internacionalmente al Estado portugués. --- 3. Las normas emanadas de órganos competentes de organizaciones internacionales de las cuales Portugal sea parte entrarán en vigor directamente en el orden interno, de conformidad con lo establecido en los respectivos tratados constitutivos.

¹⁷⁰ Véase Remiro Brotons, Antonio et al., Derecho internacional público, Ed. McGraw-Hill, 1997, pp. 356 y ss. Cita de ORTIZ LORETTA, en llamado anterior.

¹⁷¹ Véase Barker, Robert S., "Cuestiones procesales suscitadas en el sistema federal de Estados Unidos de América", Revista Interamericana de Abogados, Talleres Gráficos de First Publishing, junio de 2000, pp. 161 y ss. Cita de ORTIZ LORETTA, en llamado anterior.

¹⁷² El artículo 93 de la Constitución de España dispone: "(...) Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión".

Transformar el Tratado en Ley interna supera los inconvenientes en la aplicación al interior del mismo estado, pero genera la posibilidad de perder identidad internacional, pues los jueces pueden acudir a la interpretación con arreglo a criterios propios (internos) y desconocer la interpretación predicada por el derecho internacional. Si los criterios no coinciden al aplicar el interno se desconoce el internacional, eludiendo que esta última categoría puede resultar, por convención o costumbre, obligatoria, para los países de Iberoamérica. Las Constituciones del silencio, presentan mayores dificultades en la aplicación de los tratados, pues no se vaticinó que por vía de los tratados se legislaba para su propia nación y en algunas ocasiones con un efecto inmediato y no siempre de interpretación idéntica o similar. Las llamadas Constituciones del cuarto grupo o contemporáneas, para superar las dificultades de aplicación, suelen incluir normas específicas en materia de tratados; tal es el caso de la Constitución española, en su Capítulo Tercero, "De los tratados internacionales"¹⁷⁴. La constitución española prevé en su artículo 53¹⁷⁵ la respuesta a esta posible confrontación y el Tribunal Supremo ha emitido juiciosos pronunciamientos puntuales a este tema¹⁷⁶.

JERARQUÍA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

¹⁷³ El artículo 128 de la Constitución de Venezuela señala: "(...) Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios expresamente reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, la Comisión Delegada del Congreso podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos, en todo caso, a la posterior aprobación o improbación del Congreso. En todo caso, el Ejecutivo Nacional dará cuenta al Congreso en sus próximas sesiones, de todos los acuerdos jurídicos internacionales que celebre, con indicación precisa de su carácter y contenido, estén o no sujetos a su aprobación".

¹⁷⁴ Constitución de España, capítulo tercero, "De los tratados internacionales", artículo 96 de la Constitución de España señala: 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. --- 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

¹⁷⁵ Artículo 53 de la Constitución de España: 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161 1.a). --- 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. ---- 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que las desarrollen.

¹⁷⁶ En todo caso, se señala en la doctrina que las libertades y derechos establecidos en el capítulo segundo del título primero, son autoaplicativos o de aplicación directa, en razón de que el mismo Tribunal Supremo en sentencias de 3 de julio, 27 de octubre, 5 de noviembre y 17 de diciembre de 1979, así lo ha resuelto.

La eficacia y efectividad del derecho internacional en el ámbito interno, también depende del rango jerárquico que se les otorgue. En general en tratándose de DDHH, hay cuatro rangos: 1) supranacional, 2) constitucional, 3) supra-legal y 4) legal.

Del rango supranacional son las Constituciones de Guatemala¹⁷⁷, Honduras¹⁷⁸ y Colombia¹⁷⁹.

Del rango constitucional es Argentina¹⁸⁰,

Del rango supralegal son Costa Rica¹⁸¹, El Salvador¹⁸², Paraguay¹⁸³ y Ecuador¹⁸⁴. También se ubica España¹⁸⁵.

Del rango legal aparece México¹⁸⁶, pero debe recordarse que hay leyes federales¹⁸⁷. Aquí se ubica Venezuela¹⁸⁸.

¹⁷⁷ C. de Guatemala, artículo 46: "Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno"

¹⁷⁸ C. de Honduras, artículo 17: "Cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo". Son concordantes los artículos 16 sobre Tratados y 18 (preeminencia) de la misma Carta.

¹⁷⁹ C. de Colombia, artículo 93: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". En cita anterior se agrega la última reforma constitucional.

¹⁸⁰ C. de Argentina, la cual en su artículo 75, fracción 22: "(...) Corresponde al Congreso: --- 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara"

¹⁸¹ C. de Costa Rica, artículo 7o.: "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea legislativas, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes"

¹⁸² C. de El Salvador, artículo 144 dispone: "...La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado".

¹⁸³ C. de Paraguay, artículo 137: "La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado"

¹⁸⁴ C. de Ecuador, artículos 163: "Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía". Concordante artículo 174.

¹⁸⁵ En el caso de España también puede inferirse mediante una interpretación sistemática, que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen una jerarquía supralegal, si se atiende a los antecedentes del artículo 96 y a la interpretación de dicha disposición por el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado.

¹⁸⁶ C. de México, artículo 133: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados"

¹⁸⁷ La Suprema Corte de México (1999), declaró en una tesis aislada, que prima el tratado sobre las leyes federales o locales, ya que la Constitución -típico ejemplo de constituciones del silencio, no establece cuál normatividad prevalece en caso de contradicción entre ellas (la ley federal y un tratado).

Ahora bien “los Estados de la comunidad internacional que no parten de los tratados en materia de derechos humanos, pueden resultar obligados en razón de una norma consuetudinaria, norma que puede tener incluso el rango de norma de ius cogens, razón por la cual, es indispensable contar en las Constituciones modernas, con una disposición relativa a la incorporación de las normas en materia de derechos humanos consuetudinarias y su jerarquía supra-legal, con el fin de asegurar el cumplimiento de dichas normas, so pena de incurrir en responsabilidad internacional¹⁸⁹.”

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

Este acápite se orienta a precisar cómo se pueden invocar y aplicar los instrumentos internacionales aun cuando en algunos eventos el contenido literal de los textos constitucionales pareciera no tratar el asunto, o hacerlo de manera insuficiente y, aún más, cuando el mandamiento de la jurisdicción internacional parece ir a contra vía de la normatividad local¹⁹⁰. El asunto, cuando se va desarrollando suele referirse a derecho internacional humanitario, a derechos humanos o a la Corte penal internacional con lo cual se subraya la estrecha relación entre estos tres caminos a la convivencia, que suelen asimilarse o confundirse. Por ello estos párrafos bien pudieran ubicarse en los caminos precedente o subsiguiente.

Expresa el experto colombiano Rodrigo Uprimny¹⁹¹ que según algunos teóricos sobre la materia constitucional, el bloque de constitucionalidad es “un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental.”

Gabriel Mario Mora Restrepo¹⁹², explica que el bloc de legalité desarrollado más tarde como bloc de constituttionalité, consiste en “asumir que existe un conjunto de normas que sin estar consagradas expresamente en la Constitución, hacen parte de ella por

¹⁸⁸ La C. de Venezuela, artículo 124 establece que salvo los supuestos allí establecidos, los tratados y convenios internacionales que celebre el Ejecutivo nacional, “**deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez**”, deduciéndose que aun cuando no señala el rango de los tratados en el orden interno, sí para la incorporación de un tratado debe emitirse ley especial, adquieren el mismo rango de la ley interna.

¹⁸⁹ Cfr. ORTIZ, Loretta. Integración De Las Normas Internacionales De Derechos Humanos en Los Ordenamientos Estatales De Los Países De Iberoamérica, 04-12-2010. Disponible en: www.enj.org. Tomado de: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/3/art/art10.htm

¹⁹⁰ La Constitución colombiana establecía que no hay penas irredimibles o perpetuas, con lo cual se daba sustento jurídico a la prescripción de la sanción y de la pena. El movimiento internacional invocó -y terminó declarándolo el ER-, que los delitos a los que este ordenamiento se refiere son imprescriptibles. La contradicción se resolvió en Colombia inicialmente declarando la conformidad de la imprescriptibilidad con la Constitución porque así lo establece la normativa internacional. Posteriormente, al igual que muchos países, se modificó la Carta de manera que hoy no hay contradicción. Pero primó en sus albores la norma internacional vía bloque de constitucionalidad.

¹⁹¹ UPRIMNY Rodrigo, en BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, “DERECHOS HUMANOS Y NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL” Uprimny es Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. DJS

¹⁹² MORA RESTREPO Gabriel Mario. Cita de Uprimny Rodrigo texto citado. Mora Restrepo es profesor colombiano de derecho constitucional

la decisión de un juez o por expresa disposición del constituyente.” En este sentido, estas normas son consideradas con rango constitucional y por lo tanto gozan de supremacía constitucional, a los efectos de parámetro del control constitucional de las leyes. Por su parte, Pablo Manili¹⁹³ la define como “comunidad normativa, en cuyo seno reina la uniformidad jerárquica de normas que la componen, existiendo principios armonizadores de su contenido a los efectos de su interpretación por los operadores constitucionales en general y de su aplicación por los jueces.” En cuanto la Constitución en sentido formal pudiera resultar insuficiente para la correcto entendimiento al momento de emitir una sentencia, el juez constitucional acude al bloque de constitucionalidad, bien para sustentar debidamente su pronunciamiento, ora para consolidar derechos que no están expresos o determinados.

En reciente intervención nuestra en la UCLM¹⁹⁴, expresamos: Asumimos que la teoría piramidal de Kelsen, respondía no solo a un pragmático esquema en la organización del Estado sino que beneficiaba el clásico concepto de soberanía. Si lo primero, declarar que existe una jerarquización normativa traía consigo el sometimiento de todo el andamiaje judicial y administrativo a un solo texto que se erigía en Norma de Normas, un faro orientador de la ley en su sentido lato. Si lo último, la soberanía interna inhibía la invocación de ley foránea. Cada Estado, sin interferencia ajena, construye el modelo de organización que responda a sus propios intereses, e interpreta y aplica la norma conforme a sus particulares principios, modelos y sistemas. Es plenamente soberano.

El modelo parroquial -por darle una denominación- pronto se vio insuficiente. Las relaciones interestatales adquirieron una nueva dimensión y las naciones empezaron a adoptar mecanismos amplios en sus estructuras políticas, económicas, culturales, sociales, etc. La opinión “del otro”, particularmente “el vecino mayor”, cobró relevancia. Y en el roce “con los otros” se impuso un juego de conveniencias pues no resulta prudente que uno solo -por poderoso que se valore-, imponga a los demás sus criterios. Es un toma y dame, es un acuerdo en el cual las partes concilian intereses para concluir en un Pacto.

Cuando un Estado pacta con otro u otros, asume el riesgo de que lo acordado no coincida rigurosamente con su normatividad, siendo entonces cuando emana un conflicto interno, pues que lo concertado no se adecua estrictamente a su Ley de Leyes. La invocación de Hermes, el diablillo burlesco, de doble faz, inspirador de la hermenéutica¹⁹⁵,

¹⁹³ Id. Anterior cita

¹⁹⁴ LOZANO DELGADO Jorge Augusto, “**LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA VIGENCIA DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS**”, Ponencia presentada en el marco de las Jornadas Latinoamericanas dentro de los XI Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha en Toledo, España, enero de 2011. No ha sido publicada, ni colgada en internet. Texto adaptado.

¹⁹⁵ Según Wikipedia, “El rasgo principal en las tradiciones sobre Hermes consiste en su papel de heraldo de los dioses, puesto éste en el que aparece incluso en los poemas homéricos, compartiendo esta función con Iris. Un intérprete que cruza las fronteras con extraños es un hermeneus (ἑρμηνεύς). De Hermes procede la palabra «hermenéutica» para el arte de interpretar los significados ocultos. En griego un hallazgo afortunado era un hermaion (ἑρμαῖον). Su carácter original de divinidad de la naturaleza pelasga o arcadia desaparece gradualmente en las leyendas. Como heraldo de los dioses, preside sobre la habilidad en el uso de la palabra y la elocuencia en general, pues los heraldos son oradores públicos en las asambleas y otras ocasiones. Como diestro orador, era especialmente empleado como mensajero, cuando se requería elocuencia para lograr el objeto deseado. De ahí que las lenguas de los animales sacrificados le fueran ofrecidas. Como los heraldos y mensajeros solían ser hombres prudentes y circunspectos, Hermes era también el dios de la prudencia y la habilidad en todas las relaciones de intercambio social. Estas cualidades estaban combinadas con otras parecidas, tales como la astucia, tanto en las palabras como en las acciones, e incluso el fraude, el perjurio y la inclinación al robo. Los actos de este tipo eran cometidos por Hermes siempre con cierta habilidad, destreza e incluso elegancia.

no logrará satisfacer todas las interpretaciones. Algunas instituciones van abiertamente en contravía de la Constitución Nacional. Si se opta por la Carta Política, interpretada como el Mandato Supremo en el orden interno, se fragmentan los pilares fundamentales del derecho internacional público, particularmente el principio romano del *pacta sunt servanda*¹⁹⁶. Pero si se adopta el instrumento internacional, en que queda el principio de la supremacía constitucional, vértice de la pirámide de Kelsen.

De antiguo el modelo francés había elaborado la teoría del bloque de constitucionalidad, que sirvió para canalizar una respuesta ante el imperio de los tratados internacionales, para nuestro caso, particularmente los que hacen relación con los derechos humanos. De su nacimiento diremos: El origen del Bloque de Constitucionalidad se remonta Francia en un Consejo Constitucional a través de una Sentencia en Julio 16 de 1971 y se podía aplicar para el control de las actividades de la administración pública leyes y principios generales del derecho. Según este fallo, como el Preámbulo de la Constitución Francesa hace referencia a la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 era lógico, entonces, que se integrara estas normas y principios a la Constitución, y por tanto adquirirían valor constitucional, para efectuar los juicios de constitucionalidad de las normas jurídicas tachadas de inconstitucionalidad. Además que si la norma cuestionada era de naturaleza ordinaria debía analizarse con la adición a este bloque de las leyes orgánicas en su aspecto procedimental.

La noción del bloque de constitucionalidad, como se observa, es de origen doctrinal y no jurisprudencial, puesto que cuando se emitió el fallo de 1971, los estudiosos empezaron a explicar sus consecuencias a través del “principio de constitucionalidad”, asimilándolo a la doctrina del bloque de legalidad utilizada por el Derecho Administrativo. Bueno es advertir que los tratados internacionales no forman per se, parte de este bloque, ya que el Consejo ha estimado en varias ocasiones no ejercer un control sobre la conformidad de las leyes a las normas internacionales, formando actualmente parte de este bloque solamente la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, algunas leyes de la III República y el Preámbulo de la Constitución de la IV República de 1946. Así tampoco forman parte de este conjunto los reglamentos de las Asambleas parlamentarias y los principios generales del derecho. Desde 1980, la jurisprudencia francesa ha determinado restringir las categorías de las normas de referencia, y en 1989, se habla de un bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, o sea, que se compone de textos de nivel constitucional, como la propia Constitución, la Declaración, el Preámbulo y las leyes de la República que contengan principios fundamentales.

Luego que Francia adoptara esta doctrina, países como Alemania, Argentina, Colombia, España, Perú y Sudáfrica y los tribunales internacionales o regionales

Según el prominente folclorista Meletinskii, Hermes es un tramposo deificado. Concedía los poderes que él mismo poseía a los mortales y héroes que gozaban de su favor, así como a todos los que tenía bajo su especial protección o eran llamados hijos suyos. (Subrayas, negrilla y resaltas propias).

¹⁹⁶ También bajado de Wikipedia: *Pacta sunt servanda* es un término latino, atribuido al jurista Ulpiano en el Digesto, que significa que los acuerdos entre partes o pactos deben cumplirse. Los romanos llegaron a esta concepción en el derecho bizantino, ya que antes solo obligaban los contratos. Los pactos, que eran acuerdos de voluntades sin solemnidades solo daban origen a obligaciones naturales, y no a acciones civiles. Actualmente se ha incorporado entre los principios fundamentales del Derecho Internacional y del Derecho civil de cada Estado, para lograr la seguridad jurídica. Significa que lo que acordaron las partes contratantes haciendo uso de la autonomía de su voluntad debe cumplirse entre ellas como si fuera una ley, y en caso de incumplimiento la parte perjudicada puede demandar judicialmente, ya sea su cumplimiento, o la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

empezaron a emplearla puesto que proporciona “racionalidad jurídica a dos fenómenos de enorme importancia en la evolución actual del derecho.”, esto es el “reconocimiento de la existencia de normas y principios, no necesariamente expresos, que asumen la jerarquía de normas constitucionales y no pueden ser contradichos por normas de rango legal.” y el establecimiento o conclusión “de que el número de los derechos humanos no está determinado sino que varía constantemente en forma progresiva e irreversible.”

El tratadista peruano Edgar Carpio Marcos¹⁹⁷, discurre sobre el punto y recuerda que:

“(…) La expresión ‘bloque de constitucionalidad’, de origen francés, y desconocida en el derecho constitucional de todo el siglo XIX y casi todo el XX, no es de cuño legislativo o jurisprudencial, sino doctrinal. La opinión más extendida es que ésta fue acuñada a mediados de la década de los 70’ por Louis Favoreau, quien la utilizó en un trabajo dedicado a explicar la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional francés”.

Y agrega:

“En dicho trabajo Favoreau daba cuenta de una Decisión innovadora del Consejo Constitucional, mediante la cual declaró la inconstitucionalidad de una ley, que modificaba, a su vez, una disposición legislativa de 1901, que limitaba el régimen de las asociaciones. Para declarar su invalidez, el Consejo consideró que la ley cuestionada debía ser analizada no sólo a partir de la Constitución francesa de 1958, sino también tomando como norma paramétrica a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (...) ya que ”... si bien formalmente la Declaración de 1789 constituía un documento distinto a la Constitución de 1958, ésta era aludida directamente por su preámbulo: “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789...”.

Se abría, entonces, una puerta: la constitucionalidad de una norma no depende exclusivamente de confrontarla con la Constitución en sentido formal, sino que nuevos horizontes invitan a que en su análisis se acuda a otros ordenamientos. Y esa luz emana del concepto “bloque de constitucionalidad”, tributario del proceso contencioso-administrativo francés.

Bajo ese parámetro varios ordenamientos nacionales invocaron el concepto galo y lo fueron esquematizando. España fue pionero en esta apertura, en tanto Colombia y Perú lo fueron en Latinoamérica.

En España el Tribunal Constitucional refiere a ella en su Sentencia STC 10/82 y hoy es de amplia aceptación, si bien sus trayectorias no expresan uniformidad ni en la precisión del concepto, ni en sus alcances y contenidos. Utilizado el concepto para variadas hipótesis jurídicas, es claro que en ellas se incorporan los tratados sobre derechos humanos. Normatividades, opina Carpio Marcos¹⁹⁸, que no siendo formalmente constitucionales, sirven de parámetro para determinar la validez de otras fuentes y que parecería tener como equivalencia lo que la doctrina italiana invoca como “normas interpuestas”.

En América Latina el concepto ha ido asentándose y, en términos generales por vía doctrinaria o jurisprudencial, es admitido. Aportes importantes ofrecen Colombia y

197 CARPIO MARCOS Edgar, en Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes, artículo elaborado con base en la Conferencia dictada para conmemorar las Bodas de Plata de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, el 12 de junio de 2004, bajado de www.iidpc.org/pdf/doctrinaRarpioMarcos.pdf

198 Cfr. Cita precedente.

Perú. Nos referiremos inicialmente al Perú, haciendo nuestra la exposición de Carpio Marcos¹⁹⁹:

“(E)n el Perú, con la expresión bloque de constitucionalidad cierto sector de la doctrina nacional entendió que el legislador (orgánico) no sólo había regulado la composición “legislativa” del parámetro de control en la acción de inconstitucionalidad, sino, incluso, que extendió el mismo rango de la Constitución a ciertas fuentes legislativas, como la ley orgánica. Por cierto, el uso del concepto no ha pasado desapercibido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la que en alguna que otra ocasión se ha hecho eco del concepto. Sin embargo, esta recepción ha sufrido un proceso que no deja de ser sorprendente. Por un lado, cuando se tuvo la oportunidad de formular un auténtico bloque de constitucionalidad, al estilo del modelo francés, éste no sólo no adquirió carta de ciudadanía sino, incluso, pasó desapercibido. Y, de otro, cuando desaparecieron sus presupuestos normativos, al entrar en vigencia la Constitución de 1993, paradójicamente hay quienes han pretendido rescatarlo”

Es Colombia, y así lo resalta el tratadista peruano, uno de los sistemas que exhibe en la región un mejor desenvolvimiento de la institución que no ha sido incorporada formalmente a la Constitución pero que si cuenta a través de la Corte Constitucional con generosa acogida. Desde su creación en la Constitución de 1991, la Corte Constitucional Colombiana ha marcado importante derrotero en este estadio.

“El bloque de constitucionalidad -expresa Mónica Arango Olaya²⁰⁰-, se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución²⁰¹”.

Diremos que la cada Constitución es en el orden interno Norma de Normas, que todo el andamiaje jurídico debe adaptarse a sus mandatos y que cuántas veces lo contradiga deberá ser valorado inexecutable y excluido del sistema legal del Estado, solo que muchos de los instrumentos internacionales, una vez adoptados conforme a la ley interna, asumen el carácter de normas que se incorporan al texto constitucional y son parte integrante de ella. La Carta Política de un Estado estará nutrida por los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. Adquieren su mismo rango.

No son los tratados internacionales normas superiores a la Constitución pues por encima de esta, no es viable normatividad alguna. No hay normas supra constitucionales. Pero tampoco tienen el rango de simple ley, pues prevalecen en el orden interno. La correcta manera de interpretar y conciliar esta aparente contradicción, resulta ser la invocación y aplicación del instituto del bloque de constitucionalidad, que -seguramente- ofrecerá diversos matices propios de cada Estado y que -acaso-, pese a ser un modelo asumido en Francia desde 1971, exigirá que se vayan modelando sus perfiles y decantando su esfera de aplicación, labor en la cual jurisprudencia y doctrina ejercerán marcado influjo y cobran notables responsabilidades. Por el momento es un recurso importante, sólido y fundamentado. Su consagración y perfeccionamiento estará por verse.

199 Cfr. Citas anteriores.

200 ARANGO OLAYA Mónica, EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, en Revista virtual PRECEDENTE 2004, PG. 80 SS. B <http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>

201 Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, citas de Mónica Tamayo Olaya citada.

EN COLOMBIA:

Siguiendo la ponencia que nos fuera encomendada por la Universidad de Ibagué para intervenir ante la Corte Constitucional Colombiana dentro de un proceso de constitucionalidad²⁰². Expusimos: “(...) La ley -dice Josserrand- esta destinada a ser aplicada y, por consiguiente a ser interpretada. El texto más límpido no podría prever todas las dificultades que pueden presentarse en la práctica: la vida es más ingeniosa que el legislador y que el mejor de los juristas. Es necesario, pues, realizar la adaptación del instrumento legislativo a la práctica, a la realidad: y esta adaptación se efectúa por medio de la interpretación.²⁰³”

La Constitución constituye la escala superior, la suprema expresión jurídica, “la norma fundamental donde encontramos la fuente de significación normativa de todos los hechos que constituyen el orden jurídico y en las que se basa la unidad del orden jurídico”. No obstante, el concepto de Constitución no se limita exclusivamente al texto que contiene sus preceptos, sino que ella, (...) amén del texto normativo se integra con los tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos que se integran y prevalecen en el orden interno y conforman, en sentido estricto el bloque de constitucionalidad.

En Colombia el bloque de constitucionalidad es uno de los grandes aportes de la Constitución de 1991, su función es interpretar el derecho internacional y forman parte de ella los tratados de derechos humanos, el derecho internacional humanitario, y los tratados de límites, ratificados por Colombia como la jurisprudencia de los órganos internacionales a cuyo cargo está la interpretación de esos tratados. La Corte Constitucional patria ha definido el bloque como “normas y principios que, sin aparecer formalmente en la Constitución son utilizados como parámetros del control y hacen parte de ella por la decisión de un juez o por expresa disposición del constituyente y su interpretación debe garantizar los derechos fundamentales de la persona”. Es, pues, la doctrina utilizada para la interpretación constitucional, ya no solamente basándose en el texto de la Constitución, sino en otros elementos jurídicos que, en un momento dado la Constitución formal no contempla claramente, y a fin de evitar la emisión de una sentencia carente de razonamiento y sustento jurídico, o bien, para realzar o consolidar derechos que en la Constitución no están expresos o determinados, sino de manera tácita, es que esta doctrina viene a suplir esas necesidades del intérprete constitucional²⁰⁴. El bloque de constitucionalidad en nuestra práctica jurídica, muestra una dogmática clara sobre el significado y alcance de esta categoría”.

²⁰² LOZANO DELGADO Jorge Augusto. Concepto sustanciado como Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Ibagué, Colombia, en noviembre 19 de 2010, dentro del Expediente D-8301 (D-8322 Acumulado), LEY 1395 DE 2010 artículos 90, 91, 98, 101 y 122. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰³ JOSSEAND, Louis, Derecho Civil (Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola), Tomo I, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos aires, 1952, p. 83.

²⁰⁴ <http://html.rincondelvago.com/bloque-de-constitucionalidad.html>

El bloque de constitucionalidad es un término que comenzó a utilizar la Corte Constitucional colombiana sólo a partir de 1995 pero que como concepto se venía aplicando desde años anteriores utilizando los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo²⁰⁵. Así, a partir del año 1995 la Corte ha ido moldeando su jurisprudencia para legitimar el valor de ciertas normas y principios supranacionales que se encuentran incorporados en la Carta y que por lo tanto son parámetros del control de constitucionalidad así como parámetros vinculantes de interpretación de los derechos y deberes protegidos por la norma suprema.”

Y luego, la misma tratadista agrega: “El primer acercamiento de la Corte Constitucional en la aplicación de normas supranacionales al orden interno colombiano se da en las sentencias T-409 de 1992 M.P’s: Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y C-574-92 MP: Ciro Angarita Barón en donde se estableció que los convenios sobre derecho internacional humanitario tienen carácter prevalente sobre la legislación nacional. A partir de la mencionada jurisprudencia, la Corte Constitucional comenzó a interpretar el inciso segundo del artículo 93 de la Carta como la norma que disponía la prevalencia de los tratados o convenios internacionales en el orden jurídico interno, siempre y cuando dichas normas hubiesen sido integradas en la normatividad colombiana a través de la ratificación del Estado, previo análisis de constitucionalidad”.

El proceso se surtió en Colombia en varias facetas:

Absoluto rechazo, consecuencia obvia de la Constitución vigente de 1886, periodo que se proyecta hasta la expedición de la Carta vigente que rige desde 1991, pero para entonces Colombia había ratificado numerosos pactos de derechos humanos, como varios Convenios de la OIT, los Pactos de Naciones Unidas y la Convención Interamericana;

Aceptación tácita o vacilante. La nueva constitución de 1991 creó la Corte Constitucional y se asumió, en sede de esta temática, una nueva visión. Durante los tres primeros años de labores de la Corte Constitucional (1992 a 1994), con titubeos, esta categoría empieza a tener incidencia jurídica, aunque no es mencionada expresamente por la jurisprudencia, la Constitución de 1991 confiere fuerza jurídica interna a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Cuatro disposiciones jugarán entonces un papel trascendental²⁰⁶; Esta amplia apertura al derecho internacional de los derechos

²⁰⁵ Cita de Mónica Tamayo. Sentencia C-574-92 MP: Ciro Angarita Barón. “Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional”. La referencia a valores y principios constitucionales y supraconstitucionales, se explica como una pretensión enérgica de los constituyentes acerca de la validez material de la Constitución que en opinión de Bachof: «implica un orden de valores que ha sido considerado por la Constitución como anterior a ella misma (...)».

²⁰⁶ Son ellas, en lo pertinente: ART. 53. —El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) --- Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. (...)” --- ART. 93 ART. 93.—Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...) --- ART. 94. —La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. --- Y ART.214: (...) en los estados de excepción no podrán “suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, y que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

humanos permitió en abierto contraste con la jurisprudencia preconstituyente, utilizar vigorosamente los tratados de derechos humanos para orientar sus decisiones, y aun cuando no utilice la expresión, la Corte recurre a la idea del bloque de constitucionalidad

Ingreso expreso. Durante los años 1995 y 1996, la expresión ingresa en forma expresa y con fuerza en la jurisprudencia constitucional; la expresión “bloque de constitucionalidad” aparece en la Sentencia C-225/1995²⁰⁷ a propósito de definir que las normas humanitarias prevalecían en el orden interno, puesto que se trataba de derechos humanos que no podían ser suspendidos en estados de excepción;

Expansión. Entre los años posteriores (1996 a 2000), la noción sigue expandiéndose pero la Corte intenta racionalizar su uso, pues luego de la mencionada Sentencia C-225/95, la Corte alude con mayor frecuencia la noción de bloque de constitucionalidad en sus decisiones, tanto cuantitativa como cualitativamente. Cuantitativamente entre 1995 y 1996, empleó la expresión en cinco sentencias al año, desde 2000 en promedio la menciona en 45 sentencias al año, en tanto que cualitativamente tuvo impacto en puntos muy importantes del desarrollo de la jurisprudencia constitucional, especialmente en materia penal y de derechos humanos que no aparecían explícitos en la Carta²⁰⁸; y

²⁰⁷ En esta sentencia se lee: “A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de ius cogens. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. -- Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de ius cogens como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el 9 mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución? La Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad”, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta. --- (...) Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu. --- En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93). --- Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”

²⁰⁸ Son importantes: las sentencias C-578 de 1995 (obediencia debida) y C-135 de 1996 (estado de excepción), El bloque de constitucionalidad parece entonces referirse a todas aquellas disposiciones cuya violación acarrea la inconstitucionalidad de una ley, a lo que algunos autores denominan los “parámetros de constitucionalidad” de una ley. No siempre guarda la debida armonía, en el fallo de tutela T-477 de 1995, sobre un caso de un niño emasculado, la referencia a los tratados de derechos humanos no tiene como función analizar la constitucionalidad de una ley, sino valorar una situación fáctica específica y decidir un caso constitucional particular. El bloque de constitucionalidad parece entonces referirse a las normas que tienen “relevancia constitucional”.

Consolidación dogmática. Desde 2001, la Corte consolida una dogmática relativamente clara sobre esta noción, aun cuando la expresión bloque de constitucionalidad parece admitir alcances y contenidos diversos lo cual genera ambigüedades, como también la genera no haber logrado precisar de manera uniforme cuáles normas hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En síntesis: En Colombia de acuerdo a la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, del bloque de constitucionalidad forman parte “tanto los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario ratificados por Colombia como la jurisprudencia de los órganos internacionales a cuyo cargo está la interpretación de esos tratados”, razón por la cual “las estipulaciones de tales instrumentos y su interpretación autorizada deben servir como pautas de constitucionalidad de la preceptiva interna y han de aplicarse como normas relevantes para establecer el sentido de las disposiciones de la Carta Política en materia de protección y garantía de los bienes jurídicos fundamentales de la persona”. La Corte Constitucional ha definido el bloque como “normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”

La cabida del bloque de constitucionalidad tiene en Colombia plena aceptación y como tal es pacíficamente admitida.

ORGANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN

Los DDHH fueron ganando espacio y logrando aceptación en plano internacional. Ya reseñábamos como a nivel nacional los Estados iban incorporando en sus constituciones manifestaciones expresas de esta naturaleza y cómo en el ámbito internacional además de los instrumentos que se iban produciendo, para efectivizar los derechos y demarcar claramente su protección y el reproche a los violadores, se consolidaron organizaciones destinadas a ese efecto: la divulgación, protección y sanción a los violadores de los DDHH.

A nivel regional surgieron en Europa y en las Américas sólidas organizaciones encaminadas a ese propósito. África y Asia concluyen en la misma línea.

Una visión panorámica de estos organismos parece pertinente y para su desarrollo la presentamos por continentes.

EN EUROPA:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo²⁰⁹, creado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha constituido en el sistema de control y de supervisión de los derechos humanos más evolucionado que existe hasta la actualidad. Es un órgano de naturaleza jurisdiccional, Hasta 1998 existían básicamente dos órganos de control, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal, pero en 1998, por el Protocolo # 11, se suprime la Comisión, por manera que el procedimiento se ha judicializado, todas las demandas llegan directamente al Tribunal²¹⁰.

Los mecanismos de control del cumplimiento del Convenio por parte de los Estados son básicamente tres:

Los informes que todo Estado miembro deberá suministrar,

Las demandas interestatales, o denuncia de uno o varios Estados miembros contra otro por incumplimiento del Convenio, como el de la demanda de varios países contra Grecia por el golpe de Estado de los coroneles y las consiguientes violaciones de derechos humanos, o la de Irlanda contra Gran Bretaña por las técnicas de interrogatorio utilizadas con miembros del IRA, calificadas por el Tribunal Europeo como actos de malos tratos, y

Las demandas individuales, que constituyen el mecanismo más importante mediante el que cualquier persona o grupo de particulares que se consideren víctima de una violación de sus derechos humanos puede plantear una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Las sentencias, además de su vinculatoriedad para los Estados, ejercen una influencia cada vez mayor en la jurisprudencia de los tribunales internos en materia de derechos humanos: así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español hace referencias cada vez más frecuente en sus sentencias sobre derechos humanos a la jurisprudencia de Estrasburgo como fundamento de la suya propia. Y también como fruto de algunas de las sentencias del Tribunal Europeo de DDHH, se ha llegado a modificaciones legislativas en alguno de los Estados miembros del Convenio Europeo. Una de ellas es la modificación, a finales de 1999, de la legislación británica sobre las fuerzas armadas para permitir el ingreso al ejército británico de personas homosexuales tras una decisión del Tribunal de Estrasburgo que condenó a la Gran Bretaña por discriminación en sus fuerzas armadas.

Además cumple función de carácter consultivo en todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos que le sean sometidos.

De otra parte, la Carta Social Europea recoge los principales derechos de carácter económico y social, pero a diferencia de lo que ocurre en el CEDH, no establece un sistema judicial de control del cumplimiento por parte de los Estados de sus principales disposiciones. Entre los derechos de la 2ª generación contenidos en la Carta Social Europea figuran, entre otros, los derechos al trabajo (art. 1º), a organizarse para la defensa de intereses económicos y sociales (art. 5º), a la negociación colectiva (art. 6º), a la seguridad social (art. 12), a la asistencia social y médica (art. 13), a la protección social, jurídica y

²⁰⁹ Cfr. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, en: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/64>

²¹⁰ Cfr. Arriaga, I. y C. Zoco (1998), "El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de proyecto a realidad", Revista de la Liga Española para la Defensa de los Derechos del Hombre, vol. 1, pp. 23-38.

económica de la familia (art. 16), y a la protección y asistencia por parte de los trabajadores migrantes y sus familias (art. 19). De estos siete artículos, los Estados Partes tienen que aceptar al menos cinco de ellos y también no menos de 10 de los derechos recogidos en toda la Parte II de la Carta. Se trata así de un sistema flexible, que no obliga al Estado a aceptar todos los derechos de la Carta.

Por esta razón, diversas voces se escuchan reclamando desde hace varios años la aprobación de un Protocolo Facultativo sobre derechos económicos y sociales al Convenio Europeo de Derechos Humanos, a fin de equiparar esos derechos con los civiles y políticos en cuanto a sus mecanismos de control, y abrir la puerta a una cierta judicialización de aquéllos. Sin embargo, estas propuestas no han sido atendidas, por lo que perduran unas grandes diferencias entre ambos tipos de derechos.

En toda forma el sistema europeo para la protección de los DDHH en el ámbito del Consejo de Europa, es el sistema de mayor grado de evolución y perfección. Ello viene motivado fundamentalmente por la relativa homogeneidad política de los Estados europeos y por el avance alcanzado en el campo de los DDHH. El sistema comenzó su camino en 1950, con la aprobación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, instrumento destinado a la protección de los derechos civiles y políticos. Por su parte, los derechos de carácter socioeconómico tuvieron que esperar hasta 1961, año en el que se adoptó la Carta Social Europea.

EN AMÉRICA:

En el Sistema Interamericano

La OEA es una organización internacional creada por los Estados de este hemisferio a fin de lograr un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la OEA constituye un organismo regional.

La OEA ha establecido como propósitos esenciales:

afianzar la paz y seguridad del Continente;

promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención;

prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados miembros;

organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión;

procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos;

promover por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y

alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

Los Estados americanos han reafirmado en la Carta de la OEA los siguientes principios:

la validez del derecho internacional como norma de conducta en sus relaciones recíprocas;

que el orden internacional está esencialmente fundamentado en el respeto a la personalidad, la soberanía y la independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de sus obligaciones;

que la buena fe debe regir las relaciones recíprocas entre aquellos;

que la solidaridad requiere la organización política de los Estados sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa;

que es condenable la guerra de agresión, reconociendo que la victoria no da derechos;

que la agresión a un Estado miembro significa la agresión a todos ellos;

que las controversias internacionales deben ser resueltas por medios pacíficos;

que la justicia social es la base de una paz duradera;

que la cooperación económica es esencial para el bienestar y la prosperidad de los pueblos del Continente; la vigencia de los derechos esenciales de la persona humana sin distinción de raza, nacionalidad, credo y sexo;

que la unidad espiritual de América se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos; y

que la educación debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz.

La Carta de la OEA contiene además normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, a cuyo desarrollo los Estados americanos convienen en dedicar sus máximos esfuerzos.

ÓRGANOS

La OEA realiza sus fines por medio de los siguientes órganos: La Asamblea General, órgano supremo que decide la acción y la política generales; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos²¹¹; El Comité Jurídico Interamericano; La Comisión Interamericana de Derechos Humanos²¹², La Secretaría

²¹¹ **Son:** El Consejo Permanente, el Consejo Interamericano Económico y Social, y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

²¹² La CIDH, cuya función principal es promover la observancia y defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

General, Las Conferencias Especializadas Interamericanas; y los Organismos Especializados Interamericanos²¹³

PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DDHH. LA IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA Y LOS DDHH.

La protección de los derechos humanos en América se desarrolla en el marco de la organización regional más antigua del mundo: la Organización de Estados Americanos (en adelante la OEA). Se remonta a la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington de octubre de 1889 a abril de 1890.

El proceso evolutivo contempla la adopción de instrumentos internacionales que reporta un sistema regional de promoción y protección en el que se reconocen y definen esos DDHH, se establecen normas de conducta obligatorias tendientes a su promoción y protección y se crean órganos destinados a velar por la observancia de los mismos.

El sistema se inicia formalmente con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, Colombia, 1948) en la que se creó la OEA, cuya Carta proclamó los "Derechos Fundamentales de la Persona Humana"²¹⁴ como uno de los principios en que se fundamenta²¹⁵. Otras resoluciones trascendentes fueron sobre la concesión de los derechos civiles y políticos a la mujer, la relacionada con la "Condición Económica de la Mujer Trabajadora" y la "Carta Internacional Americana de Garantías Sociales"²¹⁶.

ANTECEDENTES

Los instrumentos internacionales citados, referentes a los DDHH, tienen importantes antecedentes en América. En la VIII Conferencia Internacional Americana (Lima, Perú, 1938)²¹⁷, se adoptó la Resolución XXXVI en que se declaró que "toda persecución por motivos raciales o religiosos (...) contraría los regímenes políticos y jurídicos [de América]", y la "Declaración en Defensa de los Derechos Humanos", que expresó la preocupación de los gobiernos de las Américas con respecto a un inminente conflicto armado, y señaló que cuando se recurra a la guerra "en cualquiera otra región del

²¹³ Son 6: El Instituto Interamericano del Niño, La Comisión Interamericana de Mujeres, El Instituto indigenista Interamericano, El Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, La Organización Panamericana de la Salud y El Instituto Panamericano de Geografía e Historia.

²¹⁴ El párrafo final de las cláusulas introductorias de la Declaración Americana dice: "La consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias".

²¹⁵ La Declaración, que, además de un preámbulo, comprende 38 artículos en que se definen los derechos protegidos y los deberes correlativos, establece también, en otra cláusula introductoria que, "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana". Por lo tanto, los Estados americanos reconocen el hecho de que cuando el Estado legisla en este campo, no crea o concede derechos, sino que reconoce derechos que existían antes de la formación del Estado; derechos que tienen su origen en la naturaleza misma de la persona humana.

²¹⁶ Esta Carta consagra el mínimo de derechos de los trabajadores en los Estados americanos, que garantiza "simultáneamente el respeto a las libertades políticas y del espíritu y la realización de los postulados de la justicia social"

²¹⁷ Referidas a la "Libre Asociación y Libertad de Expresión de los Obreros", y la "Declaración de Lima en favor de los Derechos de la Mujer"

mundo, se respeten los derechos humanos no necesariamente (...) comprometidos en las contiendas, los sentimientos humanitarios y el patrimonio espiritual y material de la civilización."

En 1945, aún en la 2ª guerra mundial, los Estados americanos comenzaron a prepararse para la paz. La Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz (Febrero y marzo de 1945, Ciudad de México), adoptó resoluciones trascendentes como la Resolución XXVII, "Libertad de Información", y la Resolución XL, sobre "Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre". En la primera los Estados americanos manifiestan su anhelo de paz²¹⁸ y la segunda se convierte en predecesora de la Declaración Americana²¹⁹, pues dispuso redactar la declaración para que sea adoptada en forma de convención por los Estados del Continente". El Anteproyecto fue llevado a la IX Conferencia de Bogotá y allí fue aprobado aún cuando NO en categoría de Convención.

Fue también importante antecedente, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) (Río de Janeiro, Brasil, 1947)²²⁰, que declara que la paz se funda en la justicia y en el orden moral, y de allí el reconocimiento y la protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana.

Con posterioridad a la adopción de la Declaración Americana y antes de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se celebra la X Conferencia Internacional Americana (Caracas, Venezuela, 1954), con aportes sustanciales para la estructuración del sistema²²¹.

LA CREACIÓN DE LA CIDH

En la Declaración de Santiago (Santiago, Chile, 1959), adoptada en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, éstos proclamaron que "la armonía entre las Repúblicas Americanas sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas", y declararon que "los gobiernos de los Estados americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana". Conforme a la Resolución III de la Reunión se encomendó al Consejo

²¹⁸ Dice: Los estados americanos expresan su: "(...)"firme anhelo (de)...asegurar una paz que defienda y proteja, en todas las regiones de la tierra, los derechos fundamentales del hombre"

²¹⁹ En ella se proclamó "la adhesión de las Repúblicas Americanas a los principios consagrados en el Derecho Internacional para la salvaguardia de los derechos esenciales del hombre", y se pronunció en favor de un sistema de protección internacional de los mismos, señalando en su Preámbulo que "para que esa protección sea llevada a la práctica se requiere precisar tales derechos --así como los deberes correlativos-- en una Declaración adoptada en forma de Convención por los Estados".

²²⁰ En su preámbulo expresa: "la paz se funda en la justicia y en el orden moral y, por tanto, en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana".

²²¹ Se debe recordar la "Declaración de Caracas", en donde se expresó nuevamente "la convicción de los Estados americanos de que uno de los medios más eficaces para robustecer sus instituciones democráticas consiste en fortalecer el respeto a los derechos individuales y sociales del hombre, sin discriminación alguna, y en mantener y estimular una efectiva política de bienestar económico y justicia social destinada a elevar el nivel de vida de sus pueblos;" y la resolución sobre el "Fortalecimiento del Sistema de Protección de los Derechos Humanos", que fue el primer programa de acción encaminado a promover estos derechos.

Interamericano de Jurisconsultos "el estudio de la posible relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el efectivo ejercicio de la democracia representativa".

En esta misma V Reunión de Consulta se declaró que dados los progresos alcanzados en materia de DDHH humanos después de once años de proclamada la Declaración Americana y los avances que paralelamente se experimentaron en el seno de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa en la reglamentación y ordenación de la materia "se halla preparado el ambiente en el Hemisferio para que se celebre una convención" y además se estimó que era "indispensable que tales derechos sean protegidos por un régimen jurídico a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". A tal fin la Reunión encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un "proyecto de Convención sobre derechos humanos (...) y (...) el proyecto o proyectos de convención sobre la creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos". Y además creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se superaba así la carencia de órganos específicamente encargados de velar por la observancia de estos derechos²²². El Consejo de la Organización aprobó el Estatuto de la Comisión en 1960 y eligió a los primeros miembros de la misma. Rigió este Estatuto original hasta 1965, no obstante que en la VIII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Punta del Este, Uruguay, 1962) se consideró que la "insuficiencia de las atribuciones y facultades previstas en el Estatuto original", había dificultado "la misión que se le ha encomendado a la Comisión", por lo que encargó al Consejo de la Organización la reforma del Estatuto a fin de "ampliar y fortalecer sus atribuciones y facultades en el grado que le permita llevar a cabo eficazmente la promoción del respeto a esos derechos en los países continentales".

En la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, Brasil, 1965) se resolvió ampliar las facultades de la Comisión²²³. La CIDH en el periodo de sesiones de 1966, modificó ampliando sus funciones y facultades, el Estatuto original, conforme a lo resuelto por la II Conferencia.

La CIDH se convirtió en uno de los principales órganos de la OEA, al introducirse una reforma del artículo 51 de la Carta de la Organización (Protocolo de

²²² Literalmente dijo la V Reunión: "Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale."

²²³ La II Conferencia dispuso 1. Solicitar de la CIDH que continúe velando por la observancia de los derechos humanos fundamentales en cada uno de los Estados miembros de la Organización. 2. Solicitar de la Comisión que preste particular atención a esa tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 3. Autorizar a la Comisión para que examine las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible, para que se dirija al gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y para que les formule recomendaciones, cuando lo considere apropiado, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales. 4. Solicitar de la Comisión que rinda un informe anual a la Conferencia Interamericana o a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que incluya una exposición sobre el progreso alcanzado en la consecución de los objetivos señalados por la Declaración Americana. Tal informe deberá contener una relación sobre los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos conforme lo prescribe la citada Declaración, y formular las observaciones que la Comisión considere apropiadas respecto de las comunicaciones que haya recibido y sobre cualquier otra información que la Comisión tenga a su alcance. 5. En ejercicio de las atribuciones prescritas en los párrafos 3 y 4 de esta resolución, la Comisión deberá verificar, con o sin medida previa, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro fueron debidamente aplicados y agotados.

Buenos Aires, 1967). La reforma entró en vigencia en 1970 y cubre también los artículos 112 y 150. En el primero de esos artículos se hace referencia a una CIDH y se le asigna como función principal la tarea de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia" y se expresa que "una convención interamericana sobre derechos humanos" debe determinar "la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como la de los otros órganos encargados de esa materia". Por su parte, el artículo 150 de la nueva versión de la Carta asignó a la Comisión la función de "velar por la observancia de tales derechos" mientras no entrara en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

LA CONVENCIÓN AMERICANA

La añeja aspiración de adoptar una Convención, expresada en Ciudad de México en 1945 y frustrada en Bogotá en 1948, se cumple en San José de Costa Rica en 1969. La estructura institucional del sistema interamericano pasa de instrumentos declarativos a una declaración en categoría de Convención.

El proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José), entró en vigencia en 1978, fortaleciendo el sistema al dar más efectividad a la Comisión y a los demás mecanismos interamericanos de promoción y protección de esos derechos y marca la culminación de la evolución del sistema, al cambiarse la naturaleza jurídica de los instrumentos en que descansa la estructura institucional del mismo.

La Convención²²⁴, tiene como propósito "consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". Impone la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos y el deber de los mismos de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos²²⁵. Señala la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención²²⁶". Precisa funciones y facultades (los artículos 41 a 43), establece el procedimiento referente al régimen de comunicaciones individuales (artículos 44 a 51), Finalmente, define los derechos y libertades protegidos, limitándose a los derechos civiles y políticos²²⁷

La Asamblea General, 18º período ordinario de sesiones, 1988, abrió a la firma el Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo Preámbulo los Estados partes de la Convención Americana reconocen la estrecha relación

²²⁴ Cfr. Párrafo 1º del Preámbulo.

²²⁵ Cfr. Convención parte I.

²²⁶ Cfr. Convención parte II.

²²⁷ La limitación obedece a que los derechos económicos, sociales y culturales, solo gozaron del compromiso de los Estados quienes prometieron "adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos..., por vía legislativa u otros medios apropiados".

existente entre los dos grupos de derechos (civiles y políticos de un lado y derechos económicos, sociales y culturales, de la otra) "por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente..."²²⁸. La infundada limitación quedó superada.

Para concluir, en la Asamblea General de la OEA, en su IX período ordinario de sesiones (La Paz, Bolivia, 1979), aprobó el nuevo Estatuto de la Comisión. Su artículo 1º, en concordancia con el Artículo 112 de la Carta de la OEA, define a la Comisión como "un órgano de la OEA creado para promover la observancia de los derechos humanos y servir como órgano consultivo. Es la Comisión y no los miembros de ella, la que representa a todos los Estados miembros de la OEA, se modifica el sistema de designación, se reorganiza internamente la CIDH, prevé los dignatarios, distingue claramente las atribuciones de la Comisión respecto a los Estados partes, y de lo que no lo son y se regula la interpretación del Reglamento y sus potenciales reformas.

LA CIDH

La idea de establecer una Corte para proteger los derechos humanos en las Américas es añeja. El camino no fue fácil ya que si bien en la Conferencia de Bogotá en 1948 se planteó el tema y la Resolución XXXI consideró necesaria la protección de esos derechos²²⁹, no faltaron voces disidentes. En 1949, se plantearon obstáculos, proponiendo que se hiciera a través de Convención y que se llevará una propuesta a la X Conferencia²³⁰.

En la X Conferencia (Caracas, Venezuela, 1954), por Resolución XXIX "Corte Interamericana para Proteger los Derechos Humanos", se remitió a la XI Conferencia el tema. La XI Conferencia no se celebró. Ya en 1959 en el marco de la V Reunión de Consulta, se encomendó elaborar dos proyectos: 1º sobre "derechos humanos" y 2º sobre la creación de una "Corte Interamericana de los Derechos Humanos". El proyecto peregrinó por la IV Cuarta Reunión (Santiago de Chile, 1959), la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, hasta que en 1967, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentó su dictamen al Consejo y fue adoptada en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica. La Asamblea General de

²²⁸ En el mismo preámbulo se subraya que los Estados partes concuerdan en que "sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". Al ratificar el Protocolo, los Estados partes "se comprometen a adoptar las medidas necesarias... hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo", el cual se refiere al derecho al trabajo y a las condiciones laborales, al derecho a la seguridad social, salud, un medio ambiente sano, alimentación, educación, a los beneficios de la cultura, al derecho a la familia y de los niños así como a los derechos de los ancianos y minusválidos.

²²⁹ Se estableció que esa protección "debe ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente" ya que "tratándose de derechos internacionalmente reconocidos la protección jurídica para ser eficaz debe emanar de un órgano internacional"

²³⁰ Se señaló que la "falta de derecho positivo sustantivo sobre la materia" constituía "un gran obstáculo en la elaboración del Estatuto de la Corte", y que lo aconsejable sería que una Convención que contuviera normas de esta naturaleza precediera al Estatuto, estimando que el Consejo de Jurisconsultos debería proponer tal solución a la X Conferencia Interamericana.

la OEA (La Paz, Bolivia, 1979), aprobó el Estatuto de la Corte (Resolución 448), con funciones consultivas y jurisdiccionales²³¹. Tiene sede en San José de Costa Rica.

OTROS IMPORTANTES INSTRUMENTOS INTERAMERICANOS

Merecen resaltarse:

En la Asamblea General 1985 que aprobó el Protocolo de Cartagena de Indias, que enmendó la Carta de la OEA, se abrió para la firma la "Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura". Este instrumento define la tortura e indica quienes serían los responsables de este delito. Se castiga severamente a los perpetradores de la tortura y se toman medidas para prevenir y sancionar cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante dentro de sus jurisdicciones. En vigencia desde 1987.

El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, fue aprobado XX período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA (Asunción, Paraguay, 1990). En 1969, cuando se redactaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no tuvo éxito un esfuerzo concertado para incluir una provisión que hubiera prohibido absolutamente la pena capital. Este instrumento aboliría la pena de muerte a lo largo de todo el hemisferio mediante la ratificación del Protocolo por los Estados parte.

EN ÁFRICA:

La Organización para la Unidad Africana (OUA)²³² fue una organización regional que agrupaba a los países del continente africano. Fundada en 1963 (un año después de la disolución de la Unión de Estados Africanos) y reemplazada en 2002 por la Unión Africana. Su fundación se debió al impulso de importantes líderes del Tercer Mundo como el Emperador de Etiopía Haile Selassie I, Kwame Nkrumah y Gamal Abdel Nasser.

Sus fines fueron promover la unidad y solidaridad de los estados africanos y servir como vocería colectiva del continente. También estaba dedicada a erradicar el colonialismo y promover la cooperación internacional. Su sede estaba en Adís Abeba, Etiopía. Contaba al 2002 con 53 estados miembros más la República Árabe Saharaui

²³¹ El artículo 1º la define como "una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". La Corte tiene función jurisdiccional y consultiva. En lo que a la función jurisdiccional se refiere, sólo la Comisión y los Estados partes de la Convención que hubieren declarado reconocer la competencia de la Corte, están autorizados para someter a su decisión un caso relativo a la interpretación o aplicación de la Convención a condición de que se hubieran agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la misma, es decir, todo lo relativo a la tramitación que debe realizarse ante la Comisión. Además, para que pueda presentarse ante la Corte un caso basado en una denuncia interpuesta contra un Estado parte, éste debe reconocer la competencia de la Corte. La Declaración de reconocimiento de la competencia de la Corte puede ser hecha en forma incondicional para todos los casos o bien, bajo condición de reciprocidad, por un tiempo determinado o para un caso específico.

²³² http://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n_para_la_Unidad_Africana

Democrática (Sáhara Occidental). Con motivo de esta última incorporación Marruecos se retiró en 1985 de la OUA. El Movimiento para la Autodeterminación e Independencia del Archipiélago Canario (MPAIAC) fue miembro observador. La OUA fue una de las promotoras del boicot y protestas diplomáticas y políticas contra Sudáfrica debido a la aplicación del apartheid como política oficial de su gobierno.

CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos)

La promoción y protección los derechos consagrados en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha sido encomendada a la CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos)²³³. Es éste el organismo que, además, interpreta la carta para su aplicación. Fue establecida en 1987 y tiene sede en Banjul, Gambia. La Comisión está conformada por 11 miembros y todos deben actuar por interés propio y no por interés de los gobiernos de sus países.

La CADHP, en ejercicio de sus funciones:

decide si las violaciones sospechadas a los derechos humanos quebrantan efectivamente la Carta

recomienda a los gobiernos de la UA sobre cómo proteger y promover los derechos humanos y sobre cómo encargarse de violaciones pasadas

organiza seminarios/conferencias

lleva a cabo visitas promocionales

divulga reportes sobre violaciones y/o recomendaciones en el temas de los derechos humanos

interpreta la Carta y adopta nuevos principios para esclarecerla

investiga violaciones a los derechos humanos llevando a cabo misiones de investigación

La Comisión se reúne en Banjul, a sesiones ordinarias dos veces al año. Algunas sesiones extraordinarias recientes se han llevado a cabo para discutir, entre otros incidentes, la ejecución por parte del gobierno nigeriano del escritor y activista Ken Saro-Wiwa, y el golpe de estado en Nigeria del 2010.

La libertad de expresión y el libre acceso a la información están consagrados en el Artículo 9 de la Carta Africana²³⁴. Amen la CADHP adoptó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África²³⁵.

las sesiones ordinarias

En ellas se lee las resoluciones adoptadas por el Foro de ONG. La primera semana es pública y se revisa la situación general de los DDHH en África, además de otros

²³³ **INFORMACIÓN DE IFEX EN.** http://www.ifex.org/campaigns/african_commission/es/

²³⁴ El art. 9º dispone que: 1. Todo individuo tendrá derecho a recibir información. 2. Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley.

²³⁵ Entre otros principios, proclama que los gobiernos deben distribuir frecuencias radiales equitativamente entre estaciones comerciales y comunitarias, también que en los casos en que se nieguen a revelar información pública, un órgano independiente de las cortes de justicia puede apelar. La Declaración (disponible en inglés y francés) está en: http://www.achpr.org/english/declarations/declaration_freedom_exp_en.html

aspectos protocolarios. Los países presentan informe cada dos años e informar las medidas tomadas para promover y proteger los derechos reconocidos por la Carta. La Comisión hace preguntas a cada representante sobre el estado de los derechos humanos en su país. La segunda semana se reserva para la agenda de asuntos privados. En esta instancia los miembros de la Comisión estudian los comunicados o reclamos de individuos, organizaciones, o países miembros de la UA, y deciden si ha habido violaciones a la Carta en los incidentes presentados. En la sesión pública de clausura, la CADHP lee un comunicado que resume las sesiones, así como los detalles de las resoluciones aprobadas por la Comisión en sesión privada. También se realiza una conferencia de prensa.

Las ONGs pueden participar en las discusiones públicas de una sesión, en calidad de observadores pero no tienen voto. Las ONGs sin estatus de observador pueden asistir a las sesiones ordinarias, no así participar de las discusiones. Las ONG con estatus de observador deben registrarse. La mayor intervención de estas organizaciones trata sobre la situación de los derechos humanos en África

Las organizaciones de la sociedad civil tienen permitida una intervención o comentario por cada ítem de la agenda, y generalmente se les concede de tres a cinco minutos para expresarse.

RECLAMO SOBRE VIOLACIÓN A LOS DDHH A LA CADHP

El reclamo o comunicado a la CADHP sobre la violación a los DDHH en un país determinado puede instaurarlo cualquier individuo, organización o Estado. La mayoría de los reclamos vienen de organizaciones de la sociedad civil. Las ONG no necesitan tener estatus de observador para presentar un reclamo.

El trámite puede durar años. En un primer paso, siete o más miembros deben indicar que están “satisfechos” con el comunicado, esto significa que ellos creen que el mismo cumple con los siete requisitos de la Sección 56 de la Carta Africana. Una vez que un comunicado ha sido aceptado, la Secretaría notifica al Estado en cuestión y al autor del comunicado. Dentro de un período de tiempo determinado por la Comisión, quien haya presentado el reclamo tiene la oportunidad de responder a la interpretación de los eventos por parte del Estado, y de ser necesario, puede presentar información adicional. Si ambas partes están dispuestas a resolver la violación a la Carta amigablemente, la Comisión mediará. Si no se llega a ningún acuerdo, la Comisión procederá a tomar una decisión y dará sus recomendaciones para el caso.

Los comunicados se evalúan durante las sesiones privadas. Si la Comisión encuentra que la Carta ha sido violada, se lo comunicará y enviará las recomendaciones al Estado en cuestión. Estas recomendaciones pueden detallar cómo el Estado puede compensar a la víctima, cómo investigar y procesar a los culpables de la violación, o cómo evitar tales abusos en el futuro. La Comisión no publica sus recomendaciones de forma separada. El informe se hace público una vez que la UA lo haya autorizado. La Comisión no tiene autoridad para aplicar la ley, aunque si un Estado no cumple con sus recomendaciones, puede referir el caso a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La Comisión puede enviar miembros a Estados en “visitas promocionales” de las que luego rinde informe que finalmente será público. También organiza eventos tales como conferencias, seminarios y talleres para promover los derechos humanos y para apoyar miembros del gobierno, organizaciones e individuos en su lucha por la protección de los derechos humanos.

DEFICIENCIAS DE LA CADHP

Amnistía Internacional²³⁶, señala que las recomendaciones de la Comisión suelen ser ignoradas por los países; que la CADHP no puede forzar a los Estados a seguir sus recomendaciones, las que penden de la buena voluntad de los Estados, que eventualmente se limita a emitir cartas y recordatorios instándoles a respetar la Carta. Últimamente ante el incumplimiento de las recomendaciones, la Comisión los refiere a la recién formada Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Censurable es, finalmente, la demora en la decisión sobre un comunicado o reclamo, y en tiempos pasados, la Comisión ha tomado hasta ocho años para formular sus recomendaciones. Así en el caso de un comunicado presentado por ARTÍCULO 19 respecto al encarcelamiento ilícito de 18 periodistas en Eritrea, se tomó más de cuatro años para tomar una decisión sobre el mismo. Se censura igualmente que la mayoría de los Estados no presenta su informe periódico una vez cada dos años. Respecto a los integrantes de la Comisión se han incluido funcionarios públicos y ministros, que ponen en duda su independencia. Amnistía Internacional²³⁷ y otras organizaciones han expresado que carecen de imparcialidad, independencia o aptitudes.

EN ASIA.

ANTECEDENTES

La Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (CESPAP), instituyó en el año 2002, la Oficina Regional del Sureste Asiático OACDH con sede en Bangkok²³⁸, conforme a Memorando de Intención firmado con el Alto Comisionado para los Derechos Humanos²³⁹, en febrero de 2001. Es su objetivo fortalecer la presencia y las alianzas en la región,

Por los años 2006-2007, la Oficina reorganizada abarca once países: Brunei Darussalam, Camboya, Indonesia, Malasia, Myanmar, Filipinas, República Democrática Popular Lao, Singapur, Tailandia, Timor-Leste y Viet Nam.

²³⁶ Amnistía Internacional: <http://www.amnesty.org/en/library/info/IO63/005/2007>

²³⁷ Amnistía Internacional: <http://www.amnesty.org/en/library/info/IO63/005/2007>

²³⁸ Reseña de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en: <http://www.ohchr.org/SP/Countries/AsiaRegion/Pages/SouthEastAsiaSummary.aspx>

²³⁹ El Alto Comisionado es el principal funcionario de derechos humanos de las Naciones Unidas

Como meta ese bienio se solicitó a la OACDH con sede en Bangkok apoyar a los países de la región en:

la creación de un sistema regional de derechos humanos;

la ratificación de instrumentos internacionales de DDHH;

la aplicación de las recomendaciones de los órganos creados en virtud de tratados y de los procedimientos especiales;

la elaboración de medidas de lucha contra el terrorismo que se ajusten a las normas internacionales de DDHH;

el fortalecimiento de la administración de justicia; la reforma legislativa; y
(6) el desarrollo de programas de educación en materia de derechos humanos²⁴⁰.

Así mismo se dispuso que la Oficina Regional redoblará esfuerzos en ofrecer programas de formación sobre DDHH, fortalecer la capacidad de los países en la promoción y proteger los derechos humanos, para lo cual realizará en trabajo conjunto con el Foro de Asia y el Pacífico. En este campo y siguiendo los principios de París, promoverá la creación o el fortalecimiento de instituciones nacionales de DDHH, asesorará y apoyará al Coordinador Residente de las Naciones Unidas y a los organismos de la ONU, y servirá el marco de Asistencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDAF). Igualmente organizará talleres, cuando sea necesario, ofrecerá asesoramiento a la CESPAP en aquellos de DDHH; y una vez al año instituirá para el personal de esta organización un taller de formación sobre derechos humanos.

Esta, finalmente, en la mira el fortalecimiento de sistemas nacionales de protección, como programa la aplicación del enfoque basado en DDHH a los programas y actividades de la CESPAP y los UNCT²⁴¹ de la región, como también el fortalecimiento de las redes de trabajo de los agentes de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos, particularmente en lo que atañe a la trata de personas, la buena gobernanza, la educación en materia de DDHH, la discriminación y la migración. .

Y se declaró solemnemente: “La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) representa el compromiso del mundo frente a los ideales universales de la dignidad humana. La comunidad internacional nos ha conferido el mandato exclusivo de promover y proteger todos los derechos humanos²⁴²”.

DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS

²⁴⁰ Cfr. WAEL HIKAL, Criminología, Derechos Humanos y garantías individuales, ed. Porrúa, México, 2010. Pags. 119 Y 120, encontrado en oacdh, google.

²⁴¹ En la traducción PNUD, se refiere: El **Ciclo de Programación del PNUD para el país** se relaciona con el alcance de resultados obtenidos por medio de las intervenciones del PNUD. El Plan Estratégico, de acuerdo al mandato de la Junta Ejecutiva del PNUD, define la visión y misión de la organización, así como las metas y objetivos concretos a conseguir en un ciclo de cuatro años, en apoyo a los países para alcanzar los objetivos nacionales de desarrollo. El **Ciclo de Proyectos del PNUD** define las etapas para el logro de los productos que se requieren para alcanzar los resultados a nivel de Programa por medio de las intervenciones del PNUD

²⁴² Reseña de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en: <http://www.ohchr.org/SP/Countries/AsiaRegion/Pages/SouthEastAsiaSummary.aspx>

Son plurales las personas y organizaciones comprometidas en la defensa (advocacy) de los DDHH. Genéricamente se les conoce como defensores de derechos humanos. Es un creciente instrumento orientado a la protección de los intereses y el “empoderamiento” de los sectores sociales con mayor grado de vulnerabilidad y de exclusión social y política. Se instituye también como un componente de la acción humanitaria, particularmente “(...) en contextos de emergencias complejas en los cuales las crisis humanitarias son consecuencia de violaciones masivas de los derechos humanos (éxodos forzados, genocidio, negación del alimento, etc.), lo cual obliga a proporcionar ayuda no sólo en forma de provisión de bienes básicos para la subsistencia, sino también de protección de los derechos de las víctimas²⁴³”.

Igual, la defensa de los DDHH es esencial para impulsar los procesos de rehabilitación y reconciliación que deben seguir todo conflicto.

Manifestaciones de esta defensa –dice Gómez Iza²⁴⁴, pueden ser, por ejemplo:

la defensa legal de víctimas de violaciones de DDHH:

el acompañamiento y, si fuere el caso, asesoramiento a los grupos campesinos en sus reivindicaciones;

la defensa de los derechos de los pueblos indígenas,

la investigación y recopilación de datos sobre atentados contra los derechos humanos;

la denuncia de la pasividad de muchos gobiernos ante violaciones flagrantes:

la iniciativa para la aprobación de leyes y Convenios internacionales;

la presión política y campañas en el ámbito nacional o internacional,

la educación en derechos humanos.

Estos defensores, en atención a su noble empeño, suelen convertirse en víctima de los violadores de DDHH. Son objeto de amenazas, atentados contra su libertad individual, limitación del derecho de expresión, torturas, atentados personales que les ha costado su propia vida y han debido acudir a la solicitud de asilo o protección fuera de sus países. En 1984, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, propuso elaborar un “Proyecto de Declaración para proteger a los defensores de los derechos humanos”. En las deliberaciones desde 1986, se evidenció la oposición de China, Cuba, México, Irán, Siria o Turquía²⁴⁵, entre otros. En 1998, la Asamblea General adoptó, la Resolución 53/144, nominada “Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos²⁴⁶”, que reconoce la legitimidad de su actuar y les protege.

²⁴³ Felipe Gómez Iza en: **Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo**, en: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/64>

²⁴⁴ Felipe Gómez Iza, Id. anterior

²⁴⁵ Cfr. Amnistía Internacional (1996), Informe 1996, Edai, Madrid, pág. 63.

²⁴⁶ El artículo 1º, reza: “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional”.

La Declaración radica en los Estados “la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos (de los defensores)... y agrega: ”(...) los Estados adoptarán las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias”, conforme a su artículo 2º. En el artículo 12.2 resguarda la integridad física y la seguridad de los protegidos²⁴⁷. Esta Declaración no es plenamente vinculante para los Estados, dado que se trata de una mera resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

VIOLADORES DE DERECHOS HUMANOS

A la par de los defensores, como la otra cara de la misma moneda, emergen los violadores de DDHH. Para determinar estas personas se establecen algunos métodos convencionales.

La vulneración o negación de los DDHH, incluso, la amenaza con negarlos, no respetarlos o no hacerlos respetar, se caracteriza porque sus ejecutores ostentan la calidad de funcionarios, servidores públicos o autoridades abusan del poder que tienen. Por ello la doctrina internacional se preocupa afana por la sanción que en últimas se radica en el Estado. Cuando un Estado se abstiene de sancionar a sus servidores ejecutores de la vulneración, se convierte en Estado violador de derechos humanos, cómplice del servidor público violador y atenta de manera grave contra la humanidad, que exige que se denuncien los atropellos, pues a todos autoridades y ciudadanos, incumbe que se les respete.

Hay violaciones por acción, por omisión y por exclusión. Por acción cuando se ataca la dignidad humana, como en las detenciones arbitrarias, la desaparición o el secuestro, torturas y maltrato físico o moral, sanciones o retenciones sin juicio previo. Hay omisión cuando las autoridades muestran como la miseria, el desempleo, la inseguridad, el analfabetismo. Y lo son por exclusión cuando hay marginación sobre determinados grupos o personas desprotegidos o indefensos como discapacitados, niños, indigentes.

La responsabilidad de estas violaciones se imputa a quien de manera explícita resultan implicados, pero también a quienes no intentan la solución.

En el proceso de comprobar una violación o amenaza de violación de un derecho, debe identificarse los siguientes elementos:

La obligación u obligaciones que debió haber cumplido el Estado y que no cumplió por acción o por omisión.

La ocurrencia del hecho o la omisión que causa el daño.

²⁴⁷ Relata el Comentarista Gómez Isa: “Ante la negligencia de gobiernos como, por ejemplo, el colombiano, Amnistía Internacional ha lanzado una campaña internacional para ofrecer refugio temporal a aquellos defensores y defensoras de derechos humanos cuya integridad física corre un serio peligro.” Cfr- citas anteriores en **Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo**, en: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/64>

La determinación del agente o los agentes estatales que incurrieron en la acción u omisión.

Las víctimas de la acción u omisión estatal y el daño o el perjuicio irrogado.

El nexo de causalidad entre la omisión/acción del Estado y el daño.

Comprobados estos elementos es de esperarse que el Tribunal de DDHH pertinente proceda a sancionar al Estado. La extensa jurisprudencia de la CIDH ha condenado a Colombia en repetidas oportunidades. Dolorosamente Colombia es reputado como país violador de DDHH y suele encabezar vergonzosas listas que incluyen estados violadores.

La internalización de estándares internacionales de derechos humanos parece un mecanismo para contener excesos en el ejercicio del mando que reportan vulneración de DDHH. Las constituciones nacionales y las leyes internas suelen reconocer la importancia de este mecanismo internacional. La Corte Constitucional colombiana ha proferido importantes pronunciamientos a este respecto²⁴⁸, resaltando que esa aplicación de la norma internacional contribuye al control del ejercicio del poder y no afecta los principios de la soberanía. En los países iberoamericanos cuyo proceso en este sentido es evidente, no solo se han producido importantes modificaciones en los sistemas legales²⁴⁹, sino que se ha edificado importante columna doctrinal y jurisprudencial²⁵⁰. De esta recepción surgen los avances de la jurisprudencia internacional en los tribunales constitucionales del área.

La estructura de los DDHH y, en este estadio, la creación de importantes instituciones encargadas de su protección, de la sanción a los violadores, de la promoción y defensa de los mismos, adquiere importantes manifestaciones a nivel universal.

El camino a la convivencia a través de la defensa y protección de los DDHH, está garantizada. Desde este punto de vista formal el sistema prevalece.

²⁴⁸ Por ejemplo la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-408 de 1996 plasmó: “La internacionalización de la protección de los derechos humanos deriva no sólo de la demostrada insuficiencia de los mecanismos estatales en este campo sino que se articula a la idea, según la cual, es más factible la convivencia pacífica entre Estados democráticos que entre regímenes autoritarios, porque los controles democráticos internos y la opinión pública pueden asegurar una mayor adhesión de los regímenes políticos a las reglas pacíficas del derecho internacional. Lo anterior explica que jurídicamente los derechos humanos sean normas imperativas de derecho internacional o de *Ius Cogens*, que limitan la soberanía estatal, ya que los Estados no pueden transgredirlas, ni en el plano interno, ni en sus relaciones internacionales. Los problemas de derechos humanos han dejado de ser un asunto interno exclusivo de los Estados para constituir una preocupación de la comunidad internacional como tal, la cual ha buscado diseñar mecanismos globales de protección. Este control internacional no debe entonces ser entendido como una intervención en los asuntos internos de otros Estados, sino como una consecuencia jurídica del principio de que hay cuestiones que están reguladas directamente por el derecho internacional. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos en manera alguna desconocen la Constitución o vulneran la soberanía colombiana; por el contrario, son una proyección en el campo internacional de los mismos principios y valores defendidos por la Constitución”.

²⁴⁹ Por ejemplo: ha habido un proceso de transformación constitucional, ya sea con el surgimiento de nuevos textos (Brasil, 1988, Colombia 1991, Venezuela 1998), de reforma de los mismos (Argentina 1994, Chile 1989 y 2005) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica 1989). Dichas reformas no son neutras, sino que tienen objetivos claros y precisos. Este proceso ha ido más allá de lo constitucional y abarca procesos de transformación legislativa que se orientan a responder a los requerimientos del sistema internacional de derechos humanos.

²⁵⁰ La jurisprudencia constitucional de estos países ha incorporado el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en especial los estándares fijados por la jurisprudencia de la CIDH. El alcance que se ha dado a los elementos centrales para configurar una idea de los derechos fundamentales es suficiente para configurar una concepción garantista de los derechos fundamentales.

No acontece igual con el estricto acatamiento a los mismos. Sistemas de gobierno de carácter dictatorial violan, toleran violaciones, desconocen o asumen como práctica, acciones en contra de los postulados fundantes de los DDHH. A la larga lista de países en donde los DDHH soportan frecuentes y graves violaciones pertenecen varios de latinoamerica. A nivel mundial, Colombia suele ser presentado como un país en el cual los atentados contra los DDHH suelen ser frecuentes y graves; reiteradas condenas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y señalamientos a nivel supranacional, evidencian esta amarga realidad que el Estado suele empeñarse en negar.

Camino a la Convivencia

Camino concurrentes:

RELACIONES

CAMINOS CONCURRENTES:

RELACIONES

Dentro del estudio de estos caminos para la reconciliación, se hace necesario, una vez presentado el estudio individual de cada uno de ellos y con miras a una mejor comprensión de los mismos, intentar una comparación de ellos desde los puntos comunes más relevantes. Para este fin se han seleccionado unos criterios de comparación con los cuales se puedan establecer de manera clara las posibles diferencias o por que no, similitudes entre cada uno de los diversos caminos. De igual manera esa comparación desde puntos específicos de referencia nos podrá permitir realizar un breve acercamiento a las implicaciones que tienen cada uno de los caminos en el desarrollo integral de los demás.

Los criterios de comparación seleccionados son : el origen de cada uno de ellos como punto de referencia histórica desde el punto de vista temporal y espacial, la época de aplicación como referente de eficacia frente a su aplicación, punto en el cual se puede presentar un poco de polémica por el desarrollo que se ha dado a varios conceptos, lo que se explicara al abordar este punto; a quien obliga y quien los viola, teniendo en cuenta el concepto de sujeto activo de las infracciones enraizado en la estructura misma de los tipos penales como elemento de acuerdo a su dogmática y que se irradia en este tipo de regulaciones, los juzgadores como elemento imprescindible frente a su aplicación, tema igualmente controversial desde al punto de vista histórico frente a los caminos enunciados teniendo en cuenta la existencia de tribunales ad hoc, las sanciones como punto de represión de las conductas o comportamientos indeseados y la eficacia actual de las disposiciones contenidas en los diversos caminos que han sido objeto de estudio en el presente texto.

Los elementos a comparar frente a estos criterios seleccionados son los caminos estudiados en el presente escrito los cuales son: Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos, Derecho Internacional Público, Derecho Penal Internacional, y Derecho Penal Local.

ORIGEN

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En los inicios de este derecho nos encontramos frente a normas no escritas, basadas en la costumbre, las que regularon los conflictos armados. En anteriores y tal vez milenarias épocas la guerra era un recurso legítimo de defensa del territorio o de los intereses de las diferentes naciones o estados; esta situación generó la necesidad de establecer, por llamarlo de alguna manera “reglas” para adelantar las hostilidades no pensando en el bienestar de los intervinientes en las disputas ni de los terceros que se pudieran ver afectados con ellas, sino en la honorabilidad del combate y su desarrollo. En otras palabras se establecía un “código de honor” que regía las hostilidades.

Luego, progresivamente, hicieron su aparición tratados bilaterales más o menos elaborados (carteles) que los beligerantes ratificaban a veces después de la batalla; había, asimismo, reglamentos que los Estados promulgaban para las respectivas tropas. En consecuencia, el entonces derecho aplicable en los conflictos armados estaba limitado en el tiempo y en el espacio, dado que sólo era válido para una batalla o un conflicto determinados. Dichas normas variaban, asimismo, según la época, el lugar, la moral, las civilizaciones. Desde este punto de referencia podemos indicar que así como no hay sociedad, sea cual fuere, sin normas de vida, no ha habido guerra sin ciertas normas, vagas o precisas, que presidieran el desencadenamiento de las hostilidades, su conducción y su término. "En conjunto, en los métodos de guerra de los pueblos primitivos se puede encontrar la ilustración de los diversos géneros de leyes internacionales de la guerra actualmente conocidas; leyes que distinguen diferentes categorías de enemigos; reglas que determinan las circunstancias, las formalidades y el derecho a comenzar y a terminar una guerra; reglas que prescriben límites en cuanto a las personas, a las estaciones del año, a los lugares, y a la conducción de la guerra; e incluso reglas que ponen la guerra fuera de la ley." (Quincy Wright)²⁵¹.

En la historia encontramos múltiples referencias a la existencia de normas reguladoras de los conflictos de carácter bélico, como las existentes en el código de Hammurabi, donde se establecían principios con el fin de, según el texto: “evitar que el fuerte oprima al débil”; o como en textos tan antiguos como el Mahabarata, el Corán o la Biblia en los cuales se recomienda claramente el respeto al enemigo.

251 Wright, Quincy. 1942. A Study of War. Chicago, Illinois: University of Chicago Press. (1942). xxiii, 1552 pp

Haciendo mención a la madre patria, encontramos una referencia histórica de normas de este tipo por medio de las cuales se reglamentaban de algún modo las hostilidades, se trata de “el vigayet” texto que fue escrito durante el apogeo de la invasión sarracena a España hacia finales del siglo XIII y que contiene un verdadero código de leyes de guerra. Así, son innumerables los textos en los cuales se fueron consignando a lo largo de la historia este tipo de normatividades hasta llegar a un número, según varios autores de aproximadamente 500 carteles, códigos de conducta pactos o similares. Dentro de este gran número de textos encontramos también el código de Lieber o instrucciones de Lieber que entro en vigor en abril de 1863, con gran trascendencia ya que se consolido como el primer intento de codificación de las leyes y costumbres de la guerra existentes por aquella época.

Pero, contrariamente al primer Convenio de Ginebra, aprobado un año más tarde, ese Código no tenía valor de tratado, ya que estaba destinado únicamente a las fuerzas nordistas de los Estados Unidos de América que luchaban en la Guerra de Secesión.

Ya en épocas mucho mas recientes tenemos como precursores del derecho internacional humanitario a dos grandes hombres Henry Dunant y Guillaume-Henri Dufour. El primero, Henry Dunant, negociante suizo, tuvo su primera “epifania” acerca de la crudeza de la guerra y su necesidad de limitación al ser testigo de las consecuencias de la cruenta batalla de Solferino (norte de Italia), librada por las tropas del emperador francés Napoleón III contra las tropas austriacas del emperador Francisco José, en junio 24 de 1859. Henry Dunant, ante el hacinamiento y las malas condiciones de los heridos, se dedicó a asistir a los enfermos. Cuando regresó a Suiza, afligido por su experiencia y ante la indolencia de las personas por la barbarie de la guerra, publicó, en 1862, "Un recuerdo de Solferino", libro en el cual propuso entre otros aspectos importantes:

Construir en cada país una sociedad voluntaria de socorro que en tiempos de paz, se prepare para ayudar, en tiempos de guerra.

Comprometer a los Estados a garantizar la protección de hospitales militares y personal sanitario.

La conformación del Derecho Internacional Humanitario DIH se oficializó con el primer Convenio de Ginebra de 1864 y cuyas disposiciones se mejoran y completan en 1906. Posteriormente en 1907, en el IV Convenio de la Haya se definen las categorías de combatientes que tiene; en caso de captura, derecho al estatuto de prisionero de guerra y que se beneficia de un trato particular mientras dure su cautiverio.

El DIH es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados, con el fin de proteger a las personas que no participan o que ya no hacen parte de los combates limitando los medios y los métodos para hacer la guerra.

También suele llamarse como "derecho de la guerra" y "derecho de los conflictos armados".

DERECHOS HUMANOS

La expresión derechos humanos por primera vez en la historia aparece en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional de Francia el 26 de agosto de 1789, su propósito fue señalar solemnemente los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. En nuestros territorios suramericanos fue introducida por Antonio Nariño. Esto no obsta para pensar que su existencia esta ligada a la existencia misma del hombre y que ya de antaño se ha hecho referencia a estos derechos aunque bajo otros nombres o connotaciones como es el caso de los presocráticos y autores clásicos principalmente de tratados morales como Ciceron, Seneca entre otros.

La expresión “les droits de l’homme” es una construcción histórica, sobre supuestos ideológicos y éticos bien definidos, si bien surge a la vida jurídica aparece por primera vez en 1789 tiene antecedentes históricos como ideológicos. Los antecedentes históricos tienen su origen en las luchas, primero de los barones, después del parlamento y de los tribunales ingleses para alcanzar su supremacía e independencia frente al poder real. Estas luchas produjeron la consagración de los derechos natos de los ingleses “the birthrights of englishmen”.²⁵² No se puede olvidar que históricamente, la revolución americana precedió a la francesa y que en cierto modo sirvió de inspiración libertaria en el viejo mundo a los movimientos antimonárquicos que surgían a raíz de las desigualdades sociales y el absolutismo real.

Pocos años después de la proclamación de los Derechos del Hombre y del Ciudadano entraron en vigor en los Estados Unidos las diez primeras enmiendas de Constitución, conocidas como el “Bill of Rights, que por primera vez en la historia impuso restricciones a los actos emanados del Congreso. La última etapa en la protección de los derechos humanos ha sido la internacionalización del control sobre los actos legislativos, ejecutivos o judiciales, para asegurar su adecuación a los derechos humanos en forma jurídicamente vinculante. Esto se logró en la esfera de las Naciones Unidas con el Pacto relativo a los Derechos Civiles y Políticos, que creó los compromisos internacionalmente vinculantes para los estados partes pero solamente frente a otros estados, como siempre ha sucedido en el Derecho Internacional. Así los particulares víctimas de violaciones de los derechos humanos no pueden recurrir a este Pacto para su protección.

En el caso colombiano concretamente hablando, muy a pesar de la adhesión e incorporación de las normas relativas a la protección de los derechos humanos de manera temprana en nuestro círculo normativo, podemos evidenciar que tuvo su punto de apogeo a partir del concepto de bloque de constitucionalidad consignado en el artículo 93 de nuestra

²⁵² Headrick, William C. Los Derechos Humanos en Europa y América. Universidad Iberoamericana. Primera Edición. Santo Domingo, 2004, p. 2

constitución política. El uso frecuente de este concepto a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana al entrar a resolver los conflictos de competencia presentados por la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar que desataba por mandato constitucional el consejo superior de la judicatura sala disciplinaria pero que conoció en virtud de la acción de tutela la citada corporación constitucional, allanaron el camino a un reconocimiento y aplicación efectiva de estos derechos.

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

El sistema de Derecho Internacional Público, puede entenderse como el conjunto de normas jurídicas y principios que las jerarquizan y coordinan coherentemente ; destinadas a regular las relaciones externas entre, sujetos soberanos, los Estados, y otros sujetos a los cuales también se les confiere soberanía, cuando actúan en el marco de una sociedad internacional; con el propósito de armonizar sus relaciones, construyendo un ideal de justicia mutuamente acordado por ellos, en un marco de certeza y seguridad que permita realizarla y que permita regularizar la forma de sus relaciones.

Al hablar del derecho internacional publico debemos indicar que su estructura es de coordinación, lo que lo diferencia de las estructuras de subordinación de los sistemas internos, dónde los sujetos están sometidos a poderes que los condicionan. En los sistemas internos se trabaja bajo esquemas de carácter piramidal con preponderancia de unos órganos sobre otros. La estructura de coordinación, responde a que sus principales sujetos, los Estados, son soberanos, razón por la cuál, por definición, no admiten sometimiento a poder material ajeno que les condicione, aunque si se subordinan, sin perder su atributo, a reglas jurídicas que le obligan sin excepción. Es en este punto donde se puede decir que existe una sesión de la soberanía desde un punto de vista restringido a las obligaciones adquiridas por medio de los tratados.

El derecho internacional está integrado por acuerdos entre estados –tales como tratados internacionales (denominados tratados, pactos, convenios, cartas, memorándum o memoranda (según el caso), intercambio de notas diplomáticas, enmiendas, anexos y protocolos de tratados, entre otros– como también por la costumbre internacional, que se compone a su vez de la práctica de los Estados, que éstos reconocen como obligatoria, y por los principios generales del derecho.

Además, en el ámbito multilateral, el derecho internacional se nutre de los acuerdos a los que lleguen los Estados en el marco de los organismos internacionales a que pertenezcan y, dentro de éstos, de aquellos acuerdos que se comprometen a aplicar. En ambos casos, bilateral o multilateral, el nivel adquirido al comprometerse un Estado es el de poner en vigor la norma acordada en su propio territorio y aplicarla por encima de las normas nacionales.

El nombre de esta disciplina se usa desde que Jeremías Bentham lo empleó en 1789, por no encontrarse un vocablo mejor para designarla; "el derecho internacional

puede definirse como un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados entre sí.²⁵³

Ahora bien si lo que se quiere es concretamente llegar al origen remoto del derecho internacional este puede llegar a ser tan antiguo como la civilización misma ya que existen como se menciona, precedentes antiquísimos frente a reglamentaciones relativas a los conflictos o guerras que en la antigüedad se daban principalmente entre pueblos o naciones por disputas territoriales. De igual manera se extraen de la edad antigua figuras de derecho internacional como el asilo y la figura de los embajadores. En la baja edad media se encuentran antecedentes de acuerdos entre los feudos con el fin de dar protección mutua a los territorios de los gobernantes que los suscribían en caso de agresiones externas. Ya en la alta edad media se presentaban acuerdos entre las comunas conformadas por los reinos en decadencia también con fines comerciales y de protección mutua ante las aspiraciones expansionistas de otras comunas. Como precedente más próximo del surgimiento del derecho internacional público se tiene el tratado de Westfalia de 1648 que puso fin a la guerra de los treinta años causada por el proceso de Contrarreforma a principios del s. XVII; la guerra se produjo a raíz del intento de emperador Fernando II de revivir la universalidad católica, suprimir el protestantismo y establecer un dominio imperial sobre los príncipes de Europa central. Los Habsburgo intentaban consolidar el Sacro Imperio romano germánico como la potencia dominante en el continente bajo la égida de la religión católica; en contraste, la política de *raison d'état* seguida por Richelieu antepone el interés nacional de Francia a las filiaciones religiosas. Mientras para el emperador Fernando II el Estado estaba al servicio de la religión, para Richelieu, en cambio, la religión debía subordinarse al interés del Estado.

El Tratado de Westfalia que puso fin a la confrontación religiosa le otorgó la soberanía a los pequeños estados de Europa central y, con ello, volvió inviable el Sacro Imperio Romano Germánico. De acuerdo con el Tratado, el Emperador no podía reclutar soldados, recaudar impuestos, hacer leyes, declarar la guerra o ratificar los términos de la paz sin el consentimiento de los representantes de todos los estados que conformaban el Imperio. De la Guerra de los Treinta Años los gobernantes europeos sacaron dos lecciones: la primera consistió en que se respetaría la elección religiosa que hiciera cada país; se admitió que el rey (y no la Iglesia) sería la suprema autoridad religiosa en su propia nación. Este acuerdo confirmó que el territorio era el requisito clave para tomar parte en la política internacional moderna, conformando el concepto de Estado territorial. La segunda lección provino de la peligrosidad de apoyarse en ejércitos mercenarios, lo cual dio lugar a la conformación de ejércitos nacionales, comandados y financiados por los monarcas. Ello suscitó a su vez la necesidad de organizar las finanzas públicas y crear una burocracia civil para administrar las nuevas fuerzas y los recursos necesarios para sostenerlas²⁵⁴. A partir de este momento histórico comienzan las naciones a establecer tratados de toda índole, y además se empieza

253 Sepúlveda César, Derecho Internacional. Edit. Porrúa - Págs. 3, 4, 5

254 KNUTSEN, Torbjorn, A history of International Relations theory, Manchester University Press, 1997, pp. 85-87

a dar la intervención de las grandes potencias en la política interna de los países pequeños bajo la doctrina del equilibrio del poder desde 1648 a 1815.

Después de la primera guerra mundial surge la sociedad de las naciones que llega a su fin con la segunda guerra mundial y que muta para llamarse Organización de Naciones Unidas hasta nuestros días como principal estandarte del derecho internacional contemporáneo.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El Derecho Penal Internacional, consiste en determinar las conductas atentatorias contra un interés social de trascendencia universal, cuya protección exige su tipificación como delitos y la aplicación de penas impuestas por los Estados miembros de la Comunidad Internacional, a través de actuaciones nacionales o internacionales, colectivas y de cooperación.

Los antecedentes del Derecho Penal Internacional se remontan a la escuela iusnaturalista de Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, o Hugo Grocio, al intento de la extradición del Káiser Guillermo II por el Tratado de Versalles, y después de la segunda guerra mundial, a los Tribunales Internacionales de Nuremberg y de Tokio.

Aunque existen antecedentes históricos anteriores como se señaló a párrafo anterior, se puede afirmar que el proceso de tipificación de crímenes contra el derecho internacional, así como el desarrollo de otras normas internacionales de carácter penal sustantivo, ha tenido lugar, sostenidamente, desde la Carta del Tribunal Militar Internacional instituido en Nuremberg por el acuerdo inter-aliado firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, y la posterior Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de Diciembre de 1946, que reafirma los principios del tribunal de Nuremberg.

A partir de esa fecha, sucesivos instrumentos internacionales han tipificado diversos crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad (la tipificación del crimen de agresión, la tercera de las categorías de crímenes internacionales establecidas por la jurisprudencia de Nuremberg no ha hecho mayores progresos e incluso se deja en blanco en el Estatuto de Roma de 1998, que crea la Corte Penal Internacional), y otros ilícitos internacionales, incluyendo actos de terrorismo y de corrupción.²⁵⁵

Esta evolución tuvo lugar a lo largo de cinco décadas, desde 1945 hasta 1998, año de suscripción del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional. Este último instrumento recoge, amplía y sistematiza la tipificación desarrollada a lo largo

²⁵⁵ Bassiouni, Cherif, "Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea, en "18 Ensayos, Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia, CD publicado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005,

de las décadas anteriores. En el Estatuto de Roma se establecen cuatro categorías de crímenes, siguiendo la trilogía de Nuremberg, pero separando el genocidio de los demás crímenes contra la humanidad, tanto por las características de este crimen, como por las connotaciones históricas y simbólicas que mueven a destacarlo separadamente.

DERECHO PENAL LOCAL

A nivel local, el derecho penal hace parte indispensable de los estados. En nuestro país y debido a la influencia española durante la conquista y la colonia se dio la aplicación de las normas de carácter penal de España. Posteriormente se estableció una normatividad específica para el nuevo territorio incorporando normas penales a las leyes de indias. En estas se establecen una serie de castigos para las personas (en este caso los criollos esencialmente) que violaran la ley, los preceptos judeo cristianos de la iglesia católica o que fueran en contra de los reyes o la madre patria.

La independencia de la corona española por parte de nuestro país y el surgimiento de un estado independiente luego de las gestas de Bolívar, Santander y otros grandes de la lucha independentista que inspirados en los preceptos de la revolución francesa y americana labraron los caminos de libertad de nuestro país hizo necesario el establecimiento de la ley penal para el ahora independiente territorio nacional. Uno de los precursores de esta iniciativa fue Francisco de Paula Santander quien emprendió sus esfuerzos con miras a la codificación penal en 1836. El primer código penal vio la luz al año siguiente con gran influencia del código penal Francés de 1832 y el código penal Español reinante en la madre patria.

Hacia 1858 con la nueva constitución se adoptó para nuestro país el nombre de Confederación Granadina implementándose a su vez un sistema federalista con independencia legislativa por parte de los estados que la conformaban. Esta situación permitió la creación de normas penales independientes en cada estado de los cuales se destaca el código penal de 1858 conocido como código penal del Estado Soberano de Cundinamarca. Este código penal pasaría a ser el código penal para los Estados Unidos de Colombia en 1873 por virtud de la ley 112 del 26 de junio de 1873 y que posteriormente en 1887 pasaría a ser el código penal de la República de Colombia. Los códigos penales que lo sucedieron fueron el de 1936 y el de 1980. En nuestros días se encuentran en vigencia ley 906 de 2004 en materia procesal y ley 599 de 2000 en materia sustantiva.

EPOCA DE APLICACIÓN

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El derecho humanitario está específicamente concebido para situaciones de conflicto armado; por lo tanto, estipula normas adecuadas a tales situaciones, como las que rigen la conducción de las hostilidades y el principio de dar refugio y prestar ayuda a heridos y enfermos. El derecho internacional humanitario es aplicable en dos situaciones o, lo que es lo mismo, tiene dos regímenes de protección:

a) Conflicto armado internacional

En esa situación, se aplican los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I de 1977.

b) Conflicto armado no internacional

En esta situación, son aplicables el artículo 3 común a los cuatro Convenios y el Protocolo II. Conviene puntualizar que las condiciones de aplicación del Protocolo II son más estrictas que las previstas en el artículo 3.

EL DERECHO HUMANITARIO Y LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

Se considera que el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 es una especie de convenio en miniatura. Incluso añadiéndole las disposiciones del Protocolo II, las normas por las que se rigen los conflictos internos son menos elaboradas que las normas por las que se rige el conflicto armado internacional. La dificultad con la que se tropieza para mejorar el régimen de protección en los conflictos armados no internacionales es el obstáculo que presenta el principio de la soberanía del Estado.

Cabe destacar que las normas del artículo 3 tienen valor de derecho consuetudinario y son un mínimo que los beligerantes siempre deberían respetar. El derecho internacional humanitario no se aplica a las situaciones de violencia interna que no alcancen la intensidad de un conflicto armado. En ese caso, se pueden invocar las Disposiciones del derecho de los Derechos humanos, así como la legislación interna.

DERECHOS HUMANOS

Históricamente se ha entendido que los derechos humanos en contraposición al derecho internacional humanitario se aplican en tiempo de paz. Esto debido a la concepción que de antaño se tiene acerca de los conflictos bélicos y sus consecuencias y en donde se ha llegado no a una prohibición de la guerra, sino a una regulación de esta con el fin de mitigar sus consecuencias. Podría pensarse también que los derechos humanos deberían ser aplicables en todo tiempo ya que por ser inherentes a la persona humana no deberían ser desconocidos aun si la persona adquiere estatus de beligerante y participa activamente del conflicto, ya que el derecho internacional humanitario solo fija unas reglas para limitar las atrocidades de la guerra pero no impide la violación de derechos humanos fundamentales como el de la vida, la libertad de locomoción entre otros que son avasallados en medio de los conflictos.

Muy probablemente esta situación se deba a que en un estado de guerra se hace difícil la efectivización de los derechos y su protección máxima cuando las mismas están siendo manejadas por potencias internacionales con intereses en sus resultados.

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

Teniendo en cuenta que este derecho tiene que ver con los acuerdos suscritos por los estados en virtud de tratados y otros instrumentos internacionales, su época de aplicación esta íntimamente ligada a su ratificación por parte del país que lo suscribe o a las fechas establecidas en los tratados para entrar en vigor. De igual manera y a partir de este punto regirá hacia el futuro y de acuerdo a su tenor literal pudiendo ser limitado por los estados en su entrada en vigor y contenido, e incluso en la forma de su aplicación por medio de las reservas que de el se haga por parte de los estados al momento de su adhesión o suscripción.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

el derecho penal internación opera en cualquier tiempo y rige hacia el futuro como lo hacen todos los tratados internacionales y a partir del momento en que entra en vigor por parte de los estados que los suscriben.

DERECHO PENAL LOCAL

Este derecho aplica también en cualquier tiempo ya sea de paz o de guerra y también opera en el caso de nuestro país en los estados de excepción a este derecho se han incorporado las normas de protección de derechos humanos y algunos artículos del estatuto de roma.

A QUIEN OBLIGA Y QUIEN LOS VIOLA

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN CASO DE CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

El derecho internacional humanitario está destinado, principalmente, a las partes en conflicto y protege a todo individuo o categoría de individuos que no participa, o ya no participa de forma activa, en el conflicto, es decir:

Militares heridos o enfermos en la guerra terrestre, así como a miembros de los servicios sanitarios de las fuerzas armadas;

Militares heridos, enfermos o náufragos en la guerra marítima, así como a miembros de los servicios sanitarios de las fuerzas navales;

Prisioneros de guerra;

Población civil, por ejemplo:

Personas civiles extranjeras en el territorio de las partes en conflicto, incluidos los refugiados;

Personas civiles en los territorios ocupados;

Detenidos y civiles internados;

Personal sanitario, religioso, de los organismos de protección civil.

Cabe destacar, que la guerra de liberación nacional, como se define en el Artículo 1 del Protocolo I, se equipara a un conflicto armado internacional.

EN CASO DE CONFLICTO ARMADO INTERNO

El derecho humanitario está destinado, en esta situación, a las fuerzas armadas, regulares o no, que no tomen parte, o hayan dejado de tomar parte activa, en las hostilidades, por ejemplo:

Combatientes heridos o enfermos;

Personas privadas de libertad a causa del conflicto;

Población civil;

Personal sanitario, religioso.

DERECHOS HUMANOS

En principio se ha dicho que los derechos humanos obligan a los estados a su vigilancia, guarda y protección y que también están obligados a respetarlos ya que esencialmente son los estados quien los viola ya sea por acción o por omisión actuando por si mismo o por intermedio de otros (como en los casos de la autoría mediata por aparatos de poder) o a través de sus órganos. Sin embargo muchos autores consideran que los derechos humanos como inherentes de la persona humana deben ser respetados por todos y cada uno de los integrantes del conglomerado social con lo cual todos deberían respetarlos acatarlos y estarían obligados a respetarlos en un sentido claro de reciprocidad por lo cual podrían también llegar a ser violados por los individuos e incluso por las personas jurídicas.

El documento mas relevante de derechos humanos es la declaración de los derechos humanos de 1948 que ha sido acogida por innumerables naciones e incorporada a su legislación y a sus constituciones por diversos mecanismos pero que por no ser un tratado sino una declaración pone en tela de juicio su propia exigibilidad.

Los tratados internacionales son pactos entre gobiernos, tal como la misma ONU es una organización de Estados. Por lo tanto, los sujetos obligados por los pactos internacionales de derechos humanos son los Estados, no las personas ni organizaciones

privadas. El derecho internacional, por su misma naturaleza, es un derecho de Estados. Desde esta perspectiva queda claro que también el derecho internacional de DD.HH. es un derecho pertinente exclusivamente a los Estados. Esta es pues la razón central para que sea considerado que son los estados los obligados por estas normas y que corresponde a una posición mayoritaria a nivel mundial.

En América latina esta posición ha sido seguida de manera férrea teniendo en cuenta que al ser incorporadas las normas de derechos humanos a la constitución política de los estados y a la legislación interna especialmente a la ley penal, la violación de los particulares a estas normas serán castigadas por dicha legislación mientras que el estado no podría ser castigado de esta manera sino a través de otros mecanismos internacionales superiores (las mismas normas de derechos humanos en un punto de vista macro). En otras palabras, frente a los derechos humanos, los particulares que los trasgreden cometen delitos sancionables con la legislación interna, los estados violan los derechos humanos y deben ser castigados por la norma internacional.

Los autores de la "Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz" de Colombia sostienen:

*"En todo este tratamiento del delito, el Estado conserva su carácter de UNICO GARANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS (es decir, de los derechos iguales de todos los asociados, referidos a una misma estructura jurídica), principio en el que se funda su más radical legitimidad. Por ello mismo, el Estado es el UNICO EVENTUAL VIOLADOR de tales derechos. Las demás transgresiones a las normas necesarias de convivencia ciudadana, que pueden ser consideradas en el lenguaje común como violaciones de los derechos humanos', ya en el campo jurídico tienen que tipificarse con otras categorías, con el fin de evitar la confusión sobre quién es el responsable de garantizarlos, y con el fin, también, de evitar consagrar la desigualdad en dicha garantía."*²⁵⁶

Es claro que lo que se ha querido con esa exclusividad de la responsabilidad de los estados por la violación de los derechos humanos es legitimizar la exigencia de los mismos teniendo en cuenta que se otorga la exclusividad de la protección también al estado. Si se llegase a reconocer una responsabilidad por estas violaciones a personas diferentes al estado, se les debería también entonces poder obligarlos a su protección. A este respecto se manifestaron también, los autores de la "Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz" colombiana. Si se aceptara una responsabilidad de actores ajenos al gobierno por presuntas violaciones de derechos humanos, tendríamos que aceptar también una fuerza distinta de la del Estado para garantizarlos.

*"Se llegaría, entonces, a una especie de "Feudalismo Jurídico", donde los ciudadanos tendrían que buscar qué grupo les ofrece mejores garantías para proteger sus derechos humanos, y acogerse a su protección. A nadie se le oculta que de allí se seguiría necesariamente la desigualdad de los ciudadanos ante la ley; la destrucción del Estado de Derecho; la desnaturalización misma del concepto de derechos humanos' y el rápido deslizamiento hacia la barbarie."*²⁵⁷

256 . Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz. "Justicia y Paz". Vol. 4 N°4, Bogotá oct.-dic. 1991. Pág.8
257 1. Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz. "Justicia y Paz". Vol. 4 N°4, Bogotá oct.-dic. 1991. Pág.9.

Podemos concluir en este punto, que incluso históricamente hablando, se ha sostenido esa posición de unidireccionalidad del ciudadano al estado en la exigibilidad de la protección y guarda de los derechos humanos teniendo en cuenta que los mismos surgieron de la lucha de los ciudadanos en contra del poder estatal en cabeza de un rey por la reivindicación de sus derechos. Una concepción diferente de responsabilidad no ha madurado aun lo suficiente para ser tenida en cuenta por el sistema internacional de protección de derechos humanos.

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

Las normas de derecho internacional público obligan también a los estados o a las partes que los suscriben y por lo tanto, su violación esta ligada a las partes que los hayan suscrito o aceptado.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El estatuto de roma estableció que la responsabilidad en los casos de la trasgresión a este estatuto es individual. Esta dirigido a los individuos ya sea que actúen por propia mano, o por medio de otros o incluso por aparatos de poder.

DERECHO PENAL LOCAL

Esta dirigido a personas naturales en nuestro país, pero existen otros en los cuales puede dirigirse en contra de personas jurídicas basados en nuevas teorías de responsabilidad de las personas ficticias o creadas jurídicamente. En Colombia las personas jurídicas tienen una responsabilidad exigible por vía administrativa.

LOS JUZGADORES

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Las conductas objeto de protección, son juzgadas por la Corte Penal Internacional en la actualidad. Históricamente y antes de la creación de la Corte Penal, se hizo el juzgamiento por medio de tribunales ad hoc como el de Núremberg, Tokio y la antigua Yugoslavia.

DERECHOS HUMANOS

la organización de naciones unidas a creado una serie de comisiones encargadas de la promoción y vigilancia de los derechos humanos. Para america latina se creo en el seno de la organización de estados americanos la comisión interamericana de derechos humanos y la corte interamericana de derechos humanos en 1979 como parte del sistema universal de protección de los derechos humanos. Es entonces la corte interamericana de derechos humanos la encargada de juzgar las graves violaciones a los derechos humanos, interpretar y aplicar la convención americana de derechos humanos.

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

El derecho internacional tradicionalmente ha sido definido como el derecho aplicable a las relaciones entre Estados. Así pues, la razón de ser de los tribunales internacionales ha sido la solución de controversias entre Estados. Sin embargo, en los últimos años, los individuos se han transformado en un elemento central del derecho internacional y se ha reconocido la competencia de los tribunales internacionales para enjuiciarlos. Antes de Nuremberg, la responsabilidad individual por crímenes internacionales, como la piratería, era determinada de forma exclusiva por instituciones nacionales que ejercían su autoridad soberana. Con posterioridad se consideró, sin embargo, que el Estado que tuviera la custodia del infractor podía enjuiciarlo, independientemente de la nacionalidad de éste o la de sus víctimas, o del lugar donde se hubiera cometido el crimen; así pues, la piratería comenzó a ser considerada como un "crimen internacional". Este concepto, ahora conocido como "jurisdicción universal", ha sido aplicado más recientemente al delito de genocidio, a ciertos crímenes de guerra y a crímenes contra la humanidad.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En tratándose de delitos contenidos en el estatuto de roma la competencia para el juzgamiento de los mismos esta en cabeza de la Corte Penal Internacional con sede en La Haya. El funcionamiento de la Corte se rige por una serie de normas y principios que lo transforman en un tribunal especial, sólo para conocer casos realmente particulares. Los principios aplicables son:

Complementariedad: la Corte funciona solo cuando un país no juzga o no puede juzgar los hechos de competencia del tribunal;

Nullum crime sine lege: el crimen debe estar definido al momento de la comisión y que sea competencia de la Corte;

Nulla poena sine lege: un condenado por la Corte sólo puede ser penado como ordena el Estatuto;

Irretroactividad *ratione personae*: nadie puede ser perseguido por la Corte por hechos o delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia;

Responsabilidad penal individual: no serán objeto de la pretensión punitiva las personas jurídicas, salvo como hecho agravante por asociación ilícita;

La Corte no es competente para juzgar a quienes eran menores de 18 años en el momento de comisión del presunto crimen;

Improcedencia de cargo oficial: todos son iguales ante la Corte, aunque el acusado sea, por ejemplo, jefe de Estado;

Responsabilidad por el cargo;

Imprescriptibilidad; y

Responsabilidad por cumplimiento de cargo: no es eximente de responsabilidad penal.

La investigación de los hechos que pueden llevar a la realización del proceso y que pueden terminar con una eventual sanción se puede iniciar de tres formas:

Por remisión de un Estado Parte a la Corte de una situación particular;

Por solicitud del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (donde se aplica el veto invertido); y

De oficio por el Fiscal de la Corte.

Una vez que el Fiscal maneje estos antecedentes, puede o archivarlos o presentar una acusación que es revisada por la Cámara de Asuntos Preliminares, que revisa los antecedentes hechos valer por el Fiscal. Si es procedente se acoge la acusación que pasa a ser conocida por la Cámara de Primera Instancia, donde se realiza el juicio. Una vez absuelto o condenado, tanto el Fiscal como el condenado en su caso, pueden apelar o casar ante la Cámara de Apelaciones.

DERECHO PENAL LOCAL

En nuestro país los órganos encargados del juzgamiento en orden jerárquico descendente son los siguientes:

Corte Suprema de Justicia

Tribunales Superiores de Distrito Judicial (sala penal)

Juzgados Penales del Circuito

Juzgados Penales Municipales

Juzgados Promiscuos

LAS SANCIONES

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Las penas que puede establecer la sentencia puede ser de prisión por un plazo no mayor de 30 años, o (por la gravedad de los crímenes) cadena perpetua, además de una multa y el decomiso de las especies que sean de propiedad del condenado (art. 77).

El cumplimiento de la pena se puede llevar a cabo en el país sede de la Corte (Holanda) o en otro de acuerdo con los convenios que se puedan establecer entre la Corte y otros países.

DERECHOS HUMANOS

Las sanciones impuestas por la comisión interamericana de derechos humanos son en su mayoría de orden económico y de restablecimiento de los derechos conculcados. La reparación integral del daño causado puede ser económica pero también puede tener otros elementos como declaraciones publicas de arrepentimiento, garantía de no repetición entre otras.

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

Existe un principio universal en materia de tratados y es el del PACTA SUNT SERVANDA, es decir los pactos son para cumplirse, de igual manera amparados en la obligación universal de la reparación del daño por parte de su causante, los estados que suscriben los tratados o acuerdos internacionales son conminados al cumplimiento de sus compromisos ante tribunales específicos ya sea de guarda de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario entre otras obligaciones de carácter internacional. En algunas ocasiones se ha optado por medidas sancionatorias a los estados como las obligaciones de indemnizar e incluso los bloqueos económicos y las restricciones arancelarias y comerciales en detrimento de los estados que omiten el cumplimiento de sus obligaciones.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El 17 de mayo de 2011, el presidente de la república de Colombia Juan Manuel Santos firmo un histórico tratado con el presidente de la corte penal internacional el surcoreano Sang-Huyn Song. El tratado en cuestión permite que las personas condenadas por la corte penal internacional puedan purgar sus penas en Colombia. El acuerdo es histórico teniendo en cuenta que nuestro país es el primero en toda América que suscribe este documento con lo cual se piensa incentivar a otros países para que se unan también en esta causa que busca fortalecer las medidas sancionatoria de la corte y hacer efectivas las condenas que emanen de este organismo.

Como ya se menciono las penas aplicables por la corte penal internacional son las siguientes:

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o

b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

DERECHO PENAL LOCAL

En el derecho penal de cada estado las penas pueden variar de manera drástica, por ejemplo, en varios estados de los estados unidos se tiene contemplada la pena de muerte y la cadena perpetua para ciertos crímenes, en Alemania la pena máxima aplicable en principio es de 25 años luego de los cuales se analiza la situación del reo, en nuestro país , existen penas de prisión y multa como penas principales y penas subsidiarias como la interdicción de ciertos derechos o la prohibición de desarrollar actividades especificas, además de existir una diferenciación entre imputables e inimputables teniendo en cuenta que a los segundos solo les son aplicables medidas de seguridad. Las penas oscilan entre el año y los sesenta años en caso de los concursos de conductas punibles.

EFICACIA DE LAS DISPOSICIONES

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En este campo se han producido bastantes sentencias de condena iniciando desde el mítico juicio de Núremberg y hasta nuestros días con los tribunales de Ruanda, Sierra Leona, Yugoslavia. El Estatuto de la Corte no ha sido firmado ni ratificado, entre otros países, por Estados Unidos, Rusia, China, India, Israel, Cuba e Irak, lo que denota la política de evitar someter a organismos supranacionales este tipo de casos. Es preocupante teniendo en cuenta que son grandes naciones, potencias o estados con gran poder bélico quienes precisamente no han querido reconocer competencia por parte de la Corte Penal Internacional.

El caso particular de Estados Unidos es el más polémico. El 2 de agosto de 2002, el Congreso de ese país aprobó la American Servicemembers' Protection Act (Ley para la protección del personal de los servicios exteriores norteamericanos o ASPA) con el claro objetivo de debilitar a la Corte. Esta ley prohíbe a los gobiernos y a los organismos federales, estatales y locales estadounidenses (incluidos los tribunales y los organismos encargados de hacer cumplir la ley) la asistencia a la Corte. En consecuencia, se prohíbe la extradición de cualquier persona de los Estados Unidos a la Corte y se prohíbe a los agentes del Tribunal llevar a cabo investigaciones en los Estados Unidos. La ley también prohíbe ayuda militar de Estados Unidos a los países que son parte en la Corte. Además, se autoriza al presidente de los Estados Unidos a utilizar "todos los medios necesarios y adecuados para lograr la liberación de cualquier [personal estadounidense o aliado] detenido o encarcelado, en nombre de, o a solicitud de la Corte Penal Internacional". Lo mismo ocurre ante la corte penal internacional frente al derecho penal internacional.

DERECHOS HUMANOS

El trabajo de la corte interamericana de derechos humanos ha sido arduo y ha rendido sus frutos en beneficio de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos. En el caso colombiano, la corte ha condenado a la nación al pago de múltiples indemnizaciones de carácter económico a favor de las víctimas en los siguientes casos:

Caso de la masacre de Mapiripan

Caso de las masacres de Ituango

Caso de la masacre de Pueblo Bello

Entre otras múltiples investigaciones y condenas. A pesar de la larga espera ya que los procesos se dilatan por diversos factores, se ha llegado a condenas dentro del marco de protección de los derechos humanos en nuestro país.

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

La opinión generalizada frente a las disposiciones de este derecho es la dificultad para tornarse exigible. Los estados no suscriben los acuerdos internacionales que consideran nocivos para sus intereses o los de sus asociados dejando sin piso jurídico la exigibilidad de las disposiciones. De igual manera el poco desarrollo de la jurisdicción universal y su lenta acogida han dificultado el proceso de adaptación de las disposiciones internacionales a los ordenamientos locales y sobretodo su aplicación. Acuerdos como el suscrito por Colombia con la Corte Penal Internacional, allanan el camino hacia un desarrollo integral del derecho internacional público.

DERECHO PENAL LOCAL

En nuestra legislación y como ya se dijo, en virtud del bloque de constitucionalidad se han incorporado a la legislación penal las normas relativas a la protección de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En 2004 se

modifico el sistema penal de corte inquisitivo a un sistema mixto de audiencias públicas con tendencia a la oralidad con el cual se buscaba agilizar la justicia y descongestionar los despachos judiciales.

En realidad la congestión judicial no ha cedido y por el contrario la acumulación de los procesos en los despachos judiciales va en aumento. La dilación en la realización de los juicios orales ha permitido la libertad de numerosos acusados bajo la figura del vencimiento de términos. Además de lo anterior la representación de las víctimas en el proceso penal como agente interesado no solo en el aspecto económico, sino también en la verdad y la justicia esta en un periodo de leve desarrollo ante el cual se deben adelantar medidas que permitan fortalecer su participación con miras al cumplimiento de estándares internacionales en este tema y como obstáculo a la impunidad reinante en nuestro sistema de justicia.

INTERACCIONES

Como podemos observar una vez desarrollados los puntos de comparación frente a los diversos caminos se evidencia una interacción entre el derecho internacional publico , el sistema universal de protección de derechos humanos y el derecho internacional humanitario toda vez que los segundo son parte del primero y estarían contenidos en el. De la misma forma existe una interrelación entre el derecho internacional penal y el derecho penal internacional de relación de causa a efecto.

Lo anterior debido a que, como ya se menciona en la parte relativa a los orígenes, desde la antigüedad existían los tratados internacionales que regulaban las relaciones entre estados ya sea por asuntos de guerra o por otros factores.se inicio este derecho de manera consuetudinaria y oral y en muy pocas ocasiones se suscribían carteles entre estados. Con el paso del tiempo y a raíz de la segunda guerra mundial surge la necesidad de positivizar este derecho consuetudinario y de dotarlo de las armas suficientes que le permitieran subsistir y sobretodo ejercer control. Con el nacimiento de la corte penal internacional, surge el derecho penal internacional y muere por tano el derecho internacional penal. Los cambios de los tiempos, las nuevas formas de delincuencia transnacional, los altos índices de barbarie frente a los enemigos en las guerras y la perdida del respeto por la dignidad de la persona humana fueron la antesala para el nacimiento de este nuevo derecho.

De igual manera existe relación entre el derecho penal local y los derechos humanos y el derecho internacional humanitario por medio de los procesos de

internalización de estas normas que ya se comentaron en un acápite anterior de este trabajo. En *Colombia* el mecanismo de internalización utilizado fue el boque de constitucionalidad consignado en el artículo 93 de la constitución política por el constituyente en 1991.

BIBLIOGRAFIA

1. Amnistía Internacional (1996), Informe 1996, Edai, Madrid, pág. 63.
2. Amnistía Internacional: <http://www.amnesty.org/en/library/info/IO63/005/2007>
3. Aristóteles, "Ética a Nicómaco", V, 10, 1137 b.
4. Arriaga, I. y C. Zoco (1998), "El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de proyecto a realidad", en Revista de la Liga Española para la Defensa de los Derechos del Hombre, vol. 1, pp. 23-38.
5. Barker, Robert S., "Cuestiones procesales suscitadas en el sistema federal de Estados Unidos de América", Revista Interamericana de Abogados, Talleres Gráficos de First Publishing, junio de 2000, pp. 161 y ss. Cita de ORTIZ LORETTA
6. C de Argentina, artículo 75, fracción 22
7. C. de Costa Rica, artículo 7º
8. C. de Ecuador, artículos 163: Concordante artículo 174.
9. C. de El Salvador, artículo 144
10. C. de Guatemala, artículo 46
11. C. de Honduras, artículo 17
12. C. de México, artículo 133.
13. C. de Paraguay, artículo 137:
14. C. de Venezuela, artículo 124
15. Capitans Henry, en VOCABULARIO JURÍDICO, DE PALMA Editores, Buenos Aires, Argentina, 1966, pg. 210.
16. Cicerón, "De Officiis", III, 6, 28.
17. Constitución alemana de Weimar 1919,
18. Constitución colombiana 1886,
19. Constitución de España, 53. 96 arts 93
Cons. De Venezuela artículo 128
20. Constitución de Portugal, Artículo 8. Derecho internacional
21. Constitución mexicana 1917,
22. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. PREÀMBULO, ART. 1º, ART. 2º
Artículo 5º, Artículo 94, Artículo 93. 95, 44
23. Convención I de DDHH, parte I, parte II preambulo.
24. Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-408 de 1996
25. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias C-152-1992, C-251-1992, C-575-1992; T-406-1992, T-499-1992, T- 505/1992; T-428/1997. C-587/1992; T-406/1992; SU-476/1997; T-523/9; C-574/1992; C-2719/93: C-

- 774/2001; C-67/2003; T-572/2008, T-406 de 1992, Sent.. T-426, 505, 532/92; T-125/94; T-1750/2000. Sent. T-406/1992
26. Corte Interamericana de derechos humanos, San José, 1986;
 27. CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en Introducción a los derechos fundamentales, Madrid, 1988, pág. 162.
 28. DÍAZ MÜLLER Luis Teodoro en: GLOBALIZACIÓN, BIOÉTICA Y LOS DERECHOS HUMANOS, 30/01/2003 en: Sapere Audere · Enciclopedia de Filosofía de Stanford · Diccionario de Filosofía de la Mente
 29. [Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo](http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/64), en: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/64>
 30. DUDH, preámbulo. aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
 31. Emmanuel Kant, Fundamento de la Metafísica de las Costumbres.
 32. Faundes Ledesma H., El sistema interamericano de protección de derechos humanos I. Interam de Der num., s.n, José CR, 1996 pág. 21
 33. Felipe Gómez Iza en: [Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo](http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/64), en: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/64>
 34. Fernando Martínez Paz, “INTRODUCCIÓN AL DERECHO”, Ed. Abaco, varias reimpresiones, Cordoba Argentina, 1994,
 35. Finis John, LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES, Editorial Abelardo Perrot, México, 2000, pág. 455.
 36. FIX ZAMUDIO: «Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de derechos humanos», en Los sistemas constitucionales iberoamericanos, Madrid, 1992, págs. 849 y sig.
 37. Guido Fassó, “ Historia de la Filosofía del Derecho”, Ed. Pirámide, 1980, pág.20.
 38. Hans Welzel, “El derecho Natural y Justicia Material”, Ed. Aguilar, 1957.
 39. Headrick, William C. Los Derechos Humanos en Europa y América. Universidad Iberoamericana. Primera Edición. Santo Domingo, 2004, p. 2.
 40. Headrick, William C. Los Derechos Humanos en Europa y América. Universidad Iberoamericana. Primera Edición. Santo Domingo, 2004, p. 2
 41. HERNÁNDEZ RUBEN y GERARDO TREJOS: La tutela de los derechos humanos, San José, 1972;
 42. Hobbes, Leviathan, Pág. 84, 85 y De cive, c. I, 2.
 43. IFEX Información en http://www.ifex.org/campaigns/african_commission/es/
 44. KNUTSEN, Torbjorn, A history of International Relations theory, Manchester University Press, 1997, pp. 85-87
 45. La Carta de Derechos (Bill of Rights)
 46. Ley 16 de 1972 de Colombia, ratificado el 31 de julio de 1973.
 47. LOZANO DELGADO Jorge Augusto, “LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA VIGENCIA DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS”, Ponencia presentada en el marco de las Jornadas Latinoamericanas dentro de los XI Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha en Toledo, España, enero de 2011. No ha sido publicada, ni colgada en internet. Texto adaptado.
 48. LOZANO DELGADO Jorge Augusto. Concepto sustanciado como Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Ibagué, Colombia, en noviembre 19 de 2010, dentro del Expediente D-8301 (D-8322 Acumulado), LEY 1395 DE 2010 artículos 90, 91, 98, 101 y 122. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
 49. MONTERO Juan en Kurukan Fuga

50. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en:
<http://www.ohchr.org/SP/Countries/AsiaRegion/Pages/SouthEastAsiaSummary.aspx>
51. ORTIZ, Loretta. Integración De Las Normas Internacionales De Derechos Humanos en Los Ordenamientos Estatales De Los Países De Iberoamérica, Disponible en:
www.enj.org. Tomado de:
www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/3/art/art10.htm
52. PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.- PREÁMBULO
53. PARMA CARLOS, DERECHO NATURAL, NOCIONES FUNDAMENTALES DE DESARROLLO HISTÓRICO
54. PÉREZ LUÑO Antonio, DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, en: TEORÍA DEL DERECHO: UNA CONCEPCIÓN DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA, Editorial TECNOS, Madrid, 2007, pg. 17 y 18.
55. PÉREZ LUÑO: «Las generaciones de derechos fundamentales», en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 203 y sigs.
56. Remiro Brotóns, Antonio et al., Derecho internacional público, Ed. McGraw-Hill, 1997, pp. 356 y ss. Cita de ORTIZ LORETTA.
57. Rodríguez y Rodríguez Jesús, en DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, México, Tomo III, UNAM, 1983
58. Rousseau Jean Jacques, “ Contrato social”, IV, 8.
59. Sepúlveda César, Derecho Internacional. Edit. Porrúa - Págs. 3, 4, 5
60. Sófocles, “Antígona”, págs. 450-457.
61. Suprema Corte de México (1999),
62. Vanossi, Jorge Reinaldo A., "El derecho internacional en el derecho constitucional comparado de América", varios autores, XV Curso de Derecho Internacional-Comité Jurídico Interamericano, Washington, D. C., OEA, 1986, pp. 85 y ss. Cita de ORTIZ LORETTA, en llamado anterior.
63. W. Luypen, “Fenomenología del derecho natural”, Ed. Carlos Lohlé, 1968, Pág. 71.
64. WAEL HIKAL, Criminología, Derechos Humanos y garantías individuales, ed. Porrúa, México, 2010. Pags. 119 Y 120, encontrado en oaccdh, google.
65. Wright, Quincy. 1942. A Study of War. Chicago, Illinois: University of Chicago Press. (1942). xxiii, 1552 pp

ANEXOS

1. Constancia aprobación curso
2. Constancia aprobación tema de tesis y Director
3. Concepto del Director de Tesis
4. Concepto
5. Disco compacto Camino a la Convivencia (Tesis)
6. Disco compacto Camino a la Convivencia (Diapositivas)