

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



27

IIDH

Enero - Junio 1998

REVISTA
IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

Revista 341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. /Nº 1 (Enero/junio 1985).-
-San José, C.R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos - Publicaciones periódicas.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

© 1998, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

© Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramación y montaje electrónico de artes finales: Walter Meoño S.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Varitec, S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1.000) San José, Costa Rica. Fax (506) 234-0955, e-mail: ueditorial@iidh.ed.cr.

Se solicita atenderse a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. Es preferible acompañar el envío con diskettes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (subrayado); volumen, tomo; editor, lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor; título del artículo; nombre de la revista (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf. y dirección postal). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

LA REVISTA IIDH ES PUBLICADA SEMESTRALMENTE. EL PRECIO ANUAL ES DE US\$30,00 Y DE US\$20,00 PARA ESTUDIANTES. EL PRECIO DEL NÚMERO SUELTO ES DE US\$15,00. SUSCRIPTORES DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ DEBEN INCLUIR US\$3,00 POR ENVÍO; SUR Y NORTEAMÉRICA US\$4,00, EUROPA, ÁFRICA, ASIA, US\$6,00.

TODOS LOS PAGOS DEBEN SER HECHOS EN CHEQUES DE BANCOS NORTEAMERICANOS O GIROS POSTALES, A NOMBRE DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. RESIDENTES EN COSTA RICA PUEDEN UTILIZAR CHEQUES LOCALES EN DÓLARES. SE REQUIERE EL PAGO PREVIO PARA CUALQUIER ENVÍO.

DIRIGIR TODAS LAS ÓRDENES DE SUSCRIPCIÓN A LA UNIDAD EDITORIAL DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1.000) SAN JOSÉ, COSTA RICA. FAX: (506) 234-0955, e-mail: ueditorial@iidh.ed.cr.

LAS INSTITUCIONES ACADÉMICAS INTERESADAS EN ADQUIRIR LA REVISTA IIDH, MEDIANTE CANJE DE SUS PROPIAS PUBLICACIONES, PUEDEN ESCRIBIR A LA UNIDAD EDITORIAL, REVISTA IIDH, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1.000), SAN JOSÉ, COSTA RICA, FAX: (506) 234-0955.

ÍNDICE

DOCTRINA

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES
SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDIVIDUO:
VALORACIÓN DE LA PRÁCTICA MÁS RECIENTE11

Jaume FERRER LLORET

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
A TRAVÉS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA
CORTE INTERAMERICANA81

César LANDA

JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

DERECHO A LA VERDAD VERSUS IMPUNIDAD.117

Martín ABREGÚ

S. 1085. XXXI. SUÁREZ MASON, CARLOS GUILLERMO S/HOMICIDIO,
PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, ETC.121

U. 14. XXXIII. URTEAGA, FACUNDO RAÚL C/ESTADO NACIONAL
-ESTADO MAYOR CONJUNTO DE LAS FF.AA.- S/AMPARO LEY 16.986 ..141

AMICUS CURIAE

MEMORIAL EN DERECHO *AMICUS CURIAE* PRESENTADO
POR AMNISTÍA INTERNACIONAL ANTE LA CIDH,
CASO CONSUELO BENAVIDES CEVALLOS185

**CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

ACTIVIDADES ENERO-JUNIO 1998217

**COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

ACTIVIDADES ENERO-JUNIO 1998477

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA AMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1997-II)515

PRESENTACIÓN

Me complace presentar este volumen de la Revista IIDH que cubre el período enero-junio de 1998, y dedicado en gran parte al ejercicio del derecho a la verdad y a la lucha contra la impunidad, temas que han concentrado los esfuerzos del movimiento de derechos humanos en América Latina en este importante año 1998. Y digo importante, porque, además del cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el año 1998 fue marcado por la aprobación del estatuto del Tribunal Penal Internacional (Roma, en el mes de julio), y por la polémica en torno a la aplicación extraterritorial de normas internacionales de derechos humanos, que se puso en evidencia con el caso Pinochet aún no resuelto por la justicia inglesa. Estos tres eventos, de alguna manera, anticipan sobre el contenido de nuestro próximo volumen N° 28 de la Revista IIDH, correspondiente al segundo semestre de 1998.

En ese tenor y a modo de adelanto, el presente número incluye el análisis profundo que en el artículo sobre la responsabilidad penal del individuo en derecho internacional público, nos presenta Jaume Ferrer Lloret, Profesor de la Universidad de Alicante, quien incorpora en su análisis los alcances del estatuto del TPI adoptado en Roma. Por su parte, César Landa, Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Lima, nos ofrece un interesante estudio sobre la protección de los derechos humanos por los tribunales constitucionales, y por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hemos decidido inaugurar en la Revista IIDH una nueva sección de "Jurisprudencia Latinoamericana de Derechos Humanos", con la finalidad de reproducir y dar a conocer el texto integral de sentencias de contenido novedoso en el campo de los derechos humanos. Para esta primera experiencia, incluimos el texto completo de dos decisiones de la Corte

Suprema de Justicia de Argentina (casos Aguiar Lapacó y Urteaga, ambos de 1998), introducidas por un comentario de Martín Abregú, del CELS (Argentina). Merecen especial atención ambas decisiones por tratarse de las dos únicas sobre el derecho de los familiares a conocer el paradero de personas desaparecidas en Argentina. Además, estas dos decisiones evidencian los titubeos del juez en torno al reconocimiento del derecho a la verdad.¹ Es porque estamos convencidos de que este debate se extenderá progresivamente a otras jurisdicciones de países de América Latina en los cuales los abusos del pasado han quedado impunes, que pretendemos ofrecer esta útil herramienta de trabajo a abogados y jueces del continente.

La Revista contiene además, en su sección, ya habitual de *Amicus Curiae*, el memorial presentado por Amnesty Internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Consuelo Benavides, sobre derecho a la verdad y obligación de investigar por parte del Estado, que pretende también servir de marco útil de referencia para abogados del continente en este complejo tema del ejercicio del derecho a la verdad por parte de los familiares y de las víctimas de abusos de la autoridad estatal. La Revista es completada con el texto de las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos humanos así como con la tradicional sección de la Práctica de las Naciones Unidas en torno a los Estados del hemisferio.

Nuevamente agradecemos el interés por nuestra Revista, así como el apoyo desinteresado de las agencias internacionales de cooperación que han patrocinado esta publicación del IIDH en estos últimos años.

Juan E. Méndez
DIRECTOR EJECUTIVO

DICIEMBRE DE 1998

1. En la primera sentencia, muy criticada por los activistas de derechos humanos, la Corte decidió no reconocer a los familiares de las víctimas el derecho a continuar con las investigaciones, mientras que en el segundo caso, consolida el derecho de los familiares a conocer la verdad.

DOCTRINA



LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDIVIDUO: VALORACIÓN DE LA PRÁCTICA MÁS RECIENTE

Jaume FERRER LLORET *

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la responsabilidad internacional del individuo ha cobrado un indudable protagonismo en los años noventa, después de haberse visto un tanto olvidado en la práctica de los Estados y, por ende, haber disfrutado de una escasa atención por la propia doctrina iusinternaciona- lista. El actual interés por esta materia se debe, en primer lugar, a la novedosa creación por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (a partir de ahora C. de S.) de los tribunales penales internacio- nales para la ex Yugoslavia y Ruanda en 1993 y 1994 respectivamente. A su vez, la creación de estos dos tribunales *ad hoc* ha propiciado, entre otros factores, la elaboración por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (a partir de ahora C.D.I. o Comisión) de sendos proyectos de artículos; el primero, aprobado en segunda lectura en 1994, dedicado al establecimiento de un tribunal penal internacional, y el segundo, concluido en segunda lectura en 1996, titulado Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Y, como es bien sabido, el proceso codificador iniciado en el seno de la C.D.I. ha tenido como colofón la celebración a mediados de este año de una conferencia de plenipotenciarios en Roma en la que se adopta el Estatuto de la Corte Penal Internacional con el voto favorable de 120 Estados.

* Profesor Titular interino de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en el Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Penal de la Universidad de Alicante (España).

Estos desarrollos recientes en el ámbito de la denominada responsabilidad internacional del individuo, constituyen motivo más que suficiente para elaborar una extensa monografía. Pero nuestro objetivo en este trabajo se limita a ofrecer un breve recorrido en esta materia, centrándonos en las cuestiones principales relativas al efectivo funcionamiento de los citados tribunales *ad hoc*, la previsible aplicación a corto y medio plazo del Proyecto de Código, si es que los Estados se ponen de acuerdo para su adopción como tratado internacional, y a la constitución de la Corte prevista en el citado Estatuto, cuya entrada en vigor es probable que no se demore demasiado, dado el elevado número de Estados que han votado a favor de la adopción del Estatuto.

Este sumario repaso de la práctica más reciente nos permitirá incardinar el sector de normas del Derecho internacional que regula la responsabilidad penal del individuo en el seno de un ordenamiento internacional descentralizado formado por entidades soberanas e independientes entre sí, poniendo así de manifiesto que en esta materia se deben evitar las construcciones más o menos optimistas que hacen caso omiso a la naturaleza de la Sociedad internacional y las consecuencias que de ella se derivan para las estructuras y principios fundamentales del ordenamiento internacional. Incluso, cabe plantear si los citados esfuerzos de codificación y desarrollo progresivo llevados a cabo en el seno de Naciones Unidas, están en alguna medida sirviendo de distracción sobre la resolución de la verdadera dificultad que impide la efectiva aplicación de este sector de normas: la falta de consenso entre los Estados para que adopten en sus ordenamientos internos los procedimientos necesarios para enjuiciar a los responsables de violaciones graves del derecho humanitario y de los derechos humanos. Como insistiremos *infra*, a nuestro entender es obvio que la principal, aunque no tiene por qué ser la única vía, para aplicar las normas internacionales sobre la responsabilidad penal del individuo, está constituida por los propios ordenamientos internos de los Estados, siempre en atención a la estructura descentralizada de la Sociedad internacional.

Como cuestión previa, señalemos de entrada que no nos vamos a ocupar de los precedentes ya clásicos en este sector de normas del Derecho internacional: los juicios protagonizados por los tribunales de Nuremberg y Tokio creados al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Tan sólo mencionar que en nuestra opinión la importancia que en ocasiones se atribuye a estos precedentes es excesiva. En primer lugar, porque dichos tribunales, constituidos después de la comisión de los hechos enjuiciados, se limitaron a juzgar a los bandos vencidos en el conflicto armado en una aplicación más que dudosa, de acuerdo con el Derecho internacional vigente en el momento de cometerse los hechos, de figuras como los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad, y una figura

complementaria como es la "conspiración o plan común" para cometer las primeras, que también se aplicó a varios de los encausados.¹ Pero sobre todo, se aprecia que en la práctica de los Estados el castigo de los criminales de guerra de la segunda contienda mundial se ha hecho efectivo en la gran mayoría de los casos a través de los distintos tribunales establecidos por los Estados aliados en sus respectivas zonas de ocupación en Berlín² y en los ordenamientos internos de los Estados durante los años inmediatamente posteriores al cese de las hostilidades;³ y en unos pocos casos, que han gozado de cierta repercusión en los medios de comunicación, en los últimos años.⁴ Además, los propios

1. Vid. SUNGA, L., *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Dordrecht, 1992, pp. 25-50; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho internacional público*, 3ª Ed., Madrid, 1994, pp. 144-145, si bien este autor reconoce que "los delitos o crímenes de guerra sí estaban perfectamente tipificados en los Convenios por los que se regulaba el comportamiento de los contendientes en caso de conflictos armados", por lo que sí se respetó en este caso el principio penalista *nullum crime nulla poena sine praevia lege*: *ibid.*, p. 144.
2. BASSIOUNI ofrece los siguientes datos sobre la Alemania ocupada por los aliados: "The Nuremberg Trials prosecuted 19 major war criminals. Prior, during and after the Nuremberg Trials the United States convicted 1,814 (450 executed) in its occupying zone; Great Britain 1,085 (240 executed), France 2,107 (450 executed), and the USSR an estimated 10,000 (number of persons executed unavailable)". Además, "The total numbers of additional prosecutions per allied powers as reported by the United Nations War Crimes Commission were: United States, 809; Britain, 524; Australia, 256; France, 254; The Netherlands, 30; Poland, 24; Norway, 9; Canada, 4; China, 1". Por su parte, el Tribunal de Tokio enjuició a 28 personas; y Estados Unidos constituyó en Filipinas Comisiones Militares encargadas del enjuiciamiento de oficiales japoneses por crímenes de guerra, cuya competencia fue confirmada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos: *vid.* BASSIOUNI, M.C., *International Criminal Law. Enforcement*, New York, 1987, pp. 5-6.
3. Cf. MARXCHIK, A., "The Politics of Prosecution: European National Approaches to War Crimes", en MCCORMACK, T.L.H., y SIMPSON, G.J., (Eds.) *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, The Hague, 1996, 65-101, pp. 73-93.
4. Cf. DESCHÈNES, J., "Toward International Criminal Justice", en CLARK, R.S., y SANN, M., (Ed.), *The Prosecution of International Crimes*, New Brunswick y London, 1996, 29-58, pp. 33-48; DE SENA, P., *op. cit.*, pp. 149-165 y 180-187; MARSCHIK, A., "European...". *loc. cit.*, pp. 73-93. Además de los casos bastante conocidos de *Eichmann* (Israel), *Barbie* (Francia), *Demjanjuk* (Israel), *Finta* y *Luitjens* (Canadá), y *Touvier* (Francia), podemos citar algunos casos más recientes: caso *Bousquet*, acusado en 1991 en Francia por su participación en la deportación de miles de ciudadanos judíos durante el régimen de Vichy; el procedimiento judicial se interrumpe al ser asesinado en junio de 1993 (*Keesing's*, 1993, p. 39539); caso *Boleslav Maikovskis*, puesto en libertad en Berlín en 1994 por motivos de salud, después de cuatro años de proceso judicial, acusado de ordenar el asesinato de más de 170 civiles en Lituania durante la Segunda Guerra Mundial; ya había sido condenado *in absentia* en la antigua Unión Soviética (*Keesing's*, 1995, R154); caso *Erich Priebke* y *Karl Hass*, juzgados en Roma entre 1996-1997, acusados de haber participado en la masacre de varios centenares de civiles en 1944 (*Keesing's*, 1997, p. 41757); el caso *Maurice Papon* enjuiciado en Francia en 1997 acusado de la deportación y muerte de 1560 judíos franceses en los años 1942-1944 (*Keesing's*, 1996, p. 41347); el caso *Szymon Serafinowicz*, sometido a procedimiento judicial en el Reino Unido entre 1995-1997,

Estados vencedores en la Segunda Guerra Mundial y responsables de la creación de los Tribunales de Tokio y Nuremberg, perdieron rápidamente el interés en enjuiciar y castigar a miles de individuos presuntamente responsables de graves vulneraciones del derecho humanitario, por motivos evidentemente extrajurídicos debidos al inicio del enfrentamiento entre bloques.⁵

Por otro lado, un buen número de Estados han ratificado convenios internacionales que prevén expresamente la responsabilidad penal del individuo,⁶ como es el caso, por ejemplo, de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948 o de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984. La responsabilidad del individuo regulada en estos convenios se hace efectiva a través del cumplimiento de la *obligación aut dedere aut iudicare* por el Estado en cuyo territorio se halle el individuo presuntamente culpable de las conductas que se tipifican. En algún caso –por ejemplo en la primera de las dos convenciones que acabamos de citar–, también se contempla la posible creación de un tribunal penal internacional.⁷

En particular, en el ámbito del derecho humanitario los Estados han asumido la obligación de castigar penalmente a los individuos responsables de las conductas que se detallan convencionalmente, lo cual es destacable en atención a la masiva ratificación de los Convenios de derecho humanitario, en especial de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, nada menos que 188 Estados a mediados de 1997.⁸ Pero dejando de lado los precedentes de Nuremberg y Tokio, el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones se lleva a cabo en el ordenamiento interno de cada Estado, o en su defecto a través de la extradición del individuo

por su participación en el asesinato de alrededor de 3000 judíos en Bielorrusia entre 1941 y 1942 (Keesing's, 1997, p. 41475); caso *Andrzej Sawoniuk* sometido a procedimiento judicial en el Reino Unido en 1997, acusado de haber participado en la muerte de 3000 judíos en Bielorrusia en 1941 (Keesing's, 1997, p. 41845); caso *Kazys Gimzauskas*, acusado en Lituania a finales de 1997 de haber cometido actos de genocidio durante la Segunda Guerra Mundial (Keesing's, 1997, p. 41941).

5. Cf. ROBERTS, A., "The Laws of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts", en EUROPEAN COMMISSION, *Law in Humanitarian Crises*, vol I, Brussels, 1995, 13-81, pp. 28-29.
6. Vid. al respecto los convenios citados por ABELLÁN HONRUBIA, V., "Práctica num. 16. Responsabilidad internacional del individuo", en ABELLÁN HONRUBIA, V., (Dir.), *Prácticas de Derecho Internacional Público*, Barcelona, 1993, 297-317, pp. 298-300. Vid. también WOLFRUM, R., "The Decentralized Prosecution of International Offences through National Courts", en DINSTEIN, Y. y TABORY, M., (Eds.), *War Crimes...*, op. cit., 233-249, pp. 236-239.
7. Para todo este párrafo vid. BASSIOUNI, M.C., y WISE, E.M., *Aut dedere Aut Judicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, 1995, pp. 71-302.
8. Vid. estos datos en la dirección de internet del Comité Internacional de la Cruz Roja: <http://www.icrc.org>.

presuntamente culpable para que sea procesado por los tribunales de un tercer Estado, mediante el cumplimiento de la obligación *aut dedere aut iudicare*.⁹ Si bien en un buen número de conflictos armados internacionales y, sobre todo, en los conflictos armados internos, la práctica demuestra una tendencia hacia la impunidad de los autores de violaciones graves del derecho humanitario, ya que por lo general los Estados hacen caso omiso a dichas obligaciones asumidas convencionalmente.¹⁰

II. EL PROCESO CODIFICADOR EN EL ÁMBITO DE NACIONES UNIDAS

1. El Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

Después de muchos años de espera, con un prolongado paréntesis en los trabajos (1954-1981) motivado por la necesidad de una definición del crimen de agresión por la Asamblea General de las Naciones Unidas (a partir de ahora A.G.) finalmente adoptada mediante la Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, la C.D.I. aprobó en primera lectura en 1991 el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, dedicado a la definición y tipificación de los mismos, tema que ya había incluido en su labor codificadora en 1949 siguiendo las instrucciones de la A.G. En 1991 la C.D.I. enumeró hasta doce figuras de crímenes.¹¹

9. Cf. HUESA VINAIXA, R., "El 'Tribunal internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia' y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1994, 155-194, pp. 169-170.
10. Vid. CASSESE, A., "On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law", *E.J.I.L.*, vol. 9 (1998), 2-17, pp. 5-7; DAVID, E., *Principes de droit des conflits armes*, Bruxelles, 1994, pp. 626-628; DE SENA, P., *Diritto Internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano, 1996, pp. 83-85; MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Salamanca, 1990, pp. 158-160.
11. "Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones", *Anuario C.D.I.*, 1991-II (2ª parte), p. 85 y texto de artículos en pp. 101-105. En el Proyecto aprobado en 1991 se califican de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad las siguientes conductas: a) agresión; b) amenaza de agresión; c) intervención; d) dominación colonial y otras formas de dominación extranjera; e) genocidio; f) *apartheid*; g) violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos; h) crímenes de guerra excepcionalmente graves; i) reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios; j) terrorismo internacional; k) tráfico de stupefacientes; l) daños intencionales y graves al medio ambiente.

En el Proyecto aprobado en 1996 en segunda lectura la C.D.I., teniendo en cuenta las opiniones de los Estados, opta por un enfoque mucho más restrictivo al incluir las siguientes figuras: a) crimen de agresión (art. 16); b) crimen de genocidio (art. 17); c) crímenes contra la humanidad (art. 18); d) crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado (art. 19); e) crímenes de guerra (art. 20).¹² Esta propuesta más restrictiva fue por lo general bien valorada por los Estados participantes en la Sexta Comisión a finales de 1996.¹³

Centrándonos únicamente en las disposiciones más importantes del Proyecto, en su artículo 4 se preceptúa que la responsabilidad internacional del individuo no exonera a ningún Estado de su responsabilidad en Derecho internacional por un acto o una omisión que le sea atribuible. Esta disposición tiene todo su sentido, porque es evidente que los crímenes regulados en el Proyecto normalmente serán realizados por órganos de un Estado. Como dijo el representante de Suiza ante la Sexta Comisión de la A.G., "sería paradójico que esta última responsabilidad [la del individuo órgano] entrara en juego sin la responsabilidad concomitante de los Estados".¹⁴ En este caso, como ya se afirmara por la C.D.I. en su comentario al artículo 19 de la primera parte del Proyecto sobre Responsabilidad internacional del Estado, aunque se castigue a los órganos responsables no se pone fin a la responsabilidad internacional del Estado. En la misma dirección, el artículo 7 del Proyecto excluye la inmunidad penal para todos los órganos del Estado que hayan cometido un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso en caso de que el órgano haya actuado como Jefe de Estado o de Gobierno.¹⁵ No obstante, en el Proyecto sobre la responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura en 1996 no se hace ninguna referencia a la responsabilidad internacional del individuo al regularse las consecuencias de los crímenes internacionales,¹⁶ lo que pone de manifiesto que el

12. *Vid. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, A/51/10*, pp. 92-129. Para un comentario crítico de la labor de la C.D.I. en esta materia, *vid.* en la doctrina ALLAIN, J., y JONES, J., "A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", *EJ.I.L.*, vol. 8 (1997), 100-117, pp. 108-117.
13. *Vid. A/C.6/51/SR.31, 32, 33 y 34, passim.*
14. *Vid. A/C.6/51/SR.34*, p. 18.
15. *Informe...*, A/51/10, pp. 42-45. La Comisión se mostró contundente a este respecto: "Sería paradójico permitir a individuos, que en algunos aspectos son los más responsables de los crímenes previstos en el Código, invocar la soberanía del Estado y escudarse tras la inmunidad que su carácter oficial les confiere, particularmente dado que esos crímenes odiosos consternan a la conciencia de la humanidad, violan algunas de las normas más fundamentales del derecho internacional y amenazan la paz y la seguridad internacionales": *ibid.*, p. 42.
16. El Ponente ARANGIO RUIZ propuso que entre las consecuencias de los crímenes internacionales se regulara la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* respecto

establecimiento de una clara conexión entre ambas figuras presenta muchas dificultades como lo demuestra la práctica de los Estados: basta citar el precedente iraquí.

Además, si repasamos el enunciado del citado artículo 19, podemos comprobar que los ejemplos que en él se contienen, sin ánimo exhaustivo, no se corresponden con las figuras de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que se recogen en el Proyecto aprobado en segunda lectura en 1996. En primer lugar, el apartado d) del artículo 19, el llamado crimen ecológico,¹⁷ no se encuentra en la relación de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad como figura autónoma,¹⁸ aunque la C.D.I sí que incluyó una disposición referida a los “daños intencionales y graves al medio ambiente” al aprobar en primera lectura el Proyecto en 1991. Lo mismo sucede en el caso del apartado b) del artículo 19; en efecto, en el Proyecto aprobado en 1991, la “dominación colonial y otras formas de dominación extranjera” era considerada como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero en el Proyecto adoptado en 1996 este supuesto fue eliminado.

En los dos Proyectos se incluye el crimen de agresión, en ambos casos mediante una remisión al Derecho internacional general y convencional para su definición, aunque la C.D.I. cita, en sus comentarios al Proyecto de código, el Estatuto y la jurisprudencia del Tribunal de

de los individuos acusados de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad cuya comisión haya producido el crimen internacional o haya contribuido al mismo: *vid.* ARANGIO RUIZ, G., *Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/469, pp. 25-28 y texto de artículo 18 en Add.1, pp. 3-4. Pero la C.D.I. se muestra muy conservadora en su artículo 53 del Proyecto dedicado a las “obligaciones de todos los Estados”, en los casos en los que se comete un crimen internacional: “Un crimen internacional cometido por un Estado crea para todos los demás Estados la obligación de: a) no reconocer la legalidad de la situación creada por el crimen internacional; b) no prestar ayuda ni asistencia al Estado que haya cometido el crimen internacional a mantener la situación creada por dicho crimen; c) cooperar con otros Estados en el desempeño de las obligaciones que imponen los apartados a) y b) y; d) cooperar con otros Estados en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen”.

17. Cf. PONTE IGLESIAS, M.T., “El crimen ecológico internacional: problemas y perspectivas de futuro”, *R.E.D.I.*, vol. XLI (1989), 423-432, *passim*. En atención a la actuación del C. de S., se puede concluir que el crimen ecológico es el único de los cuatro supuestos del artículo 19 que no encuentra ninguna confirmación en la práctica internacional: cf. GOWLLAND-DEBBAS, V., “Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43 (1994), 55-98, pp. 63-66.
18. En el último apartado del artículo 20 dedicado a los crímenes de guerra se recoge el siguiente supuesto: “En caso de conflicto armado, el uso de métodos o medios de hacer la guerra que no estén justificados por la necesidad militar, con el propósito de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, poniendo así en peligro la salud o la supervivencia de la población, cuando sobrevengan tales daños”.

Nuremberg; desde luego, este supuesto de crimen sólo puede ser cometido por los dirigentes del gobierno de un Estado.¹⁹

Del mismo modo, en el Proyecto de código se recogen los atentados más graves a la vida o la integridad física de la persona humana (genocidio, crímenes contra la humanidad; crímenes de guerra),²⁰ mientras que en el Proyecto sobre la responsabilidad de los Estados se afirma que la violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano constituye un crimen internacional (esclavitud, genocidio y *apartheid*, a título de ejemplo).

Por último, los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, definidos de forma bastante restrictiva,²¹ no encuentran parangón en el artículo 19; esta figura de crimen encuentra su justificación en la privilegiada protección funcional de que gozan los agentes y funcionarios de Naciones Unidas, teniendo en cuenta la importancia que en muchas ocasiones conllevan sus funciones para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Puede criticarse la inclusión de esta figura en cuanto que supone una discriminación

19. *Vid. Informe...*, A/51/10, *op. cit.*, p. 91.

20. En cuanto al genocidio, la C.D.I. se limita a reproducir en el artículo 17 del Proyecto la definición contenida en el artículo II de la Convención de 1948. Los crímenes contra la humanidad se definen del siguiente modo: "... la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Tortura; d) Sujeción a esclavitud; e) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos; f) Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos...; g) Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario; h) Encarcelamiento arbitrario; i) Desaparición forzada de personas; j) Violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual; k) Otros actos inhumanos que menoscaban gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves". Por último, en el artículo 20 se regulan los crímenes de guerra, mediante la siguiente definición: "Cualquiera de los siguientes crímenes de guerra, cometido de manera sistemática o en gran escala, constituirá un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad", enumerándose un buena cantidad de supuestos entre los que se encuentra el asesinato, la tortura, la toma de rehenes, etc. Debe destacarse que en el caso de los crímenes contra la humanidad la C.D.I. insiste en que los requisitos de que su comisión sea "sistemática o en gran escala" son alternativos, por lo que un acto puede constituir uno de estos crímenes si se da cualquiera de los dos requisitos; en el caso de los crímenes de guerra la C.D.I. no se pronuncia con la misma claridad sobre esta cuestión, pero en el enunciado del artículo 20 estos requisitos también se presentan como alternativos: *vid. Informe...*, *op. cit.*, pp. 101-102 y 121-122.

21. La C.D.I. caracteriza a esta categoría de crímenes del siguiente modo: ataques intencionales y de manera sistemática o en gran escala que atenten contra la vida, la integridad física y la libertad del personal de Naciones Unidas y el personal asociado de Naciones Unidas que participe en una operación de las Naciones Unidas, *dirigidos a impedir o dificultar el cumplimiento del mandato de esa operación*: *vid. Informe...*, A/51/10, *op. cit.*, pp. 111-118.

con el personal de otras organizaciones internacionales de ámbito universal o regional, pero también es cierto que la Organización de las Naciones Unidas es la única organización internacional de vocación universal, cuyo tratado constitutivo ha sido masivamente ratificado por la práctica totalidad de los Estados, que posee competencias en el terreno del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, confirmándose así la importancia de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado aprobada en 1994 por unanimidad por la A.G. mediante su Resolución 49/59. No obstante, un grupo de Estados mostró su oposición a la inclusión de este supuesto, sobre todo vista la importante reducción del número de crímenes en un principio previstos en el Proyecto de 1991.²²

En definitiva, aunque los crímenes regulados en el Proyecto de código son por norma cometidos en la práctica por individuos que ocupan un puesto en un órgano más o menos importante de un Estado y en mucha menor medida por individuos que cumplen una función de mando en el seno de otros sujetos de Derecho internacional (movimientos de liberación nacional; movimientos insurreccionales), la C.D.I. no ha trasladado mecánicamente la noción de crimen internacional prevista en el artículo 19 del Proyecto sobre responsabilidad al Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Una posible explicación de esta diferenciación reside en el lapso de tiempo transcurrido entre 1976 –fecha de aprobación del artículo 19– y 1996, año en el que la C.D.I. se pronuncia finalmente sobre el Proyecto de código.

A nuestro entender, y según insistiremos *infra* en este trabajo, ambos Proyectos presentan una evidente interrelación, de modo que la efectiva implantación de la responsabilidad internacional del individuo depende a su vez de que se haga efectiva la exigencia de responsabilidad internacional al Estado. La creación de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, en el contexto de las medidas sancionatorias adoptadas por el C. de S. en estos dos casos, son una buena prueba de las íntimas relaciones que existen entre ambas nociones. E incluso en la práctica se observa que, aunque sucede lo segundo, el castigo de los individuos responsables presenta dificultades insalvables (Irak). Por

22. Por ejemplo, el representante de Camerún manifestó sus reservas sobre la inclusión en el Proyecto de esta figura de crimen "..., mientras que se dejan de lado crímenes tan graves como el terrorismo y la amenaza de agresión. Los ataques contra el personal de las Naciones Unidas deben considerarse en el contexto más amplio de las garantías para la seguridad de las operaciones de mantenimiento de la paz sobre el terreno; eso escapa al ámbito del proyecto de código": A/C.6/51/SR.36, p. 15. Otros Estados también se mostraron contrarios a la inclusión de este supuesto en la lista de crímenes del Proyecto de código: *vid.* las intervenciones de Francia, A/C.6/51/SR.31, p. 18; Alemania, A/C.6/51/SR.32, p. 12; México, A/C.6/51/SR.33, p. 15; e Israel, *ibid.*, p. 18.

todo ello, debe ser bien venido el enfoque prudente adoptado por la C.D.I. en la enumeración de figuras que se incluyen en el Proyecto de código. Aunque no estaría de más incluir un supuesto referido al mantenimiento por la fuerza de una situación de dominación colonial; si bien en atención a la práctica de los últimos 23 años en los casos del Sahara Occidental y Timor Oriental, este supuesto se podría encuadrar en el terreno del desarrollo progresivo del Derecho internacional. Por último, el supuesto regulado en el artículo 19.2.d) dedicado al llamado crimen ecológico no encuentra ninguna confirmación en la práctica de los Estados, por lo que es muy poco probable que los Estados acepten su inclusión en cualquiera de los dos Proyectos.

Si pasamos a los aspectos instrumentales del Proyecto de código, la piedra angular del mismo son sus artículos dedicados al modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional del individuo. En el artículo 8 del Proyecto aprobado en segunda lectura en 1996 se hace una decidida apuesta por la *jurisdicción universal* en defecto o la espera de la puesta en marcha de una jurisdicción penal internacional. Con la única excepción del crimen de agresión; según la C.D.I. este crimen debe ser enjuiciado por los tribunales del Estado cuyos dirigentes ordenaron el acto de agresión, dada la vigencia del principio *par in parem imperium non habet*, ya que no corresponde a los tribunales internos de ningún Estado el juicio sobre la existencia de un acto de agresión cometido por otro Estado.²³ En coherencia con el artículo 8, en el artículo 9 se regula la obligación a cargo de los Estados parte en cuyo territorio se encuentra alguno de los presuntos criminales de *juzgar o conceder la extradición*, siempre a la espera de la creación de un tribunal penal internacional, aunque se excluye del ámbito de aplicación de este precepto al crimen de agresión que deberá ser juzgado o bien por los tribunales del Estado cuyo gobierno decidió el acto de agresión o bien por un tribunal penal internacional.²⁴

Debe destacarse que, a diferencia de la regulación prevista para la competencia del Tribunal penal internacional en el Proyecto de Estatuto de 1994, la existencia de un crimen de agresión no se subordina a la previa decisión del C. de S. Es obvio que la solución que presenta la C.D.I. se basa en que la jurisdicción competente para conocer de la existencia de un crimen de agresión es la del Estado cuyo gobierno llevó a cabo el crimen de agresión, y desde luego no es nada previsible que, incluso cuando se produzca un cambio revolucionario del gobierno del Estado en cuestión, los tribunales internos se vayan a

23. *Informe...*, A/51/10, *op. cit.*, p. 45, y comentario de la C.D.I. en pp. 45-54.

24. *Ibid.*, artículo 9 en p. 54 *in fine*, y comentario de la C.D.I. en pp. 55-59.

ocupar de esta materia; y a salvo siempre la posible creación de un tribunal penal internacional, pero en este caso, como veremos *infra*, es muy posible que la competencia del Tribunal en el caso del crimen de agresión se subordine a una previa decisión del C. de S., o al menos ésta es la posición defendida por casi todos sus miembros permanentes.

Por tanto, la aplicación del Proyecto se sustenta, a la espera de la creación por los Estados de un tribunal penal internacional del que vamos a comentar algunos aspectos en el siguiente epígrafe, en el principio de la jurisdicción universal y la correlativa obligación alternativa *aut dedere aut iudicare*, lo que no soluciona las situaciones, muy frecuentes en la práctica, en las que son los propios miembros del gobierno de un Estado los máximos responsables de las conductas enumeradas en el Proyecto, por lo que el efectivo cumplimiento del citado principio resultará muy difícil en la práctica, como lo ha sido hasta ahora. Por citar un ejemplo del todo evidente, desde luego no es nada probable que el actual Gobierno iraquí, cuyos miembros son responsables de la práctica totalidad de los crímenes que se enumeran en el Proyecto de 1996, esté dispuesto a ser juzgado por sus propios tribunales o a autoextraditarse a otro Estado para ser juzgado por los tribunales de éste. En este sentido, el representante de Marruecos ante la Sexta Comisión de la A.G. manifestó lo siguiente:

...es difícil aceptar la idea de conceder a los tribunales nacionales jurisdicción universal sobre los crímenes a que se refieren los artículos 17 a 20, con prescindencia [*sic*] del lugar en que se hayan cometido esos hechos o de sus autores. Los artículos 8 y 9 deben ser objeto de nuevos análisis, en que se preste atención a la cuestión de la soberanía de los Estados y, en particular, *a la igualdad soberana de los Estados y al principio de que los Estados no extraditan a sus propios nacionales*. En opinión de la delegación marroquí, el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen debe tener competencia en la primera instancia. Naturalmente, eso presupone que el Estado de que se trata ha tomado las medidas necesarias para cumplir esa obligación, de conformidad con el derecho internacional.²⁵

El enfoque adoptado en los trabajos de la C.D.I. seguramente refleja la actitud de buena parte de los Estados frente a esta materia, muy celosos en la salvaguarda de los principios de igualdad soberana y no intervención, y por ende muy reticentes a cualquier limitación de su competencia penal, hasta ahora componente fundamental de dichos principios, sobre todo cuando se trata de juzgar a los máximos dirigentes del Estado, ya que en este caso se está poniendo en duda la estructura del Gobierno del Estado en cuestión. Porque en última instancia, a través del enjuiciamiento de ciertas conductas atribuidas a individuos que forman parte del gobierno de un Estado, se está

25. A/C.6/51/SR.36, pp. 8 *in fine*-9, la cursiva es nuestra.

propugnando un cambio radical de la composición del gobierno del Estado, en claro conflicto o tensión con los principios de igualdad soberana y no intervención. Sobre ello volveremos *infra* en el apartado IV de este trabajo.

En definitiva, no nos atrevemos a vaticinar que se vaya producir la ratificación de este Proyecto como tratado internacional por un buen número de los Estados que forman la actual Sociedad internacional, si es que alguna vez llegan a ponerse de acuerdo para adoptar el proyecto de la C.D.I. como tratado internacional. Aunque para el caso de que nos equivoquemos, la propia C.D.I. con un cierto exceso de optimismo sobre su labor de desarrollo progresivo del Derecho internacional al menos a corto y medio plazo, ha previsto como posibles temas de codificación para el futuro los siguientes: a) el principio *aut dedere aut iudicare*; b) crímenes internacionales distintos de los tipificados en el Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.²⁶

A nuestro entender este primer aspecto es de fundamental importancia para que se haga efectiva la responsabilidad internacional del individuo, siempre de acuerdo con la estructura descentralizada y eminentemente inorgánica del ordenamiento internacional, por lo que la C.D.I. debería concretar el alcance de este principio, por otra parte ya recogido en un buen número de convenios internacionales aunque de forma muy general, sin que se detalle el contenido del mismo, por lo que su aplicación en la práctica de los Estados ha sido bastante deficiente hasta ahora.²⁷

En cuanto a la codificación de otros crímenes no comprendidos en el Proyecto de Código, sin duda se constituye como un objetivo a largo plazo, ya que mientras el Proyecto no sea aceptado por los Estados como tratado internacional, no tiene sentido que la Comisión les proponga otras figuras que presentan dificultades jurídicas y políticas seguramente insalvables en la actualidad, como lo demuestra la eliminación de 8 de las 12 figuras de crímenes contenidas en el Proyecto de 1991 en atención a las opiniones de los Estados, entre ellas el crimen de terrorismo.²⁸

26. *Vid. Informe...*, A/51/10, *op. cit.*, p. 361 *in fine*.

27. *Cf. BASSIOUNI, M.C., Aut Dedere...*, *op. cit.*, pp. 8-50.

28. Al aprobar la C.D.I. en primera lectura en 1991 el Proyecto de código, se ocupó de regular, entre otros supuestos, el crimen de terrorismo, según hemos señalado en nota *supra*. En 1995 el Relator Especial, ante las opiniones de los Gobiernos, propuso a la C.D.I. reducir el contenido del Proyecto aprobado en 1991 para que éste regule un menor número de supuestos tipificados como crímenes, aunque insistió en el mantenimiento del crimen de terrorismo: THIAM, D., *13º informe sobre el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, A/CN.4/466, pp. 4-7. En el texto propuesto por el Relator Especial en 1995 se define el terrorismo de la siguiente manera: "Constituye un acto de terrorismo internacional el hecho de realizar,

Buena prueba del optimismo de la C.D.I. en esta materia, es el destino que la A.G. ha deparado al Proyecto de Código. En su informe de 1996 la C.D.I. planteó tres opciones a la A.G. en relación al Proyecto de Código: a) su adopción como convenio tras la celebración de una conferencia de plenipotenciarios o por la propia A.G.; b) la incorporación al Proyecto de Estatuto de tribunal penal internacional; c) la aprobación del Código como declaración de la A.G. Pero los Estados no se decantaron por ninguna de estas tres opciones en las discusiones celebradas en la Sexta Comisión a finales de 1996. Y la posición que en la práctica ha prevalecido fue expresada del siguiente modo: "La Federación de Rusia no ve la necesidad de dos instrumentos jurídicos internacionales de carácter universal para un mismo conjunto de cuestiones, o de que haya compatibilidad entre el código, que es resultado de la labor de expertos independientes, y el estatuto, que sería producto de negociaciones entre Estados. Al mismo tiempo, el proyecto de código puede ser de suma utilidad como fuente para la labor del Comité Preparatorio y no hace falta aprobar una recomendación especial de la Asamblea General para ese efecto".²⁹ En su Resolución 51/160 de 30 de enero de 1997, la A.G. llama la atención a los Estados participantes en el Comité Preparatorio dedicado al Establecimiento de un Tribunal Penal al que nos referiremos *infra*, sobre la importancia del Proyecto de código, y encomienda al S.G. que solicite a los Estados que remitan antes del 53º período de sesiones sus comentarios y observaciones sobre el destino final que se debe deparar al Proyecto de código.

organizar, ordenar, facilitar, financiar, instigar o tolerar actos de violencia que atenten contra los ciudadanos de otro Estado o contra sus bienes, creando un estado de terror [pavor o espanto] en el ánimo de los dirigentes, de grupos de personas o de la población en general, con objeto de obligar a dicho Estado a conceder ciertas ventajas o actuar en un sentido determinado".

Pero se manifestaron opiniones muy enfrentadas en el seno de la C.D.I. en relación a la figura del terrorismo internacional, destacando varios de los miembros la dificultad de definir dicha noción: *vid. Informe...*, A/50/10, pp. 66-69. En el mismo sentido, las opiniones manifestadas por la gran mayoría de los Estados en el seno de la Sexta Comisión de la A.G. a finales de 1995 han sido la causa de que en el Proyecto aprobado en 1996 no se incluya el terrorismo internacional, alegando por lo general los Estados allí representados que el terrorismo adolece de una grave indeterminación en cuanto a su definición, y que esta figura ya está jurídicamente regulada en un buen número de convenios internacionales que prevén la cooperación judicial y policial entre los Estados parte: *vid.* al respecto las intervenciones de Francia, A/C.6/50/SR.13, p. 10; Brasil, *ibid.*, pp. 11-12; España, *ibid.*, p. 5; Estados Unidos, *ibid.*, p. 5; Tailandia, *ibid.*, pp. 16 *in fine*-17; Argentina, A/C.6/50/SR.15, p. 6; República Checa, *ibid.*, pp. 5-6; Rumanía, *ibid.*, p. 8; Chile, A/C.6/50/SR.16, p. 5; México, *ibid.*, p. 8; Italia, A/C.6/50/SR.23, p. 15; Malasia, *ibid.*, p. 2. *Cf.* sin embargo las opiniones no favorables a un enfoque tan restrictivo, y partidarias de incluir la figura del terrorismo internacional, de Guatemala, A/C.6/50/SR.13, pp. 18-19; Sri Lanka, A/C.6/50/SR.16, pp. 2 *in fine*-3; Pakistán, A/C.6/50/SR.18, pp. 12 *in fine*-13; Camerún, A/C.6/50/SR.19, p. 5; Iraq, *ibid.*, p. 5; Egipto, A/C.6/50/SR.21, pp. 9 *in fine*-10.

29. *Id.* A/C.6/51/34, p. 3.

En este punto, es importante señalar que, como comprobaremos en el siguiente epígrafe, en el Proyecto de Estatuto de tribunal penal internacional elaborado por la C.D.I. y en el Estatuto aprobado en Roma no se dice nada sobre los principios de jurisdicción universal y *aut dedere aut iudicare*, cuestión ésta que no es baladí, según insistiremos *infra* en el apartado IV, en el seno de un ordenamiento jurídico eminentemente inorgánico y descentralizado. Desde luego, tendría una enorme importancia que los Estados, por supuesto además de crear un tribunal penal internacional, se pusieran de acuerdo en la aplicación de estos principios, aunque solamente sea respecto de las figuras comprendidas en el Proyecto de código, y en particular se resolviera con absoluta claridad que en estos casos no es posible oponer las normas sobre inmunidad de jurisdicción y de ejecución que rigen en el Derecho internacional general y convencional para determinados órganos del Estado, como así se recoge en el artículo 7 del Proyecto de código.

Por todo ello, el esfuerzo protagonizado por la C.D.I. al elaborar el Proyecto de código no debería ser olvidado por el hecho de que el proceso codificador se esté centrando en el establecimiento de un tribunal penal internacional de carácter permanente. Pero lo cierto es que en la práctica hasta ahora se han cumplido las afirmaciones que PASTOR RIDRUEJO ya formuló en 1995: “El interés suscitado en la sexta comisión por el tribunal... ha rebajado la importancia del marco más amplio en que surgió técnicamente: el del ‘Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad’..., el hecho de que se incluya en el proyecto de Estatuto del tribunal la lista de crímenes sobre los que tendrá competencia puede determinar a la larga la desaparición de la cuestión del código como punto separado y sustantivo. A esta desaparición ayudaría la circunstancia de que muchas delegaciones se oponen”.³⁰

2. El Proyecto de Estatuto de tribunal penal internacional elaborado por la C.D.I.

El Proyecto concluido en segunda lectura en 1994³¹ consta de 60 artículos divididos en los siguientes títulos: I. De la creación de la corte; II. De la composición y administración de la corte; III. De la

30. “Las Naciones Unidas y la codificación del Derecho internacional: balances y perspectivas en el cincuentenario de la Organización”, en MARINO MENÉNDEZ, F.M., (Ed.), *Balances y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid, 1996, 111-124, p. 121.

31. Sobre las vicisitudes del proceso codificador *vid. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones, A/49/10*, pp. 7-11, y texto de los artículos del Proyecto con sus comentarios en pp. 23-125. A pesar de que en el Título del Proyecto se utiliza esta expresión, usada tradicionalmente en el

competencia de la corte; IV. De la instrucción y del procedimiento penal; V. Del juicio oral; VI. De la apelación y revisión; VII. De la cooperación internacional y la asistencia judicial; y VIII. De la ejecución de las penas. Amén de un Anexo que enumera los crímenes definidos por tratado y que integran la jurisdicción de la Corte. A continuación vamos a hacer una breve referencia a las disposiciones más relevantes de los títulos III, IV, V y VII del Proyecto, lo que nos permitirá valorar los resultados alcanzados en el Estatuto adoptado en Roma y establecer algunas comparaciones entre ambos textos.

El principio de partida que se recoge en el Proyecto es el de la complementariedad de la competencia del Tribunal respecto de la competencia de los tribunales internos, a diferencia del principio de supremacía sobre los tribunales internos incluido en los Estatutos de los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda. En este sentido, en el preámbulo del Proyecto de Estatuto se insiste en que la creación del tribunal "...tendrá por finalidad complementar los sistemas judiciales nacionales en materia penal en aquellos casos en que en esos sistemas no existan o no sean eficaces tales procedimientos de enjuiciamiento". En el artículo 35, recordando el preámbulo, se afirma que la Corte podrá decidir que el asunto que se ha sometido a su consideración no es admisible porque el crimen de que se trata: a) ha sido debidamente investigado por el Estado que tiene jurisdicción sobre él y la decisión de este Estado de no entablar procedimiento está aparentemente bien fundada; b) es objeto de instrucción por parte del Estado que tiene o puede tener jurisdicción sobre él y no hay motivo para que la Corte tome por el momento ninguna otra decisión al respecto; c) no es de gravedad suficiente para justificar la intervención de la Corte". Y el artículo 42 recoge el *principio non bis in idem*, de forma que el Tribunal no tendrá competencia para juzgar a un individuo por unos hechos que hayan sido juzgados por otro tribunal, internacional o no, salvo en los siguientes supuestos: "a) Si el hecho de que se trata estuvo tipificado como crimen ordinario por ese tribunal y no como crimen cuyo enjuiciamiento es de la competencia de la Corte; o b) Si ese otro tribunal no actuó con imparcialidad o independencia, si el procedimiento tenía por objeto permitir que el acusado eludiera su responsabilidad penal internacional o si la causa no fue instruida con diligencia".

ámbito universitario de España para designar a los órganos jurisdiccionales, en el articulado del Proyecto y en los comentarios que acompañan se utiliza el término Corte, de corriente implantación en Iberoamérica, para designar a la entidad en su conjunto, es decir, a la totalidad de órganos que la componen: Secretaría, Fiscalía, Sala de Primera instancia y otras Salas, Sala de Apelaciones y la Presidencia o Junta de Gobierno.

La competencia *rationae materiae* del Tribunal se establece en el artículo 20, "De los crímenes que son de la competencia de la Corte", incluyéndose las siguientes figuras: a) el crimen de genocidio; b) el crimen de agresión; c) las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados; d) los crímenes de lesa humanidad; e) y "los crímenes definidos en las disposiciones de los tratados especificadas en el anexo o tipificados en cumplimiento de esas disposiciones y que, habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional".³² Los crímenes recogidos en los apartados a) a d) no se definen en el articulado del Proyecto, si bien la C.D.I. ofrece una explicación sobre cada uno de ellos en sus comentarios al artículo 20, en los que tiene muy en cuenta los precedentes de Nuremberg y Tokio y el Estatuto del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia.³³ En todo caso, la C.D.I. advierte que "...los apartados a) a d) del artículo 20 no pretenden ser una lista exhaustiva de crímenes tipificados en el derecho internacional general. Se limitan a mencionar los crímenes definidos por el derecho internacional general que, en el parecer de la Comisión, deben ser de la competencia de la Corte en la presente etapa bien por razón de su magnitud, bien porque constituyen una realidad persistente, bien por sus inevitables consecuencias internacionales".³⁴

En cuanto a los crímenes del apartado e), se recoge como Anexo al Proyecto la lista de Tratados a los que se refiere la Comisión y se citan los artículos pertinentes de los mismos en un Apéndice II al Proyecto, limitándose la C.D.I. a incluir en el Proyecto dichos crímenes cuando "...habida cuenta del comportamiento denunciado haya[n] constituido un crimen excepcionalmente grave de trascendencia internacional".³⁵ Dentro de los Convenios previstos en el apartado e), la C.D.I. recoge en Anexo al Proyecto, entre otros, las infracciones graves de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 y la Convención contra la Tortura de 1984.³⁶ En este Proyecto concluido en el verano de 1994 no se recoge la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado aprobada a finales 1994 por unanimidad por la A.G. mediante su Resolución 49/59, aunque sí se incorpora en el apartado e) la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente

32. Vid. *Informe...*, N/49/10, *op. cit.*, p. 46 y comentarios de la Comisión a este artículo en pp. 46-53.

33. *Informe...*, N/49/10, *op. cit.*, pp. 46-53.

34. *Ibid.*, p. 51 *in fine*.

35. *Ibid.*, p. 52.

36. *Ibid.*, pp. 106-107.

Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973.

La competencia de la Corte será facultativa para los Estados que sean partes en el Estatuto, quienes deberán aceptarla a través de las correspondientes declaraciones de aceptación de la misma, de acuerdo con el artículo 22 del Proyecto. Los Estados parte en el Estatuto podrán aceptar la competencia sobre cada uno de los supuestos regulados en el artículo 20, según se especifique en su declaración; por tanto, no es necesaria la aceptación de la competencia de todos los supuestos previstos en el artículo 20 en su conjunto, sino que cabe la de uno o varios de ellos. De este modo la C.D.I. facilita la aceptación del Estatuto como un todo y permite la aceptación de la competencia de la Corte en asuntos individuales. Además, los Estados que no sean parte en el Estatuto podrán aceptar, a los efectos del artículo 21 al que nos referiremos *infra*, la competencia de la Corte para enjuiciar un crimen determinado mediante una declaración depositada en poder del Secretario.

En cualquier caso, para que la Corte pueda conocer de un asunto será necesario que su competencia haya sido aceptada: a) por el Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto culpable del crimen; b) por el Estado en cuyo territorio se produjo la acción u omisión constitutiva de crimen; c) El Estado que, en virtud de un acuerdo internacional, haya dirigido al Estado de detención una solicitud de entrega de un sospechoso con fines de procesamiento, salvo que esa solicitud sea rechazada por el Estado de la detención.³⁷ Por último, para que se inicie un procedimiento será también necesario que se lleve a cabo una denuncia por un Estado que haya aceptado la competencia del artículo 22 del Proyecto en relación al crimen sobre el que se presenta la denuncia (art. 25), o en su caso se inicie el procedimiento previa decisión del C. de S. (art. 23.1). Por tanto, la Fiscalía carece de competencia para iniciar cualquier procedimiento, a diferencia de las atribuciones que posee este órgano de acuerdo con los Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

Se prevé una excepción a este régimen en el supuesto del crimen de genocidio, aplicable a todos los Estados que hayan aceptado la Convención contra el Genocidio de 1948 y sean partes en el Estatuto

37. Asimismo, "varios miembros de la Comisión hubieran preferido que en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 21 se hubiera requerido la aceptación por el Estado de la nacionalidad del acusado, además, o en lugar, de la del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen": *vid. ibid.*, p. 54. Esta posición ha sido defendida por Estados como Estados Unidos y Japón en sus opiniones sobre el Proyecto: *vid.* RAO. P.S., "Trends in International Criminal Jurisdiction", *Indian Journal of International Law*, vol. 35 (1995), 17-31, p. 23.

del Tribunal, de acuerdo con la previsión del artículo VI de la Convención de 1948. En este caso se establece un sistema de "competencia inherente", en el que basta la denuncia por cualquier Estado parte en esta última Convención y no se necesita la previa aceptación de la competencia del Tribunal, entendiéndose la C.D.I. que ya se ha expresado tal aceptación al ratificar la Convención de 1948 de acuerdo con su artículo VI.³⁸

Por otro lado, el artículo 23.3 del Proyecto subordina la competencia del Tribunal a las atribuciones del C. de S. recogidas en el Capítulo VII de la Carta relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, de manera que no podrá iniciarse ningún procedimiento derivado de una situación de la que se esté ocupando (aclara la C.D.I. en su comentario, que de forma "efectiva") el C. de S. según el citado Capítulo, salvo que este órgano de Naciones Unidas decida otra cosa.³⁹ En especial, es necesaria la calificación previa por el C. de S. de que ha existido un acto de agresión para que el Tribunal tenga competencia sobre dicho acto (23.2). Esta disposición (23.1) también faculta al C. de S. para que dote de competencia al Tribunal sobre un determinado asunto, sin que se requiera la aceptación de la competencia del Tribunal por ningún Estado. Esta última posibilidad prevé que el C. de S. haga uso del Tribunal como alternativa a la proliferación de tribunales *ad hoc*.⁴⁰

Según el artículo 37 del Estatuto la Corte, por regla general, sólo podrá celebrar juicios cuando los individuos inculcados estén presentes en el juicio oral, aunque se prevén las siguientes excepciones: "a) Si éste se halla bajo custodia o ha sido puesto en libertad en espera del juicio y, por razones de seguridad o de salud, no es aconsejable su presencia; b) Si perturba continuamente el juicio oral; c) Si se ha fugado mientras estaba legalmente bajo custodia de conformidad con el presente Estatuto o mientras se hallaba en libertad provisional bajo fianza".⁴¹

38. *Vid.* para este párrafo y los dos anteriores, *Informe...*, A/49/10, *op. cit.*, pp. 53-57 y 60-61.

39. Aunque la C.D.I. advierte sobre esta disposición lo siguiente: "Se reconoce la prioridad indicada en el Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas, así como la necesidad de coordinación entre la Corte y el Consejo de Seguridad en tales casos. Mas ello no confiere al Consejo un simple derecho de 'veto' respecto de la iniciación de procedimientos. Es necesario que el Consejo ya esté adoptando medidas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales o para hacer frente a un acto de agresión. Una vez concluida la acción iniciada en virtud del Capítulo VII, se restablece la posibilidad de iniciar procedimientos conforme al Estatuto": *vid. Informe...*, A/49/10, *op. cit.*, p. 59. No obstante las cautelas de la C.D.I., lo cierto es que "... esta disposición constituye una salvaguardia exorbitante que podría menoscabar seriamente la independencia y capacidad operativa de la Corte": *vid.* FERNÁNDEZ, S.A., *loc. cit.*, p. 55.

40. *Informe...*, A/49/10, pp. 57-60.

41. *Ibid.*, pp. 76-78, cita en p. 76.

Esta prohibición general de los juicios *in absentia* fue bien vista por los Estados en la Sexta Comisión.⁴²

No obstante todo lo dicho hasta ahora, el esqueleto fundamental del Proyecto se encuentra en su Título VII dedicado a la cooperación internacional y la asistencia judicial. El artículo 51 regula la obligación de cooperación por parte de los Estados partes en el Estatuto que incluye, dentro de un catálogo abierto, la identificación y búsqueda de personas, así como la detención o prisión preventiva de personas. En definitiva, como dice la propia C.D.I., “el efectivo funcionamiento de la Corte dependerá de la cooperación internacional y la asistencia judicial de los Estados”.⁴³

En este sentido, los artículos 53 y 54 regulan la obligación de los Estados parte que *han aceptado la competencia respecto del crimen por el que se acusa a un determinado individuo*⁴⁴ y sólo éstos, (salvo en el caso del crimen de genocidio, supuesto en el que no es necesario que los Estados parte hayan aceptado la competencia del Tribunal para que deban cumplir esta obligación), de poner a disposición del Tribunal a los presuntos culpables, obviamente a través de su detención y traslado a la sede del Tribunal. También se regulan las relaciones entre la competencia del Tribunal y la obligación general de *aut dedere aut iudicare* en el caso de los Estados partes en el Estatuto que sin embargo no hallan aceptado la competencia del Tribunal, pero sólo en relación a los tratados previstos en el apartado e) del artículo 20.⁴⁵ Esta última restricción fue criticada en el seno de la Sexta Comisión, en la que algunos representantes propugnaron que se reafirmara el *principio aut dedere aut iudicare* respecto de todos los supuestos regulados en el artículo 20.⁴⁶ Pero la C.D.I. consideró justificada su propuesta en atención a la propia práctica de los Estados.⁴⁷

Los esfuerzos realizados por el órgano codificador, que pretenden nada menos que los Estados renuncien en alguna medida a un elemento fundamental de su soberanía como es el ejercicio de la

42. Vid. A/CN.4/464/Add.1, pp. 35-37.

43. Vid. Informe..., *op. cit.*, A/49/10, pp. 95-101, cita en p. 96.

44. Para los restantes Estados parte en el Estatuto se prevé que todo Estado parte deberá “... examinar *si puede*, de conformidad con sus procedimientos judiciales, adoptar medidas para detener a la persona inculpada y ponerla a disposición de la Corte o si debe adoptar medidas para conceder la extradición del acusado al Estado solicitante o remitir el asunto a sus autoridades competentes a los efectos de incoación de un proceso penal” (art.53.2.b)). La cursiva es nuestra.

45. *Ibid.*, pp. 97-101.

46. Vid. A/CN.4/464/Add.1, pp. 42-43.

47. Vid. Informe..., A/49/10, *op. cit.*, p. 101.

función penal en sus respectivos ordenamientos internos, en favor de un tribunal penal internacional,⁴⁸ en un primer momento no fueron bien recibidos por los Estados. En los debates celebrados en la Sexta Comisión de la A.G. a finales de 1995, una vez que el Comité Especial creado por la A.G. al que haremos referencia *infra* elaboró su primer informe en el que se realizan comentarios generales al Proyecto de la C.D.I.,⁴⁹ se puso de manifiesto las enormes dificultades que se presentan para que los Estados alcancen un consenso en esta materia. Porque, como cuestión fundamental, todos los Estados insistieron en el principio de complementariedad; o, lo que es lo mismo, en el Proyecto de Estatuto se debe afirmar expresamente que el Tribunal deberá actuar como complemento de los sistemas nacionales de justicia penal. Pero no hubo demasiado acuerdo –podríamos incluso decir que tampoco hubo voluntad o interés por parte de los Estados– en la concreción de este principio; o sea, en la determinación de los casos y circunstancias en los que una conducta criminal debe ser juzgada por el Tribunal Penal Internacional con carácter exclusivo frente a las jurisdicciones penales nacionales.⁵⁰ Por hacer referencia a la posición de un Estado habitualmente reacio a cualquier erosión de los principios de igualdad soberana y no intervención, el representante de China manifestó lo siguiente:

El primer principio, el de la complementariedad, debe entrar en juego cuando a los tribunales nacionales les sea imposible enjuiciar, de la manera deseada, a un acusado de un crimen internacional grave. Pero deben ser la jurisdicción penal nacional y el sistema actual de la jurisdicción internacional universal los que deben tener primacía. La corte penal internacional no puede suplantar a los tribunales nacionales ni erigirse en una instancia supranacional, ni tampoco servir de instancia de apelación para los enjuiciamientos nacionales.⁵¹

Además, la mayoría de los Estados se mostraron partidarios de limitar la jurisdicción del Tribunal a los crímenes de genocidio, las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados y los crímenes de lesa humanidad, recordando al respecto que era necesaria la conexión entre el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la

48. VASSALLI, G., *La Giustizia Internazionale Penale. Studi*, Milano, 1995, pp. 130 *in fine*-132.

49. *Vid.* A/50/22, *passim*.

50. *Vid.* las intervenciones de los Estados en los documentos A/C.6/50/SR.25, 28, 29, 30 y 31. En los debates celebrados a finales de 1997 en el seno de la Sexta Comisión, se expresaron opiniones muy contundentes en el sentido de que la jurisdicción del Tribunal debía limitarse a aquellos casos respecto de los que las jurisdicciones nacionales no quisieran o no pudieran ocuparse: *vid.* A/52/651, *passim*.

51. A/C.6/50/SR.25, p. 14. *Cf.* en el mismo sentido las intervenciones de Japón, *ibid.*, p. 8; Israel, A/C.6/50/SR.29, p. 11; Indonesia, A/C.6/50/SR.29, p. 6; República Popular Democrática de Corea, *ibid.*, p. 7; La India, A/C.6/50/SR.30, p. 10; Irán, *ibid.*, p. 14; Myanmar, *ibid.*, pp. 16 *in fine*-17.

seguridad de la humanidad y el Proyecto de tribunal penal internacional; sin embargo, mostraron su oposición a la inclusión en la competencia del tribunal de los tratados a los que hace referencia el apartado e) del artículo 20.⁵²

Pero el tema estrella de los debates fue el crimen de agresión. Aunque algunos Estados defendieron su inclusión en el Proyecto,⁵³ la mayoría de los Estados mostraron sus reticencias a tal posibilidad.⁵⁴ Además, la mayor parte de los Estados, y entre ellos todas las grandes potencias, se mostraron partidarios de que la competencia del Tribunal sobre la agresión se supedita en todo caso a una previa decisión al respecto del C. de S.;⁵⁵ si bien un grupo de Estados se opuso a esta postura considerando que el C. de S. es un órgano político, cuestión en la que insistió el representante de Libia por razones jurídicamente muy comprensibles.⁵⁶

En definitiva, según las opiniones sostenidas por los propios Estados, en particular las grandes potencias, por aquel entonces era bastante improbable que una mayoría de los Estados aceptara un tratado internacional para la creación de un tribunal penal internacional. A no ser que la competencia de éste quedara claramente restringida al consentimiento en cada caso concreto del Estado o Estados afectados (Estado de la nacionalidad del presunto culpable, Estado en cuyo territorio se cometió el crimen y Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto culpable) y respecto del crimen de agresión –también en el caso de los demás crímenes?– a la previa decisión del C. de S., o al menos a la no oposición del C. de S. Desde luego, con estas exigencias,

-
52. *Vid.* el debate en la Sexta Comisión en A/C.6/50/SR. 25, 28, 29 y 30. Cf. en la doctrina, FERNÁNDEZ, S.A., "Elementos para el establecimiento de una Corte Penal Internacional eficaz e independiente", *R.I.I.D.H.*, vol. 23 (1996), 43-56, pp. 46-59.
53. *Vid.* las intervenciones de Noruega, A/C.6/SR.28, p. 15; Ghana, *ibid.*, p. 6; Bulgaria, A/C.6/50/SR.29, p. 12; Líbano, *ibid.*, p. 14; Nicaragua, A/C.6/50/SR.30, p. 3; Dinamarca, *ibid.*, p. 6; Irán, *ibid.*, p. 14.
54. *Vid.* las intervenciones de Japón A/C.6/50/SR.25, p. 9; China, *ibid.*, pp. 14-15; Rumania, A/C.6/50/SR.28, p. 3; Israel, *ibid.*, p. 10; Noruega, *ibid.*, p. 15; Suiza, *ibid.*, p. 18; Georgia, A/C.6/50/SR.30, p. 16; Pakistán, *ibid.*, p. 2; Hungría, *ibid.*, p. 7; India, *ibid.*, p. 11; Uganda, *ibid.*, p. 13.
55. *Vid.* las intervenciones de Francia, A/C.6/50/SR.25, p. 12; China, *ibid.*, p. 15; Chile, A/C.6/50/SR.28, p. 8; Rusia, *ibid.*, p. 12; Reino Unido, A/C.6/50/SR.29, p. 8; Bielorrusia, *ibid.*, p. 9; Albania, *ibid.*, p. 13; India, A/C.6/50/SR.30, p. 11; Nicaragua, A/C.6/50/SR.33, p. 3.
56. *Vid.* las intervenciones de Libia, A/C.6/50/SR.28, p. 14; Liechtenstein, A/C.6/50/SR.29, p. 2; Argelia, *ibid.*, p. 3; Sri Lanka, A/C.6/50/SR.30, p. 4. En la doctrina, *vid.* HOGAN-DORAN, J. y GINKEL, B.T., "Agresion as a Crime under International Law and the Prosecution of Individuals by the proposed International Criminal Court", *N.I.L.R.*, vol. XLIII (1996), 321-351, pp. 339-348.

se podía augurar que el Tribunal así constituido iba a tener poco trabajo.⁵⁷

3. El Estatuto adoptado en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma

Pero el proceso codificador ha continuado y se han propuesto algunas alternativas para tratar de superar los escollos a la aceptación de un tribunal penal internacional por parte de los Estados como vamos a ver a continuación. En efecto, mediante la Resolución 49/53 la A.G. crea un comité *ad hoc* encargado de estudiar el Proyecto presentado por la C.D.I. y de preparar una conferencia internacional de plenipotenciarios. Más tarde la A.G., a través de la Resolución 50/46 de 11 de diciembre 1995, crea un Comité Preparatorio abierto a la participación de todos los Estados que lo deseen, y a la vista de los trabajos llevados a cabo por dicho Comité, decide en la Resolución 51/207 de 16 de enero de 1997 que el citado Comité prosiga su labor para que se celebre una conferencia de plenipotenciarios en 1998 que tendrá como objetivo la adopción como tratado internacional del Proyecto de tribunal penal internacional. Dicho Comité ha celebrado seis sesiones en las que se ha discutido el Proyecto elaborado por la C.D.I., la última de ellas en Nueva York del 16 de marzo al 3 de abril de 1998.⁵⁸

En esta sesión, el Comité Preparatorio aprueba un Proyecto de Estatuto, en el que se presentan, a modo de documento de trabajo, las opciones que los Estados han debatido en la Conferencia celebrada en Roma del 15 de junio al 17 de julio.⁵⁹ En esta última fecha se adopta el Estatuto de la Corte Penal Internacional, mediante 120 votos a favor, 7 en contra (Estados Unidos, China, India, Israel, Sri Lanka, Filipinas y Turquía), y 21 abstenciones.⁶⁰ El Estatuto, de 128 artículos, está dividido en 13 Partes, a saber: establecimiento de la Corte; jurisdicción, admisibilidad y derecho aplicable; principios generales

57. Cf. para este párrafo REMIRO BROTONS, A., y Otros, *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, pp. 1005-1007.

58. Las sesiones anteriores tuvieron lugar del 25 de marzo al 12 de abril, del 12 de agosto al 30 del mismo mes (1996); del 10 de febrero al 21, del 4 de agosto al 15 y del 1 de diciembre al 15 (1997). También se celebró una reunión del Presidente del Comité y de los presidentes de los grupos de trabajo en Zutphen, Países Bajos, en enero de 1998, en la que se confeccionó un documento en el que se recogen de forma ordenada las propuestas elaboradas en los distintos grupos de trabajo hasta ese momento: *vid.* A/AC.249/1998/L.13, de 4 de febrero de 1998. Para una breve crónica de las reuniones del Comité Preparatorio, *vid.* HALL, C.K., asesor legal de Amnistía Internacional, en *A.J.I.L.*, vol. 91 (1997), pp. 177-187; vol. 92 (1998), pp. 124-133, 331-339 y 548-556.

59. *Vid.* A/CONF.183/2/Add.1.

60. *Vid.* A/CONF.183/9. documento que se puede consultar en la dirección de internet: <http://www.un.org/icc/>

del derecho penal; composición y administración de la Corte; investigación y persecución; el juicio; las penas aplicables; apelación y revisión; cooperación internacional y asistencia judicial; cumplimiento de las sentencias; asamblea de los Estados partes; financiación de la Corte; cláusulas finales.

En el momento de escribir estas líneas, finales del mes de agosto, es prematuro avanzar conclusiones sobre este instrumento jurídico que a buen seguro recibirá la atención de la doctrina en los próximos meses. No obstante, de acuerdo con el objeto de este estudio, a continuación haremos una breve referencia, teniendo también en cuenta las limitaciones de espacio de este trabajo, a las siguientes cuestiones: a) competencia *rationae materiae* de la Corte; b) el alcance y contenido del principio de complementariedad; c) la aceptación de la competencia por los Estados y la iniciación del procedimiento; d) atribuciones del C. de S. en relación al ejercicio de la competencia de la Corte; e) cooperación de los Estados con la Corte, en particular en la investigación de los hechos, detención de los acusados y cumplimiento de las sentencias; f) relaciones de la Corte con las Naciones Unidas, y en particular en lo relativo a su financiación.

En cuanto a la competencia *rationae materiae*, en el Estatuto se incluyen los siguientes crímenes: genocidio, agresión, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (artículo 5). Ahora bien, en lo que se refiere al crimen de agresión el Estatuto se limita a prever que la Asamblea de los Estados Partes haga uso de los procedimientos de enmienda o revisión previstos en los artículos 121 y 123, para que de este modo se defina el crimen de agresión y se establezcan las condiciones necesarias para que la Corte ejerza su competencia respecto de esta figura, y siempre de acuerdo con el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Los procedimientos previstos en los artículos 121 y 123 se podrán activar 7 años después de la entrada en vigor del Estatuto. En definitiva, al menos durante los 7 primeros años de funcionamiento, la Corte no tendrá competencia sobre el crimen de agresión.

La definición del crimen de genocidio reproduce la contenida en la Convención de 1948 (artículo 6). Los crímenes contra la humanidad, se definen como *ataques masivos o sistemáticos contra la población civil*, enumerándose un buen número de supuestos, a saber: asesinato; exterminio; sometimiento a esclavitud; deportación o transferencia forzosa de la población; privación de la libertad personal; tortura; violación y otras formas de violencia sexual; persecución de grupos por razones de carácter político, racial, de nacionalidad, étnico, cultural, religioso; desaparición forzosa de personas; el crimen de apartheid; y

otros actos inhumanos de similar gravedad (artículo 8). Según las declaraciones de su representante, Israel votó en contra del Estatuto debido a la inclusión de la deportación o transferencia forzosa de la población como crimen contra la humanidad.

En el caso de los crímenes de guerra, también se relaciona un buen número de supuestos, y se insiste en que la Corte tiene competencia en particular cuando se hayan cometido en cumplimiento de un plan o una política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes. La regulación distingue entre conflictos armados de carácter internacional, y conflictos armados de carácter interno, respecto de los que se insiste en la salvaguarda de la soberanía de los Estados en lo que se refiere al mantenimiento del orden público y la defensa de la unidad e integridad territorial del Estado (artículo 8). El Estatuto no es de aplicación "a los disturbios y a las tensiones internas, tales como motines, a los actos de violencia aislados y esporádicos y a otros actos de naturaleza parecida" que no alcanzan la categoría de conflicto interno de índole mayor, que se caracteriza por la existencia de un grupo organizado que goza de una cierta efectividad en el territorio del Estado y cuyo objetivo es convertirse en el nuevo gobierno del Estado.⁶¹ Destaca el hecho de que no se incluya ninguna disposición referida al uso de las armas nucleares, razón por la que la India votó en contra del Estatuto.

Asimismo, debe destacarse que el artículo 124 del Estatuto permite a los Estados parte formular una declaración en la que manifiesten la no aceptación de la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra por un período de 7 años, siempre que el crimen haya sido cometido por un nacional de ese Estado o en su territorio. Estados Unidos pretendía que esta declaración fuera aplicable a los crímenes contra la humanidad, pero tal propuesta fue contundentemente rechazada en el seno de la Conferencia.

En lo que se refiere al principio de complementariedad, además de afirmarse tal principio en el Preámbulo y en el artículo 1, en el artículo 17 se atribuye a la Corte la concreción, de acuerdo con una serie de motivos tasados a modo de causas de inadmisibilidad, de los supuestos en los que la Corte tendrá supremacía sobre los tribunales internos. En definitiva, dichos motivos pueden resumirse del siguiente modo: según el artículo 17 la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia cuando los tribunales internos de un Estado no actúen eficazmente, ya sea por incapacidad o por falta de voluntad de las

61. *Vid.* los apartados c), d), e) y f) del artículo 8.2. Sobre la noción de conflicto interno, *vid.* en la doctrina JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado*, Alicante, 1988, pp. 85-95.

autoridades del Estado en cuestión. En la aplicación de este precepto, la Corte podrá tener en cuenta, en particular, las normas internacionales sobre derechos humanitarios y las normas internacionales sobre derechos humanos en las que se regulan las garantías procesales de todo juicio justo, por ejemplo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 21).

En la misma dirección se regula, en el artículo 30, el principio *ne bis in idem*. Según este precepto, la Corte deberá verificar que la actuación de otro tribunal ha sido eficaz para que se aplique dicho principio, buscando así la coherencia con el artículo 17.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 13 el procedimiento puede comenzar a iniciativa del C. de S. como veremos *infra*, previa demanda de un Estado parte como se regula en el artículo 14, o a iniciativa del Fiscal (artículo 15). La apertura del procedimiento será decidida por la Sala de Cuestiones Preliminares, órgano judicial que deberá pronunciarse de forma motivada sobre la existencia de indicios que justifiquen la apertura del procedimiento (artículos 56 y ss.).

En los dos últimos supuestos –iniciación mediante demanda de un Estado o por el Fiscal–, para que el Tribunal tenga competencia sobre el asunto es necesario que uno o más de los siguientes Estados sean partes en el Estatuto (artículo 12): a) el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen; b) el Estado del que es nacional el acusado. Aunque se permite que los Estados que no sean partes en el Estatuto acepten mediante una declaración expresa la competencia de la Corte sobre el crimen en cuestión. Se trata, por tanto, de una aceptación *ad hoc* de la competencia del Tribunal.

Se debe añadir que en el artículo 63 se prohíben los juicios *in absentia*; por lo que el procedimiento se puede iniciar sin que el Estado en cuyo territorio se encuentre el acusado sea parte en el Estatuto, pero el juicio no se podrá celebrar salvo que este Estado lleve a cabo la citada declaración y se muestre dispuesto a colaborar con el tribunal. En suma, el ejercicio efectivo de la competencia de la Corte se subordina a la aceptación del Estatuto por el Estado en el que se haya el presunto culpable y, o bien por el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen, o bien por el Estado del que es nacional el acusado. Cabe preguntarse si, con estas condiciones, la Corte ejercerá eficazmente las funciones para las que en un principio ha sido creado. A buen seguro, el éxito de la labor de la Corte dependerá de que se alcance un elevado número de ratificaciones por parte de los Estados, incluidas, como insistiremos *infra*, las grandes potencias.

Asimismo, se debe destacar la importancia de la posibilidad de celebrar acuerdos *ad hoc* de aceptación de la competencia de la Corte. Este último aspecto fue uno de los más controvertidos, en particular por parte de Estados Unidos. Pensemos, por ejemplo, en una actuación de las fuerzas armadas de Estados Unidos en Irak que cause vulneraciones graves del derecho humanitario, siendo los autores capturados por el gobierno iraquí; según la disposición que hemos citado, Irak, sin ser Estado parte en el Estatuto, podría formular la aceptación *ad hoc* de la competencia de la Corte sobre esos hechos; y sin que la Corte tuviera competencia sobre los actos de genocidio que se se están cometiendo en los últimos años en Irak, mientras este Estado no acepte la competencia del Tribunal. En este supuesto el Tribunal tendría competencia incluso sin necesidad de que Estados Unidos fuera Estado parte en el Estatuto. Se trata, por tanto, de una disposición calificable de revolucionaria que deberá ser aplicada con prudencia por el Tribunal.

En todo caso, debe destacarse que la aceptación de la competencia de la Corte es automática desde el momento en que el Estado se convierte en Estado parte del Estatuto, respecto de las cuatro figuras que se incluyen en la competencia de la Corte como hemos visto *supra*, con la excepción regulada en el artículo 124 relativa a los crímenes de guerra (artículo 12).

Uno de los aspectos más destacables en el Estatuto aprobado en Roma es la posición que se le otorga al C. de S. en relación a la actuación de la Corte, bastante más limitada que la regulada en el Proyecto de la C.D.I. Si se quiere decir de otra manera, el Estatuto de Roma supone un importante avance en pro de una mayor autonomía de la Corte respecto del C. de S., al menos en comparación con el Proyecto elaborado por la C.D.I. En efecto, el Estatuto prevé que el C. de S. haga uso de la Corte en detrimento de la proliferación de tribunales *ad hoc* y le remita la competencia sobre un asunto concreto siempre de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta, y sin que en este caso se necesite la aceptación del Estatuto por Estado alguno. Y en el reverso de la moneda, el Estatuto otorga al C. de S. el poder de paralizar cualquier actuación de la Corte, pero mediante un pronunciamiento expreso que deberá renovarse cada 12 meses, naturalmente adoptado mediante el voto favorable de 9 Estados miembros, incluidos los 5 permanentes (artículo 16). Lo que hace muy difícil que el C. de S. impida el funcionamiento de la Corte, aunque todavía parece mucho más difícil que esta última disposición sea aceptada por la totalidad de los miembros permanentes.

En la parte Novena (artículos 86 y siguientes), se regulan las obligaciones de cooperación y asistencia judicial a cargo de los Estados partes en el Estatuto, lo que incluye la detención y el traslado del acusado a la sede de la Corte para su custodia. Además, la Corte puede solicitar la cooperación de un Estado no parte mediante un acuerdo *ad hoc*. Si un Estado parte incumple estas obligaciones previstas en el Estatuto, o un Estado no parte incumple las disposiciones que se incluyan en el citado acuerdo *ad hoc*, la Corte podrá realizar un pronunciamiento expreso y remitirlo o bien a la Asamblea de Estados Parte o bien al C. de S. cuando la competencia de la Corte se base en una decisión del C. de S. (artículo 87).

Por otro lado, en el artículo 24 se establece la no retroactividad del Estatuto, por lo que sólo será aplicable a los hechos que se cometan con posterioridad a su entrada en vigor. En el artículo 25.4 se prevé que la responsabilidad penal del individuo recogida en el Estatuto no afectará a la responsabilidad internacional del Estado. Según el artículo 27, la posición del individuo como órgano de un Estado será irrelevante a los efectos de la aplicación del Estatuto, por lo que no se podrá alegar ningún tipo de inmunidad, incluidos jefes de Estado o de Gobierno. En lo que se refiere a la financiación de la Corte se ofrecen una opción mixta: por una parte se prevén las contribuciones de los Estados partes de acuerdo con un sistema de reparto similar al establecido en el seno de Naciones Unidas; también se prevé la financiación mediante donaciones de los Estados miembros; y por último, el funcionamiento del Tribunal se podrá financiar mediante el presupuesto de Naciones Unidas según decida la A.G., en particular para cubrir los gastos que ocasione la remisión de asuntos a la Corte por el C. de S. (artículos 113 y ss.). Por último, en el artículo 2 se prevé la celebración de un acuerdo con Naciones Unidas aprobado por la Asamblea de Estados partes en el que se establezcan las relaciones entre la Corte y la Organización.

Después de este brevísimo repaso de las disposiciones a nuestro juicio más importantes del Estatuto, cabe formular algunas conclusiones, aunque sea título provisional. En primer lugar, llama la atención el hecho de que en su conjunto las soluciones adoptadas en la Conferencia de Roma son más progresistas que las contenidas en el Proyecto aprobado en 1994 por la Comisión. Es un tanto extraño que un órgano técnico codificador resulte más conservador que los propios Estados reunidos en una conferencia de plenipotenciarios. Por ejemplo, en lo que se refiere a la posición del C. de S., al mecanismo de aceptación de la competencia de la Corte por los Estados a los poderes atribuidos al Fiscal o a la posibilidad de celebrar acuerdos *ad hoc* con la Corte por terceros Estados no partes en el Estatuto.

Por una parte, se puede decir que la prudencia mostrada por la C.D.I. se debe a que el órgano codificador se limitó a allanar el camino a los Estados en una materia tan novedosa como es el establecimiento de un tribunal penal internacional. Pero por otra parte, aquí se pone otra vez de manifiesto que la C.D.I. es un órgano en principio de carácter técnico, aunque evidentemente politizado, en el que las grandes potencias juegan un importante papel.

Es más, se aprecia que las tesis de Estados como China y Estados Unidos fueron asumidas en el Proyecto de 1994 o al menos no fueron rechazadas; sin embargo, en buena medida han sido derrotadas en la Conferencia de Roma por una amplia mayoría. En particular, el voto en contra de China al Estatuto de Roma se justifica en atención a los, a su juicio, excesivamente amplios poderes atribuidos al Fiscal y el sistema de aceptación de la competencia de la Corte, el cual debe ser según el representante de China absolutamente consensuado caso por caso con el Estado afectado en aplicación del principio de complementariedad. Mientras que el voto en contra de Estados Unidos es debido al sistema de aceptación de la competencia que prevé el Estatuto –Estados Unidos defendía una aceptación a la carta–, y la posibilidad de que Estados no parte celebren acuerdos *ad hoc* en los que se prevea la competencia de la Corte sobre un determinado asunto; asimismo, Estados Unidos insistió en la necesaria compatibilidad entre el ejercicio de las competencias de la Corte y la actuación del C. de S., en concreto en lo que se refiere al crimen de agresión.⁶²

En todo caso, la adopción del Estatuto en la Conferencia de Roma representa un acontecimiento histórico que no tiene precedente. El acuerdo demostrado por un elevado número de Estados para la creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente, pone de manifiesto que el desvanecimiento de la confrontación entre el Este y el Oeste, aunque no ha traído consigo la aparición de un nuevo orden internacional, ha permitido desarrollos jurídicos en el

62. Al menos estas son, sumariamente, las explicaciones de voto ofrecidas por estos Estados, que se pueden consultar en la dirección de internet ya citada: <http://www.un.org/icc/>. Aunque cualquiera que haya seguido los debates en la Sexta Comisión de la A.G. en los últimos años, podía estar bien seguro de que China no iba aceptar la creación de un tribunal penal internacional. En cuanto a Estados Unidos, el presidente del Senado manifestó recientemente ante los medios de comunicación que el Senado no aceptaría en ningún caso un tratado por el que se estableciera un tribunal penal internacional; la posibilidad de que los miembros de las fuerzas armadas de Estados Unidos puedan ser juzgados ante un tribunal penal internacional por los hechos cometidos en terceros Estados es rechazada de plano. Esto último explica la oposición de Estados Unidos a la celebración de acuerdos *ad hoc* con terceros Estados no partes en el Estatuto.

ordenamiento internacional, casi impensables hace tan sólo 10 años. En concreto, la aceptación de un tribunal penal internacional por un buen número de Estados demuestra un cambio de mentalidad o de actitud, favorable a la supremacía del derecho en el ámbito de las relaciones internacionales, incluso en un terreno tradicionalmente exclusivo de las competencias soberanas de los Estados, como es el del ejercicio de la función penal. Según insistiremos *infra*, la creación de un tribunal penal internacional que funcione eficazmente representa un elemento importante para afirmar la existencia de una comunidad internacional.

También se debe reconocer que las soluciones adoptadas en la Conferencia de Roma prevén la creación de un tribunal penal internacional cuyo funcionamiento se rige por el principio de complementariedad y su competencia automática se limita al crimen de genocidio y a los crímenes contra la humanidad, ya que la aceptación de los crímenes de guerra puede retrasarse durante 7 años y se prevé la inclusión del crimen de agresión en mejor ocasión. En líneas generales se puede decir que el tribunal penal creado en Roma se constituye como "...un medio puesto a disposición de los Estados partes en su estatuto y también, en determinadas condiciones, de otros Estados, a efectos de que, en relación con determinadas categorías de crímenes internacionales..., posean una opción adicional a la disyuntiva de extraditar al acusado o someterlo al enjuiciamiento por sus autoridades nacionales".⁶³ Desde esta óptica se explica el alto número de Estados que han votado a favor de la adopción del Estatuto, como ya hemos dicho un total de 120, por lo que es probable que en poco tiempo (dos o tres años según las estimaciones más optimistas) se reúnan el número de ratificaciones necesario para que el Estatuto entre en vigor, 60 según el artículo 126.

Ahora bien, incluso desde esta perspectiva varios Estados han votado en contra o se han abstenido y han manifestado que no van a ratificar el Estatuto adoptado en Roma. En concreto, se debe destacar la oposición mostrada por Estados Unidos y China. Porque, guste o no, en la práctica el funcionamiento del tribunal se enfrentará con graves dificultades si no cuenta con la colaboración de todas las grandes potencias, y, sobre todo, de la actual única superpotencia que es Estados Unidos. Por ejemplo, nos podemos preguntar cómo se van a articular las relaciones entre la Corte y un C. de S. en el que varios de

63. RAMA-MONTALDO, M., "Acerca de algunos conceptos básicos relativos al Derecho penal internacional y a una jurisdicción penal internacional", en *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 865-893, p. 889.

sus miembros permanentes no acepten el Estatuto. Ahora mismo es aventurado formular una respuesta a esta cuestión.⁶⁴

Por último, debe valorarse positivamente la creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente, ya que podrá ser utilizado por el C. de S. como alternativa a la proliferación de tribunales penales *ad hoc*, cuya creación plantea bastantes dudas técnico-jurídicas. No obstante, si Estados Unidos y China siguen manteniendo una oposición frontal al Estatuto, no hay demasiadas garantías de que se muestren favorables a dotar de competencia a la Corte sobre un determinado asunto de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta. Al menos, cabe afirmar que jurídica y políticamente carecerá de toda justificación que se cree un nuevo tribunal *ad hoc*, una vez que entre en funcionamiento el tribunal permanente.

III. LOS TRIBUNALES *AD HOC* CREADOS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD

1. El Tribunal para la ex Yugoslavia

Como ya hemos dicho, aunque el fin de la guerra fría no ha propiciado la aparición de un nuevo orden internacional, se debe reconocer que ha permitido algunos desarrollos jurídicos importantes como lo son la creación de los tribunales penales para la ex Yugoslavia y Ruanda, difícilmente imaginables durante la confrontación entre el Este y el Oeste. Desde esta perspectiva general, y teniendo en cuenta la enorme repercusión que tienen en los medios de comunicación y por ende en la opinión pública las atrocidades que se cometen en la ex Yugoslavia a lo largo de 1992 y 1993, se explica la adopción por unanimidad de la Resolución 827 de 25 de mayo de 1993, mediante la que el C. de S. aprueba el informe del Secretario General (S.G. a partir de ahora) solicitado por la Resolución 808,⁶⁵ en el que se establece “un tribunal

64. Se puede recordar aquí que las relaciones entre el C. de S. y el Tribunal Internacional de Justicia tampoco han sido hasta ahora del todo armoniosas; relaciones sobre las que en concreto deberá pronunciarse el Tribunal cuando decida el fondo del asunto, una vez rechazadas las excepciones preliminares presentadas por Estados Unidos, en el *Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Preliminary Objections)*, *Reports 1998*, *vid.* en particular párrafos 45 a 50; decisión que se puede consultar en la dirección de Internet <http://www.icj-cij.org/>.

65. *Vid.* Documento de Naciones Unidas S/27704. Y sobre el proceso de creación de este Tribunal *vid.* ODIO BENITO, E., “El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia –justicia para la paz–”, *R.I.I.D.H.*, vol. 24 (1996), 133-155, pp. 137-141.

internacional con la finalidad de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia”, y decide que todos los Estados deberán cooperar con el Tribunal Internacional de acuerdo con la presente Resolución y el Estatuto del Tribunal Internacional.⁶⁶

En relación al Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, cabe destacar, en primer lugar, que su fundamento legal reside en el Capítulo VII de la Carta tal y como lo ha reconocido el propio Tribunal a través de su Cámara de Apelaciones en la Sentencia de 2 de octubre de 1995 en el caso *Tadic*.⁶⁷ Aunque el poder del C. de S. para la creación de Tribunales penales *ad hoc* de acuerdo con los artículos 41 y 42 de la Carta pueda ser discutido,⁶⁸ lo cierto es que en este caso, así como en el de Ruanda, ha existido un consenso por parte de los Estados miembros de la organización, *incluido Bosnia-Herzegovina*, consenso que podría convalidar por vía consuetudinaria o incluso convencional⁶⁹ todas las dudas sobre la capacidad del C. de S. para

66. A través de la Resolución de 19 de octubre de 1993 de la Secretaría General Técnica, se publica en España la Resolución 827 citada y anexo en el que se contiene el Estatuto de dicho Tribunal, a efectos de su incorporación al ordenamiento jurídico español: *vid. B.O.E.*, n. 281, 24-XI-1993, pp. 33001-33006; y corrección de errores a la misma en *B.O.E.*, n. 19, 22-I-1994, p. 2158. También se ha aprobado la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia: *vid. B.O.E.*, n. 131, 2-VI-1994, pp. 17399-17400. En la doctrina *vid. QUEL LÓPEZ, F.J.*, “Los efectos de la creación del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el orden interno español”, *R.E.D.I.*, vol. XLVI (1994), 61-97 *passim*.
67. *Vid.* párrafos 28-40 de esta decisión. *Cf. FERNÁNDEZ LIESA, C.M.*, “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho internacional”, *R.E.D.I.*, vol. XLVIII (1996), 11-44, pp. 13-23; ASCENSIO, H., y PELLET, A., “L’activité du Tribunal pénal international pour l’ex Yougoslavie”, *A.F.D.I.*, vol. XLI (1995), 101-136, pp. 115-120.
68. *Vid. ARANGIO-RUIZ, G.*, “The Establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of Implied Powers of the United Nations”, en LATTANZI, F., y SCISO, E., (Eds.), *Doi Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Napoli, 1996, 31-45, *passim*, para quien no existe fundamento jurídico para la creación de este tribunal *ad hoc* en base a los artículos 41 y/o 42 de la Carta, y tampoco es posible hacer uso de la doctrina de los poderes implícitos en este caso, sin perjuicio de que el autor valore positivamente la tarea a desempeñar por el Tribunal. Y en particular considera que esta postura se justifica también de acuerdo con la posición de los Estados favorable a adoptar el Proyecto de Estatuto de 1994 como tratado internacional, mostrando los Estados su rechazo frontal a que el C. de S. adopte el Proyecto mediante una Resolución.
69. Tesis esta última defendida por VITUCCI, M.C., *Il Tribunali ad hoc per la ex Jugoslavia e il consenso degli Stati*, Milano, 1998, *passim*, para quien el fundamento de la creación del Tribunal para la ex Yugoslavia se encuentra en el acuerdo tácito sobre su Estatuto que han mostrado los Estados, a través de la celebración de los acuerdos de Dayton/Paris, la adopción de legislación interna en la que se reconoce los efectos jurídicos del Estatuto e incluso el propio acuerdo manifestado por los Estados en el seno del C. de S. y de la A.G. de Naciones Unidas.

crear jurisdicciones penales internacionales *ad hoc*. Sin perjuicio de que consideremos que el C. de S. carece de competencia para crear una jurisdicción penal internacional de carácter permanente con competencia sobre todos los Estados, a no ser, claro está, que se alcance un amplio consenso entre los Estados en este sentido, algo que ahora mismo es bastante improbable.⁷⁰ También es cierto que el C. de S. se limita a crear un órgano subsidiario con competencias para aplicar el derecho internacional vigente; pero el C. de S. no “legisla” el Derecho internacional aplicable por el Tribunal, órgano que lleva a cabo su tarea con absoluta independencia e imparcialidad.

En el artículo 9 del Estatuto se reconoce la competencia concurrente del Tribunal y de las jurisdicciones internas de los Estados para juzgar los crímenes que se enumeran en el Estatuto; pero en todo caso el Tribunal tendrá primacía sobre las jurisdicciones nacionales, por lo que podrá exigir a éstas que le transfieran la competencia para conocer de un determinado asunto. La competencia del Tribunal se limita *rationae temporis* y *rationae locis* a las crímenes que se cometan en el territorio de la ex Yugoslavia desde enero de 1991, hasta una fecha a determinar por el C. de S. (artículo 1 y 8). El C. de S. no se ha pronunciado sobre esta fecha, por lo que el Tribunal tiene competencia sobre los hechos que se están cometiendo desde 1991 hasta la actualidad, como así lo ha afirmado el 10 de marzo de 1998 el Fiscal refiriéndose a los actos de violencia que se han producido en los últimos meses en la región de la República Serbia de Kosovo habitada mayoritariamente por albaneses.

Su competencia *rationae materiae* se extiende a las violaciones graves de las Convenciones de Ginebra de 1949, violaciones graves de las normas consuetudinarias del derecho de la guerra, actos constitutivos de genocidio y los crímenes de lesa humanidad (artículos 2 a 5). *No se recoge el crimen de agresión*, a pesar de que desde el momento en que Bosnia Herzegovina se autoproclama como Estado independiente, es reconocida internacionalmente por un buen número de Estados y se incorpora como Estado miembro a la Organización de las Naciones Unidas (22 de mayo de 1992), se puede sostener que en el territorio de la ex Yugoslavia se está desarrollando un conflicto calificable de internacional. Como ha reconocido, aunque con algunas dudas, a los

70. *Vid.* para todo este párrafo PALCHETTI, P., “Il potere del Consiglio di Sicurezza di istituire tribunali penali internazionali”, *Rivista*, vol. LXXIX (1996), 413-438, pp. 427-436. *Cf.* también PICONE, P., “Sul fondamento giuridico del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia”, *C.I.*, vol. LI (1996), 3-24, pp. 12-19; CONDORELLI, L., “Legalità, legittimità, sfera di competenza dei Tribunali Penali *ad hoc* creati dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite”, en LATTANZI, F., y SCISO, E., *op. cit.*, 47-63, pp. 47-54.

efectos de la aplicación de la normativa internacional convencional sobre derecho humanitario, la Sala de Apelaciones en el caso Tadic en su Sentencia de 2 de octubre de 1995;⁷¹ mientras que las Salas de primera instancia se han pronunciado con más rotundidad en este sentido en varias de sus decisiones más recientes (Nikolic, Karadzic-Mladic, Rajic).⁷²

No obstante, en la decisión de la Sala de Apelaciones de 7 de mayo de 1997 en el caso Tadic, el Tribunal niega la aplicación del artículo 2 del Estatuto en el que se regulan las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, al entender, citando con frecuencia la jurisprudencia del T.I.J. en el caso de Nicaragua, que después de la retirada del ejército de la ex Yugoslavia el 19 de mayo de 1992, la República de Serbia y Montenegro no ejerce un control sobre las tropas serbio-bosnias de la República Srpska que permita atribuir los actos cometidos en Bosnia Herzegovina a la República de Serbia y Montenegro; y sin perjuicio de las cuestiones relativas a la responsabilidad internacional del Estado que se puedan plantear en relación a las actividades de asistencia, financiación y apoyo logístico a las tropas serbio-bosnias por parte de Serbia y Montenegro. Por tanto, si no se pueden atribuir estos hechos a Serbia y Montenegro, no existe un conflicto internacional y no es aplicable el artículo 2 del Estatuto.⁷³ En nuestra opinión, la posición de la Sala de apelaciones es criticable, ya que el control de las tropas serbio-bosnias por Serbia y Montenegro es evidente, si tenemos en cuenta el hecho de que el propio Tadic es un oficial del ejército de la ex Yugoslavia, que cobra un salario del Gobierno de Serbia y

71. Vid. párrafos 73, 74, 76 y 77. En la doctrina *vid.* FERNÁNDEZ LIESA, C., *loc. cit.*, pp. 32-34, quien advierte que la Sala de Apelaciones considera que el conflicto en la ex Yugoslavia tiene una naturaleza mixta, con aspectos internos e internacionales.
72. Vid. FERNÁNDEZ LIESA, C., *loc. cit.*, pp. 33-34 y notas que acompañan; MERON, T., "Is International Law Moving towards Criminalization?", *E.J.I.L.*, vol. 9 (1998), 18-31, pp. 25-27 y notas que acompañan; QUEL LÓPEZ, F.J., "Reflexiones sobre la contribución de la Corte Penal para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho internacional humanitario", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIII (1997), 467-523, pp. 476, 489. Y para esta última decisión de 13 de septiembre de 1996 en el caso Rajic, *vid.* los comentarios de SWAAK-GOLDMAN, O., "International Decisions", *A.J.I.L.*, vol. 91 (1997), 523-532, *passim*, quien destaca que la Sala de primera instancia II no tiene ninguna duda sobre la naturaleza internacional del conflicto que se sucede en Bosnia-Herzegovina a los efectos de la aplicación del artículo 2 del Estatuto en este caso, debido a la participación directa de tropas del ejército de Croacia y al control de las operaciones militares llevadas a cabo por los bosnio-croatas por el mando militar de Croacia.
73. Vid. párrafos 577 a 608. Lo anterior no es óbice para que el Tribunal sí que aplique en este caso los artículos 3 y 5 de su Estatuto referidos a las violaciones graves del derecho internacional consuetudinario que regula los conflictos armados y los crímenes contra la humanidad (*vid.* la caracterización de estas figuras por el Tribunal en párrafos 618 a 660), siendo condenado el acusado, mediante decisión de 14 de julio de 1997, a una pena de 20 años de prisión.

Montenegro; por ello, la Sala de apelaciones sí que reconoce, como no podía ser de otra forma, que “existía un nivel general de coordinación” entre las tropas serbio-bosnias y el ejército de Serbia y Montenegro en cuanto a los objetivos que persiguen en sus operaciones militares, que se pueden resumir en la creación de la llamada Gran Serbia.⁷⁴

El artículo 7 del Estatuto regula con una gran amplitud el alcance *rationae personae* de la “Responsabilidad penal individual”. Según la letra de este artículo, un importante número de serbio-bosnios, así como cierto número de miembros del Gobierno y del ejército de la República de Serbia y Montenegro deberían ser enjuiciados por el Tribunal. En particular, este artículo niega toda inmunidad a las personas responsables de las conductas que se detallan en los artículos 2 a 5, incluso si ocupan un cargo oficial como Jefe de Estado o de Gobierno. Por otro lado, llama la atención la importancia que otorga el Estatuto a la figura del Fiscal, al que se atribuye la competencia para investigar los hechos y elaborar el acta de acusación para que se inicie el procesamiento del acusado (artículos 16 y 18). La sede del Tribunal se establece en La Haya, y los gastos del Tribunal correrán a cargo del Presupuesto ordinario de las N.U. (artículos 31 y 32).

Sin duda, el ejercicio de las competencias del Tribunal está subordinado a la cooperación y asistencia judicial que le sea proporcionada por los Estados, tal como se regula en el artículo 29. Según este precepto los Estados están obligados a atender las peticiones y resoluciones que emanen del Tribunal, en especial sobre la detención y traslado de los acusados para ponerlos a disposición del Tribunal. Esta obligación de cooperación y asistencia judicial no se deriva de un vínculo convencional, sino de una Resolución jurídicamente vinculante del C. de S. Además, el Tribunal ha modificado su reglamento de procedimiento para incluir en la noción de Estado a los efectos del cumplimiento de las obligaciones de cooperación y asistencia, a Estados miembros o no miembros de las N.U. y también a los entes autoproclamados independientes que ejerzan *de facto* funciones de gobierno incluso si no han sido reconocidos como Estado.⁷⁵ Esta ampliación del concepto de Estado, referida evidentemente a los serbios de Bosnia, debe ser valorada positivamente en aras de una mayor eficacia en el funcionamiento del Tribunal.

74. Vid. la Opinión Separada y Disidente del Juez Mcdonald, quien insiste en el hecho de que hasta el 19 de mayo de 1992 el ejército de la ex Yugoslavia ocupaba el territorio de Bosnia-Herzegovina, y que con posterioridad el control por éste de las operaciones llevadas a cabo por los serbio-bosnios fue manifiesto.

75. Este reglamento de procedimiento, así como toda la documentación básica sobre este tribunal penal internacional, inclusive el texto completo de las decisiones judiciales, puede ser consultada en la dirección de internet. www.un.org/icty.

En lo que se refiere al funcionamiento efectivo del Tribunal,⁷⁶ el 27 de abril de 1995 el Fiscal jefe del Tribunal de La Haya, acusó formalmente a los tres principales líderes serbio-bosnios de ser sospechosos de haber cometido crímenes de guerra (Radovan Karadzic, Ratko Mladic y Mico Stansic). En agosto del mismo año el Tribunal solicitó oficialmente la ayuda de los Estados miembros de N.U. para la detención y posterior entrega al Tribunal de los mismos. A pesar de los llamamientos del Tribunal, en febrero de 1998 se encontraban bajo su custodia 22 acusados (la práctica totalidad o bien entregados por el Gobierno musulmán bosnio, o bien detenidos en terceros países como Alemania y Austria, con las excepciones que señalaremos en los siguientes párrafos), implicados en un total de 12 casos. Hasta ahora se han dictado dos sentencias condenatorias en los casos de Tadic (20 años de prisión) y Erdemovic (5 años de prisión).⁷⁷

Otros 52 individuos han sido objeto de una acta de acusación por parte de la Fiscalía, sin que hasta ahora se les haya detenido y puesto bajo la custodia del Tribunal. Debemos recordar que el Estatuto del Tribunal no permite los juicios *in absentia* (art. 21.4.d)), de acuerdo con la normativa internacional que regula los derechos del acusado (art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). Aunque en la práctica el Tribunal ha hecho uso con cierta frecuencia del artículo 61 del Reglamento de procedimiento, disposición que prevé que en el caso

76. Cf. para lo que sigue en la doctrina a ASCENSIO, H., y PELLET, A., "L'activité du Tribunal pénal", *loc. cit.*, *passim*; KING, F.P., y LA ROSA, A.-M., "The Jurisprudence of the Yugoslavia Tribunal 1994-1996", *E.J.I.L.*, vol. 8 (1997), 133-179, *passim*.

77. La Sentencia en este último caso –del primero hemos hecho una breve referencia en nota *supra*–, de 5 de marzo de 1998, aunque considera culpable al acusado de haber cometido violaciones del artículo 3 del Estatuto, al haber participado en el asesinato de centenares de civiles tras la captura de Srebrenica en julio de 1995, decide atenuar el alcance de la pena a aplicar teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: a) la edad del acusado en el momento de cometerse los hechos (23 años); b) el entorno familiar; c) la falta de antecedentes penales y su carácter honesto, como lo demuestran las acciones que llevó a cabo para salvar la vida de otros civiles; d) el acusado se ha declarado culpable; e) el arrepentimiento; f) cometió los hechos bajo amenaza de muerte por parte de sus superiores militares; g) y la cooperación que ha prestado el acusado para el esclarecimiento de los hechos, incluidos la identificación de otras presuntos culpables de haber participado en los mismos hechos. Por último, aunque la negociación entre la Fiscalía y el acusado para llegar a un acuerdo sobre el crimen que se le atribuye al acusado no está prevista en el Estatuto del Tribunal y por tanto no le vincula, el Tribunal, para imponer la pena, tiene en cuenta el acuerdo alcanzado entre ambas partes mediante el que se le imputa al acusado el crimen regulado en el artículo 3, violaciones graves del derecho humanitario, dejando de lado la aplicación de la noción de crímenes contra la humanidad en este caso. Por último, el acusado fue puesto bajo la custodia del Tribunal por las autoridades de la República de Serbia y Montenegro, que lo habían detenido acusándolo de violaciones del derecho humanitario, el 28 de marzo de 1996; por lo que de los 5 años de la condena a cumplir se deberá restar el período transcurrido entre esa fecha y la Sentencia condenatoria.

de que una orden de arresto no se haga efectiva, el Fiscal someterá el acta de acusación a la Sala de Primera Instancia con toda la información que tenga sobre ese asunto. La Sala deberá determinar si existen indicios razonables de que el acusado ha cometido los crímenes por los que se le acusa. En caso afirmativo, la Sala deberá dictar una orden internacional de arresto que será transmitida a todos los Estados. Y en el caso de que el Fiscal demuestre que el incumplimiento de dicha orden se debe a la falta de cooperación de algún Estado, la Sala deberá comunicarlo al C. de S.⁷⁸

El Tribunal, haciendo uso del artículo 29 del Estatuto, ha comunicado al C. de S. el incumplimiento de los deberes de cooperación y asistencia judicial por parte de un Estado en los siguientes casos: *Prosecutor v. Dragan Nikolic* (República Srpska); *Prosecutor v. Mile Mrksic, Miroslav Radic and Veselin Sljivancanin* (Serbia y Montenegro); *Prosecutor v. Radovan Karadzic and Ratko Mladic* (Serbia y Montenegro); *Prosecutor v. Ivica Rajic* (Federación de Bosnia Herzegovina y República de Croacia). Aunque como ha reconocido el Tribunal en su Sentencia de 29 de octubre de 1997 en el caso *Blaskic*, no entra dentro de sus funciones la elaboración de una propuesta sobre las medidas que el C. de S. debe adoptar.⁷⁹ Hasta ahora, el C. de S. se ha limitado a llevar a cabo una declaración por su Presidente mediante la que conmina al Estado recalcitrante al cumplimiento de los deberes de cooperación y asistencia judicial.

Por tanto, es obvio que el efectivo funcionamiento del Tribunal depende de la cooperación de los Estados en cuyo territorio se encuentren los individuos acusados y en su caso de la actuación del C. de S. A este respecto, en la práctica se observa que desde un primer momento el Gobierno musulmán de Bosnia-Herzegovina se mostró favorable a la creación del Tribunal, y ha sido el principal partidario de poner a su disposición a todos los inculpados. El sector croata de Bosnia-Herzegovina se ha mostrado mucho más reticente, pero en octubre de 1997 diez croatas se han sometido voluntariamente a la custodia del Tribunal.⁸⁰

Los serbio-bosnios, principales responsables de las violaciones de la normativa internacional sobre derechos humanos y derecho humanitario acaecidas en el territorio de la ex Yugoslavia,⁸¹ han

78. Vid. KING, F.P., y LA ROSA, A-M., "The Jurisprudence...", *loc. cit.*, pp. 128-142; ODIO BENITO, E., *loc. cit.*, pp. 150-151; QUEL LÓPEZ, F.J., "Reflexiones...", *loc. cit.*, pp. 510-517.

79. Vid. párrafo 36 de esta decisión.

80. En la dirección de internet citada se ofrece actualizada noticia de las actividades del Tribunal.

81. Vid. los informes del relator especial de la Comisión de Derechos Humanos MAZOWIECKI, T., E/CN.4/1993/50, pp. 6-28; E/CN.4/1994/3, pp. 4-12;

desatendido los requerimientos de cooperación del Tribunal y se han negado a detener y poner bajo la custodia del Tribunal a los inculpados. La misma postura ha mantenido la República de Serbia y Montenegro. El C. de S. ha condenado esta actitud, que en última instancia vulnera los artículos 25 y 48 de la Carta de las N.U., pero hasta ahora no ha hecho uso de los artículos 41 y 42 de la Carta con la finalidad de compeler a los serbio-bosnios y a la República de Serbia y Montenegro al cumplimiento de los requerimientos de cooperación del Tribunal, como así ha sido solicitado públicamente por el propio Presidente del Tribunal.

Por otro lado, a finales de octubre de 1995, la Unión Europea aprueba un importante plan de ayuda económica cercano al tercio de billón de pesetas a los países de la antigua Yugoslavia, cuya puesta en práctica se subordina a que se cumplan por parte del receptor las siguientes condiciones: respeto de los derechos humanos, retorno de los refugiados y *cooperación con el Tribunal Internacional de crímenes de guerra de La Haya*,⁸² todo ello de acuerdo con la letra de los acuerdos de Dayton/París.⁸³ En buena medida, el efectivo funcionamiento del Tribunal dependerá de la firmeza con que esta posición sea sostenida por parte de la Unión Europea y de Estados Unidos.

Pero lo cierto es que a mediados de 1998 los principales responsables de las vulneraciones graves y masivas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en particular el líder de los serbio-bosnios Karadzic, no se encuentran bajo la custodia del Tribunal Penal de La Haya, sin que las fuerzas de la O.T.A.N. desplegadas en Bosnia-Herzegovina hayan intentado capturarles. Por ello, se ha criticado el hecho de que la práctica totalidad de individuos acusados por el Tribunal que se encuentran bajo su custodia son oficiales de escasa graduación; mientras que los principales responsables en la preparación y organización de las violaciones graves y masivas cometidas en Bosnia Herzegovina, los autores intelectuales de estas atrocidades, todavía no han sido detenidos.⁸⁴ Al menos, los países del

E/CN.4/1994/110, pp. 6-21; E/CN.4/1996/9, pp. 3-14. En estos informes se aprecia que si bien es cierto que todas las partes en el conflicto son responsables de violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario, la parte serbia es autora de una campaña de "limpieza étnica", que es encuadrable dentro de la definición legal de genocidio.

82. *Vid. B.U.E.*, 10-1995, pp. 154-155.

83. *Vid. JONES, R.W.D.J.*, "The Implications of the Peace Agreement for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *E.J.I.L.*, vol. (1996), 226-244, pp. 229-234.

84. La principal excepción la constituye Milan Kovacevic, alcalde de Prijedor y Vicepresidente de la Junta serbio bosnia de esa región, constituida con el objetivo de crear un Estado "étnicamente puro", uno de los principales responsables en la instauración de los campos de concentración serbio bosnios; verdaderos ejemplos de

Grupo de los Siete y Rusia han exigido a Karadzic y Mladic que se retiren de la vida pública y no ocupen ningún cargo político, amenazando con imponer sanciones económicas; presiones que han dado sus frutos desde la segunda mitad de 1996.⁸⁵

En este contexto, merece una denuncia la ambigua actitud de las fuerzas de la O.T.A.N desplegadas en Bosnia-Herzegovina en cumplimiento de los acuerdos de Dayton/Paris. Porque si bien han afirmado su competencia para la detención y el traslado de aquellas personas acusadas por el Tribunal, en la práctica no han hecho uso de esta competencia, con el fin de evitar enfrentamientos con los serbio-bosnios y aplicar los demás apartados del plan de paz en un clima de colaboración con todas las partes. A este respecto, las fuerzas de la O.T.A.N han desarrollado una doctrina un tanto singular, basada en que el arresto de los acusados por el Tribunal sólo se producirá en caso de que se produzca un encuentro fortuito entre las tropas de la O.T.A.N. y el individuo acusado por el Tribunal. En particular, hasta ahora no ha habido ninguna actuación en el sector Este (Pale) del territorio de la República Serbia de Bosnia-Herzegovina, bajo control de las tropas de Francia y Estados Unidos, lo que ha dado lugar a fricciones entre el Tribunal y el ejecutivo galo, acusado por el Fiscal de pasividad.⁸⁶ Esta actitud podría contravenir las decisiones del propio C. de S. que preceptúan el deber de todos los Estados, incluidos los Estados miembros de la O.T.A.N. que han desplegado sus fuerzas en Bosnia-Herzegovina, de cooperar con el Tribunal de La Haya en la detención y captura de las personas que el Tribunal haya señalado como presuntos autores de vulneraciones graves y masivas del derecho humanitario, que admiten incluso la calificación de genocidio.⁸⁷

La actitud por lo general pasiva de las fuerzas de la O.T.A.N. presenta algunas excepciones desde mediados de 1997. En efecto, en esas fechas es detenido uno de los serbio-bosnios acusados por el Tribunal y es puesto bajo la custodia de éste (Milan Kovacevic), y otro fallece a resultas del intercambio de disparos mantenido con dichas fuerzas cuando trataban de detenerle. Estas acciones reciben la condena de los líderes serbio-bosnios y del ministro de asuntos exteriores ruso. En

los tristemente famosos campos de concentración creados por la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial. Milan Kovacevic fue detenido en julio de 1997 por las tropas de la O.T.A.N. desplegadas en Bosnia-Herzegovina y puesto a disposición del Tribunal, según insistiremos *infra*.

85. Vid. "Chronique", *R.G.D.I.P.*, t. 100 (1996), pp. 489-491; t. 101 (1997), pp. 232-235. *Keesing's*, 1996, pp. 41152 y 41236.

86. Vid. "Chronique", *R.G.D.I.P.*, t. 102 (1998), pp. 168-169.

87. Vid. FIGÁ-TALAMANCA, N., "The Role of NATO in the Peace Agreement for Bosnia and Herzegovina", *E.J.I.L.*, vol. 7 (1996), 164-175, pp. 171-175; REHN, E., *Situación de los derechos humanos en el territorio de la ex Yugoslavia*, E/CN.4/1997/9, p. 12 *in fine*.

diciembre de 1997 las tropas de la O.T.A.N. detienen y trasladan a La Haya a dos bosnio-croatas. Por último, en enero de 1998 las fuerzas de la O.T.A.N. detienen a otro de los presuntos criminales serbio-bosnios. También cabe destacar que en febrero tres serbio-bosnios acusados por el Tribunal se entregaron voluntariamente a las tropas de la O.T.A.N. y fueron trasladados a la sede del Tribunal en La Haya; los mismos hechos se sucedieron en relación a otro de los acusados serbio-bosnios al mes siguiente.⁸⁸

Después de algunas vicisitudes, en particular la liberación en mayo de este año de 14 acusados por las razones de las que damos cuenta en nota *supra* 153, en julio de 1998 se encontraban bajo la custodia del Tribunal 22 acusados; 8 detenidos por las fuerzas internacionales desplegadas en Bosnia-Herzegovina; 7 detenidos por el Gobierno Bosnio y por terceros Estados; y otros 13 que se habían entregado voluntariamente. Elevándose a 60 el total de acusados por el Tribunal; además de una lista secreta de acusados de la que hace uso el Tribunal para facilitar la detención de los mismos, en particular por las fuerzas de la OTAN. No obstante, los principales responsables de las violaciones graves y masivas de los derechos humanos y del derecho humanitario cometidas en la ex Yugoslavia todavía no se encuentran bajo la custodia del Tribunal.

2. El Tribunal para Ruanda

Mediante la Resolución 955 de 8 de noviembre de 1994 el C. de S. crea el Tribunal internacional para Ruanda (con el voto en contra de Ruanda y la abstención de China), con competencia para conocer de las violaciones graves del derecho humanitario y de la Convención contra el Genocidio cometidas entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.⁸⁹ Sobre el fundamento jurídico de la creación de este tribunal internacional nos remitimos a lo ya dicho respecto del Tribunal para la ex Yugoslavia.⁹⁰ Aunque es destacable que en el preámbulo de la

88. *Vid. Keesing's*, 1997, p. 41979; 1998, pp. 42024, 42086 y 42159.

89. En España, la Resolución de 10 de mayo de 1995 de la Secretaría General Técnica hace pública esta Resolución: *B.O.E.*, n. 123, 24-V-1995, pp. 15183-15188. Sin embargo, y a diferencia de su homólogo para la ex Yugoslavia, la publicación de la correspondiente Ley Orgánica de cooperación con este Tribunal se ha demorado considerablemente. Esta carencia podría haber planteado problemas sustantivos y procesales de cierta importancia en nuestro ordenamiento jurídico si el Tribunal para Ruanda, de acuerdo con la Resolución del C. de S. citada, hubiera solicitado a España la detención y trasladado de algún acusado que se encontrara en territorio español. Finalmente, en el *B.O.E.* n. 157, 2-VII-1998, se publica la Ley Orgánica 4/1998 de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda.

90. En esta dirección se ha pronunciado el Tribunal para Ruanda en el caso *Prosecutor v. Kanyabashi*, Decisión sobre la competencia de 18 de junio de 1997. La Sala de primera instancia afirma, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal para la ex Yugoslavia, que la

Resolución citada *se hace expresa referencia a la solicitud del Gobierno de Ruanda*, en aquellas fechas representado por el Frente Patriótico Ruandés, vencedor en la guerra civil, a pesar de que Ruanda, Estado miembro no permanente del C. de S., finalmente votó en contra de dicha Resolución, sobre todo por las siguientes razones: a) la escasez de medios materiales y personales puestos a disposición del Tribunal; b) la competencia del Tribunal es excesivamente amplia, ya que a juicio del Gobierno ruandés únicamente debería ocuparse de los dirigentes que han planificado, organizado e instigado el genocidio; c) los condenados pueden ser detenidos en cárceles de otros Estados, bajo la autoridad de los Gobiernos de estos Estados y no bajo la autoridad del Gobierno de Ruanda; d) en el Estatuto del Tribunal se prohíbe la pena de muerte, permitida en la legislación penal ruandesa.⁹¹

La competencia *rationae temporis* del Tribunal se desarrolla desde el 1 de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre del mismo año, en relación a los hechos cometidos en el territorio de Ruanda y los hechos cometidos en Estados vecinos llevados a cabo por ciudadanos ruandeses (artículo 7). La competencia *rationae materiae* es más limitada que la establecida para el Tribunal de la ex Yugoslavia. Se regula el genocidio de igual forma (artículo 2); pero se restringe la competencia del Tribunal a las violaciones graves del derecho humanitario previstas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo Adicional II de 1977 (artículo 4),⁹² y se definen los crímenes de lesa humanidad en el artículo 3 hasta el punto de casi confundirse con la noción de genocidio, si bien se añaden los ataques realizados por razones políticas.⁹³

creación del Tribunal para Ruanda tiene como fundamento jurídico el Capítulo VII de la Carta, y en particular el artículo 41 de la misma: *vid.* el texto de esta decisión en *H.R.L.J.*, vol. 18 (1997), 343-347.

91. *Vid.* S/PV3453, pp. 15-16; y BETTATI, M., *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, Paris, 1996, pp. 293-296.
92. Ello se debe según MERON, T., "International Criminalization of Internal Atrocities", *A.J.I.L.*, vol. 89 (1995), 554-577, pp. 556 y 574, a que el C. de S. considera que en el caso de la ex Yugoslavia se desarrolla un conflicto internacional, pero en Ruanda entiende que existe un conflicto interno; *vid.* también AKHAVAN, P., "The International Criminal Tribunal for Ruanda: the Politics and Pragmatics of Punishment", *A.J.I.L.*, vol. 90 (1996), 501-510, p. 503; MUBIALA, M., "Le Tribunal International pour le Rwanda: vraie ou fausse copie du Tribunal penal international pour l'Exyugoslavie?", *R.G.D.I.P.*, t. 99 (1995), 929-954, p. 945.
93. "El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos".

Al igual que en el caso del Tribunal para la ex Yugoslavia, el efectivo cumplimiento de las competencias del Tribunal para Ruanda dependerá de la cooperación y asistencia judicial que le presten los Estados, como así se regula en el artículo 28. En este sentido, el Tribunal para Ruanda y los tribunales nacionales tendrán competencia concurrente para conocer de los hechos enunciados en el Estatuto, aunque en todo caso “el Tribunal Internacional para Ruanda tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales de todos los Estados Miembros” (artículo 8). Por otro lado, debido a razones eminentemente económicas la Sala de Apelaciones y el Fiscal del Tribunal para Ruanda estarán formadas por los mismos miembros que componen los órganos equivalentes del Tribunal para la ex Yugoslavia, aunque se nombrará un fiscal adjunto (artículos 12 y 15). Los gastos del Tribunal correrán a cargo del Presupuesto ordinario de N.U. (artículo 30). Por último, señalemos que la sede del Tribunal fue establecida a través de la Resolución 877 de 22 de febrero de 1995 del C. de S. en Arusha, Tanzania, con la oposición del Gobierno Ruandés, que había insistido en la capital de su país, Kigali, como la sede más adecuada.

Como valoración general, las perspectivas de efectivo funcionamiento de este Tribunal en principio son mayores que en el caso del Tribunal para la ex Yugoslavia, al haberse producido un cambio radical de Gobierno en Ruanda y demostrar el nuevo Gobierno ruandés una decidida posición en favor del castigo de los responsables del genocidio.⁹⁴ Si bien el Gobierno de Ruanda ha optado por castigar penalmente a los responsables de actos de genocidio a través de sus propios tribunales internos. En efecto, en abril de 1995 los tribunales ruandeses iniciaron en Kigali, capital de Ruanda, los primeros juicios contra los responsables de los actos de Genocidio, calculándose en varias decenas de miles los implicados en los hechos. El Gobierno Ruandés ha reconocido la imposibilidad de juzgar a todos los implicados, ante la muy deficiente estructura judicial de que dispone, en particular después del asesinato o la huida del país de la mayoría de los jueces y juristas a resultas del conflicto armado civil y los actos de genocidio. Por ello, ha manifestado una decidida convicción de juzgar a los principales organizadores del genocidio, y para los demás implicados ha articulado un mecanismo de confesión y de reconocimiento de culpabilidad destinado a agilizar los procedimientos a cambio de una reducción sustancial de las penas a imponer.⁹⁵ A este respecto, no se debe olvidar la dramática situación reinante en Ruanda,

94. Vid. AKHAVAN P., “The International Criminal...”, *loc. cit.*, p. 509; MUBIALA, M., “Le Tribunal International...”, *loc. cit.*, p. 954.

95. Vid. DUBOIS, O., “Las jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y el Tribunal internacional”, *R.I.C.R.*, n. 144 (1997), 763-778, pp. 771-777.

después de un período de guerra civil, el asesinato de cientos de miles de personas, y con cerca de dos millones de desplazados internos y refugiados.⁹⁶

También es obvio que el Tribunal Internacional para Ruanda deberá limitarse a ejercer sus funciones en relación a los individuos organizadores o instigadores del genocidio, los más altos dirigentes del Gobierno de Ruanda que cometió el genocidio: desde luego, es impensable que el Tribunal enjuicie a varios miles de individuos. En particular, se ha destacado la escasez de medios personales y materiales con los que cuenta el Tribunal para llevar a cabo las funciones previstas en su Estatuto.⁹⁷ A mediados de 1998, se encontraban bajo la custodia del Tribunal 31 acusados sobre un total de 43 individuos formalmente acusados. Se calcula, de forma muy estimativa, que el Tribunal podría ejercer sus competencias sobre unos 400 sospechosos, número evidentemente muy aleatorio ante la gravedad de los hechos cometidos en Ruanda y el elevado número de implicados que pueden tener un determinado nivel de responsabilidad en la comisión de los mismos.

En el haber de la creación del Tribunal penal internacional para Ruanda se debe incluir la cooperación mostrada por algunos Estados (Camerún, Bélgica, Suiza, Kenia, Zambia y Estados Unidos) en la detención y posterior entrega al Tribunal de los individuos acusados por éste que se encontraban en su territorio, actuación valorada positivamente por el propio gobierno ruandés, y que sin duda ha contado con una base jurídica firme gracias a la creación de este Tribunal *ad hoc* mediante una Resolución del C. de S. Es más, cabe preguntarse si los citados Estados habrían atendido con idéntica diligencia una petición de detención y traslado de los mismos individuos formulada por el Gobierno ruandés.⁹⁸

Aunque en todo este contexto, a nuestro juicio resulta un tanto absurdo que estemos a la espera del inicio y conclusión de los

96. Vid. DEGNI-SÉGUI, R., *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ruanda*, E/CN.4/1996/7, pp. 23-24. La situación en las cárceles de Ruanda en los últimos años es muy de lamentar, permaneciendo detenidos en condiciones inhumanas más de 100.000 ruandeses acusados de genocidio, lo que está provocando un elevado índice de mortalidad: *ibid.*, pp. 19-21.

97. Vid. APTEL, C., "El Tribunal Penal Internacional para Ruanda", *R.I.C.R.*, n. 144 (1997), 721-730, *passim*. Por otro lado, en 1997 se publicó un informe interno de N.U. (A/51/789 y Anexos) en el que se critica el mal funcionamiento administrativo del Tribunal. A consecuencia de este informe, varios funcionarios del Tribunal abandonaron su cargo, incluidos el Secretario y el Fiscal Adjunto: *vid.* "Chronique", *R.G.D.I.P.*, t. 101 (1997), p. 770.

98. Cf. APTEL, *loc. cit.*, pp. 725-728 y notas que acompañan; y el Informe del Secretario General, S/1998/857.

procedimientos llevados a cabo por el Tribunal penal internacional establecido en Arusha, Tanzania, quien puede imponer penas privativas de la libertad, cuando en Ruanda ya han sido condenados a muerte varios de los principales instigadores del genocidio cometido en 1994, sin que se hayan respetado las garantías procesales de un juicio justo; desde el punto de vista del principio de igualdad la situación es algo más que paradójica.⁹⁹

En definitiva, el Tribunal para Ruanda se está encontrando con importantes obstáculos para llevar a cabo la tarea para la que fue creado. No obstante estas dificultades, el 2 de septiembre de 1998 el Tribunal para Ruanda ha dictado su primera Sentencia en el caso *Prosecutor y Jean-Paul Akayesu* en la que se califican de genocidio y crímenes contra la humanidad los actos cometidos por el acusado, que ocupaba en aquel entonces el cargo de Burgomaestre de Taba. El 4 de septiembre el Tribunal dicta Sentencia en el caso *Prosecutor y Jean Kambanda*, antiguo primer ministro ruandés, condenado a cadena perpetua por la comisión de actos de genocidio y crímenes contra la humanidad en calidad de máximo órgano del Estado en los meses de mayo y junio de 1994; a pesar de la aceptación de los cargos por el acusado y la colaboración mostrada con el Tribunal, circunstancias que el Tribunal no admite como atenuantes dada la gravedad de los hechos cometidos y el cargo que desempeñaba el acusado.¹⁰⁰

IV.

VALORACIÓN DE LA PRÁCTICA ESTUDIADA

1. La noción de responsabilidad internacional del individuo

De acuerdo con todo lo dicho hasta ahora, hemos comprobado que como consecuencia del carácter esencialmente descentralizado e interestatal del ordenamiento internacional, el sector de normas del Derecho internacional dedicado a la responsabilidad penal del indivi-

99. Cf. DEGNI-SÉGUI, R., *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ruanda*, E/CN.4/1997/61, pp. 13-22; y el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, E/CN.4/1998/61, pp. 11-13: hasta finales de 1997, se había condenado a 111 personas a la pena capital, 109 personas a cadena perpetua y 102 a otras penas. Cf. en la doctrina DUBOIS, O., *loc. cit.*, pp. 776-777; SHRAGA, D. y ZACKLIN, R., "The International Criminal Tribunal For Rwanda", *EJIL*, vol. 7 (1996), 501-518, pp. 515-518.

100. Con algunos años de retraso, al menos en comparación con su homólogo para la ex Yugoslavia, se ha puesto en funcionamiento una página WEB en la dirección de internet: www.ictcr.org, en la que se puede consultar el texto de estas dos Sentencias.

duo se encuentra en un estado embrionario en el actual estadio de la evolución del ordenamiento internacional.¹⁰¹

En primer lugar, se plantean numerosas dudas sobre las conductas punibles, aunque se puede concluir, con el apoyo de la propia práctica más reciente del C. de S., que el Derecho internacional se encamina en el sentido de que los individuos autores de vulneraciones graves de los derechos humanos o del derecho humanitario deben ser enjuiciados y castigados penalmente, ya sea a través de los ordenamientos internos de los Estados en los que se encuentren, ya sea a través de un Tribunal *ad hoc* creado por el C. de S. en los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda.¹⁰² El Estatuto aprobado en Roma en julio de este año confirma la existencia de un consenso entre los Estados a este respecto.

Ahora bien, no hay demasiado acuerdo sobre el contenido de esta responsabilidad; y, sobre todo, no existe un consenso sobre el modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional del individuo.¹⁰³ Las propuestas al respecto se siguen centrando en el cumplimiento del principio *aut dedere aut iudicare*, que requiere inexcusablemente de la cooperación del Estado en el que se encuentre el individuo presuntamente responsable. Lo que plantea numerosos problemas en la práctica, incluso en los asuntos de la ex Yugoslavia y Ruanda en los que el C. de S. ha intervenido muy decididamente, al menos sobre el papel. Es más, incluso en el caso de Estados que han sido derrotados militarmente en un conflicto armado internacional como Irak, no se ha hecho efectiva –ni se tienen muchas expectativas de lograrlo en el futuro– la responsabilidad internacional del individuo.

Esta práctica resulta muy conforme con la salvaguarda de los principios de igualdad soberana y no intervención. En efecto, la aplicación de la responsabilidad internacional del individuo conlleva necesariamente una modificación de la estructura de Gobierno de un determinado Estado o al menos un cambio radical de sus componentes, ya que normalmente serán los máximos dirigentes del Gobierno los responsables de las conductas perseguidas internacionalmente.¹⁰⁴

101. Cf. HUESA VINAIXA, R., "El 'Tribunal...'", *loc. cit.*, pp. 160-162.

102. Cf. FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *loc. cit.*, pp. 37-39.

103. Con carácter general cf. sobre esta problemática PÉREZ GONZÁLEZ, M., "La responsabilidad internacional de entes distintos de los Estados", en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11ª Ed., Madrid, 1997, 707-721, pp. 707-715.

104. Cf. BENNOUNA, M., "La création d'une juridiction pénale internationale et la souveraineté des États", *A.F.D.I.*, vol. XXXVI (1990), 299-306, pp. 301-304. Es cierto también que incluso en los ordenamientos internos de los Estados democráticos, el enjuiciamiento de los máximos dirigentes del Gobierno se supedita al consentimiento de los órganos parlamentarios, y normalmente se prevé que las más altas instancias jurisdiccionales se encargarán de esos casos: *ibid.*, p. 306.

La práctica demuestra que estos límites resultan casi infranqueables incluso en situaciones tan fluidas como las referidas a la entidad territorial —cabe reconocerlo así desde el punto de vista del principio de efectividad— controlada por los serbio-bosnios de Bosnia-Herzegovina, reconocida formalmente en los acuerdos de Dayton/Paris como la República *Srpska*. Resulta evidente que los propios dirigentes de un Estado no van a entregarse a sí mismos a otro Estado, y tampoco estarán dispuestos a someterse a la custodia de un tribunal penal internacional para ser juzgados. Al menos, si existe consenso entre los demás sujetos del ordenamiento internacional, los presuntos responsables deberán permanecer en una especie de cárcel muy peculiar delimitada por el territorio de su propio Estado. Pero en definitiva, salvo que se produzca un cambio radical de Gobierno, como ha sido el caso de Ruanda, difícilmente se hará efectiva la responsabilidad internacional del individuo, como así lo prueba la práctica de los Estados.¹⁰⁵

Por otra parte, en caso de que los dirigentes de un gobierno sean finalmente juzgados por los tribunales internos de su propio Estado, no tiene demasiada utilidad demandar la existencia de una responsabilidad *internacional* del individuo. Ya que simplemente se trata de que el Estado en cuestión cumpla las obligaciones internacionales que ha asumido, cuyo contenido se centra en la investigación y castigo de los individuos responsables de ciertas conductas tipificadas en normas internacionales.

Porque como su propio nombre indica, *la responsabilidad internacional es evidentemente interestatal*. En esta materia, las referencias a la responsabilidad internacional del individuo en realidad se incardinan en el contenido de una obligación internacional primaria que permite y obliga al Estado al castigo de los individuos autores de las conductas descritas en la norma convencional, o en su defecto le obliga a su extradición, todo ello en el marco de su ordenamiento interno e, insistimos, en el cumplimiento de una obligación primaria.¹⁰⁶ Como se ha señalado, el individuo no llega a penetrar en la esfera de las relaciones que surgen de la comisión de un hecho ilícito internacional,¹⁰⁷ por lo que la propia noción de responsabilidad internacional del individuo no se compagina con la práctica de los Estados.

105. Cf. LATTANZI, F., *Garanzie dei diritti dell'uomo nel Diritto Internazionale Generale*, Milano, 1983, pp. 420-421 y nota 4.

106. Cf. CARELLA, G., *La responsabilità dello Stato per crimini internazionale*, Napoli, 1985, pp. 150-174.

107. CONDORELLI, L., "L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances", *R. des C.*, t. 189 (1984), pp. 115-116.

Si el Estado incumple esas obligaciones primarias, se le podrá exigir responsabilidad internacional por parte de los otros Estados vinculados por la norma infringida. Y de acuerdo con la estructura descentralizada del Derecho internacional, la principal vía para hacer efectiva la llamada responsabilidad internacional del individuo, consiste en compeler al Estado en cuyo territorio se hallen los individuos presuntamente responsables para que cumplan sus obligaciones primarias en la materia, consistentes en investigar y castigar a los autores, con independencia de su situación en la jerarquía administrativa o de organización de poder del Estado, o conceder su extradición a un tercer Estado. Sin olvidarnos tampoco de la importancia de afirmar la jurisdicción universal respecto de determinadas conductas, lo que permitirá que los tribunales de todos los Estados sean competentes para enjuiciar a los autores de los crímenes tipificados a nivel internacional, esto último en evidente interrelación con el cumplimiento de la obligación *aut dedere aut iudicare*.

2. Una errónea analogía

En todo caso, no se puede ni se debe articular la responsabilidad internacional del individuo tomando como modelo para ello los ordenamientos internos de los Estados. De lo contrario, se incurre en un planteamiento excesivamente optimista, muy alejado de la práctica internacional, que seguramente sufre en sus fundamentos una incorrecta comparación entre el Derecho internacional y los ordenamientos internos de los Estados, peligro que ya era apuntado por autores clásicos como ANZILOTTI.¹⁰⁸

Toda propuesta de creación de un sistema penal internacional debe basarse en el reconocimiento de la estructura eminentemente inorgánica y descentralizada de la Sociedad internacional, formada por unos sujetos principales, los Estados, que se constituyen en entidades de hecho –no son creadas por el Derecho internacional al contrario de lo que sucede con las personas jurídicas en los ordenamientos internos–, autónomas e independientes entre sí.¹⁰⁹ Por lo tanto, la pretensión de construir un sistema penal en el seno de este

108. ANZILOTTI, D., "Teoria Generale della responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale", en *Scritti di diritto internazionale Pubblico*, Padova, 1956, 5-147, pp. 81 *in fine*-82.

109. Sobre la naturaleza inorgánica y descentralizada de la Sociedad internacional se puede consultar el estudio, muy crítico con las teorías tomadas del Derecho interno y en particular del Derecho constitucional y del Derecho administrativo y aplicadas incorrectamente al Derecho internacional, de ARANGIO RUIZ, G., "The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of

ordenamiento internacional a imagen y semejanza de los ordenamientos internos, peca de idealismo al no sustentarse ni tener en cuenta la base social que regula el ordenamiento internacional.

A este respecto, el propio Tribunal para la ex Yugoslavia reconoce, en el contexto de una jurisprudencia que no obstante cabe calificar de progresista según veremos *infra*, las diferencias que existen entre un Tribunal penal internacional y los tribunales penales que llevan a cabo sus actuaciones en los ordenamientos internos de los Estados. En el caso *Blaskic*, la Sala de Apelaciones afirma en su Sentencia de 29 de octubre de 1997 que el Tribunal carece de competencia para adoptar una *subpoena duces tecum* (orden vinculante de entrega de documentos, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la imposición de una sanción por el Tribunal) según el artículo 54 de su Reglamento de Procedimiento, dirigida a un Estado (en este caso Croacia) o a un individuo-órgano de un Estado (en este caso el Ministro de Defensa de Croacia) en el ejercicio de sus funciones oficiales. El Tribunal afirma, en un párrafo cuyo interés justifica su cita en extenso, lo siguiente:

The Appeals Chamber wishes to emphasise at the outset that the Prosecutor's reasoning, adopted by the Trial Chamber in its Subpoena Decision [de 22 de septiembre de 1997, mediante la que se acepta la imposición de esta medida contra Estados y, por ende, contra los individuos que actúan en calidad de órgano del Estado, teniendo en cuenta en este último caso que los tribunales internos sí poseen esta competencia], is clearly based on what could be called 'the domestic analogy'. It is well known that in many national legal systems, where courts are part of the State apparatus and indeed constitute the judicial branch of the State apparatus, such courts are entitled to issue orders to other (say administrative, political, or even military) organs, including senior State officials and the Prime Minister or the Head of State. These organs, subject to a number of well-specified exceptions, can be summoned to give evidence, can be compelled to produce documents, can be requested to appear in court, etc. This is taken for granted in modern democracies, where nobody, not even the head of State, is above the law (*legibus solutus*).

The setting is totally different in the international community. It is known *omnibus lippis et tonsoribus* that the international community lacks any central government with the attendant separation of powers and checks and balances. In particular, international courts, including the International Tribunal, do not make up a judicial branch of a central government. The international community primarily consists of sovereign States; each jealous of its own sovereign attributes and prerogatives, each insisting on its right to equality and demanding full respect, by all other States, for its domestic jurisdiction. Any international body must therefore take into account this basic structure of the international community. It follows from these various factors that international courts do not necessarily possess, *vis-à-vis* organs of sovereign States, the same powers which accrue to national courts in respect of the administrative, legislative and political organs of the State. Hence, the transposition into the international community of legal institution, constructs or approaches

Friendly Relations with an Appendix on the Concept of International Law and the Theory of International Organisations", *R. des C.*, t. 137 (1972-III), 419-742, pp. 646-698; y del mismo autor *vid.* más recientemente "Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne. Cours général de droit international public", *R. des C.*, t. 225 (1990-VI), 9-484, pp. 435-479.

prevailing in national law may be a source of great confusion and misapprehension. In addition to causing opposition among States, it could end up blurring the distinctive features of international courts.¹¹⁰

El Tribunal sí posee competencia, según el artículo 29 de su Estatuto, para adoptar una Resolución mediante la que se solicite la cooperación y asistencia judicial por parte de un Estado determinado; si el Estado hace caso omiso al requerimiento del Tribunal, éste podrá comunicarlo al C. de S. para que adopte las medidas que estime convenientes. Como hemos apuntado *supra*, hasta ahora el C. de S. se limita a adoptar una Declaración mediante la que su Presidente condena el comportamiento del Estado en cuestión y le exige que cumpla con el requerimiento del Tribunal.¹¹¹ El Tribunal para la ex Yugoslavia también admite que, una vez que se determina judicialmente que un Estado incumple el artículo 29 de su Estatuto, terceros Estados u Organizaciones internacionales adopten medidas sancionatorias contra el Estado infractor, siempre que el C. de S. no se decida actuar en el ámbito del Capítulo VII de la Carta; de manera que viene a reconocer el carácter *erga omnes* de las normas contenidas en su Estatuto.¹¹²

Por último, el Tribunal afirma su competencia para la adopción de una *subpoena* contra un particular o un funcionario de un Estado en relación a actos no realizados en su calidad de órgano del Estado (para que comparezca como testigo, entregue documentos que puedan servir de prueba, etc.), de acuerdo con los objetivos y propósitos que se recogen en su Estatuto y en orden a llevar a cabo su función judicial, y asimismo de acuerdo con las previsiones de los artículos 18 y 19 del mismo. Pero por regla general será el Estado en el que se encuentre el particular el que, de acuerdo con su propio ordenamiento interno, le obligue a llevar a cabo las actividades solicitadas por el Tribunal. Sólo cuando el Estado se niegue a cooperar con el Tribunal o en el caso de que las autoridades del Estado puedan estar implicadas en los hechos y por tanto carezcan de imparcialidad (los Estados de la ex Yugoslavia y la República Sprska), podrá el Tribunal dirigirse directamente al particular y, si no cumple la orden del Tribunal, enjuiciarle, incluso *in absentia*, para imponerle una sanción. Entre las personas que actúan a título privado, el Tribunal incluye a los individuos miembros de la UNPROFOR.¹¹³

Por tanto, el Tribunal para la ex Yugoslavia, que no olvidemos fue creado mediante una Resolución del C. de S. que apenas ha recibido

110. *Vid.* párrafo 40 de esta Sentencia.

111. *Vid.* párrafos 33-35 y nota 48.

112. *Vid.* párrafo 36.

113. *Vid.* párrafos 46-60.

objeciones por parte de los Estados (con la excepción de la República de Serbia y Montenegro), "...may discharge its functions only if it can count on the *bona fide* assistance and cooperation of sovereign States. It is therefore to be regarded as sound policy for the Prosecutor, as well as defence counsel, first to seek, through cooperative means, the assistance of States, and only if they decline to lend support, then to request a Judge or a Trial Chamber to have recourse to the mandatory action provided for in Article 29".¹¹⁴

Desde esta perspectiva, deben valorarse positivamente los resultados alcanzados en la Conferencia de Roma, siendo siempre conscientes de que el efectivo funcionamiento de la Corte Penal descansará en la cooperación que reciba de los Estados parte y de los Estados no parte que alcancen un acuerdo *ad hoc* con la Corte. Si uno de estos Estados incumple las obligaciones previstas en el Estatuto o en el acuerdo *ad hoc*, la única solución que cabe es el recurso a los mecanismos de aplicación de normas previstos en el Derecho internacional; es decir, la utilización de medidas de retorsión o de represalia en el ámbito de la estructura relacional, o el uso de sanciones en el seno de la estructura institucional, sobre todo por parte del C. de S., como implícitamente prevé el propio Estatuto en el caso de que la competencia de la Corte se base en una decisión del C. de S.

Y sin perjuicio de la aplicación de los procedimientos de solución de controversias. A este respecto, el artículo 119 del Estatuto de Roma, dedicado a la solución de controversias, afirma, en primer lugar, que toda controversia concerniente al ejercicio de las funciones judiciales de la Corte deberá ser resuelta mediante decisión del propio Tribunal. Y en su párrafo 2º, se prevé que toda controversia entre dos o más Estados partes relativa a la interpretación o aplicación del Estatuto que no se solucione mediante negociaciones, podrá ser remitida a la Asamblea de Estados Partes, la cual podrá por sí misma establecer la solución de la controversia o recomendar el recurso a un determinado mecanismo de solución de controversias, incluido el sometimiento del asunto ante el Tribunal Internacional de Justicia de acuerdo con las reglas de competencia de este órgano.

3. Democracia y Estado de derecho, y Derecho internacional

Desde una perspectiva general, el debate sobre la responsabilidad internacional del individuo está encubriendo u ocultando una contradicción principal que atraviesa transversalmente algunos

114. *Vid.* párrafo 31.

sectores de normas del ordenamiento internacional, según vamos a tratar de explicar a continuación.

Como consecuencia de la vigencia de los principios de igualdad soberana y no intervención, el Derecho internacional general no impone a los Estados una determinada forma de Gobierno y sin perjuicio de que en ámbitos regionales se establezca otra cosa. En efecto, a pesar de los importantes avances apreciables en los últimos años, por una parte en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea, del Consejo de Europa, y de la Organización para la Cooperación y Seguridad en Europa y, por otra, en el contexto de la Organización de Estados Americanos, en la consideración de un orden público que impone a todo Estado miembro el respeto de la democracia, el imperio de la ley y los derechos humanos, en el ámbito universal no existe todavía, con todos los matices que se quiera, un firme consenso en la misma dirección, aunque en la práctica ya se aprecian algunos indicios del camino por recorrer hacia tal consenso, propiciados por la labor de los mecanismos de control internacional de la normativa sobre derechos humanos y las actividades de supervisión de procesos electorales a cargo de Naciones Unidas y otras organizaciones regionales. Sin olvidar las actuaciones recientes del C. de S. en los asuntos de Haití y Sierra Leona; aunque se pueden plantear bastantes dudas sobre los motivos que justificaron la adopción de sanciones en estos dos asuntos, dada la discrecionalidad con la que actúa el C. de S. como órgano político que es.¹¹⁵

Hablamos de contradicción principal, porque, de acuerdo con la propia práctica de los Estados, la normativa internacional que obliga a los Estados a castigar penalmente a –o en su defecto a la extradición de– los individuos responsables de ciertas conductas determinadas convencionalmente, necesita para su efectiva aplicación de estructuras

115. Cf. para todo este párrafo ESCUDERO ESPINOSA, J.F., “¿Hacia una intervención armada en favor de la democracia?: el ‘precedente’ de Haití”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XII (1996), 297-377, *passim*; FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “Democracia y desarrollo en el ordenamiento internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., y FERNÁNDEZ LIESA, C.R., (Eds.), *El desarrollo y la cooperación internacional*, Madrid, 1997, 183-231, *passim*; MARIÑO MENÉNDEZ, F., “Naciones Unidas y el derecho de autodeterminación”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., (Ed.), *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid, 1996, 77-110, pp. 101-105; MORIN, J.Y., “Institutions Internationales et droits de l’homme. Vers de nouvelles exigences de légitimité de l’Etat”, en S.F.D.I., (Ed.), *L’état souverain à l’aube du XXIe Siècle*, Paris, 1994, 233-300, pp. 258-290; y del mismo autor “L’Etat de droit: émergence d’un principe du droit international”, *R. des C.*, t. 254 (1995), 9-462, *passim* y pp. 447-462; REMIRO BROTONS, A., “No intervención versus injerencia humanitaria y principio democrático”, en *Anuario Argentino de Derecho internacional*, vol. VII (1996-1997), 105-126, pp. 116-125; ROLDÁN BARBERO, J., *Democracia y Derecho internacional*, Madrid, 1994, *passim*.

de gobierno democráticas y de derecho, en las que exista un poder judicial independiente que aplique la legislación penal interna con todas las garantías para el acusado y la acusación. Por tanto, el Estado que carece de estructuras de gobierno democráticas y de derecho, difícilmente aplicará tales normas. Aunque se nos atribuya una concepción eurocéntrica del ordenamiento internacional, lo cierto es que la práctica confirma sin demasiadas dudas estas afirmaciones, como lo demuestra, por referirnos otra vez a un ejemplo paradigmático, el precedente iraquí.¹¹⁶ En conclusión, de poco sirve elaborar complejas propuestas sobre la responsabilidad internacional del individuo, si el ordenamiento internacional todavía no ha resuelto, fuera de ámbitos regionales muy concretos, esta contradicción principal, de modo que la discusión sobre la responsabilidad internacional del individuo en última instancia está sirviendo de distracción sobre una realidad del ordenamiento internacional que no escapa a cualquier lector de la prensa diaria.

En este sentido, el Tribunal previsto en el Estatuto de Roma deberá aplicar los artículos 17, dedicado al alcance del principio de complementariedad, y 20, que se ocupa del principio *ne bis in idem*, y valorar si en un determinado ordenamiento interno se han desarrollado eficazmente los procedimientos penales conducentes al castigo de los autores de las conductas que se regulan en el Estatuto. En este supuesto, el Tribunal carecerá de competencia sobre el asunto en cuestión. Ahora bien, ¿cómo se van aplicar los artículos 17 y 20 en Estados con gobiernos totalitarios o autoritarios que desconocen el principio de la primacía del derecho? Desde luego, en estos casos la Corte Penal Internacional tendrá competencia, si, claro está, el Estado es parte en el Estatuto. Porque una cosa es el relativismo cultural y la creación de un Derecho internacional particular aceptable en el ordenamiento internacional siempre que no vulnere las normas *ius cogens*,¹¹⁷ y otra cosa bien distinta es la vulneración grave y masiva de

116. El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos para Irak, STOEL, comentando la labor del Comité de Derechos Humanos en el examen de los informes presentados por Irak, señala que "seguía preocupando profundamente al Comité de Derechos Humanos el hecho de que en el Iraq no existiera una clara separación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Esa fusión de los tres poderes institucionales da lugar a que se violen los derechos civiles y políticos en el Iraq. A este respecto, el Comité llegó a las mismas conclusiones formuladas por el Relator Especial en numerosas ocasiones, a saber, que en el Iraq todo el poder del Estado se concentra en el Ejecutivo, es decir, en el Presidente Saddam Hussein, quien no está sujeto a ninguna fiscalización, no ha de rendir cuentas y actúa libre de salvaguardias y contrapesos que garanticen la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales": E/CN.4/1998/67, p. 23.

117. JIMÉNEZ PIERNAS, C., "El concepto de Derecho Internacional Público I", en DÍEZ DE VELASCO, M., *op. cit.*, 57-76, pp. 70-72.

las normas sobre derechos humanos y derecho humanitario que han perpetrado en los últimos años los Gobiernos de Estados como Irak, Zaire, Sudán, etc., sin que el sistema judicial de estos países haya actuado eficazmente. Por tanto, la adopción del Estatuto de Roma es una prueba más, de bastante importancia, en el sentido de que los valores de democracia, respeto de los derechos humanos e imperio de la ley, se deben afianzar en el ordenamiento internacional.¹¹⁸

Esta contradicción también tiene su reflejo en un concreto sector de normas, las referidas a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución aplicables a los Estados extranjeros, evidentemente cuando las conductas individuales perseguibles internacionalmente sean realizadas, ordenadas o autorizadas por funcionarios civiles o militares de un determinado Estado, sobre todo si disfrutan de un elevado rango o posición jerárquica en el Estado.¹¹⁹ *Supra* hemos visto como la C.D.I. se decanta por negar toda inmunidad a los individuos responsables de las conductas detalladas en los dos Proyectos a los que hemos hecho referencia, aunque la comisión del crimen se lleve a cabo como jefe de Estado o de Gobierno. En la misma dirección se pronuncia el artículo 27 del Estatuto. Pero el Derecho internacional vigente no confirma esta posición, según la propia práctica de los sujetos del ordenamiento internacional.¹²⁰ De otro modo no se explica, por ejemplo, que el

118. Por otro lado, debemos ser conscientes de que no basta con proclamar la bondad de estos valores, sobre todo si esta acción se lleva a cabo desde un Estado miembro de la Unión Europea. Sin duda, la implantación de las nociones de democracia, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos necesita de la cooperación económica por parte de los países más desarrollados, seguramente en perjuicio de la posición dominante que estos países ahora mismo detentan en el marco del liberalismo que caracteriza a la economía internacional: cf. FERNÁNDEZ LIESA, C.R., "Democracia..." *loc. cit.*, pp. 220-229.

119. Cf. TOMUSCHAT, C., "Crimes Against the Peace and Security of Mankind and the Recalcitrant Third State", en DINSTEIN, Y. y TABORY, M., (Eds.), *War Crimes in International Law*, Dordrecht, 1996, 183-196, pp. 59-60.

120. *Vid.* el estudio de la práctica de DE SENA, P., *op. cit.*, *passim* y pp. 53-58. En concreto, en la Resolución del IDI sobre "Contemporary problems concerning the immunity of States in relation to questions of jurisdiction and enforcement", no se hace ninguna referencia expresa a la no aplicación de la inmunidad de jurisdicción en la materia de que nos estamos ocupando, pero sí se realiza una remisión a las normas sobre las inmunidades de que gozan los jefes de Estado y de Gobierno y los enviados diplomáticos, y otros órganos del Estado según el Derecho internacional consuetudinario y convencional: *vid.* el texto de esta Resolución en *A.I.D.I.*, vol. 64-II (1992), pp. 388-401. Del mismo modo, en el Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Proyecto que hasta ahora no ha recibido la aceptación por parte de los Estados) se ha omitido cualquier consideración sobre la responsabilidad internacional del individuo, limitándose la C.D.I. a prever la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado ante los tribunales del foro en caso de muerte o lesiones de una persona o de daño o pérdida de bienes corporales, causados por actos u omisiones atribuibles al Estado (es decir cometidas por agentes del Estado o personas que de hecho actúan por su cuenta),

dictador Mobutu, que ha gobernado Zaire en los últimos 30 años, y que es responsable de graves y masivas vulneraciones de los derechos humanos y de haber amasado una fortuna a costa del sufrimiento de su pueblo, haya gozado en varios países europeos de la más absoluta inmunidad sobre su persona y sus bienes de acuerdo con su rango de jefe de Estado.

4. La falta de consenso en la práctica de los Estados sobre las figuras punibles

Por otro lado, incluso en el reducido ámbito geográfico de los Estados habitualmente calificados de occidentales, existen bastantes dudas sobre las conductas gubernamentales que deben ser perseguidas y castigadas penal o al menos administrativa o civilmente. Por ejemplo, se ha discutido, con resultados muy desfavorables para la protección de los derechos humanos, sobre la competencia de los Tribunales estadounidenses para conocer de la actuación del ejecutivo estadounidense en el ámbito de las relaciones exteriores, en ocasiones muy poco respetuosa con la normativa internacional sobre derecho humanitario y derechos humanos. Así, los tribunales de Estados Unidos han negado su competencia, alegando la doctrina de la *political question*, para conocer de las demandas de reparación civil presentadas por ciudadanos de Panamá y Libia por los daños sufridos a causa de los bombardeos realizados por Estados Unidos en estos dos Estados en 1989 y 1986, en los que murieron o resultaron heridos de gravedad un buen número de personas. Se han expresado opiniones muy críticas sobre esta jurisprudencia al entender que "the decision therefore amounts to holding that the President, acting as commander in chief, may order and execute the commission of war crimes anywhere in the world, in war or in peace, and without congressional authorization, and that neither he nor his subordinates who carry out this orders can be held civilly accountable in any United States court".¹²¹

Es más, nos podríamos preguntar si la noción de crimen de agresión recogida por la C.D.I. en sus dos Proyectos es aplicable, por citar algunos ejemplos recientes referidos a la actual única superpotencia, a la intervención armada de Estados Unidos en Nicaragua a lo largo de los años ochenta, los bombardeos decretados por el Gobierno de

siempre que se hayan producido en el territorio del Estado del foro y sus autores se encuentren en el mismo: *vid.* el artículo 12 del citado Proyecto con sus comentarios en *Anuario C.D.I.*, 1991-II (segunda parte), pp. 47-49.

121. En el asunto de Panamá *vid.* SEMMELMAN, J., "International Decisions", *A.J.I.L.*, vol. 87 (1993), pp. 288-292; respecto del asunto de Libia, *vid.* D'AMATO, A., "The Imposition of Attorney Sanctions for Claims Arising from the U.S. Air Raid on Libya", *A.J.I.L.*, vol. 84 (1990), 705-711, cita en p. 709.

Reagan contra Libia en 1986, la denominada en los medios de comunicación invasión de Panamá protagonizada por el Gobierno encabezado por Bush a finales de 1989, los ataques con misiles contra Irak en los últimos meses de 1996, responsabilidad del Gobierno Clinton y de muy dudosa legalidad conforme a las previas Resoluciones del C. de S sobre Irak,¹²² o los recientes bombardeos en Sudán y Afganistán llevados a cabo, según el Gobierno de Clinton, como respuesta a previos actos de terrorismo contra las embajadas de Estados Unidos en Kenia y Tanzania.

Supra hemos visto que en el Estatuto de Roma se aplaza durante 7 años la inclusión del crimen de agresión en la competencia de la Corte, una vez se defina y se establezcan las condiciones para tal competencia por la Asamblea de Estados partes. Aunque va a ser muy difícil que transcurrido ese tiempo los Estados se pongan de acuerdo sobre este tema. No parece que los miembros permanentes del C. de S. estén dispuestos a aceptar cualquier definición del crimen de agresión que no se vea subordinada a las competencias discrecionales que posee el C. de S. de conformidad con el Capítulo VII de la Carta. Como solución más optimista, se podría esperar la aplicación del artículo 16 del Estatuto también en este caso, otorgando así al C. de S. el derecho de paralizar la actuación de la Corte mediante una Resolución formal adoptada con el voto favorable de 9 miembros incluidos los 5 miembros permanentes. Pero teniendo en cuenta que Estados Unidos y China han manifestado su oposición frontal al Estatuto, no es probable que esta opción se lleve a cabo. Asimismo, hemos apuntado *supra* que las relaciones entre el C. de S. y la Corte pueden ser muy complejas y dar lugar a conflictos de envergadura en razón de la oposición al Estatuto mantenida por estos dos Estados.

En nota *supra* hemos citado otro ejemplo de posible crimen de Derecho internacional que tampoco disfruta de ningún consenso sobre su inclusión en los Proyectos de artículos elaborados por la

122. En septiembre de 1996, ante la intervención de las tropas del Gobierno iraquí en el conflicto armado entablado entre las dos principales facciones Kurdas del Norte de Irak, Estados Unidos lleva a cabo una acción armada contra Irak mediante el uso de misiles y exige que la zona de exclusión de vuelos en el norte de Irak, hasta entonces establecida a partir del paralelo 32, se extienda desde el paralelo 33. La posición de Estados Unidos no es respaldada por otros Estados con la excepción del Reino Unido de Gran Bretaña: *vid.* el comentario elaborado por TORRELLI, M., en "Chronique", *R.G.D.I.P.*, t. 100 (1996), pp. 1046-1054, titulado irónicamente "La guerre pour faire respecter le droit international", quien destaca los evidentes intereses geoestratégicos de Estados Unidos en la región, en particular el control de los recursos energéticos (petróleo), en detrimento del respeto y la aplicación del Derecho Internacional, y en particular en absoluto olvido por la protección de los derechos humanos de los habitantes de esa región.

C.D.I., el crimen de terrorismo. En particular, esta figura no se incluye en la relación de crímenes que figura en el Estatuto de Roma; tal omisión fue la causa del voto en contra de Turquía y Sri Lanka.

5. Los principios estructurales del ordenamiento internacional

Como ya hemos dicho, los mecanismos de aplicación forzosa del Derecho internacional se basan, una vez agotadas las posibilidades que ofrecen los instrumentos de solución de controversias, en el recurso a las medidas de retorsión o de represalia y la aplicación de sanciones por parte de una Organización internacional para obligar o compeler al Estado a cumplir en su ordenamiento interno las obligaciones internacionales que ha asumido. Ésta también es la vía más conforme con la estructura descentralizada del ordenamiento internacional para hacer efectivo el cumplimiento de las normas internacionales que prevén la responsabilidad penal del individuo;¹²³ incluido el Estatuto adoptado en Roma, que por supuesto está sometido a los procedimientos de aplicación de normas vigentes en el ordenamiento internacional.

Sin embargo, en lo que se refiere a la normativa internacional en la que se recoge la llamada responsabilidad internacional del individuo, en la práctica se observa la primacía de los principios de igualdad soberana y no intervención, ya que los Estados, e incluso el C. de S., son muy reacios a exigir a un Estado que castigue penalmente a sus máximos dirigentes, porque, volvemos a insistir en ello, de esta forma se pondría en duda la propia estructura de Gobierno del Estado o al menos se pondría en entredicho a sus principales dirigentes.

En este sentido, produce una cierta perplejidad política y jurídica el hecho de que los Estados miembros del C. de S. encabezados por los miembros permanentes, decidan la creación de un tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia, pero después no adopten medidas coercitivas de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta contra los serbio-bosnios y la República de Serbia y Montenegro para que el funcionamiento de este tribunal sea plenamente efectivo, en el contexto del proceso de paz previsto en los acuerdos de Dayton/Paris, con las pocas excepciones que hemos visto *supra*.¹²⁴

Aunque, por otro lado, en la práctica protagonizada en los últimos años por la Comunidad Europea y sus Estados miembros en el seno de la Política Exterior y de Seguridad Común, se mantiene, no sin

123. Cf. WOLFRUM, R., "The Decentralized...", *loc. cit.*, pp. 246-249.

124. Cf. SHRAGA, D. y ZACKLIN, R., "The International...", *loc. cit.*, pp. 517-518.

dificultades, la defensa de la íntima vinculación que debe existir entre las nociones de democracia, Estado de derecho, respeto de los derechos humanos y buen gobierno en sus relaciones con terceros Estados, lo que puede dar lugar a la suspensión de las relaciones de cooperación económica y cooperación al desarrollo con aquellos Estados dirigidos por gobiernos dictatoriales o totalitarios, por regla general responsables de violaciones graves y masivas de los derechos humanos y del derecho humanitario. Siempre después de que el diálogo entre las partes haya fracasado y las medidas de carácter positivo (financiación de procesos electorales, cursos sobre capacitación en materia de derechos humanos, etc.) no hayan alcanzado los resultados buscados.¹²⁵

La defensa de esta posición por la Comunidad Europea y sus Estados miembros debe ser destacada. *Supra* hemos insistido en que la efectiva implantación de las normas internacionales que prevén la responsabilidad penal del individuo necesita de ordenamientos democráticos y de derecho en los que se respeten todos los derechos propios de un juicio justo.¹²⁶ También hemos visto *supra* que una de las condiciones exigidas sobre el papel por la Unión Europea para conceder una importante cuantía de ayuda económica a los Estados resultantes del proceso de disolución de la ex Yugoslavia, es el cumplimiento por estos Estados de los deberes de cooperación y asistencia judicial con el Tribunal penal para la ex Yugoslavia.

Ahora bien, el ejercicio de la función penal en el ámbito de la jurisdicción territorial de cada Estado es un componente esencial de los principios de igualdad soberana y no intervención, atributo cuya renuncia por parte de los Estados presenta muchas dificultades, siempre de acuerdo con la práctica de los Estados, como lo demuestra las dificultades con las que se ha enfrentado el Tribunal para la ex Yugoslavia en su funcionamiento, a pesar de contar con el consenso de

125. *Vid.* a este respecto la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Democratización, Estado de derecho, respeto de los derechos humanos y buen gobierno: retos políticos de la asociación entre la Unión Europea y los países ACP*, COM (1998), 146 final, *passim*.

126. En el citado Documento se define el Estado de derecho como aquel Estado en el que existe: a) un poder legislativo que respete y dé pleno efecto a los derechos humanos y libertades fundamentales; b) un poder judicial independiente; c) mecanismos jurídicos de recurso eficaces y accesibles; d) un sistema jurídico que garantice la igualdad ante la ley; e) un sistema carcelario que respete la persona humana; f) una policía al servicio del Derecho; g) un ejecutivo eficaz que haga respetar la ley y que sea capaz de establecer las condiciones sociales y económicas necesarias para la vida colectiva: *vid. ibid.*, p. 6.

127. *Cf.* a este respecto las reflexiones de un buen conocedor de la práctica de este Tribunal, ya que ha sido su Presidente desde 1993 hasta 1997: CASSESE, A., "On the Current Trends...", *loc. cit.*, pp. 11-16.

la práctica totalidad de los Estados que forman la Sociedad internacional.¹²⁸

Desde una perspectiva general, de acuerdo con la tipología de las tres estructuras que se encuentran en permanente tensión y/o interacción en el Ordenamiento internacional, a saber, las estructuras relacional, institucional y comunitaria; la afirmación de una genuina responsabilidad internacional del individuo y la creación de cauces a través de los que se haga efectiva, en particular la creación de un tribunal penal internacional que actúe eficazmente, necesita de unos lazos de solidaridad hasta ahora inexistentes en la Sociedad internacional,¹²⁸ propios de una estructura comunitaria cuya gestación, enfrentada a la estructura relacional y débilmente ayudada por la estructura institucional, está muy lejos de ser una realidad en el Ordenamiento internacional contemporáneo.¹²⁹

Según señala VASSALLI al referirse a la creación de un tribunal penal internacional, "l'instituzione di un organismo sovranazionale di tale delicatezza presuppone infatti un già elevato livello di integrazione sovrastatale, attualmente, forse, non realizzato".¹³⁰ Y como ha destacado buena parte de la doctrina, no existe, de *lege data*, ninguna comunidad internacional, sin perjuicio de que se aprecien algunos notables desarrollos normativos en tal sentido, en particular la propia noción de las normas *ius cogens*; por ello resulta más correcto utilizar la expresión Sociedad internacional para denominar a la base social que regula el ordenamiento internacional.¹³¹

La adopción del Estatuto de Roma prueba que es posible que se constituya uno de los elementos fundamentales que caracterizan la noción de comunidad internacional: el establecimiento de un tribunal

128. Con carácter general, al criticar la escasa institucionalización de la Sociedad internacional que impide avances definitivos en materias tan importantes como el desarme nuclear, la cooperación económica o la protección del medio ambiente, MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho Internacional Público. Parte general*, Madrid, 1995, p. 29, advierte que "La propia estructura interestatal de la Sociedad Internacional se convierte así, en multitud de ocasiones, en una especie de principio general, que sirve solamente para justificar acciones defensoras de los intereses particulares de Estados poderosos o, encubiertamente, de grupos de poder económicos. Esta contradicción central expresa la *ausencia de solidaridad global*, causa y efecto de la fragmentación ideológica y política de la base social, en la que la práctica de la democracia y el respeto concomitante de los derechos fundamentales distan mucho de tener alcance general".

129. Cf. para todo este párrafo JIMÉNEZ PIERNAS, C., "El concepto de Derecho Internacional Público I", en Díez de Velasco, M., *op. cit.*, 57-76, pp. 67-70.

130. *Op. cit.*, p. 131.

131. Cf. *inter alia*, WEIL, P., "Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public", *R. des C.*, t. 237 (1992), 9-370, pp. 306-312; CARRILLO SALCEDO, J.A., "Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public", *R. des C.*, t. 257 (1996), 35-222, pp. 132-146 y 214-219.

penal internacional de carácter permanente. En los próximos años podremos comprobar si la Corte, una vez que el Estatuto alcance un elevado número de ratificaciones, ejerce su competencia eficazmente. En este caso, el uso de la noción de comunidad internacional no se encontrará tan alejada de la práctica de los Estados como lo ha estado hasta ahora, al menos en este sector de normas del Derecho internacional. Esperemos que la oposición de las grandes potencias no frustré las expectativas que se han creado con la adopción del Estatuto de Roma.

6. Jurisdicciones nacionales y jurisdicción penal internacional

En todo este contexto, es de justicia reconocer que el debate que se viene desarrollando en los últimos años en torno a la responsabilidad internacional del individuo tiene una influencia positiva para que se haga efectivo el castigo aplicable a los individuos autores de conductas groseramente atentatorias contra la dignidad del ser humano cualquiera que sea el cargo o la jerarquía que ocupen en el gobierno del Estado, ya que esta discusión supone en buena medida un elemento de concienciación de la opinión pública y por ende de los gobiernos de los Estados en esta dirección.

Si bien, como ya se ha insistido *supra*, creemos que la principal vía, aunque no única, para hacer efectivo dicho castigo debe articularse a través de los propios tribunales internos de los Estados, mediante el cumplimiento de la obligación *aut dedere aut iudicare* y la vigencia del principio de jurisdicción universal, con todos los inconvenientes que ya hemos señalado. A su vez, el incumplimiento de las citadas obligaciones puede dar lugar, tras el agotamiento de los mecanismos de solución de controversias, a la aplicación de medidas de retorsión, represalia y/o sanciones por parte de terceros Estados y/o organizaciones internacionales con competencia en la materia, siempre de acuerdo con la estructura descentralizada del ordenamiento internacional.

En este sentido, debe destacarse la promulgación de leyes internas que prevén la jurisdicción universal sobre determinadas conductas, y en particular sobre vulneraciones graves del derecho humanitario, ya sean cometidas en conflictos internacionales o internos.¹³² Aunque en la práctica la aplicación de esta legislación es todavía muy incipiente y no está exenta de escollos de difícil superación; quizás el principal sea la

132. *Vid.* GRADITZKY, T., "La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional", *R.I.C.R.*, n. 145 (1998), 31-61, pp. 41-52.

falta de interés de los gobiernos de los Estados para llevar a cabo una empresa tan altruista como es el castigo penal de hechos que se cometen a centenares o a miles de kilómetros de su territorio, sin que exista una conexión basada en la nacionalidad de las víctimas o de los autores, y teniendo en cuenta los a veces cuantiosos medios materiales y humanos que es necesario dedicarle.¹³³

Este es el caso de la ley belga de 16 de junio de 1993 relativa a la represión de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, en cuyo artículo 7 se prevé la competencia de los tribunales belgas sobre las infracciones graves enumeradas en esa ley cualquiera que sea la nacionalidad del autor y el lugar en el que se perpetren los hechos,¹³⁴ según ha sido aplicado por los tribunales belgas en relación a los hechos cometidos en Ruanda en el caso *V.N.* La vigente legislación penal de Suiza, tras las modificaciones de 1950 y 1967, también prevé la jurisdicción universal de sus tribunales sobre las infracciones graves del derecho humanitario cualquiera que sea la nacionalidad de los presuntos culpables y el lugar en el que se cometen, aunque hasta los últimos años, a raíz de los conflictos de la ex Yugoslavia y Ruanda, esta legislación no había tenido ninguna aplicación en la práctica.¹³⁵ Por su parte, el tercer párrafo del artículo primero de la Ley penal de guerra promulgada en los Países Bajos, prevé el principio de jurisdicción universal al regular la competencia de los tribunales holandeses sobre los crímenes de guerra; según ha sido reconocido en una decisión reciente relativa a los crímenes cometidos por un serbio-bosnio en Bosnia-Herzegovina, en la que los tribunales militares holandeses han afirmado su competencia.¹³⁶

El principio de jurisdicción universal ha sido aplicado por el Tribunal Supremo de Bavaria en Alemania, para enjuiciar y condenar a 5 años

133. SUNGA, L., *The Emerging System of International Criminal Law. Developments in Codification and Implementation*, The Hague, 1997, p. 256.

134. *Vid.* en la doctrina DAVI, E., "La Loi Belge sur les Crimes de Guerre", *R.B.D.I.*, vol. XXVIII (1995), 668-684, *passim* y texto de esta normativa en pp. 680-684.

135. *Vid.* ZIEGLER, A.R., "Domestic Prosecution and International Cooperation with Regard to Violations of International Humanitarian Law: The Case of Switzerland", *R.S.D.I.E.*, Vol. 5 (1997), 561-586, *passim* y pp. 568-569 y 575-578. El principio de jurisdicción universal fue aplicado por el Tribunal Militar suizo en el caso *In re G.*, en el que se acusaba a un serbio-bosnio de haber atentado contra la integridad física y psíquica de los detenido en los campos de Omarska y de Keraterm, aunque el Tribunal determinó en su Sentencia de 18 de abril de 1997 que no existían pruebas concluyentes sobre la participación del acusado en los hechos que se le imputaba, lo que en particular pone de manifiesto la dificultad que representa para la aplicación del principio de jurisdicción universal, la carga de la prueba que se debe cumplir en todo proceso penal en relación a unos hechos que se producen en otro país en un contexto de conflicto armado generalizado: *vid.* ZIEGLER, A.R., "International Decisions", *A.J.I.L.*, vol. 92 (1998), 78-82, *passim*.

136. *Vid.* GRADITZKY, T., *loc. cit.*, p. 49.

de prisión al acusado en el caso *Public Prosecutor v. Djajic*, mediante Sentencia de 23 de mayo de 1997, por su participación en la ejecución por un pelotón de fusilamiento de varios civiles bosnio-musulmanes. Para ello, el Tribunal fundamenta su competencia en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, en los que se regula la jurisdicción universal en caso de violaciones graves del derecho humanitario.¹³⁷

Asimismo, la legislación penal francesa admite expresamente la jurisdicción universal de sus tribunales, *siempre que el acusado se encuentre en territorio francés*, de acuerdo, entre otros convenios internacionales, con la Convención contra la Tortura de 1984. Por el contrario, la jurisprudencia de los tribunales franceses no acepta la jurisdicción universal prevista en la Convención contra el genocidio de 1948, en atención al artículo VI de este Convenio al que nos referiremos *infra*, ni la regulada en los Convenios de Ginebra de 1949, ya que considera que las disposiciones de estos últimos Convenios no son directamente aplicables sin un previo desarrollo legal en el ordenamiento jurídico francés, lo cual no ha ocurrido hasta ahora. Sin embargo, y de acuerdo con las Leyes de 2 de enero de 1995 en el caso de la ex Yugoslavia y de 22 de mayo de 1996 en el caso de Ruanda, el Tribunal de Casación, en su Sentencia de 6 de enero de 1998, admite la aplicación del principio de jurisdicción universal en relación a los hechos cometidos en Ruanda, calificándolos de delitos de torturas y genocidio, siempre que, como hemos insistido, los presuntos culpables se encuentren en territorio francés.¹³⁸

La legislación penal y procesal de Canadá, permite, tras las modificaciones de 1987, la persecución y castigo ante los tribunales canadienses de los responsables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, aplicando el principio de jurisdicción universal; no obstante, esta legislación solamente se aplica en relación a los hechos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, y con resultados muy escasos dado el lapso de tiempo transcurrido y la dificultad para probar unos hechos cometidos a varios miles de kilómetros de Canadá ya hace más de 50 años.¹³⁹

137. *Vid.* un comentario a esta Sentencia en *A.J.I.L.*, vol. 92 (1998), pp. 528-532.

138. *Vid.* un comentario a esta Sentencia en *R.G.D.I.P.*, t. 102 (1998), pp. 825-832. *Cf.* en la doctrina STERN, B., "La compétence universelle en France: le cas des crimes commis en ex Yougoslavie et au Rwanda", *G.Y.I.L.*, vol. 40 (1997), 280-299, *passim*.

139. Asimismo, debe destacarse las reformas emprendidas en la legislación sobre inmigración y nacionalidad, para evitar que presuntos criminales de guerra se puedan beneficiar de las leyes canadienses sobre estas materias, previéndose la pérdida de nacionalidad y la deportación a un tercer Estado: *vid.* WILLIAMS, S.A., "Laudable Principles Lacking Application: The Prosecution of War Criminals in Canada", en MACCORMACK, T.L.H., y SIMPSON, G.J., (Eds.), *The Law of War Crimes...*, *op. cit.*, 151-170, *passim*.

Por su parte, mediante la Sentencia de 25 de noviembre de 1994 un tribunal de Dinamarca condenó a ocho años de prisión y la posterior expulsión del país a un oficial croata por los daños causados a trece detenidos en un campo de prisioneros en Bosnia-Herzegovina, decisión calificada como uno de los primeros precedentes de aplicación de las Convenciones de Ginebra.¹⁴⁰

En otros Estados también se ha legislado en esta materia, con un enfoque más limitado. Por ejemplo, la *War Crimes Amendment Act* de 1988 limita la competencia universal los tribunales de Australia a las vulneraciones del derecho humanitario cometidas entre el 1 de septiembre de 1939 y el 8 de mayo de 1945; además, los juicios que se han seguido en los últimos años no han conseguido ningún resultado.¹⁴¹ Mientras que la *War Crimes Act* de 1991 restringe la competencia de los tribunales británicos a determinadas violaciones del derecho humanitario cometidas en Alemania o en los territorios ocupados por Alemania entre 1939 y 1945. Por el contrario, en una perspectiva mucho más progresista la legislación de Finlandia permite a sus tribunales el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y las violaciones graves de los derechos humanos cometidas en cualquier lugar del mundo.¹⁴²

Pero sin duda, es en Estados Unidos donde existe una práctica más abundante en la aplicación del principio de jurisdicción universal en esta materia. En efecto, la *Alien Tort Claims Act*, que forma parte de la *Judiciary Act* de 1789, prevé la competencia de los tribunales estadounidenses para "...any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United Nations". Y la *Torture Victim Protection Act* de 1992 otorga competencia a los tribunales estadounidenses para conocer de las demandas civiles contra los individuos responsables de tortura o ejecuciones extrajudiciales, cometidas "...under actual or apparent authority, or under color of law, of any foreign nation". Las disposiciones de esta legislación se han aplicado desde principios de los años ochenta, comenzando con el conocidísimo caso *Filartiga*, en un total de once casos hasta finales de 1996, en los que los tribunales estadounidenses concedieron una indemnización a las víctimas de violaciones de los

140. Vid. MAISON, R., "Les Premiers Cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes", *E.J.I.L.*, vol. 6 (1995), 260-286, *passim*.

141. Vid. TRIGGS, G., "Australia's War Crimes Trials: All Pity Choked", en MACCORMACK, T.L.H., y SIMPSON, G.J., *The Law of War...*, *op. cit.*, 123-149, *passim*, trabajo en el que se da cuenta del fracaso de los procedimientos en los casos *Polyukhovich*, *Berezowsky* y *Wagner*.

142. Vid. WOLFRUN, R., "The Decentralized...", *loc. cit.*, pp. 241-245.

derechos humanos referidos a la protección de la vida y la integridad física cometidas fuera de Estados Unidos por no nacionales estadounidenses.¹⁴³

Ahora bien, debemos advertir, en primer lugar, que la legislación citada prevé una demanda civil para obtener una indemnización, lo cual no es poco; pero no permite el castigo penal de los individuos responsables ante los tribunales estadounidenses. Por otro lado, la segunda de las leyes mencionadas sólo permite demandas civiles contra individuos que actúen en el marco de la estructura administrativa y/o de la legislación de un tercer país, por lo que se excluyen las demandas de indemnización civil contra las actividades realizadas por los órganos del Gobierno de Estados Unidos en terceros países, en ocasiones muy poco respetuosas de los derechos humanos como reconoció el T.I.J. en el caso Nicaragua,¹⁴⁴ a las que se aplica la doctrina de la *political question*; además, la primera de las leyes citadas hasta ahora apenas ha tenido aplicación contra nacionales de Estados Unidos.¹⁴⁵ Por último, esta legislación no constituye una excepción a la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, por lo que los tribunales de Estados Unidos han aplicado esta última, en detrimento de las dos primeras, cuando las demandas afectan bien a un Estado, bien a un Jefe de Estado o a los agentes diplomáticos u otros órganos del Estado que se encuentren en Misión Oficial en Estados Unidos. Por esta última razón en la práctica la jurisdicción universal de los tribunales estadounidenses se hace efectiva sobre individuos que ya no ocupan un puesto en la alta jerarquía de la administración del Estado extranjero.¹⁴⁶ Por citar un caso reciente, en *Doe v. UNOCAL*, el Tribunal

143. *Vid.* el estudio de la práctica de STEPHENS, B., y RATNER, M., *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, New York, 1996, *passim* y relación de casos en pp. 343-348.

144. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, Reports 1986*, pp. 124 *in fine*-125: "in any event, while the United States might form its own appraisal of the situation as to respect for human rights in Nicaragua, the use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure such respect. With regard to the steps actually taken, the protection of human rights, a strictly humanitarian objective, cannot be compatible with the mining of ports, the destruction of oil installations, or again with the training, arming and equipping of the *contras*".

145. STEPHENS, B. Y RATNER, M., *op. cit.*, pp. 104-108.

146. *Ibid.*, pp. 125-137. y breve resumen de todos los casos en los que se ha planteado la aplicación de la mencionada legislación en pp. 239-243. Por ejemplo, los tribunales de Estados Unidos afirmaron su competencia en el caso *In Re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation, I.L.M.*, vol. XXXII (1993), pp. 106-115, una vez que el antiguo presidente de Filipinas, responsable de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, ya había abandonado el poder desde hacía unos años. Sin embargo, se aplicó la doctrina de la inmunidad de jurisdicción, con el total respaldo del Gobierno estadounidense, alegando el carácter de jefe de Estado del demandado, en el caso *Lafontant v. Aristide* resuelto en 1994, en el que la viuda de Lafontant

del Distrito en su Sentencia de 25 de marzo de 1997 aplica la *Foreign Sovereign Immunities Act* a dos empresas estatales de Burma dedicadas a la prospección de gas que habían cometido, con la ayuda del ejército, numerosas violaciones de los derechos humanos contra campesinos de ese país.¹⁴⁷ Como ya hemos dicho *supra*, las disposiciones de los dos Proyectos de la C.D.I. en las que se niega toda inmunidad a los autores de las conductas que allí se recogen se sitúan en el terreno del desarrollo progresivo del Derecho internacional.

En lo que se refiere a España,¹⁴⁸ el vigente Código penal de 23 de noviembre de 1995 no incluye a los crímenes contra la humanidad entre las figuras delictivas, omisión que debería subsanarse tanto sustantiva como procesalmente, aplicando a esta figura el principio de jurisdicción universal. Sí que se incluye el delito de genocidio (Capítulo II del Título XXIV que lleva como rúbrica "Delitos contra la Comunidad Internacional), siguiendo la definición contenida en la Convención de 1948. Asimismo, se regulan los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (Capítulo III del mismo Título), en ejecución de las obligaciones asumidas por España al ratificar los 4 Convenios de Ginebra de 1959 y los Protocolos Adicionales de 1977. Y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (L.O.P.J.) prevé en su artículo 23.4 la competencia de los tribunales españoles "...para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) genocidio... g) y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios

demandó a Aristide por su presunta responsabilidad en el asesinato de su marido en Haití en 1991 al producirse el golpe de Estado que derrocó, al menos *de facto*, a Aristide como presidente de Haití: *vid.* sobre este caso a DELLAPENNA, J.W., "International Decisions", *A.J.I.L.*, vol. 88 (1994), pp. 528-532. Por otro lado, un Tribunal de Estados Unidos ha afirmado su competencia para el enjuiciamiento del líder de los serbio-bosnios Radovan Karadzic, mediante decisión de 13-X-1995: *vid.* el texto de esta decisión en *I.L.M.*, vol. XXIV (1995), 1592-1614. El Tribunal rechaza la aplicación en este caso de la inmunidad de jurisdicción, considerando que Karadzic no ha sido reconocido como jefe de Estado por Estados Unidos, así como las doctrinas de la *political question* y la del *act of state doctrine*: *ibid.*, pp. 1609-1614. Pero el propio Tribunal admite que en caso de que Karadzic fuera considerado como un alto dirigente de un Estado por Estados Unidos se debería aplicar la inmunidad de jurisdicción y los tribunales estadounidenses carecerían de competencia: *ibid.*, p. 1611.

147. Aunque en esta Decisión se afirma la competencia de los tribunales de Estados Unidos para conocer de la responsabilidad por violación de los derechos humanos a cargo de una empresa multinacional de Estados Unidos que había participado en las prospecciones de gas en Burma: *vid.* los comentarios de ACEVES, WJ., "International Decisions", *A.J.I.L.*, vol. 92 (1998), pp. 309-314.

148. *Cf.* para este párrafo PÉREZ GONZÁLEZ, M., y ABAD CASTELOS, M., "Los delitos contra la comunidad internacional en el Código penal español", *S.Y.I.L.*, vol. IV (1995-1996), en prensa.

internacionales, deba ser perseguido en España”,¹⁴⁹ supuesto este último en el que se puede cobijar el principio de jurisdicción universal recogido en los Convenios de 1949 y sus Protocolos de 1977. En todo caso, nuestro legislador podría regular de forma expresa la competencia de nuestros tribunales para conocer de las violaciones más graves del derecho humanitario cometidas en cualquier lugar del mundo y cualquiera que sea la nacionalidad del autor y de la víctima, incluyendo una previsión *ad hoc* en este sentido en el citado artículo 23.4.

Hasta la fecha las citadas disposiciones del artículo 23.4 se han aplicado únicamente en los casos de los desaparecidos en Argentina y Chile en lo que se refiere a los delitos de genocidio y terrorismo, en la actualidad objeto de procedimiento penal en la Audiencia Nacional, aunque desde un punto de vista técnico-jurídico se pueda criticar el uso de las nociones de genocidio y terrorismo para calificar los hechos acaecidos en Argentina y Chile; hechos que, por otro lado, se podrían subsumir en la noción de crimen contra la humanidad (o para evitar cualquier connotación ideológica del término, se podría hablar de “violaciones graves de los derechos humanos que protegen la vida y la integridad física del ser humano”) si nuestro legislador acometiera las modificaciones sustantivas y procesales pertinentes.¹⁵⁰

En lo que se refiere a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, debemos advertir que en su artículo VI se prevé que mientras no se establezca una jurisdicción penal internacional, los presuntos autores de genocidio serán juzgados por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio se hayan realizado los actos de genocidio. Por lo tanto, los tribunales competentes para su enjuiciamiento serán los del lugar de la comisión de los actos de genocidio. Es más, según esta interpretación el artículo 23.4 de la L.O.PJ. sólo es aplicable a los actos de genocidio cometidos en el territorio de Estados que no son parte en la Convención de 1948, al menos mientras no sea denunciado dicho tratado internacional por España.¹⁵¹ Ello supone, por citar un ejemplo, que de acuerdo con este

149. El artículo 23.4 de la citada Ley también prevé la jurisdicción universal de nuestros tribunales para los siguientes delitos: “...b) terrorismo, c) piratería, y apoderamiento ilícito de aeronaves, d) falsificación de moneda extranjera, e) los relativos a la prostitución, f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes...” Esta norma es de aplicación siempre –según el apartado 5 del artículo 23– “que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

150. *Vid.* nuestro trabajo “Impunity in cases of serious human rights violations: Argentina and Chile”, *S.Y.I.L.*, vol. III (1993-1994), 3-41, pp. 20-32.

151. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., “Competencia judicial penal internacional de los tribunales españoles para conocer de ciertos delitos cometidos por extranjeros contra españoles en Iberoamérica”, *Anuario I.H.L.A.D.I.*, vol. 13 (1996), 505-536, pp. 506-512.

Convenio los tribunales españoles no tendrán competencia para enjuiciar a los autores del genocidio del pueblo kurdo que se viene cometiendo en el norte de Irak en los últimos 20 años, ya que Irak es Estado parte en la Convención de 1948 desde el 20 de enero de 1959. A no ser, claro está, que el Gobierno iraquí manifieste su renuncia a la aplicación del precepto señalado, cosa que por ahora puede ponerse muy en duda. Sin embargo, en la actualidad los tribunales españoles poseen competencia para conocer de los actos de genocidio que se han cometido contra los habitantes de Timor Oriental durante los últimos 23 años, ya que Indonesia no ha aceptado hasta hoy la Convención de 1948.¹⁵²

Ahora bien, la defensa de una opción favorable a la actuación de los tribunales internos en esta materia, no debe servir de motivo para menospreciar la creación de los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda —sobre todo el primero de ellos—.¹⁵³ Aunque debemos insistir en que la actuación del C. de S. tiene el respaldo del Gobierno del Estado en el que se han cometido la gran mayoría de los hechos sobre los que está ejerciendo el Tribunal su jurisdicción, Bosnia-Herzegovina, Estado miembro de Naciones Unidas y reconocido por la mayor parte de los Estados de la Sociedad internacional, a pesar de que no posee el control efectivo de todo su territorio según las fronteras reconocidas internacionalmente. ¿Cabe esperar que en el futuro otros Estados manifiesten su conformidad para la creación de Tribunales *ad hoc* por el C. de S. con competencia sobre conductas cometidas en su territorio cualquiera que sea la jerarquía administrativa de los autores? Como ya hemos dicho, este escenario se presenta bastante alejado de la práctica de los Estados; salvo que ocurra un cambio radical en el

152. U. N., *Human Rights. International Instruments. Chart of Ratifications as at 31 december 1997*, pp. 4-5.

153. Incluso en este caso son manifiestas las dificultades con las que se ha enfrentado el Tribunal, a pesar de contar con el respaldo de la práctica totalidad de los Estados, y una financiación procedente del Presupuesto ordinario de las Naciones Unidas y de donaciones importantes de Estados como Estados Unidos, Canadá o Holanda entre otros. En concreto, a principios de mayo de 1998 el Fiscal para la ex Yugoslavia ha propuesto, y su propuesta ha sido aceptada por los jueces VOHRAH y RIAD, que sea retirada la acusación contra 14 individuos implicados en los asuntos de Omarska y Keraterm, atendiendo a las siguientes razones: a) la falta de recursos para que el Tribunal puede ejercer su competencia de forma rápida y eficaz; b) el Tribunal debe ejercer su jurisdicción sobre las personas que ocupan los más altos cargos de responsabilidad; c) aunque el Fiscal estima que posee pruebas más que suficientes para incriminar a la totalidad de los 14 individuos respecto de los que solicita la retirada de los cargos, también entiende que deben ser enjuiciados en los tribunales internos de los Estados en los que se encuentren; a tal efecto, el Tribunal prestará toda la colaboración que sea posible suministrando la información de que disponga. Asimismo, el Fiscal insiste en que esta decisión no se aplica al resto de los acusados, después de revisar cuidadosamente las actas de acusación de todos ellos.

Gobierno del Estado en cuestión y el nuevo Gobierno opte por enjuiciar a los antiguos dirigentes mediante un tribunal penal internacional, en detrimento de la competencia de sus propios tribunales internos. Esta última posibilidad es la que, en principio, explica la creación del Tribunal para Ruanda.

Es más, a mediados de 1997 el Secretario General de N.U. ha rechazado la solicitud del Gobierno de Burundi, favorable a la creación de un tribunal penal internacional con competencia sobre los actos de genocidio cometidos en los últimos años en este pequeño país africano, al entender el órgano administrativo principal de la Organización que las actuales circunstancias en las que se encuentra ese país, dirigido por un gobierno golpista que ha impedido a una comisión de investigación de N.U. llevar a cabo su labor *in situ* para aclarar las responsabilidades en las matanzas que se están cometiendo, y en el que se producen actos de violencia generalizados en una situación de conflicto armado civil, no son las más apropiadas para el establecimiento de un tribunal penal internacional. Lo que demuestra que la actuación de un tribunal penal internacional por regla general necesita de la colaboración de las autoridades del Estado en el que se han cometido los hechos y del Estado en el que se encuentran los presuntos culpables, en el contexto de estructuras de gobierno democráticas y de derecho.¹⁵⁴

En cualquier caso, en la actualidad ambos Tribunales están llevando a cabo sus funciones de forma encomiable, de acuerdo con los medios materiales y humanos que los Estados han puesto a su disposición y la colaboración que les están prestando en la detención y traslado de los acusados a la sede de estos dos órganos jurisdiccionales.¹⁵⁵ Y sobre todo, han movilizado a la opinión pública de los Estados y a sus respectivos gobiernos en favor del castigo de los autores de violaciones

154. *Vid.* "Chronique", *R.G.D.I.P.*, t. 101 (1997), p. 1028; PINHEIRO, P.S., *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Burundi*, E/CN.4/1998/72, *passim*, y p. 26 en la que se concluye del siguiente modo: "El Relator Especial recomienda que las Naciones Unidas examinen nuevamente la cuestión de un tribunal penal internacional, siempre que se reúnan en Burundi las condiciones necesarias para su creación, a saber la firma de un acuerdo de alto el fuego, la existencia de un diálogo interior, la celebración de las pertinentes negociaciones y la reforma de las instituciones burundianas".

155. El propio C. de S. ha sido consciente de las limitaciones que dificultan la actuación de ambos tribunales, al aprobar sendas Resoluciones -1165 y 1166, de 30 de abril y 15 de mayo de 1998- mediante las que crea una tercera Sala de primera instancia en los dos Tribunales, aumentado hasta 14 el número de jueces que los componen, con el evidente objetivo de mejorar los medios materiales y humanos para que ambos Tribunales puedan cumplir eficazmente y sin demoras injustificadas las funciones para las que fueron creados.

graves del derecho humanitario y de los derechos humanos cometidos en la ex Yugoslavia y Ruanda, obteniéndose un consenso que solamente es comparable al que surge al finalizar la Segunda Guerra Mundial para el castigo de los criminales de guerra nazis.¹⁵⁶ Desde la perspectiva de la *lege ferenda* sería deseable que este consenso se consolidara y su aplicación fuera efectiva en relación a las violaciones graves del derecho humanitario y de los derechos humanos referidas a la vida y la integridad física (incluida por supuesto una forma muy calificada de éstas como es el genocidio) cometidas en cualquier Estado del mundo, y cualquiera que sea la nacionalidad de los autores y el rango en la jerarquía del Estado que puedan ocupar.¹⁵⁷

Por último, la reciente adopción en Roma del Estatuto del tribunal penal internacional ofrece nuevas expectativas sobre la aplicación de las normas internacionales que regulan la responsabilidad penal del individuo. En los próximos años sabremos si se cumplen o no; y en particular, podremos comprobar si, una vez entre en vigor el Estatuto, el C. de S. se decide a atribuir competencia al Tribunal sobre un asunto concreto, alternativa preferible a la creación de tribunales *ad hoc*.

V. CONSIDERACIONES FINALES

1. En el estadio actual de evolución del ordenamiento internacional, la definición y, sobre todo, la efectiva implantación de las normas internacionales que regulan la responsabilidad penal del individuo

156. A mediados de 1994 el Gobierno de Ruanda, por entonces ya representado por el nuevo Gobierno formado por el Frente Patriótico Ruandés vencedor en la guerra civil, aunque finalmente votó en contra de la Resolución 955, en un primer momento solicitó al C. de S. la creación de un Tribunal Penal Internacional para juzgar a los autores del genocidio, aduciendo entre otras las siguientes razones: "...mi Gobierno pidió que se estableciera un tribunal internacional para juzgar a los culpables de genocidio porque la comunidad internacional está profundamente preocupada por esa cuestión, pero también y sobre todo pidió la constitución de este Tribunal porque tendría fines pedagógicos para la población ruandesa, lucharía contra la impunidad a la que estaba habituada desde 1959 y fomentaría la reconciliación nacional": S/PV.3453, p. 16 (la cursiva es nuestra).

157. También sería deseable que este consenso se alcanzara en relación a otras figuras como el crimen de agresión; pero creemos que a corto y medio plazo va a ser muy difícil que tal cosa ocurra. En este sentido, el Tribunal para la ex Yugoslavia afirma en su Sentencia de 29 de octubre de 1997 en el caso *Blaskic* que por regla general los órganos de un Estado gozan de inmunidad de jurisdicción por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales, tanto frente a los tribunales nacionales como los tribunales internacionales, de acuerdo con el principio de igualdad soberana entre los Estados, pero existen excepciones a esta regla: "The few exceptions relate to one particular consequence of the rule. These exceptions arise from the norms of international

plantea dificultades de muy complicada solución, derivadas fundamentalmente de la estructura descentralizada y eminentemente inorgánica de la sociedad internacional.

2. En efecto, la práctica demuestra que los Estados son reticentes a hacer dejación de un elemento fundamental de su soberanía como es el ejercicio de la jurisdicción penal sobre las personas que se encuentran en su jurisdicción territorial en favor de otros Estados o de otras instancias internacionales, y en particular en beneficio de la creación de un tribunal internacional. Por lo que la aplicación de las normas internacionales que prevén la responsabilidad internacional del individuo necesita de los ordenamientos internos de cada Estado, y, por tanto, de la conformidad del Gobierno del Estado en cuestión cuyos miembros son en muchas ocasiones los principales responsables de las conductas castigadas en dichas normas.
3. Por estas razones y otras de las que hemos dado cuenta a lo largo de este estudio, los trabajos que ha llevado a cabo en los últimos años la Comisión de Derecho Internacional en este sector de normas se sitúan en buena medida en el terreno del desarrollo progresivo del Derecho internacional. No obstante, la reciente adopción del Estatuto de Roma por una amplia mayoría de Estados mediante el que se crea un tribunal penal internacional de carácter permanente, basado en el principio de complementariedad y con una competencia *rationae materiae* en la que se incluye el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, reviste una indudable importancia jurídica y política. En los próximos años se podrá precisar el alcance de la revolución jurídica que puede suponer la creación de este tribunal.
4. Pero en una perspectiva más próxima a la práctica internacional, las normas internacionales en las que se afirma la responsabilidad penal del individuo por la comisión de determinadas conductas criminales, se deben hacer efectivas en las respectivas jurisdicciones internas de los Estados, tanto del Estado en cuyo territorio se cometan tales conductas como en cualquier otro Estado, siempre de acuerdo con la estructura descentralizada del ordenamiento internacional. A este respecto, la mejor vía, o al menos la menos mala en cuanto que es la más factible, para que se cumplan estas normas consiste en el desarrollo y concreción de los principios *aut dedere aut iudicare* y de justicia universal.

criminal law prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide. Under these norms those responsible for such crimes cannot invoke immunity from national or international jurisdiction even if they perpetrated such crimes while acting in their official capacity". Aunque el Tribunal no demuestra estas afirmaciones mediante un estudio de la práctica de los Estados: *vid.* párrafo 41 de esta decisión.

5. Por tanto, se debe alcanzar un consenso entre los Estados que permita la aplicación de los citados principios en sus respectivos ordenamientos internos, cualquiera que sea el lugar en el que se han cometido los hechos, y la nacionalidad y jerarquía en la administración gubernamental del Estado de los presuntos culpables. En la actualidad, este consenso se está articulando en torno al genocidio, las violaciones graves y masivas de los derechos humanos y los crímenes de guerra. Las dificultades que se aprecian para que se alcance un consenso en esta dirección son debidas a la ausencia de solidaridad global que caracteriza a la Sociedad internacional, en la que todavía no se han afianzado en un plano universal valores tan fundamentales como los de democracia, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos (Irak, Zaire, etc.).
6. La creación por el C. de S. de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda merece una valoración positiva, y son una prueba importante de que dicho consenso puede fructificar, a salvo todas las dificultades técnico jurídicas y políticas con las que se están enfrentando estos tribunales en su funcionamiento diario. No obstante, la creación de estos dos Tribunales responde a un contexto jurídico y político muy determinado, por lo que no es predecible que en el futuro el C. de S. vuelva a hacer uso con cierta frecuencia de este mecanismo de aplicación de normas en otras situaciones de conflicto interno o internacional, como se ha puesto de manifiesto recientemente en el caso de Burundi. La entrada en vigor del Estatuto de Roma, debe ser aprovechada por el C. de S. para evitar la proliferación de tribunales *ad hoc*.

Alicante, agosto de 1998.

INDICE

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE INTERAMERICANA*

César Landa**

PRESENTACIÓN

Desde hace algunas décadas en América Latina se viene condensando y afirmando como derechos fundamentales de los ciudadanos un conjunto de necesidades materiales y espirituales, dentro y fuera del Estado de Derecho. En ese sentido, luego de la caída de las dictaduras militares, a finales de la década de los setenta, se produjo el retorno de las democracias representativas, lo que significó el restablecimiento renovado del constitucionalismo latinoamericano mediante procesos de reformas totales o parciales de las constituciones, que se caracterizaron básicamente por la incorporación de la protección de los derechos humanos y el establecimiento de la economía social de mercado.¹

Pero en los años noventa, el proceso de cambios constitucionales se relanza, esta vez como respuesta al fracaso de las transiciones democráticas populistas en dar solución a los problemas de la paz social y la crisis económica de los años ochenta, como también se explica por el nuevo escenario internacional emergente, que luego de la caída del Muro de Berlín en 1989, postula fuertemente la globalización en todo el mundo,

* Versión actualizada de la ponencia presentada ante el Seminario Internacional Derechos Humanos y Garantías Constitucionales "*Menschenrechte und Grundrechte*", organizado por la Freie Universität Berlin y la Pontificia Universidad Católica del Perú, Berlín, 3 al 5 de junio de 1998.

** Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y actualmente investigador en el Max-Planck-Institut en Heidelberg (1998), con una beca de la Fundación Alexander von Humboldt.

1. Domingo García Belaúnde, *Constitutional Processes in Latin America* y César Landa, *Effectiveness of the Constitution in Latin America*, ambos en C. Landa y J. Faúndez (editores), *Contemporary Constitutional Challenges*, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, PUCP, Lima, 1996, pp. 25 ss. y 13 ss., respectivamente.

tanto del mercado y los previos procesos de reestructuración y liberalización económicas, como de la promoción de la democracia y el respeto de los derechos humanos.²

Estos cambios de los ochentas y noventas han llevado a una modernización constitucional en diferentes países de América Latina, que tienen como común denominador: la racionalización del poder, la incorporación de las normas internacionales como derecho nacional y la ampliación del catálogo de los derechos humanos de carácter individual, incluyendo los derechos sociales y económicos.³ Con estos nuevos elementos jurídicos, se puede decir que siguiendo el modelo jurídico europeo, se han delineado dos jurisdicciones: una jurisdicción constitucional a nivel de cada Estado nacional, mediante los tribunales constitucionales y las cortes supremas, básicamente,⁴ y otra jurisdicción supranacional, mediante la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sobre todo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵

Sin embargo, las características de las democracias latinoamericanas tuteladas, con un fuerte caudillismo presidencial, un militarismo solapado, y la extrema pobreza y riqueza, constituyen serios límites del desarrollo jurídico general y, en especial, para los derechos fundamentales, lo cual se opone a la idea del Estado democrático y constitucional, por cuanto "si se ve la esencia de la democracia, no está en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría y, por tanto, en la paz social, donde la jurisdicción constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea".⁶

2. Peter Self, *Government by the market? The politics of public choice*, Macmillan, Great Britain, 1993, pp. 48 ss. y 198 ss.; Patrick McAuslan, *Law, governance and the development of the market: practical problems and possible solution*, en Julio Faúndez (editor), *Legal and institutional reform in developing countries*, British Council, Great Britain, 1997, pp. 25 y ss.
3. Jorge M. García Laguardia, *500 años de esfuerzo por la realización del derecho de los derechos humanos*, en Horst Schömböhm (editor), *Derechos humanos. Estado de Derecho. Desarrollo Social*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1994, pp. 104 y ss.; asimismo, Council of Europe, *Universality of Human Rights in a Pluralistic World*, Engel Publisher, Strasbourg, 1990, pp. 32 y ss.
4. Allan Brewer-Carias, *La jurisdicción constitucional en América Latina*, en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 117 y ss.
5. Héctor Fix Zamudio, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos*, en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica...*, op. cit., pp. 163-224.
6. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, en RDP, XXXV, Année 1928, Topos Verlag, Vaduz, 1982, pp. 253.

En ese sentido, no obstante la limitante realidad presidencialista, en América Latina y en particular en el Perú, se ha dado inicio a una etapa de control constitucional al poder y de protección nacional e internacional de los derechos fundamentales, normativa que se caracteriza por que la oposición y las minorías pretenden controlar el poder, mediante la judicialización de la política, pero que en la práctica parece producirse más bien lo contrario, una politización de la justicia, debido a su falta de independencia del poder político de turno y de sus mayorías parlamentarias transitorias.⁷

De ahí que el rol racionalizador del poder que llevan a cabo los tribunales constitucionales, como el sistema interamericano de derechos humanos, encuentra en la protección de los derechos fundamentales tanto su origen y fundamento, pero también la causa de sus propios límites, en tanto una celosa defensa de los derechos humanos lleva en América Latina y en particular en el Perú, a un enfrentamiento directo con el poder gubernamental, sin muchas posibilidades de que se imponga el Derecho sino el poder, si es que no se redefine la naturaleza y funciones del sistema de protección jurisdiccional nacional e internacional de los derechos humanos, en el marco de la profundización del Estado democrático y social de Derecho.

Por ello, cuando el sistema judicial nacional e internacional asuma la protección plena que las constituciones y tratados le facultan, los gobiernos se verán constreñidos a adoptar decisiones políticas para modificar el estado de desprotección de los derechos fundamentales que se denuncian o apañar las violaciones cometidas por sus agentes mediante prácticas políticas y judiciales, que en numerosas oportunidades y en determinados casos y épocas han surtido los efectos esperados.⁸

En este sentido, a continuación se hace una breve evaluación del rol de protección de los derechos fundamentales en el Perú, a través de la jurisdicción constitucional en sus dos versiones –Tribunal de Garantías Constitucionales y Tribunal Constitucional–, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de sus posibilidades de fortalecimiento, caso nacional que puede ser visto sin pretender generalizar, en síntesis del escenario vivo de la realidad de los derechos humanos de muchos países de América Latina.

7. Carl Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, en *Verfassungsgerichtsbarkeit* (Peter Häberle Hrsg.), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, p. 131.

8. Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, en IIDH, Costa Rica, 1996, pp. 109 ss. y 455 ss.

I. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La defensa de los derechos fundamentales y el control de los actos del poder, han llevado en el Perú a redimensionar la clásica teoría de la división del poder,⁹ estableciendo en la Constitución de 1979 un Tribunal de Garantías Constitucional (TGC) y en la Constitución de 1993 un Tribunal Constitucional (TC), como organismos encargados de realizar el control de la Constitución, es decir controlar las normas legales del Congreso y del Gobierno, así como de las resoluciones judiciales en materia de derechos fundamentales del Poder Judicial.

Sin embargo, se puede advertir que la justicia constitucional, en sus dos versiones, como TGC y como TC, no ha podido constituirse, como en las democracias avanzadas, en una pieza clave del Estado democrático, debido a que cuando dicho tribunal ha declarado inconstitucionales algunas leyes dictadas por el gobierno, ha sido clausurado o anulado.¹⁰ Así, el Tribunal de Garantías Constitucionales fue cerrado por el autogolpe de Estado de Fujimori en 1992,¹¹ mientras que su mayoría parlamentaria en mayo de 1997 destituyó a tres magistrados del Tribunal Constitucional e inició investigación parlamentaria contra el Presidente del mismo, lo que originó su renuncia formal, debido a la declaración de inconstitucionalidad de la ley para la reelección presidencial de Fujimori,¹² destitución que ha dejado inoperante la atribución esencial de un Tribunal Constitucional, cual es la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, por Ley N° 26435, del 22 de mayo de 1998, se ha modificado la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el sentido de que “mientras se cubran los cargos vacantes del Tribunal Constitucional, el quórum para las acciones a que se refieren los incisos 2) y 3) del Artículo 202° de la Constitución Política del Perú, así como para cumplir con lo dispuesto por el Artículo 5° de la presente Ley Orgánica y resolver asuntos administrativos, será de cuatro de sus miembros. Siempre será necesario que haya quórum para que se emita una resolución”.

9. Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 17, CEC, Madrid, pp. 16 ss.

10. César Landa, *Del tribunal de garantías al tribunal constitucional*, en *Pensamiento Constitucional*, Maestría de Derecho Constitucional, Fondo Editorial, PUCP, Lima, 1995, pp. 73 y ss.

11. César Landa, *Constitutional Justice in Peru*, en JÖR, Neue Folge/Band 44 (Peter Häberle editor), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1996, pp. 583-595.

12. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú*, en *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 13, CAJ-CIEDLA, Lima, 1997, pp. 117 y ss.

Es decir que se legaliza el funcionamiento irregular e incompleto del ente encargado del control constitucional, planteamiento a su vez inconstitucional, desde que la Constitución dispone que el Tribunal Constitucional se integra con siete magistrados y no con cuatro y en tanto que no cumple con su tarea constitucional fundamental de declarar las leyes inconstitucionales.

Tal estado de cosas no supone necesariamente que el Tribunal Constitucional, en sus dos versiones, se haya caracterizado por un ejercicio jurisdiccional totalmente legítimo y sin observaciones. Por el contrario, ha habido críticas y preocupantes observaciones de sus propios magistrados,¹³ como de la comunidad académica,¹⁴ acerca de la inhibición de la propia jurisdicción constitucional o incluso desprotección de algunos derechos fundamentales, que ciertamente han dado lugar al autodebilitamiento de la jurisdicción constitucional en el Perú, que a continuación pasamos a relatar.

1. Tribunal de Garantías Constitucionales

En la evaluación del Tribunal de Garantías Constitucionales debe apreciarse, junto al control constitucional abstracto de las leyes, la tutela de los derechos fundamentales en vía de casación de las resoluciones denegatorias de la Corte Suprema, en materia de acciones de amparo y hábeas corpus. Es síntoma del estado de conciencia ciudadana sobre los derechos fundamentales, la escasa utilización, quinientos setenta y seis (576) recursos casatorios en las acciones de amparo y sobre todo de los hábeas corpus, durante el período de vigencia de la Constitución de 1979 y de funcionamiento del TGC, entre 1982 y 1992 (ver Cuadro N° 1).

Esta situación fue así no obstante que entre 1982 y 1992, la realidad de los derechos y libertades en el Perú estuviera caracterizada, por un lado, por la frecuente violación de los derechos humanos, debida a la acción terrorista de Sendero Luminoso y a la acción represiva legal e ilegal de las Fuerzas Armadas, sobre todo bajo los estados de emergencia;¹⁵ y por el otro, por la crisis económica, social e institucional que fomentó los despidos laborales y la arbitrariedad de las autoridades públicas y privadas, contra los derechos constituciona-

13. Delia Revoredo, *Los retos actuales del Tribunal Constitucional*, en *Lecturas sobre temas Constitucionales*, N° 12, Lima, 1996, pp. 153-158; Manuel Aguirre Roca, *La razón principal del fracaso del TGC*, en *Thémis* 20, Lima, 191, pp. 7-12.

14. V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, APDC-PUCP, Lima, 4-6 de noviembre de 1996; en particular revisar las ponencias de la Comisión de Jurisdicción Constitucional.

15. César Landa, Daniel Soria y Joseph Campos, *Legislación y estados de emergencia en el Perú*, Maestría en Derecho Constitucional, PUCP, documento, Lima, 1995.

Cuadro N° 1
TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
RESOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
(1982-1992*)

| | Casadas | No-casadas | Pronunciamientos | Totales |
|---------------|----------------|-------------------|-------------------------|----------------|
| Amparos | 89 (18,0%) | 37 (76,4%) | 27 (5,4%) | 493 |
| Hábeas corpus | 08 (9,6%) | 67 (80,7%) | 08 (9,6%) | 83 |
| Totales | 97 (16,8%) | 444 (77,0%) | 35 (6,0%) | 576 |

* Hasta el 5 de abril de 1992, fecha en que fue clausurado el TGC.

Fuentes: Archivo del Tribunal de Garantías Constitucionales, Diario Oficial El Peruano y Gabriela Guillén, *Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística*, en Ius et Praxis N° 17, UL, Lima, 1991.

Elaboración: César Landa.

les económicos y sociales del trabajador, garantizados en la Constitución social de 1979.

No deja de llamar la atención que durante la década de los ochenta, con la existencia de gobiernos democráticos basados en el Estado constitucional y dadas las situaciones de violencia política y crisis económica, haya sido escaso el ejercicio cívico de los agraviados en la defensa de los derechos fundamentales ante el TGC. Esta situación se explicaría, en buena medida, en la falta de legitimidad del sistema judicial en general y en la desconfianza ciudadana,¹⁶ entendible en la medida de la crisis histórica del Estado de Derecho y a la falta de una tradición de defensa de la libertad. Pero también se explicaría por el desconocimiento de las posibilidades de protección a través de la jurisdicción de la libertad. Por ello, con razón se ha dicho que "la libertad solamente se hace real a través de la cultura, más allá del estado natural, en su desarrollo por medio de la familia, del estado constitucional y de la comunidad de los pueblos".¹⁷

Pero resulta aún más preocupante que el propio TGC, organismo llamado a tutelar los derechos fundamentales, desestimase la mayoría de los recursos casatorios contra las resoluciones denegatorias de la Corte Suprema en materia de hábeas corpus y amparo, como si se viviera en Suiza, poniendo en evidencia la poca relevancia que le

16. Diario La República, edición del 11 de agosto de 1997, se dio a conocer un sondeo de Analistas y Consultores en el que el 78% de los encuestados no confía en el Poder Judicial, y sólo un 13% dio una respuesta afirmativa.

17. Peter Häberle. *El concepto de los derechos fundamentales*, en Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales (editor José Sauca), Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 103. Asimismo, del mismo autor, *Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania*, En *Pensamiento Constitucional...*, op. cit., pp. 54-57.

otorgaba la justicia constitucional a los escasos procesos constitucionales que inició la ciudadanía.

2. Tribunal Constitucional

Por su parte el Tribunal Constitucional, recreado en la Constitución de 1993, tiene la competencia de resolver en última instancia de fallo, las resoluciones denegatorias en materia de garantías constitucionales: acción de amparo, hábeas corpus, acción de cumplimiento y hábeas data, que tutelan los derechos fundamentales.¹⁸

Si bien desde la década de los noventa, las causas de la violencia política no tienen la dantesca magnitud de los años ochenta, en cambio sí se experimenta una agresiva aplicación de la legislación antiterrorista, ahora llevada a combatir la delincuencia,¹⁹ como a una legislación neoliberal en materia social y económica, que afectan no sólo a la población desprotegida frente al mercado y las corporaciones privadas, sino también se ha dado paso a una etapa de inseguridad jurídica y violencia urbana, que incide directamente en la protección o desprotección de los derechos fundamentales de libertad, igualdad y seguridad ciudadanas, por parte del Estado, que afecta en particular a la oposición política y a las personas en general.

En ese sentido, la naturaleza política que han alcanzado emblemáticos procesos constitucionales, dan cuenta del estado de los derechos y libertades públicas de antes y de los últimos tiempos.²⁰ Así, las detenciones arbitrarias de militares en retiro por ejercer la libertad de expresión, las torturas y asesinato de agentes del Servicio de Inteligencia Nacional por supuesta delación, las escuchas telefónicas ilegales a la oposición, el retiro arbitrario de la nacionalidad peruana y de la propiedad del Canal 2 de televisión a un empresario israelí nacionalizado peruano, que devino en opositor al gobierno, han creado un ambiente de arbitrariedad que hace vulnerable a cualquier persona que disienta del poder.

18. Domingo García Belaúnde, *La jurisdicción constitucional en Perú*, en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica...*, op. cit., pp. 827-854.

19. Defensoría del Pueblo, *Análisis de los decretos legislativos sobre seguridad nacional dictados al amparo de la Ley N° 26955*, en <http://www.ombudsman.gob.pe>.

20. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú en 1997*, CNDH, Lima, 1998; U.S. House of Representatives, U.S. Senate and Department of State, *Country report on human rights practices for 1997*, Joint committee print, Washington, 1998. Asimismo, revisar Human Rights Watch/Americas, *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en el mundo 1996*, Human Rights Watch, Washington, 1996, pp. 71-74.

En ese sentido, las denuncias militares contra jueces y vocales del Poder Judicial por declarar fundados recursos de hábeas corpus contra decisiones militares, la persecución contra la ex magistrada del TC, Revoredo, que la ha llevado a asilarse con su familia en Costa Rica, entre otros sonados casos, han dado lugar, por un lado, a un frontal ataque gubernamental a la jurisdicción de la libertad y, por otro lado, al control político y sometimiento de los distintos organismos del sistema judicial, todo lo cual ha puesto en evidencia la falta de independencia judicial, creando así un ambiente de inestabilidad que ha afectado a los propios proyectos gubernamentales.²¹

En ese sentido, si bien el Tribunal Constitucional ha empezado a funcionar desde mediados de 1996, se puede observar que, iniciadas las actividades jurisdiccionales, en sus primeros meses los magistrados se abocaron a resolver mil setenta y seis causas ingresadas, entre recursos de hábeas corpus y amparo pendientes de resolución del antiguo TGC²² y las nuevas acciones presentadas. Sin embargo, se puede decir que su labor no ha sido tan prolífica, por cuanto un año y medio después sólo habían resuelto cuatrocientas treinta resoluciones en materia de garantías constitucionales (ver Cuadro N° 2).

Cuadro N° 2
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1996-1997)*
RESOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

| | TOTAL | FUNDADO | INFUNDADO | IMPROCEDENTE | NULO |
|------------------------|-------------|-------------|-------------|--------------|------|
| Hábeas corpus | 13 (11%) | 33 | 52 | 18 | 116 |
| Acción de amparo | 102 (20%) | 68 | 302 | 28 | 500 |
| Acción de cumplimiento | 2 | 3 | 8 | 3 | 16 |
| Hábeas data | 1 | - | - | - | 1 |
| Totales | 118 (18.6%) | 104 (16.4%) | 362 (57.1%) | 49 (7.7%) | 633 |

* Período del 26-8-96 al 31-12-97

Fuente: Diario Oficial El Peruano.

Elaboración: César Landa

Es decir que el TC ha sido desbordado por los expedientes constitucionales pendientes de resolución, al punto que ha dejado de

21. World Bank, *Peru. Judicial Reform Project*, Report N° 1737-PE, October 17, 1997. Latin America and the Caribbean Region, Country Management Unit 6, Poverty Reduction and Economic Management, s/l, p. 34.

22. Francisco Acosta Sánchez, Vice Presidente del Tribunal Constitucional, en *TC resolverá 1.300 expedientes en 1997, señala magistrado*, Diario Oficial El Peruano, 18 de octubre, 1996, p. 4.

23. World Bank, *Peru. Judicial Reform Project*, Report N° 1737-PE, October 27, 1997..., *op. cit.*, p. 64.

sentenciar como mínimo más de dos tercios de las causas ingresadas. Según los indicadores de congestión judicial elaborados por el Banco Mundial, cuando el número pendiente de casos por resolver al final de un período es superior al 20% del total de casos existentes dividido entre el número de casos resueltos, es demasiado difícil administrar ese trabajo. Lo cierto es que el *ratio* de causas pendientes del TC es del 48,6%, es decir más del doble de lo que el BM estima ya como una carga que se convierte prácticamente en inmanejable.²³

No obstante, es del caso aclarar que la eficiencia de la justicia constitucional no sólo es una cuestión cuantitativa de resolución de causas pendientes, sino fundamentalmente cualitativa; por eso se ha señalado que “la eficacia de la justicia se encuentra en la actualidad íntimamente ligada a la de un modelo de proceso que, sin olvidar sus principios consustanciales (contradicción igualdad de armas, dispositivo en las democracias occidentales), posibilite una rápida solución del conflicto...”²⁴

Pero el mayor significado en el tratamiento que el Tribunal Constitucional hace con los ciento dieciséis hábeas corpus (116) y quinientas acciones de amparo (500) resueltos. Si bien éstas han sido las acciones de garantía que han centrado el quehacer ordinario del Tribunal Constitucional, cabe destacar que porcentualmente sólo el 11% de los hábeas corpus y el 20% de las acciones de amparo fueron declarados fundados, quedando denegados todos los demás recursos extraordinarios sobre los derechos fundamentales que protegen estas garantías.²⁵

No obstante, si se compara la labor tutelar de los derechos fundamentales por parte del TGC y del TC, podríamos señalar que cuantitativamente a las resoluciones dictadas, los ciudadanos en los últimos años 1996-1997 han presentado más acciones de garantías (633) que durante toda la década 1982-1992 (576). Sin embargo, la desprotección de los derechos fundamentales a cargo del TC apenas ha variado sustancialmente, si se le compara con la labor del Tribunal de Garantías Constitucionales, por cuanto si el TGC casó sólo un 9,6% de

24. Gimeno Sendra, *Causas históricas de la ineficacia de la justicia*, en *Justice and Efficiency. General reports and discussions. The eight world conference on procedural law* (W. Wedekind editor), Dutch Association for Procedural Law, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1989, p. 19.

25. Sin embargo, en los primeros cinco meses de funciones del TC, se llegó a declarar fundados el 25,8% de los hábeas corpus resueltos, ver Edgar Carpio, *Tribunal Constitucional y hábeas corpus, evaluación de 5 meses de funcionamiento*, ponencia ante el V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, organizado por APDC-PUCP, Lima, 4-6 de noviembre de 1996, p. 6.

hábeas corpus y un 18% de las acciones de amparo durante diez años, el TC en año y medio de existencia ha declarado fundados sólo el 11% de los hábeas corpus y el 20% de las acciones de amparo demandado, resultado que no puede desconocer que el TC, en sus primeros meses, resolvió pírricamente de manera favorable causas pendientes de resolución del TGC, sobre demandas venidas en la práctica en abandono.²⁶

En consecuencia, el Tribunal Constitucional como organismo constitucional encargado de defender los derechos fundamentales y la constitucionalidad de las leyes, presenta un balance insuficiente con relación a las expectativas sembradas en dicha institución. Debido a que la jurisdicción constitucional sólo es plenamente válida en sociedades con gobiernos previamente democráticos,²⁷ de lo contrario, la defensa de los derechos fundamentales, queda a merced de los poderes del gobierno, como es el caso de la sentencia (Exp. 046-96-HC/TC) en la cual la mayoría de magistrados optaron por una interpretación extensiva de un precepto constitucional, a fin de justificar o legitimar la detención de un ciudadano.²⁸

Ello se debe a diversas razones, que se podrían resumir en una jurídica y otra política. La razón jurídica se encuentra en la ideología jurídica positivista predominante en el Tribunal Constitucional, de un razonamiento judicial discrecional que no funda sus fallos en razonamientos normativos y dogmáticos demostrables, sino en referencias legales que no las vinculan con el caso *sub litis*, sino apenas sirven de apoyo a sus opiniones sobre la materia en conflicto. En consecuencia, se puede afirmar que el Tribunal Constitucional resuelve en última instancia la tutela de los derechos fundamentales, con base en el criterio de autoridad *obiter dictum*, por el cual primero deciden y luego justifican legalmente su fallo.²⁹

Una segunda razón radica en la falta de independencia respecto del poder, debida a que con base en la nominación de los siete magistrados del TC, la mayoría parlamentaria aseguró la presencia de abogados que habían servido al gobierno, o magistrados cuando

26. Francisco Acosta Sánchez, Vice Presidente del Tribunal Constitucional, en *TC resolverá 1.300 expedientes en 1977, señala magistrado*, Diario Oficial El Peruano, 18 de octubre, 1996, p. 4.

27. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*, Revista de Estudios Políticos, N° 7, Madrid, 1979, pp. 93-118.

28. Edgar Carpio, *Tribunal Constitucional y hábeas corpus, evaluación de 5 meses de funcionamiento...*, op. cit., p. 6.

29. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997, pp. 146 y ss.; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el Positivismo Jurídico en la República de Weimer, la teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 247 ss.

menos no proclives a desvincularse del poder. De allí que en las causas más litigiosas, ciertamente en materia de inconstitucionalidad de la ley de reelección presidencial, el Tribunal Constitucional se transformó en una caja de resonancia del conflicto entre gobierno y oposición, con los resultados de la expulsión por parte de la mayoría parlamentaria, de los tres magistrados –Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo de Mur– que declararon inconstitucional dicha ley.³⁰

3. Perspectivas del Tribunal Constitucional

Nunca antes como ahora, el ejercicio del poder político gubernamental ha llegado a amenazar y a cuestionar la propia existencia de la jurisdicción constitucional, como ha quedado evidenciado en los últimos años. Esto supone la falta de entendimiento del gobierno del rol que le corresponde jugar a un Tribunal Constitucional, en un sistema democrático, como garante de la división y balance de poderes y de la protección de los derechos fundamentales.

O, dicho en otras palabras, muestra los límites del control constitucional del frágil Estado de Derecho peruano, administrado por las mismas autoridades que en 1992 no tuvieron reparo en quebrantar la institucionalidad constitucional, clausurando entre otros organismos constitucionales al Tribunal de Garantías Constitucionales, por considerar que sus resoluciones no eran conformes con el proyecto político y económico promovido por el gobierno y los poderes fácticos, acto inconstitucional que fue defendido en su momento por los magistrados García y Acosta, subyugados por los resultados alcanzados en materia de control de la inflación y del terrorismo, a costa de una *pax romana*.³¹

En este sentido, se puede señalar que la experiencia de la jurisdicción constitucional, bajo el gobierno de Fujimori, por un lado, expresa el vaciamiento o desustancialización del proceso de democratización y constitucionalización peruano, expresado en el desmontaje de la idea-síntesis de la *supremacía constitucional*, como, por otro lado, la renuencia del poder gubernamental, político y militar, de someterse al control y racionalización del poder, con la anuencia de su mayoría parlamentaria en el Congreso y de la Corte Suprema en el Poder

30. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú*, en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, PUCP, Lima, 1997. pp. 254 y ss.

31. Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden*, en particular *Zweiter Abschnitt, welcher die Definitivartikel zum ewigen Frieden unter Staaten enthält*, en *Rechtslehre. Schriften zur Rechtsphilosophie*, Akademie, Verlag, Berlín, 1988, pp. 295 y ss.

Judicial, lo cual no está exento del cargado positivismo judicial de la justicia constitucional, que ha establecido una jurisprudencia basada en normas legales, antes que en un pensamiento constitucional propio.

Todo esto pone en debate el tipo de relaciones que debe existir entre el derecho y la política, la posición del Tribunal Constitucional en la división y control entre los poderes, y la eficacia de las resoluciones del tribunal, siendo así que invita a revisar los fundamentos de la justicia constitucional en el Perú, a través de la teoría institucional, cara a su vigencia real y no sólo normativa de la misma,³² lo cual, también, está estrechamente vinculado al grado de legitimidad que el Tribunal Constitucional ha alcanzado en la opinión ciudadana, y el respeto que deben irradiar sus sentencias sobre los poderes públicos y privados.³³

En cualquier caso, la justicia constitucional no puede defenderse de sus enemigos basándose en construcciones positivistas o neopositivistas e interpretaciones hiperformalizadas que constantemente contradicen la realidad.³⁴ Por ello, las normas constitucionales y legales que regulan al Tribunal Constitucional, se tienen que redimensionar fortaleciendo su función de limitación del gobierno por el derecho, es decir defendiendo el orden y los valores constitucionales, propios de los principios de la supremacía jurídica de la Constitución y de la supremacía política de la democracia. Esto sólo es posible partiendo de reconocer, junto al carácter jurídico de la labor del Tribunal Constitucional, la naturaleza y las consecuencias políticas de las resoluciones del mismo.

Por ello, debe quedar sentado que la jurisdicción constitucional ejerce sus funciones entre el derecho y la política,³⁵ lo que a menudo produce colisiones intrasistémicas en los países con democracias frágiles, como en el Perú, en donde, cuando el Tribunal Constitucional ha intentado atrapar y encerrar en el marco de la Constitución a los indómitos poderes *de jure* y *de facto*, lo ha pagado caro con su clausura o estrangulamiento, lo cual no es óbice para señalar que la labor de los

32. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 271 y ss.

33. Peter Häberle, *El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos* (entrevista de César Landa), en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, PUCP, Lima, 1996, pp. 281 y ss.

34. Pablo Lucas Verdú, *La Constitución en la encrucijada (palanginesia iuris politici)*, en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, Maestría en Derecho Constitucional, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1997, pp. 101 y ss.

35. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política*, Universitas, Vol. IV, N° 2, Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte, Stuttgart, 1966, pp. 125 ss., y del mismo autor, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 35-65.

magistrados constitucionales en gobiernos democráticos, materialmente entendidos, deben actuar con prudencia jurídica o razonablemente *juris prudentia*, para asegurar su status de independencia.³⁶ En ese sentido, sin perjuicio de refundar la jurisdicción constitucional, en el seno de un Estado de Derecho pluralista y tolerante. Es decir, que la legitimidad democrática del poder sólo se justifica a partir de la existencia y la operatividad, a nivel real, de la oposición política y del respeto de las minorías sociales, a través de la defensa de los derechos humanos.³⁷ También se debe potencializar el uso subsidiario o alternativo del derecho internacional de los derechos humanos, como un nuevo escenario supranacional capaz de morigerar los excesos del poder nacional, con base en el respeto del principio *pacta sunt servanda* de los tratados internacionales sobre derechos humanos y del balance de poder internacional, que asegura su cumplimiento, experiencia que en el derecho europeo viene logrando éxitos homologables al articularse las relaciones entre la Corte Europea de Derechos Humanos de Strasbourg con los tribunales constitucionales de los países miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos, lo cual es semejante para el sistema interamericano de derechos humanos en su relación con los tribunales constitucionales o los sistemas judiciales comunes.³⁸

Más aún, a nivel internacional se vienen produciendo grandes transformaciones contemporáneas que hacen de la primacía de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, conquistas universales que se extiendan a todas las latitudes del mundo. Estos procesos se expresan jurídicamente en la tesis monista, que "toma la forma de una declaración de la supremacía del derecho internacional aun en el ámbito nacional, unida a la observación del buen desarrollo

36. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Comunidad de Madrid, Madrid, 1995, pp. 122 y ss.; asimismo, Ulrich Scheuner, *Verantwortung und Kontrolle in der Demokratischen Verfassungsordnung*, en Th. Ritterspach y W. Geiger (editores), *Festschrift für Gerhard Müller*, Tübingen 1970, pp. 379 y ss.

37. Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elía, Oehlinger, Rideau, Dubois, Cappelletti y Rivero, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*. CEC, Madrid, 1984. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, PUCP, Lima, 1997.

38. Asbjørn Eide, *National Sovereignty and International Efforts to realize Human Rights*, en E. Eide y B. Hagtvet (editores), *Human Rights in Perspective*, Blackwell, Oxford, 1992, pp. 3 y ss.; Helga Seibert, *Europäische Menschenrechtskonvention und Bundesverfassungsgericht*, en H. Vogel, H. Simon, A. Podlech (editores), *Die Freiheit des Anderen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1981, pp. 519 y ss.; asimismo, Wilhelm Grewe, Hans Rupp, Hans Schneider (editores), *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1981, pp. 201 y ss.

de la persona como sujeto del derecho internacional. Esta doctrina es la antípoda de los postulados jurídicos de la existencia de la soberanía de los estados y reduce la ley nacional a un status de prisionera de la ley internacional".³⁹

Esta tesis monista tiende no sólo a uniformizar el derecho, sino también la jurisdicción a nivel internacional, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con su órgano jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con su órgano cuasi-jurisdiccional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que a continuación se analizan descriptivamente, así como algunas de sus jurisprudencias más destacadas.

II.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La Constitución de 1993 ha establecido en el artículo 205° que, agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte. Asimismo, ha dispuesto en el artículo 55°, que los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú, forman parte del derecho nacional. Mérito normativo que se ve reforzado cuando la Constitución de 1993 señala en la cuarta disposición final y transitoria que: las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados, siguiendo la tradición de otorgar prevalencia a los tratados de derechos humanos sobre la ley nacional.⁴⁰

En tal entendido, se puede señalar que en el Perú se cuenta con un doble sistema de protección de los derechos fundamentales: un primer nivel, a cargo de la justicia constitucional responsable de la tutela de los derechos fundamentales conforme a la Constitución; básicamente se añade un

39. Ian Brownlie, *Principles of public international law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pág. 33. Habría que mencionar también que existen tesis monistas como la de Verdross, *Zur Konstruktion des Völkerrecht*, VIII, 1914, pág. 329 y ss., en la que otorga la primacía del derecho estatal sobre el derecho internacional.

40. Thomas Buergenthal, Robert Norris, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems*, IIHR, Strasbourg, 1990, pp. 383 y ss.; asimismo, César Landa, *Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, Maestría en Derecho Constitucional, PUCP, Fondo Editorial, 1996, pp. 196 y ss.

segundo nivel con el sistema americano para la protección internacional de los derechos humanos, conforme la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a lo cual se podría añadir el Tribunal Penal Internacional creado recientemente por las Naciones Unidas,⁴¹ aunque con ciertas dificultades provenientes de las objeciones de los Estados Unidos hacia un tribunal y fiscal independientes de su poder político internacional.⁴²

De cualquier manera, se ha formado un bloque con fuerza normativa y jurisdiccional en la defensa y desarrollo de los derechos de las personas de cooperación mutua. Pero, en caso de conflicto entre los tratados internacionales y las leyes nacionales, debería prevalecer la norma que con mayor legitimidad resuelva el hecho a juzgar, es decir la protección y el desarrollo de la persona humana.⁴³

En tal sentido, se puede señalar que los tratados internacionales a los cuales alude la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, exigen la interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional, en función no sólo del texto normativo constitucional, sino también en las resoluciones, recomendaciones y opiniones, que tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan establecido para la tutela de los derechos humanos. Este criterio hermenéutico, por ejemplo, es el que sigue el Tribunal Constitucional Español, que no ha dudado en sostener que “la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas de esta materia en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España.”⁴⁴

Sobre este marco de referencia, es del caso señalar que el proceso y el sistema americano de protección de los derechos humanos está vinculado

41. Richard Wilson, *Heading for a Permanent International Criminal Court*, texto preparado para la conferencia sobre *Containing State Power: Steps Toward International Enforcement of Human Rights*, Nuremberg, Germany, 24-25 de setiembre de 1997, pp. 12.

42. John Dugard, *Obstacles in the way of an International Criminal Court*, en *Cambridge Law Journal* 56 (2), July, 1997, pp. 329-342; asimismo, *Süddeutsche Zeitung, USA sträuben sich gegen starkes Weltgericht. 160 Staaten entscheiden in Rom über ein Völkertribunal*, München, edición del 18/19 de julio, 1998, p. 1.

43. Antonio Cançado Trindade, *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, En *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, San José, 1993, págs. 266 y ss.

44. Antonio E. Pérez Luño, *Derechos humanos, estado y constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 309-310.

directamente por el restablecimiento del Estado de Derecho y la democracia, después de la segunda postguerra mundial. En ese sentido, a partir de entonces se inicia la codificación de los derechos fundamentales, mediante la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969. Esto, sin perjuicio de la vigencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, entre otros.

En el Pacto de San José, en particular, se incluyen las competencias y facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como organismos pertenecientes a la Organización de Estados Americanos.⁴⁵ Sin embargo, ésta no ha sido aún ratificada por Estados Unidos, México, Brasil ni Cuba,⁴⁶ por ejemplo, ni ha alcanzado una legitimidad social que asegure el acceso a la justicia internacional de los lesionados. Sobre todo, debido a que si bien la Comisión Interamericana ha recibido más de 11.500 peticiones o denuncias individuales de las víctimas, sólo ha enviado a la Corte Interamericana dieciocho casos, habiéndose resuelto diecisiete.⁴⁷

En América, todavía, se está en un largo proceso de maduración de la internacionalización de la tutela de los derechos fundamentales, lo que se acompaña por la permanente oposición de los gobiernos denunciados, en tanto el sistema interamericano limita la soberanía nacional de las cortes nacionales, en aras de la defensa internacional de los derechos y libertades de la persona humana. Ello al parecer no se concibe en muchos países, dada la complacencia de los gobiernos con sus sistemas judiciales.⁴⁸ Por esto es necesario dar a conocer las posibilidades, pero también los límites, que presenta la protección de los derechos humanos a través del sistema interamericano.

1. Organismos

La persona que no encuentra tutela judicial a sus derechos humanos violados con la sentencia de última instancia de la corte de su país,

45. Antonio Cançado Trindade, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas*, en Daniel Bardonnnet y Antonio Cançado (editores), *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, IIDH - Academia Internacional de La Haya, San José, 1996, pp. 47-78.

46. Héctor Fix Zamudio, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos...*, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (D. García Belaúnde y F. Fernández Segado, coordinadores)..., op. cit., p. 191.

47. Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales...*, op. cit., p. 458.

48. Tom Farer, *The rise of the Inter-American Human Rights Regime: no longer a unicorn, not yet an ox*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, pp. 510-546.

goza del derecho de apelar ante el sistema americano. El sistema tiene dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, la persona afectada puede ir ante la Comisión para que examine y medie en el caso; pero, si encontrase responsabilidad en el Estado infractor que se niega a asumir, podría apelar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que asuma competencia y resuelva jurisdiccionalmente la demanda que hace suya o un Estado directamente.⁴⁹

1.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión es un órgano cuasi-jurisdiccional integrado por siete miembros, que realiza diversas funciones: a) *conciliatoria*, entre el Estado y la víctima denunciante; b) *asesora*, aconsejando a los estados que lo solicitan, para la promoción de los derechos humanos; c) *crítica*, al emitir informes anuales sobre la situación de los estados miembros de la Convención; d) *legitimadora*, en los casos en que un Estado se aviene a reparar las violaciones advertidas por el informe de la Comisión; e) *promotora*, al realizar estudios de fomento de los derechos humanos, y f) *protectora*, cuando interviene urgentemente para pedir a un estado que suspenda una acción violatoria de los derechos humanos.⁵⁰

En cuanto a las reclamaciones individuales de las personas, la Comisión tiene competencia para escuchar a las partes, la víctima y sus representantes –usualmente las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos–, así como al Estado denunciado. Sobre la base de los cargos y descargos, la Comisión dicta recomendaciones, que no son decisiones judiciales, pero que crean responsabilidad internacional para el Estado denunciado. En esta tarea cuasi-jurisdiccional, la Comisión juega un rol de mediación y de arbitraje entre los demandantes y los representantes del Estado, a fin de evitar acudir a la Corte.

Por ello, se puede decir que la Comisión debería actuar con competencias entre un fiscal y un defensor de oficio. En efecto, cuando el Estado rechaza el acuerdo que repare el daño causado, la Comisión puede derivar el proceso ante la Corte asumiendo, junto a las víctimas y sus representantes, la parte acusadora en el

49. Cecilia Medina, *The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: Reflections on a joint venture*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, 1990, pp. 439-464.

50. César Sepúlveda, *México, la Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, UNAM, México, 1983, pp. 201-202.

proceso; sin embargo, ésta no ha sido la práctica de la Comisión debido al manejo político de las denuncias; es decir que se ha evidenciado la falta de garantías de independencia de la Comisión, debido a la presión de los gobiernos denunciados y a la hegemonía de los Estados Unidos, en especial durante la década de los setenta y hasta mediados de los ochenta.⁵¹

En efecto, teóricamente, la Comisión, a través de su práctica, otorga amplia protección a los derechos humanos demandados, usando la Convención y la doctrina del derecho público. En tal sentido, el Presidente de la Comisión Interamericana ha señalado en 1994, que con nueve abogados ellos han dado trámite a más de diez mil denuncias desde la fundación de la Comisión en 1965;⁵² sin embargo, en un ambiente regional no exento de violencia y represión estatal, la Comisión Interamericana hasta 1996 sólo había enviado dieciocho casos a la Corte Interamericana, para que fueran procesados y sentenciados.

Esto también es explicable en la medida que ha habido resistencia de la Comisión para aceptar el rol principal que le toca jugar a la Corte Interamericana, como la única instancia jurisdiccional del sistema interamericano encargada de tutelar los derechos humanos lo cual, sin embargo, ha sido evidente, con el envío de la Comisión en promedio de sólo un caso por año, sin considerar que la mitad de los casos que han ingresado a la Corte fueron presentados después de 1993.⁵³

1.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte es un cuerpo judicial integrado por siete magistrados, que tiene dos competencias: jurisdiccional y administrativa.⁵⁴

i. Jurisdiccional: La Corte examina los casos de violaciones de los estados, que son llevadas por la Comisión o por los propios

51. Tom Farer, *The rise of the Inter-American Human Rights Regime: no longer a unicorn, not yet an ox...*, op. cit., pp. 522 ss. y 540 ss.; asimismo, David Forsythe, *Human Rights, the United States and the Organization of American States*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 13, 1991, pp. 70 y ss.

52. Claudio Grossman, *Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos*, en Rafael Nieto (editor), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, CIDH, San José, 1994, p. 255.

53. Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales...*, op. cit., p. 459.

54. Thomas Buergenthal, *Implementation in the Inter-American Human Rights System*, en Rudolf Bernhardt y John Jolowicz (editores), *International Enforcement of Human Rights*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Spring Verlag, Heidelberg, 1987, pp. 69 y ss.

estados, pero nunca por los particulares directamente. Cuando la Corte recibe la denuncia se notifica al Estado infractor, que hace su descargo o puede hacer objeciones preliminares, que resuelve la Corte. Luego, admitida que sea la denuncia, la Corte abre el proceso a los alegatos escritos y orales, etapa en la cual dadas sus facultades tutelares la Corte puede decretar medidas de instrucción y medidas cautelares, llamar a testigos y pedir que se actúen pruebas que conduzcan a descubrir la verdad sustantiva y no la verdad formal.⁵⁵

Cuando el Estado denunciado está de acuerdo con la responsabilidad establecida por la Corte, puede terminar el proceso antes del juzgamiento; en este supuesto, la Corte puede o no archivar el caso –sobreser– y pasar a supervisar el cumplimiento del acuerdo entre las partes. Cuando la Corte encuentra responsabilidad del Estado dicta sentencia con eficacia vinculatoria para las cortes nacionales del Estado denunciado. Si existiera alguna duda, acerca del alcance de la sentencia final, la Corte podría aclarar su decisión, a petición de parte. Es del caso mencionar, que por el *stare decisis* las decisiones de la Corte son vinculantes para sentencias futuras

En la práctica la Corte Interamericana sólo ha resuelto diecisiete (17) casos, desde 1980 en que se instaló reglamentariamente en San José de Costa Rica hasta febrero de 1998, sin perjuicio de las resoluciones que ha dictado, como medidas provisionales o cautelares, resolviendo objeciones preliminares, estableciendo el valor de las indemnizaciones o interpretando el sentido de sus fallos⁵⁶ (ver Cuadro N° 3). Sin embargo, hasta esa fecha están pendientes de resolución los casos Paniagua Morales contra Guatemala, Benavides Cevallo contra Ecuador, Cantoral Benavides contra Perú, Durand y Ugarte contra Perú y Bámaca Velásquez contra Guatemala.

- ii. Consultiva: La Corte también tiene competencia para emitir opiniones consultivas acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta opinión puede ser una respuesta en abstracto sobre el sentido o

55. Héctor Fix Zamudio, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos...*, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (D. García Belaúnde y F. Fernández Segado, coordinadores)..., op. cit., pp. 199 y ss.

56. Antonio Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years*, en *International Institute of Human Rights XXIX Study Session*, Strasbourg, 13-17 July, 1998, p. 14-18; asimismo, Thomas Buerghental, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials...*, op. cit., pp. 494 y ss.

Cuadro N° 3
SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
(1980-1998)*

| CASOS | PAIS | AÑO | DERECHOS | FALLO |
|-------------------------|------------|------|--|-----------------------------------|
| 1. Viviana Gallardo | Costa Rica | 1981 | vida, integridad | Inadmisible (no agotó vía previa) |
| 2. Velásquez Rodríguez | Honduras | 1989 | vida, integridad, libertad | Condena, indemnización |
| 3. Godínez Cruz | Honduras | 1989 | vida, integridad, libertad | Condena, indemnización |
| 4. Fairén y Corrales | Honduras | 1989 | vida, integridad, libertad | Absolución |
| 5. Aloeboetoe y otros | Surinam | 1993 | vida, integridad, libertad garantía judicial | Indemnización |
| 6. Cayara | Perú | 1993 | Vida, integridad, libertad garantía judicial | Desestima (fuera plazo) |
| 7. Gangaram Panday | Surinam | 1994 | vida, libertad | Condena, indemnización |
| 8. Neira Alegría | Perú | 1995 | vida, integridad, libertad, garantía judicial | Condena, indemnización |
| 9. Caballero y Santana | Colombia | 1995 | libertad, garantía judicial | Condena, indemnización |
| 10. Maqueda | Argentina | 1995 | vida, integridad, libertad, garantía judicial | Sobreseimiento (conciliación) |
| 11. El Amparo | Venezuela | 1995 | garantía judicial | Indemnización |
| 12. Garrido y Baigorria | Argentina | 1996 | vida, integridad, libertad garantía judicial | Indemnización |
| 13. Genie Lacayo | Nicaragua | 1997 | garantía judicial | Absolución (allanamiento) |
| 14. Loayza Tamayo | Perú | 1997 | libertad y garantía judicial | condena, indemnización |
| 15. Castillo Páez | Perú | 1997 | vida, integridad, libertad, garantía judicial | Condena, indemnización |
| 16. Suárez Rosero | Ecuador | 1997 | libertad, garantía judicial | Condena, indemnización |
| 17. Blake | Guatemala | 1998 | vida, integridad, garantía judicial | Condena, indemnización |

* Período de agosto de 1980 a febrero de 1998.

Fuente: A. Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty years, en International Institute of Human Rights XXIX Study Session*, Strasbourg, 1998, Th. Buergenthal, D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials*, IJHR, Strasbourg, 1995, y http://umn.edu/humanrts/iachr/espanol/b11_110a.htm.
 Elaboración: César Landa.

naturaleza de un artículo de la Convención o, puede estar referida a un caso concreto que se solicite. Hasta 1997 la Corte ha expedido quince (15) opiniones consultivas⁵⁷ (ver cuadro N° 4), algunas de gran importancia, como la relativa a la no suspensión del núcleo duro de los derechos humanos, incluido entre ellos a las garantías constitucionales, incluso en los estados de excepción.⁵⁸

En la interpretación de la Convención Americana, la Corte ha venido realizando una lectura *indubio pro libertatis*, basando

Cuadro N° 4
OPINIONES CONSULTIVAS DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS
(1982-1998)*

OPINIONES CONSULTIVAS TEMAS

- | | |
|---------------------------|---|
| 1. OC 1/82 del 24-9-82 | Distinción entre los sistemas de protección regional y global. |
| 2. OC 2/82 del 24-9-82 | Efecto de la reserva de entrada en vigor de la Convención. |
| 3. OC 3/83 del 8-9-83 | Restricciones a la pena de muerte. |
| 4. OC 4/84 del 19-1-84 | Derecho a la nacionalidad y no discriminación. |
| 5. OC 5/85 del 13-11-85 | Colegiación obligatoria de periodistas es violatoria. |
| 6. OC 6/86 del 9-5-86 | La ley debe estar en función de la legalidad y legitimidad. |
| 7. OC 7/86 del 29-8-86 | Exigibilidad del derecho a la rectificación. |
| 8. OC 8/87 del 30-1-87 | No se suspenden garantías judiciales en estados de excepción. |
| 9. OC 9/87 del 6-10-87 | Son garantías judiciales: hábeas corpus, amparo y otros. |
| 10. OC 10/89 del 14-7-89 | La Corte es competente para interpretar la Declaración Americana. |
| 11. OC 11/90 del 10-8-90 | Excepciones al agotamiento de la jurisdicción interna. |
| 12. OC 12/91 del 6-12-91 | La Corte decide no responder un tema litigioso, no consultivo. |
| 13. OC 13/93 del 16-7-93 | Comisión califica sólo si una norma interna viola la Convención. |
| 14. OC 14/94 del 9-12-94 | Responsabilidad internacional por ley que viola la Convención. |
| 15. OC 15/97 del 14-11-97 | Comisión por excepción puede cambiar informe enviado a Estado. |

* Período de setiembre de 1982 a febrero de 1998.

Fuente: A. Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years*, en *International Institute of Human Rights XXIX Study Session*, Strasbourg, 1998, y Juan Travieso, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 196.

Elaboración: César Landa.

57. *Ibidem*..., op. cit., p. 11.

58. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, CIDH Sr. A, N° 8, 1987, en http://www.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_4hs.html; asimismo, Thomas Buergenthal, Robert Norris, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems*..., op. cit., pp. 348 y ss.

sus opiniones no sólo en la Convención, sino también en el derecho y la doctrina penal, constitucional e internacional, que tiende a proteger los derechos fundamentales; en ese sentido la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, también ha tenido influencia gravitante en la Corte de San José.⁵⁹

2. Casos Judiciales

Resulta sorprendente que de los más de diez mil casos individuales que se han presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sólo diecisiete se hayan convertido en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evidentemente, existe un cuello de botella que ha hecho de la Corte una especie de oráculo al que sólo unos pocos casos privilegiados han podido llegar a ser resueltos. Ello se debe en buena medida a que el sistema americano de derechos humanos, al no contar con el respaldo de los gobiernos que se encontraban en manos de dictaduras militares,⁶⁰ fueron lo suficientemente complacientes para soslayar las demandas de las víctimas. No obstante la implementación de la Corte en la práctica a fines de los setenta, "de 1979 a 1981, la Comisión nunca solicitó una opinión consultiva ni planteó un caso contencioso ante la Corte... De 1982 a 1985 la Comisión demandó una opinión consultiva... A partir de 1986 empieza con la remisión de tres casos a la Corte..."⁶¹ En este sentido a continuación se presentan y comentan algunos *leading-cases*.

2.1. Caso Velásquez Rodríguez⁶²

En setiembre de 1981, Ángel Velásquez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, fue arrestado sin orden judicial por miembros de los servicios secretos del Ejército de Honduras. La ilegal detención fue hecha en circunstancias de una peligrosa etapa para la vida civil, caracterizada por la sistemática desaparición de *gente peligrosa*, para la seguridad del estado, según afirmaba el gobierno. En tal entendido, Velásquez

59. Thomas Buergenthal, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials...*, op. cit., pp. 149 y ss.

60. Thomas Buergenthal, *Implementation in the Inter-American Human Rights System*, en Rudolf Bernhardt y John Jolowicz (editores), *International Enforcement of Human Rights...*, op. cit., pp. 74-75.

61. Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 650.

62. Juan Travieso, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 349-401.

fue llevado a las dependencias de las fuerzas de seguridad, donde fue interrogado, torturado y acusado de crímenes políticos. Luego, fue trasladado a una base militar donde continuó su ilegal detención.

En setiembre de ese mismo año, fue presentado un hábeas corpus sin éxito. Un segundo y tercer hábeas corpus, presentado en 1983, tampoco encontraron respuesta en las cortes.⁶³ Sus familiares, no obstante, iniciaron un proceso penal ordinario, el mismo que también fue declarado infundado, bajo el argumento de que "*no habían pruebas*" según los jueces. No obstante, en 1984 se inicia otro procedimiento contra varios elementos del ejército que también fue archivado porque "los autores no estaban debidamente identificados". El único militar identificado se encontraba como agregado militar en el exterior y por tanto "*no habido*" en el proceso, decisión judicial que fue recurrida, pero finalmente rechazada en la Corte Suprema de Honduras.

En octubre de 1981, la Comisión Interamericana recibió la demanda respectiva y solicitó al gobierno de Honduras información, sin recibir respuesta alguna hasta 1986. En ese mismo año, al no obtener respuesta alguna del gobierno hondureño, la Comisión planteó la denuncia ante la Corte Interamericana, por violación del derecho a la vida, derecho a la libertad y seguridad personal, derecho a la integridad personal y derecho a la libertad personal. Ante la Corte, el gobierno de Honduras planteó objeciones preliminares por no haberse agotado todas las instancias judiciales nacionales, antes de apelar al sistema internacional. También objetó las declaraciones de testigos porque tenían *razones ideológicas o intereses de injuriar al estado*. Ambas objeciones fueron rechazadas por la Corte Interamericana, con base en los principios tutelares de los derechos humanos acerca de las garantías y recursos, los mismos que no eran idóneos por la tolerancia del gobierno con la lenidad judicial y las amenazas a los representantes de las víctimas.⁶⁴

De otro lado, el gobierno de Honduras pidió a la Corte que las declaraciones de los militares se realizaran en una audiencia privada. La Corte aceptó este extremo, pero con la presencia de los representantes de la víctima. No obstante, dos testigos que declararon en San José de Costa Rica ante la Corte, a su regreso a Honduras fueron asesinados. Otro, que no llegó a viajar, también fue ejecutado. La mayoría de los testimonios provino de personas

63. *Ibidem*...., op. cit., pp. 369 y ss.

64. *Ibidem*...., op. cit. Pp. 364 y 371 ss.

que habían sido torturadas por agentes del gobierno, en una práctica institucionalizada, lo que fue corroborado por el testimonio de un ex miembro del ejército hondureño, que se arrepintió de sus actos y facilitó detalles sobre cómo se realizaban las detenciones, secuestros, torturas y desapariciones, así como las prisiones ilegales, el acoso contra los denunciantes, etc.⁶⁵

La Corte evaluó las pruebas generales –sistemáticas desapariciones–,⁶⁶ las pruebas específicas –testimonios– y las pruebas preliminares, así como también consideró el derecho del estado de defender su seguridad interior, sentenciando en 1988 que el gobierno de Honduras era responsable por la violación del derecho a la vida y otros de Ángel Velásquez. Esta decisión fue el primer caso en que la Corte condenó a un estado miembro por violar la Convención Americana, la misma que sentó precedente judicial *stare decisis* en dos temas jurídicos novedosos.

Uno, relativo a las pruebas. En la Corte Interamericana el valor de las pruebas es menos formal que en las cortes nacionales, en tanto que las evidencias preliminares en el caso de una desaparición usualmente son destruidas u ocultadas por los agentes que la cometen, dada su responsabilidad. En este sentido, la Corte también valoró el contexto socio-político de Honduras, al momento de los hechos violatorios, calificando como de una sistemática desaparición forzosa de personas tolerada por el gobierno e impune en el sistema judicial.

En ese entendido, la Corte señaló en el párrafo 135 de la sentencia que: “a diferencia del derecho penal interno, en los procesos de violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtener sin la cooperación del Estado”.⁶⁷ En otras palabras, se sentó un precedente judicial de que en estos casos de desapariciones, se invierte la carga de la responsabilidad de la víctima para demostrar la culpabilidad del Estado, pasando el Estado a tener que colaborar con la justicia para demostrar su inocencia.

Dos, el agotamiento de la vía judicial interna. La Convención Americana establece, en efecto, que para acudir al sistema

65. *Ibidem*..., op. cit., p. 377.

66. *Ibidem*..., op. cit., pp. 379 ss. y

67. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988*, San José, 1988, pág. 32; asimismo, Germán Bidart Campos, *La interpretación de los derechos humanos*, en *Lecturas Constitucionales Andinas* 3, CAJ, Lima, 1994.

interamericano, se deben haber agotado previamente todas las instancias judiciales que ofrece el Estado demandado. Sin embargo, a juicio de la Corte, esta disposición no es rígida, sino que con el sano juicio de la crítica, la Corte ha señalado que se reserva el derecho de analizar si los remedios internos son eficaces o no.⁶⁸ En este sentido, había tres hábeas corpus y dos procedimientos penales sin haber agotado todas las instancias judiciales, pero no por defecto de los representantes de la víctima, sino por los obstáculos planteados por el gobierno. En consecuencia, la Corte entendió materialmente como agotadas las vías internas.

Con este caso quedó sentado que está más allá de cualquier duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad pero, por grave que sea la alteración del orden jurídico, no cabe admitir que el gobierno pueda ejercerse sin límite alguno o que las autoridades se valgan de cualquier medio para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral, porque ninguna acción del estado puede basarse en el desprecio de la dignidad humana.⁶⁹

2.2. Caso Castillo Páez⁷⁰

En octubre de 1990, Ernesto Castillo, estudiante de sociología de la Pontificia Universidad Católica del Perú, fue detenido por la policía al sur de Lima, en circunstancias en que se encontraba caminando rumbo a su casa, luego de que detonaran dos bombas por las inmediaciones de la zona. Los testigos declaran que fue introducido por la fuerza en la maletera de un auto oficial, luego de lo cual nadie más volvió a saber de Castillo.

Los familiares presentaron un hábeas corpus e iniciaron un proceso penal contra los policías presuntamente responsables. Planteado el hábeas corpus la policía negó su detención. Más aún, cuando la jueza del hábeas corpus fue a indagar a la estación policial, observó cierto nerviosismo en los policías cuando exigió que le presentaran los libros de registro de los detenidos; pero cuando se los presentaron, habían arrancado la última página y cerrado el registro de los detenidos, con una evidente tachadura y

68. Antonio Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years...*, op. cit., pp. 20 y ss.

69. Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung*, C.F. Müller, 1987, pp. 815-861.

70. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997*, San José, 1997.

alteración de las fechas. La jueza del hábeas corpus, a mérito de esta burda maniobra policial y de las declaraciones de los testigos, que confirmaron la denuncia de los familiares, declara fundado el hábeas corpus, ordenando se libere inmediatamente a Eduardo Castillo.⁷¹

El Tribunal Superior confirmó la resolución de la jueza. En ese sentido, la Ley de Hábeas Corpus y Amparo establece que confirmada que sea la resolución con la cual se confirma la protección del derecho reclamado, el proceso judicial queda terminado. Sin embargo, debido a las maniobras del poder político, el proceso es llevado ante la Corte Suprema, vía casación, para que se pronuncie por vicios de forma. La Corte Suprema asumió jurisdicción sobre la forma y el fondo del proceso y declaró nulas las sentencias que ordenaban la libertad de Castillo, en la medida que no se había probado que la detención del estudiante hubiese sido hecha por la policía y que la jueza del hábeas corpus había tomado las declaraciones de dos testigos sin identificar sus nombres y señas, violando el Código Procesal Penal.

La Comisión Interamericana recibió la denuncia y solicitó información del gobierno peruano. El gobierno respondió indicando que se encontraba en curso un hábeas corpus y un proceso penal por negligencia y abuso de autoridad, aún no concluido. Dado el precedente del caso Velásquez, la Comisión planteó denuncia ante la Corte contra el gobierno peruano, por violación de los derechos a la vida, integridad física y libertad y seguridad personal. Por otra parte, trascendió que el gobierno intentó transar con los familiares de la víctima ofreciendo diez mil dólares de reparación, pero tal ofrecimiento no fue aceptado en la medida del irreparable daño moral causado.

En tal sentido, el gobierno peruano planteó varias excepciones preliminares, entre ellas aduciendo que la jurisdicción nacional no se había agotado por cuanto el hábeas corpus denegado no había recurrido ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, así como tachando a testigos por supuesta parcialidad, pedidos que fueron desechados por la Corte, considerando la jurisprudencia del caso Velásquez Rodríguez.⁷² En ese entendido, en noviembre de 1997,

71. *Caso: Ernesto Castillo Páez vs. Ministro del Interior, Jefe de la Policía Nacional y el Jefe de la Dirección contra el Terrorismo s/. Hábeas Corpus*, en *Lecturas sobre Temas constitucionales* N° 5, CAJ, Lima, 1990, pp. 151 y ss.

72. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 30 de enero de 1996*, San José, 1996, p. 11-12; así como, ver el interesante voto razonado del juez Cançado Trindade, adjunto a dicha sentencia, pp. 1-5.

la Corte sentenció responsabilizando al Estado peruano por la desaparición de Ernesto Castillo y ordenando que se indemnice a los familiares de las víctimas, mandato que aún no se ha cumplido.

En este proceso, también se presentan algunos temas de relevancia jurídica, en concreto en relación al hábeas corpus:

Primero, es cierto que en proceso del hábeas corpus la jueza no cumplió las formalidades de identificar individualmente a los testigos, pero la ley del Hábeas Corpus y Amparo permite al juez un rol tutelar de este proceso constitucional, que dadas las circunstancias de la violencia terrorista y la violencia del Estado, hubieran sido puestas en peligro sus vidas, como en el caso de los testigos de otros sonados casos judiciales en Perú, como el caso Cayara.⁷³

Segundo, el proceso del hábeas corpus tiene por objetivo recuperar la libertad de una persona arbitrariamente detenida *homine libero exhibendo*; sin embargo, cuando se presenta una detención-desaparición, que es una forma perversa de la autoridad de violar el derecho a la libertad y el derecho a la integridad física y la vida de una persona, cabe recordar que el hábeas corpus no sólo protege a una persona de una detención arbitraria, sino también de los derechos conexos a la libertad que sean vulnerados. En consecuencia, como señala la sentencia “el hábeas corpus tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida”.⁷⁴

2.3. Caso María Loayza⁷⁵

María Loayza, una profesora universitaria en Lima, fue detenida el 25 de febrero de 1993 y posteriormente procesada por una corte militar acusada de actividades terroristas en primer grado –delito de traición a la patria–, a favor del grupo terrorista Sendero Luminoso, pero la justicia militar en última instancia no encontró prueba alguna de dicha imputación delictiva, motivo por el cual

73. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cayara. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de febrero de 1993*, San José, 1993, pp. 7-8.

74. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997...*, op. cit., p. 23; asimismo, Domingo García Belaúnde, *El Hábeas Corpus en América Latina*, en Revista de Estudios Políticos, N° 97, Julio-Setiembre, CEC, Madrid, 1997, pp. 118 y ss.

75. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo. Sentencia de 17 de setiembre de 1997*, San José, 1997, pp. 1-40.

fue absuelta. Sin embargo, la corte militar, en vez de liberarla, la mantuvo prisionera y en esa condición fue enviada a la justicia penal común, para que la investiguen y procesen eventualmente por terrorismo en segundo grado –delito de terrorismo–.

A los tres meses de su detención, estando procesada ante la justicia militar, la víctima planteó una denuncia por violación de su libertad personal e integridad personal, ante la Comisión Interamericana, que requirió información al gobierno peruano y envió a sus representantes a Lima para que hicieran una visita *in loco* a Loayza y a las autoridades encargadas de su situación, luego de lo cual la Comisión envió comunicaciones rogatorias al gobierno del Perú, para que liberaran a la víctima y el 26 de setiembre de 1994 formuló una recomendación al gobierno peruano (Informe N° 20/94) solicitando la libertad de Loayza, basado en la violación de su libertad personal, derecho a la integridad personal y de las garantías judiciales del debido proceso. El gobierno peruano rechazó la recomendación de la Comisión en mérito a que Loayza se encontraba procesada y no se había agotado la jurisdicción interna; más aún, señaló que desde el 8 de octubre de 1993, Loayza estaba siendo procesada –esta vez– por la justicia penal ordinaria y no se había agotado la jurisdicción interna.

Dos años después, el 6 de octubre de 1995, la Corte Suprema en última instancia falló denegando su libertad, por encontrarla responsable del delito de terrorismo. La Comisión entonces presenta la demanda ante la Corte el 12 de enero de 1995. La Corte admite la demanda que comunica al gobierno peruano, quien plantea una excepción preliminar por falta de agotamiento de vías previas en la jurisdicción interna. El 31 de enero de 1996, la Corte denegó las excepciones preliminares planteadas por el gobierno peruano, dada la sentencia de la Corte Suprema con lo cual quedó agotada la jurisdicción interna.⁷⁶ Es así que la Comisión pasó a presentar testigos y peritos, siendo objetados algunos de ellos por el gobierno peruano. La Corte desestimó este rechazo, reservándose el derecho de valorar sus declaraciones. En acuerdo con el Estado, el 11 de octubre de 1996, la Corte designa a Eduardo Ferrero Costa como experto para dirigir el interrogatorio a la víctima y a los testigos que se encuentran en las cárceles del Perú, quien remite su informe respectivo el 13 de diciembre de 1996.

76. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo. Sentencia de excepciones preliminares*, marzo de 1995, San José, 1995, en <http://207.82.250.251/cg1-bin/start>.

La Corte realiza la Audiencia Pública el 5 de febrero de 1997, para dar curso al proceso, escuchar a las partes y resolver el asunto. La Corte Interamericana valoró las pruebas ofrecidas por las partes y declaró que se había demostrado que se violó el derecho a la libertad, integridad personal y protección judicial *non bis in idem*. Sin embargo, el extremo de la demanda en la cual se denuncia la violación de la víctima durante su detención y tortura, la Corte considera que *después de analizar el expediente y dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado*,⁷⁷ como si se tratase de un proceso administrativo y no de una denuncia que en cualquier proceso judicial se resuelve con un examen forense especial. Sin perjuicio de este extremo, la Corte ordenó en su fallo poner en libertad a María Loayza dentro de *un plazo razonable*, sentencia que fue acatada directamente por el Estado peruano, obteniendo su libertad en noviembre de 1997.

En este caso, es importante subrayar, por un lado, la *rapidez* con que la víctima denunció su situación ante la Comisión Interamericana, a los tres meses de estar siendo procesada por la justicia militar, no obstante el carácter subsidiario del sistema interamericano y, por otro lado, la eficaz actuación de la Comisión en comparación con otras peticiones hace de este proceso un caso emblemático, porque se trata del primero que resuelve el sistema interamericano a favor de una víctima con vida, y que recupera su libertad.⁷⁸

Este caso siendo un gran avance del sistema americano, también reabre algunas interrogantes: ¿cuál es el criterio que utiliza la Comisión para pasar a la Corte unos cuantos casos de las más de diez mil peticiones que le han formulado otras tantas víctimas? Al respecto, se ha señalado que la Comisión se niega a someter a la Corte asuntos vitales, que involucran ejecuciones sumarias, uso de torturas, privaciones arbitrarias de la libertad personal, o restricciones indebidas de la libertad de expresión. Sólo recientemente, en los casos Genie lacayo, Maqueda, Loayza Tamayo y Suárez Rosero, se han sometido a la Corte asuntos que refieren a la violación de las garantías judiciales y que, al menos en el caso de los dos últimos, no involucran el derecho a la vida, que parecía ser una constante en los previamente remitidos a la Corte.⁷⁹

77. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo. Sentencia de 17 de setiembre de 1997...*, op. cit., p. 29.

78. Antonio Cançado Trindade, *The Inter-American System of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years...*, op. cit., p. 17.

79. Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales...*, op. cit., p. 461.

3. Perspectivas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha tenido su origen y desarrollo en los momentos de relanzamiento del sistema democrático y constitucional de gobierno, a nivel mundial después de 1945 y a nivel regional después de 1980,⁸⁰ motivo por el cual cabe señalar que el desarrollo del sistema interamericano, de cara al futuro, está en función de la profundización del proceso de democratización de los estados americanos, pero como estados constitucionales reales, que hagan frente a los desafíos autoritarios de las democracias presidencialistas y corporativas,⁸¹ a partir de orientar el proceso de cambios sociales, económicos y políticos, con base en el respeto a la dignidad humana.⁸²

Estos procesos en la actualidad afrontan un nuevo desafío en muchos países de América Latina con la práctica caudillista de la reelección presidencial, que genera la corrupción del sistema constitucional, porque se obvian hasta los principios más elementales del Estado de Derecho, con el fin de lograr la reelección presidencial. De ahí que con razón se señale que todo poder incontrolado es la semilla incluso de su propia destrucción.⁸³

En efecto, la corrupción, en su sentido más amplio, es siempre expresión de un déficit democrático, de modo que a mayor dictadura civil es fácil encontrar mayor corrupción, lo que es un sinónimo en las dictaduras militares. Por ello, el presidencialismo reeleccionista en los frágiles Estados de Derecho latinoamericanos, hacen que los sistemas judiciales de protección de los derechos de las personas, se sometan en muchos casos al poder del gobernante y a las presiones del poder militar y económico.⁸⁴

Frente a este panorama y con una visible falta de una justicia eficiente, honesta e independiente,⁸⁵ la protección judicial de los derechos

80. Thomas Buergenthal, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials...*, op. cit., pp. 494 y ss.

81. Robert Kaplan, *Was democracy just a moment?*, en *The Atlantic Monthly*, December, 1997, Volume 28, N° 6, pp. 55-80;

82. Ruti Teitel, *Transitional Jurisprudence: the Role of Law in Political Transformations*, en *Yale Law Review*, May 1997, pp. 2071 y ss.; asimismo, Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee(Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I, C.F. Müller, 1987, pp. 815,861.

83. Karl Lowenstein, *Verfassungslehre*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959, pp. 335 y ss.

84. Kurt Madlener, *La justicia como garante de los derechos humanos: en Latinoamérica: I. La independencia de la justicia y del juez*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 6, UNED, Madrid, 1996, pp. 775-781.

85. Revista DEBATE, *Encuesta del Poder*, Apoyo, Lima, julio-agosto, 1998, p. 39.

fundamentales sólo puede buscarse en el sistema interamericano de derechos humanos, cuando no en el nuevo Tribunal Penal Internacional, como una instancia de sanción de graves delitos contra los derechos humanos: crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.⁸⁶

En ese sentido, en primer lugar hay que fortalecer el sistema interamericano, porque la Corte Interamericana está desarrollando lentamente una valiosa jurisprudencia de protección de los derechos humanos, pero sin la capacidad de abarcar más casos de los hasta ahora resueltos, en la medida en que la Comisión Interamericana o los propios Estados no le presenten más denuncias.⁸⁷ Por eso, resulta altamente contradictorio que de más de once mil quinientas peticiones que ha recibido la Comisión en casi tres décadas, sólo haya derivado dieciocho casos a la Corte, que ha producido diecisiete sentencias.

Sin embargo, la reforma del sistema interamericano que promueven algunos gobiernos latinoamericanos, como México y el Perú, no permiten concluir que lo que se pretende es introducir una reforma al estilo de la del sistema europeo, sino que, más bien, lo que intenta es debilitar y desperfilar el sistema interamericano. Es pertinente observar, a este respecto, que la mayoría de los estados que auspician una revisión global del sistema han cuestionado en los últimos años la legitimidad del trabajo de la Comisión sin que ello los haya llevado ni en un solo caso específico a presentar el asunto ante la Corte.⁸⁸

Frente a la pretensión de *discapacitar* al sistema interamericano de protección de derechos humanos, se plantea que la Comisión Interamericana, por el contrario, descargue sus labores de promoción, información y asesoría gubernamental en derechos humanos en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, entidad igualmente perteneciente a la Organización de los Estados Americanos, para transformarse tanto en una instancia mediadora y componedora, buscando el arreglo amistoso entre la víctima y el Estado denunciado, como también en una instancia técnica del proceso judicial ante la Corte, dando curso a las evidencias del caso en audiencias públicas, en un procedimiento probatorio de carácter contradictorio, que disponga

86. *Le Monde*, *La création d'une Cour criminelle internationale s'est heurtée aux réticences américaines*, París, edición del Sábado 18 de julio de 1998, p. 3; asimismo, *El País*, *El rebazo de EE.UU. devalúa el Tribunal Penal. 120 países a favor de juzgar crímenes de guerra*, Madrid, edición del Domingo 19 de julio de 1998, p. 1.

87. Lynda Frost, *The evolution of the Inter-American Court of Human Rights: Reflections of present and former judges*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, 1992, pp. 171-205.

88. Felipe González, Diego Rodríguez, Katya Salazar, *Derechos Humanos y Organización de Estados Americanos (1995-1996)*, en *La Revista*, N° 56, junio 1996, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1996, p. 38.

la Corte, cuya información es básica, para la posterior valoración y sentencia de la Corte Interamericana como instancia de fallo.⁸⁹

Asimismo, la Comisión debería ampliar el número de sus miembros de siete a once comisionados, contar con miembros suplentes, así como dividirse en dos subcomisiones, a fin de poder dar trámite a los cientos o miles de denuncias que se plantean. De otro lado, la Comisión debería ser un organismo permanente y no sólo reunirse en dos reuniones anuales y, a su vez, reformar su Secretaría Técnica organizando comisiones de técnicos y peritos judiciales, antes que organizarse en secciones responsables por países, tarea que podría ser asumida por los comisionados con la asistencia del caso. También debería cambiar su sede de Washington en Estados Unidos a San José en Costa Rica, donde está la sede de la Corte Interamericana.

En definitiva, la reforma del sistema interamericano y en particular de la Comisión Interamericana que se postula, tiene el propósito de ampliar el acceso a la justicia internacional a los ciudadanos que no vean tutelados sus derechos humanos en las cortes nacionales, así como resolver el cuello de botella que supone la Comisión, para dar curso fluido a las denuncias existentes y obtener más técnicamente la verdad material de la violación de los derechos humanos en América Latina, sin perjuicio de considerar los alcances del nuevo Tribunal Penal Internacional.

III. CONCLUSIONES

La legitimidad del Estado democrático y constitucional en América Latina no radica sólo en el origen de unas elecciones limpias y transparentes que sienten las bases de un Estado de Derecho, sino también en la radical protección y el mayor fomento de los derechos fundamentales, en tanto la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, deben ser los fundamentos del orden social y jurídico de los estados con democracias débiles, porque aseguran la paz y garantizan el desarrollo.

La protección de los derechos fundamentales se articula mediante el sistema interamericano de Derechos Humanos a nivel regional y los sistemas judiciales nacionales latinoamericanos, que operan subsidiariamente frente a éstos; sin embargo, se advierte que, en tanto los sistemas judiciales de protección de los derechos humanos, llámense tribunales

89. Héctor Fix Zamudio, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos...*, op. cit., pp. 209 y ss.

constitucionales o cortes supremas, no funcionen independientemente del poder político, se continuará desvirtuando el fundamento de la existencia del Estado de Derecho, situación ésta que caracteriza a los procesos de reforma judicial que se vienen aplicando en América Latina, motivo por el cual se hace evidente el incremento de las denuncias y quejas ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos, en particular contra países como el Perú, tendencia que está directamente vinculada a las forzadas prácticas de la reelección presidencial, ya que son fuente de perversión del sistema constitucional y democrático, desafío que corresponde resolver a la sociedad civil, con el apoyo de la comunidad regional e internacional, mediante la promoción del fortalecimiento de la democracia, a través de la condicionalidad de sus relaciones económicas en función del avance en materia de derechos humanos.

Berlín, mayo de 1998

Bayreuth, julio de 1998

INDICE

DOCTRINA

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE
LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDIVIDUO:
VALORACIÓN DE LA PRÁCTICA MÁS RECIENTE
Jaume FERRER LLORIT

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE INTERAMERICANA
César LANDA

JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA EN
MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

DERECHO A LA VERDAD VS. IMPUNIDAD
Martín ABREGU

S. 1085, XXXI. SUÁREZ MASON, CARLOS GUILLERMO S/HOMICIDIO,
PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, ETC.

U. 14, XXXIII. URTEAGA, FACUNDO RAÚL C/ESTADO NACIONAL
-ESTADO MAYOR CONJUNTO DE LAS F.E.A.A.- S/AMPARO LEY 16.986

AMICUS CURIAE

MEMORIAL EN DERECHO *AMICUS CURIAE* PRESENTADO POR
AMNISTÍA INTERNACIONAL ANTE LA CIDH,
CASO CONSUELO BENAVIDES CEVALLOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES ENERO-JUNIO 1998

COMISIÓN INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES ENERO-JUNIO 1998

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA AMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA
DE DERECHOS HUMANOS (1997-II)